

Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 28/02/2018

AUTORE: Antonio D'Atena*

TENSIONI E SFIDE DELLA DEMOCRAZIA**

Sommario: 1. La conflittualità assiologica dei principi costituzionali e la tensione tra democrazia e Stato di diritto. – 2. Una tensione che non può essere negata: la suggestione segnalata da Stuart Mill. – 3. Una tensione che non può essere sterilizzata: la lettura in chiave esclusivamente organizzativa dei diritti di libertà e la configurazione di questi ultimi come diritti funzionali. – 4. Lo Stato di diritto e la logica della separazione: la dimensione orizzontale e la dimensione verticale della separazione dei poteri in senso soggettivo. – 5. La scomposizione del potere in funzioni e la distinzione tra il generale astratto disporre e l'individuale e concreto provvedere. – 6. La tensione tra democrazia e pluralismo. L'impatto della sussidiarietà orizzontale. – 7. Le risorse della rete e il dilemma democrazia diretta-democrazia rappresentativa. – 8. La rete e la manipolazione del consenso.

1. La conflittualità assiologica dei principi costituzionali e la tensione tra democrazia e Stato di diritto

Per inquadrare il tema, è utile prendere le mosse da un dato preliminare. Mi riferisco alla conflittualità assiologica che normalmente connota le Carte costituzionali. Le quali, soprattutto se deliberate da Assemblee costituenti elette, come dovrebbe accadere, con sistema proporzionale, ospitano al proprio interno visioni del mondo diverse; e, quindi, valori e principi in reciproca tensione, se non in relazione antagonista¹.

* Emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Roma "Tor Vergata".

** Lo scritto trae origine dalla relazione conclusiva tenuta dall'a. al XXXII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC), dal titolo "Democrazia, oggi", tenutosi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena nei giorni 10 e 11 novembre 2017.

¹ Su tale complessità assiologica, cfr., in generale: HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980. Illuminante, con riferimento al patto da cui è nata la Costituzione della Repubblica italiana ed al punto di equilibrio raggiunto tra le diverse componenti presenti in Assemblea Costituente: CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 30 ss. (che può leggersi anche nella bella collana diretta da F. Modugno e M. Ruotolo sui *Costituzionalisti del XX secolo*: CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, 149 ss.)

Un esempio è, a questo riguardo, d'immediata evidenza: tutti gli ordinamenti che conoscono forme di decentramento politico a base territoriale costruiscono la loro disciplina costituzionale sulla tensione dialettica tra unità e autonomia. Se vi fosse soltanto unità, lo Stato corrisponderebbe al modello monolitico tenuto a battesimo dalla rivoluzione francese; se, invece, vi fosse soltanto autonomia, l'ordinamento statale complessivo si disintegrerebbe².

La democrazia è al centro della maggiore di queste tensioni.

Com'è noto, l'opera che, agli inizi del secolo scorso, ha per la prima volta imperniato la propria costruzione su questa tensione è la *Dottrina della costituzione* di Carl Schmitt³. La quale ha segnato il passaggio dalla dottrina giuridica dello Stato (la *Staatsrechtslehre*) alla dottrina della Costituzione (la *Verfassungslehre*)⁴. L'approccio della dottrina giuridica dello Stato era un approccio morfologico, che puntava ad una rappresentazione statica della "cosa" di cui si occupava: lo Stato, i suoi elementi costitutivi, gli organi, le procedure, i diritti, i doveri... La dottrina della costituzione è, invece, caratterizzata da un approccio assiologico (e, quindi, dinamico). In base alla prospettiva da essa accolta, tutti gli elementi di cui sopra vengono ricondotti ai principi ordinatori ad essi sottostanti. Di qui, la tensione dialettica, che, non a caso, trova il proprio centro gravitazionale nella relazione conflittuale tra la democrazia e lo Stato di diritto, tra la decisione maggioritaria e le esigenze di garanzia⁵.

Chiarisco, a scanso di equivoci, che non seguo le teorie schmittiane della democrazia dell'acclamazione. Considero, tuttavia, con grande apprezzamento l'evidenziazione del rapporto oppositivo tra la democrazia e lo Stato di diritto posta dal pensatore renano al centro della propria costruzione.

Sono, infatti, convinto che sia igienico tenere distinti, a fini di analisi, questi due elementi, tra i quali sussiste una tensione che non è enfatico definire drammatica. Una tensione, la quale non appartiene soltanto al mondo dei concetti. Appartiene anche al mondo reale.

² D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino 2003, nonché in D'ATENA, *Le Regioni dopo il big bang. Il viaggio continua*, Milano 2005, 67 s.

³ SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, che può leggersi anche nella traduzione di A. Caracciolo: SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984.

⁴ Esula dall'economia di questo lavoro la considerazione dei complessi intrecci che hanno fatto da sfondo alla questione del metodo, nella stagione drammatica che ha aperto il "secolo breve", in un'area del mondo che sarebbe stata teatro della più clamorosa perversione patita da un sistema liberal-democratico. Per un affresco di estremo interesse: RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016.

⁵ Tale tensione percorre l'intera opera, di cui costituisce il filo conduttore. Nella prefazione l'A. pone in luce l'intento "sistematico" del lavoro, che non vuole risolversi nell'applicazione del metodo della glossa o del commento. E, con riferimento alle coeve trattazioni dedicate alla Costituzione di Weimar, denuncia, tra l'altro, l'errore di identificare la Costituzione, nella sua interezza, con la parte di essa dedicata Stato borghese di diritto, non considerando che tale parte non è esclusiva, ma coesiste con la parte propriamente "politica" della disciplina costituzionale (SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., XI, XII). Per il tentativo di rappresentare le tensioni di cui è intesa la liberal-democrazia, v., nella letteratura costituzionalistica italiana: D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1996, nonché in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma 1998 (da cui sono tratte le citazioni); analogamente: GEMMA, *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, II, Milano 2015, 1260 ss.

Molti Stati contemporanei – come non si stanca di ricordarci da anni Fareed Zakaria⁶ – si possono qualificare democratici, dal momento che in essi sono presenti libere elezioni, pluralismo partitico ed essenziale garanzia dei diritti politici. Nella loro maggioranza, tuttavia, non sono Stati di democrazia liberale, poiché non dotano di garanzie adeguate i diritti fondamentali. Per rendersi conto della diffusione del fenomeno, è sufficiente richiamare le recenti involuzioni che si registrano in Stati appartenenti all'Unione europea, come l'Ungheria e la Polonia, nei quali permangono le istituzioni della democrazia, ma vengono, sempre più, messe in discussione le garanzie dello Stato di diritto, con conseguente allontanamento dal modello della democrazia liberale⁷.

La conclusione di Zakaria è inquietante: la democrazia non è un fatto, in sé, positivo. Infatti, senza costituzionalismo liberale, essa non è semplicemente inadeguata, ma è pericolosa, portando con sé, oltre all'erosione della libertà, l'abuso del potere, le divisioni etniche, il nazionalismo, se non, addirittura, la guerra⁸.

