

## RITRATTO COSTITUZIONALE DELLA LEGITTIMAZIONE POLITICA

*Sommario: 1. Intorno al fondamento ultimo del potere. – 1.1. Il senso di un “ritratto costituzionale”. – 2. Un timido approccio al tema della legittimazione. – 3. Dal contrattualismo in poi. – 4. Alla ricerca della verità. – 5. Esplorando la sovranità. – 6. Dal potere costituente alla costituzione. – 7. Sovranità costituzionale e legittimazione democratica. – 8. Una rassegna di possibili confini costituzionali alla legittimazione politica. – 9. Una postilla.*

### 1. Intorno al fondamento ultimo del potere

Legittimazione politica e legittimazione formale sono due distinte categorie concettuali, destinate come tali a muoversi su piani diversi. Entrambe, però, condividono la medesima aspirazione a individuare il *fondamento ultimo* del potere.

La ricerca del fondamento ultimo del potere asseconda la curiosità di quanti ambiscono a «voir clair»<sup>1</sup>, a non arrestarsi di fronte alle contingenti dinamiche di potere per scandagliare, invece, le profondità dell’oceano istituzionale. E tutto ciò può essere utile non solo per comprendere meglio il presente, ma anche e soprattutto per immaginare gli sviluppi futuri dell’ordinamento.

Talvolta la legittimazione politica tende ad invadere gli ambiti dominati dalla legittimazione formale. Coltivata in giardini di pensiero diversi da quelli curati comunemente dai cultori del diritto<sup>2</sup>, la legittimazione politica è nondimeno protagonista – come si avrà modo di constatare – di frequenti scorriere nei territori dominati dalle categorie giuridiche, producendo spesso effetti destabilizzanti.

---

\* Associato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Pavia.

\* Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia.

<sup>1</sup> Con queste parole G. FERRERO, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, New York, Brentano’s., 1942, 15, si accostò al tema della legittimazione del potere dopo aver letto le *Mémoires* di Talleyrand.

<sup>2</sup> Cfr. D. BEETHAM, *The Legitimation of Power*, London, Macmillan, 1991, 37 ss.

Si cercherà, pertanto, di accedere ad una lettura costituzionalmente sostenibile del concetto di *legittimazione*<sup>3</sup>.

La corretta collocazione della dimensione politica della legittimazione è illuminata da Norberto Bobbio. La teoria generale della politica si occupa del potere, laddove la teoria generale del diritto s'interessa della norma. La legittimazione in parola, quale fondamento ultimo del potere, è dunque attratta nel campo in cui attecchiscono i postulati della teoria generale della politica. In ambito normativo, rilevano altre dimensioni concettuali, quali la legittimità e la legalità<sup>4</sup>.

Scopo del presente studio non è, quindi, la mutazione della legittimazione politica in un *quid* giuridico. Piuttosto, s'intende suggerirne una interpretazione costituzionalmente orientata affinché essa non sia strumentalmente evocata per giustificare forzature del diritto positivo, a cominciare proprio dalla disciplina dettata dalla Carta fondamentale. Insomma, questo studio ambisce ad elaborare una nozione di "*sovranità costituzionale*" capace di scongiurare il rischio di usi degenerativi (populistici, demagogici) della legittimazione politica: usi in grado di vanificare l'attitudine della Costituzione stessa a presidiare la stabilità e l'integrità dell'ordinamento intorno a principi e valori pressoché unanimemente riconosciuti pur in una società pluralista<sup>5</sup>.

### **1.1. Il senso di un "ritratto costituzionale"**

Filippo Baldinucci, nel suo *Vocabolario toscano dell'arte del disegno* del 1681, definì il ritratto come la «figura cavata dal naturale».

Il ritratto è, intuitivamente, *una* rappresentazione della realtà. Quanto minore è il divario rispetto al reale, quanto più il ritratto è la trasposizione fedele del contingente.

L'impulso al ritratto scaturisce dalla volontà di tratteggiare l'immagine di un determinato soggetto. Se ci si ferma ad un livello in cui di quel soggetto si abbozzano gli elementi identificativi essenziali, allora il ritratto conduce alla inclusione del soggetto stesso in una determinata categoria. Quando invece il tratto diventa puntuale, si ha una altrettanto precisa individuazione del soggetto. Nel primo caso il soggetto è *riconoscibile*, nel secondo è *identificato*.

Per un giurista, il ritratto di una categoria estranea al diritto (ma che in qualche misura precede l'opera di conformazione posta in essere dal diritto stesso), tende a rendere ricono-

---

<sup>3</sup> V., infatti, J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im modernen Staat*, in *Merkur*, 1976, 332, 37 ss.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, 80 ss. Cfr. pure A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, 1307 ss.

<sup>5</sup> In argomento, A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, vol. V, Napoli, Jovene, 2009, 2039, ha condotto una analisi culminata nella qualificazione della "democrazia costituzionale" come «l'intelligente risposta contemporanea ai tradizionali problemi che la democrazia tout court si trascina dietro da sempre». Egli, invero, ha sostenuto che solo raggiungendo l'equilibrio fra le tre diverse forme di legittimazione del potere (scientifica, costituzionale, democratica) sia possibile una buona convivenza sociale, immune da demagogie e populismi. Sul tema, di recente, A. GRATTERI, *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2015.

scibile un determinato oggetto. La “legittimità” può essere *identificata* grazie ad una trasposizione puntuale e specifica di elementi noti al diritto: dunque, la legittimità come conformità di un atto (una legge, una sentenza, un atto amministrativo) ad un parametro giuridico. La “legittimazione” può solo essere *riconosciuta* utilizzando gli strumenti di rappresentazione concettuale forniti dalle scienze giuridiche.

Quando il ritratto è eseguito tramite l’opera dell’ingegno, la personalità dell’autore non è un fattore trascurabile. E in questo contesto, rileva la personalità “professionale” dello studioso. Dunque, il rischio di interferenze soggettive è alto, e di questo bisogna esserne consapevoli. Nel *Ritratto di Dorian Gray*, Basil Hallward rivelò a Lord Henry Wotton, che «ogni ritratto dipinto con sentimento è il ritratto dell’artista, non del modello. Questi non è che l’accidente, l’occasione; non è lui che viene rivelato dal pittore, ma è il pittore che, sulla tela dipinta, rivela se stesso».

Nel ritrarre un oggetto extragiuridico, la tensione tra momento descrittivo (cosa l’oggetto è) e momento prescrittivo (cosa l’oggetto *deve o dovrebbe essere*), è alta. È attribuito a Salvador Dalì un aforisma che suona così: «Non dipingo un ritratto che assomiglia al modello, piuttosto è il modello che dovrebbe somigliare al ritratto».

Un approccio incline al soggettivismo può, dunque, essere scongiurato applicando con rigore metodologico lo strumentario concettuale ricavabile dalla Costituzione, intesa come oggetto di analisi scientifica.

## 2. Un timido approccio al tema della legittimazione

Il pacifico e ordinato svolgimento delle relazioni tra consociati non può prescindere dal rispetto delle decisioni assunte dalle istituzioni che incarnano l’autorità dello Stato. I comportamenti individuali sono senz’altro retti e condizionati da atti negoziali di diritto privato, nei quali assume rilevanza decisiva la volontà manifestata dai singoli. Nondimeno, anche l’autonomia privata si sviluppa lungo le traiettorie tracciate dalle istituzioni attraverso l’esercizio di una molteplicità eterogenea di poteri: norme giuridiche, atti amministrativi, pronunce giurisdizionali.

Perché i consociati si sottomettono alle decisioni dell’autorità? Tra i tanti che hanno formulato questo interrogativo, ancora una volta Bobbio è stato illuminante: «qual è la ragione ultima per cui in ogni società stabile e organizzata vi sono governanti e governati, e il rapporto fra gli uni e gli altri si stabilisce non come un rapporto di fatto ma come un rapporto tra il *diritto* da parte dei primi di comandare e il *dovere* da parte dei secondi di obbedire?»<sup>6</sup>.

Il giuspositivismo ha posto le basi per aggirare il quesito, o quanto meno per estrometterlo dal campo di indagine dominato dalle categorie del diritto. Per esemplificare al massimo, al giurista non interessa indagare sulle motivazioni (sociali, culturali, psicologiche) che

---

<sup>6</sup> N. BOBBIO, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. ROSSI (cur.), *Max Weber e l’analisi del mondo moderno*, Torino, Einaudi, 1981, 226. Dunque, si tratterebbe di un problema di “political obligation” associato al seguente interrogativo, formulato da R. SCRUTON, *A Dictionary of Political Thought*, London, Macmillan, 1982, 264: «what obliges the citizen to obey the State?».

inducono i consociati a osservare le suddette decisioni. In uno Stato di diritto, dove ogni espressione di pubblico potere è subordinata a norme giuridiche, la conformazione delle condotte individuali agli atti di autorità è presidiata dalla coattività delle norme giuridiche. La sanzione, quale conseguenza afflittiva che colpisce chi viola le regole, è dunque una “buona ragione” per sottomettersi ai comandi. La legalità, quale requisito indefettibile di stabilità di una comunità complessa quale lo Stato, è dunque agli occhi del giurista l’unica condizione idonea a fornire una risposta appropriata al formidabile quesito dapprima formulato.

