

LA RAPPRESENTANZA**

Sommario: 1. Non pensare per dicotomie. – 2. Da un nucleo concettuale comune. – 3. Tre quadranti problematici. – 3.1. Rappresentanza politica e trasformazione del sistema partitico. – 3.2. Rappresentanza e giurisdizione. – 3.3. Rappresentanza e lex mercatoria. – 4. Guardando innanzi: democrazia, rappresentanza, algoritmi.

1. Non pensare per dicotomie

I concetti di rappresentanza – l'impiego del plurale sembra più congruente con le risultanze ricostruttive disponibili, che si compongono in un quadro ampio e differenziato – sono stati definiti in prevalenza «pensando per dicotomie», cioè mettendo in opposizione i due termini di una coppia, ciascuno dei quali «è suscettibile, per influenza del suo significato storiografico e assiologico, di essere esteso sino a connotare non più una sola delle due parti ma tutto l'universo, cioè di diventare il termine di una classe universale, respingendo l'altro termine fuori dell'universo ovvero degradandolo a termine di una classe vuota»¹.

Alle dicotomie strettamente concettuali si affiancano dicotomie costruite su letture del processo storico, le quali assorbono o si confondono con le prime: anzitutto la dicotomia antico/moderno, poiché ogni consolidarsi di un «nuovo» concetto di rappresentanza viene considerato l'esito di un processo di modernizzazione (qui l'opposizione tra «antico» e «moderno» non designa *una sola* scansione storica, ma più fasi di passaggio: non solo la fine dell'assetto medievale in Europa e il sorgere degli ordinamenti statali accentrati, ma

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Relazione svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Università degli studi di Trento, 11-12 novembre 2016.

¹ Per questa accezione di dicotomia, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 147.

anche il trapasso dalla prima alla seconda modernità, dal locale al globale, dalla sovranità nazionale alla dislocazione dei poteri verso ordinamenti sovranazionali).

Tra le dicotomie «storiche» viene in rilievo quella «non democrazia/democrazia», che della dicotomia antico/moderno è una specificazione, un modo di manifestarsi, e nella quale l'affermarsi della rappresentanza come rappresentanza politica è l'elemento propulsivo (intendendo per democrazia la «democrazia dei moderni», e considerando la dicotomia in chiave dinamica, per cogliere il movimento dall'uno all'altro dei suoi termini).

V'è in quest'approccio una forte sostanza valutativa. E invero con esso sono stati costruiti resistenti apparati ideologici, i quali hanno avuto il merito di consentire, fino a un punto di crisi, la visione semplificata ma non priva di fondamento delle linee portanti dei sistemi e degli eventi.

E v'è una visione lineare dello sviluppo storico (con qualche traccia di determinismo), in cui le esperienze di degradazione e di caduta delle democrazie, come in Europa tra le due guerre mondiali, e le insufficienze e le diseguaglianze dei meccanismi della rappresentanza politica, sono punti di crisi che possono essere superati verso un maggiore invero del valore (essendo la democrazia un valore, oltre e più che un modo di organizzazione sociale) e del suo strumento di affermazione: democrazia e rappresentanza, nel quadro di un consolidato modello economico². Una visione che ha prodotto potenti retoriche, suffragate nelle fasi di prosperità: la «democrazia rappresentativa» è sorte dell'Europa, tanto è vero che quando «qui», nell'Europa occidentale, democrazia e rappresentanza sembravano estinte, v'era un «altrove», un «altrove» culturalmente vicino, l'area nordamericana, con sistemi appartenenti allo stesso ceppo e traenti radice dalla storia europea, in cui esse prosperavano, e che avrebbero dato forza alla resilienza delle democrazie europee. E tanto è vero che, dopo la seconda guerra mondiale, l'ordinamento europeo sarebbe stato l'ambito in cui costruire i fattori di «messa in sicurezza» delle democrazie, capace di attrarre ordinamenti per l'innanzi a essa estranei, lungo la linea Oriente-Occidente.

Non che sia mancato un pensiero anche radicalmente critico nei confronti della cultura e dell'ideologia *mainstream* in tema di democrazia e rappresentanza. Ma di questa esso non è stato in grado di scalfire il dominio, perché ne ha condiviso l'approccio: la visione lineare dello sviluppo storico, la logica delle dicotomie, un certo determinismo nella concezione generale dell'organizzazione sociale³.

² Rimarchevole, per il carattere particolarmente esplicito dell'opzione ideologica cui corrisponde, la proposta ricostruttiva che connette democrazia rappresentativa e trionfo del «modello del capitalismo democratico» anche in Italia, dovuto a G. BOGNETTI, *Osservazioni conclusive «Brüder, nicht diese töne ...»*, relazione di sintesi al Convegno *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 16-17 marzo 2000, ora nel volume omonimo, Milano 2001.

³ Sulla «fallacia» del determinismo economico, provenga esso da ideologi capitalistici o socialisti, e per la concezione secondo la quale «per lo studioso di antropologia sociale nulla è più ovvio della varietà di istituzioni che risultano compatibili con mezzi di produzione praticamente identici», K. POLANYI, *La nostra obsoleta mentalità di mercato* (1947), in Id., *Economie primitive, arcaiche e moderne*, Torino 1980, 70. Dello stesso autore, la polemica contro il «fantasma del determinismo» che egli vede aleggiare nelle posizioni di Friedrich von Hayek, circa la connessione necessaria tra libertà civili e politiche ed economia capitalistica, benché occorra riconoscere che storicamente tali libertà siano state il «sottoprodotto del capitalismo», *Sulla fede nel determinismo economico* (1947), in Id., *Una società umana, un'umanità sociale. Scritti 1918-1963*, Milano 2015, 323.

Questo essendo il contesto teorico, è comune il rilievo nella cultura giuridica della difficoltà a elaborare un concetto unitario di rappresentanza, definibile in termini generali, nell'ambito del quale poter articolare una tipologia per specie e sottospecie. Una difficoltà considerata insormontabile, al punto da condurre a ritenere che il concetto di rappresentanza possa essere realisticamente solo ritenuto «una metafora ricca e suggestiva», a sua volta suscettibile di trasformarsi, in condizioni di complessità, in «una pluralità di sottometafore»⁴ delle soluzioni organizzative apprestate per creare una corrispondenza tra chi esercita il potere e chi vi è assoggettato, soluzioni ispirate alla necessità di limitare e legittimare il primo e garantire le libertà del secondo.

Sul piano del metodo, ne consegue il raggrumarsi in un sorta di globo indistinto di concetti «deformati»⁵ o «deformabili» di rappresentanza, dal quale talvolta vengono attinti, in maniera piuttosto arbitraria, elementi congruenti con le ricostruzioni che si vogliono proporre⁶, secondo simmetrie ricostruttive immaginate *a priori* (ed esigenze di compatibilità ideologica) o avendo mente solo a composizioni coerenti in termini di logica formale⁷, senza alcun rapporto verificato con il dato storico.

V'è da chiedersi se non convenga tentare percorsi che possano condurre a qualche progresso teorico, muovendo da premesse euristiche intese a dissipare la farragine concettuale, che, per successive sovrapposizioni, si è venuta a sedimentare.

L'ipotesi di lavoro potrebbe dunque essere quella di riconsiderare i termini delle coppie concettuali in cui la rappresentanza si manifesta, non per riconoscere, in chiave dinamica, la preminenza di uno di essi fino all'estinzione dell'altro, ma per leggere i rapporti tra essi in chiave di tensione permanente tra elementi coesistenti, sia pure a un diverso grado di emersione nel tempo: dunque non una visione lineare dello sviluppo storico, ma la percezione di faglie temporali sovrapposte, su ciascuna delle quali i termini della coppia si collocano, e su ciascuna delle quali si manifesta una durata diversa⁸. Sicché il sopravvenire di un termine oppositivo non «spinge l'altro fuori dell'universo»⁹, ma si sovrappone a esso senza annullarlo.

⁴ M. COTTA, *Rappresentanza, ad vocem*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1977, www.treccani.it, par. 7.

⁵ Sul concetto di «deformazione», cfr. G. SARTORI, *Concept Misformation in Competitive Politics*, in *The American Political Science Review*, n. 4 (Dic. 1970), 1033 ss.

⁶ Cfr. il riferimento alle «indiscriminate fishing expeditions for data» in J. LAPALOMBARA, *Macrotheories and Microapplications in Comparative Politics*, in *Comparative Politics*, Oct. 1968, 66; e G. SARTORI, op. cit., 1039: «These fishing expeditions are "indiscriminate" in that they lack taxonomical backing; which is the same as saying that they are fishing expedition without adequate nets. The researcher sets out with a "checklist" which is, at best, an imperfect net of his own. This may be an expedient way of handing his private research problems, but remains a very inconvenient strategy from the angle of additivity and the comparability of his findings ...».

⁷ Ancora G. SARTORI, op. cit., 1043: «While classifying must abide by logical rules, logic has nothing to do with the usefulness of a classificatory system».

⁸ Può valere, per quest'approccio, il richiamo alla riflessione storiografica di F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle). Les temps du monde*, Paris 1979, trad. it. *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII). I tempi del mondo*, Torino 1982, che, nel tentativo di «addomesticare» il tempo, di renderlo «malleabile», per «semplificare e organizzare la storia del mondo», per aprirla per quanto possibile alla comprensione, ne percepisce il carattere fluttuante, oscillante, periodico; ne legge i «ritmi congiunturali».

⁹ N. BOBBIO, loc. cit.

Per questa via, si potrebbe forse pervenire a ritenere la molteplicità di accezioni in cui è stata declinata la rappresentanza, non come irriducibile contraddittorietà, polisemia, ambiguità del concetto, ma come complessità da districare. E a evitare alcune «rinunce»: prima tra tutte la rinuncia ad affermare la giuridicità della rappresentanza politica. Una rinuncia pesante, soprattutto dal punto di vista del costituzionalismo¹⁰. La rappresentanza, infatti, non può non essere considerata come «un problema di filosofia politica»¹¹; ma non può non essere considerata altresì, per quanto in connessione con le costruzioni di filosofia politica, come un problema di ordine giuridico¹², più specificamente come un problema di estensione e di confini del giuridico (e dunque di conservazione alla scienza della Costituzione del suo statuto di scienza giuridica).

2. Da un nucleo concettuale comune

Se si va alla ricerca di un nucleo concettuale comune, cui sia possibile riportare tutte le accezioni di rappresentanza – dunque abbastanza «neutrale», ma non troppo poco connotativo, dal quale partire per poi ricostruire i modi in cui esso si completa in corrispondenza con la varietà dell'esperienza – il miglior risultato sembra essere di concepire il rappresentare come «rendere presente» (ciò che non lo è – cioè è assente – senza rappresentanza: *Vergegenwärtigung* il lemma tedesco, storicamente stratificato anche al di fuori delle tematiche della rappresentanza e della rappresentazione¹³). Accezione che precede logicamente per generalità quella di «tenere luogo di», poiché questa impone immediatamente di specificare *perché* e *come* ciò avvenga; e la domanda intorno al *perché* e al *come* conduce all'opposizione pubblico-privato, potenzialmente dicotomica (e tale

¹⁰ Il «problema della rappresentanza politica» come «problema di diritto costituzionale» è riconosciuto e inquadrato da C. LAVAGNA, *Per una impostazione dogmatica del problema della rappresentanza politica*, in *Stato e diritto*, 1942, n. 2, 192: ove è apprezzabile la capacità di pervenire, con metodo giuridico positivo, a esiti teorici e ricostruttivi astraendoli dall'assetto autoritario che l'autore aveva dinanzi. Di converso, O. RANELLETTI, *Teorie sulla rappresentanza*, in *Archivio di studi corporativi*, 1936, n. 7, 273 ss., in epoca pressoché coeva – con riferimento all'art. 41 dello Statuto: «I deputati rappresentano la Nazione in generale e non le sole provincie in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli elettori» – ponendosi le domande «Qual è la natura di questa rappresentanza? Qual è il suo fondamento?» – rispondeva: «sarebbe erroneo ritenere che questa rappresentanza sia giuridica, come la medioevale; e che il fondamento di essa e in genere dei poteri dei deputati sia la volontà degli elettori, cioè un mandato» (ivi, 175).

¹¹ Lo rileva *ex professo* G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano 1988.

¹² Da altre scienze che guardano al medesimo oggetto, invece, viene una certa risalente e consolidata negazione della possibilità stessa di concepire la rappresentanza politica come giuridica, poiché – si assumeva (ma nella sostanza ancora si assume) – «è soltanto in assenza di un preciso, esplicito e formale vincolo giuridico che il rapporto di rappresentanza politica può mantenere quella articolazione ... che gli consenta di percorrere tutto il tragitto che trasforma dei superiori (gli elettori) in dei sottoposti (sudditi), coloro che dovrebbero essere comandati (i rappresentanti) in comandanti (legislatori)»: G. SARTORI, *La rappresentanza politica*, in *Studi politici*, 1957, 542. Per la qualificazione giuridica della rappresentanza politica, G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, 39: «... non sembra convincente ribadire come esclusiva la giuridicità della rappresentanza disciplinata dai codici civili, l'indisponibilità di molti suoi tratti ad essere assunti da quella definita politica e dedurre che questa indisponibilità impedisca che il rapporto rappresentativo politico possa qualificarsi come giuridico».

¹³ Sulle radici di questa accezione nel latino classico e poi nel diritto canonico in età medievale, B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna 1999, 18 s.

considerata in prevalenza). Infatti, circa il *perché*, la rappresentanza si può rendere necessaria per lo stato di incapacità giuridica in cui si trova il rappresentato, essendo dunque lo strumento della tutela giusprivatistica; ovvero si può rendere necessaria per l'impossibilità *organizzativa* di «rendere presente» direttamente il troppo ampio corpo dei rappresentanti nell'adozione di decisioni troppo complesse. Circa il *come*, il rappresentante può essere concepito come dipendente dal rappresentato¹⁴ – benché questo, per agire, non possa non essere rappresentato – e dunque abilitato a manifestare una volontà già esistente e determinata; ovvero può ritenersi che il rappresentante manifesti una volontà nuova e unitaria che non esisteva prima dell'esercizio della rappresentanza: nel primo caso, si tratta di rappresentanza privatistica; nel secondo di rappresentanza pubblicistica. È questo, tra gli approcci dicotomici alla rappresentanza, il più compatto e il più resistente, anche in ragione del pregio della sua costruzione teorica, che trova compiutezza nella distinzione-opposizione tra *Vertretung* e *Repräsentation*¹⁵.

Ma per questa via ogni teoria della rappresentanza non può che imbattersi nella «disputatissima distinzione tra diritto privato e diritto pubblico»¹⁶, distinzione che, secondo un classico criterio, è definita in ragione del tipo di *interesse* perseguito, dei singoli cittadini nel diritto privato, dello Stato nel diritto pubblico¹⁷ e coinvolge definizioni contrapposte del diritto.

In una polemica con Hayek – cui imputa indistricabili «confusioni» concettuali, ove egli mette in contrapposizione «norme di condotta» e «norme di organizzazione» col fine ideologico di affermare il carattere regressivo dello «stato assistenziale» nel raffronto con lo «stato liberale», la cui «distruzione» assume avvenga anche attraverso la «contaminazione del diritto privato con il diritto pubblico» – Norberto Bobbio fa richiamo a Santi Romano, e al suo *L'ordinamento giuridico*, per condividerne la critica alla concezione privatistica del diritto e quindi alla definizione di esso come rapporto (ritenendo tale critica più centrale e rilevante di quella alla teoria normativa, a differenza di quanto «lo stesso Romano ha lasciato credere»¹⁸). La lettura che Bobbio dà dell'opera di Santi Romano è coerente con il suo convincimento che la vera e irriducibile «grande dicotomia» nelle concezioni del diritto sia

¹⁴ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, trad. it. *Verità e metodo*, Milano 1983, 176.

¹⁵ La distinzione è elaborata nel modo più compiuto da C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 276 ss.; G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin und Leipzig 1929; ID., *Das Wesen der Repräsentation und deren Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin 1960; ID., *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, 69 ss.; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig 1928, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano 1988, spec. 158 ss., per la concezione della *Repräsentation* come «fattore di integrazione»; H. HELLER, *Die Souveränität*, Berlin u. Leipzig 1927, 75 ss. Sul dibattito in tema nella dottrina tedesca negli anni Venti del secolo scorso, cfr. G. DUSO, *La rappresentanza*, cit., 83 ss.

¹⁶ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, 187.

¹⁷ Ivi, 189. Disputa ormai secolare anche tra i giuristi italiani, storici o «positivi» o teorici generali, a partire dal significato da attribuire alla formula di Ulpiano, o pseudo-ulpianea, «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*» (Dig. 1.1.1.2).

¹⁸ Ivi, 194 s.

quella tra teoria istituzionale e teoria relazionale, delle quali la prima concepisce il diritto *sub specie institutionis*, in una «considerazione organica della società», la seconda concepisce il diritto *sub specie relationis*, in una «considerazione atomistica della società»¹⁹. Finché nei giuristi ha avuto la prevalenza «l'immagine del diritto» derivante dal diritto privato, «la norma giuridica è stata costruita a immagine e somiglianza della norma di condotta»²⁰. È solo molto avanti nel tempo, con l'affermarsi della dottrina del diritto pubblico, allo scorcio del XIX secolo, che viene concepita l'idea della stretta connessione del diritto con l'«organizzazione ... tipico prodotto dell'azione sociale»²¹, e della norma come «norma di organizzazione». Ma ciò non vuol dire affatto che il diritto privato sia costituito esclusivamente da norme di condotta e il diritto pubblico esclusivamente da norme di organizzazione: per esempio – rileva Bobbio²² – le norme di diritto penale, che sono norme di condotta, appartengono al diritto pubblico; le norme che disciplinano le società per azioni, rientranti nel diritto privato, sono norme di organizzazione.