La sua tensione con lo Stato di diritto non può, quindi, essere negata. Essa, inoltre, come vedremo, non può essere neppure sterilizzata.

2. Una tensione che non può essere negata: la suggestione segnalata da Stuart Mill

Quanto alla negazione, occorre difendersi da una suggestione insidiosa, segnalata nel 1859 da John Stuart Mill, nel suo fondamentale *On Liberty*: l'idea, secondo cui l'opposizione tra l'autorità e la libertà sussisterebbe nelle autocratie, negli Stati autoritari, ma non nelle democrazie. In queste ultime, infatti, la circostanza che i limiti alla libertà siano decisi da assemblee rappresentative priverebbe la decisione della sua carica potenzialmente lesiva⁹. In fondo, si tratta della stessa logica alla base del principio "no taxation without re-

⁶ ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, 22 ss.; ID., *The Future of Freedom, Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York-London 2007.

⁷ Sul caso ungherese, sinteticamente: URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano 2013. Per un aggiornamento sul caso polacco, con riferimento all'applicazione dell'art. 7 TUE e agli altri passi intrapresi dalla Commissione europea: v. il comunicato stampa della Commissione medesima, in data 20 dicembre 2017: *Rule of Law: European Commission acts to defend the judicial independence in Poland* (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm), il quale dà notizia che, dopo quasi due anni di vani tentativi di dialogo costruttivo con le autorità polacche, la Commissione, paventando seri rischi di rottura dello Stato di diritto in Polonia, ha proposto al Consiglio di attivare la procedura di cui all'articolo 7, primo comma, TUE, ha deciso di investire del caso la Corte di giustizia e ha contestualmente inoltrato alla Polonia un'ulteriore raccomandazione (la quarta), con indicazione dei passi necessari a porre rimedio alla situazione determinatasi.

⁸ ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 35, 42. Nel nostro convegno, di un analogo punto di vista si è reso interprete Gladio Gemma, quando ha sottolineato che la democrazia non è un fine, ma un mezzo.

⁹ STUART MILL, *On Liberty* (1859), London 1864 (che può leggersi anche nell'edizione italiana curata da G. Giorello e M. Mondadori: STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. Magistretti, Milano 2014). Dall'Introduzione (pp. 8 ss.), sono tratti i passi che seguono: "As the struggle proceeded for making the ruling power emanate from the periodical choice of the ruled, some persons began to think that too much importance had been attached to the limitation of the power itself. That (it might seem) was a resource against rulers whose interests were habitually opposed to those of the people. What was now wanted was, that the rulers should be identified with the people; that their interest and will should be the interest and will of the nation. The nation did not need to be protected against its own will. There was no fear of its tyrannizing over itself. Let the rulers be effectually responsible to it,

presentation”, il fondamento del quale viene comunemente rinvenuto nel fatto che, attraverso l’assemblea rappresentativa, sia la comunità da essa rappresentata a decidere; con conseguente trasfigurazione dell’imposizione tributaria, che assumerebbe i caratteri di un’auto-imposizione. Analoghe considerazioni potrebbero essere fatte valere anche per i limiti legislativamente imposti alle libertà. Non è, d’altra parte, un caso che i maggiori campi di applicazione della riserva di legge siano rappresentati proprio dalla materia dei tributi e da quella delle libertà.

In proposito, non mi sembra fuor di luogo ricordare un’esperienza personale. In occasione di una lezione sullo Stato di diritto da me tenuta a procuratori della Repubblica cinese, dovetti constatare che i miei interlocutori non riuscivano logicamente a concepire la categoria dei diritti fondamentali. Per quale ragione, mi obiettavano, interessi di singoli o di gruppi minoritari devono essere dotati di resistenza nei confronti del potere dello Stato, che rappresenta tutti cittadini?¹⁰

L’obiezione si fonda su una grossolana semplificazione. Infatti – come sottolineava già Stuart Mill, quando denunciava l’erroneità dell’espressione “self-government” del popolo – la pretesa volontà del popolo non è che la volontà della maggioranza¹¹. Questo significa che, negli ordinamenti democratici, le esigenze di garanzia non vengono meno, ma si pongono nei confronti delle maggioranze politiche democraticamente espresse dal corpo elettorale: la tirannia della maggioranza non essendo più lieve di quella dell’autocrate¹².

promptly removable by it, and it could afford to trust them with power of which it could itself dictate the use to be made. Their power was but the nation’s own power, concentrated, and in a form convenient for exercise”.

¹⁰ Non sfugge, peraltro, che, in quel caso, la difficoltà a riconoscere la categoria dei diritti di libertà non affondava le sue radici soltanto nell’argomentazione appena riferita, ma anche in ragioni più profonde, di ordine culturale, legate al fatto che nell’area del mondo da cui provenivano i miei interlocutori non ha fatto storicamente sentire la propria influenza il percorso da cui è stata storicamente improntata la civiltà europea: quel percorso, che, dalla Grecia classica, attraverso la tradizione giudaico-cristiana, il diritto romano, l’illuminismo e il costituzionalismo ha portato all’affermazione della concezione dell’uomo – ovvero, potrebbe häberlianamente dirsi, del *Menschenbild* (HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, IV ed., Berlin 2008) – che è alla base delle nostre Carte costituzionali (sul punto, con riferimenti: STARCK, *Le radici comuni dell’Europa e la loro importanza per l’ordinamento giuridico dell’Unione Europea*, in D’ATENA, GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano 2004, 3 ss., 12).

¹¹ STUART MILL, *On Liberty*, cit., 12: “It was now perceived that such phrases as ‘self-government,’ and ‘the power of the people over themselves,’ do not express the true state of the case. The ‘people’ who exercise the power, are not always the same people with those over whom it is exercised, and the ‘self-government’ spoken of, is not the government of each by himself, but of each by all the rest. The will of the people, moreover, practically means, the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority [...] The limitation, therefore, of the power of government over individuals, loses none of its importance when the holders of power are regularly accountable to the community, that is, to the strongest party therein”.

¹² Si tratta di una consapevolezza che, sin dagli albori, percorre, il pensiero liberale. Si pensi, per limitare l’attenzione a due soli esempi: alla famosa lettera di JEFFERSON a Madison del 15 marzo 1789 (“The tyranny of the legislatures is the most formidable dread at present, and will be for long years”) ed al VII capitolo di TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), XII ed., Paris 2012, che può leggersi anche nell’edizione italiana a cura di G. Candeloro: *La democrazia in America*, Milano 1982 (“Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu’en matière de gouvernement la majorité d’un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l’origine de tous les pouvoirs. [...] Ce qu je reproche le plus au gouvernement démocratique, tel qu’on organisé aux Etats-Unis, ce n’est pas [...] sa faiblesse, mais au contraire sa force irrésistible. Et ce que me répugne le plus en Amérique [...] c’est le peu de garantie qu’on y trouve contre la tyrannie”). Nella stessa linea, ovviamente: STUART MILL, *On Liberty*, cit., 13 s.: “the tyranny of the majority’ is now generally

Prima di chiudere sul punto, non è inutile sottolineare la pericolosità della suggestione segnalata da Stuart Mill. Essa, infatti, contribuendo a rendere inavvertite le derive illiberali di cui possono essere vittime gli Stati liberal-democratici, si rivela un formidabile anestetico sociale¹³.