Intorno a questo dilemma sono fiorite contrapposizioni teoriche che hanno impegnato le menti più brillanti anche in ambito giuridico. Si pensi alla contesa tra istituzionalismo e normativismo, ossia teorie elaborate allo scopo di esplorare gli abissi delle esperienze comunitarie sul versante dei rapporti tra diritto e organizzazione. Leggendo Hauriou, Ehrlich, Santi Romano, si ha la sensazione che una delle variabili da razionalizzare sia appunto questa. Se ogni comunità è in grado di produrre diritto per autoregolarsi, l’adesione ai precetti così concepiti non è che la logica implicazione di tale attitudine. Se *ubi societas, ibi ius*, allora il diritto contiene in sé l’idea dell’ordine sociale. Secondo la teoria istituzionale «non solo le norme traggono la loro giuridicità dal fatto di essere espressione (e sino a quando sono espressione) della struttura associativa del gruppo (o corpo) sociale ma anche il fatto stesso dell’organizzazione imprime ad un gruppo (corpo) sociale il carattere della giuridicità (ogni istituzione è un ordinamento giuridico)»<sup>7</sup>. Dunque, per i consociati l’osservanza delle determinazioni adottate dai pubblici poteri è la coerente implicazione associata all’essere membri di una comunità che si è data una determinata organizzazione. Dal canto suo, il normativismo semplifica, senza banalizzare, la questione. Se il diritto è l’ordine normativo degli umani contegni, ciò che rileva è soddisfare le condizioni di validità del diritto, secondo la *Stufenbau der Rechtsordnung*.

Ebbene, la teoria della legittimazione politica è stata concepita al fine precipuo di porre fondamenta sulle quali erigere una solida struttura di *riconoscimento* dell’autorità. Il potere assume determinazioni cogenti in quanto legittimato a farlo: «*legitimacy is the foundation of such governmental power*»<sup>8</sup>.

Come si è detto, questa teoria è sedimentata in ambiti diversi da quello giuridico. La scienza politica e la sociologia hanno arato i terreni più fecondi per l’attecchimento di tale idea. Ciò non stupisce: nella prospettiva illuminata dalle tesi giuspositivistiche, il diritto non si chiede se e perché un ordine normativo sia concretamente rispettato dai consociati. Il diritto si occupa di “legalità”, al fine di verificare se un potere sia «esercitato nell’ambito o in conformità delle leggi stabilite o comunque accettate»<sup>9</sup>. Il diritto si occupa di “legittimità”, quale

---

<sup>7</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 1994, 18.

<sup>8</sup> D. STERNBERGER, *Legitimacy*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. IX, New York-London, Collier-Macmillan, 1968, 244.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, voce *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (curr.) *Dizionario di politica*, II ed., Torino, Utet, 1983, 580, il quale aggiunge che il principio di legalità sublima la soggezione alla legge da parte di tutti gli atti posti in essere dalle istituzioni: da Euripide a Cicerone, da Bracton agli illuministi, questo è un elemento di sistema, una idea cardine, che ha attraversato i millenni dell’esperienza umana trovando uno sbocco naturale nel moderno Stato di diritto.

rispetto di schemi di qualificazione normativa destinati a orientare cogentemente atti o comportamenti. Il diritto si occupa di “validità”, sia nell’accezione kelseniana dapprima richiamata, sia in un senso non dissimile da quello di legittimità.

La dottrina pura del diritto, in particolare, ha sondato un ampio campo di indagine alla ricerca della scaturigine del tutto: ma il tutto è stato ridotto al sistema normativo ed in esso si è sviluppata la ricerca. Una ricerca culminata nella ricognizione (o nella creazione ?) della *Grundnorm*. Come si è espresso il padre di tale teoria, «lo scopo concettuale della norma fondamentale è fornire un fondamento di validità delle norme», proprio attraverso quella che lo stesso Kelsen definisce una “finzione”<sup>10</sup>. La *Reine Rechtslehre* è una teoria generale del diritto, non della politica. Essa perlustra il sistema normativo alla ricerca del fondamento ultimo. A rigore il concetto di legittimazione resta fuori, in quanto oggetto di altri ambiti. Ed in effetti il normativista Kelsen si è nondimeno occupato di legittimazione politica nei suoi studi sulla democrazia<sup>11</sup>.

È stato scritto che la legittimazione «denotes one of more aspects of the lawfulness of a regime, its representatives and their “commands”; it is a quality derived from social acceptance»<sup>12</sup>. La legittimazione è intesa come l’attributo dello Stato «consistente nella presenza in una parte rilevante della popolazione di un grado di consenso tale da assicurare l’obbedienza senza che sia necessario, se non in casi marginali, il ricorso alla forza»<sup>13</sup>.

Nelle raffigurazioni teoriche della legittimazione, la ricerca del fondamento ultimo del potere attinge a dati fattuali: consenso sociale, antagonismi ideologici, dinamiche di potere e rapporti di forza, retaggi culturali, evoluzione storica della comunità. Questi elementi sono progressivamente affiorati anche nel ragionamento giuridico man mano che al rigore formalista del positivismo è stato revocato in dubbio da correnti di pensiero inclini ad aprirsi alla influenza esercitata da fattori esogeni al diritto. La scienza giuridica, arricchitasi nel tempo grazie al contributo di approcci meno tradizionali, ha imparato gradualmente a non trascurare.

### 3. Dal contrattualismo in poi

Il problema del fondamento del potere ha trovato, nell’evoluzione del pensiero, tre ordini di risposte<sup>14</sup>. Sinteticamente: nella filosofia greca è dominante l’idea della natura quale fonte ultima del potere<sup>15</sup>; per la teologia medievale la legittimazione del potere riposa sulla

---

<sup>10</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags, 1979, trad. it., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985, 434 s. V., in argomento, S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell’interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, Giappichelli, 2013, 17.

<sup>11</sup> V., infatti, L. RIZZI, *Il problema della legittimazione democratica in Kelsen e Rousseau*, in *Il Politico*, 1992, 225 ss.

<sup>12</sup> S.J. GOULD, *Legitimacy*, in V. BOGDANOR (ed.), *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, Oxford-New York, Blackwell, 1987, 333.

<sup>13</sup> L. LEVI, voce *Legittimità*, in *Dizionario di politica*, cit., 582. Nella sua voce, Levi parla di “legittimità”, anche se, dal punto di vista sostanziale, Egli allude alla legittimazione.

<sup>14</sup> P.P. PORTINARO, voce *Legittimità*, in *Enc. scienze sociali*, vol. V, Roma, Treccani, 1996, 236.

<sup>15</sup> Il pensiero aristotelico, ruotante intorno alla *polis* intesa come aggregato di uomini liberi ed eguali (*Politica*, III, 130), ha posto le premesse per la futura consacrazione della *civil legitimacy*.

volontà e sulla legge divina, ossia la *numinous legitimacy* che eleva la *divine vocation* a principio di legittimazione del potere<sup>16</sup>; il contrattualismo moderno ha, poi, esaltato la centralità del consenso manifestato dai membri del popolo (nel frattempo divenuto) sovrano.

Per ragioni di economia della presente trattazione appare opportuno partire dal contrattualismo<sup>17</sup>. Già per i monarcomachi (Teodoro di Beza, Johannes Althusius, John Knox) il potere è legittimo nella misura in cui corrisponda al patto che avvince i governati ai governanti. Violato il patto, è ammesso l'esercizio del diritto di resistenza contro le degenerazioni tiranniche, sino alle estreme conseguenze (François Hotman, George Buchanan, John Milton, Junius Brutus). Con Hobbes, nel *De cive*, si perviene all'intreccio tra il *pactum societatis*, che plasma il popolo come una entità unitaria, ed il *pactum subiectionis*, che lega il popolo al principe. Una posizione, questa che riecheggia anche in Locke, nei *Two Treatises of Government*, ove è chiaro il convincimento che solo dal consenso può scaturire un governo legittimato ad imporsi sui governati<sup>18</sup>.

Con la Rivoluzione francese la *legalité* soppiantò la legittimazione come in precedenza concepita. L'intento era chiaro: erodere dalle fondamenta la *legitimacy* delle dinastie tradizionali attraverso l'adattamento delle norme costituzionali alla volontà popolare. La monarchia cessa di essere legittima per consacrazione divina, per ridursi essa stessa a entità "legale". La rivoluzione, dal canto suo, si legittima come processo sovrano di consacrazione di un nuovo ordine<sup>19</sup>.

Il formalismo funzionalista del pensiero dominante nel XIX Secolo fu, quindi, sottoposto ad una serrata critica da Carl Schmitt, che denunciò l'asservimento dei valori alle ragioni esteriori della procedura<sup>20</sup>. È noto il punto debole della critica schmittiana: egli contrappose al positivismo una idea di legittimazione plebiscitaria basata su di una opinabile coesione etica del popolo. Nondimeno, egli colse nel segno quando intuì la contraddizione tra la tesi della procedura maggioritaria quale unica fonte di legittimità e l'affermazione dell'esistenza di valori e principi sottratti alla maggioranza<sup>21</sup>.

Sfidando il monopolio culturale del giuspositivismo, la "razionalità procedurale" di Habermas è stata ricondotta ai complessi rapporti tra diritto e morale, ove la seconda non è comunque intesa quale complesso di precetti sovraordinati al primo: piuttosto vi sarebbe una compenetrazione tale da immettere nell'ordinamento i necessari elementi di giustificazione

---

<sup>16</sup> D. STERNBERGER, *op. cit.*, 244.

<sup>17</sup> *Ivi*, 245, dove si rammenta che anche nel pensiero medievale si scorgono anticipazioni intorno alla dimensione consensuale: così nel *Glossarium mediae et infimae latinitatis* di Du Cange (1678) si legge che «electi sunt quatuor legitimi viri communi assensu»..

<sup>18</sup> Il contributo del giusnaturalismo è avvertibile più sul versante della demolizione delle credenze tradizionali in nome di una superiore legge naturale, che sul piano della edificazione di una inedita dottrina contrattualistica.

