

## IL DILEMMA DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE\*

### 1. Premessa.

Per democrazie costituzionali possono intendersi quegli ordinamenti giuridici che, pur facendo proprio il principio democratico, impongono al potere politico (e alle sue legittime manifestazioni di volontà) limiti esterni, derivanti direttamente dalla norma costituzionale.

Il tentativo di definizione risulta evidentemente troppo sintetico sia da una prospettiva teorica sia da una prospettiva storica e concreta, sicché sarà necessario entrare in un maggiore dettaglio. L'intento di queste pagine è di provare a fornire una mera descrizione dei tratti caratterizzanti un concetto sempre più utilizzato, ma sempre dato per presupposto, da parte della dottrina costituzionalistica (e non solo). Il concetto proviene dalla tradizione culturale giuridica e filosofico-politica anglosassone; in particolare esso è largamente utilizzato negli Stati Uniti (Constitutional Democracy), ma si è esteso anche ad altre culture costituzionali, tra cui quella italiana<sup>1</sup>. Rispetto alla frequente utilizzazione del termine colpisce quindi la scarsa tematizzazione. L'idea di fondo di queste pagine è che il termine, diffusosi soprattutto nell'ultima parte del Novecento, sintetizzi bene, come si proverà a dire meglio, il carattere dilemmatico di alcuni sistemi democratici contemporanei. Nelle pagine che seguono si proverà a sostenere, in controtendenza rispetto all'uso comune, che il concetto di d.c. non può essere utilizzato in maniera indiscriminata per indicare generalmente le costituzioni delle democrazie contemporanee, se non a pena di far perdere al concetto qualsiasi utilità. Questa prospettiva di analisi mira dunque a definire in maniera più puntuale un concetto che, nella cultura occidentale, s'identifica sempre più spesso -per ragioni di egemonia culturale che in questa sede non potremo analizzare- con lo *standard* di civilizzazione cui ogni sistema democratico, soprattutto se non appartenente alle democrazie occidentali, deve possedere<sup>2</sup>.

Data la complessità del tema e degli argomenti ad esso collegato, si proverà a fornire uno scheletro del concetto, lasciando al lettore il compito di irrorarlo con sangue e irrobustirlo con muscoli (applicando lo schema concettuale ai singoli, concreti ordinamenti costituzionali).

Nei paragrafi seguenti si proverà a esaminarne, sempre nei limiti ristretti e definitivi di queste pagine, le 'ascendenze' teoriche e dogmatiche, in particolare lo stretto legame con l'ampio movimento del costituzionalismo (2), mentre, nel paragrafo successivo, si proverà a caratterizzarne maggiormente ambito applicativo e caratteristiche, suggerendo di ricondurre il concetto alla nota categoria delle forme di Stato (con l'avvertenza, però, che il concetto di d.c. non si limita a descrivere una particolare organizzazione statale ma aspira a configurare -come è proprio delle forme di Stato- anche un peculiare atteggiarsi del rapporto tra Stato e società, tra governanti e governati) (3). Ciò che tuttavia caratterizza maggiormente il concetto di d.c.

\* Il presente contributo è destinato agli studi in onore di Claudio Rossano.

<sup>1</sup> Senza pretesa di esaustività cfr. A.MANZELLA, *La dimensione internazionale come forma e limite della democrazia*, in C.Decaro, N.Lupo (a cura di), *Il 'dialogo' tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, Luiss University Press, 2009, 485; con più specifico riferimento alla cultura giusfilosofica G.BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2005 e L.FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1. Con riferimento ad altri contesti culturali particolarmente emblematico l'uso che del concetto fa J.HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, (1992), trad.it. *Fatti e norme. Contributi ad una teoria del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996; da segnalare anche T.FLEINER, L.R.BASTA FLEINER, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalise World*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2009, nella misura in cui utilizzano il termine in esame per tradurre il titolo originale tedesco corrispondente a 'teoria generale dello Stato' (Allgemeine Staatslehre).

<sup>2</sup> Sul punto cfr. per tutti J.TULLY, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in M.Loughlin, N.Walker (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, 315 ss.

è la sua natura dilemmatica (4): attori di questa democrazia sono stati soprattutto i parlamenti e i giudici costituzionali, che, in un confronto spesso acceso se non drammatico, hanno traghettato, di fatto, le democrazie rappresentative verso la più complessa realtà delle d.c. (5). Le d.c. sono anche espressioni di democrazie mature in cui la norma costituzionale è pienamente accettata da tutte le parti politiche, con la conseguenza che la lotta politica si sposta dal livello dell'affermazione della norma costituzionale a quello della sua interpretazione (6). Ciò che deve rimanere fermo è, a parere dell'autore, la natura dialettica del concetto, l'impossibilità di interpretazioni unilaterali, dirette a far prevalere uno dei due termini del rapporto - democrazia o costituzione (7). Infine brevi cenni saranno dedicati al dibattito sul costituzionalismo globale. (8).

## **2. Democrazia costituzionale e costituzionalismo.**

Il concetto di d.c. è frequentemente usato dagli studiosi per riassumere e sintetizzare gli attuali ordinamenti democratici, senza eccessive preoccupazioni terminologiche e definitorie. Esso è, a seconda del contesto, utilizzato per individuare una *certa* forma di Stato<sup>3</sup> ovvero una *certa* relazione tra il polo della c.d. società civile e il polo statale<sup>4</sup> o ancora, in alcuni casi, il sistema di garanzie individuali e collettive offerte dall'ordinamento concreto<sup>5</sup>. Tuttavia, adoperato in questa maniera, il concetto di d.c. si rivela privo di utilità euristica giacché finisce per identificarsi o sovrapporsi a concetti e nozioni già noti. Poiché quest'indagine muove invece dall'idea che il concetto di d.c. possa aiutare a descrivere lo stato attuale degli ordinamenti costituzionali, conviene provarne a definire i contorni, almeno *prima facie*. Ciò si farà mettendo in luce, dapprima, le differenze esistenti tra i concetti di d.c. e stato costituzionale e, poi, esaminando i rapporti della d.c. con il costituzionalismo.