3. Una tensione che non può essere sterilizzata: la lettura in chiave esclusivamente organizzativa dei diritti di libertà e la configurazione di questi ultimi come diritti funzionali

Come si è detto, la tensione tra democrazia e diritti fondamentali non va neanche sterilizzata, accogliendo concezioni, che, pur non essendo necessariamente finalizzate a tale risultato, lo producono oggettivamente.

Mi riferisco, anzitutto, all'idea, espressa da Hans Kelsen, secondo cui, con l'avvento delle costituzioni rigide, la titolarità dell'esigenza di garanzia si sarebbe spostata – potrebbe dirsi con terminologia non kelseniana – dallo Stato-comunità allo Stato-persona. Tale esigenza non sussisterebbe per singoli o gruppi distinti dall'apparato statale, ma riguarderebbe le minoranze parlamentari, le quali, attraverso la maggioranza qualificata normalmente richiesta per modificare la Costituzione, partecipano al procedimento di revisione costituzionale¹⁴.

Si tratta – come si vede – di una spiegazione tutta interna allo Stato-persona e coerente con la configurazione kelseniana della Costituzione come insieme delle norme sulla produzione di norme generali¹⁵. Secondo Kelsen, infatti, anche le norme sulle libertà sarebbero norme sulla produzione, avendo la funzione di limitare negativamente il potere legislativo¹⁶. Conclusione, questa – può per inciso osservarsi – la quale presenta non trascurabili

included among the evils against which society requires to be on its guard. [...] Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough; there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own. There is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence; and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism".

¹³ Per un cenno: ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 42.

¹⁴ KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, che può leggersi nella traduzione italiana pubblicata da Il Mulino (da cui sono tratte le citazioni): *Essenza e valore della democrazia*, in KELSEN, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, III ed., Bologna 1970, 62 s.

¹⁵ KELSEN, *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Herausgegeben von M. Jestaedt*, Tübingen-Wien 2017, 399 s. (che può leggersi anche in traduzione italiana: KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Saggio introduttivo e traduzione di Mario G. Losano, Torino 1966); ID., *The General Theory of Law and State*, Cambridge USA 1945, qui citato nella traduzione italiana di Sergio Cotta e Giuseppino Treves: KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, IV ed., Ivrea 1963, 126 s.

¹⁶ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 266 s., nonché, soprattutto, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 260 s., ove, a proposito dei "cosiddetti [sic] diritti fondamentali o di libertà", si legge: "queste garanzie costituzionali non costituiscono in sé diritti soggettivi, né diritti riflessi, né diritti soggettivi privati in senso tecnico. Esse si configurano come divieti di vulnerare – e, cioè, di eliminare o limitare – attraverso leggi (o regolamenti equiparati) l'eguaglianza o la libertà garantite. [...] Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali e di libertà

punti di contatto con la dottrina, che in Germania ha goduto di largo seguito tra l'ultimo quarto del XIX e l'inizio del XX secolo, secondo cui il diritto fondamentale costituirebbe una sorta di illusione ottica: l'effetto indiretto, o riflesso, di limiti che lo Stato pone a se stesso¹⁷.

Se si ragiona in questa chiave, il problema della libertà viene costruito come un problema di organizzazione, lasciando completamente in ombra l'alterità del singolo (o del gruppo minoritario) rispetto allo Stato¹⁸.

Un altro percorso che porta alla sterilizzazione della tensione dialettica tra la sfera della democrazia e quella della libertà è rappresentato dall'opinione, efficacemente confutata da Carlo Esposito nella sua prolusione romana del 1957, secondo cui alcune libertà (come riunione, associazione e manifestazione del pensiero) troverebbero nella democrazia la loro esclusiva ragione giustificativa. Sarebbero diritti *funzionali*, strumentali rispetto alla democrazia. E, quindi, come chiariva Esposito, limitabili in nome di questa¹⁹. A tale stregua, inoltre – com'è stato successivamente rilevato da Ernst-Wolfgang Böckenförde –, sarebbe garantito il versante positivo della libertà, ma non la libertà negativa, la cui funzionalità al processo democratico sarebbe difficilmente dimostrabile²⁰.

Esposito sottolineava che questa configurazione potesse attagliarsi ad altri ordinamenti. L'esempio da lui addotto era quello del coevo ordinamento sovietico, per effetto della Costituzione del 1936, che finalizzava alcune di queste libertà (parola, stampa, riunione, corteo) al "rafforzamento" e allo "sviluppo" dell'"ordinamento socialista"²¹. A questa stregua, quindi, la garanzia valeva soltanto nei confronti di atti di esercizio delle libertà predette che non mettessero in pericolo "linee generali più o meno rigidamente ed autoritariamente prefissate", per riprendere le parole di Esposito²². Il che aveva come conseguenza la condanna del pensiero eterodosso alla clandestinità o, come abbiamo appreso negli anni '60 dello

consistono in disposizioni della Costituzione attraverso le quali si determina in modo negativo il contenuto delle leggi e si prevede un procedimento mediante cui le leggi che non corrispondono a queste disposizioni possono essere poste nel nulla" [traduzione dello scrivente]. Per una magistrale critica: CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova 1970, 97 s.

¹⁷ GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden 1880 (che può leggersi nella traduzione di P. L. Lucchini: GERBER, *Diritto pubblico*, Milano 1971, 120 ss.). Icastica la formulazione di Paul Laband (LABAND, *Reichsstaatsrecht*, VI ed., Tübingen 1912, 46, nt. 11), che può essere così tradotta: "i cosiddetti diritti di libertà o diritti fondamentali non sono diritti in senso soggettivo, ma norme per il potere dello Stato, che questo dà a se stesso; essi costituiscono limiti per i poteri delle pubbliche autorità; assicurano al singolo la sua naturale libertà di movimento entro determinati limiti; ma non fondano diritti soggettivi del cittadino poiché non hanno oggetto. Sono solo negazioni di limiti alla libertà". Nella dottrina italiana, la questione è affrontata, in modo ampio e approfondito, da Pierfrancesco Grossi (GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II edizione ampliata, Torino 1991, 135 ss.).