Se queste sono le premesse, allora il rapporto tra *Vertretung* e *Repräsentation* non è dicotomico²³ come talvolta viene immaginato, cioè i due termini non rappresentano un'opposizione concettuale reciprocamente esclusiva e fasi successive di una scansione temporale. Lo sarebbe, se si collocasse nell'ambito dell'opposizione tra teoria istituzionale e teoria relazionale del diritto e trovasse conferma – come dicotomia – nell'esperienza storica. E invece è vero che «chi concepisce il diritto come rapporto è portato a considerare l'ordinamento come un insieme di norme di condotta...» e «chi concepisce il diritto come istituzione è indotto a vedere dappertutto soltanto norme di organizzazione», ed è disponibile a compiere il passo ulteriore di «confondere» la distinzione norme di condotta/norme di organizzazione con la distinzione diritto privato/diritto pubblico²⁴. Ma è altresì vero che questa diversità nell'approccio al concetto di norma può divenire visione diversa del fenomeno giuridico solo in forza di un'operazione di riduzionismo teoretico immediatamente connotata ideologicamente – sottendendo visioni non conciliabili della società, delle relazioni economiche, del bene comune – e quindi non può dare esiti ricostruttivi appaganti.

¹⁹ Ivi, 195.

²⁰ Ivi, 196.

²¹ *Ibidem*.

²² Ivi, 189.

²³ L'impiego non dicotomico dei due lemmi può far ritenere ancora utile, in una ricostruzione giuridica della rappresentanza, il richiamo all'universo concettuale in cui essi si collocano, senza lasciarsi orientare, cedendo a un pregiudizio empirizzante, dal discredito che sarebbe derivato da un certo impiego distortivo compiuto dalle dottrine nazionalsocialiste: in tal senso, invece, M. LA TORRE, *Democrazia e tensioni. Rappresentanza, principio di maggioranza, diritti fondamentali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1995, n. 4, 706. Invita a non «insistere sul nesso (disgiuntivo) tra rappresentanza e rappresentazione o, anche, tra *Repräsentation* e *Vertretung*», L. ORNAGHI, *Atrofia di un'idea. Brevi note sull'«inattualità» odierna della rappresentanza politica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, 16.

²⁴ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie*, cit., 195.

3. Tre quadranti problematici

Nell'esperienza, rappresentanza privatistica e rappresentanza pubblicistica si sono indistricabilmente intrecciate quando, per ciò che qui rileva, il rapporto rappresentativo è stato, come ancora è, intermediato dal partito.

Nel caso italiano, questa circostanza storica è leggibile con particolare chiarezza.

La Costituzione italiana, per le condizioni politiche generali che si crearono alla sua genesi, dovette essere inclusiva anche quanto ai modelli di partito e alla concezione dei rapporti con la società e con le istituzioni di cui ciascuno di essi era portatore. Ne derivò l'accentuata garanzia della loro autonomia, sia nella determinazione dei programmi e delle prassi, sia nell'organizzazione, a discapito del pluralismo interno²⁵. La disciplina giuridica di essi fu affidata a norme «autoprodotte» e liberamente disponibili, mentre la regolazione eteronoma era di tipo civilistico²⁶, essendo integralmente privatistica la loro natura giuridica. Per tali sue connotazioni, il sistema dei partiti in Italia si venne radicalmente distinguendo da esperienze coeve, accomunate a quella italiana dall'esigenza di costruire un assetto costituzionale in antitesi alla fase autoritaria, appena superata con la seconda guerra mondiale, ma in cui i pericoli di regressione verso la dittatura venivano contrastati in modo diverso, con l'accentuata funzionalizzazione del partito politico, che diveniva quasi organo dello Stato²⁷ e con una legislazione che faceva severamente argine all'affermarsi di partiti «antisistema».

Ma la compresenza di principio privatistico e principio pubblicistico nella funzione rappresentativa esercitata dai partiti italiani non solo va assunta come elemento costitutivo del sistema, ma va osservata nelle sue dinamiche, poiché tali due principi si sono venuti diversamente combinando nell'esperienza, diversamente determinando nel tempo i modi del rappresentare e, in ultima istanza, la qualità della democrazia.

Occorre forse scavare ancora più nel profondo, negli strati più riposti della «permanenza» storica dei concetti, quando si affronta la questione della rappresentanza esercitata dai giudici, i quali sono chiamati a «rendere presente» il popolo amministrando la giustizia in suo nome (art. 101 Cost.).

Il giudice «rende presente» il popolo «stando in luogo» di esso. Si ritiene: il popolo è impossibilitato all'esercizio diretto della funzione, consistente nel risolvere le controversie e

²⁵ L'orientamento a fissare nella Costituzione le basi di un «pluralismo politico ad ampio raggio di legittimazione» indusse «a privilegiare, nello statuto costituzionale dei partiti, la dimensione "associativa" su quella "istituzionale"»: P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011, 30.

²⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato* (1956), ora in *Id.*, *Persona e comunità*, Bologna 1962, 139 ss.

²⁷ Notazioni in tal senso sui caratteri del sistema dei partiti tedesco si leggono in P. RIDOLA, *op. cit.*, 77 ss.

nel punire i reati; il giudice agisce *in contemplatione domini*²⁸, compiendo «operazioni per la realizzazione di uno scopo altrui»²⁹, sul fondamento della Costituzione, che stabilisce i limiti e i modi di esercizio della sovranità popolare³⁰.

Questa ricostruzione conduce a riconoscere la natura giuridica del rapporto di rappresentanza tra popolo e giudici, ma non dà ancora conto dei suoi caratteri specifici: la mancanza di un atto di investitura nella rappresentanza; l'assenza di una responsabilità del rappresentante nei confronti del rappresentato che sia possibile far valere in sede giuridica. Peculiarità che possono indurre ad assumere che i giudici, al pari dei pubblici funzionari, «non sono organi rappresentativi»³¹: il fatto che i giudici stiano «al posto di un altro», il popolo, sarebbe un dato inerte, non producendosi quel «plusvalore semantico-politico»³² in cui consistono le forme della rappresentanza. Si può invece ritenere, forse più utilmente, che l'assenza di quel tipo di responsabilità stia semplicemente a significare che il rapporto rappresentativo dei giudici nei confronti del popolo non sia assimilabile alla rappresentanza politica, poiché il rappresentato, «il popolo», benché il lemma sia il medesimo, assume *identità* diversa nelle due figure di rappresentanza e diverso è in ciascuna il tipo di *fondamento* del potere del rappresentante.

Il «popolo» in nome del quale è amministrata la giustizia è un'entità assai meno definita nelle modalità di manifestazione della volontà; è piuttosto un «intangibile centro vivificante»³³ del sistema, di natura analoga al *corpus mysticum* dell'elaborazione tomista quando questo venne identificato come *corpus repraesentatum*, collettività personificata, corporazione giuridicamente destinata a durare indefinitamente³⁴. Si potrebbe parlare di «due corpi del popolo»³⁵, entrambi corpi giuridici, dei quali il primo – il popolo che opera

²⁸ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954), in *Id.*, *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 143.

²⁹ S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza* (1929), in *Id.*, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, 166.

³⁰ Questo apparato concettuale è riproposto da G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003)*, a cura di L. Carlassare, www.libreriauniversitaria.it

³¹ C.F. FERRAJOLI, *La responsabilità politica come responsabilità per rappresentanza*, in *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, a cura di G. Azzariti, Torino 2005, 135.

³² B. ACCARINO, *op. cit.*, 7.

³³ E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago 1952, trad. it. *La nuova scienza politica*, Torino 1968, 101.

³⁴ E. KANTOROWICZ, *THE KING'S TWO BODIES*, Princeton 1957, trad. it. *I due corpi del re*, Torino 1989, 167 ss.

³⁵ L'assonanza con la distinzione tra «i due Corpi del Re», «finzione mistica», della quale Kantorowicz fa la storia a partire dall'elaborazione dei giuristi inglesi dell'epoca Tudor, sembra pertinente, poiché, specie se rapportata alla funzione dei giudici e alla loro legittimazione, chiama in causa un apparato concettuale, risultante dalla «laicizzazione» delle dottrine teologiche tardo-medievali, che mostra non solo una rimarchevole capacità di permanenza, almeno come termine di confutazione, ma che viene chiamato in causa in alcune ricostruzioni teoriche di fenomeni in atto: si considerino il linguaggio metafisico e il ricorrere dell'argomentazione teologica nel dibattito costituzionale del periodo weimariano (cfr. G. DUSO, *La rappresentanza*, cit., 86 ss.), che ritorna di attualità in fase di crisi sistemica; o alla valorizzazione del diritto medievale come prodotto della consuetudine e della *iurisdictio*, al quale guardare nel momento attuale di riaffermazione della «fattualità del diritto» (P. GROSSI, *Europa del diritto*, X ed., Roma-Bari 2015) e alla sua produzione affidata alla «società aperta degli interpreti» (per questo concetto, non evitabile il riferimento all'opera di Peter Häberle, alla quale forse però conviene meglio guardare al riparo da una certa lettura epigonale italiana, sicché cfr. *Verfassungs-Kultur, Staat, Europa und*

come corpo elettorale – è rappresentato dai soggetti che esso abilita con un atto di investitura e che sottopone a controllo (almeno) alla scadenza del rapporto; il secondo è assunto come il fattore di permanenza e di unità dell'ordinamento, da «rendere presente» nelle sedi di esercizio del potere.

In un assetto costituzionale democratico, tra i «due corpi» vi dev'essere una relazione per la quale il primo è il formante dell'azione dei rappresentanti del secondo, attraverso il circuito di produzione della legge (così è nell'art. 101 della Costituzione, ove il principio della relazione rappresentativa tra popolo e giudici si tiene contestualmente con il principio della soggezione dei giudici alla legge).

L'alterazione di questo circuito relazionale – per la traslazione della *legis-latio* nelle sedi della giurisdizione ovvero della *iuris-dictio* nelle sedi della rappresentanza politica – produce una distorsione sistemica, rispettivamente verso un assetto incentrato sulla prevalenza del principio aristocratico o verso un assetto incentrato sul dominio assoluto della maggioranza. Nel che trova ulteriore conferma il rilievo che non v'è alcuna relazione necessaria tra rappresentanza e democrazia: ove anche si ritenga non vi possa essere democrazia senza rappresentanza³⁶, non si può assumere la proposizione reciproca opposta, cioè che non si dia rappresentanza senza democrazia. Anzi, nella lunga e stratificata storia delle sue accezioni e nel permanere di una complessa articolazione semantica e concettuale, la rappresentanza si è accompagnata solo molto di recente, e instabilmente e variabilmente, alla democrazia.

Le accezioni di rappresentanza, e le restituzioni teoriche di esse, sono sottoposte a elevata sollecitazione dal fenomeno della *lex mercatoria*, poiché in questa si manifestano modi di produzione diversamente e non univocamente qualificabili.

pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle, a cura di R. Ch. Van Ooyen e M.M.H. Möllers, Baden-Baden 2016) legittimata dalla consentaneità con la «coscienza sociale» (sul tema, M. LA TORRE, *Positivismo giuridico, ad vocem*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano 2013, 681).

³⁶ Non vi può essere invero democrazia senza rappresentanza, se si concepisce la democrazia di cui è ancora in atto l'esperienza storica come democrazia dei moderni e si accoglie un'accezione propria di democrazia diretta: poiché il «tratto distintivo» della democrazia diretta è «nella compresenza fisica dei cittadini in occasione delle deliberazioni sulla cosa pubblica» (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali e della responsabilità politica*, Atti dell'omonimo Convegno, Milano 16-17 marzo 2000, a cura N. Zanon e F. Biondi, Milano 2001, 109) ed è perciò per propria natura ristretta, fuori dell'investitura elettorale, e poiché invece la democrazia dei moderni è universalistica quanto alla partecipazione politica e pluralista, essa non può che essere rappresentativa. Ciò appare ben chiaro se si pone mente ai più classici contributi critici al «governo rappresentativo»: «... Aveva ben in mente la democrazia degli antichi e la democrazia diretta Rousseau quando, condannando le "società parziali" come nocive della formazione della volontà generale perché – diceva – il parere che finirebbe per prevalere sarebbe un parere particolare, poneva le condizioni di una democrazia non pluralista, ed anzi riteneva che il pluralismo sarebbe stato la rovina della democrazia» (N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in *Democrazia e partecipazione*, a cura di G. Quazza, Torino 1978, 39 s.).

V'è un orientamento a ritenere si sia al cospetto di normazione consuetudinaria³⁷, nel qual caso il rapporto rappresentativo si riproporrebbe, nei modi in cui connota la posizione dei giudici («rendere presente» il popolo come entità immanente), nelle sedi in cui la regola così prodotta diviene giustiziabile, ma con una elisione del rapporto con il circuito della rappresentanza politica, poiché il giudice dovrebbe ritenersi vincolato non alla legge di produzione politica, ma alla norma prodotta dalla comunità in cui si svolge la consuetudine, almeno per tutto quanto non attiene esclusivamente alla investitura del giudice medesimo nel potere e alle regole del processo.

Se invece la *lex mercatoria* venisse considerata diritto a formazione dottrinale³⁸, applicabile nelle sedi della giurisdizione, la rappresentanza dei giudici andrebbe a integrarsi con una forma di rappresentanza della «coscienza sociale», nel contenuto ricostruito dai giudici stessi in cooperazione con i «sapienti», una «coscienza sociale» come regola delle relazioni mercantili e dunque regola dei diritti con i quali tali relazioni entrano in contatto.

Quel che conta rilevare, in prima approssimazione, è che la *lex mercatoria* è diritto il cui modo di produzione si distingue radicalmente da quello in atto negli ordinamenti statali, che avviene attraverso leggi decise nel circuito della rappresentanza politica, a loro volta determinanti le condizioni e la dimensione delle norme di autonomia privata. Diversamente, invero, la *lex mercatoria* emana «dagli stessi soggetti che la compongono, ... per il tramite di *procedimenti di formazione spontanea e volontaria*»³⁹.

Si tratta di stabilire se tale procedimento formativo sia davvero del tutto, o in quale limitato senso, autoriferito; se sia riconducibile alla rappresentanza; e, in tal caso, quale concetto di rappresentanza trovi campo. Ovvero se occorra accedere alla conclusione che si tratti di un caso di recessione della rappresentanza in una parte dell'esperienza giuridica normativa di dimensioni non trascurabili.

Sono dunque tre i quadranti problematici in cui collocare oggi la questione della rappresentanza, in ciascuno dei quali trovano nuova declinazione apparati concettuali complessi e storicamente stratificati: la rappresentanza politica come intermediata dal partito politico; l'accezione di rappresentanza ravvisabile nella produzione giurisprudenziale del diritto; la produzione a-statale del diritto da parte dei suoi destinatari, nel rapporto con il diritto prodotto nelle sedi della rappresentanza.

³⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Storia del diritto commerciale*, Bologna 2010, 285 s.

³⁸ A tale conclusione di potrebbe giungere considerando la *lex mercatoria* come composta da principi generali: cfr. M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano 1976, 222 ss.

³⁹ N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, n. 2/3, 2005, 100.

3.1. Rappresentanza politica e trasformazione del sistema partitico

Nel caso italiano, può essere utile prendere avvio dai punti di orientamento disponibili mentre si svolgeva l'opera dei costituenti in ordine alla rappresentanza nel rapporto di questa con i partiti; e dalla percezione che in quella fase i partiti ebbero del proprio ruolo, sia nella scrittura della Costituzione per quanto riferita ai rapporti organizzativi fondamentali, sia negli sviluppi attuativi che si poteva prevedere ne sarebbero derivati e che si poteva aspirare a orientare. E considerare come essi furono restituiti in apparati ideologici e filtrati nella considerazione dell'esperienza storica.

Anche su questo versante, nel contesto culturale in cui operavano i decisori politici pareva, di nuovo, porsi una grande dicotomia – dicotomia teorica, ideologica e politica – che si potrebbe ellitticamente restituire nell'opposizione «rappresentanza-trascendenza» *versus* «rappresentanza-immanenza»: nella prima, a essere rappresentato è un interesse generale che eccede e trascende gli interessi dei gruppi in cui si articola la società e che sono in tensione tra loro; nella seconda, la rappresentanza si colloca nei processi politici in cui deve realizzarsi la selezione e la conciliazione di tali interessi⁴⁰. Nella prima «l'unità politica è rappresentata come totalità»⁴¹, e la rappresentanza può essere commessa anche al «principe assoluto»⁴²; nella seconda, l'unità è unificazione politica realizzata nella sintesi tra posizioni plurali, le sedi e le figure della rappresentanza sono molteplici, i rappresentanti sono assoggettabili al controllo dei rappresentati, non solo all'esito del periodo di investitura, ma anche nel corso di esso, instaurandosi tra rappresentanti e rappresentati un rapporto di «responsività»⁴³.

La fondazione democratica e pluralista dell'ordinamento costituzionale mette intuitivamente in primo piano il secondo termine della coppia oppositiva dicotomica: la «rappresentanza-immanenza» è proposta come «classe generale», poiché le potenzialità autoritarie della «rappresentanza-trascendenza» sembrano spingerla senza residui fuori dell'orizzonte della fase storica attuale. E, invero, in tal senso si sono orientate e si orientano le restituzioni ideologiche dell'assetto politico-istituzionale.

Ma, anche in questo caso, l'approccio dicotomico è fuorviante, poiché nell'esperienza elementi di «rappresentanza-trascendenza» riemergono e si compongono con la «rappresentanza-immanenza» nell'assetto delle relazioni tra gli attori del processo politico; mentre coesistono principio privatistico e principio pubblicistico, dei quali il primo diviene fattore di affermazione dei modi della «rappresentanza-trascendenza». Ne risulta un sistema complesso, attraversato da intense dinamiche, che giungono anche a dare l'immagine di una «crisi permanente», per la cui soluzione si fa a tratti pressante e acquista seguito il programma di una «unità politica» riconquistata attraverso l'esercizio «trascendente» del

⁴⁰ Un quadro delle posizioni teoriche riconducibili ai termini della dicotomia qui proposta è in P. RIDOLA, *Democrazia politica e parlamentarismo*, cit., 63 ss.

⁴¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit. 280.

⁴² *Ivi*, 283.

⁴³ Cfr. H.F. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley 1967, spec. 144 ss.

potere, a costo di un impoverimento e di una restrizione della democrazia e infine di una regressione autoritaria.