La considerazione dell'origine anglosassone può aiutare a meglio caratterizzare la nozione rispetto a locuzioni simili o affini. In particolare d.c. è concetto molto vicino a quello di Stato costituzionale. Per quanto possano darsi diverse accezioni di quest'ultimo, non sembra però che le due nozioni siano pienamente sovrapponibili. Con la locuzione prettamente giuridica di Stato costituzionale, molto diffusa nelle culture costituzionali dell'Europa continentale, si allude infatti alla forma che ha assunto l'organizzazione statale a seguito di un complesso processo evolutivo caratterizzato dalla sottoposizione degli organi e delle funzioni tipiche dello Stato alla norma costituzionale<sup>6</sup>. In altri termini, in forte assonanza con il concetto di Stato di diritto, quello di Stato costituzionale allude a quei complessi e prolungati processi culturali attraverso i quali l'intero plesso organizzativo statale, come anche le sue funzioni, sono stati progressivamente sottoposti alla supremazia della costituzione.

D.c. designa invece, come si proverà a chiarire meglio, un oggetto più ampio rispetto alla mera organizzazione statale, aspirando tale concetto a caratterizzare, indirettamente, non solo l'organizzazione statale bensì anche i rapporti tra questa e la società. Nel concetto in esame la parola 'democrazia' allude, infatti, al rapporto tra governanti e governati, tra istituzioni rappresentative e società, conferendo così al concetto un'aspirazione definitoria che va ben al di là dei confini della tradizionale nozione di Stato.

Come si accennava, l'origine anglosassone, in particolare nordamericana, del termine può risultare di aiuto in un primo tentativo di definizione dell'ambito di applicazione giacché la dottrina costituzionalistica anglosassone, allorché voglia riferirsi a quegli istituti che noi riassumiamo nel termine di Stato, utilizza, più frequentemente, la locuzione di *government*. Ciò che si vuol dire è che anche questa differenza tra

<sup>3</sup> Cfr. ad esempio, con specifico riferimento agli Stati Uniti, D.C.MUELLER, *Constitutional Democracy*, Oxford, OUP, 2000; TULLY, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, cit., 317, 321, che utilizza il concetto come sinonimo di democrazia rappresentativa.

<sup>4</sup> Cfr. FLEINER, BASTA FLEINER, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalise World*, cit., *passim*.

<sup>5</sup> J.KIS, *Constitutional Democracy*, Budapest, Ceu Press, 2003.

<sup>6</sup> Sulla nozione cfr. P.HÄBERLE, *Stato costituzionale I)Principi generali*, in *Enc.giur.*, XXX, 2000, 15, secondo cui "il concetto di «Stato costituzionale» (essenza costituzionale dello Stato) lega Stato e costituzione, pur senza determinare esattamente tale rapporto". Nella cultura giuridica tedesca il termine 'Staat' ha una valenza molto ampia: ciò potrebbe aiutare a spiegare la preferenza per l'utilizzo della locuzione 'Stato costituzionale' rispetto a quella di d.c.

*democracy* e *government* giustifica la non automatica sovrapposizione di d.c. al più ristretto concetto di Stato costituzionale.

Focalizzando ora l'attenzione sui rapporti tra il concetto in esame e il costituzionalismo, l'aggettivo della locuzione in esame (*democrazia costituzionale*) indica chiaramente il rapporto di stretta derivazione del concetto dal movimento filosofico, politico e giuridico del costituzionalismo, sul quale non è ovviamente possibile soffermarsi. Basti dire, in questa sede, che le dottrine filosofiche e giuridiche dei secoli XVII e XVIII, che diedero forma e vita a ciò che chiamiamo costituzionalismo, miravano soprattutto alla limitazione del potere attraverso l'organizzazione costituzionale (e poi attraverso la previsione, anch'essa costituzionale, dei diritti individuali)<sup>7</sup>. Questo tratto genetico fondamentale del costituzionalismo, che si spiega storicamente come reazione all'accentramento del potere caratterizzante la prima fase di formazione degli Stati nazionali<sup>8</sup>, è sicuramente presente nella locuzione d.c., fissato saldamente nella parte aggettivale della stessa.

Va però subito precisato che il costituzionalismo non può essere interpretato in maniera monolitica, potendosi riscontrare diverse versioni della stessa idea in dipendenza del tempo e del luogo di concreta applicazione<sup>9</sup>. Si tratta dunque di comprendere se il concetto di d.c. faccia riferimento a un'idea più precisa di costituzionalismo. A tal fine può essere utile verificare se, all'interno dei principi e degli istituti tipici del costituzionalismo, le d.c. evidenzino un rapporto privilegiato con alcuni di essi.

La diretta derivazione delle d.c. dal costituzionalismo implica infatti l'inclusione, all'interno del concetto di d.c., dei più importanti principi propri del costituzionalismo, dallo Stato di diritto alla separazione dei poteri, dalla supremazia della costituzione all'inviolabilità delle sfere soggettive. Può anzi dirsi che uno dei tratti maggiormente caratterizzanti la d.c. sta proprio nel peculiare e intenso collegamento con il principio dello Stato di diritto, secondo cui ogni potere e ogni atto trovano fondamento nel e sono subordinati al diritto (qui inteso in senso generico, come insieme delle norme che costituiscono un ordinamento).

Il fattore che ha favorito tale saldatura è notoriamente costituito dalla diffusa presenza degli organi di giurisdizione costituzionale all'interno della gran parte delle d.c. Sono questi organi, in particolare, ad aver consentito la trasposizione delle classiche problematiche dello Stato di diritto –l'accezione della costituzione come legge scritta applicabile da un giudice, l'interpretazione della legge, il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge– all'interno delle odierne d.c. E' soprattutto attraverso le corti costituzionali che il principio di legalità, proprio dello Stato di diritto, si è trasformato in principio di costituzionalità, assicurato dalla rigidità costituzionale<sup>10</sup>.

La 'specialità' del rapporto tra organi di giurisdizione costituzionale e d.c. sta nel fatto che le concrete esperienze delle democrazie costituzionali prevedono spesso, nell'ambito della loro organizzazione costituzionale, l'esistenza di un giudice costituzionale quale interprete della Costituzione privilegiato rispetto ad altri interpreti pure autorizzati, in particolare rispetto al legislatore. Tale posizione privilegiata deriva dai poteri di cui tale giudice è frequentemente dotato nei confronti della legge.

Lo stretto legame tra giudice costituzionale e d.c. aiuta conclusivamente a chiarire che le d.c. si rapportano a una particolare versione del costituzionalismo, quella che ritiene indispensabile la presenza del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi per potersi avere un'effettiva limitazione del potere. Ciò aiuta sicuramente a spiegare l'origine statunitense della locuzione, giacché l'idea del controllo giurisdizionale di costituzionalità, come è ben noto, ha faticato molto di più ad attecchire sul continente europeo.