<sup>19</sup> Cfr. T. WÜRTEMBERGER, *Legitimität, Legalität*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. III, Stuttgart, Klett-Cotta, 1973, 138.

<sup>20</sup> C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, Duncker-Humblot, 1932, trad. it., *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 218 ss.

<sup>21</sup> Così P.P. PORTINARO, *op. cit.*, 242.

dei contenuti normativi<sup>22</sup>. In ambito sociologico – vale la pena rammentarlo – Luhmann interpreta la legittimazione quale condizione che riflette l'esistenza di procedure idonee a lasciar supporre al potere politico l'accettazione delle proprie scelte da parte dei consociati<sup>23</sup>.

#### 4. Alla ricerca della verità

Atteso che, per ragioni sin troppo intuibili e asseverate dalla storia, il potere è concentrato nelle mani di una minoranza dell'organizzazione sociale, si coglie nell'evoluzione delle diverse esperienze ordinamentali la tendenza dei gruppi dominanti a giustificare il potere esercitato allegando ragioni di natura morale, religioso, sociale, politico, e persino scientifico<sup>24</sup>. Il fondamento del potere non è qualcosa di immanente ad esso, tale da essere scoperto dall'uomo, ma è un artificio messo in atto per giustificare il dominio esercitato su altri.

Il superamento della concezione divina è esemplare al riguardo. Confutando le tesi sostenute da Sant'Agostino d'Ippona nel *De civitate Dei*, Marsilio da Padova, nel suo *Defensor Pacis* del 1324, enfatizza il ruolo centrale assolto dal consenso del popolo. E lo fece per servire la causa di Ludovico IV duca di Baviera contrapposto a Papa Giovanni XXII. Locke, dal canto suo, pose le proprie elaborazioni teoriche sulla legittimazione al servizio del *Whig Party* contro gli Stuarts. Senza dimenticare il grande contributo dato alla Restaurazione borbonica da Joseph de Maistre con il suo *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines* del 1809. Con ciò non s'intende affermare che queste posizioni dottrinali siano state sorrette da un puro e semplice strumentalismo scientifico, nel senso esplorato molto tempo dopo da John Dewey. Si tratta, però, di elementi oggettivi, storicamente verificabili, dai quali non si può prescindere.

La prospettiva sociologica ha illuminato la legittimazione quale processo che si sviluppa lungo una composita architettura articolata nei seguenti livelli: comunità politica, regime, governo<sup>25</sup>. Innanzitutto, quanto più il popolo si identifica con la "comunità politica" (ossia il gruppo che include i soggetti legati dalla divisione del lavoro politico), tanto maggiore sarà la legittimazione di chi governa. Se, poi, il "regime" è l'insieme delle istituzioni che regolano la lotta per il potere, la legittimazione verrà esaminata in termini di adesione leale al regime. La convergenza dei concreti interessi che accomunano le diverse forze politiche è percepita come piattaforma condivisa di lotta tra le fazioni stesse. A sua volta il "governo", quale insieme dei ruoli nei quali si esprime l'esercizio del potere politico, è legittimo nella misura in cui si conformi alle regole e ai valori del regime.

Al di là di questo e altri tentativi di offrire una analisi scientificamente attendibile del tema qui considerato, non sfugge la sensazione, avvalorata da molteplici dati storici e teorici, che in fondo la legittimazione riflette la millenaria inclinazione dell'uomo a ricercare la verità.

---

<sup>22</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, 1992.

<sup>23</sup> N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, Luchterhand, 1969.

<sup>24</sup> Cfr. G. MOSCA, *Elementi di scienza politica* (1896), in *Scritti politici*, vol. II, Torino, Utet, 1982, 633.

<sup>25</sup> V. L. LEVI, *op. cit.*, 582 s.

Ciò accade ogni volta che l'umanità è stata impegnata nella ricerca del fondamento ultimo della realtà. Le religioni, in particolare, sono complessi di credenze, di valori, di regole che si strutturano e si coagulano intorno alla ricerca della verità rivelata. Anche il concetto di legittimazione rispecchia questo anelito di verità: cosa *giustifica*, in ultima istanza, il potere esercitato da alcuni uomini su altri uomini ?

L'esito di questa esplorazione è stato differente nelle varie tappe evolutive del processo di emersione e di progressivo affinamento dell'idea di legittimazione. Per la filosofia classica è la natura lo scrigno della verità e, dunque, è essa stessa a fondare il potere dei governanti: invero, è nella natura delle cose che, per garantire l'ordine sociale, i più finiscano col sottomettersi ad un gruppo più o meno ristretto di consociati abilitati ad assumere decisioni vincolanti per tutti. Con la teologia medievale, la verità è incarnata in Dio, che l'ha rivelata agli uomini tramite il proprio Figlio e che trova testimonianza nelle parole e negli atti della Chiesa. Coerente con questa interpretazione è, quindi, il riconoscimento del potere affidato alle cure del Re in virtù della sua *godly origin*. Con la secolarizzazione, l'uomo avverte e si arrende all'impellente bisogno di affrancarsi da elementi metafisici quali la relazione con la divinità o da elementi sfuggenti e spesso incontrollabili quali la natura delle cose o la natura umana, per accostarsi a qualcosa di razionale, di oggettivo, di scientificamente dimostrabile: il consenso per l'appunto. Nell'accordo tra governanti e governati, tra autorità e libertà, tra pubblico e privato, è sublimata quella verità che fonda, in ultima istanza, il potere.

## 5. Esplorando la sovranità

Affinché si possa procedere ad una interpretazione della legittimazione guidata dal diritto, e più precisamente dal diritto costituzionale, è necessario avvicinare tale concetto alla dimensione giuridica, attenuando progressivamente i suoi caratteri sociologici e politici. Il primo passo è, dunque, quello che pone in contatto legittimazione e sovranità.

Nella maggioranza degli ordinamenti contemporanei del mondo occidentale, incluso il nostro, la legittimazione riposa sulla sovranità popolare. Abbandonata la pregressa connotazione dinastica, la sovranità è stata ascritta al modello democratico elevando il popolo a suo esclusivo titolare.

La sovranità popolare opera quale forma di legittimazione nella sua veste di matrice o fonte di tutti i poteri dello Stato<sup>26</sup>. Il popolo, da cui la sovranità promana, accetta la sottomissione agli atti e alle decisioni dell'autorità in quanto entità che, per garantire il funzionamento dello Stato, conferisce alle istituzioni i poteri a tal fine necessari. In questo senso, la sovranità popolare può essere intesa come fondamento ultimo di tutti i poteri dello Stato.

Non è necessario soffermarsi sulla nota discussione intorno ai rapporti tra sovranità popolare e sovranità dello Stato<sup>27</sup>. Un problema, questo, alimentato non solo da ragioni di

---

<sup>26</sup> Sul punto C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1953, 794.

<sup>27</sup> Quindi, si rinvia alla ricca disamina di M. OLIVETTI, *Commento all'art. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, 12 ss.



ordine squisitamente teorico, ma anche dal diritto positivo e, più specificatamente, dalla Costituzione: basti confrontare gli artt. 1, secondo comma, e, rispettivamente, 7 e 11. Senza voler essere bruschi, ma è forse la stessa Carta fondamentale a fornire lo spunto decisivo per un ridimensionamento della disputa. In effetti, i citati artt. 7 e 11 si riferiscono alla sovranità dello Stato nei rapporti tra questi ed entità o esterne allo Stato stesso (relazioni con la Chiesa cattolica) o sovranazionali (le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni). Lo Stato sovrano è, in questo senso, un ente *superiorem non recognoscens*, indipendente, che non deriva la propria qualificazione dal riconoscimento ad opera degli altri membri della comunità internazionale, e che esercita liberamente i propri poteri, nel rispetto della sovranità altrui<sup>28</sup>.

La prospettiva non muta se s'intende la sovranità, sul versante interno all'ordinamento, quale supremo potere di comando dello Stato, associato al monopolio dell'uso legittimo della forza. Con ciò si allude all'apparato complessivo delle istituzioni statali cui il popolo (esso sì) sovrano ha devoluto una simile prerogativa nell'interesse generale alla sopravvivenza della comunità. Del resto, lo Stato, in questa veste, è il garante ultimo dell'unità e indivisibilità nazionale, come sancita dall'art. 5 della Costituzione. Tra gli elementi costitutivi della Repubblica, lo Stato, meglio degli altri, è in grado di assolvere questo compito, presidiando l'indissolubilità dell'aggregazione nazionale in forza dei poteri ad esso conferiti appunto dal popolo sovrano: popolo che, comunque lo si voglia intendere, resta esso stesso un elemento costitutivo essenziale di tale unità ed indivisibilità.

Insomma, senza con questo avere la presunzione di insinuarsi nel ricco dibattito che ha diviso la letteratura giuridica, nondimeno ai fini della presente ricerca è possibile approssimarsi ad una concezione ragionevolmente credibile affermando che lo Stato (inteso come organizzazione complessa) è lo strumento affinché il popolo possa esprimere la propria sovranità attraverso atti giuridici vincolanti. Non il popolo quale organo dello Stato, ma quest'ultimo al servizio della sovranità popolare<sup>29</sup>. Così ragionando, la supremazia dello Stato non va intesa quale indiscriminata e radicale soggezione dei consociati agli apparati istituzionali. Essa non è situazione esistenziale ma condizione strumentale affinché il pacifico svolgimento delle relazioni intersoggettive abbia luogo nel rispetto del diritto positivo e delle determinazioni che di esso sono l'attuazione: sempre che, a loro volta, tali decisioni rispettino il principio di legalità.

## 6. Dal potere costituente alla costituzione

Anche la costituzione ha bisogno di una propria legittimazione. Lo illustra chiaramente Roberto Bin quando scrive che «la "forza" della costituzione, la sua prevalenza e intangibilità sono inderogabilmente legate alla sua legittimazione, la quale a sua volta si spiega sola-

---

<sup>28</sup> In argomento G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, II ed., Milano, Giuffrè, 1950, 77 ss., nonché E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO, A. BARBERA (curr.), *Manuale di diritto pubblico. II) L'organizzazione costituzionale*, Bologna, Mulino 1997, 8 s.

<sup>29</sup> In questi termini L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, II ed., Padova, Cedam, 1995, 265 ss.

mente uscendo dall'ambito dell'analisi testuale e della teoria giuridica»<sup>30</sup>. L'allusione alle posizioni di Bryce sull'opinione pubblica e di Hart sulla consuetudine di riconoscimento è chiara<sup>31</sup>. Secondo Carlo Mezzanotte la costituzione deve serbare un *minimum* di trascendenza rispetto alla legge: la costituzione «può infatti mantenersi efficiente, come istanza legittimante, solo a condizione di eludere richieste di definizione *a priori*». Una risposta a tale sollecitazione «comporterebbe la riduzione della assolutezza del valore a mera relatività»<sup>32</sup>.

Nondimeno, se si intende ragionare di legittimazione in chiave costituzionale, allora occorre considerare la genesi giuridica della costituzione. E il modo più congeniale è quello classico: partire dal *potere costituente*.

«Lo Stato costituzionale democratico contemporaneo si basa sul e vive del potere costituente del popolo»<sup>33</sup>. Questa enunciazione racchiude gli elementi oggetto della prossima tappa della proposta riflessione sulla legittimazione. In qualche misura, però, essa è anche l'epilogo di un ragionamento assai più complesso articolato in passaggi che reclamano una specifica disamina. In effetti, parlare di «Stato costituzionale» significa focalizzare l'attenzione sulla fase matura di evoluzione del costituzionalismo moderno<sup>34</sup>. L'evocazione stessa della «democrazia», accanto a tale forma di Stato, allude ad un momento storico successivo rispetto ai primi passi della costituzione. Il «popolo», infine, in uno Stato costituzionale democratico non è la nazione dei rivoluzionari francesi. Il cammino verso la comprensione della legittimazione in chiave costituzionale deve quindi passare anche per una rapida incursione nei territori presidiati dal potere costituente, accettando il rischio di imbattersi in un «autentico rompicapo»<sup>35</sup>.

Anche nella manualistica più recente la costituzione è intesa come «il fondamento di tutti i poteri»<sup>36</sup>, ossia di quei poteri costituiti «che trovano fondamento e legittimazione nella Costituzione»<sup>37</sup>. Simili qualificazioni non sono che espressioni sintetiche di un lungo e tormentato travaglio: e non è detto che si sia pervenuti allo stadio finale. Invero, la teorizzazione del *pouvoir constituant* non è che la risposta all'impellente bisogno delle società asservite al potere assoluto di affrancarsi dal dominio legittimato dalla trascendentale imposizione divina, per abbracciare una nuova deontologia secolarizzata dell'ordine politico<sup>38</sup>. Il potere costituente, in altre parole, è una categoria costruita al fine di sancire una netta soluzione di continuità

---

<sup>30</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione ?*, in *Quad. cost.*, 2007, 17 s.

<sup>31</sup> Una dotta disquisizione in tema di consuetudine di riconoscimento, alla luce dei più recenti sviluppi della scienza del diritto costituzionale, è quella offerta da O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione ? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, spec. 44 ss.

<sup>32</sup> C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tip. Veneziana, 1984, 98.

<sup>33</sup> P. HÄBERLE, voce *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, Treccani, 2000, 1.

<sup>34</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 20 ss.

<sup>35</sup> G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Studi in onore di L. Elia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, 1615.

<sup>36</sup> T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, III ed., Torino, Giappichelli, 2015, 27.

<sup>37</sup> A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, rist. agg., Torino, Giappichelli, 2015, 8 s.

<sup>38</sup> Cfr. F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano: considerazioni introduttive*, in *Giur. cost.*, 2014, 4907 s.

rispetto al passato, fondando su inedite basi il nuovo ordinamento scaturito dagli eventi rivoluzionari. Solo con la progressiva affermazione dello Stato costituzionale il potere costituente finirà coll'acquistare la piena capacità di legittimare la supremazia della legge fondamentale rispetto a tutti gli altri atti espressione dei poteri costituiti.

Alla base dell'attivazione del potere costituente vi è sempre, come attesta la storia, un accadimento sociale. La Costituzione degli Stati Uniti fu il frutto di una decisione ascrivibile alla emancipazione delle colonie dalla madrepatria inglese. Nella Francia rivoluzionaria fu la borghesia a sovvertire l'ordine costituito assumendosi il compito di edificare un nuovo Stato su innovativi pilastri costituzionali.

Nelle definizioni politiche di tipo argomentativo il potere costituente è inteso come la fonte della legittimazione dei poteri costituiti: «il potere costituente viene assunto come l'unica forma propriamente legittima di potere politico: come il potere dotato di una legittimità originaria, immediatamente sua»<sup>39</sup>.

Se dalla dimensione politica si passa a quella giuridica, il potere costituente assume rilevanza solo con l'avvento dell'accezione moderna di costituzione. In precedenza la costituzione finiva coll'identificarsi con i principi basilari enucleabili dalle istituzioni esistenti. La costituzione degli antichi, quale forma concretamente assunta da una comunità organizzata in Stato, era il retaggio di consuetudini e tradizioni consolidate nel tempo. Se la costituzione, quale condizione di buon governo, è un ordine spontaneo e oggettivo, allora non v'è spazio per una nozione giuridica di potere costituente. Nel momento in cui la costituzione viene riconosciuta quale atto primigenio che instaura e disciplina le istituzioni, allora essa, in quanto presupposto di validità, si sostanzia in un ordine pensato e voluto. Lo iato rispetto alla pregressa esperienza istituzionale è chiaro: «la teoria giuridica del potere costituente è la teoria della validità della norma discontinua, che pretende di convalidarsi sulla consapevolezza del presente e non sulla accettazione del passato»<sup>40</sup>. Anzi, si potrebbe persino affermare che l'autentica e infungibile nozione di "costituzione" nasca proprio con la consacrazione giuridica del potere costituente.

Acquisita una veste giuridica, la teoria del potere costituente si articola in una varietà di configurazioni, distinte tra loro a seconda del peso assunto dal diritto ovvero dal fatto. Ascrivibili all'immagine del potere costituente quale esercizio di un diritto sono le elaborazioni giusnaturalistiche, le tesi della sovranità regia, l'idea di una libertà originaria. Le posizioni proclivi a riconoscere nello Stato una entità anteriore al diritto (Jellinek) o, specularmente, a rovesciare l'ordine di apparizione (la teoria normativa di Kelsen) sono accomunate dalla considerazione del potere in oggetto quale esercizio di un potere di fatto rilevante giuridicamente. Infine, le teorie istituzionaliste calano il potere costituente in un ambito in cui s'intrecciano, combinandosi in modo equilibrato, fatto e diritto. Quanto a quest'ultima lettura, scriveva Schmitt che una costituzione è legittima, non solo come situazione di fatto ma anche come ordinamento giuridico, «quando è riconosciuta la forza e l'autorità del potere costituente, sul-

---

<sup>39</sup> M. DOGLIANI, voce *Costituente (potere)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, 282.

<sup>40</sup> *Ivi*, 285.

la cui decisione essa si basa»<sup>41</sup>. La decisione politica presa sulla specie e sulla forma dell'unità politica vale in quanto esiste tale unità. Il titolare del potere costituente (il principe: e allora si parla di legittimazione dinastica; il popolo: e allora si parla di legittimazione democratica) è abilitato a stabilire forma e sostanza di tale unità, non necessitando di alcuna forma di giustificazione in una norma etica o giuridica.

Nella dogmatica del potere costituente non poteva che insinuarsi anche la costituzione materiale. Tra le sue molteplici versioni<sup>42</sup>, quella di Mortati si presta più di altre ad essere presa in esame in una ricerca sulla legittimazione<sup>43</sup>. Distinguendosi sia dai positivisti legati alla primazia esclusiva della costituzione formale, sia dai fautori delle tesi istituzionaliste, Mortati enfatizzò il ruolo assunto dai concreti rapporti di forza nella dialettica tra i partiti politici nel condizionare l'evoluzione della costituzione formale. A quest'ultima egli assegnò il compito di stabilizzare gli equilibri raggiunti, alla prima l'attitudine a determinare le finalità fondamentali come interpretate dai partiti. Attraverso la costituzione materiale, i principi che strutturano la comunità entrano nel processo costituente conferendo la legittimazione ai poteri costituiti. Tutto ciò investe la titolarità del potere costituente: se ciò che rileva è il concreto equilibrio nei rapporti di forza, allora titolare di tale potere «è la concreta organizzazione politica che si costituisce sulla base [di que] rapporti di forza»<sup>44</sup>.

Per quanto la teoria della costituzione materiale esalti il ruolo dei partiti quali formazioni sociali in grado di intercettare i bisogni e le istanze comunitarie, e per quanto l'avvento del pluralismo abbia scalfito l'originaria conformazione monolitica della società, resta fermo che con la consacrazione definitiva del modello democratico il potere costituente resta incardinato presso il popolo sovrano<sup>45</sup>. Ecco, dunque, il punto di convergenza tra il discorso sulla legittimazione e il discorso sul potere costituente: il primo è culminato nel postulato, di chiara matrice contrattualistica, secondo cui le istituzioni traggono la loro legittimazione dal patto tra autorità e popolo; il secondo è sfociato nel riconoscimento al potere costituente dell'attitudine a legittimare i poteri che ne conseguono. Il patto di legittimazione, in uno Stato retto da una costituzione, finisce proprio coll'identificarsi con la costituzione stessa, che a sua volta è manifestazione del potere costituente.

Il punto di convergenza è così il "patto costituzionale", la consacrazione in un testo scritto del tentativo di composizione dei molteplici interessi che si animano in seno ad una comunità plurale la quale, a sua volta, trova nel processo costituente l'occasione per accedere ad una visione condivisa della realtà comunitaria, quanto meno in ordine ai suoi elementi essenziali e caratterizzanti.

---

<sup>41</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984 125.

<sup>42</sup> Riassunte efficacemente da A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 23 ss.

<sup>43</sup> C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

<sup>44</sup> M. DOGLIANI, *op. cit.*, 287.

<sup>45</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Das demokratische Prinzip*, in P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (eds.), *Handbuch des Staatsrecht*, vol. II, III ed., Heidelberg, C.F. Muller, 2004, 429.

Se della costituzione se ne coglie l'intima connotazione pattizia, nel senso dapprima chiarito, allora è chiara la sua attitudine a condizionare il concetto di legittimazione.

## 7. Sovranità costituzionale e legittimazione democratica

La costituzione tutela i diritti fondamentali di fronte al rischio di abusi ed arbitrii perpetrati dalle istituzioni. Nella fase matura del costituzionalismo, e dunque con la compiuta affermazione dello Stato costituzionale, la costituzione assurge a fonte in grado di imporsi ad ogni forma di manifestazione del potere, a cominciare da quello legislativo. Il pericolo maggiore per i diritti fondamentali si annida dietro la funzione legislativa, che la maggioranza, pur democraticamente eletta, potrebbe strumentalizzare per perpetuare nel tempo la propria posizione di dominio politico. Dal punto di vista concettuale, la supremazia della costituzione è giustificata dal suo essere espressione del primigenio potere costituente, laddove tutti gli altri atti dei pubblici derivano la loro legittimità dall'essere espressione dei poteri costituiti.

Nel contempo, la democrazia e la sovranità popolare convergono nel definire un assetto istituzionale in cui la fonte di legittimazione di tutti i poteri è il popolo: «nessun democratico nega che il potere sia legittimo soltanto quando deriva dal popolo e si fonda sul suo consenso»<sup>46</sup>.

Costituzione, democrazia e sovranità popolare non seguono traiettorie distinte. Il punto di convergenza è rintracciabile in quel luogo in cui diritto e politica si mescolano, compenetrandosi vicendevolmente, così da formare una massa compatta in cui si rivela pressoché impossibile isolare, identificandoli, gli elementi originari. Non sussiste alcun rapporto di strumentalità di un elemento rispetto all'altro. Tutti assolvono alla funzione di intercettare la domanda sociale di pace e di ordine erigendo una intelaiatura solida su fondamenta altrettanto affidabili, in grado di resistere alle intemperie che l'evoluzione delle relazioni sociali inevitabilmente e di continuo alimenta.

La costituzione interpreta ed elabora il bisogno di legittimazione trasmettendo legalità e validità a tutti gli atti che le istituzioni sono abilitate a porre in essere. La democrazia e la sovranità popolare assecondano l'istanza di legittimazione fondando il potere sull'insieme stesso dei consociati, vale a dire di coloro che sono chiamati a concorrere al bene comune piegandosi alla forza coattiva delle pubbliche determinazioni.

I due piani (politico e formale) di legittimazione si sovrappongono nel momento storico in cui la costituzione osa raccogliere la sfida della sovranità popolare riconducendola entro i confini materiali da essa tracciati. È il caso della Costituzione italiana, il cui secondo comma dell'art. 1 riconosce la titolarità della sovranità in capo al popolo e, nel contempo, riserva a se stessa il compito (è questa la vera sfida) di limitarne l'esercizio.

Le tre configurazioni più moderne della sovranità (la rousseauviana sovranità popolare; la sovranità della nazione; quella che l'assegna allo Stato-persona giuridica sulla scia degli studi di Gerber, Laband, Orlando, Santi Romano) sono accomunate dal rigetto di qualsi-

---

<sup>46</sup> G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Mulino, 1987, 30.

voglia legge fondamentale idonea a vincolare il titolare della sovranità<sup>47</sup>. È dunque con la maturazione del costituzionalismo, unitamente alla consacrazione del modello rappresentativo di democrazia, che il principio della sovranità popolare smarrisce la propria originaria connotazione assoluta per assumere le attuali sembianze. La Costituzione è consapevole che lasciando alla sovranità la capacità di manifestarsi liberamente, dietro lo schermo della democrazia rappresentativa basato sul principio maggioritario, essa stessa non avrebbe assolto la propria funzione fondamentale di ordine e di sopravvivenza della comunità organizzata in Stato. Lo Stato costituzionale è la risposta a questa insidia.

Per decifrare l'arcano che cela la relazione tra legittimazione politica e Costituzione, la chiave è racchiusa nel secondo comma dell'art. 1 della nostra legge fondamentale. Titolarità della sovranità in capo al popolo significa che «ogni potere appartiene al popolo, ovvero che il potere sommo – quello costituente – risiede unicamente in esso e che tutti i poteri costituiti derivano – non solo politicamente ma anche giuridicamente (nel senso che vi trovano il titolo di legittimazione) – dal popolo medesimo»<sup>48</sup>. L'esercizio, dal canto suo, è la proiezione dinamica della titolarità.

Questa disposizione sembra distinguere in maniera netta la “titolarità” della sovranità, posta in capo al popolo senza condizioni o vincoli, ed il suo “esercizio”, che invece risulta circoscritto dai “limiti” e dalle “forme” che la Costituzione pone<sup>49</sup>.

Nell'enunciare solennemente che la sovranità «appartiene al popolo», la Costituzione svolge una funzione dichiarativa, nel senso di riconoscere – più che costituire – un elemento essenziale dello Stato che essa ha inteso contribuire a (ri)edificare. In fondo, il processo costituente avviato con la convocazione del corpo elettorale rispecchia la volontà, unanimemente condivisa dalle forze del Comitato di Liberazione Nazionale, di investire il popolo di un ruolo rivoluzionario nel processo di emancipazione dal precedente regime. La Costituzione, quindi, non avrebbe potuto fare diversamente se non certificare l'affermazione di un fattore costitutivo della Repubblica italiana, alla luce della scelta plebiscitaria del 2 giugno 1946.

La decisione di influenzare l'esercizio della sovranità, intesa come formula riassuntiva delle diverse forme di estrinsecazione dei poteri costituiti, riflette dal canto suo la convinzione che una democrazia senza faro costituzionale è una democrazia destinata, presto o tardi, a smarrire la rotta. L'infelice esperienza statutaria, analogamente alla altrettanto infausta prova weimeriana, dimostra come un sistema democratico, basato sulla separazione dei poteri, arricchito da un articolato catalogo di diritti fondamentali, pur evolutosi in un regime parlamentare, senza una costituzione forte è esposto al rischio di degenerazioni che proprio la democrazia paradossalmente sembra consentire. E una costituzione è forte quando, pur essendo essa stessa espressione sublime di democrazia (in quanto manifestazione del potere

---

<sup>47</sup> Nella versione teocratica, posto che *omnis potestas a Deo*, i vincoli sui poteri esercitati dal re discendono direttamente dalla divinità. V. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2015, 16 ss.

<sup>48</sup> M. OLIVETTI, *op. cit.*, 16.

<sup>49</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Stato e popolo nella Costituzione italiana*, in *Studi sulla Costituzione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, 118, e E. CHELI, *op. cit.*, 11.

costituente), riesce a controllare la vitalità democratica prevenendo o sanzionando derive autoritarie o dispotiche.

Pertanto, se l'esercizio della sovranità popolare ha luogo nelle forme e nei modi stabiliti dalla Costituzione, allora la democrazia ha modo di esprimersi senza lasciare spazio a meccanismi di autodistruzione<sup>50</sup>. Che altro significa il secondo comma dell'art. 1 se non che la Costituzione ribadisce la propria supremazia su tutti i poteri costituiti ?

La sovranità popolare ha modo di manifestarsi in via immediata solo nelle forme che l'assetto democratico ha inteso accettare, quale alternativa eccezionale al modello rappresentativo. Uno studioso ha affermato che «la sovranità popolare compare solo all'inizio o alla fine dello stato costituzionale, nella sua fase costituente e nella sua eliminazione (...). La sovranità democratica tace, sinché esiste lo Stato costituzionale»<sup>51</sup>. Anche quando il popolo o, meglio, una porzione di esso, in quanto "corpo elettorale"<sup>52</sup> si esprime in via referendaria, la volontà così manifestata segue i binari tracciati dalla Costituzione quale punto di equilibrio tra democrazia e rappresentanza politica<sup>53</sup>.

Il secondo comma dell'art. 1 non intende trasformare la Costituzione in entità sovrana, quale fattore di superamento della sovranità popolare. La Costituzione non vuole ridurre la sovranità popolare ad un obsoleto simulacro di antiche conquiste. Piuttosto, è la sovranità a farsi costituzionale, in quanto disponibile a percorrere itinerari coerenti con i principi, i valori, le forme che la legge fondamentale ha enunciato conferendo una specifica identità alla Repubblica italiana.

Del resto, la linea di demarcazione tra titolarità ed esercizio non è così netta. Influenzando l'esercizio, attraverso la posizione di limiti materiali e procedurali, la Costituzione finisce col foggare la titolarità stessa della sovranità, invocandone di continuo l'armonia con i principi posti a fondamento dell'ordinamento repubblicano. La sovranità popolare, e con essa la democrazia che ne costituisce la forma privilegiata di invero<sup>54</sup>, non ne esce mortificata, quanto piuttosto modellata in vista della stabilità nel tempo del nostro Stato. La Costituzione è come uno scalpello che addolcisce le asperità della sovranità, che da roccia grezza si trasforma in pilastro e rappresentazione solenne della nuova Repubblica. Una *sovranità costituzionale* appunto, da intendersi quale *sovranità popolare di uno Stato costituzionale*<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Così M. ROSENFELD, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, in 74 *Southern California Law Review*, 2001, 1307, e C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001, trad. it, *A cosa servono le costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Mulino, 2009, 7 ss.

<sup>51</sup> M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, 226, nella traduzione riportata da P. HÄBERLE, *op. cit.*, 4.

<sup>52</sup> R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss.

<sup>53</sup> V., soprattutto, M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. T. 1, 2. Il referendum abrogativo: art. 75*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (curr.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2005.

<sup>54</sup> V., infatti, C. ESPOSITO, *Commento all'articolo 1 della Costituzione* (1948), ora in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 10.

<sup>55</sup> Sottolineò C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, 22, che limitandone l'esercizio, la Costituzione assegna alla sovranità carattere giuridico, sottraendola alla dimensione meramente fattuale: infatti, su coloro che la esercitano grava «un vincolo di corrispondenza ai fini propri del tipo di ordine garantito dalla Costituzione medesima».

La veste costituzionale della sovranità popolare è il vaccino migliore per immunizzare la Costituzione dai ricorrenti momenti di crisi della legittimazione<sup>56</sup>. Una classe politica potrà essere delegittimata da un declino del consenso popolare. Di riflesso, le istituzioni rappresentative potranno anche subire fenomeni di calo della legittimazione in quanto incapaci di assolvere al loro ruolo di interpreti degli interessi comunitari. Tutto ciò, però, non ha la forza di compromettere la tenuta della Costituzione, quale fattore supremo di ordine e stabilità, nel momento in cui si riconoscano con chiarezza i confini che la legittimazione politica non può oltrepassare. E ad una analoga conclusione si può pervenire di fronte alla crisi della sovranità<sup>57</sup>.

In caso di palese, reiterata e non sanzionata violazione dei limiti che la Costituzione impone ai titolari dei poteri costituiti, allora la sovranità popolare si riespande giustificando l'esercizio del diritto di resistenza avverso istituzioni oramai prive di legittimazione<sup>58</sup>. In fondo, se la legittimazione riposa sul patto, il venir meno dello stesso per ragioni ascrivibili ai governanti giustifica una azione di forza da parte dei governati, sciolti da ogni pregresso vincolo<sup>59</sup>.

## 8. Una rassegna di possibili confini costituzionali alla legittimazione politica

Le riflessioni dapprima sviluppate sono la premessa per ipotizzare (senza ambizione di completezza) possibili raccomandazioni per una lettura, costituzionalmente sostenibile, della legittimazione.

1) *La legittimazione non può essere invocata per contrastare o impedire il funzionamento delle istituzioni.*

Quando la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di alcuni elementi qualificanti la legge elettorale del 2005, non solo in ambito politico le Camere, elette in forza di quella legge, furono investite dall'accusa di essere delegittimate. E non si trattò soltanto di rilievi di opportunità politica, ma di contestazioni finalizzate a conseguire un effetto costituzionalmente (e, dunque, giuridicamente) rilevante: lo scioglimento dei due rami del Parlamento in quanto insediatisi in forza di una disciplina incostituzionale<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Si rinvia alle riflessioni di A. TOURAINE, *Lo stato post-nazionale*, in A. CARONARO (cur.), *La legittimazione del potere*, Milano, Franco Angeli, 1986, 42 ss. Diffusamente G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e della sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2012.

<sup>57</sup> Su cui G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss.

<sup>58</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Padova, Cedam, 1957, 456; C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 32; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

<sup>59</sup> Cfr. A. CERRI, voce *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, 1 ss., e E. BETTINELLI, voce *Resistenza (diritto di)*, in *Dig. IV ed., disc. pubbl.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 183 ss.

<sup>60</sup> Oltre allo stesso Calderoli, gli avvocati Bozzi e Tani inviarono una lettera al Presidente della Repubblica chiedendo di fatto lo scioglimento delle Camere (*Il fatto quotidiano*, 1° maggio 2014). Su *Repubblica* del 26 marzo 2014 Alessandro Pace scrisse che «sembrerebbe che le istituzioni parlamentari abbiano dimenticato di essere state delegittimate dalla dichiarazione d'incostituzionalità del Porcellum».



La Corte fu però ferma nel riconoscere che questa declaratoria di incostituzionalità «non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto». Invero, «le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti». Lo stesso vale per il futuro, rilevando nella specie «il principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento»<sup>61</sup>.

Vi fu, però, chi sostenne la difficoltà di «condividere la conclusione che nessuna conseguenza discenda rispetto allo status dei parlamentare e agli ulteriori atti che verranno compiuti». Dunque, «l'argomento della continuità dello Stato avrebbe dovuto essere invocato semmai per attenuare gli effetti retroattivi della sentenza, nel senso di consentire al Parlamento, malgrado il travolgimento degli esiti elettorali discendenti dalla decisione, di operare, seppure in condizioni depotenziate, per compiere gli atti strettamente necessari a ripristinare quanto prima la legalità costituzionale violata»<sup>62</sup>.

Ancor più deciso fu il commento secondo cui «il Parlamento attuale è politicamente delegittimato. Come può infatti riconoscersi legittimazione politica a un organo formato sulla base di una legge elettorale che – secondo il custode della legalità costituzionale – ha prodotto “un’alterazione profonda della rappresentanza democratica” e ha coartato la libertà di scelta degli elettori contraddicendo il principio democratico, su cui poggiano le istituzioni repubblicane? E come non trarre dalla dichiarazione di illegittimità dei meccanismi di formazione della rappresentanza democratica la necessità di rinnovare le Camere e dunque di scioglierle?». Distinguendo il piano della legalità formale (quello sul quale la Corte si colloca) da quello della legittimazione politica, «l'argomento della continuità conduce a una soluzione contraria a quella che la Corte ha argomentato». Insomma, «ciò che assicura la continuità della funzione parlamentare nel succedersi delle Camere è dunque lo scioglimento (che legittima il ricorso alla *prorogatio*), non già la proroga dei poteri di un Parlamento formato sulla base di una legge illegittima»<sup>63</sup>.

La asserita delegittimazione politica non può, però, essere adottata quale argomento per orientare, vincolandola, la volontà di chi ha, secondo Costituzione, il potere di sciogliere le Camere. Se è incontestabile che la cessazione anticipata della legislatura può avere, quale giustificazione, una motivazione strettamente politica, nel caso di specie si va oltre. Si pretende di derogare ad un principio fondamentale del sistema costituzionale, quale quello di

---

<sup>61</sup> Sentenza n. 1 del 2014.

<sup>62</sup> G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, nel sito telematico *giurcost.org*, 2014.

<sup>63</sup> G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, nel sito telematico di *Confronti costituzionali*, 2014.

continuità delle istituzioni, contestando il venir meno della legittimazione politica. Si vuole, cioè, deviare da un criterio giuridico in nome di un fattore estraneo al diritto.

*2) La legittimazione non può essere invocata per estendere i poteri e le prerogative degli attori istituzionali oltre i confini tracciati dalla Costituzione.*

Un parlamentare non può invocare la propria legittimazione democratica, in quanto eletto e dunque scelto per rappresentare il popolo, al fine di sottrarsi ad iniziative giudiziarie. L'insindacabilità e le immunità che lo assistono riposano sull'art. 68 Cost. che, nel contempo e grazie alla interpretazione consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale, ne definisce condizioni e limiti. Così, la legittimazione non può essere evocata per estendere il "nesso funzionale" oltre ciò che la Corte ragionevolmente ha decifrato.

Il Presidente della Repubblica parlamentare non può certo evocare elementi personalistici sui quali fondare una supposta legittimazione democratica, ben oltre quanto tracciato dalla Costituzione<sup>64</sup>.

Un altro, ultimo importante esempio. Il Presidente del Consiglio dei ministri è nominato dal Capo dello Stato. L'esecutivo da lui presieduto deve godere della fiducia di entrambe le Camere. L'opzione parlamentarista dell'Assemblea costituente non lascia margini di dubbi. Nonostante le più recenti riforme elettorali, che consentono alle liste o alle coalizioni di indicare nella scheda il nome del leader destinato, in caso di vittoria, ad essere scelto quale Presidente del Consiglio, la Costituzione non contempla alcuna forma di diretta investitura popolare di tale organo.

La persona fisica che riveste tale carica può, nella comunicazione politica, evocare una qualche forma di immediato consenso popolare, in quanto leader della lista o coalizione vincente. Ciò al fine di assumere una forza politica tale da consentirgli di mantenere intatta la compagine di governo e di perseguire efficacemente il programma concordato con gli alleati. Nondimeno, egli non può invocare questa pretesa legittimazione popolare per alterare l'identikit costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri. Una alterazione, questa, di rilievo giuridico nel momento in cui la asserita legittimazione popolare sia posta a fondamento di radicali reinterpretazioni del dettato costituzionale idonee a disattenderne lo spirito. Si pensi al caso (mai sino ad oggi verificatosi) di un Presidente del Consiglio che intende revocare un ministro, laddove la Costituzione non contempla tale potere né appare suscettibile di essere sistematicamente interpretata in tal senso.