¹⁸ Esplicitamente in questo senso, del resto, KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 11 ss., che parla di metamorfosi del concetto di libertà, "il quale, dall'idea di una libertà dell'individuo dal dominio dello Stato, si trasforma in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato".

¹⁹ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Diritto costituzionale vivente*, con presentazione di Damiano Nocilla, Milano 1992, 109 ss.

²⁰ BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, 1535. Adde STERN, *Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1995, 235 s.

²¹ La formula è stata ripresa dall'articolo 50 della Costituzione sovietica del 1977.

²² ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 118. Il collegamento tra le concezioni funzionalistiche della libertà e la teoria social-comunista dei diritti fondamentali è evidenziato anche da BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., 1535.

scorso secolo, quando sono iniziate a circolare in Italia le prime traduzioni di Solgenitsin e di Sacharov, al *Samizdat* e al *Gulag*.

Alla recente lettura di un interessante libro di Gianni Ferrara²³ sono debitore di un'informazione che mi era sfuggita. Mi riferisco al fatto che in Assemblea costituente Palmiro Togliatti avesse proposto di introdurre una clausola di finalizzazione dei diritti, parzialmente modellata sulla formulazione sovietica. In essa, tuttavia, il riferimento era al rafforzamento e allo sviluppo *del regime democratico*, non *dell'ordinamento socialista*. Con il che si depurava la formula della sua valenza ideologica, ma, forse, non della sua idoneità a "funzionalizzare" i diritti cui accedeva²⁴.

Non è stata, tuttavia, questa la scelta dell'Assemblea costituente, alla quale si deve la creazione di diritti "individualistici", riconosciuti al singolo non – per dirla con Esposito – nella sua qualità di membro della comunità, ma per l'appagamento egoistico di bisogni individuali²⁵.

È chiaro che libertà di questo tipo rappresentano un *habitat* particolarmente favorevole alla democrazia²⁶. Ciò che, comunque, deve escludersi è la loro subordinazione gerarchica ad essa²⁷.

²³ FERRARA, *I comunisti italiani e la democrazia*, Roma 2017, 75 s.

²⁴ Sul dibattito in Assemblea costituente, con riferimento alle proposte rivolte a costruire finalisticamente la libertà di espressione o la generalità dei diritti di libertà, cfr. ATRIPALDI, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea costituente*, Napoli 1979, 35; ELIA, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in AA.VV., *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna 1981, 52 s.

²⁵ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione*, cit., 118. Sulla distinzione tra le "libertà", tendenzialmente illimitate, e i diritti spettanti al cittadino, nella sua qualità di membro della comunità statale (i diritti "democratici"), v.: SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 168 s. Sulla posizione, in proposito, di entrambi gli autori, approfonditamente: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, II ed. (1990), rist., Padova 2003, rispettivamente, 83 ss., 88 ss.

²⁶ Il punto è particolarmente sviluppato da SALERNO, *Le garanzie della democrazia*, Relazione al Convegno AIC "Democrazia, oggi", Modena, 10-11 novembre 2017, versione preliminare, 22 ss.

²⁷ Così, valorizzando la scelta "liberale" compiuta dalla Costituzione italiana: ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 177 ss., escludendo che limiti alla libertà di manifestazione del pensiero possano dedursi dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica e dalla tutela dell'ordine pubblico costituzionale. Diversa, come noto, la scelta della Legge fondamentale tedesca, la quale, per reagire alla debolezza della Costituzione di Weimar, dimostratasi tragicamente inerme nei confronti dei nemici della democrazia liberale, ha disegnato un sistema di democrazia che si difende (*wehrhafte Demokratie*), prevedendo la decadenza dai diritti fondamentali di chi ne abusi per lottare contro l'ordine liberal-democratico (art. 18), e dotando espressamente il Tribunale costituzionale federale del potere di dichiarare, oltre che la decadenza di cui sopra, l'incostituzionalità dei partiti politici che perseguano il medesimo obiettivo o mettano in pericolo l'esistenza della Repubblica federale (art. 21, comma 2). Di qui, l'opinione che nell'ordinamento tedesco il principio democratico costituisca un limite immanente all'esercizio delle libertà: BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie*, cit., 1538. V., peraltro, per il ridimensionamento dell'efficacia della prima delle due disposizioni costituzionali appena citate, in quanto (ritenuta) provvista di valore eminentemente simbolico: BRENNER, in MANGOLDT, KLEIN, STARCK (a cura di), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, IV ed., vol. I, München 1999, *sub Art. 18*, 2131 ss. (che parla di relativa insignificanza del congegno da essa previsto). Sulla seconda, v., per tutti: STREINZ, in MANGOLDT, KLEIN, STARCK (a cura di), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, IV ed., vol. II, München 2000, *sub Art. 20*, 394 ss. Sul dibattito, sviluppatosi in Italia all'indomani del secondo conflitto mondiale, sull'opportunità di intervenire repressivamente sui partiti e gruppi liberticidi, che ha visto la contrapposizione tra la posizione di Benedetto Croce e quella di Luigi Einaudi: SALERNO, *Le garanzie della democrazia*, cit., 14, il quale si sofferma anche sulla mancanza, nel nostro ordinamento costituzionale, di strumenti di difesa della democrazia analoghi a quelli previsti in altri Stati europei (p. 16)..

4. Lo Stato di diritto e la logica della separazione: la dimensione orizzontale e la dimensione verticale della separazione dei poteri in senso soggettivo

Storicamente il contemperamento tra queste due esigenze contrapposte e conflittuali è assicurato dalla collocazione di entrambe nel quadro generale dello Stato di diritto. Il quale è informato ad una logica opposta a quella cui obbedisce la democrazia.

La democrazia tende alla concentrazione del potere e alla semplificazione dei circuiti decisionali²⁸, in nome dell'esigenza che la volontà popolare fluisca, senza interruzioni, budelli o vasi ostruiti (per esprimersi con l'on. Laconi in Assemblea costituente²⁹) dal popolo all'assemblea rappresentativa.

La logica dello Stato di diritto è la logica della separazione, alla luce dell'idea secondo cui il potere, quanto più è diviso, quanto più è scomposto, tanto meno è pericoloso. Di qui, un paradigma che fa applicazione di questa logica in tutte le sue possibili declinazioni: separazione in senso soggettivo, che può operare in termini tanto orizzontali che verticali, separazione in senso oggettivo-funzionale.

La declinazione orizzontale della separazione in senso soggettivo trova espressione nel principio organizzativo della separazione dei poteri, il cui presupposto è costituito dalla distinzione, all'interno dell'organizzazione statale, tra un circuito legato alla rappresentanza e, quindi, alla responsabilità politica generale, ed un circuito che trova nella imparzialità il proprio fondamentale *ubi consistam*³⁰. La preposizione agli organi compresi nel primo è direttamente o indirettamente riconducibile a un'elezione popolare; quella agli organi e agli uffici appartenenti al secondo è affidata a modalità selettive rivolte ad accertare la competenza tecnica richiesta dalla funzione ed a porre i prescelti in posizione di imparzialità.