<sup>7</sup> Sul punto un *locus classicus* è C. McLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* [1947], trad.it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, 44: "il più antico, il più persistente e il più duraturo dei caratteri essenziali del vero costituzionalismo resta ancora quello che era all'inizio, la limitazione del governo mercé il diritto. «I limiti costituzionali» se non sono la parte più importante della nostra dottrina costituzionale, sono certamente la più antica".

<sup>8</sup> Sul punto N.WALKER, *Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship*, in *University of Edinburgh, Working Paper Series*, n.2010/25, 4 [anche in *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 3/2010, 206].

<sup>9</sup> In proposito M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, 61-2.

<sup>10</sup> Su questi aspetti cfr. M.DOGLIANI, *Teoria della Costituzione e giustizia costituzionale*, in .P.Carnevale, C.Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2008, 42-3.

Se questa prima conclusione è corretta, si deve riconoscere che le forme democratiche che da questo modello si allontanano –e sono quindi prive di un controllo giurisdizionale di costituzionalità- non possono farsi rientrare, se non chiudendo gli occhi rispetto alle differenze concrete e teoriche, in un concetto di d.c. che aspiri a un minimo di rigore definitorio. Da ciò consegue ulteriormente che nella tipologia delle d.c. non rientrano tutte le attuali forme di ordinamenti costituzionali riconducibili all'ampia tipologia dello Stato costituzionale. Va anche aggiunto che di questo problema –vale a dire un'identificazione troppo stretta delle d.c. con la presenza di organi di giurisdizione costituzionale dotati del potere di *judicial review* (controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi)- non tutti gli studiosi che si sono occupati del problema dimostrano consapevolezza <sup>11</sup>. In questa disattenzione giocano forse anche quei motivi di imperialismo culturale di cui si è fatto cenno in premessa.

Con ciò, ovviamente, non si intende minimamente negare che Stati costituzionali profondamente democratici –si pensi alla Gran Bretagna e ai sistemi da essa influenzati (c'è chi ragiona di un modello *Commonwealth* di costituzionalismo <sup>12</sup>)- riescano a garantire, forse anche meglio, il principio di costituzionalità e i diritti fondamentali degli individui e dei gruppi. Si vuol solo osservare -in una prospettiva che potremmo dire genericamente dogmatica, diretta alla ricostruzione giuridica del sistema- che essi non rientrano in un'accezione stretta di d.c.

### 3. Tentativo definitorio.

A questo punto è possibile provare a tornare, con maggiore precisione, sulla definizione di d.c.

Essa si distingue innanzitutto dallo Stato costituzionale per il fatto di far più ampio riferimento al concetto di democrazia. 'Democrazia' indica un ambito più esteso, che, pur ovviamente includendo l'organizzazione statale e, più ampiamente, pubblica, si estende al modo in cui si relazionano tra loro Stato e società. In una prospettiva di storia dei concetti, quindi, d.c. pare collocarsi sullo stesso piano delle più note definizioni di democrazia (democrazia classica, liberale, radicale, rappresentativa, pluralistica, totalitaria, deliberativa, partecipativa ecc.).

E come accade per le altre definizioni di democrazia, anche in questo caso a connotarla è l'aggettivo. Attraverso di esso il concetto recupera una forte valenza giuridica, ricollegandosi, per un verso, alla tradizione del costituzionalismo e favorendo, per l'altro, un suo arricchimento. Si è già osservato il forte legame tra costituzionalismo e d.c. Se ci si fermasse a questa constatazione, dovremmo tuttavia concludere che il concetto non rivela tratti particolarmente originari o innovativi rispetto a concetti e nozioni più tradizionali.

L'arricchimento, se si vuole l'evoluzione, che l'unione tra il sostantivo 'democrazia' e l'aggettivo 'costituzionale' apporta al concetto di democrazia sta invece nella latente contraddizione dei due termini. Da un lato, 'democrazia' allude, per lo più, a forme di potere in cui i governanti sono legittimati per il fatto di essere stati scelti o comunque di essere diretta derivazione dei governati. Dall'altro, la specificazione 'costituzionale' opera un'immediata delimitazione, sottraendo alla forma democratica in questione quell'assenza di limiti che il potere democraticamente formatosi spesso esige(va) per se stesso <sup>13</sup>.

A tal fine è sufficiente far riferimento a due classici istituti propri di una costituzione rigida –diritti fondamentali e controllo di costituzionalità delle leggi- per comprendere gli effetti limitanti che essi esercitano sul potere

<sup>11</sup> Ciò vale, in particolare, per i costituzionalisti statunitensi. Ma cfr. l'attenta trattazione di C.F.ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 21-25. Tuttavia non ci pare che quest'Autore, pur sforzandosi di allargare l'ambito applicativo del concetto di d.c., sia riuscito nell'intento. L'apprezzabile tentativo di utilizzare le concrete esperienze della democrazia deliberativa come forme ulteriori di controllo di costituzionalità, per quanto apprezzabile, non sembra infatti in grado di raggiungere gli effetti del controllo giurisdizionale.

<sup>12</sup> S.GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 49, 2001, 707 ss.

<sup>13</sup> Sui processi storici che hanno portato alle attuali costituzioni democratiche, caratterizzate dal tentativo di combinare diverse tradizioni costituzionalistiche (in particolare quella statunitense della rigidità costituzionale e quella rivoluzionaria francese), cfr. per tutti M.FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, 137-141.

democratico. E' dunque il carattere dilemmatico della locuzione a caratterizzare particolarmente questa forma di democrazia. Il concreto contrasto dialettico tra l'elemento democratico e quello costituzionale è ciò che poi, nella realtà, caratterizza la singola forma storica di democrazia.

E' ora possibile ritornare sulla definizione con la quale si è avviata questa riflessione, osservando che con d.c. si intende indicare quegli ordinamenti democratici che impongono alle legittime manifestazioni del potere politico –che vanno dalle leggi adottate dai parlamenti, alle espressioni di democrazia diretta, alle revisioni costituzionali- vincoli esterni ai processi democratici di formazione della volontà, vincoli derivanti direttamente dalla norma costituzionale.

Tali limiti restringono i margini di azione dei pubblici poteri (dei parlamenti ma anche, ad esempio, delle manifestazioni di democrazia diretta) e, in tal modo, conformano non solo i rapporti tra gli organi di vertice dell'ordinamento ma finiscono per retroagire anche sull'organizzazione sociale sia direttamente (ad esempio garantendo situazioni soggettive individuali o collettive contro il volere della maggioranza) sia indirettamente (ad esempio impedendo la formazione di aggregazioni sociali aventi come scopo la soppressione delle minoranze ovvero rendendo possibile la creazione di canali di comunicazione tra sfera sociale e sfera politica diversi da quelli del circuito proprio della democrazia rappresentativa).