Tale complessità trova causa nel disporsi della rappresentanza nell'ambito delle relazioni tra partiti politici e sistema istituzionale⁴⁴, in particolare tra partiti politici e forma di governo⁴⁵, espressione all'origine di una concezione della democrazia molto connotata in senso pluralistico.

Di essa e dei potenziali sviluppi che da essa si dipartivano ebbe chiara percezione Costantino Mortati ove – considerando i tratti della «democrazia maggioritaria» – elaborò il concetto dello «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo: «fra elettore e partito», «fra i partiti e i propri membri preposti alle cariche elettive»⁴⁶, mantenendo fermo il riferimento alla rappresentanza, in dissenso da Gerhard Leibholz, secondo il quale l'avvento dei partiti avrebbe dato luogo a una democrazia plebiscitaria incentrata sull'identificazione tra popolo, partiti e organizzazione statale⁴⁷. Non occorre seguire gli sviluppi della concezione mortatiana fino agli sbocchi nell'organicismo per coglierne il valore ricostruttivo. Lo schema del doppio rapporto rappresentativo si presta a essere generalizzato per ricostruire le dinamiche della rappresentanza in ciascuna delle due relazioni – corpo elettorale-partiti; partiti-rappresentanti negli organi eletti – e nelle connessioni tra esse. In tal modo si rende possibile valutare quanto di rappresentanza trascendente-identitaria e quanto di rappresentanza immanente-responsiva⁴⁸ sia ravvisabile nel sistema. Con l'avvertenza che in Mortati lo sdoppiamento costituisce un tratto permanente nel sistema dei poteri (tale dovette apparirgli al tempo della sua proposta analitica), in ragione del quale il rapporto tra elettore e partito «si attenua fin quasi a scomparire» dopo le elezioni, mentre il rapporto tra i partiti e i propri esponenti eletti «si rafforza, com'è necessario per assicurare l'attuazione delle misure ritenute corrispondenti all'indirizzo di cui il partito è esponente»⁴⁹, sicché il popolo esercita il potere sovrano «solo nel momento della preposizione, non già nella successiva attività di

⁴⁴ A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, n. 4, 859, rileva come fin dall'avvento dei partiti di massa «la rappresentanza si manifesterà sempre meno come una relazione diretta fra rappresentanti e rappresentati».

⁴⁵ Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010.

⁴⁶ C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano (1957)*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana, Raccolta di scritti*, vol. III, Milano 1972, 380 s.

⁴⁷ Cfr. G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, cit., 324: «... oggi le elezioni parlamentari hanno iniziato a subire una sostanziale trasformazione. Se esaminate attentamente, queste non sono più autentiche elezioni. Al contrario esse tendono progressivamente a divenire un puro atto plebiscitario in cui l'elettorato attivo, tenuto insieme dai partiti, manifesta la propria volontà politica a favore dei candidati al mandato nominati dai partiti, e a favore del programma di partito, appoggiato da quelli ...».

⁴⁸ Qui si assume che queste variabili possano tutte essere ricondotte a una delle accezioni di rappresentanza. In senso diverso, Ernst Fränkel, che ricostruisce analoga distinzione fattuale ritenendo che nelle forme di Stato democratiche si combinino elementi rappresentativi ed elementi plebiscitari, questi ultimi non riconducibili al rapporto rappresentativo: E. FRÄNKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* (1958), in ID., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt a.M. 1991, 154 ss.

⁴⁹ C. MORTATI, *Note introduttive*, loc. cit.

svolgimento dell'indirizzo»⁵⁰. Ma ora, alla luce dell'esperienza costituzionale, tale ricostruzione conferma la sua utilità quanto al modulo logico dello «sdoppiamento» del rapporto rappresentativo, poiché mostra quanto astratto e fuorviante sarebbe fermarsi a considerare il rapporto elettori-eletti in una sua presunta «purezza» garantita dal divieto di mandato imperativo; mentre non sembra possa essere confermata come ipotesi, poiché le relazioni tra i due termini dello sdoppiamento della rappresentanza si sono rivelate mutevoli, sotto l'impulso delle dinamiche del sistema democratico e, nel suo ambito, della forma di governo.

Sul terreno in cui sono calate tali relazioni si è giocata e si gioca la partita del governo di una società plurale e frammentata e si valuta l'idoneità dei moduli della rappresentanza a giocarla.

Innanzitutto alternative di questo tipo, il costituente italiano, o meglio, traendo gli attori di quel processo dal cielo delle astrazioni, i partiti presenti in Assemblea costituente, ignari della propria sorte quanto al peso che avrebbero potuto far valere nelle relazioni politiche future, disegnarono un sistema ispirato a un principio di rappresentanza immanente-responsiva, ma, nella voluta (in quella fase, inevitabile) genericità delle soluzioni organizzative, non preclusero (non vollero o non potettero precludere) sviluppi in senso diverso.

Invero, per le condizioni politiche che si erano venute a creare, i partiti, già con la decisione costituente e nella fase della sua prima messa in opera, non solo determinarono la disciplina dei rapporti organizzativi fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano modellandola sulla conformazione delle relazioni allora in atto tra essi e sull'assetto strutturale interno che li caratterizzava (e in misura ragguardevole li accomunava), ma realizzarono anche *pro futuro* le condizioni affinché i mutamenti in tali relazioni e in tale assetto strutturale potessero trovare pressoché immediato riscontro in corrispondenti dinamiche nell'ordinamento costituzionale. Fu un *pactum de modo* che costituì l'impalcatura materiale del compromesso valoriale stipulato con la Costituzione.

Sarebbe un errore ritenere che tale patto sia venuto meno trascurando di considerare quanto nel profondo esso innervi la forma di Stato italiana come «democrazia dei partiti» o dando credito agli attestati di «fine dei partiti» periodicamente redatti al cospetto del degenerare dei comportamenti dei loro gruppi dirigenti. Esso venne in luce con l'ordine del giorno Perassi in Assemblea costituente⁵¹, recante il rinvio *sine die* della definizione dei «dispositivi costituzionali» volti a stabilizzare l'azione di governo e a «evitare le degenerazioni del parlamentarismo» (un impegno incrinato da una certa riserva mentale di insolvenza, per essere un espediente inteso a uscire dall'*impasse* piuttosto che un vero programma di revisione della Costituzione deliberanda) e trovò manifestazione normativa testuale nella disciplina della forma di governo come fattispecie astratta a formazione

⁵⁰ *Ibidem*: «... nella fase di esecuzione dell'indirizzo il popolo non appare nella veste di organo di decisione politica, poiché subentra l'intermediazione del partito, che assume esso la responsabilità dell'esecuzione stessa diventando così il titolare di un autonomo potere».

⁵¹ Atti dell'Assemblea costituente, Seconda Sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946.

progressiva. I variabili contenuti di questa sono determinati dai partiti, dai loro rapporti di forza, dalle dinamiche delle loro relazioni con i gruppi sociali; rapporti e dinamiche tradotti dai partiti stessi, che se ne fanno produttori, sia in diritto da fonte atto costitutivo della forma di governo (nelle leggi elettorali, anzitutto) sia in norme convenzionali, attraverso comportamenti uniformi e costanti.

I partiti, dunque, soggetti «formanti» delle relazioni fondamentali tra organi costituzionali, hanno continuato a dominare la scena della rappresentanza, modulando e ridisegnando la linea di equilibrio tra «trascendenza-identità» e «immanenza-responsività», con ciò apprestando una gamma di risposte ai problemi di legittimazione in cui sono incorsi e sono destinati a incorrere nella parabola repubblicana (e non solo in questa, poiché quello della rappresentanza è uno dei problemi maggiori della modernità politica⁵², e grava sui partiti, quale che sia l'ordinamento costituzionale in cui ciò avviene, quando essi si fanno motore primo dei processi rappresentativi).

Non sembra peraltro che a tale posizione dei partiti ci siano alternative.

Benché invero la critica ai partiti voglia farli identificare come il problema maggiore di vischiosità e inefficienza del circuito democratico-rappresentativo (per quanto si tratti, nell'esperienza italiana, di una critica certo quanto mai fondata nei contenuti), essi, sul piano storico, si confermano come l'unico strumento per uscire dal dilemma in cui incorre la rappresentanza se pensata senza la loro funzione: o i rappresentanti eletti sono meri portatori della volontà dei loro elettori, e si riuniscono solo per manifestarla, e allora «il governo degenera in semplice amministrazione»; oppure, al contrario, gli elettori «rinunciano al loro potere, anche se volontariamente», e i rappresentanti assumono, «per un periodo limitato, il compito di governare coloro che li hanno eletti», e allora «si riafferma ... la vecchia distinzione tra governanti e governati»⁵³ e i cittadini sono innanzi all'alternativa «o sprofondare in “letargo, prodromo di morte della libertà pubblica”, oppure “conservare lo spirito di resistenza” a qualunque governo abbiano eletto, poiché l'unico potere che conservano è “il potere estremo della rivoluzione”»⁵⁴.

Secondo Hannah Arendt «a questi mali non v'è rimedio»⁵⁵. Un dilemma, dunque: tale però solo quando si compia un'opzione analitica che non fa conto dei partiti; e che invece si scioglie innanzi alla funzione a questi riconosciuta di «rappresentare» sui due registri dell'identità e della responsività, dosandoli e modulandoli, così sottraendo i rappresentati all'alternativa tra inerte passività e scelta eversiva.

E poiché la funzione rappresentativa dei partiti è bipolare, cioè si svolge nella compresenza dei due elementi della coppia concettuale identità/responsività, quando la bipolarità si rompe, e uno dei termini viene sospinto fuori dell'universo dei modi della rappresentanza, questa scivola verso forme di restrizione o, in ultima istanza, di dissoluzione

⁵² Cfr. H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (1963), Milano 1983, 273: «... l'intera questione della rappresentanza, uno dei problemi cruciali e più spinosi della politica moderna sin dalle rivoluzioni, implica in realtà nientemeno che una decisione sulla dignità stessa della sfera politica».

⁵³ *Ivi*, 274.

⁵⁴ H. ARENDT, *ibidem*, citando Thomas Jefferson.

⁵⁵ H. ARENDT, *op. cit.*, 275.

della democrazia: nella prevalenza assoluta del termine «identità», verso assetti autoritari; nella prevalenza assoluta del termine «responsività», verso il populismo. La bipolarità, che rappresenta un equilibrio permanente per quanto mutevole, travalica drammaticamente in dicotomia.

Il caso italiano è un utile esempio di tali dinamiche: le trasformazioni dei partiti e, in connessione, della forma di governo in Italia, si svolgono intorno ai punti di tensione tra i due poli della rappresentanza.

Il sistema dei partiti, per una lunga fase della repubblica, si era caratterizzato per la progressiva attenuazione della sua capacità responsiva. I partiti, dopo la prima breve «stagione gloriosa» della fondazione e della primissima messa in opera delle istituzioni repubblicane da parte di una *leadership* di padri fondatori, si erano rapidamente consolidati in un assetto organizzativo sostanzialmente omogeneo: dimensione nazionale, debolezza dei processi democratici interni, assetto oligarchico della dirigenza, ristretta e formata per cooptazione, preclusione di forme di manifestazione universalistica della volontà degli iscritti (per quanto vi fossero, tra i partiti maggiori, differenze non marginali nel grado di accentramento dei poteri, nella aperta ovvero criptica strutturazione in correnti, nelle modalità di acquisizione dei finanziamenti – differenze enfatizzate dalle mitologie alimentate dai narratori di parte – i tratti comuni si mostravano prevalenti innanzi a chi li riguardava con l'intento di riconoscerne il modello). I rapporti centro-periferia interni all'organizzazione di partito erano tendenzialmente monodirezionali, regolati per essere in prevalenza idonei alla trasmissione del comando politico, non a raccogliere istanze partecipative. Tale dinamica monodirezionale, peraltro, non escludeva, anzi implicava una puntuale consapevolezza, nei gruppi dirigenti, dei contesti territoriali, nei quali quei partiti disponevano di sensori molto sensibili (consapevolezza invece molto carente nelle *leadership* personalizzate e autocentrate dei nuovi partiti: si può dire che dalla periferia pervenivano conoscenze e verso la periferia discendevano comandi). La responsività complessiva del sistema risultava piuttosto dalla dislocazione territoriale dei meccanismi della rappresentanza, in un assetto delle autonomie differenziato per composizione politica e per modalità della partecipazione. Tra i poli della rappresentanza, nel quadro della forma di governo nazionale, veniva in luce quello dell'«identità», mentre tendeva a entrare in ombra quello della «responsività». La formula elettorale proporzionalistica e la sua attitudine a consolidare il monopolio naturale dei partiti nella forma che essi presentavano a quel tempo rendeva stabile tale dinamica bipolare.

Il collasso del sistema dei partiti tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del secolo scorso fu determinato da una distruttiva combinazione di perdita di ruolo su entrambi i poli della rappresentanza – «identità» e «responsività» – con la prevalenza di attori dotati di diversa e, in quella fase, prevalente legittimazione (segnatamente la magistratura penale).

Il sistema dei partiti superò quella stagione attraverso una trasformazione strutturale, che culminò con l'irrompere nello scenario politico del «partito personale»: il partito dominato

dal suo *leader* o, più radicalmente, il partito «nella forma del *leader*»⁵⁶. Il *leader* è al centro di una «rete» autonoma di relazioni, di cui è lo snodo maggiore. Quando il suo partito consegue posizioni di governo, egli distribuisce i ruoli e determina le carriere degli eletti dentro e fuori il Parlamento; se è capo del Governo, assegna e revoca gli incarichi ministeriali.

Il partito personale è risultato la forma dominante, dopo avere convissuto con il «partito tradizionale», di certo poiché questo, nel suo «assetto strutturalmente e organizzativamente rigido»⁵⁷ non avrebbe potuto mantenere il passo; ma soprattutto perché se ne era esaurita la capacità di esercitare validamente la funzione di «rappresentanza» nella combinazione tra i due poli tra i quali questa si dispone.

Ma il processo di omologazione nella forma «partito personale» – mentre la forma partito «tradizionale» è tramontata – in parte è contrastato nel suo consolidamento, in parte è in corso di istituzionalizzazione.

Il partito personale di più antica formazione ha conosciuto già la massima espansione, l'esperienza di governo, e la crisi dovuta a fattori «naturali»: l'indebolimento della *leadership* per sovraesposizione, e dunque per concentrazione su di essa della lotta politica, e per sovradimensione, cioè per difficoltà del *leader* a controllare un sistema-partito fattosi complesso in ragione dell'ampiezza del consenso ottenuto (tutti elementi non dissimili da quelli già segnalati da copiosa letteratura politologica di ambiente anglosassone⁵⁸).

Il «partito personale» di più recente formazione prende le mosse da mutazioni del sistema delle autonomie locali e trova in esse il suo terreno di coltura: prima nei Comuni, poi nelle Regioni, in conseguenza della «torsione monocratica» delle relazioni fondamentali tra organi e della unidimensionalità del potere, in larga parte determinate dall'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, si creano *leadership* personalizzate. È in tale contesto che matura l'ideologia dell'«efficienza» della decisione politica come valore in sé, cioè prescindente dalla causa e dallo scopo, «efficienza» da conseguire concentrando il potere nel singolo *leader* – meglio un *homo novus*, più adatto a liberare il partito dalle scorie della «tradizione» – semplificando nel massimo grado le procedure di decisione.

Nelle Regioni, poi, non solo ha trovato massima espansione la personalizzazione partitica, ma il modello istituzionale è stato il motore per la formazione di *network* intorno a *leadership* coincidenti con la presidenza regionale, che talvolta, in alcuni ambiti territoriali chiave per composizione economica e per posizione nella gerarchia del consenso intorno allo schieramento interessato, si sono venuti conformando come veri e propri «partiti personali regionali», autonomi rispetto al partito nazionale di riferimento nel radicamento sociale, nella costruzione degli apparati, nel reperimento di risorse economiche e in «capitale sociale»: il Presidente della Regione direttamente eletto è il *leader* sostanziale di questo partito su scala regionale, e le cariche interne alla corrispondente struttura partitica

⁵⁶ P. FERRARI, *Il partito mediale*, Firenze 2000.

⁵⁷ L. MORLINO, *Le tre fasi dei partiti italiani*, in L. MORLINO, M. TARCHI, *Partiti e caso italiano*, Bologna 2006, 105 ss.

⁵⁸ Cfr. F. MUSELLA, *Il partito politico tra reti e organizzazione*, in AA.VV., *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli 2014, 33 ss.

«tradizionale» sono ridotte in posizione servente o recessiva; la *leadership* partitica così configurata tende a conservarsi in capo al suo titolare anche dopo l'esperienza diretta di governo della Regione, poiché rimane in campo il *network* e la posizione di snodo fondamentale in esso attribuita al *leader*. Nella fase di consolidamento del partito personale nazionale, il *leader* di questo deve mantenere, per quanto possibile, con il contesto partitico regionale così conformato una relazione cooperativa, nella quale le *leadership* personali ai due livelli si rafforzano reciprocamente: il «partito personale regionale», struttura compatta intorno al *leader* locale, ha forte autonomia e un legame debole con l'apparato partitico nazionale, di tipo «confederale». Ma, a lungo andare, l'orientamento alla massima concentrazione e unidimensionalità del potere, che è un tratto «naturale» del modello di *leadership* su scala nazionale, tende a comprimere ogni contropotere interno: dunque l'autonomia dei *leader* regionali dovrà essere ridotta, quando non estinta, e i loro *network* asserviti. Le misure per giungere a tale obiettivo possono essere più strettamente interne agli equilibri e alle procedure partitici, quando questo tipo di partito personale non è al governo; possono combinarsi con misure istituzionali, quando esso è al governo con il suo *leader*: in quest'ottica va letta la legislazione, ordinaria e costituzionale, intesa a ridimensionare i poteri dei soggetti dell'autonomia locale, con l'obiettivo di restringere severamente il contesto in cui possono maturare *leadership* concorrenziali o persino alternative.