Passando alla declinazione verticale della separazione dei poteri, può, anzitutto, notarsi che, singolarmente, a differenza che in Germania, nella riflessione costituzionalistica italiana, se si prescinde dalla felice eccezione di un libro del 1980 di Aldo Bardusco³¹, la sua valenza garantistica è alquanto trascurata.

Essa è, tuttavia, incontestabile. La separazione verticale dei poteri rappresenta, infatti, una garanzia per le maggioranze politiche territoriali diverse dalla maggioranza politica nazionale, affidando agli organi in cui esse operano le decisioni che più direttamente si riferiscono alle collettività cui si rivolge la loro azione (e alle quali "rispondono" sulla base dell'investitura elettorale ottenutane)³².

La sussistenza di questa valenza garantistica è confermata dall'avversione dei sistemi autoritari o totalitari nei confronti di forme di decentramento politico a base territoriale, come quelle che si realizzano negli ordinamenti di tipo federale o regionale.

²⁸ Così, ad esempio: ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 30.

²⁹ Intervento del 5 marzo 1947, in sede di discussione generale del Progetto di Costituzione della Repubblica.

³⁰ D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, cit., 94 s.

³¹ BARDUSCO, *Lo Stato regionale italiano*, Milano 1980.

³² Su questo profilo: D'ATENA, *Dimensioni e problemi della sussidiarietà*, in DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova 2008, 38.

È noto, ad esempio, che uno dei primi passi della lucidissima strategia costituzionale di Adolf Hitler sia consistito nella cancellazione, a distanza di un anno dalla *Machtergreifung*, dell'impianto federale, risalente alla Costituzione bismarckiana del 1871 e confermato dalla Costituzione di Weimar del 1919³³.

In epoca più recente, una dinamica analoga si è sviluppata in Russia, a partire dal nuovo secolo, attraverso lo smantellamento di un'impalcatura regionale dai tratti quasi feudali e la subordinazione degli organi di governo delle entità substatali al potere centrale³⁴. Si pensi, ad esempio, all'estromissione dei Governatori regionali dalla Camera alta dell'Assemblea federale, o alla pratica, largamente applicata, della revoca dei medesimi Governatori da parte del potere centrale, sia pure nella forma eufemistica dell'accettazione delle dimissioni³⁵. Si consideri, ad esempio, che, nel settembre 2017, a distanza di due giorni, due Governatori sono cessati, per questa via, dal loro mandato³⁶.

5. La scomposizione del potere in funzioni e la distinzione tra il generale astratto disporre e l'individuale e concreto provvedere

Come si è anticipato, l'altra tecnica di separazione ha ad oggetto il potere in senso oggettivo, la cui scomposizione in funzioni³⁷, priva l'atto legislativo dell'onnipotenza illustrata da Carl Schmitt, con riferimento ai sistemi di democrazia assoluta, nei quali la legge può tutto: può essere regola, atto amministrativo, decisione giurisdizionale³⁸. Nel quadro dello Stato di diritto, infatti, come lo stesso Schmitt pone chiaramente in luce, la legge tende a farsi regola, differenziandosi dagli atti di esercizio delle altre funzioni pubbliche³⁹.

La chiave di volta di questa differenziazione è costituita da una distinzione fondamentale, di cui siamo debitori a Vezio Crisafulli: la distinzione tra il *generale e astratto disporre* e l'*individuale e concreto provvedere*⁴⁰.

Tale distinzione è alla base dell'intero impianto costituzionale: il *generale e astratto* è prerogativa della politica, del circuito legato alla rappresentanza politica e alla mediazione dei partiti politici, l'*individuale e concreto*, per contro, va affidato ad organi imparziali, sgan-

³³ Il processo ha avuto inizio con la legge 30 gennaio 1934 (*Neuaufbau-Gesetz*), la quale ha eliminato le rappresentanze popolari dei *Länder* (art. 1), ha trasferito al *Reich* i c.d. diritti di sovranità (*Hoheitsrechte*) di questi (art. 2) ed ha subordinato gerarchicamente i loro Governi a quello centrale (art. 3). L'ultimo residuo di struttura federale – il *Reichsrat* – venne soppresso 15 giorni dopo, con la legge 14 febbraio 1934 (*Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats*).

³⁴ Cfr. il paragrafo intitolato "Russia Redux" di ZAKARIA, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, cit.

³⁵ ZUBAREVICH, *The Fall of Russia's Regional Governors*, in *The Moscow Times*, 17.9.2017.

³⁶ ZELENSKY (trad. Rothrock), *Putin is firing a whole Bunch of Governors again. Why does this keep happening?*, in *Meduza*, 27.9.2017.

³⁷ Sulle diverse declinazioni del termine v, nella prospettiva della teoria generale e con specifico riferimento alla disciplina dettata dalla Costituzione italiana: MODUGNO, *Funzione*, in *Encicl.dir.*, XVIII, Milano 1969, 301 ss., 306 s.

³⁸ SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 198 s., 340.

³⁹ SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 198.

⁴⁰ V, spec.: CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 255; ID., *Fonti del diritto*, ivi, XVII, Milano, 1968, 926 s., 949

ciati dal circuito della rappresentanza politica⁴¹. Il tutto, sotto l'egida del principio di legalità in senso sostanziale⁴², che lega questi piani dell'azione pubblica, e con il suggello della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti che lo violino, la quale completa il modello dello Stato di diritto⁴³.

6. La tensione tra democrazia e pluralismo. L'impatto della sussidiarietà orizzontale

È il caso, a questo punto, di accennare ad un'altra tensione da cui è interessata la democrazia, una tensione, meno considerata, almeno in questa chiave. Mi riferisco al rapporto dialettico che la democrazia intrattiene con il pluralismo politipico, accolto da molte costituzioni contemporanee (e dalla nostra tra esse). Si tratta di un assetto pluralistico non affidato esclusivamente ad enti strutturalmente omogenei, come gli enti territoriali, tutti legati al circuito della rappresentanza politica generale e dotati di organi di governo espressi in modo diretto dal corpo elettorale "generale" o da frazioni di esso (con la recente, discutibile eccezione, in Italia, delle province⁴⁴).

Il pluralismo che entra in tensione con la democrazia è dovuto alla presenza e alla garanzia di gruppi eterogenei, espressi dalla società civile, costituenti – se così ci si può esprimere – altrettanti pezzi di società civile. Si pensi ai poteri che la Costituzione italiana riconosce alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, alle prerogative della famiglia, all'autonomia organizzativa di partiti e sindacati, al riconoscimento, con estrema ampiezza, della libertà di associazione (e alla conseguente garanzia delle formazioni cui essa dà vita), al diritto di darsi ordinamenti autonomi, riconosciuto alle università e alle istituzioni di alta cultura dall'ultimo comma dell'articolo 33 Cost. Ebbene, rispetto a tutti gli ambiti presidiati da tali entità, il potere politico deve arrestarsi, dovendo rispettare gli spazi di autonomia ad esse garantiti⁴⁵.