Può conclusivamente osservarsi che, pur non aspirando a porsi in alternativa rispetto ad altre più riconosciute definizioni, anzi con esse convivendo e contribuendo ad arricchire la capacità d'analisi del costituzionalista, la d.c. può essere ricondotta alla nota categoria delle forme di Stato. In particolare essa aiuta a meglio comprendere l'attuale configurazione delle forme di Stato con le caratteristiche che sono state indicate e che saranno sviluppate di seguito.

#### **4. Il carattere dilemmatico delle democrazie costituzionali.**

Da quanto finora detto appare evidente che la differenziazione della d.c. rispetto alle altre definizioni di democrazia si realizza attraverso un processo dialettico che si svolge con modalità e intensità differenti a seconda delle concrete forme storiche di democrazia.

Punto di partenza comune alle d.c. è –conviene ribadirlo ancora una volta- l'appartenenza al costituzionalismo, sicché in esse si registra la presenza di istituti e principi propri di questa tradizione filosofico-politica. Il punto di arrivo comune alle d.c. è, invece, una costituzione scritta e rigida, che riconosce diritti ai singoli e ai gruppi effettivamente tutelabili nei confronti dei poteri pubblici e che, anche (ma non solo) a tal fine, prevede l'esistenza di un giudice costituzionale in grado di dichiarare l'incostituzionalità della legge. Si tratta di due innovazioni che, pur agendo in direzioni differenti, hanno l'effetto di incidere profondamente sulla concezione della democrazia.

Con la previsione dei diritti fondamentali la costituzione mira, innanzitutto, a regolare giuridicamente il rapporto verticale tra poteri pubblici e individui. E tuttavia tali diritti rappresentano, oltre che un limite al potere democratico, anche un arricchimento della concezione della democrazia in quanto essi mirano a rafforzare la sfera individuale dei cittadini e degli individui che, tutti insieme, costituiscono l'origine del potere democratico. Maggiormente 'eversiva' rispetto alla tradizionale concezione della democrazia è la previsione di un giudice costituzionale con poteri di intervento sulla legge. Il giudice costituzionale, infatti, non è organo direttamente democratico, essendo la sua legittimazione democratica solo indiretta (le modalità di formazione dei giudici costituzionali sono infatti diverse ma, in ogni caso, i giudici costituzionali non sono mai espressione diretta del popolo). Potendo dichiarare incostituzionale una legge e dicendo spesso l'ultima parola sui conflitti tra poteri, appare evidente che la previsione di un giudice costituzionale agisce, questa volta in direzione orizzontale, sui rapporti tra i poteri.

Come è noto, questo punto di arrivo comune è il frutto di una diretta previsione costituzionale (si pensi al caso degli Stati Uniti a partire dall'adozione dei primi dieci emendamenti) ovvero di un progressivo e graduale adattamento dell'ordinamento (si pensi, ad esempio, al caso della Francia la cui tradizione costituzionale ha esercitato una forte resistenza alla previsione di un giudice costituzionale con poteri di intervento sulla legge).

E tuttavia ciò che è in grado di caratterizzare le d.c. –tanto da riconoscere in esse una forma di democrazia qualitativamente differente rispetto alle nozioni più note e conosciute- è il loro processo di sviluppo dialettico. Infatti il progressivo consolidamento del testo costituzionale e dei fondamentali istituti in esso previsti (diritti fondamentali e Corti costituzionali) ha esercitato effetti, manifestatisi progressivamente e spesso con non poche resistenze da parte dei destinatari, di forte limitazione dei poteri considerati diretta espressione del popolo e perciò pienamente democratici.

Classica rappresentazione di questo processo di sviluppo dialettico sono i contrasti, frequenti nelle d.c., tra giudici costituzionali e parlamenti allorché i primi hanno ritenuto di intervenire, con sentenze dichiarative dell'incostituzionalità, su leggi ritenute particolarmente importanti dai parlamenti. Il tratto classico del costituzionalismo, vale a dire la limitazione del potere per mezzo del diritto, entra (o minaccia di entrare) così in conflitto con il tratto classico della democrazia, la legittimazione democratica della decisione (espressa nella forma della legge)<sup>14</sup>. E' questa situazione di potenziale tensione ad esprimere il carattere principale delle d.c.

Va altresì osservato che la dialettica tra democrazia e costituzione (ché in ciò si condensa l'essenza delle d.c.) ha, nel tempo, prodotto un effetto di deconcentrazione del potere sovrano, non più incardinato, secondo una versione democratica dell'ipotesi hobbesiana, nell'assemblea (rappresentativa del popolo), bensì diffuso nella trama di organi e poteri ordita dalla costituzione. In particolare nelle d.c. è il giudice costituzionale a divenire progressivamente arbitro delle decisioni più delicate intorno alla titolarità delle funzioni, assumendo così, anche sul versante dell'equilibrio istituzionale dei poteri, un ruolo decisivo.

A ben guardare, la giurisdizione costituzionale è stata tuttavia solo lo strumento che ha permesso di dare voce agli interessi sociali composti, plurali, frammentati delle democrazie contemporanee, mostrando come nelle d.c. il principio di identità tra governanti e governati –che caratterizza la celebre interpretazione identitaria delle democrazie<sup>15</sup>- assuma piuttosto le forme di una pluralità tenuta insieme solo dalla costituzione. E' quest'ultima, e non il rapporto di diretta immedesimazione tra governanti e governati, a divenire così l'elemento di unificazione dell'ordinamento.

## **5. Il ruolo delle corti costituzionali e degli interpreti giurisdizionali.**

Alla luce di quanto detto è ora facile comprendere la posizione assunta dagli organi di giurisdizione costituzionale e, più in generale, dell'interprete giurisdizionale della costituzione nello sviluppo delle d.c.