Il terzo sottotipo di «partito personale» in Italia si origina in un contesto «macroregionale», nutrendosi di un'ideologia «federalista» sospinta fino al separatismo, ma praticata con sostanziale moderazione. Incorre poi in una severa crisi di *leadership* dovuta al mancato conseguimento dei suoi obiettivi maggiori e all'offuscamento della prospettiva di conseguirli (la dimensione e la durata inedita della fase di stagnazione e recessione dell'economia segnano il fallimento del tentativo di dare corso al cosiddetto «federalismo fiscale» in Italia), e alle conseguenze della sovraesposizione del *leader* e delle vicende che lo hanno interessato. Tenta ora la strada della trasformazione in «partito personale nazionale», allineandosi nella proposta politica e nella identificazione del *target* elettorale, ai partiti europei qualificati, con maggiore o minore proprietà, come populistici.

Il quarto sottotipo è quello del «partito personale antisistema», che, avendo ottenuto consenso crescente in ragione di questa sua connotazione, fino a poter realisticamente aspirare alla maggioranza relativa, avvia, con l'assunzione di cariche di rilievo nazionale da parte di suoi esponenti, il processo della propria istituzionalizzazione; questa, negli intendimenti dichiarati, dovrebbe culminare con l'assunzione del potere solitario (o almeno non condiviso con alcuna delle forze «tradizionali») di governo a livello nazionale.

Poiché i descritti sottotipi esauriscono il quadro dei partiti che possono competere per il governo, se si guarda al sistema, si può ritenere che il «partito personale» sia risultato prevalente dopo una ventennale competizione con il «partito tradizionale», come forma pressoché unica nell'orizzonte dell'organizzazione partitica, almeno nel senso che, se anche i processi di istituzionalizzazione, per un verso, e di consolidamento della *leadership* dall'altro, oggi ancora in atto, non dovessero condurre agli esiti attesi, non per questo potrebbe rivivere, come dominante, il partito «tradizionale» nella forma storicamente conosciuta.

Ma questa omologazione a un unico tipo di forma partito declina in termini inediti il rapporto di rappresentanza, sia nel verso partiti-elettori sia nel verso partiti-eletti. E, affermandosi come totalizzante un'unica accezione del rapporto rappresentativo, è escluso che la competizione politica possa svolgersi anche con riferimento alle concezioni della rappresentanza cui ciascuna delle parti in campo si ispiri e che voglia vedere prevalere. Ne risulta l'impoverimento del «discorso pubblico» sulla democrazia.

Sul versante partiti-elettori, il «partito personale» propende a introdurre nell'ordinamento, a ogni livello, incluso quello costituzionale, le modificazioni necessarie ad acquisire il monopolio della rappresentanza e a traslare nelle istituzioni il modello accentrato, unidimensionale e a prevalenza monocratica che ne caratterizza l'organizzazione interna.

Con i partiti «tradizionali» non era così, poiché tra le insufficienze democratiche del loro assetto organizzativo interno e gli assetti istituzionali che essi avevano costruito e di cui tendevano a mantenere gli equilibri, assetti plurali e pluridimensionali, si realizzava uno iato virtuoso, in cui erano riposte le possibilità della competizione politica; né è stato così nel ventennio di convivenza tra «partito personale» e partiti «tradizionali», poiché la tensione tra i due tipi agiva in chiave di resistenza alla pulsione monopolistica e accentratrice del «partito personale», e le modificazioni istituzionali proposte, perseguite e realizzate erano semmai intese alla razionalizzazione dell'assetto plurale (altro il discorso sulla qualità di tali proposte e sull'efficacia delle corrispondenti soluzioni).

Il «partito personale», dunque, nell'esercizio del potere politico, persegue lo scopo di introdurre formule elettorali a forte connotazione maggioritaria e intese a rendere quanto più diretta l'investitura del capo dell'Esecutivo, prefigurandone la coincidenza personale con il proprio *leader*, in permanenza della forma di governo parlamentare, ovvero l'investitura del capo dello Stato, quando vagheggia una forma di governo presidenziale o a componenti parlamentari e presidenziali.

Il «partito personale» opera per monopolizzare la rappresentanza, agendo su diversi piani.

Un piano è, come si accennava, quello del ridimensionamento, talvolta fino alla marginalità, dei soggetti dell'autonomia territoriale in cui sono praticate forme di rappresentanza, quando tali soggetti, per la posizione a essi fatta nel sistema dei poteri, interferiscano in misura significativa nelle politiche centralizzate dominate dal vertice dell'Esecutivo nazionale, e soprattutto quando esprimano *leadership* che possano aspirare a intermediare tra gli elettori e il *leader* del «partito personale» nazionale.

In questo senso, il «partito personale» è in tensione con il pluralismo territoriale e con le forme della rappresentanza di esso proprie.

Un altro piano è quello del rapporto con l'articolato universo dei «corpi intermedi», con le organizzazioni sociali, con i gruppi di pressione, con tutte le forme della rappresentanza degli interessi. Quanto in specie, ai gruppi di pressione⁵⁹, essi, secondo una

⁵⁹ Per recenti considerazioni sui rapporti tra partiti politici e gruppi di pressione, cfr. L. DI MAJO, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 luglio 2016.

concezione consolidata, operano «a ridosso» delle sedi della rappresentanza politica, per ottenere decisioni conformi agli interessi rappresentati⁶⁰. Benché l'attività di *lobbying* sia fatta oggetto di sospetto, specie nei sistemi in cui essa non è regolata e dunque opera in forme opache, ne sono state tuttavia segnalate le virtù: l'elevata *expertise* dei rappresentanti, che può contribuire al pregio della decisione politica⁶¹; la qualità e la quantità di informazioni che questi soggetti possono rendere disponibili per le Commissioni parlamentari, conferendo a una migliore tecnica normativa e a più fondate previsioni di impatto della legislazione. Sarebbe perciò utile una disciplina legislativa che facesse «emergere» le pratiche di *lobbying*, e ne regolasse i modi⁶² (in mancanza della quale esse si svolgono egualmente, sicché, specie in alcuni ambiti economicamente sensibili, spesso non è possibile stabilire chi sia l'«autore materiale» della legge, in particolare quando la potestà legislativa venga esercitata dal Governo⁶³).

Ma il «partito personale», per propria natura, non si muove nella prospettiva della razionalizzazione normativa di forme di partecipazione politica e di rappresentanza che non controlli in via diretta. Nella sua struttura, infatti, gli apparati «tradizionali» sono solo una parte, la meno influente sulle decisioni politiche anche quando più visibile, della complessiva organizzazione, che è sempre un *network* di soggetti operanti in campo economico e sociale, del quale il nodo maggiore è il *leader* monocratico⁶⁴.

In questo senso, il «partito personale» è in tensione con il pluralismo sociale e con le forme della rappresentanza di esso proprie⁶⁵.

Sul versante partito-eletti, la forma «partito personale» conduce all'elusione e al superamento del divieto di mandato imperativo. La forte concentrazione di potere nel *leader* e la disponibilità di strumenti istituzionali acconci, quali leggi elettorali che consentono a esso la determinazione delle candidature al Parlamento e la puntuale attribuzione delle *chance* di elezione, fanno degli eletti gli esecutori pedissequi del comando partitico monocratico, la cui osservanza non si impone con la possibilità giuridica della revoca, ma con un sistema di sanzioni egualmente efficaci, in sede parlamentare, per determinazione dei gruppi (che, in un tale contesto, non possono che essere la cinghia di trasmissione dell'impulso partitico), e in sede governativa, con la preclusione di ogni possibilità di accedere a cariche nell'Esecutivo.

E in qualche caso, la rappresentanza assume una coloritura precipuamente privatistica – ancora quanto al rapporto partito-eletti – poiché il partito personale in corso di

⁶⁰ Cfr. per la proposta definitoria D. MARUCCI, *Teoria e tecnica del lobbying*, Univ. LUISS G. Carli, Centro di Metodologia delle Scienze sociali, 2003, n. 94, 4.

⁶¹ M. DE BENEDETTO, N. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011.

⁶² In tal senso, il richiamo di T. E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sulle lobbies*, www.forumcostituzionale.it, 22 febbraio 2015.

⁶³ Cfr. U. DE SIERVO, *Ma chi fa i decreti legislativi?*, in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Torino 2001, 496 ss.

⁶⁴ Una dimostrazione empirica dei tratti strutturali assunti dal «partito personale» è in AA.VV., *Nella rete dei partiti*, cit., *passim*.

⁶⁵ Sui problemi derivanti dalla personalizzazione del potere, nell'affermazione della «democrazia di investitura», cfr. L. CARLASSARE, *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 13*, 2002, 63 ss.

istituzionalizzazione applica forme di contratto⁶⁶ con i candidati (per ora in sede locale, ma se ne può facilmente prevedere la generalizzazione), in forza delle quali vengono compiuti «depositi cauzionali» di somme di danaro considerevoli, con la previsione del diritto del partito a incamerarle nell'ipotesi di mancata osservanza delle proprie indicazioni da parte degli eletti⁶⁷.

L'affermazione generalizzata della forma «partito personale» e i descritti fenomeni che a essa si accompagnano – dominio monopolistico e unidimensionale del rapporto elettori-partito; «privatizzazione» del rapporto partito-eletti – orientano la bipolarità della rappresentanza verso il termine trascendenza-identità. E tale spostamento di equilibrio apre la via allo slittamento dell'assetto politico verso il populismo: populismo in senso proprio, cioè «unificazione del popolo sotto un *leader*; trasformazione ideologica del conflitto in polarizzazione e quindi semplificazione della pluralità di interessi in opposizione binaria (“noi”/“loro”)»⁶⁸. Il partito populista che consegue il potere, sotto il suo «apice cesarista», è naturalmente portato a «usare le risorse dello Stato per avvantaggiare la propria parte a danno dell'opposizione» e a dissolvere in chiave autoritaria la divisione dei poteri⁶⁹. La

⁶⁶ In ragione di una certa opacità di siffatte operazioni contrattuali, delle quali si ha notizia dalle cronache giornalistiche, non è dato ottenere elementi certi per valutarne la natura e la validità; mentre risulta già evidente l'impostazione dei rapporti tra partito ed eletti che in esse si manifesta.

⁶⁷ È assai difficile ricondurre fenomeni siffatti al *trustee model of representation*, cui viene ascritto il parlamentarismo moderno, che, nella tradizione di *common law*, trova una definizione – spesso evocata, forse con qualche traslazione di senso, anche con riferimento al divieto di mandato imperativo nelle esperienze dell'Europa continentale – nel discorso tenuto il 3 novembre 1744 da Edmund Burke agli elettori di Bristol: « ... Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole. You choose a member indeed; but when you have chosen him, he is not member of Bristol, but he is a member of *parliament* ... ». Può peraltro valere considerare che – per cause attinenti non alle dinamiche del sistema partitico, ma alla corrispondenza tra modalità di deliberazione parlamentare e linee di frattura del sistema politico su base territoriale – anche nel Regno Unito il modello scolorisce con l'introduzione di limitazioni del voto nella House of Commons in ragione dell'appartenenza «regionale» dei parlamentari eletti: per una descrizione di tali modalità, cfr. B. GUASTAFERRO, *Rinnegando Edmund Burke? «English Votes for English Laws» e rappresentanza politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, n. 3. Sul «mandato imperativo di partito», N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano 1991, 87 ss.

⁶⁸ N. URBINATI, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega*, 16 maggio 2014.

⁶⁹ *Ibidem*. Da questo punto di vista, il populismo non può essere fatto appartenere alla «normalità della lotta ideologica», esso è «qualche cosa di diverso dalla politica democratica e dalla democrazia (ovvero dalla pratica ideologica normale degli interessi di un popolo) e quindi dalla costruzione del consenso politico in vista di conquistare la maggioranza». Tantomeno si può affermare che «alcune forme di populismo» siano «assolutamente necessarie per rendere le repubbliche elettorali moderne più genuinamente democratiche» (secondo la tesi di J. McCORMICK, *Sulla distinzione tra democrazia e populismo*, in *Micromega*, 3 maggio 2014), sicché «la retorica anti-populista» contribuirebbe «a stabilizzare le tendenze oligarchiche delle democrazie elettorali e rappresentative favorendo la dominazione dei *grandi* sul *popolo*» e a oscurare il «fondamentale atteggiamento anti-oligarchico e anti-plutocratico» dei populismi contemporanei, che li accomunerebbe alla «democrazia diretta dell'antichità» (L. DEL SAVIO e M. MAMELI, *Sulla democrazia machiavelliana di McCormick: perché il populismo può essere democratico*, in *Micromega*, 12 maggio 2014). In realtà le parti della disputa si muovono su due piani logici e ricostruttivi diversi: l'una ricorrendo a un'accezione molto estesa di populismo, per includervi ogni movimento e ogni partito che, sotto un *leadership* adeguatamente forte, si proponga di guidare processi di «unificazione del popolo»; l'altra assumendo che tale accezione sia troppo indefinita e dunque non utile a connotare correttamente il fenomeno, poiché omette di considerare che anche l'aspirazione all'eguaglianza

rappresentanza «diventa puro rispecchiamento⁷⁰ degli stili di vita e delle attese presenti negli elettori»⁷¹.

Che per questa via la rappresentanza possa essere sospinta fuori della sfera della democrazia non è affatto impedito dalla permanenza del principio di maggioranza tra le regole intese a conformare le relazioni politiche (anzi, negli apparati ideologici a sostegno dei processi di centralizzazione del potere su base populista, si adduce che il principio maggioritario è in essi massimamente affermato, al riparo dalla frammentazione politica e dall'estenuazione inconcludente dei procedimenti inevitabilmente prodotta dalle derive proporzionaliste⁷²). Infatti il principio maggioritario – come regola della prevalenza dei più numerosi, senza riguardo alle qualità personali degli appartenenti al corpo deliberante – deve combinarsi, nei sistemi democratici, con regole che definiscano i limiti di validità, di applicazione e di efficacia delle deliberazioni così adottate e che scongiurino la «tirannia della maggioranza»⁷³.

3.2. Rappresentanza e giurisdizione

Nel secondo quadrante problematico – quello del concetto di rappresentanza che trova campo nella giurisdizione e del suo rapporto con la rappresentanza politica – vanno preliminarmente messi in luce i piani temporali secondo i quali si dispongono i fenomeni che vengono in luce.

La sede della rappresentanza politica in cui si esercita al più alto livello il potere di comando normativo – il Parlamento – perde centralità in concomitanza con la perdita di centralità dell'oggetto della sua funzione: la legge recede nel sistema della produzione normativa, non riuscendo più a operare efficacemente come strumento di selezione e di conciliazione nel processo di integrazione politica. La rete degli interessi cui essa si riferisce diviene invero così frammentata e disarticolata da sottrarsi a ogni capacità di comando

sostanziale, dichiarata talvolta dai movimenti populistici nelle loro restituzioni retoriche, non vale a tenerli entro la sfera della democrazia, avendo essi avversione per le forme complesse della decisione democratica. Si tratta dunque forse di stipulare il significato stretto di populismo.

⁷⁰ Per il «rispecchiamento» come una delle funzioni sistemiche della rappresentanza, cfr. G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna 1991, 226.

⁷¹ C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, 36. L'autore ritiene che tuttavia il populismo non sia un fattore di dissoluzione della democrazia: «... la sfida populista appare più una tensione interna che una minaccia esterna alla democrazia, anche quando i suoi leader vengono paragonati agli *hyksos*, e addirittura i loro elettori appaiono antropologicamente degli estranei o dei barbari» (ivi, 37). L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, in *Democrazia e diritto*, 2010, n. 3-4, 123, ritiene non conciliabili populismo e democrazia: «... La democrazia e il populismo, nell'accezione che qui ne abbiamo data, di aggiramento delle istituzioni rappresentative, sono tra loro antitetici perché la democrazia si regge sulle istituzioni che rappresentano i cittadini e non sull'interlocuzione diretta tra un leader chiamato a imbonire e un popolo chiamato ad applaudire».

⁷² «... In realtà, il principio di maggioranza è tutt'altro che intrinsecamente democratico ...»: M. LA TORRE, *Democrazia e tensioni*, cit., 710.

⁷³ Cfr. N. BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna 1981; A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993.

unitario⁷⁴. Si affermano altre modalità di produzione normativa: legislativa e regolamentare del Governo, con l'attenuazione della distanza, nell'impiego sostanzialmente indifferenziato, in via di prassi, tra questi tipi di atti, risultandone spesso lesa il principio di legalità; legislativa e regolamentare dei soggetti di autonomia; normativa di «autorità amministrative indipendenti» (categoria molto articolata al suo interno, come molto articolata è la produzione normativa a essa ascritta, talvolta di problematica composizione con il principio di legalità)⁷⁵. Questa via verso la perdita di centralità delle sedi della rappresentanza politica – come affievolimento della capacità di regolazione – viene percorsa anche sotto l'impulso alla preminenza degli Esecutivi, congruente con una «democrazia di investitura» nella quale si restringono gli spazi partecipativi⁷⁶.

Alla recessione della rappresentanza politica nella produzione del diritto statale si accompagna la progressione incrementale della produzione normativa sovranazionale, nelle cui sedi la rappresentanza politica ha campo limitato e indiretto o non ha affatto campo. Su entrambi questi versanti di erosione della rappresentanza politica – statale interno e sovrastatale esterno – si afferma la produzione giurisprudenziale del diritto: sul primo, perché la debolezza delle sedi della rappresentanza politica conduce alla pervasività della giurisdizione, che detiene il più intenso potere di regolazione normativa e di mediazione dei conflitti; sul secondo perché la produzione normativa sovranazionale, per la genesi dell'ordinamento in cui si colloca e per il fondamento normativo da cui tale ordinamento trae legittimità, è giurisprudenziale e, nella linea di tensione con le giurisdizioni nazionali, assottiglia la distanza tra i ceppi sistemici di *common law* e *civil law*. E, per la propensione crescente delle Corti sovranazionali a operare come giudici costituzionali, si creano interferenze con la produzione – anche e, in linea tendenziale, soprattutto giurisprudenziale – di ambito nazionale. Le dinamiche della produzione normativa diventano una partita tra giurisdizioni.