Questo assetto pluralistico ha ricevuto, di recente, un rafforzamento per effetto dell'introduzione in Costituzione, ad opera della l. cost. 3/2001, del principio di sussidiarietà orizzontale⁴⁶. Il quale non pone soltanto di fronte all'alternativa *pubblico-si* o *pubblico-no*, ma

⁴¹ Sul rapporto tra la separazione degli apparati e quella delle funzioni, v., con specifico riferimento alla relazione tra la generalità della legge e la separazione tra la funzione legislativa e la funzione giurisdizionale: NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* (1957), trad. it. a cura di Savini, *Introduzione* di Matteucci, Bologna, 1973, 42.

⁴² ... sul cui rapporto con il "giusto procedimento": CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 133.

⁴³ Per un'efficace sintesi del modello in prospettiva comparatistica: STARCK, *Droits fondamentaux, État de droit et principe démocratique en tant que fondements de la procédure administrative contentieuse*, in *La procédure des actes administratifs* (fasc. spec. della *Revue Européenne de droit public*, 1993), 31 ss.

⁴⁴ Per la sintetica messa a fuoco della questione: D'ATENA, *Diritto regionale*, III ed., Torino 2017, 78 ss.

⁴⁵ Sia consentito il rinvio a D'ATENA, *La parabola istituzionale delle Camere di commercio e le tensioni del pluralismo*, ora in ID., *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Torino 2016, 253 ss.

⁴⁶ Art. 118, comma 3.

mette sul tappeto anche un'altra questione, che potrebbe essere espressa con la formula *pubblico-come*⁴⁷.

Istruttive sono, in proposito, le riflessioni sviluppatesi in Europa, con riferimento alla sussidiarietà verticale. Nell'esperienza comunitaria, infatti, dal collegamento tra il principio di sussidiarietà e il principio di proporzionalità si deduce l'esigenza che gli strumenti d'intervento vengano graduati, ammettendosi il ricorso a strumenti più intrusivi solo se, ed in quanto, gli strumenti più *soft* si rivelino inadeguati⁴⁸. Onde, l'affermazione di un modello operativo, in forza del quale si ricorre alla direttiva, quando la raccomandazione è insufficiente, ed al regolamento quando le risorse della direttiva non siano in grado di perseguire lo scopo dell'azione divisata.

Ebbene, io sono da tempo convinto che un'analogia esigenza di graduazione sia evocata dal principio di sussidiarietà orizzontale, anche se, in questo caso, più che di graduazione degli atti, deve parlarsi di graduazione degli attori⁴⁹. Ed è proprio a questo riguardo che viene in considerazione la questione espressa dalla formula "pubblico-come". È, infatti, da ritenere che, quando "attività di interesse generale" richiedano il ricorso allo strumentario pubblicistico, la struttura amministrativa da preferire sia quella, non solo "territorialmente", ma anche "funzionalmente" più vicina⁵⁰ ai settori della società cui esse più direttamente si rivolgono. Il che significa che, laddove tali settori trovino la propria proiezione istituzionale in enti dotati di autonomia funzionale, l'esigenza di graduazione di cui s'è detto richieda che questi vengano preferiti ad enti governati da organi espressi dal corpo elettorale generale o da frazioni di corpo elettorale generale, come gli enti territoriali. Di qui, ad esempio, la conseguenza che, per effetto del principio di sussidiarietà orizzontale, la tenuta del registro delle imprese venga affidata alle Camere di commercio (rappresentative del mondo delle imprese), invece che ai Comuni e/o alle Province in cui le imprese stesse hanno la loro sede⁵¹.

È questo un ambito, nel quale la tensione tra democrazia e pluralismo presenta una forte valenza pratica, dal momento che le istituzioni appartenenti al circuito della rappresentanza politica manifestano la ricorrente tendenza a sottrarre spazio alle autonomie funzionali, quando non a liquidarle. Si pensi, ad esempio, al decreto 616 del 1977, il quale tendeva a negare l'autonomia spettante agli "altri enti locali" (per usare la terminologia impiegata dalla

⁴⁷ D'ATENA, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, in AA.VV., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Padova 2005, nonché in D'ATENA, *Le Regioni dopo il big bang. Il viaggio continua*, cit., 257 s.

⁴⁸ In dottrina, tra i primi, ERASMY, SÜLLVALD, *Zur Justitibilität des Subsidiaritätsprinzips*, in *Arbeitgeber*, 1994, 127 ss., nonché: MERTEN, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, in MERTEN (a cura di), *Die Subsidiarität Europas*, Berlin, 1993, 78 ss.; MÖSCHEL, *Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, in *NJW*, 1993, 3026 s.; GOPPEL, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips. Der Beitrag Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in der EG*, in *EuZW*, 1993, 367 ss.; BRUHA, *Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, in RIKLIN, BATLINER (a cura di), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Vaduz 1994, 398 ss.; PALACIO GONZALEZ, *The Principle of Subsidiarity*, in *Eur. Law Review*, 1995, 359 s. Sul rapporto tra sussidiarietà e proporzionalità: CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli 1999, 182 ss., spec. 184 ss.

⁴⁹ D'ATENA, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, cit., 257 s.

⁵⁰ ... per riprendere la felice formula usata dalla prima legge Bassanini (art. 4, comma 3, lett. a, l. n. 59/1997)

⁵¹ D'ATENA, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, cit., 258.

disciplina costituzionale dell'epoca), trattandoli come enti dipendenti dalle Regioni e spostando competenze da essi agli enti territoriali⁵².

Il fenomeno ha attirato l'attenzione della Corte costituzionale, che di esso si è occupata a più riprese. Nella giurisprudenza successiva alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, si segnala, in particolare, la sentenza 301 del 2003, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevedeva, negli organi di indirizzo delle fondazioni bancarie, "una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti diversi dallo Stato di cui all'articolo 114 della costituzione", anziché – a quanto la Corte non ha mancato di chiarire – "una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali".

7. Le risorse della rete e il dilemma democrazia diretta-democrazia rappresentativa

La sfida più inquietante con cui la democrazia si trova oggi confrontata è costituita dal diffuso discredito di cui sono oggetto le istituzioni della rappresentanza, dalla sfiducia nel parlamentarismo, dal rifiuto della mediazione dei partiti politici⁵³. Si parla, al riguardo, di un sentimento antipolitico diffuso, che trova espressioni molteplici e convergenti: da un astensionismo elettorale che ha superato il livello di guardia, all'atrofizzazione della dimensione associativa dei partiti (testimoniata dal crollo verticale delle iscrizioni), al ripudio della stessa parola partito da parte di associazioni politiche, che, partecipando istituzionalmente (e non occasionalmente, come le liste civiche) alle elezioni, da un punto di vista tecnico, non possono non essere considerate partiti politici⁵⁴.