E' infatti accaduto, soprattutto nelle d.c. più mature come quella statunitense, che all'interno del tradizionale circuito istituzionale costituito da governo e parlamento si sia progressivamente inserito il giudice costituzionale. Va subito precisato che l'ampiezza e la frequenza del controllo giurisdizionale di costituzionalità dipendono dal modo in cui ciascun sistema ha costruito l'accesso alla giurisdizione costituzionale, sicché in alcuni sistemi l'accesso al giudice costituzionale è più semplice, mentre in altri è più complesso; e conviene ulteriormente notare che un ruolo decisivo nella configurazione del ruolo del giudice costituzionale all'interno del sistema di poteri dipende dalla forma di governo propria della singola d.c. Tuttavia, in questa sede definitoria, si può prescindere dalle peculiarità di ciascun ordinamento per condurre un discorso più generale.

In sintesi, può dirsi che la presenza del giudice costituzionale ha incrinato i tradizionali meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa esprimendosi, in particolare, attraverso il procedimento legislativo. Il potere d'interdizione negativo del giudice costituzionale (cioè il potere di colpire una legge per la sua incostituzionalità) ha alterato il circuito di formazione della volontà statale che dal corpo elettorale procedeva attraverso l'asse maggioranza parlamentare-governo nella forma di governo parlamentare oppure attraverso il solo Parlamento nel governo presidenziale. In questi tradizionali modelli, l'organo

<sup>14</sup> Uno spunto in proposito è in MANZELLA, *La dimensione internazionale come forma e limite della democrazia*, cit., 485.

<sup>15</sup> C.SCHMITT, *Verfassungslehre* [1928], trad.it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, su cui G.AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

rappresentativo del corpo elettorale aveva a propria disposizione lo strumento legislativo, che usava –certo, all'interno dei limiti fissati dalla costituzione- a proprio piacimento.

L'immissione all'interno di questo modello di un organo con poteri di intervento sulla legge ha alterato il modo di funzionamento dei meccanismi della democrazia rappresentativa, che, come è noto, tende a riportare i processi di decisione politica all'interno delle istituzioni rappresentative (soprattutto parlamento e governo). Pur dotati di poteri meramente negativi (nel senso che l'ordinamento consente agli organi di giurisdizione costituzionale solo di abrogare/annullare/disapplicare una legge)<sup>16</sup>, i tribunali costituzionali hanno contribuito ad erodere il mito della sacralità della legge, della sua intangibilità e, infine, della irresponsabilità del legislatore. Proprio sulle questioni politicamente più scottanti o sensibili, definite con provvedimenti legislativi dalle maggioranze di governo, le corti costituzionali hanno talvolta abbassato la propria scure, finendo così per annullare non solo una legge ma più ampiamente l'espressione normativa del popolo sovrano presente dietro la legge.

Le fattispecie che hanno dato vita a queste nuove manifestazioni costituzionali variano in base alle diverse d.c. Tanto per fare un esempio, negli Stati Uniti i primi contrasti nascono, come già detto, in occasione dei provvedimenti normativi voluti dal Presidente per combattere gli effetti della crisi degli anni Trenta del secolo scorso, provvedimenti che impattavano sull'organizzazione federale e in particolare sulle competenze degli Stati membri. In tale occasione, la Corte Suprema annullò i provvedimenti voluti dal Presidente in nome del principio federale. Successivamente, nella seconda metà del Novecento, la Corte Suprema interverrà nuovamente e decisamente, colpendo però leggi che violavano diritti fondamentali (celebri le decisioni in materia di segregazione razziale e, poi, sull'interruzione di gravidanza). Il lettore italiano non avrà certo difficoltà a individuare simili momenti di tensione istituzionale anche nell'ambito dell'ordinamento repubblicano.

La dottrina costituzionalistica non poteva ignorare questi sviluppi. La seconda metà del Novecento registra così un'accentuata attenzione da parte dei costituzionalisti -e, più in generale, di tutti gli studiosi attenti al dato istituzionale- nei confronti del ruolo delle corti costituzionali all'interno dei sistemi democratici. Ad essere indagata con particolare fervore è soprattutto la questione della legittimazione democratica del giudice costituzionale. L'indagine trova terreno fertilissimo nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti in cui, come si è appena detto, la contrapposizione tra Corte Suprema e istituzioni rappresentative (parlamento e presidente degli Stati Uniti) aveva segnato punte di inusuale frizione<sup>17</sup>. La discussione, avviata nell'ordinamento statunitense, si estenderà progressivamente anche all'Europa in ragione della presenza di molti sistemi democratici costituzionalmente organizzati secondo i principi del controllo giurisdizionale di costituzionalità (si pensi, tra i tanti, all'Italia e alla Repubblica federale di Germania).

Un'analisi dettagliata delle posizioni espresse nel corso di questo dibattito richiederebbe uno spazio troppo esteso rispetto alle esigenze meramente introduttive e definitorie del presente scritto; si tenga infatti presente che il dibattito ha superato i classici steccati del diritto costituzionale finendo per coinvolgere anche tradizioni teoriche di filosofia politica e relativi esponenti delle stesse<sup>18</sup>. In questa sede, quindi, ci si limiterà a sintetizzare i termini problematici della questione.

Da un lato, la più volte richiamata tradizione della democrazia (rappresentativa), secondo cui la sovranità popolare deve trovare libera espressione attraverso gli organi espressivi della maggioranza di governo; dall'altro, la tradizione del costituzionalismo, meglio di una particolare e stringente versione del costituzionalismo, secondo cui i limiti al potere politico democratico possono essere resi effettivi solo in virtù della presenza di un organo di giurisdizione costituzionale o comunque di un controllo di costituzionalità. Espressione conflittuale di questi due poli dello spettro definitorio della d.c. sono, per un verso, la legge,

<sup>16</sup> Lasciamo in disparte il problema degli effetti indirettamente normativi delle decisioni dei giudici costituzionali.

<sup>17</sup> Sul punto l'attenta ricostruzione di C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2008, 3 ss.

<sup>18</sup> Basti citare come esempi le posizioni sul ruolo delle corti costituzionali assunte da J.RAWLS, *Political Liberalism*, (1993), trad. it. *Liberalismo politico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994 e dal già citato volume di HABERMAS, *Fatti e norme*.

massima espressione della sovranità popolare, e, per l'altro, i diritti fondamentali, contenuti nei diversi testi costituzionali e intesi, in ragione della loro posizione apicale e della loro dichiarata o presupposta inviolabilità, come limiti della legge (anche costituzionale).

Le costituzioni delle d.c. chiamano ad essere arbitro di questo complesso rapporto, spesso tendente ad assumere i toni del conflitto, il giudice costituzionale, che si trova così in una posizione certamente centrale ma istituzionalmente delicatissima. La sua legittimazione democratica sarà infatti contestata dagli organi e dai fautori della democrazia rappresentativa ogni volta che le sue decisioni avranno come effetto la dichiarazione d'incostituzionalità della legge; al medesimo rischio di contestazione esso sarà esposto laddove la sua decisione non dovesse soddisfare le pretese dei sostenitori del diritto fondamentale in esame.