In relazione a questa ipotesi di abuso della legittimazione, giova ricordare la teorizzata distinzione tra gli assetti nei quali la legittimazione ha una base carismatica, in quanto è il singolo individuo titolare del potere a conquistare il consenso popolare grazie alla sua personalità, e gli assetti nei quali la legittimazione stessa ha un fondamento razionale, consistente nella conformazione alle regole del regime<sup>65</sup>. Fu Max Weber a immaginare il potere carisma-

---

<sup>64</sup> Per tutti O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, Jovene, 2010.

<sup>65</sup> C.J. FRIEDRICH, *Political Leadership and the Problem of Charismatic Power*, in 23 *Journal of Politics*, 1961, 3 ss.

tico tra le diverse forme storiche di legittimazione (*Herrschaft*), intesa come «qualità di un ordinamento a cui è orientato l'agire sociale come agire di individui riferito all'atteggiamento di altri individui e quindi di senso soggettivo»<sup>66</sup>. Essa, per garantire la stabilità nel tempo di un dato ordinamento, non può limitarsi a confidare su motivi razionali o ragioni connesse alla tradizione, essendo decisivo l'elemento suggestivo del prestigio e della esemplarità<sup>67</sup>. Grazie a tale capacità di catturare, con la forza della personalità, l'adesione dei consociati, anche nei momenti di crisi la legittimazione può contare su appigli sicuri. Queste "pretese di legittimazione" (*Legitimitätsanspruchen*) sono dunque assecondate attraverso la consacrazione di una immagine eroica del condottiero investito del potere in virtù delle proprie capacità quasi taumaturgiche.

Il potere carismatico rappresenta la forma più intensa di legittimazione. Nel contempo, esso è anche la forma più effimera di legittimazione, atteso che il capo è chiamato a compiere costantemente uno sforzo di conquista dei consociati, dimostrando in ogni occasione le proprie straordinarie qualità. La Rivoluzione francese, con Robespierre, e il successivo bonapartismo offrono importanti evidenze empiriche a questa forma di legittimazione. Per Weber la democrazia plebiscitaria è essa stessa una specie di potere carismatico «che si cela sotto la forma di una legittimità derivante dalla volontà dei sudditi e sussistente soltanto in virtù di questa»<sup>68</sup>. Con la consacrazione del modello rappresentativo, in ambiente democratico la legittimazione carismatica smarrisce i pregressi caratteri autoritari per acquisire nuove sembianze, e non sempre meno insidiose. In fondo, la sopravvivenza delle monarchie parlamentari, a cominciare da quella inglese, non è che la conferma della attitudine del carisma ad alimentare il processo di legittimazione<sup>69</sup>.

La legittimazione su base carismatica, pur orientata a muoversi lungo i binari tracciati dalla democrazia, rischia di degenerare in demagogia e populismo<sup>70</sup>. Nei regimi autoritari il dominio del *leader* è alimentato e sorretto dalla paura. Nelle democrazie carismatiche la primazia del capo è fomentata dal protagonismo esasperato, così carico di sollecitazioni demagogiche. L'esito inevitabile è la personalizzazione parossistica della politica. Il capo incarna la volontà popolare, assurge a suo interprete privilegiato, se non esclusivo, e vigila sul suo quotidiano inveramento, attento a non perdere consenso.

Questa degenerazione della legittimazione ha implicazioni evidenti anche sul piano giuridico, come si è cercato di dimostrare in relazione alla figura del Presidente del Consiglio. La ricerca di una immediata legittimazione popolare, tale da rafforzarne la posizione di forza nei confronti degli altri organi e delle diverse forze politiche, è supportata da queste velleità carismatiche. Un buon esempio, questo, di come la legittimazione, impregnata di elementi carismatici, personalistici, possa finire col tradire i ragionevoli equilibri sanciti dal dettato costituzionale.

---

<sup>66</sup> P.P. PORTINARO, *op. cit.*, 236.

<sup>67</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it., *Economia e società*, vol. I e II, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, 29.

<sup>68</sup> *Ivi*, 265.

<sup>69</sup> Cfr. T. WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, 138.

<sup>70</sup> C. GUSY, *Legitimität im demokratischen Pluralism*, Stuttgart, Steiner, 2008.

D'altro canto, la matrice contrattuale del concetto moderno di legittimazione rischia di essere scalfita dall'erompere della componente carismatica. Quando il consenso è fomentato da sollecitazioni improntate all'eroismo del capo, non sempre esso può vantare la necessaria spontaneità, quale elemento imprescindibile di una consapevole e genuina manifestazione volitiva. Nei momenti in cui la tenuta delle istituzioni tende a vacillare sotto il peso di aspre conflittualità sociali o di avverse contingenze economiche o, tragicamente, di eventi bellici, la legittimazione carismatica assume connotazioni degenerative che possono sfociare o nell'assoggettamento violento alla volontà del dominatore o nella adozione di iniziative o misure apparentemente innocue sul piano democratico ma che finiscono coll'inquinare la libera formazione della volontà dei consociati: manipolazione delle informazioni, messaggi subliminali, forzature, gesti e parole volti a blandire gli individui attraverso la rappresentazione di una realtà fittizia, artificiosa, goffamente ottimista. Insomma, la legittimazione che riposa sul carisma del capo non può che, presto o tardi, trasformarsi in volontà di dominio, non necessariamente violento ma non meno aggressivo quanto a capacità di coartare la volontà dei consociati<sup>71</sup>. Sempre Weber ricordava che «ogni impresa di dominio, che esiga un'amministrazione continuativa, ha bisogno (...) che l'azione umana sia disposta all'obbedienza nei confronti di quei dominatori che pretendono di detenere il potere legittimo»<sup>72</sup>.

Tutto ciò contraddice quanto condivisibilmente notava Heller e cioè che il dominio dello Stato poggia, in tempi normali, sulla spontaneità e sull'adesione socialmente necessaria, piuttosto che sulla costrizione organizzata dallo Stato<sup>73</sup>.

Ebbene, la relazione di dominio tra governanti e governati, pur in un assetto democratico, è quanto di più lontano il costituzionalismo abbia inteso, storicamente e filosoficamente, affermare.

3) *La legittimazione non può essere invocata per contestare la previsione stessa di organi di controllo privi di diretta investitura popolare.*

La giustizia è amministrata «in nome del popolo», come recita l'art. 101, primo comma, Cost.

Il legame tra questo enunciato e l'art. 1, secondo comma, Cost., è chiaro<sup>74</sup>. Sicché, l'amministrazione della giustizia può considerarsi come una forma di esercizio della stessa sovranità<sup>75</sup>. Il vincolo di soggezione alla legge ha, dal canto suo, suggerito di ragionare in termini di subordinazione strutturale della giurisdizione alla sovranità popolare<sup>76</sup>. Una simile posizione rispecchia due differenti forme di legittimazione del potere: quella democratico-

---

<sup>71</sup> V. L. GALLINO, voce *Dominio*, in ID., *Dizionario di sociologia*, Torino, Utet, 1983, 264 ss.

<sup>72</sup> M. WEBER, *op. cit.*, 831.

<sup>73</sup> H. HELLER, *Staat*, in *Handwörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, Steiner, 1931, 614 s.

<sup>74</sup> In particolare, v. G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1977, 809, e G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 175.

<sup>75</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1982, 54 s.

<sup>76</sup> S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, 280.

rappresentativa (potere legislativo e quello esecutivo) e quella garantistica (potere giudiziario)<sup>77</sup>.

L'art. 101, primo comma, non può però essere interpretato quale fonte di responsabilità giuridica dei magistrati verso il popolo. La Costituzione non definisce alcuna situazione giuridica qualificata del popolo: tra coloro che amministrano la giustizia e il popolo stesso non sussiste alcun rapporto giuridico dal quale scaturiscano obblighi in capo ai primi<sup>78</sup>.

Inoltre, questa disposizione non espone l'ordine giudiziario a forme di controllo politico da parte del popolo o delle istituzioni rappresentative. Colui che amministra la giustizia agisce nell'interesse del popolo, ma è comunque tenuto all'osservanza rigorosa della legge. Gli interessi che vincolano il magistrato sono rilevanti solo se tradotti nella legge che egli è chiamato ad applicare. Insomma, la Costituzione erige una barriera tra il popolo sovrano e la funzione giurisdizionale, così da affrancare quest'ultima dalle previsioni relative alla legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante<sup>79</sup>. La soggezione dei giudici alla legge è la condizione affinché la sovranità possa esplicarsi attraverso la mediazione del principio di legalità. Invero, «i giudici rappresentano il popolo nell'esercizio della funzione essenziale di far rispettare le norme giuridiche e non sono assoggettati o assoggettabili a vincoli di contenuto né possono essere influenzati dalle conseguenze politiche, economiche e sociali o di altro genere che derivano o possono derivare dai loro atti. I giudici sono *uomini di regole non di fini* e le regole devono applicare, anche se qualcuno addita loro veri o presunti effetti negativi ulteriori dei loro provvedimenti»<sup>80</sup>.

Anche la Corte costituzionale ha talvolta patito un disagio provocato da chi ne ha, in certe circostanze, lamentato un presunto difetto di legittimazione.

Nelle sedi politiche e istituzionali, alla Corte è stata rimproverata la inconciliabilità con il principio democratico, essendo essa un collegio privo di diretta investitura popolare e, nondimeno, abilitata a contraddire le scelte legislative dell'organo politicamente rappresentativo<sup>81</sup>. Il *popular constitutionalism* di Larry Kramer e Mark Tushnet, e il *political constitutionalism* di Jeremy Waldron sono, dal canto loro, la risposta scientifica ai dilemmi che, di recente, hanno revocato in dubbio la sicura armonia del *judicial review of legislation* con i pilastri dello Stato costituzionale<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. F. BIONDI, *Commento all'art. 101*, in S. BARTOLE, R. BIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 914.

<sup>78</sup> In generale, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>79</sup> Così N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale* (Padova, 22-23 ottobre 2004), nel sito telematico della stessa Associazione, 2004, 33.

<sup>80</sup> G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE, *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam 2004, 241.

<sup>81</sup> Alludo al noto intervento dell'On. Togliatti in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, che denunciò la «bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?».

<sup>82</sup> O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2014, 201 ss.

Appunto, dello Stato costituzionale ! Lungi dal contrapporsi al modello democratico, la giustizia costituzionale (sia essa accentrata in un unico tribunale, o diffusa presso tutti gli organi giudiziari) è l'elemento indefettibile di un assetto istituzionale che intende sopravvivere grazie ad una costituzione in grado davvero di imporsi, per usare le parole di *chief justice* Marshall, come «*superior, paramount law, unchangeable by ordinary means*»<sup>83</sup>. Come non ricordare la perspicacia dell'allora Presidente della nostra Corte costituzionale, Aldo M. Sandulli, quando nel 1968, dichiarò che «nessuno può dubitare che la Corte sia da considerare solidamente acquisita al nostro ordinamento costituzionale come una componente essenziale e caratterizzante del sistema. Non solo sta scritto, ma tutti sono ormai consapevoli che quest'ultimo non sarebbe quello che è – e sarebbe invece un sistema diverso – se in esso non fosse presente la Corte; se in esso non fosse venuto meno quel principio del prepotere assoluto della legge, che gli uomini della Costituente, nel disegno di difendere la democrazia da sé stessa, vollero limitare allorché fissarono il principio garantistico dalla soggezione delle leggi alla Costituzione e della loro sindacabilità in sede di giustizia costituzionale»<sup>84</sup>. E anni dopo un altro autorevole studioso e Presidente della Corte scrisse che tale giudice «è essenziale al nostro modo d'intendere la democrazia, ma allo stesso tempo non viene dalla democrazia»<sup>85</sup>.

Di fatto, la Corte stessa ha cercato, sin dalla prima pronuncia, di imporsi quale entità «legittimante l'intero sistema delle istituzioni, Parlamento incluso»<sup>86</sup>. Ciò in quanto organo capace di raccogliere ed interpretare la diffusa “credenza di razionalità” del proprio essere ed agire rispetto ai valori emergenti in una società pluralistica come la nostra. Un conto è la ricerca della autolegittimazione, altro è la ricognizione delle fondamenta sulle quali erigere il ruolo globale assegnato a tale organo.

Nello Stato costituzionale di diritto la democrazia assume una precisa colorazione giuridica, rinunciando ad essere soltanto una forma politica di governo delle istituzioni. La democrazia, come principio giuridico (e dunque giustiziabile) confluisce tra i parametri destinati a preservare l'armonia interna ad un ordinamento retto da una costituzione rigida. Nel momento in cui la dimensione giuridica del principio democratico viene riconosciuta, allora la crisi di rigetto manifestata nei confronti della giustizia costituzionale può essere agevolmente assorbita. Il principio giuridico di democrazia, in uno Stato costituzionale di diritto, ci dice che una maggioranza abusa del proprio potere quando disattende i precetti dettati dalla legge fondamentale. La Costituzione definisce la condizione di equilibrio tra la vocazione governante e decisionista della maggioranza e l'azione di contrasto critico posta in essere dall'opposizione. La Corte costituzionale non è che il garante di tale equilibrio. Pertanto, la giustizia costituzionale e la democrazia non sono in antitesi, quanto piuttosto elementi “giuridici” idonei a preservare la stabilità e la permanenza nel tempo di un dato ordinamento. La

---

<sup>83</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>84</sup> Discorso pronunciato dal Presidente Sandulli per celebrare il dodicennio dell'inizio dell'attività della Corte costituzionale (Palazzo della Consulta, 3 dicembre 1968), reperibile nel sito telematico della stessa Corte.

<sup>85</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 122.

<sup>86</sup> C. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 111.

Corte non ha perciò bisogno di “legittimarsi” alla stessa stregua degli organi della rappresentanza politica, trovando la propria legittimità direttamente nella Costituzione.

## 9. Una postilla

Il contrattualismo definisce la legittimazione politica come un processo<sup>87</sup>: dunque, una successione di eventi continuamente sottoposta a tensioni, che si sviluppa nel tempo in presenza di circostanze di fatto e orientamenti ideologici in perenne evoluzione. Così intesa, la legittimazione si nutre di un consenso posto alla base di un patto che si rinnova incessantemente.

È evidente l'influenza esercitata, sulla legittimazione come processo, da una pluralità eterogenea di variabili: i concreti rapporti di forza tra le fazioni politiche, le conflittualità sociali, le contingenze economiche, senza trascurare gli sviluppi (evolutivi o involutivi) della cultura. Per i teorici della legittimazione, chi governa è alla continua ricerca del consenso dei governati, a meno che non decida di imboccare un percorso diverso da quello indicato dal principio democratico per privilegiare una conquista dell'obbedienza tramite l'uso della forza.

Senonché, enfatizzando la dimensione dinamica della legittimazione si corre il rischio di sovrapporre due piani nettamente distinti: quello della legittimazione in senso stretto, che riguarda il fondamento ultimo del potere, e quello della ricerca del consenso o della sottomissione, che invece risente delle occasionali e transeunti dinamiche politiche e sociali. La legittimazione in senso stretto è quella che, *staticamente*, fonda il potere esercitato dalle istituzioni e che giustifica la cogenza delle relative decisioni all'interno di un dato ordinamento. La legittimazione politica in senso lato è quella che, *dinamicamente*, i governanti anelano di conseguire per consolidare e perpetuare nel tempo il loro potere. In questo senso, infatti, si afferma che la legittimazione dei governanti dipende dalla «*acceptance of their supporting ideologies or myths or upon their achievements (including that of killing, outlawing or intimidating actual or potential areas of opposition)*»<sup>88</sup>.

Questa sovrapposizione appare imputabile alla equivoca considerazione del “potere” quale oggetto della legittimazione. Chi sostiene l'idea della legittimazione come processo in continua evoluzione, finisce coll'individuare nel “potere” le persone fisiche investite del dominio politico. Abbracciando l'idea della legittimazione in senso proprio, il potere è oggettivizzato, in quanto formula linguistica di sintesi per raffigurare, in modo impersonale, le istituzioni che rappresentano, all'interno dello Stato, l'autorità. Tizio, primo ministro, verifica periodicamente la propria legittimazione in vista della permanenza nella sua carica (legittimazione in senso lato: dimensione dinamica). Il potere esecutivo trae la propria legittimazione da “altro” e non certamente dalla adesione spontanea o dalla sottomissione coartata della maggioranza dei consociati (legittimazione *tout court*: dimensione statica).

---

<sup>87</sup> Così R. SCRUTON, *op. cit.*, 264.

<sup>88</sup> S.J. GOULD, *op. cit.*, 333 s.

Per quanto suggestiva, nella proiezione dinamica della legittimazione intesa come processo si celano non poche insidie.

Il “processo di legittimazione” è una concatenazione di eventi la cui verifica sfugge ad un inquadramento ordinato e razionale, come tale governabile con ragionevoli margini di certezza. La legittimazione risente dell'intreccio e della interazione di variabili quali il peso assunto di volta in volta dalle forze politiche, il ruolo dei mezzi di comunicazione di massa, le dinamiche dell'economia, la concreta distribuzione dei ruoli sociali all'interno della comunità, e pure i condizionamenti prodotti da fattori esogeni. La legittimazione, dunque, oscilla sotto il peso di tali elementi, raggiungendo condizioni di equilibrio che, fatalmente, si rivelano ogni volta effimere o fragili.

Nelle moderne versioni di questa teoria, la legittimazione si persegue attraverso il consenso dei destinatari delle decisioni assunte dall'autorità. La propensione dei consociati al confronto dialettico e alla eventuale adesione alle scelte del potere è però soggetta alle variabili cui si accennava. Chi detiene il potere, dal canto suo, esercita la propria influenza in termini di *captatio benevolentiae* attingendo a tutto lo strumentario argomentativo (e non solo) a disposizione. In particolare, attraverso le ideologie o, come si direbbe oggi, mediante un approccio programmatico ai problemi della società pervaso da dichiarazioni di intenti, il potere mira a legittimarsi quale soluzione ottimale per la gestione politica dello sviluppo sociale. Pertanto, ogni fattore in grado di minare la credibilità del potere finisce irrimediabilmente coll'indebolire la legittimazione, fino alle estreme conseguenze in cui solo il ricorso all'uso della forza è in grado di piegare i consociati all'obbedienza.

Le società sono sempre alla ricerca di una «*new pattern of legitimacy*»<sup>89</sup>, in un moto perpetuo costellato da accadimenti vorticosi, repentini. È chiaro che, così intesa, la legittimazione non può rappresentare un pilastro di stabilità di un dato ordinamento<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> D. STERNBERGER, *op. cit.*, 244.

<sup>90</sup> Ancora L. LEVI, *op. cit.*, 584 s., osserva come «in ogni manifestazione storica della legittimità balena sempre la promessa, finora presentatasi come incompiuta, di una società giusta nella quale il consenso, che ne costituisce l'essenza, possa esprimersi liberamente senza l'interferenza del potere e della manipolazione e senza mistificazioni ideologiche».