Sentimenti collettivi di questa natura non sono nuovi nella storia del costituzionalismo. Basti pensare al ruolo che essi hanno giocato nel tracollo della Costituzione e della Repubblica di Weimar⁵⁵.

Quello che oggi è nuovo è il contesto tecnologico: l'esistenza di mezzi di comunicazione di massa, che rendono reale quanto al tempo di Schmitt poteva essere considerato un'ipotesi (e forse una profezia)⁵⁶.

Mi riferisco a questo passo della *Dottrina della costituzione*: "potrebbe immaginarsi che un giorno, per mezzo di ingegnose invenzioni, ogni singolo uomo, senza lasciare la sua

⁵² D'ATENA, *La parabola istituzionale delle Camere di commercio e le tensioni del pluralismo*, cit., 254.

⁵³ Su tale scenario, per tutti: ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, trad. di Bresolin, Roma 2017.

⁵⁴ V., infatti: SCUTO, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, in *Federalismi.it*, numero speciale 1/2017. Manetti parla, in proposito, di "partiti non partiti" (MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, Relazione al Convegno AIC "Democrazia, oggi", Modena, 10-11 novembre 2017, testo provvisorio, 7).

⁵⁵ In argomento, per tutti: SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München 1978.

⁵⁶ Per un quadro generale: GROSSMAN, *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York 1995. A proposito dell'impatto di *Internet* sulle dinamiche elettorali, v. lo studio empirico comparato di VACCARI, *La politica online. Internet, partiti e cittadini nelle democrazie occidentali*, Bologna 2012.

abitazione, con un apparecchio possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorra solo darne lettura⁵⁷.

Ebbene, oggi ciascuno di noi dispone di un esemplare delle ingegnose invenzioni di cui parlava Carl Schmitt.

Questa circostanza dà nuova attualità a un dilemma che fino a pochi anni fa poteva considerarsi archiviato: il dilemma tra la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa. Oggi, infatti, è tecnicamente possibile che tutti gli elettori possano esprimere in tempo reale il proprio avviso sulle questioni che vengano loro sottoposte⁵⁸.

Occorre, quindi, chiedersi se il superamento delle distanze fisiche che avevano praticamente decretato la quasi totale scomparsa delle (peraltro, limitatissime) forme di democrazia diretta realizzatesi nella storia, renda pensabile il progressivo superamento delle istituzioni della rappresentanza.

Dico subito, con assoluta nettezza, che a questa prospettiva ostano tutte le ragioni che depongono in favore della priorità assiologica della democrazia rappresentativa rispetto alla democrazia diretta⁵⁹.

La prima ragione era sottolineata da Max Weber, quando metteva in luce la elementarità espressiva della democrazia diretta, la quale, potendo contare su due sole parole – *Ja oder Nein* – non è in condizione di concorrere a decisioni complesse⁶⁰ (Weber evidenziava, ad esempio, l'impossibilità di pervenire, con mezzi espressivi così elementari, all'approvazione di una legge di bilancio⁶¹). È vero che i parlamentari, quando sono chiamati

⁵⁷ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 322.

⁵⁸ La questione ha sollecitato l'interesse della dottrina italiana almeno dagli anni '80. V, ad es.: NOCILLA, *Responsabilità e rappresentanza*, in *Iustitia*, 1985, 394 s.; DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. soc.*, 1995, 399 ss. (con ampi riferimenti); FISICHELLA, *Elezioni e democrazia: un'analisi comparata*, Bologna, 1982; PALADIN, *La sovranità popolare nella democrazia degli antichi e in quella dei moderni*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, cit., 147 ss.; FROSINI, T. E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1987, 302 s. Non è, peraltro, un caso che l'interesse per il tema sia enormemente cresciuto in epoca recente, come testimonia un recente convegno, nel quale esso è stata esaminato in modo molto articolato: BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, in *Federalismi.it*, cit. Sui profili tecnici della questione, ad es.: HILBERT, *The Maturing Concept of E-Democracy: From E-Voting and Online Consultations to Democratic Value Out of Jumbled Online Chatter*, in *Journal of Information Technology & Politics*, Vol. 6, 2009, Issue 2., mentre, per il drastico ridimensionamento delle aspettative riposte nella *web democracy*: HINDMAN, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton 2009, nonché, con riferimento ai limiti derivanti dall'accessibilità della rete: PITTERI, *Democrazia elettronica*, Bari 2007.

⁵⁹ Cfr. LUCIANI, *Il referendum impossibile*, in *Quad. cost.*, 1991, 513 s., al quale si rinvia per altri riferimenti. Per la netta affermazione del primato della democrazia rappresentativa: BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 234 ss. Per una recente, ampia, rivisitazione del tema: URBINATI, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago 2006, cui adde DE MARCO, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.; CASTORINA, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, *ibidem*. In argomento, v. anche, con riferimento ai profili metodologici: TORRE, *Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità*, *ibidem*.

⁶⁰ WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918), in ID., *Gesammelte Schriften*, II ed., Tübingen 1958, 370 ss.; ID., *Parlamentarisierung und Demokratisierung*, in ID., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921-22), V ed., Heidelberg 2002.

⁶¹ WEBER, *Parlament und Regierung*, cit.

ad esprimere il proprio voto, dispongono del medesimo, elementarissimo, vocabolario. Essi, tuttavia, attraverso la discussione e attraverso la proposta degli emendamenti, possono concorrere alla costruzione del testo normativo⁶².

Non può, inoltre, non considerarsi che la responsabilità politica postula la distinzione tra chi “risponde” e chi fa valere la responsabilità. Essa, quindi, senza istanze rappresentative, non esiste; poiché solo tali istanze rendono possibile al corpo elettorale sanzionare, con lo spostamento dei consensi, le maggioranze politiche che non ne abbiano soddisfatto le attese.

Nei confronti della democrazia della rete, c'è, infine, un altro aspetto particolarmente inquietante. Occorre, in particolare, chiedersi chi gestisce e controlla la rete.

Nel nuovo contesto tecnologico si rafforza un elemento mistificatorio che Böckenförde ravvisava con riferimento al referendum, da lui non considerato una forma di democrazia diretta, a causa di una struttura sottostante costituita dai gruppi che mobilitano e indirizzano la partecipazione referendaria, orientandone l'esito sin dalla formulazione dei quesiti⁶³.

Questo non significa che strumenti di coinvolgimento popolare mediante le risorse della rete non possano concorrere alle dinamiche democratiche⁶⁴. Si pensi, ad esempio, che il processo di elaborazione del trattato di Roma del 2004 – il trattato contenente una Costituzione per l'Europa – contemplava anche la partecipazione dei cittadini attraverso un *forum on-line*⁶⁵.