In Italia, tali esiti di pervasività della giurisdizione si collocano nel contesto specifico di una polemica antipositivista innervata dall'idea che il costituzionalismo affondi le sue radici più autentiche nei processi di sottoposizione del potere al dominio del comando giuridico, e non tanto nel principio di divisione dei poteri (per quanto qui più rileva: tra il potere che pone la norma nella forma della legge e il potere che la applica in sede giurisdizionale). Quando – piuttosto tardivamente⁷⁷ – la teoria giuridica e la filosofia del diritto «scoprono la

⁷⁴ Si può discorrere, ellitticamente, di «crisi del rappresentato»: cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, cit., 114 ss.

⁷⁵ Sul potere di «organi tecnici e neutrali, irresponsabili nei confronti dei corpi elettorali nazionali» come «massimo grado di delegittimazione del potere politico», G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *federalismi.it*, 2016, n. 20.

⁷⁶ L. CARLASSARE, *La rappresentanza politica: un concetto complesso*, cit., 62 s., ripropone il concetto di «continuità democratica» – dovuto a C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952 – per metterlo in opposizione alla «democrazia di investitura»: «...Durante tutto il periodo in cui si trovano ad esercitare il potere, i soggetti che ne sono stati democraticamente investiti devono mantenere una corrispondenza costante con coloro da cui l'hanno ricevuto ... L'idea di *democrazia permanente*, o continuità democratica, appare veramente il contrario della *democrazia di investitura*».

⁷⁷ Dopo una stagione non breve di «incoscienza costituzionale» (P. CALAMANDREI, *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze 1996, 123), si realizza, in misura progressivamente sempre maggiore, il «disgelo

Costituzione», si tratta infatti della «scoperta» dei valori costituzionali al cospetto delle giurisdizioni⁷⁸. E in tale contesto culturale – e a conferma delle sue connotazioni di fondo – rinverdisce la «fortuna», anche nell’ambito della riflessione giuridica «positiva», di una certa storiografia medievista, quando l’erosione delle garanzie dei diritti costituzionalmente protetti viene percepita come affievolimento della tutela giurisdizionale: sul piano ricostruttivo dei sistemi, viene attribuita nuova e specifica utilità analitica all’opposizione *iurisdiction-gubernaculum*⁷⁹, poiché il *gubernaculum* è appunto il comando politico messo al riparo dalla giurisdizione, e inteso a eroderla quando essa abbia preso campo⁸⁰. Acquista forza, allora, la polemica verso la perdurante concezione del «vincolo strettissimo, quasi necessario, tra il diritto (tutto il diritto) e il potere politico identificato nel solo macro-soggetto Stato ...», mentre «... la società è il referente autentico del diritto ... questo non può che soffrire di una vincolazione col politico»⁸¹, essendo invece prodotto delle comunità, anche delle comunità di giuristi, interpreti e applicatori (principalmente giudici, dunque) e diviene pressante l’invito a valutare «la progressiva osmosi tra pianeta di *common law* e pianeta di *civil law*»⁸².

Ma, assunti questi punti di orientamento, la produzione giurisprudenziale della regola giuridica viene percepita come appartenente alla più lunga durata, insieme al costituzionalismo che in essa largamente consiste, mentre i sistemi fondati sulla produzione del comando nella sede politica, anche nei modi della rappresentanza, vengono ascritti a ritmi congiunturali di minore durata: un approccio estraneo alla concezione del costituzionalismo come collocato nel punto di passaggio, molto più vicino nel tempo, dall’ordine regio all’ordine costituzionale incentrato sulla divisione dei poteri⁸³.

Su questa base culturale viene costruita un’ideologia del costituzionalismo che taglia il nodo del rapporto tra esso e il positivismo giuridico, benché di questo sia stata data da

costituzionale» (la formula è ripresa da P. BARILE, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell’ordinamento repubblicano*, in *Storia d’Italia, Annali XIV, Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 29 ss.), che giunge al maggiore avanzamento solo a cavallo dei decenni Sessanta e Settanta del Novecento, con la sua «terza fase»: A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell’Italia repubblicana* II/2. *La trasformazione dell’Italia. Sviluppo e squilibri*, Torino 1995, 141 ss.

⁷⁸ Su quella temperie, le pagine di L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, 69 ss. e di N. MATTEUCCI, *Un «compromesso storico»: perché?*, in *Il Mulino*, 1974, 932 ss. Delle posizioni in campo, cfr. la ricognizione di C. MARGIOTTA, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000/1, 387 ss.

⁷⁹ L’opposizione è, come noto, in Henry de Bracton, ma è ripresa da Charles Howard McIlwain come centrale nella sua costruzione del costituzionalismo, del quale non ritiene invece principio connotativo il «governo misto» (*checks and balances*, nel linguaggio attuale), tantomeno la divisione dei poteri di Montesquieu: cfr. CH. H. MCILLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna 1990, spec. 89 ss.

⁸⁰ In tal senso, nel descrivere la «parabola della sovranità», è stato fatto richiamo al McIlwain di *Sovereignty* (CH. H. MCILLWAIN, *Sovereignty*, in *Economica*, 1926, VI), che si riferisce al riconoscimento e all’adempimento dei doveri, accanto ai diritti, dei cittadini, come antidoto ai conflitti insanabili che nessun sistema di freni e contrappesi potrebbe valere a moderare: G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 64 ss.

⁸¹ P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, 1, Napoli 2004, 25.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ M. FIORAVANTI, *Stato (storia), ad vocem*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, 708 ss.

Norberto Bobbio una costruzione libera dalle cadute «austiniane»⁸⁴. Bobbio si interroga su quanto di positivismo – come metodo (diritto reale non ideale, diritto come fatto non come valore, dunque diritto «scientifico»); come teoria (diritto statale, poiché coattivo attraverso la forza dello Stato, e imperativo, essendo la norma comando); come ideologia (il diritto, in quanto posto, merita per ciò stesso rispetto morale) – possa ritenersi patrimonio permanente della scienza giuridica. E riconosce che, in certe sue manifestazioni storiche, il positivismo ha esasperato il culto acritico della legge, presentandosi come «positivismo etico», che giustifica l'obbligo di obbedienza a regimi moralmente ingiusti. Ma afferma che, sul piano teorico, il positivismo – correttamente inteso – esclude un modello di adesione *morale* al diritto positivo: una tale adesione sarebbe in contrasto insanabile con lo stesso statuto epistemologico del positivismo, che, per propria natura, è approccio avalutativo al diritto. E si spinge ancora oltre, nel considerare che un altro dogma positivistico – la supremazia assoluta della legge, con le conseguenti tecniche interpretative di stampo formalistico – è stato messo in crisi dalle Costituzioni rigide contemporanee. Tuttavia, per Bobbio, della costruzione giuspositivista rimane fermo il lascito irrinunciabile: il principio di neutralità nel rapporto tra diritto e morale, norma giuridica e valori (in proposito v'è poi grande ricchezza di elaborazioni diverse all'interno dello stesso approccio giuspositivista: assoluta separazione; rapporto empiricamente possibile, ma non necessario; morale come morale positiva, cioè convenzionale, relativa a un determinato gruppo sociale, quindi non assoluta né universale). E allora, quando le Costituzioni rigide pongono *valori*, anche questi sono positivizzati, essendo le Costituzioni (almeno anche) testi normativi: il compito del giurista innanzi a una norma che incorpori un valore non sarà di fare proprio il valore, ma di interpretare la disposizione secondo neutralità, senza assumere un punto di vista morale, cioè adoperando i valori in funzione esclusivamente conoscitiva («positivismo critico»)⁸⁵.

Ma anche in questa accezione il lascito positivista è avversato dalla «corrente di pensiero» che respinge – nel contesto delle Costituzioni rigide – qualsiasi «vincolazione» della produzione normativa «col politico»⁸⁶, dovendo essere invece questa attribuita solo alle «comunità». Benché «il politico» agisca nelle forme della rappresentanza, in un ordinamento la cui efficacia dipenda dal consenso e non dalla forza.

E non si tratta solo di una «corrente di pensiero». Si tratta anche di una restituzione ideologica che ha preso forza e rimarcato influenza crescente in ragione della debolezza dei Parlamenti, delle distorsioni del rapporto di rappresentanza politica, di un certo discredito morale intorno ai rappresentanti.

Il suo fondamento teorico incorre peraltro in aporie difficili da risolvere, quando intenda porsi nel contesto del costituzionalismo contemporaneo.

⁸⁴ Cfr. in specie N. BOBBIO, *Positivismo giuridico*, Torino 1961 e 1973; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977.

⁸⁵ G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi del diritto 1998*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, spec. 212 ss.

⁸⁶ P. GROSSI, loc. ult. cit.

Se non si pretenda di porre una pura astrazione a base della ricostruzione proposta, infatti, quando si parla di una «comunità» produttrice di diritto, ci si deve riferire precipuamente alla comunità degli «interpreti privilegiati» delle norme, ai giudici, in quanto produttori *di ultima istanza* (c'è sempre un'ultima istanza, anche nei rapporti tra i produttori «comunitari» di diritto, anche quando la modalità di produzione è consuetudinaria, poiché vi potrà essere pur sempre una controversia giustiziabile in cui verrà fatta valere la dominante potenza creatrice del giudice; e non sarebbe forse un fuor d'opera qualificare i rapporti tra la «comunità dei giudici» e le altre «comunità di produttori» del diritto in termini di gerarchia, per quanto di una gerarchia «non formale» o «assiologica»⁸⁷).

A quel massimo livello – in un ipotetico ordinamento in cui trovasse piena attuazione il modello della produzione comunitaria del diritto e in cui il rapporto di rappresentanza politica, come fattore di legittimazione alla determinazione legislativa, venisse sospinto interamente fuori dell'orizzonte – la decisione sulla norma sarebbe atto di creazione assoluta, poiché il parametro costituzionale inteso a limitare il potere di produzione sarebbe esso stesso (ri)definito in sede giurisdizionale. E la forza dello Stato dovrebbe essere messa al servizio del comando normativo così determinato. Insomma, sarebbe riprodotto specularmente (quello che è ritenuto) il problema in cui incorre la visione positivista: «nei piani alti ... quando coloro che agiscono agli apici del potere agiscono in modo non conforme ad una norma del sistema, questo loro comportamento non è una *violazione* di una norma precedente, ma la *produzione* di una norma nuova, cioè una modificazione del sistema e pertanto cade come improponibile il problema della sanzione, la quale presuppone un illecito»⁸⁸. Specularmente: poiché, mentre per la concezione positivista, a quel livello del sistema, il diritto, prodotto in sede politica, è al servizio del potere statale, nel caso del diritto di produzione «comunitaria-giurisprudenziale» la forza dello Stato è al servizio del diritto così creato, senza alcun meccanismo di legittimazione dei decisori da parte dei governati (destinatari della norma giuridica). Ché i decisori, non solo non sono legittimati, ma non se ne potrebbe prevedere la legittimazione nei modi dell'investitura politica, dovendo a essi conservarsi la natura di giudici, *per la contraddizione che nol consente*.

La maggiore conseguenza di tipo sistemico derivante da tale modo di produzione del diritto sarebbe nella erosione della funzione garantista ascrivibile al contrapposto modo di produzione affidato al circuito della rappresentanza politica, nel quale la formazione della norma non coincide con la sua applicazione: dunque la critica al modo di produzione del diritto positivo portata dal punto di vista del costituzionalismo condurrebbe a un esito che con il costituzionalismo non è conciliabile.

In alcuni settori dell'ordinamento siffatta inconciliabilità con il costituzionalismo si rende ancora più evidente: sicuramente nel caso del diritto penale, nella cui produzione e applicazione vale il principio di stretta legalità, con i suoi corollari; principio di civiltà

⁸⁷ G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna 2007, spec. 26 ss.

⁸⁸ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 210 s.

giuridica⁸⁹ recepito dalle Costituzioni contemporanee. Sicché ai critici della produzione del diritto statale nel circuito della rappresentanza occorre di «fare eccezione» per il diritto penale (con il conseguente indebolimento dell'impianto teorico che propongono)⁹⁰.

Il vagheggiato ordinamento fondato in via esclusiva sulla produzione «comunitaria giurisprudenziale» del diritto – per taluni una feconda utopia, per altri una distopia – non è in atto. Ma è in atto una crescente espansione della produzione giurisprudenziale, in tensione con i modi della produzione politica del diritto, che fa ben sperare i suoi fautori.

Ne deriva una traslazione tra accezioni di rappresentanza riferibili agli organi della giurisdizione.

Se la funzione giurisdizionale si contiene al di qua del confine della produzione normativa⁹¹, la posizione del giudice è quella del rappresentante in un rapporto riconducibile a un tipo di «rappresentanza istituzionale»⁹²; che è rappresentanza giuridica, poiché «tutti i principi di legge sulla rappresentanza delle persone fisiche valgono nella specie e perciò

⁸⁹ Principio che appartiene allo «schema epistemologico» del «modello garantista classico ... frutto della tradizione giuridica illuministica e liberale», i cui elementi costitutivi sono il «convenzionalismo penale, quale risulta dal principio di legalità nella determinazione astratta di ciò che è punibile» e il «cognitivismo processuale e stretta giurisdizionalità ... nella determinazione in concreto della devianza punibile»: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari 2008, 5 ss.

⁹⁰ Ma intanto il seme ha attecchito e dato frutto: ai ripensamenti dei teorici non corrisponde di certo quello delle giurisprudenze, non solo nient'affatto aliene dal formare esse la fattispecie penale, ma anche orientate a rendere conformative concezioni generali del diritto penale e della funzione punitiva. Cfr., in tema, prendendo spunto dal caso Taricco, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la storia mancata del diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, spec. 12 ss. E l'ordinanza 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24, con la quale Corte costituzionale solleva questione pregiudiziale circa l'applicazione in Italia della sentenza Taricco, apre una difficile partita con la Corte di giustizia UE, nella quale il giudice italiano rinuncia a far valere in via diretta l'osservanza dei controlimiti come confine della primazia del diritto UE – nella specie l'osservanza del principio di legalità in materia penale, con riferimento alle norme sulla prescrizione, ritenute di natura sostanziale e non processuale – ma conforma la richiesta di interpretazione in modo da spingere la Corte europea a dare corso anche nel proprio ambito alla teoria dei controlimiti, riconoscendo al giudice nazionale il compito di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato: una partita tra giurisdizioni, appunto, nella quale il legislatore «politico» – anche il legislatore costituzionale – rimane sullo sfondo, quasi come attore recessivo. Sull'ordinanza n. 24 del 2017, con precipuo riferimento alle questioni qui considerate, cfr. A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2017.

⁹¹ È appena da rilevare come lo sconfinamento sistemico di cui si parla nulla ha a che vedere con l'attività di identificazione della regola del caso anche quando l'interpretazione giudiziale si svolga con la più ampia creatività, essendo inconcepibile un giudice mero applicatore della regola già pronta nella formula normativa e disponibile a esserne estratta. Non si rinviene nell'orizzonte dei fenomeni giuridici un'azione meccanica in cui far consistere l'applicazione giudiziale del diritto. Anche nei casi di più rigorosa incidenza del principio di stretta legalità – com'è per il diritto penale – le inferenze in cui consiste il ragionamento giudiziario condurranno a una «conclusione di fatto inevitabilmente probabilistica» e a «scelte nella decisione delle premesse di diritto, inevitabilmente opinabili»: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 39. Tutto questo è troppo consolidato nelle teorie dell'interpretazione perché sia necessario insistervi. Altra questione – quella che qui viene in luce – è il prendere luogo sistematico del legislatore politico da parte del giudice.

⁹² Il concetto è elaborato da C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Annali dell'Università di Macerata*, vol. XI, Padova 1937, 201 ss. V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Padova 1952, ne dà una versione estesa, oltre che «alla considerazione della situazione istituzionale delle persone giuridiche» anche «all'organizzazione delle istituzioni: alle istituzioni considerate nel loro complesso e alle istituzioni considerate nei loro rapporti interni – in modo che la rappresentanza istituzionale si configura come rappresentanza delle istituzioni e come rappresentanza nelle istituzioni» (38 s.).

valgono anche tutte le costruzioni giuridiche avanzate dalla dottrina»⁹³. Carlo Esposito riferisce questo tipo di rapporto rappresentativo alla Nazione, come «soggetto ideale, di cui il diritto non ignora né l'esistenza né il valore assoluto e superiore allo stesso diritto (ma che appunto perciò non è un limitato soggetto giuridico che possa agire giuridicamente) la capacità di una persona giuridica, che per disposizione del diritto prende nel nostro ordinamento il posto del rappresentato». Questa rappresentanza «si caratterizza per la sua particolare forza ed estensione: per il fatto che il rappresentante per il diritto è soggetto rappresentativo (esiste, ha diritti e poteri in rappresentanza di altri), e che, d'altra parte al rappresentato non è riconosciuta alcuna limitata capacità di diritto, sicché esso esiste per il diritto solo come rappresentato». Dunque tale rappresentanza «non ha come di consueto carattere accidentale o eventuale, ma caratterizza la stessa natura dei soggetti ed è legata alla loro esistenza e struttura. Perciò essa, per essere distinta dalle altre forme di rappresentanza, può essere detta rappresentanza istituzionale»⁹⁴.

Nel mutato ordinamento costituzionale, per dare senso concreto e non meramente simbolico all'attribuzione al popolo della sovranità e del suo esercizio, può farsi rientrare nell'ambito della rappresentanza istituzionale il rapporto Stato-popolo-istituzione organica magistratura⁹⁵. Rappresentanza necessaria nelle due direzioni: rappresentante-rappresentato e rappresentato-rappresentante, poiché il rappresentato – il popolo – non può amministrare la giustizia che tramite il rappresentante – il corpo dei giudici – e questo non può agire (esercitare il proprio potere) che in nome del popolo.