Il giudice costituzionale sarà così percepito come l'istituzione contromaggioritaria per eccellenza, a partire dalla celebre analisi di Bickel<sup>19</sup>. Ad esser posta sotto accusa dai tradizionali fautori della sovranità popolare è, in particolare, la discrasia che si registra tra l'assenza di una diretta legittimazione democratica, che caratterizza sostanzialmente tutte le corti costituzionali, e i poteri di cui esse sono dotate, capaci di incidere negativamente e profondamente sulla massima espressione della sovranità popolare, vale a dire la legge. Proprio la peculiarissima posizione delle corti costituzionali permette di affermare che il giudice costituzionale esprime l'essenza (e i limiti) delle d.c.: fondate su un principio di sovranità popolare, che non è più concentrato all'interno di un'unica istituzione rappresentativa (il parlamento), bensì frammentato e diffuso all'interno di istituti di garanzia che trovano la propria 'legittimazione' esclusivamente nella previsione della norma costituzionale.

Quasi inutile soggiungere che una tale evoluzione è il frutto di profondi mutamenti della struttura sociale, all'interno della quale non si rinviene più un'unica classe sociale dominante, che aveva tutto l'interesse a trovare espressione nelle istituzioni della democrazia rappresentativa, bensì un'accentuata scomposizione degli interessi e delle istituzioni sociali che tali interessi rappresentano.

## **6. Dalla lotta per la costituzione alla lotta per l'interpretazione della costituzione.**

Come sulle cime delle montagne tendono ad addensarsi le nuvole, così intorno alle corti costituzionali si concentrano i maggiori problemi teorici ed istituzionali delle d.c. Non è certo un caso se –come si è già osservato- posizione, poteri e concreto funzionamento delle stesse diventano oggetto di elaborazione da parte di studiosi che non si occupano espressamente di diritto costituzionale, bensì di filosofia politica e di scienza politica. Ciò avviene, oltre che in ragione dei menzionati mutamenti sociali realizzatisi nel corso della prima metà del Novecento, per il particolare ruolo che le costituzioni assegnano al giudice costituzionale, posto sul crinale di diritto e politica.

La giurisprudenza delle corti costituzionali ha indotto la teoria giuridica a concentrare i propri sforzi sull'interpretazione della costituzione elaborata dai giudici, soprattutto da quelli costituzionali. Particolare attenzione ha ricevuto la questione della specificità dell'interpretazione costituzionale rispetto all'interpretazione della legge. Intorno a questa apparentemente innocua questione si nasconde infatti una forte contrapposizione tra critici e sostenitori del positivismo giuridico.

A spingere i primi verso una decisa critica del positivismo giuridico sono soprattutto la constatazione della particolare conformazione della norma costituzionale e l'emersione di peculiari esigenze ermeneutiche: il carattere necessariamente generale, se non vago, degli enunciati costituzionali; l'uso di clausole che possono assumere significati diversi in diverse fasi storiche; la necessità di indagini che facciano luce sull'intento del legislatore costituente; la difficoltà di ricorrere ai tradizionali criteri usati per interpretare la legge; il ricorso sempre più accentuato alla comparazione tra testi costituzionali. In estrema sintesi può dirsi che le teorie che, appoggiandosi sulle evidenziate caratteristiche della norma costituzionale, esaltano le specificità dell'interpretazione costituzionale finiscono per assegnare all'interprete giudiziario della

<sup>19</sup> A.M.BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2 ed.

costituzione una posizione privilegiata rispetto ad altri interpreti del sistema democratico, portando in risalto, ancora una volta e attraverso un sentiero più prettamente teorico, ruolo e funzioni del giudice costituzionale. Si spiegano così le più recenti reazioni teoriche, che potremmo definire 'parlamentariste'<sup>20</sup>, rivolte, per un verso, a criticare le supposte migliori attitudini interpretative del giudice rispetto al parlamento e, per l'altro, a riaffermare il ruolo fondamentale e principale del parlamento nell'interpretazione della costituzione.

Non è possibile, in questa sede, entrare nel dettaglio delle singole teorie. E' però opportuno notare che la crescente attenzione al tema dell'interpretazione costituzionale segna un altro carattere delle d.c. A differenza del periodo weimariano, che possiamo prendere a paradigma dello sforzo novecentesco della cultura europea di assegnare alla costituzione un ruolo di supremazia all'interno dell'ordinamento giuridico, in cui la lotta politica si giocava intorno alla e per la costituzione, vale a dire per l'affermazione della sua esistenza e del suo pieno e superiore valore giuridico, nelle d.c. la lotta politica si gioca intorno all'interpretazione della costituzione medesima.

Questo spostamento del baricentro dello scontro politico democratico –dalla contrapposizione tra le parti politiche intorno alla necessità di una costituzione e al valore da assegnare alla stessa alla contrapposizione intorno alla sua interpretazione, alla maggiore adeguatezza dei giudici costituzionali rispetto agli altri attori costituzionali, agli effetti dell'interpretazione giudiziaria della costituzione- è degno della massima attenzione perché segna un'evoluzione nella vita democratica di un ordinamento. Il raggiungimento di questa fase implica infatti, da parte di tutte le componenti del sistema politico e sociale, l'accettazione, l'introduzione della costituzione come insieme di norme giuridiche che disciplinano il confronto politico, con la conseguenza che lo scontro politico si svolge all'interno di una cornice normativa condivisa e non più contestata.

Si pensi al periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della costituzione italiana, alle interpretazioni conservatrici della costituzione da parte delle giurisdizioni superiori, e al superamento di questa fase grazie al contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale e degli stessi attori politici dell'epoca. Non può esservi alcun dubbio sul fatto che il passaggio da una fase all'altra ha segnato un'evoluzione della democrazia italiana dal punto di vista costituzionalistico.

Lo spostamento dell'oggetto del conflitto politico contribuisce a denotare, dunque, un ulteriore tratto caratteristico dell'oggetto di studio di queste pagine. Nelle d.c. il tema dell'interpretazione costituzionale, con tutte le specificità tecniche ad esso collegate, assume un rilievo centrale perché è in esso che si trasferisce la lotta che, con un termine poco consono alle d.c., un tempo si sarebbe definita per la sovranità. In termini più semplici, possiamo dire che la diffusa accettazione della costituzione, che caratterizza le d.c., ha fatto sì che i contrasti più acuti del conflitto politico si siano trasferiti nell'ambito dell'interpretazione costituzionale. E' questo il motivo per il quale l'attenzione teorica degli studiosi si è concentrata sulle questioni dell'interpretazione della costituzione.