Si tratta, tuttavia, di strumenti complementari, i quali non possono pretendere di soppiantare i luoghi della rappresentanza⁶⁶. E non possono nemmeno pretendere di assegnare

⁶² Su questo aspetto: LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 116 ss.

⁶³ BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., 239, ma già, con riferimento alla Costituzione di Weimar, KIRCHHEIMER, *Weimar – e cosa dopo? Analisi di una Costituzione*, in ID., *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di A Scalone, Modena 2017, 65. Nella letteratura italiana, spec.: LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 117 ss.; GEMMA, *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, 1287 s. In generale, sulla questione del rapporto tra referendum e democrazia diretta: LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 1 ss. Adde: PIZZETTI, F. G., *L'Istituto referendario tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. Brevi considerazioni e spunti di riflessione alla luce di recenti vicende italiane e britanniche*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

⁶⁴ V., infatti, COLEMAN, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge-Malden 2017, che mette anche in luce le potenzialità della rete per la trasparenza dei processi decisionali. Su quest'ultimo profilo, spec. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, cit.; adde RIVERA, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit. Sul tema collegato della c.d. democrazia partecipativa, per una ampia messa a fuoco delle questioni: ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze 2010. In argomento, alla luce dell'esperienza tedesca: LUTHER, *Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

⁶⁵ Sul significato di quest'apertura del processo: CERULLI IRELLI, *The Issue of the Legal Nature of the Constitutional Treaty and the System of Sources*, in BLANKE, MANGIAMELI (a cura di), *Governing Europe under a Constitution*, Berlin-Heidelberg 2006, 60 ss.

⁶⁶ Sulla questione, spec.: BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?*, in ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., il quale considera “profondamente errato” ritenere che la *democrazia partecipativa* e la *democrazia deliberativa* possano essere sostitutive della democrazia rappresentativa. Con specifico riferimento alla democrazia deliberativa: BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

a questi ultimi un ruolo ancillare rispetto agli *input* della rete. Penso, ad esempio, al preteso plusvalore di proposte legislative elaborate, senza nessuna trasparenza, da una molteplicità di anonimi e irresponsabili soggetti connessi telematicamente, le quali dovrebbero essere puramente e semplicemente recepite dai parlamentari chiamati ad esercitare l'iniziativa legislativa.

8. La rete e la manipolazione del consenso

Parlando dell'impatto della rete sui processi democratici, non può non considerarsi un'ultima, delicatissima, questione. Mi riferisco alle possibilità che le nuove tecnologie della comunicazione offrono alla manipolazione del consenso degli elettori.

Ancora illuminante è, sul punto, quanto scriveva Carl Schmitt nella sua *Dottrina della Costituzione*, la quale, come accade ai classici, è in grado di dare risposte alla distanza di novant'anni dalla sua apparizione.

“In ogni democrazia – è Schmitt che parla – ci sono sempre partiti, oratori e demagoghi [...], oltre a stampa, film, e altri metodi di manipolazione psicotecnica delle grandi masse. Tutto ciò si sottrae a una completa disciplina. Esiste perciò sempre il pericolo che forze sociali invisibili e irresponsabili dirigano la pubblica opinione e la volontà del popolo”⁶⁷.

Se si considera che Schmitt scriveva queste parole quando i mezzi di manipolazione psicotecnica delle masse si riducevano ai cinegiornali in bianco e nero, alla stampa e alle radiodiffusioni, ci si rende conto che oggi il pericolo da lui paventato si presenta enormemente ingigantito. È, infatti, noto che, in virtù delle tracce che lasciamo in rete, il “profilo” di ciascuno di noi è riducibile ad un algoritmo, che può circolare senza controllo e che consente che ci vengano indirizzati messaggi su misura, corrispondenti a ciò cui siamo maggiormente sensibili⁶⁸. Senza contare che il medesimo algoritmo rende possibile l'isolamento di cittadino-elettore in una sorta di bolla informativa dalla quale sono esclusi tutti i contenuti che potrebbero metterne in discussione i pregiudizi⁶⁹.

⁶⁷ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 324.

⁶⁸ Si tratta di tecniche inizialmente elaborate a fini di *marketing*, ma applicabili e applicate anche nel mercato politico. Sulle loro basi scientifiche, v., ad es., GUNTER, *The Psychology of Consumer Profiling in a Digital Age*, New York-London 2016; DIMOFTE, HAUGTVEDT, YALCH (a cura di), *Consumer Psychology in a Social Media World*, New York-London 2016). Le implicazioni giuridico-costituzionali dell'uso di queste tecniche e, più in generale, dell'incidenza, sulla formazione delle opinioni, di *fake news* e *hate speech*, soprattutto per il ruolo dei motori di ricerca e per la pervasività dei *social network*, sono enormi. Un esauriente quadro generale ne è offerto dal recente volume di PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017. Con specifico riferimento alle *fake news*, v. anche: FROSINI, T.E., *Costituzionalismo 2.0*, in *Rass. parl.*, 4/2016, 691 s., mentre, sulla questione centrale da esse evocata: quella del valore della verità nello Stato costituzionale, è d'obbligo il riferimento a HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995, che può leggersi anche nella traduzione italiana di F. Fiore: HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino 2000.

⁶⁹ Su questo profilo: PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit. (cui si rinvia per altri riferimenti), il quale si occupa diffusamente della *filter bubble* e dei suoi effetti, sottolineando il ruolo che, a questo riguardo, può assumere Facebook e delineando i caratteri della c.d. *bubble democracy*, che rischia di decretare l'atrofizzazione di un elemento essenziale alla vitalità della democrazia: il dibattito pubblico. Che per soddisfare le nuove istanze di partecipazione democratica sia necessario un dibattito pubblico nel quale le diverse opinioni,

Si tratta di una sfida mortale alle odierne liberal-democrazie.

Schmitt, ai suoi tempi, era pessimista circa la possibilità di fronteggiare sfide di questo tipo. A suo avviso, il fenomeno della manipolazione psicotecnica delle masse non sarebbe regolabile: l'unico antidoto possibile potendo essere ravvisato nell'unità del popolo, tenuto insieme dalla comune percezione dell'amico e del nemico⁷⁰.

Confesso che non considero questa conclusione tranquillizzante.

Il problema, peraltro, c'è ed è molto serio.

È un problema, che, in quanto costituzionalisti, non possiamo ignorare⁷¹.

opzioni e rappresentazioni possano confrontarsi è sottolineato da BILANCIA, P., *Crisi della democrazia rappresentativa e apertura nuove istanze di partecipazione democratica*, in BILANCIA, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit., la quale pone anche in luce l'attuale inadeguatezza, a questo riguardo, della c.d. democrazia della rete.

⁷⁰ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 324.

⁷¹ Vanno, quindi, salutate con estremo favore ricerche come quelle contenute in PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit.