

Rivista N°: 2/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 03/06/2018

AUTORE: Roberto Nania *

DEMOCRAZIA E ISTITUZIONI DI GARANZIA **

Sarebbe impossibile proporre una sintesi della relazione di grande respiro del prof. Giulio Salerno, dove sono ripensati i presupposti indispensabili per la qualificazione di un assetto istituzionale come autenticamente democratico, per prima cosa le garanzie delle libertà individuali che siano effettive e non declamatorie e che tengano adeguatamente conto, a parte i resoconti manualistici, delle alterazioni sopravvenute. Mi limiterò quindi ad avanzare alcune considerazioni di ordine generale sul tema della sessione sollecitate dalla relazione e dagli interventi successivi.

Ora, non vi è bisogno di segnalare che attorno al rapporto tra la logica della democrazia e quella delle garanzie ruota, a far data dalla comparsa dell'idea della sovranità popolare, la grande vicenda del costituzionalismo con le diverse varianti concernenti l'assetto delle forme di stato e di governo. Altrettanto risaputo è che questa combinazione ha sollevato questioni che sono tuttora aperte e che possono essere oggetto di contrastanti percezioni. Basta questo per confermare che davanti ad una simile tematica diventano incerte le classificazioni teoriche magari accompagnate da conseguenti prese di posizione prescrittive volte a disegnare esclusivi campi d'azione, tanto più una volta che la concreta esperienza costituzionale ha dimostrato che la linea divisoria è connotata da un notevole tasso di mobilità (fino all'eventualità della vera e propria "supplenza") in rapporto ai diversi contesti storici, se non alle congiunture attraversate dai sistemi politico sociali. Ma ciò non significa che il tema debba ritenersi sottratto ad una riflessione di carattere scientifico per segnalarne almeno le coordinate di svolgimento, per quanto il ragionamento della dottrina costituzionalistica sembri attualmente impossibilitato a superare la soglia della tendenzialità.

Schematizzando al massimo i termini storicamente problematici di questo rapporto, si può riportare alla mente che il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, col quale

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Roma "Sapienza".

** Relazione di sintesi della sessione "Democrazia e istituzioni di garanzia", Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) "Democrazia, oggi", Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena, 10-11 novembre 2017.

si identifica la democrazia secondo una stipulazione acquisita per quanto ossificata, racchiude in sé un'istanza di autosufficienza, nel senso della vocazione a realizzare per virtù propria, sebbene in via prevalentemente rappresentativa, il paradigma moderno della finalizzazione del potere di comando alla realizzazione degli orientamenti e degli interessi della collettività.

D'altra parte, una volta che la volontà popolare era riuscita a conquistare una titolarità costituente irrevocabile, era del tutto coerente che in un quadro costituzionale garantito da questa immanenza il circuito politico non potesse che operare in conformità alla sua *ratio*: e quindi, senza alcun bisogno di interventi esterni che potessero alterare una pressoché perfetta circolarità. Per parte sua, il frazionamento del potere dislocato in capo ad una molteplicità di organi avrebbe comunque scongiurato che il potere pubblico, appoggiandosi alla legittimazione democratica, potesse nuovamente produrre effetti assolutistici ed arbitrari in danno dei diritti dei cittadini.

Diversamente accade sull'altro versante, dove l'esigenza di appositi meccanismi di garanzia muove dalle eventuali cadute di razionalità di funzionamento del principio democratico, sia sotto il profilo dell'equilibrata convivenza tra i poteri divisi sia sotto quello della presunzione della teleologica conformità dell'esercizio del potere pubblico alle esigenze di vita della collettività: di qui la prospettazione di un diverso circuito di funzioni che viceversa dalla estraneità alla corrente della legittimazione democratico elettorale trae la propria indispensabilità allo scopo di ricondurre all'occorrenza il funzionamento del sistema ai suoi vincoli contrattuali.

Difatti, quando per la prima volta la tematica della garanzia viene portata alla luce nelle riflessioni di Constant, si trova dedotta l'insufficienza della soluzione montesquiviana per fronteggiare la tendenza tirannica del potere e la necessità allo scopo di un'ulteriore funzione che, in virtù del suo carattere "neutro", fosse in grado di moderare le manifestazioni del potere pubblico in tutte le sue articolazioni. Al di là delle soluzioni all'epoca avanzate, ossia il deferimento di questo ruolo arbitrale alla figura del Monarca che recuperava in qualche modo le posizioni perdute, vi è il segno anticipatore di una visione del processo di democratizzazione anche come fattore di rischio che lascerà la sua impronta sulle successive evoluzioni del costituzionalismo e sulla comparsa di apparati di garanzia chiamati appunto ad operare nello schema dell'imparzialità e della stabilizzazione, anzitutto in vista del contenimento del plusvalore politico detenuto dalle assemblee rappresentative.

E' significativo, anche se spesso trascurato, che nel celeberrimo ma sempre fecondo dibattito degli anni venti del secolo scorso sulla scelta del custode della costituzione, ambedue i protagonisti della querelle muovano da un presupposto comune tacitamente condiviso: ossia, assumono l'idea che gli istituti della democrazia non possano aspirare a vivere di vita propria, ma debbano essere assistiti da altre risorse istituzionali aventi il compito di arginare il pericolo degli esiti auto distruttivi di una sovranità popolare ormai scomposta dal conflitto partitico e di colmare le insufficienze di un principio di maggioranza cui lo stallo egemonico ha tolto la idoneità ad assorbire la pluralità degli interessi in nome dell' incontestabilità numerica.

Torna utile ricordare che la stessa ironia di Kelsen nei confronti della teorizzazione del potere neutro e di chi ne avrebbe tentato una tardiva riabilitazione applicandola al Presidente del Reich weimariano, veniva motivata dal fatto che un simile postulato avrebbe mascherato una nuova potenzialità di concentrazione del potere. Mentre nella sua visuale un autentico organo di garanzia posto a tutela delle regole avrebbe dovuto comprovare la sua irriducibilità alla contesa per il consenso democratico grazie all'adozione di strumenti e tecniche decisionali di natura prettamente giuridica ed intrinsecamente circoscritte nella loro portata; tali cioè da pacificare al massimo la componente antagonista del ruolo fino a pensarsi quale strumento di cooperazione ai fini di una più adeguata riflessione democratica in vista dell'assunzione delle decisioni politiche.

Non mette conto qui evidenziare una qualche contraddittorietà di questa impostazione, ad esempio con riguardo alle modalità d'elezione dell'organo di controllo della costituzionalità delle leggi. Quel che è certo è che nessun conflitto tra democrazia parlamentare e funzione di garanzia avrebbe avuto ragione di insorgere, atteso che la neutralità da istanza semplicemente ideologica si sarebbe convertita in una qualità per natura insita nell'attività di applicazione delle regole costituzionali. A conferma di ciò, lo stesso Kelsen affidava il "destino della democrazia moderna" non soltanto all'approntamento sussidiario di istituzioni di controllo, ma lo rimetteva soprattutto all'incremento delle procedure parlamentari (con particolare riferimento ad un'applicazione generalizzata della regola della maggioranza qualificata) intese a rendere necessitata per chiunque l'autolimitazione indispensabile per la sopravvivenza dei sistemi democratici.

Sono molti i passaggi che devo saltare per arrivare alla nostra costituzione, dove l'art. 1, con il suo richiamo alle forme e ai limiti della sovranità popolare subito preannunzia la declinazione dell'intreccio, in parte ereditato ed in parte innovativo, tra democrazia e garanzie. D'altro canto la stessa conversione del potere costituente in potere di revisione può essere inquadrata sempre nello schema della regolazione della sovranità democratica in modo da temperarne la pretesa di absolutezza, mantenendo a questo scopo inalterata anche in ambiente democratico, come è stato efficacemente detto, la "distinzione oppositiva tra popolo e governanti".

Ho avuto modo di accennare in altra occasione al significato della compresenza nel nostro sistema di ambedue le figure ascritte al campo della funzione di garanzia, sicché questa viene chiamata a presidiare l'intero orizzonte della vita pubblica: per quanto concerne il Capo dello Stato, prevalentemente il versante dei rapporti politico partitici ed istituzionali nonché quello della costituzione materiale; per quanto riguarda la Corte costituzionale, il fronte della tutela della superiorità gerarchica della costituzione e della sua integrale prescrittività. Va detto che in entrambi i casi vi si accompagnava la premura di calibrare il loro innesto in modo da non compromettere (sul punto basta rinviare alle precisazioni in tal senso di Meuccio Ruini) la possibilità di un indirizzo politico di maggioranza basato sulla relazione fiduciaria come anche il nucleo del potere discrezionale degli organi di governo.

Tuttavia, ben difficilmente queste geometrie costituzionali, pure verbalmente circoscanziate, avrebbero potuto inverarsi in presenza, come ebbe a dire Leopoldo Elia, di un contesto costituzionale non kelseniano e tanto compenetrato da valori di ordine sostanziale; si

può aggiungere che parimenti implausibile era l'osservanza della distinzione tra la sfera della continuità nazionale e quella dell'avvicendamento maggioritario nell'ambito di una forma di governo priva di consistenti fattori di razionalizzazione adeguatamente formalizzati e oggettivati nelle loro modalità di funzionamento, e pertanto bisognosa di quel contributo di "persuasione e di influenza" di cui parlava ancora Ruini e che è riecheggiato di recente nella sentenza n.1 del 2013 della Corte costituzionale.

Da qui prende avvio, come è a tutti noto, un intenso impegno della dottrina repubblicana volto alla elaborazione di schemi di lettura che potessero riflettere il protagonismo progressivamente evidenziatosi e che, soprattutto grazie al riferimento alla eccedenza programmatica dei principi costituzionali, aveva aperto impensabili possibilità di variazioni e diversificazioni sul tema dell'indirizzo politico.

Come ha lucidamente chiarito Carlo Mezzanotte, questa impostazione non era declassabile a semplice espediente retorico perché poggiava sulla effettiva capacità dei principi costituzionali di proporsi quali fattori di unificazione generativi di consenso. Vero è che lo stesso autore intravedeva i segnali di indebolimento di questo ciclo contrassegnato dalla capacità ordinante della Costituzione, pur se correlato in larga misura alla selezione dei comparti normativi pre repubblicani: non di meno veniva confermato, ed anzi accentuato davanti all'acuirsi del retroterra pluralistico, il trasferimento concettuale delle garanzie dal campo del contenimento e della limitazione a quello dei processi di integrazione ed unificazione della comunità, benché il loro esito non fosse più aprioristicamente assicurato, ma rimesso piuttosto alla capacità di gestione del canone della ragionevolezza in chiave di risposta alla domanda arbitrale avanzata dai diversi ambiti politico sociali.

Quanto alle dinamiche più recenti, è da osservare, ancora approssimando i passaggi, che nell'esercizio dei poteri di garanzia, specie nella stagione della intonazione del sistema politico in senso maggioritario e personalizzato, si è ritenuto di ravvisare una valenza prevalentemente contro maggioritaria che ha riaperto la contesa tra self restraint e attivismo, e stavolta in termini molto più concreti di quanto non lo fossero all'epoca dell'importazione di un dibattito d'oltre oceano. Si comprenderà che in questa sede non posso esaminare neppure di sfuggita le singole fattispecie che dovrebbero confermare l'ipotesi, la quale, per quanto suoni azzardato, vorrebbe investire allo stesso tempo le due istituzioni di garanzia di cui si parla. Peraltro, a prescindere dalla perentorietà della formula che potrebbe involontariamente evocare assunzioni pregiudiziali, nessuno si sognerebbe di dubitare che la funzione di garanzia in quanto tale incorpori la potenzialità di una relazione dialettica rispetto alle scelte assunte dagli organi di indirizzo, senza che vi sia bisogno di richiamare gli appositi meccanismi di protezione che hanno lo scopo di assicurare la praticabilità di un rapporto del genere. Se così è la formula, a parte l'onere di un riscontro probatorio su di un più esteso arco di tempo, non pare essere risolutiva, ed anzi può finire col trascurare talune modalità di esercizio dei poteri con le quali gli organi di garanzia hanno inteso modulare piuttosto il loro intervento in modo da contemperarlo con lo spazio e/o il tempo della processualità democratica.

Ciò detto, non si può disconoscere il dato dell'accresciuta consapevolezza sia della componente di "apertura", e se si vuole di elasticità, del disegno organizzativo della costituzione sia della complessità di un sistema di valori che non necessariamente espone gerar-

chie preventivate. Del che è sintomatica la sorprendente varietà di letture dei ruoli che sarebbero di spettanza delle istituzioni di cui si parla, così come lo è la preponderanza assunta dalla discussione sui paradigmi dell'interpretazione costituzionale. Di conseguenza sembra recedere la linea distintiva tra funzione rappresentativa e funzione di garanzia disegnata alla stregua della vocazione di quest'ultima a farsi carico in via prioritaria dell'unità di senso dei principi costituzionali.

Può costituirne conferma il fatto che si torni a porre l'accento sul fattore dell'imparzialità che caratterizza lo status delle istituzioni di garanzia, con la precisazione che tale fattore viene ora chiamato non già a circoscriverne le possibilità di intervento, ma viceversa a sollecitare l'affidamento nella saggezza e nella obiettività delle loro determinazioni. Uno schema, va detto per completezza, che si prolunga, nella versione della garanzia di stampo tecnico, mettendo capo alle nuove autorità indipendenti che assumono la titolarità di interi campi di attività i quali, nonostante vi risuoni l'eco dei principi costituzionali, si emancipano dal flusso degli indirizzi di maggioranza e degli orientamenti politici, pur affidando alle virtù del procedimento il recupero di un nesso con la dimensione partecipativa e democratica ancorché segmentata nelle sue modalità di esercizio.

Per tornare al punto, con riferimento al Capo dello stato viene in primo piano quel compito, in passato relegato ad un ambito puramente simbolico, di rappresentante dell'unità nazionale, il quale viene adesso ad alludere ad uno sfondo di legittimazione che può trascendere gli stessi principi costituzionali ed in definitiva le stesse strettoie del ruolo costituzionalmente prefigurato, specie nei passaggi maggiormente critici. Quanto al giudice delle leggi, l'ingresso nella sfera dei valori soprattutto con riferimento alla materia privilegiata dei diritti fondamentali si avvale bensì dello schema della capacità evolutiva del testo costituzionale, ma viene anche a suffragare l'espletamento di un compito che si candida a dirimere vecchi e nuovi conflitti a fronte delle difficoltà compositive accusate dal circuito politico parlamentare. Ed infatti questa prospettiva, sempre tesa tra troppo e troppo poco bilanciamento, si dimostra tutt'altro che incontrovertibile, e non soltanto quando le relative opzioni abbiano notevoli ricadute in campo finanziario. D'altronde, la stessa moltiplicazione delle istanze giudiziarie abilitate a pronunciarsi sul dimensionamento dei diritti anche nel quadro delle tutele a più livelli e lo stesso dialogo tra Corti che ne discende, accrescono opportunamente il tasso di azionabilità dei diritti ed i profili della loro tematizzazione, ma vi traspare altresì l'esigenza di una prolungata auto riflessione giudiziaria che attesta le difficoltà di addivenire ad esiti in qualche modo risolutivi.

Non è casuale che a tale proposito in sede di sociologia costituzionale si sia parlato criticamente di un circuito alquanto introverso, ossia separato rispetto al dibattito pubblico e si sia immaginata l'apertura dell'iter decisionale delle Corti ad una discussione democratica, che vada al di là del confronto specialistico o delle personali doti di sensibilità, in qualche modo svincolata da uno svolgimento squisitamente giuridico del thema decidendum. La proposta, ferma restando la sua condivisibile finalità di richiamo alla posta in gioco, resta piuttosto indeterminata, come resta indeterminato il corollario che vi si accompagna della costituzionalizzazione dei media che dovrebbero governare questi processi di attivazione di un'opinione pubblica in via alternativa rispetto ai consueti meccanismi di partecipazione poli-

tica. Per quanto non si debba trascurare come nei più recenti resoconti sullo stato della democrazia venga alla luce la delusione per una promessa di continuità della presenza politica dei cittadini che la democrazia stessa non riesce a mettere in forma, e che conseguentemente non potrebbe che operare come “istituzione invisibile di controllo”.

In ogni caso, non suona convincente l’allontanamento dall’orizzonte della forza normativa della costituzione e dalle incombenze deduttive e motivazionali che essa necessariamente postula. Non si tratta, come vorrebbe un ricorrente motivo ironico, di nostalgia per le presunte sicurezze positivistiche oppure per le prestazioni pratiche della divisione del lavoro, e neppure di un comprensibile attaccamento dei giuristi ad uno stile argomentativo/persuasivo, che peraltro neppure oggi si saprebbe come sostituire; si tratta, come da più parti è stato osservato, del mantenimento delle specifiche qualità che identificano le singole articolazioni decisionali, anche sotto l’aspetto delle loro modalità operative, ivi comprese le regole procedurali per quanto restrittive possano apparire dal punto di vista della generale aspettativa di interlocuzione e per quanto non siano da escludere possibilità di accorciamento dell’accesso alle sedi di cui si parla che in questa direzione sono state utilmente sperimentate altrove.

Si può concludere osservando che sembra andare per la maggiore il rilievo che il sistema del potere pubblico nelle democrazie mature si è andato scomponendo in ulteriori branche che, indipendentemente dalla loro collocazione ab origine, traggono legittimazione dalla tradizione costituzionale confortata dal metro della globalità, per cui la stessa insistenza sulla distinzione tra decisione e garanzia viene percepita come un retaggio concettualistico se non come sintomo di un malcelato atteggiamento polemico, tanto più considerando l’insorgere di una responsabilità politica che sia pure con modalità diffusa avrebbe finito con l’estendersi alle stesse istituzioni di garanzia. E dunque si potrebbe argomentare, sulla scia dell’art. 20 della costituzione tedesca, che tutti i poteri sono mezzi di esercizio della sovranità popolare onde tutti si muovono nel quadro della legittimazione democratica, diretta, mediata o distanziata che sia. E’ però da aggiungere che anche una volta ritenuto che lo spirito del costituzionalismo spinga a rimuovere ogni pretesa di assorbimento monopolistico della sovranità popolare, si intensifica quello che è sempre stato il nodo irrisolto della conquista dell’articolazione del sistema, ossia la questione del giusto equilibrio tra poteri e contropoteri che nessuna volenterosa teoria generale sembra in grado di organizzare compiutamente una volta divenute inattuali le tecniche agrimensorie che erano state tipizzate dallo Stato di diritto.

Uno scenario quindi che resta inevitabilmente mosso quando non ondivago, ma che, a parte le implicazioni classificatorie della distinzione tra “forme” e “limiti” dell’esercizio di sovranità di cui all’art. 1 della nostra costituzione, non può non prevedere la possibilità di sviluppo di una progettualità politica che se mai è sembrata anacronistica, le si ingiunge ora di assolvere ad una funzione di orientamento collettivo che si è dimostrata non altrimenti surrogabile, neppure mediante la sua dislocazione sul terreno sovranazionale: ciò a partire dal contrasto al senso di improduttività del momento elettorale attorno al quale in democrazia dovrebbero configurarsi significative ricomposizioni delle infrastrutture di costituzione materiale e correlate prospettive programmatico/operative, scongiurando che riaffiori quel binomio “*angst und politik*” magistralmente analizzato da Franz Neumann per le conseguenze che

l'accusa di insostenibilità delle laboriose prassi democratiche ha fatto sperimentare al nostro continente.