Nell'ordinamento costituzionale vigente, essendo il rapporto tra popolo e giudici di tipo rappresentativo istituzionale, al rappresentato è attribuito il potere di vincolare il rappresentante attraverso la legge: invero, nell'art. 101 della Costituzione, l'enunciazione del rapporto rappresentativo – «La giustizia è amministrata in nome del popolo» – è tenuta in stretta connessione con il principio di soggezione del giudice alla legge. Tanto stretta connessione che il rapporto di rappresentanza, in carenza della legge, sarebbe inerte e privo di contenuto.

La legge è però prodotta in altro circuito rappresentativo, in cui, a differenza di quanto occorre alla rappresentanza istituzionale, opera *necessariamente* il principio della legittimazione elettorale: i due circuiti – rappresentanza istituzionale, rappresentanza politica

⁹³ C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, cit., 207 ss. L'autore respinge la teoria della «rappresentanza organica», costruita con riferimento ai casi in cui i rappresentanti «agirebbero in nome, per conto e con effetto per la persona rappresentata, ma, a differenza degli altri, non rappresenterebbero la persona come estranei, bensì come rientranti nella organizzazione della persona»; egli afferma: «... Contro il tentativo generico di parlare di rappresentanza organica va osservato che esso qualifica la rappresentanza con un aggettivo che, inteso tecnicamente, distrugge il sostantivo».

⁹⁴ Ivi, 218 s.

⁹⁵ V. ZANGARA, op. cit., 291: «Nello Stato – come in ogni persona giuridica, come in ogni istituzione – l'attività istituzionale si svolge attraverso istituzioni organiche incardinate nell'organizzazione della persona giuridica, che è correlativa al suo carattere istituzionale ... Tali istituzioni-organismi rappresentano l'ente cui appartengono in modo da consentirgli il commercio giuridico, per loro mezzo ... Se lo Stato rappresenta il popolo, gli organi che rappresentano lo Stato – tutti gli organi di uno Stato – sono rappresentativi del popolo: cioè tutti gli organi statuali sono rappresentativi dello Stato e, insieme, del popolo ...». E, citando Arcoleo: «non si deve confondere l'elettorato con la rappresentanza» (ivi, 293).

– non possono confondersi e sovrapporsi senza che l'ordine costituzionale dei poteri ne risulti messo in questione.

E la sovrapposizione tra i due circuiti ha per effetto la deformazione dei profili della responsabilità. L'attrazione della produzione legislativa nel campo d'azione degli organi della rappresentanza istituzionale – i giudici – crea un esteso campo di irresponsabilità politica degli organi della legislazione, con la conseguente inapplicabilità del sistema di sanzioni a questo specifico (fatta salva la responsabilità di avere acconsentito a essere estromessi dalla funzione, che è però fenomeno suscettibile di giudizio storico più di quanto sia comportamento oggetto di sanzione politica o giuridico-politica). Ma tale attrazione non crea, reciprocamente, un nuovo campo di responsabilità a carico degli organi della rappresentanza istituzionale, poiché questi rappresentano il popolo solo nell'amministrazione delle giustizia, e soltanto per quanto attiene all'esercizio di tale funzione possono essere «chiamati a rispondere». Ne risulta che in una sfera molto estesa dell'ordinamento – quella della produzione normativa, nella sua maggior e più rilevante parte, in cui più alto è il potenziale di limitazione delle libertà in forza delle determinazioni dei detentori dell'autorità – si crea un vuoto di responsabilità di qualsiasi tipo, politica, giuridica, giuridico-politica⁹⁶: un *gubernaculum* inedito nell'esperienza delle democrazie, un *gubernaculum* giurisdizionale, ove la *contradictio in adiecto* esprime la profondità della mutazione di sistema.

Nei processi in atto, le descritte confusione e trasformazione si producono, e conseguentemente si ridetermina l'ordine costituzionale dei poteri, non certo in forza di una qualsiasi espansione delle possibilità interpretative offerte al giudice da una legislazione, come quella italiana, afflitta da indeterminatezze, ripensamenti, incongruenze e bassa qualità nel *drafting*, o semplicemente da genericità per irrisolutezza: questa funzione integrativa-correttiva della giurisdizione non sposta in sé il confine con la decisione legislativa spettante alle sedi della rappresentanza politica, poiché non tocca stabilmente l'assetto dei poteri, potendo il campo della decisione legislativa sempre riespandersi solo che siano corrette le disfunzioni nei processi di produzione legislativa e migliorata la qualità della legge, obiettivo non facile ma conseguibile nella fisiologia del sistema.

Tale espansione è invece fattore di mutazione del sistema – mutazione nei cui tratti l'incrementarsi della funzione integrativa-correttiva non è più un elemento del funzionamento né un epifenomeno, ma prima un sintomo, poi un tratto strutturale permanente – quando la giurisdizione occupa due ambiti, a essa ritenuti per l'innanzi preclusi: entra a determinare, nella vita dell'ordinamento, il comando nella scelta dei fini e degli strumenti per perseguirli, nella conciliazione e selezione degli interessi e dei valori, nell'affermazione di visioni generali della società e delle sue articolazioni (comando attribuito, nella logica dei sistemi

⁹⁶ Sono noti i termini del dibattito sulla responsabilità politica come distinta dalla responsabilità giuridica ovvero come *species* di questa: cfr., per la prima di tali posizioni, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967, e ID., *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1998. Per il diverso orientamento, G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1997; P. CARETTI, *Responsabilità politica*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991; S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano 1988, 180; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991, 585. Quel che conta rilevare è l'agglutinarsi di questa estesa materia oscura, in cui v'è esercizio di un potere del quale nessuno è «chiamato a rispondere».

democratici, alle sedi della rappresentanza politica); riesce a forgiare autonomamente le regole della propria azione e, in via ultima, a determinare essa stessa la propria posizione nel sistema dei poteri, mentre queste stesse regole sfuggono ai soggetti operanti nelle sedi in cui dovrebbero propriamente formarsi.

Nel campo del diritto privato, il primo di questi due passaggi di potere può dirsi compiuto (e in qualche misura e indirettamente può dirsi compiuto anche il secondo), in forza dell'impiego che, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, è stato fatto della sussidiarietà come canone ermeneutico (deve essere attribuita prevalenza alla fonte più prossima agli interessi da regolare), traendone conseguenze, non solo quanto al riparto delle competenze tra potere normativo eteronomo e potere di regolazione autonoma dei privati, ma anche quanto al riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione, cosicché il giudice è pervenuto a partecipare alla produzione del diritto applicabile al caso. Secondo le ricostruzioni consolidate, invero, si riteneva spettasse in via esclusiva al legislatore «politico» il potere di individuare le fattispecie giuridicamente rilevanti, compiere il bilanciamento tra gli interessi coinvolti fissandone le regole, individuare dunque l'interesse prevalente o comunque meritevole di tutela, stabilire la forma tecnica di tale tutela. La Corte di cassazione ha invece ridotto la competenza del legislatore alla sola statuizione della fattispecie e degli interessi rilevanti, ritenendo che tutto il resto – bilanciamento con riferimento al caso concreto e individuazione del rimedio più coerente con la migliore tutela dell'interesse ritenuto prevalente – spetti alla giurisdizione, in tal modo espandendo il ruolo di questa in coerenza con una propria visione generale dei rapporti istituzionali⁹⁷. Questo risultato è ottenuto – attraverso l'azione combinata dei giudici comuni e della Corte costituzionale – ritenendo attribuito alla giurisdizione il potere di decidere per clausole generali⁹⁸ o con l'applicazione diretta dei più elastici tra i principî costituzionali⁹⁹. E ciò avviene a ragion veduta, col trasparente intento di condurre a un mutamento di paradigma, poiché si preferisce inferire dal sistema «un *generale potere conformativo* del giudice rispetto al contenuto negoziale, valutato alla luce dei principî costituzionali (e della clausola della buona

⁹⁷ Cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, 2014: «... favorendo così, in coerenza con le esigenze di una realtà sempre più complessa, globalizzata e in rapido cambiamento, la diversificata ed elastica capacità della decisione giudiziale di offrire la risposta più adeguata per ogni singola vicenda concreta» (ivi, 13), ove massimo è l'affidamento sulla capacità di orientamento della giurisdizione e minimo il credito dato alla forza ordinante della legislazione. In tal senso il richiamo a B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata 1994, 10, al suo convincimento, secondo cui «le costanti decisioni della giurisprudenza possono assicurare maggiormente la certezza del diritto a lungo termine rispetto alla legislazione, la quale, a causa del continuo, incontrollato e disordinato proliferare, può invece garantire solo un'effimera certezza a breve termine».

⁹⁸ Quali l'«abuso di diritto», sulla quale le organiche annotazioni della giurisprudenza della Corte di cassazione di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, 85 ss.; ma già A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, 794 ss.; F. TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Obbl. contr.*, 2011, 263.

⁹⁹ Come l'art. 2, ricavandosene un obbligo a conformare le clausole e il regime del contratto ai «doveri inderogabili di solidarietà»: cfr. Corte cost., ord. (26 marzo) 2 aprile 2014, n. 77.

fede)»¹⁰⁰, anche quando sarebbe possibile, e conforme ai precedenti consolidati, procedere attraverso *l'analogia legis* o nei modi dell'interpretazione conforme. In altri termini, si vuole escludere (e lo si rende evidente) che il giudice proceda a un'attività interpretativa, per quanto improntata alla più estesa creatività, e si vuole invece affermare che egli *produce* la norma facendo diretta applicazione del principio costituzionale o dei principî generali dell'ordinamento giuridico, al pari di quanto fa il legislatore politico.

Taluno potrà forse leggere in tali orientamenti il compimento dell'auspicio di un modello di produzione giurisprudenziale del diritto conformata sui sistemi di *common law*, e non si attarderà a constatare la «crisi della fattispecie»¹⁰¹ e il declino del principio di certezza del diritto. Ma costui avrebbe torto, poiché il fenomeno rilevato si caratterizza non solo per la circostanza che il giudice prende luogo del legislatore, ma anche per il fatto che, nell'espansione del suo potere, comprime severamente l'autonomia dei privati: ciò che è estraneo ai caratteri della *common law*¹⁰². In realtà, in Italia, si tratta di un'inedita espansione pervasiva della giurisdizione, senza molti riscontri sistemici da portare in comparazione¹⁰³: si naviga in mare aperto.

In campo pubblicistico, la determinazione di politiche in settori chiave dell'ordinamento, e le connesse selezione, pretermissione e conciliazione degli interessi avvengono tutte all'interno del sistema della giurisdizione e lungo le linee di tensione dalle quali questo è attraversato, mentre la decisione politico-legislativa – spesso irresoluta e incerta, talvolta impropria – è assunta come riferimento debole, liberamente determinabile nel segno e nel contenuto¹⁰⁴.

¹⁰⁰ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti*, 2014, n. 10, 933. In tema anche R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, 2039 ss.: l'art. 2 Cost. «entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede».

¹⁰¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

¹⁰² Per questa osservazione e sulla *sanctity of contract* nel modello della *common law*, R. CARLEO, op. cit., 14 e nota 19.

¹⁰³ In realtà, non è consentita l'assimilazione concettuale ai sistemi di *common law*, poiché in questi permane una alterità e una distinzione dalle sedi della decisione politica, la quale preclude ogni sovrapposizione e confusione di ruoli, anche quando più intenso è il controllo su questa, e tale controllo si manifesta sulla spettanza dei poteri agli organi costituzionali, come è avvenuto con la decisione dell'Alta Corte di Londra del 3 novembre 2016, decisione di rimarchevole sostanza dottrinale e ricostruttiva, che ha precluso al Segretario di Stato di adottare l'atto di recesso dall'Unione Europea in conseguenza dell'esito del referendum sulla «Brexit». Questo tipo di giudice, nell'esercizio di questo tipo di giurisdizione, non deve ricercare il consenso intorno alla propria decisione, e in ciò concorrere con gli organi della rappresentanza politica: nella specie anzi la sentenza ha un'obiettivo sostanza «antipopulista», come dimostrano le reazioni suscitate negli ambienti «pro-Brexit», cui la stampa popolare inglese ha data ampia eco.

¹⁰⁴ Alcune vicende particolarmente rilevanti lo comprovano. Nel caso dell'ILVA di Taranto, la giurisdizione ha pressoché integralmente attratto nella propria sfera di decisione le scelte in ordine alla conciliazione tra il bene/valore ambiente e le «esigenze della produzione industriale» o alla preminenza di uno dei due poli del contrasto, costruendo in sede giurisdizionale i confini dei poteri cautelari della magistratura penale. Vero è che la Corte costituzionale ha tentato di fare argine al superamento della linea di demarcazione tra «provvedimenti cautelari funzionali al processo, di competenza dell'autorità giudiziaria, e provvedimenti di prevenzione generale, spettanti, nel rispetto delle leggi vigenti, all'autorità amministrativa» (Corte cost., sent. 24 aprile-3 maggio 2013, n. 80 e sent. 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85). Ma, da una parte, non è riuscita a orientare i magistrati requirenti nelle loro determinazioni ulteriori, dall'altra, senza dare soverchio rilievo al richiamo «di stile» alle «leggi vigenti», ha mostrato di concepire essa stessa la definizione dei loro poteri come una questione in ultima istanza appannaggio della giurisdizione. Nel caso «Stamina» – il «metodo» di cura dei tumori rivelatosi

Nei «piani alti» del sistema, la capacità di determinazione autonoma della posizione della giurisdizione nei rapporti con le sedi della decisione politica ha raggiunto uno dei punti di massima espansione con la decisione della Corte costituzionale che ha dato accesso al giudizio sulle leggi elettorali (sent. 4 dicembre 2013-13 gennaio 2014, n. 1¹⁰⁵).

Il sistema di controllo sulla conformità delle leggi alla Costituzione fu costruito come giurisdizione di legittimità: se ne traggono elementi dalla sua genesi e dal dibattito che ne precedette e ne accompagnò la messa in opera. I costruttori dell'assetto normativo in cui la Corte costituzionale trova fondamento e disciplina mostrarono capacità prospettica degna di nota, poiché percepirono che essa sarebbe stata accettata e se ne sarebbe affermato il ruolo nel sistema dei rapporti tra i poteri solo se fosse stata percepita come «giudice» delle leggi e non come caposaldo «politico» di un «governo dei giudici». La modalità di ingresso della domanda giudiziale alla Corte viene adottata a riprova della natura giurisdizionale dell'organo e della sua funzione. L'incidentalità dimostra che il procedimento innanzi alla Corte si colloca nell'ambito di un rapporto tra organi e procedimenti tutti giurisdizionali, ché altrimenti non avrebbe avuto senso costruire un sistema di eccezione riconvenzionale e di riassunzione: lo scrutinio di legittimità costituzionale è attratto nell'ambito della giurisdizione poiché «la proposizione del ricorso può avvenire solo in via di eccezione, che è sollevata durante un giudizio ordinario come presupposto indispensabile del procedimento di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge»¹⁰⁶. Naturalmente v'era fin dalle origini la consapevolezza dei caratteri peculiari di questa giurisdizione, poiché la «elasticità delle norme costituzionali dà, indubbiamente, un'impronta speciale all'attività diretta a dichiararne il contenuto e, quindi, influisce sulla differenza tra la giurisdizione costituzionale e tutte le altre forme di giurisdizione»; e «l'attività di controllo di costituzionalità ... richiede nei suoi organi una squisita sensibilità politica, indispensabile per l'interpretazione delle norme costituzionali»¹⁰⁷. Si potrebbe soggiungere che la valenza latamente «politica» delle decisioni della Corte è determinata dalla natura del loro oggetto: la legge, che è atto politico nel senso più forte, per essere lo strumento maggiore di attuazione dell'indirizzo che gli organi della rappresentanza imprimono alla vita dello Stato. Eppure, in forza dell'incidentalità, il controllo sulle leggi – questo l'intendimento dei costituenti e questa la specificità del sistema italiano nell'esperienza – rimane ancorato nella sfera della giurisdizione. E deve essere percepito

privo di base scientifica – il decisore politico è intervenuto con lo strumento del decreto-legge, che si è mostrato inadeguato, per le sue interne incongruenze, a sciogliere il nodo intricato dei rapporti tra diritto alla prestazione sanitaria e tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone malate: ancora una volta hanno operato i giudici, mettendo in campo l'apparato degli strumenti cautelari, sotto impulsi di vario segno provenienti dal contesto sociale, e infine il giudice penale ha svolto un ruolo «di chiusura», risolvendo il conflitto con il fatto positivo dell'irrogazione della pena (sui dilemmi posti dalla vicenda e sulle incongruenze dell'intervento legislativo, P. VERONESI, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal*, 2015, n. 1, 91 ss.).

¹⁰⁵ La successiva sent. 25 gennaio-9 febbraio 2017, n. 35 – riferita alla legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 – replica pedissequamente, quanto all'ammissibilità, le argomentazioni addotte nella prima decisione, mostrando come l'orientamento della Corte sia stato impenetrabile ai pur diffusi rilievi provenienti dalla dottrina.

¹⁰⁶ Camera dei Deputati, Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente, sul disegno di legge 469-A, presentata alla Presidenza il 17 aprile 1950, 4.

¹⁰⁷ Ivi, 10.

come ancora saldo su tale ancoraggio, se non si vuole che perda l'aura di garanzia della legalità costituzionale, divenendo un attore politico tra gli altri attori politici, con la sola peculiarità di essere sfornito di legittimazione democratica.

Ora, la sentenza n. 1 del 2014 compromette questo equilibrio tra natura giurisdizionale dell'organo Corte e valenza inevitabilmente politica (ma di una politicità peculiare, qualitativamente diversa da quella che caratterizza l'azione degli organi dell'indirizzo politico) delle sue decisioni, appunto perché incrina il caposaldo dell'incidentalità. La preclusione dell'ingresso alla Corte delle questioni di legittimità delle legge elettorali – per l'assenza di un'istanza giurisdizionale comune competente a giudicare sui titoli di legittimazione dei membri del Parlamento, stante la riserva di tale controllo a organi interni alle Camere di appartenenza – è stata superata consentendo l'accesso a questioni sollevate nel corso di un giudizio comune di accertamento (del diritto protetto dall'art. 48 Cost.), dunque nella coincidenza tra *petitum* del giudizio principale e *petitum* nel giudizio davanti alla Corte, e conseguentemente in carenza di un «autonomo svolgimento» del giudizio riassunto davanti al giudice *a quo*. È stata rilevata la debolezza dell'argomentazione su questi profili, poiché – fatta la tara di alcuni espedienti «discorsivi», come la riserva di «verifica delle altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto», adombrata nell'ordinanza di rimessione, presa sul serio di buon grado dalla Corte, e scomparsa nella decisione di merito del giudice *a quo* dopo la riassunzione – non si può non constatare che «una volta risolto il rapporto cui la legge ha dato vita in virtù della sentenza della Corte, non residua al giudice *a quo* alcun altro accertamento, né gli compete alcuna vera pronuncia di merito, ma solo l'emanazione di provvedimenti di mera esecuzione del giudicato costituzionale ... »¹⁰⁸.

Ma l'argomento di maggior peso addotto dalla Corte è di tipo sistemico, e, per questa sua natura, conduce alla più diretta collisione col principio della rappresentanza politica: le leggi elettorali debbono essere attratte nella cognizione giurisdizionale poiché nel sistema non può essere tollerata la permanenza di «zone franche» dal controllo di legittimità costituzionale. Ove a subire una traslazione di senso è la locuzione stessa «zona franca», che designa più propriamente l'elusione, di cui è causa l'obiettivo di conservare equilibri istituzionali che si assumono intangibili, del controllo del giudice delle leggi¹⁰⁹. Nel caso delle leggi elettorali per le Camere, invece, non di «zona franca» si tratta, ma di confini della giurisdizione della Corte. Invero, il complesso dei gravami apprestati a tutela del titolare del diritto di elettorato attivo e passivo, dai quali è escluso ogni giudice nella fase della verifica del titolo di legittimazione degli eletti, è stato costruito, a ragion veduta, in modo da precludere l'accesso della legge elettorale alla cognizione della Corte, mancandone il presupposto necessario e la condizione essenziale: un giudizio comune nel quale attivare i

¹⁰⁸ Come aveva ben visto per tempo C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 159 ss., esaminando il contenzioso innanzi alla Corte costituzionale occasionato dalla riforma agraria (legge 12 maggio 1950, n. 230 e legge 21 ottobre 1950, n. 841).

¹⁰⁹ In «zona franca» si collocano, per esempio, i regolamenti parlamentari, dei quali la sent. 5 maggio-9 maggio 2014, n. 120 ha confermato l'insindacabilità da parte della Corte costituzionale.

meccanismi dell'incidentalità. E non si tratta certo di una stranezza: la legge elettorale appartiene al campo delle decisioni direttamente incidenti sulla struttura e sul funzionamento della forma di governo, in cui operano (debbono operare, nella fisiologia del sistema) quasi per propria natura in via esclusiva i soggetti e gli organi della rappresentanza politica. Infatti, ammesso l'accesso, la Corte, orientandosi per la dichiarazione di illegittimità della legge elettorale, si è vista condotta a definire essa stessa un testo (quello risultante dal «ritaglio» delle parti ritenute illegittime) alternativo, per impostazione e segno della formula di calcolo del rapporto tra voti ottenuti e seggi assegnati, a quello voluto dal legislatore «politico». Vero è che poi quest'ultimo può «riappropriarsi» della materia, producendo una nuova legge, come è avvenuto. Ma il riequilibrio dei poteri è ripristinato solo in apparenza, poiché nelle sedi della rappresentanza politica vi sono tre vie: lasciare in vigore la legge come rimaneggiata dalla Corte; formulare la nuova legge elettorale «sotto dettatura» di questa; discostarsi dagli orientamenti di merito risultanti dalla sentenza di accoglimento. Nel primo e nel secondo caso, la Corte costituzionale sarà stata colegislatore, talvolta colegislatore dominante. Nel terzo, la legge sarà nuovamente esposta alla riscrittura del giudice costituzionale: ne deriverà in prima istanza la deresponsabilizzazione del legislatore, il quale saprà di poter approvare leggi elettorali con il precipuo intento di dare una certa restituzione di ideologie dell'efficienza e della corrispondenza diretta alla «volontà del popolo», sapendo che poi la Corte provvederà a rimettere in asse i meccanismi dell'investitura; in ultima istanza l'indebolimento ulteriore del decisore politico nel potere di determinazione della forma di governo, cioè il vistoso arretramento della rappresentanza dall'ambito in cui essa più propriamente e più intensamente si manifesta.

Rimanendo nei «piani alti», alla restrizione della sfera di decisione attribuita ai soggetti della rappresentanza politica conferisce ancora la Corte costituzionale con l'applicazione dei «controlimiti», rimasta a lungo nello stato di ipotesi teorica, nel campo delle relazioni internazionali oggetto dei trattati e del diritto internazionale consuetudinario.

Con la sent. 22 ottobre 2014, n. 238, in materia di estensione della tutela giurisdizionale per il risarcimento dei danni derivanti da crimini di guerra, la Corte costituzionale – ancora per l'esigenza di eliminare ogni «zona» dell'ordinamento normativo preclusa al controllo di legittimità costituzionale in essa accentrato – taglia i nodi processuali stretti intorno alla questione della natura dell'oggetto portato in giudizio, appartenente al novero delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, dunque non contemplate in una disposizione, e, in connessione, intorno alla questione della sindacabilità di tali norme se precedenti l'entrata in vigore della Costituzione, in quanto recepite e costituzionalizzate dal sopravvenuto art. 10¹¹⁰.

Nessuno potrebbe disconoscere la moralità e l'alto senso di giustizia che nella decisione si intravedono sotto le spoglie dell'argomentazione (benché si possa dubitare

¹¹⁰ Cfr. M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 1, 86 ss. Innanzi a siffatti nodi non sciolti, v'è chi si è spinto, forse con qualche eccesso classificatorio, a discorrere di un «quinto tipo» di giudizio innanzi alla Corte: cfr. L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in *SIDIBlog*, 10 novembre 2014.

della concreta opponibilità delle richieste risarcitorie al potenziale obbligato, lo Stato tedesco). Ma dalla presa di campo della Corte deriva l'offuscamento dei compiti spettanti agli organi della rappresentanza politica, che dovrebbe sentirsi (occorre riconoscerlo: avrebbero già dovuto sentirsi) chiamati a un lavoro diplomatico per risolvere in sede stipulativa l'antica questione: la sentenza, da una parte, li deresponsabilizza; dall'altra ne rende più difficile l'azione, poiché lo Stato straniero obbligato, ponendosi il contrasto sul piano giurisdizionale, opporrà alla decisione della Corte e dei giudici comuni che a essa vorranno dare seguito il diverso orientamento del giudice internazionale, pretermettendo le sedi della negoziazione. Sicché la Corte costituzionale, di certo oltre le proprie intenzioni, cessa di arbitrare il conflitto politico e ne diviene uno dei soggetti.

È peraltro il quadro delle garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali, nel rapporto di integrazione tra giudici interni e giudici sovranazionali, a essere costruito, per ampi comparti, in sede giurisprudenziale¹¹¹. A tale costruzione la Corte costituzionale italiana ha dato uno dei suoi maggiori contributi sul versante dell'applicazione del diritto CEDU, laddove, affinando il concetto di «norma interposta» – che, nella sua prima versione, aveva dato luogo a considerevoli incertezze interpretative, dando campo ad un'opera razionalizzatrice della Corte di cassazione tendente ad attrarre il bilanciamento dei valori alla luce del diritto CEDU nel campo di decisione dei giudici comuni – ha inteso definire, con intento sistematico, il rapporto tra le giurisdizioni interne, comune e costituzionale, in particolare con la sentenza 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49. Postulando «il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale» CEDU (sent. n. 49 del 2015, par. 7 del considerato in diritto), la Corte ha stabilito quale margine interpretativo possa riconoscersi ai giudici interni, costituzionale e comuni, in ragione del grado di «consolidamento» del diritto CEDU¹¹².

¹¹¹ Di dialogo «pressoché quotidiano» tra le Corti parla A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino 2015, 6. Pone invece l'accento sugli inevitabili esiti conflittuali nei rapporti tra le Corti, in ragione della irriducibile diversità degli «ordinamenti con rispettive "carte dei diritti"», delle «visioni del mondo», e dell'ispirazione generale degli assetti che ciascuna di esse è chiamata a tutelare («... La Corte di giustizia tutela un ordinamento che nasce e cresce nel e per il mercato; la Corte EDU è interprete di una Carta nata a difesa delle libertà classiche della tradizione liberale europea contro il risorgere delle dittature; la Corte costituzionale italiana è posta a garanzia dei difficili equilibri di un ordinamento che si ispira allo Stato sociale di diritto»), R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015.

¹¹² Del «consolidamento» la Corte definisce «indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (sent. n. 49 del 2015, par. 7 del considerato in diritto). Si può facilmente osservare come, tra questi «indici», pochissimi si riferiscono a circostanze di cui è possibile la mera rilevazione obiettiva, e quanto sia invece ampio il campo riconosciuto al giudice comune nel definire liberamente percorsi argomentativi fondati sull'autonoma ricostruzione dei tratti generali degli ordinamenti. La norma così formata può dirsi «interposta», integrando il parametro dell'art. 117, c. 1, Cost., e vincola senza residui le giurisdizioni nazionali, consentendo al giudice comune l'accesso al giudizio di legittimità costituzionale solo dopo avere esperito l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente

Va rilevato che tale processo di produzione giurisprudenziale di regole sui confini delle giurisdizioni si svolge con riferimento al diritto penale, ed è reso possibile e occasionato da una legislazione debole e ondivaga, spesso prodotta sotto l'impulso di umori diffusi ma contingenti, dei quali le sedi della rappresentanza politica non riescono a compiere il filtro.

Del resto, laddove vi è pervasione della giurisdizione, e autodeterminazione dei suoi confini, v'è sempre già stata debolezza della decisione politica; e ciò è tanto più rimarchevole quando sono in gioco diritti fondamentali e politiche su di essi incidenti.

Ma se nella tensione con il principio di rappresentanza politica, la giurisdizione prevale nell'attuale ritmo congiunturale della storia, essa, coltivando una certa onnipotenza, vede mutata la sua funzione, che diviene sempre più difficilmente componibile con la «democrazia dei moderni». Se la sua sfera di potere è precipuamente autodeterminata, e se essa forma la norma della propria azione, la sua legittimazione non è più nella legge, come atto prodotto nella sede della rappresentanza politica, ma nel consenso intorno alle sue decisioni, in quanto esse interpretino la (o postulino il contenuto della) «coscienza sociale». E, infatti, in molte delle vicende esemplari qui descritte, si agita il demone del sostanzialismo, che asseconda l'insofferenza per le ordinate forme del diritto e per i limiti frapposti al libero dispiegarsi del «buon potere».

La giurisdizione in tal modo salpa gli ormeggi della rappresentanza istituzionale e naviga il mare che sarebbe il più proprio della rappresentanza politica, nella specificazione di quella «rappresentanza trascendente» e priva di investitura elettorale compatibile con gli assetti in cui il principio democratico risulta recessivo. Ed è destinata a entrare in tensione con i soggetti della rappresentanza politica «immanente» e fondata sul principio dell'investitura elettorale universalistica, poiché la fonte di legittimazione è la stessa e per essa tutti gli attori competono: il consenso dei governati/giudicati. Tra giudici e rappresentanza politica il conflitto è dunque sempre latente, per la stessa «natura delle cose», e, in corrispondenza con singole vicende, emerge in atto. Diviene permanente nei casi in cui i meccanismi della rappresentanza politica regrediscono verso il populismo (in senso proprio e ristretto) e la giurisdizione pervasiva si risolve anch'essa sistematicamente al populismo, al «populismo giudiziario»¹¹³: in tal caso, la comune aspirazione al «rispecchiamento» del popolo in via esclusiva e senza mediazioni apre un conflitto distruttivo, nel quale una sola delle parti uscirà dominante. Con la prevalenza della giurisdizione, si avrebbe la destrutturazione e la ricomposizione su nuove basi dell'assetto

orientata. Il sistema si chiude prefigurando la possibilità di far valere il vizio di legittimità della legge di adattamento alla CEDU (rimedio estremo e «drammatizzante»).

¹¹³ Sul populismo giudiziario in specie L. FERRAJOLI, *lura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. Ippolito e F. Mastromartino, Napoli 2015, 79: «... Il populismo politico è sempre una minaccia per la democrazia. Ma ancor più intollerabile è il populismo giudiziario, che punta per di più ad acquisire, demagogicamente, una fonte di legittimazione che è propria dei poteri politici ... Ciò che peraltro determina la crisi odierna della giurisdizione è il fatto che quei margini inevitabili e fisiologici della discrezionalità giudiziaria sono oggi diventati patologici. A causa di molteplici fattori: in primo luogo la complicazione del sistema delle fonti...; in secondo luogo l'inflazione della produzione legislativa ...; in terzo luogo la crisi della legalità ...»: la crudezza degli accenti non vela la puntualità della ricostruzione. Cfr. anche Id., *Dei diritti e delle garanzie*, intervista a Mauro Barberis, Bologna 2013.

politico; con la prevalenza della rappresentanza populista, si avrebbe l'asservimento della giurisdizione.

3.3. Rappresentanza e lex mercatoria

Nel terzo quadrante problematico qui proposto, la vicenda della rappresentanza politica si colloca ora allo snodo di un'altra opposizione, quella tra «diritto della necessità» e «diritto della possibilità»¹¹⁴ (che non è dicotomica, come si vedrà, se si guarda ai fenomeni dal punto di vista delle relazioni interordinamentali): due universi distinti, nel primo dei quali, il comando giuridico è in linea di principio di produzione politica nel circuito della rappresentanza (ma ora, in quanto inteso alla garanzia dei diritti fondamentali, sempre più universalizzati oltre i confini degli Stati, è largamente costruito *in primis* dai giudici costituzionali¹¹⁵); nel secondo la regola giuridica è determinata precipuamente dal contratto.

Quest'ultima è la sfera della *lex mercatoria*, diritto proprio della globalizzazione in atto e del quale «la presenza del mercato è lo sfondo»¹¹⁶.

Il lemma *lex mercatoria* ha una considerevole forza evocativa, poiché si richiama, almeno per coincidenza lessicale, alle regole prodotte in età medievale dalle corporazioni mercantili, in deroga al diritto romano del tempo e sfuggendo alle sue strettoie e alle sue inadeguatezze. E poiché essa, precedendo l'avvento degli Stati moderni, sarebbe poi incorsa nel destino di essere scalzata dall'accentramento «statalista» della produzione del diritto, il suo «ritorno», benché sotto nuove spoglie, è salutato come un passo innanzi lungo la strada della civiltà del diritto dai giuristi «neo-medievisti» il cui bersaglio critico è talvolta un positivismo di stampo austriaco ormai altrimenti scomparso dal dibattito culturale.

In realtà, oltre le nebbie degli ideologismi, il fenomeno ellitticamente qualificabile come *lex mercatoria* è di difficile qualificazione teorica e incrocia, in un quadro di interazioni complesse, il diritto statale.

La premessa è che, nell'era «post-industriale» della globalizzazione, le trasformazioni giuridiche delle quali le relazioni economiche nel loro sviluppo hanno necessità, si compiono attraverso strumenti che sono esterni al «quadro del diritto codificato», il quale può perciò rimanere immutato¹¹⁷. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto¹¹⁸.

Poiché la *lex mercatoria* – a differenza della omonima figura di età medioevale – nella seconda modernità opera in un contesto caratterizzato dalla divisione dello spazio giuridico

¹¹⁴ Le due locuzioni opposte sono tratte da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000 e Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006, e sono dotate di efficacia descrittiva anche per chi non condivida gli esiti ricostruttivi proposti.

¹¹⁵ «... i diritti, intesi come diritti umani, si fanno anch'essi *sconfinati*, mentre le Costituzioni si fanno, per così dire, *infinite*»: M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 103.

¹¹⁶ Ivi, 76.

¹¹⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993, 212.

¹¹⁸ Ivi, 213.

lungo linee di confine statali, e i mercati hanno necessità crescente di integrazione, essa consisterà in regole contrattuali corrispondenti a prassi internazionalmente uniformi.

Ma è da stabilire quale ne sia il contenuto, quali le fonti soggettive e il modo di produzione, quali i meccanismi che possano imporne l'osservanza.

Quanto al contenuto esso è dato da modelli contrattuali uniformi internazionalmente diffusi, atipici se guardati dal punto di vista del diritto interno, e dagli usi del commercio internazionale, cioè dalle «pratiche che si affermano tra gli operatori del commercio internazionale», prendano o non prendano esse avvio da tali modelli contrattuali uniformi¹¹⁹.

Quanto alle fonti soggettive, i modelli contrattuali uniformi sono redatti da *law firms*, studi professionali internazionali, per conto di imprese multinazionali. La posizione delle *law firms* nel processo di produzione di tali modelli è biunivoca, in un moto circolare che le lega al committente e al complesso delle imprese in cui il committente si collega in sistema, poiché la formulazione dei modelli contrattuali può consistere nella sistemazione di prassi già in atto delle quali le imprese abbiano interesse a ottenere il consolidamento, ma, a sua volta, la restituzione di tali prassi in contratti ne ridefinisce inevitabilmente la portata e la struttura normativa. Inoltre, l'atipicità come tratto «naturale» dei contratti in discorso pone le *law firms* non solo nella posizione di chi sottopone a ricognizione – ricognizione creativa, come si diceva – le prassi esistenti, ma altresì di chi crea *ex novo* figure contrattuali sulla base delle esigenze degli operatori nel mercato, sicché se «un tempo i contratti servivano solo per far circolare le cose ... oggi servono anche per farle», per esempio per creare prodotti finanziari¹²⁰.