La lotta per l'interpretazione costituzionale segnala, dunque, un tratto caratteristico delle d.c. Si faccia attenzione, quindi, a non commettere l'errore di confinare tale caratteristica all'interno delle questioni puramente teoriche o, peggio, accademiche. La lotta per l'interpretazione costituzionale è ciò che conferisce sangue e muscoli, per riprendere una metafora già utilizzata, alle d.c. Le quali, facendo proprio un catalogo di diritti fondamentali, hanno, per così dire, tracciato dei margini di autonomia gli individui e ai gruppi, non valicabili da parte di qualsivoglia maggioranza momentaneamente al governo. E' tutta qui, in fondo, la differenza fondamentale tra una forma di potere semplicemente democratica e una democrazia costituzionale: la prima è una democrazia priva di limiti sostanziali, la seconda è una democrazia fondata proprio sull'esistenza di tali limiti, che prendono forma tramite i diritti fondamentali. Ma è tutta qui anche l'origine aporetica delle d.c. che sul rischioso contrasto tra volontà della maggioranza e limiti contromaggioritari apposti dalla costituzione vivono, faticosamente, la loro concreta esperienza.

---

<sup>20</sup> J.WALDRON, *Democracy and Disagreement*, Oxford, OUP, 1998 e R.BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, CUP, 2007.

Di qui, infine, il rilievo dell'interpretazione costituzionale. La decisione delle questioni più controverse dipenderà spesso da opzioni interpretative, che possono mirare, per un verso, ad accentuare il ruolo formale o procedurale della costituzione come mera posizione di regole del gioco politico (e, in questo caso, le corti costituzionali saranno chiamate a svolgere soprattutto un ruolo di arbitro della correttezza e del rispetto delle regole procedurali fissate dalla costituzione)<sup>21</sup> ovvero, dall'altro, ad accentuare il carattere sostanziale delle norme costituzionali, in particolare di quelle che sanciscono diritti fondamentali (e, in questo caso, le corti costituzionali saranno chiamate a svolgere un ruolo molto più attivo nella concreta determinazione delle norme)<sup>22</sup>.

### **7. Concezioni assolutizzanti della democrazia costituzionale.**

La schematizzazione appena compiuta non rende giustizia alla ricchezza delle interpretazioni della d.c. Si tenga inoltre conto che essa rinvia a e presuppone due più ampie visioni della democrazia. Mi riferisco al notissimo dibattito che contrappone, soprattutto negli Stati Uniti, *liberals* e *communitarians* e che, nella sostanza, ruota intorno al rapporto tra democrazia e costituzione. In estrema sintesi può dirsi che, mentre nel primo orientamento si riconoscono quei giuristi e filosofi che vedono nella costituzione uno strumento normativo diretto a garantire il corretto svolgimento della vita democratica e che escludono che essa possa fornire anche indicazioni sostanziali sugli esiti del processo democratico (costituzione come regola del gioco), il comunitarismo accentua invece il versante partecipativo del processo democratico, che deve essere aperto e inclusivo per permettere alla comunità dei cittadini di autodeterminarsi.

A testimonianza della valenza generale di questa contrapposizione e delle sue implicazioni, non solo costituzionali, va ricordata la ben nota posizione di mediazione espressa da J.Habermas. L'idea di Habermas si fonda su un presupposto: quello di non considerare la d.c. in termini di esclusiva istituzionalizzazione normativa (legal institutionalization), bensì nei termini di un complesso processo di legittimazione basato su di un doppio livello di comunicazione, costituito, il primo, dalla sfera pubblica informale e, il secondo, dalle classiche istituzioni rappresentative<sup>23</sup>. Sulla base di questo presupposto l'A. giunge a concepire i diritti fondamentali come un tutto (non solo cioè come diritti politici), costitutivo dell'ordine politico (self-legislation), che ha origine da un processo costituente sottoposto, a sua volta, ad alcune condizioni (che, in questa sede, tralascio). In tale contesto diritti fondamentali e sovranità popolare procedono di pari passo, sono cioè co-originari, giacché autonomia privata e autonomia pubblica si presuppongono reciprocamente. La conclusione è che il principio della sottoposizione alla legge (il *rule of law*) non precede la sovranità popolare, e neppure ne consegue, scaturendo dal processo di auto-legislazione politica, esattamente come l'imperativo categorico è implicito nel processo di auto-legislazione morale.

Se i tre modelli interpretativi, che in questa sede si è provato a riassumere, segnano i confini del dibattito contemporaneo intorno alle concezioni della d.c., va anche subito aggiunto che ciascuna posizione, cercando di imporre una propria visione della d.c., finisce per impoverirne il fattore più interessante e creativo che, in queste pagine, si è cercato di far emergere, vale a dire il carattere irrimediabilmente dilemmatico della stessa. Democrazia e costituzione sono due concetti che necessitano l'uno dell'altro e questa coesistenza determina conflitti inevitabili.

Una più recente espressione teorica di questo ineludibile contrasto è il filone della democrazia deliberativa, che, muovendo dal disagio legato alla crisi delle istituzioni rappresentative, cerca di rinvenire, all'interno della cornice istituzionale delle d.c., ulteriori canali di collegamento tra sfera sociale e politica, accanto a quelli

<sup>21</sup> J.H.ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.

<sup>22</sup> Sul punto cfr. R.DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996, 18; FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, cit., 4.

<sup>23</sup> Il tema è trattato, oltre che in *Fatti e norme*, in J.HABERMAS, *Constitutional Democracy. A paradoxical Union of Contradictory Principles?*, in *Political Theory*, 29, 6/2001, 766 ss., in part. 772-3.

trasmessi dalla tradizione della democrazia rappresentativa<sup>24</sup>. Questo fenomeno è, in parte, legato ai mutamenti interni ai sistemi democratici derivanti dall'evoluzione dello scenario internazionale successivamente al 1989, che ha di fatto comportato una diminuita capacità rappresentativa dei partiti politici, e, per altra parte, collegato a una maggiore frammentazione degli interessi e delle istanze presenti nella sfera sociale, che non riescono a trovare adeguata rappresentazione attraverso i tradizionali meccanismi di collegamento tra società e istituzioni.