I moduli contrattuali delle *law firms* sono prodotti nell'ambito di una relazione privatistica con i committenti, ma si affermano nell'uso generalizzato sulla base del riconoscimento – come tecnicamente ben strutturati e idonei a regolare i rapporti commerciali – che ne venga compiuto nell'ambito di una comunità transnazionale di altri operatori e imprenditori e da altri contraenti in rapporto con questi. Di essi, infatti, non si può impedire la diffusione generalizzata tra gli operatori economici: dal punto di vista economico sono assimilabili ai «beni pubblici», beni «che è impossibile distribuire in base al sistema del prezzo»¹²¹. Di qui il «paradosso»: benché possano essere rilevate le «valenze privatistiche» della *lex mercatoria*, sembra che «proprio il suo carattere di imprenditorialità ... funzioni attualmente anche in maniera divergente dalla logica di mercato»¹²². Paradosso che viene sciolto facendo richiamo, insieme, al «carattere universalistico del diritto» e al carattere di «apertura del mercato»: il «diritto e i suoi strumenti sono di tutti»; il mercato è «per definizione una struttura "aperta" ... ogni restrizione mortificherebbe e restringerebbe la

¹¹⁹ G. SAPUTELLI, *Stato, Unione europea e lex mercatoria*, *Quaderni ISSiRFA*, n. 25, Milano 2015, 100.

¹²⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 209. L'autore perviene a ritenere che «... Nella società della finanza la tecnologia industriale è sostituita dalla tecnica contrattuale: i prodotti finanziari prendono corpo e vita solo in virtù dell'uso sapiente dei concetti giuridici».

¹²¹ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 93: «... È come se i vari schemi contrattuali atipici, prodotti privatamente dalle forze economiche, fossero afflitti da quel carattere di "inescludibilità" che gli economisti considerano proprio, appunto, dei beni pubblici».

¹²² *Ibidem*.

logica dello scambio di cui il mercato si alimenta e diventerebbe controproducente non solo per la complessiva dinamica del mercato, ma, di riflesso, anche per la parte che la provocasse»¹²³.

Qui però il riferimento al carattere universalistico del diritto è ancora troppo generico e troppo preliminare (salvo ritenere che la struttura «aperta» del mercato trascini il diritto a un tipo di universalizzazione cui riesca a imprimere le proprie connotazioni: ma sarebbe visione meccanicistica e fatta di sostanza precipuamente ideologica).

Occorre invero stabilire di quale universalizzazione si tratti, quali ne siano le forme, a quali categorie giuridiche sia riconducibile o se occorra elaborare nuove categorie: questioni aperte, innanzi a un fenomeno che è in svolgimento mentre più ampi e più generali processi di trasformazione toccano gli ordinamenti giuridici, nelle dimensioni nazionali e nelle dimensioni sovranazionali e globali.

L'applicazione della figura della rappresentanza al fenomeno della *lex mercatoria* può valere come ipotesi ricostruttiva e come strumento analitico.

Il rapporto tra operatori economici e *law firms* è un tipo di rappresentanza privatistica il cui oggetto è la produzione di norme sia nel modo della traduzione in enunciati di usi già formati sia nel modo della creazione di disposizioni di nuovo conio, non collegate ad usi: dunque vi è, in larga misura, la connessione con un altro e precedente processo di produzione normativa – quello che conduce alle consuetudini che regolano il commercio internazionale – dal quale tuttavia quello condotto dalle *law firms* va tenuto distinto. In questo tipo di rappresentanza, l'investitura avviene su base aristocratica: le *law firms* vengono scelte da un corpo ristretto di operatori economici per le conoscenze di cui si ritiene possano disporre; e i rappresentanti sono revocabili in ragione della valutazione che i rappresentati compiano dell'adeguatezza del loro operato. Si tratta di una forma di rappresentanza non democratica e non elettiva, e, per propria natura, tendenzialmente diseguale, poiché trova espressione nel contratto, la cui struttura è tale da consolidare i rapporti di forza non da riequilibrarli. Per i soggetti della rappresentanza nella *lex mercatoria* la diseguaglianza è un dato da regolare non un fattore di squilibrio da eliminare¹²⁴.

A partire dal nucleo, il processo di produzione normativa si sviluppa con l'adozione generalizzata (in un ambito materialmente settoriale, ma esteso e transnazionale), da parte di soggetti estranei al rapporto di rappresentanza, dei moduli contrattuali definiti dalle *law firms*. Tali soggetti sono i destinatari della norma, ma non contribuiscono a determinarla attraverso il rapporto rappresentativo. E la loro posizione nei confronti della norma solo all'apparenza è adesione spontanea, poiché la sottomissione a essa è condizione di ammissione – come produttori o come fruitori – al mercato di beni e di servizi. Essi dunque non partecipano al processo di produzione normativa, se non in quanto abbiano, attraverso comportamenti uniformi e costanti, determinato le consuetudini poi eventualmente traslate dalle *law firms* nei moduli contrattuali, prodotto finale di quel processo, rispetto ai quali però

¹²³ Ivi, 93 s.

¹²⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 91.

tali comportamenti, che erano divenuti *norma* nell'ambiente sociale in cui si svolgevano, ridivengono *fatto* dal quale si trae materia per gli enunciati.

Potenzialità di creazione normativa sono invece da riconoscere negli organismi preposti a garantire l'osservanza dei contenuti contrattuali definiti dalle *law firms* nei casi di violazione.

I collegi dell'arbitrato internazionale, cui è rimessa la soluzione di tali controversie, sono investiti nella loro funzione unicamente sulla base della dimostrata qualità delle conoscenze e del personale prestigio dei componenti¹²⁵; sulla stessa base fonda il grado di accettazione delle loro decisioni, derivandone un sorta di «costrizione» all'imparzialità.

Essendo percepiti come sede di coerente affermazione della razionalità giuridica, i collegi arbitrali internazionali tendono a formare giurisprudenze e a sentirsi vincolati dal precedente¹²⁶; e poiché i precedenti sono ricostruibili adoperando le raccolte dei lodi, il sistema si avvicina al ceppo della *common law*, mutuando da questa il suo specifico tratto creativo. Deve considerarsi altresì che – in ragione del fondamento della loro investitura – i collegi arbitrali argomentano dando ampio campo alla ricostruzione teorica e ai riferimenti dottrinali¹²⁷: il loro è diritto di giudici, ma anche diritto di sapienti (e in ciò è forse il maggiore tratto di simiglianza, nel «tempo lungo», con l'antica «lex mercatoria», ravvisabile senza dar luogo a fuorvianti anacronismi)¹²⁸.

Se questa è la loro posizione, può dirsi che i collegi dell'arbitrato internazionale siano in rapporto di «rappresentanza istituzionale» con una comunità di operatori del mercato globalizzato o «*societas mercantile*»¹²⁹, comunità delocalizzata, nell'ordinamento giuridico costituito dalla *lex mercatoria* come privo di territorio: una ricostruzione, questa, che può trovare campo se prende avvio dalla stipulazione di una concezione estesa di pluralità degli ordinamenti giuridici¹³⁰.

¹²⁵ Ivi, 88.

¹²⁶ Alla tesi secondo la quale «l'arbitro del commercio transnazionale, a differenza del giudice interno, è – deve essere – libero dal giogo della giurisprudenza anche arbitrale, in quanto il proprio orizzonte deve essere limitato alla specifica controversia sottoposta al suo esame», si è opposto, più realisticamente e con maggiore aderenza ai dati di esperienza, che «analogamente a quanto avvenne per l'antica, la nuova *lex mercatoria* possa trarre momenti di sviluppo attraverso la giurisprudenza arbitrale ... Infatti, pur non esistendo alcuna regola specifica in materia di precedente arbitrale, appare agevole constatare che i momenti di convergenza della giurisprudenza arbitrale si traducano dell'evidenziazione di regole di diritto materiale di formazione giurisprudenziale che, sia pure alla stregua di precedenti persuasivi, incidano in modo profondo sulle future decisioni degli arbitri»: F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti nel commercio internazionale*, Padova 2003, 247 ss.

¹²⁷ «A differenza del modello di sentenza prevalente nel diritto interno dei sistemi di Civil Law, lo stile di redazione dei lodi arbitrali è uno stile dotto, ricco di riferimenti dottrinali ...»: F. MARRELLA, op. cit., 249, nota 258.

¹²⁸ La *lex mercatoria* è dunque diritto che trova fondamento nell'investitura aristocratica a due livelli: nella produzione a opera delle *law firms*; nella interpretazione-produzione da parte dei suoi giudici.

¹²⁹ Come la qualifica la Corte di cassazione, sent. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, 2285.

¹³⁰ Qual è quella proposta da N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione*, cit., 83 ss., nel riferimento a SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945 e a ID., *Corso di diritto internazionale*, Padova 1939, la cui nozione di ordinamento giuridico viene ascritta a una «visione necessariamente pluralista, fondata sull'idea che è possibile rilevare l'esistenza di molteplici sistemi giuridici, precisamente ogni qualvolta sia dato rinvenire una "istituzione"», sicché da essa è ricavabile «una solida base teorica all'affermazione dell'esistenza di un ordinamento giuridico mercantile» non potendosi da alcuno «contestare l'evidenza di "milieux" fortemente omogenei di operatori del commercio transnazionale, legati da interessi comuni gestiti da

Non sembra che il riconoscimento del carattere di ordinamento giuridico nella *lex mercatoria* possa essere messo in discussione per il fatto che i meccanismi sanzionatori abbiano bisogno, per pervenire ad effetto, di avvalersi di organi di coercizione degli Stati nazionali, perché si tratterà di relazione tra ordinamenti diversi¹³¹ – uno delocalizzato, l'altro sovrano su un territorio – non di perdita di identità della *lex mercatoria* e di inglobamento nell'ordinamento statale.

Quando il contatto si realizza, si compie anche l'interrelazione e la composizione in sistema delle forme della rappresentanza in ciascuno dei due ordinamenti operanti, in particolare tra le forme di «rappresentanza istituzionale» dei giudici.

4. Guardando innanzi: democrazia, rappresentanza, algoritmi

Se si guarda alla rappresentanza nella complessità delle forme che essa ha assunto e assume, e nelle mutevoli relazioni che tra tali forme si sono venute instaurando, è forse non utile¹³², dal punto di vista conoscitivo, ricorrere al concetto di «crisi»: si dovrebbe invece pensare si tratti di una condizione di «crisi permanente», formula però contraddittoria, che designa quadri ricostruttivi indistinti, se si assume per crisi il punto di passaggio tra la dissoluzione di un ordine e la creazione di un ordine diverso, che però pure giunge a comporsi.

Le dinamiche della rappresentanza, nella molteplicità delle sue manifestazioni, sono invece l'indicatore più sensibile della fase in cui versano quelle relazioni tra attori del processo storico che vengono lette riconducendole alla categoria della «forma di Stato»; anche e soprattutto quando la fase è di crisi¹³³.

Ciò non vuol dire negare fondamento alla questione dei confini della rappresentanza, sia come domanda intorno al possibile esaurimento della sua funzione storica sia come prospettiva assiologica di un universo di relazioni politiche che non si incentri su di essa.

Ma tali domande e prospettive debbono partire dalla constatazione che, non solo oggi non si è realizzata la «fuoruscita» dalla rappresentanza, benché taluno abbia potuto ritenere questo l'esito inesorabilmente derivante (appunto) dalla sua «crisi», ma allo stato le possibilità che tale fuoruscita si produca sono puramente ipotetiche.

organizzazioni non governative a vocazione economica ... o da associazioni professionali che funzionano come poli di agglomerazione in grado di unificare le regole e le pratiche del commercio esistenti in vari settori ...» (N. BOSCHIERO, op. cit., 122 s.).

¹³¹ A ritenere diversamente, si dovrebbe negare la natura di ordinamento giuridico a molte entità del diritto internazionale e all'Unione europea. Icasticamente, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 219: «... Così la *business community* si erige a ordinamento sovrano; gli Stati nazionali ne diventano il braccio secolare». Tuttavia il riconoscimento nella *lex mercatoria* dei tratti dell'ordinamento giuridico non pare necessariamente implicare anche l'attribuzione del carattere della sovranità.

¹³² Sul canone della «utilità» come criterio di accettabilità delle definizioni scientifiche, cfr. H. K. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge 1958, trad. it. *La definizione del diritto*, Torino 1962. La proposta di tale canone è condivisa in sé da G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, 93 ss., che tuttavia critica l'applicazione compiuta da Kantorowicz.

¹³³ Forse per questo è preferibile mettere l'accento sulla «crisi del *rappresentato*» piuttosto che indugiare sulla «crisi della *rappresentanza*»: cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza*, cit., spec. par. 4.

Si può ormai constatare l'inadeguatezza dei tentativi di colmare la «distanza rappresentativa» a vantaggio della «registrazione di volontà» compiuta con l'impiego delle tecnologie telematiche (*e-democracy*): il popolo è identificato in una «piattaforma deliberativa», cioè siede in permanenza in assemblea virtuale e viene chiamato a decidere su singole *issue*. Si tratterebbe dunque di democrazia diretta, poiché si realizzerebbe la compresenza – benché non in un luogo fisico – di tutti i componenti del corpo deliberante. Il meccanismo non è tuttavia risolutivo, poiché resta ferma la necessità dell'investitura nel potere di formulare le proposte da deliberare, e non si riesce a pensare a modalità diversa da quella rappresentativa. E soprattutto – in contrasto con il senso letterale del lemma *e-democracy*, evocativo della possibilità di tornare, grazie alla potenza delle tecnologie, ai fasti presunti di una democrazia antica immaginata più che ricostruita nella sua realtà storica – questo modo di decisione è intrinsecamente non democratico, poiché parcellizza le decisioni e oscura il quadro delle compatibilità in vista di fini generali in cui esse si collocano, cioè elude il nodo della complessità, che, nelle democrazie contemporanee, deve essere districato in collegi ristretti legittimati a farlo, attraverso procedure deliberative non così lineari. Dunque le deliberazioni di quest'«assemblea virtuale» non sono democratiche, per eccesso di «direttismo»¹³⁴ e per eccesso di restrizione.

Alla *e-democracy* potrà essere allora assegnato uno spazio laterale nel quadro complessivo di procedure deliberative dominate dagli organi della rappresentanza.

Ben altre, sul versante della rivoluzione tecnologica che accompagna la globalizzazione nella seconda modernità, sono le «forze nemiche» della rappresentanza.

La potenza dei calcolatori consente oggi di restituire in algoritmi una mole enorme di dati, per l'innanzi inimmaginabile. Di questa innovazione tecnologica sono state rilevate conseguenze non lievi nel metodo e nello stesso statuto teorico delle scienze sociali, ritenendo che la disponibilità e la possibilità di elaborazione di una grande quantità di dati sospinga a realizzare previsioni fondate su correlazioni tra essi, piuttosto che sull'elaborazione di ipotesi e teorie *ex ante*, secondo il metodo scientifico: i dati parlano direttamente¹³⁵. La società è descritta «dal basso», senza far ricorso a modelli o categorie preliminari. La stessa letteratura scientifica nel campo delle scienze umane ne è influenzata, poiché risulta agevole giustapporre una grande quantità di informazioni, rinunciando sia alle opzioni teoriche e di metodo sia allo sviluppo di ipotesi preliminari riconoscibili da sviluppare in coerenza¹³⁶: descrizione senza comprensione o, più esattamente, senza la ricerca della comprensione.

È ben noto che i grandi operatori della «rete» programmano algoritmi per organizzare lo sfruttamento commerciale dei dati (in gran parte relativi alle «preferenze» che è possibile ricostruire sulla base dei comportamenti, non solo commerciali, della massa degli utenti): e

¹³⁴ Il concetto è esplorato da G. SARTORI, *La democrazia in trenta lezioni*, a cura di L. Foschini, Milano 2009, 27 ss.

¹³⁵ C. ANDERSON, *The End of Theory: the data deluge makes the scientific method obsolete*, in *Wired*, 23 giugno 2008.

¹³⁶ Nelle «cantine del sapere» di cui parla G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013, 163.

già questo propone un difficile problema di regolazione ai pubblici poteri, poiché incide su diritti fondamentali eludendo il sistema delle garanzie apprestato dal costituzionalismo.

Ma in tutto questo v'è anche il maturare di un'ideologia secondo la quale un «buon governo» sarebbe quello che si orientasse a decidere sulla base delle «preferenze» restituite dagli algoritmi come predominanti.

Se quest'ideologia incontrasse il potere politico, che, a sua volta, fosse nel vuoto assiologico, cioè avesse come unico scopo la conservazione di sé, la decisione sarebbe dominata dall'algoritmo e la sorte della rappresentanza, nella specie della rappresentanza politica, sarebbe segnata. Non sarebbe invero l'investitura elettorale dei detentori del potere – che avverrebbe senza riferimento a contenuti o con un riferimento a essi meramente rituale – a metterli in rapporto di rappresentanza con il popolo; anzi lo stesso concetto di popolo come corpo politico non troverebbe più campo. Gli eletti, invero, rappresenterebbero le «preferenze» raccolte di volta in volta attraverso l'elaborazione dei *big data*, in modo da assecondare gli orientamenti in atto a fini di conservazione del consenso; e sarebbero preposti a interpretare la volontà del popolo così ricostruita. Qualcosa di molto diverso e lontano anche dal «rispecchiamento» proprio della rappresentanza in assetti populistici: in quella sono ancora rappresentati orientamenti valoriali; nello scenario della decisione per algoritmi la politica è pura amministrazione del consenso.

Una regressione siffatta non è compiuta (anche perché l'uso politico degli algoritmi ne impone qualche perfezionamento¹³⁷), forse non è nella prospettiva vicina, e tuttavia se ne ravvisa qualche «precursore»: l'elevata disfunzionalità del circuito rappresentativo e, insieme, la permanente verifica del consenso da parte dei decisori, che si vuole ottenere assecondando le preferenze percepite come contingentemente dominanti¹³⁸.

E la rappresentanza, nel suo disporsi dinamico e nelle forme in cui si presenta, si conferma come il più sensibile indicatore dello stato di salute della democrazia.

¹³⁷ D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano 2015, 70.

¹³⁸ Ancora in questo stadio si colloca l'analisi di C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari 2005, il quale rileva, con linguaggio forte, «la riduzione dei politici a qualcosa di più simile a bottegai che legislatori, ansiosi di scoprire cosa vogliono i loro "clienti" per restare a galla» (ivi, 27).