In risposta a questo fattore di crisi le d.c. stanno sperimentando forme di rappresentazione innovative rispetto a quelle proprie della democrazia rappresentativa. La democrazia deliberativa valorizza il ruolo dei fori e delle arene della società civile, vale a dire delle nuove modalità di espressione di istanze e interessi da parte della sfera sociale, caratterizzate dalla massima apertura e dall'informalità. All'interno delle proposte teoriche riconducibili al filone della democrazia deliberativa, è possibile rinvenire modelli forti e deboli a seconda che i processi deliberativi siano 'confinati' all'interno della sfera sociale ovvero si tenti di trasferire i metodi deliberativi all'interno delle istituzioni rappresentative.

In ultima istanza, anche la democrazia deliberativa esprime, in forme nuove, l'esigenza sempre in evoluzione, mai risolta e (auspicabilmente) mai risolvibile di una continua, perenne rielaborazione del legame tra democrazia e costituzione<sup>25</sup>.

#### **8. Il costituzionalismo globale e la crisi delle democrazie costituzionali.**

La sfida principale che le d.c. dovranno affrontare nel prossimo futuro è la progressiva erosione dei tradizionali confini delle democrazie. Ai più noti fenomeni di rivendicazioni identitarie di livello sub-statale, incidenti anch'essi sulla determinazione dei confini, si aggiungono oggi il progressivo sovrapporsi agli ordinamenti nazionali di ordinamenti sovranazionali e internazionali (di tipo globale e regionale), nonché la proliferazione di fenomeni normativi non legati al raggiungimento dei fini e degli scopi tipicamente statali bensì a funzioni specifiche, dispiegantisi a livello transnazionale, come la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) o l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)<sup>26</sup>. Tutto ciò incide sulla capacità performativa delle d.c. e sulla loro pretesa normativa di tipo esclusivo (nel senso di non ammettere altra produzione normativa se non quella derivante dagli organi a ciò autorizzati dalla costituzione).

In questa sede, che ha dichiaratamente un carattere introduttivo e definitorio, non è possibile prendere in considerazione le dimensioni esatte del fenomeno e le sue possibili conseguenze. E' però possibile una notazione di carattere generale, discendente da quanto abbiamo provato finora a sostenere.

A tal fine conviene partire dalla constatazione della recente tendenza a 'costituzionalizzare' tutti i fenomeni così sommariamente individuati. Lasciando da parte l'ampiamente dibattuta questione della costituzione europea, è forte la tendenza a ragionare della costituzionalizzazione del diritto internazionale<sup>27</sup>. Esiste anche una spinta a riconoscere carattere costituzionale ai fenomeni normativi transnazionali di natura privata

<sup>24</sup> Sul punto esiste una vastissima produzione di carattere interdisciplinare di cui ho cercato di dar conto in R.BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, 271 ss.

<sup>25</sup> Sui rapporti tra d.c. e democrazia deliberativa cfr., per tutti, ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, cit., *passim*.

<sup>26</sup> Per un'attenta analisi di queste fattispecie cfr., nella letteratura italiana, S.CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

<sup>27</sup> J.L.DUNOFF, J.P.TRACHMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; J.KLABBERS, A.PETERS, G.ULFSTEIN (a cura di), *The Constitutionalisation of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

o mista, sopra richiamati <sup>28</sup>. La tendenza è ovviamente fortemente criticata da coloro che ritengono che il costituzionalismo sia indissolubilmente legato al fenomeno statale <sup>29</sup>.

Tale tendenza alla 'costituzionalizzazione' di fenomeni eterogenei e apparentemente lontani dagli oggetti del costituzionalismo tradizionale trova forse una propria *ratio* nella constatazione che da essi discendono nuovi e inusitati limiti al potere politico nazionale. In fondo, a ben guardare, il moltiplicarsi delle fonti e dei diritti sul continente europeo può tradursi in nuove forme di tutela per gli individui e, specularmente, in nuove limitazioni per il potere politico. Lo stesso dialogo tra le Corti in Europa finisce per creare nuove forme di controllo giurisdizionale anche in quei paesi che ne erano tendenzialmente privi (il caso paradigmatico è la Gran Bretagna), finendo per relativizzare la stessa operazione di definizione del campo delle d.c. che si è tentato di condurre in queste pagine <sup>30</sup>.

E tuttavia, se assolutizzati, questi due orientamenti sono da respingere perché è chiaro che, se gli strumenti del costituzionalismo possono aiutare a inquadrare e infrenare i fenomeni globali alla cui formazione assistiamo, neppure può ritenersi che sia corretto prescindere dalla questione della legittimazione democratica che tali fenomeni lasciano invece irrisolta <sup>31</sup>. Le conseguenze di una tale strategia sono ben intuibili da parte degli osservatori europei, abituati a discutere di tale questione all'interno dell'ordinamento europeo. Il progetto di Trattato costituzionale, fallito a seguito dei *referendum* francese e olandese, ha segnato il punto più avanzato di un dibattito in cui l'assenza di un popolo europeo, di istituzioni rappresentative e, infine, di uno Stato europeo ha costituito uno degli strumenti principali nelle mani di chi avversava l'idea di una costituzione europea.

L'idea di attribuire carattere costituzionale a organizzazioni internazionali o, di più, a soggetti privati che operano, funzionalmente, nella dimensione transnazionale, prescindendo o disinteressandosi della questione democratica, sarebbe quindi un errore teorico e pratico. Se è vero che democrazia e costituzione convivono in un rapporto dialettico e dilemmatico, la loro completa disgiunzione darebbe ingresso a un mutamento di scenario così radicale da rendere inservibile non solo il concetto di democrazia ma anche quello di costituzione.

---

<sup>28</sup> G.TEUBNER, *Un Momento Costituzionale? Le logiche del "Toccare il fondo"*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2/2011, 11; ID., *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung* [2012], trad.it. *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.

<sup>29</sup> D.GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P.Dobner, M.Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 3 ss.

<sup>30</sup> Partendo da un'analisi che evidenzia come il costituzionalismo sia servito, fin dalla fine del Settecento, a compensare l'incompletezza della democrazia (dal punto di vista sia empirico che normativo), WALKER, *Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy*, cit., 31, prospetta l'opportunità di non rinunciare a interpretare i fenomeni di internazionalizzazione con gli strumenti del costituzionalismo.

<sup>31</sup> Questa tendenza si avverte nel coraggioso volume di G.DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009.