

# Diritto contro democrazia?

Almeno dagli anni di Tangentopoli il nostro Paese conosce un conflitto sempre più lacerante, e apparentemente insolubile, fra maggioranza politica di centrodestra e magistratura: un contrasto che eccede la fisiologia della separazione e del bilanciamento dei poteri, e che forse non ha eguali nelle altre democrazie occidentali. Eppure, si tratta anche di un conflitto stranamente familiare – il caso estremo di un fenomeno ampiamente studiato – per chi abbia una sommaria conoscenza dell'enorme letteratura internazionale di teoria del diritto o forse dell'etica (della morale, della politica, del diritto): letteratura nella quale le questioni più dibattute riguardano, dagli inizi del Novecento, il problema della creazione giudiziale di diritto e, nell'ultimo mezzo secolo, il controllo di legittimità costituzionale delle leggi e, più in generale, i rapporti fra diritto e democrazia.

La circostanza naturalmente non ci consola: ma forse merita un approfondimento. Qui di seguito, dunque, si compirà anzitutto una rapida ascesa al cielo della teoria del diritto e dell'etica contemporanea: cielo occupato ogni giorno di più da una dottrina favorevole al controllo di legittimità costituzionale delle leggi, dottrina che molti chiamano neocostituzionalismo. Poi, si scenderà altrettanto velocemente sulla terra di mezzo fra teoria giuridica e impegno politico rappresentata dalle versioni italiane del neocostituzionalismo: in particolare, dalle dottrine di Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. Infine, e soprattutto, si tor-

nerà sulla terra – sulla terra-terra, per così dire – dello scontro quotidiano fra politica e magistratura, al fine di ricavarne qualche considerazione non del tutto ovvia sui rapporti fra democrazia e diritto nel nostro sistema costituzionale.

Le vicende della teoria politica e sociale contemporanea risulterebbero certo misteriose se si ignorasse la svolta impressa a questi studi, negli anni Settanta, da *A Theory of Justice* (1971) di John Rawls. Allo stesso modo, la storia recente della teoria del diritto sarebbe quasi incomprensibile se non si partisse da *Taking Rights Seriously* (1977) di Ronald Dworkin. Parzialmente tradotto in italiano dal Mulino già all'inizio degli anni Ottanta, e oggi opportunamente riproposto dallo stesso editore in versione integrale, il libro di Dworkin segna il passaggio da una teoria del diritto meramente conoscitiva, come voleva essere le classiche teorie giuspositiviste di Hans Kelsen o di Herbert Hart, a una teoria giuridica più o meno esplicitamente normativa, fittamente intrecciata con la discussione politica e costituzionale statunitense.

Di fatto, il nucleo normativo del libro è la Tesi dei diritti, che tira le conseguenze dalla stagione di lotte per i diritti civili iniziata da *Brown vs Board of Education* (1954): la famosa sentenza della Corte suprema che abolì la segregazione razziale nelle scuole pubbliche. La Tesi dei diritti sostiene appunto che le corti, e

in particolare la Corte suprema, devono difendere i diritti delle minoranze: diritti che non sarebbero abbastanza garantiti dalle istituzioni democratiche o piuttosto maggioritarie statunitensi. Da tipico autore *liberal*, infatti, Dworkin ha cura di insistere sul carattere democratico della propria posizione contro maggioritaria; il *judicial review of legislation*, in particolare, sarebbe un ingrediente indispensabile della democrazia costituzionale statunitense, nella quale presidente e Congresso tutelerebbero i diritti politici della maggioranza e le corti i diritti civili delle minoranze.

In Europa, specie nei Paesi che hanno conosciuto regimi totalitari o autoritari, e dove sono state introdotte, dopo la seconda guerra mondiale, Costituzioni rigide e Corti costituzionali sul modello statunitense, le tesi di Dworkin hanno ispirato una variante continentale del costituzionalismo anglo-americano: il neocostituzionalismo, appunto. Dopotutto, non era stato proprio il costituzionalismo – le dichiarazioni dei diritti, il *rule of law*, la separazione o bilanciamento dei poteri – a immunizzare le democrazie anglo-americane dal contagio totalitario? Il neocostituzionalismo, rivendicando l'autonomia del diritto dalla politica, e il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria, propone così una nuova forma di Stato di diritto, diversa dallo Stato legislativo ottocentesco: lo Stato di diritto costituzionale. Oltretutto, a differenza della Tesi

dei diritti – che si presenta sì come radicata nel sistema costituzionale statunitense, ma anche come prevalentemente normativa – il neocostituzionalismo continentale può presentarsi come una teoria prevalentemente conoscitiva del diritto. Dopo l'introduzione di Costituzioni rigide, e grazie all'operare del controllo di legittimità costituzionale delle leggi, che dalle apposite corti si è esteso ai giudici ordinari, diritti, principi e valori costituzionali hanno impregnato in profondità i sistemi giuridici, finendo per estendersi al diritto comunitario e internazionale. Il neocostituzionalismo continentale, dunque, ha qualche ragione a presentarsi come una teoria conoscitiva del diritto positivo vigente: e una teoria più aggiornata del positivismo giuridico, tradizionalmente compromesso con il primato della legislazione.

Naturalmente, il neocostituzionalismo non si è imposto senza contrasti: neppure fra i cultori del diritto costituzionale, e all'interno di quelle Corti costituzionali che esso raffigura, negli stessi termini della teoria della giustizia nordamericana, come «tribunali della ragione pubblica» (Rawls) o «fori dei principi» (Dworkin). Oltre a molte obiezioni conoscitive, il neocostituzionalismo ha incontrato le critiche di nuove forme esplicitamente normative di giuspositivismo: rivendicazioni della dignità della legislazione ordinaria e della sovranità del Parlamento – spesso provenienti dal Regno Unito e dagli altri Paesi del Commonwealth rimasti estranei al *judicial review* statunitense – che spesso si intrecciano con teorizzazioni neodemocratiche (repubblicane, deliberative, par-

tecipative).

Queste critiche, ben rappresentate nel vasto mondo da Jeremy Waldron, e in Italia da Anna Pintore, hanno potuto invocare la tradizionale obiezione contromaggioritaria: pochi giudici, di solito molto anziani, e che spesso decidono con maggioranze risicate, non sarebbero più idonei tecnicamente, e comunque non sarebbero più legittimati politicamente di Parlamenti democraticamente eletti a risolvere le questioni eticamente sensibili che dividono le opinioni pubbliche occidentali. Dopotutto, se non si ha fiducia nella democrazia, perché mai ci si dovrebbe affidare a quelle piccole micro-democrazie giudiziarie, funzionanti anch'esse a maggioranza, che sono le Corti costituzionali? Obiezioni del genere vengono talvolta rivolte anche alle versioni italiane del neocostituzionalismo: versioni che consideriamo subito.

Non è un caso che i teorici del diritto italiani più noti e tradotti siano oggi Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky: gli autori più *in touch*, evidentemente, con il clima del dibattito internazionale. Si dice che, nel mondo globalizzato, tutti discutano di tutto con tutti; in realtà, sono passati i tempi in cui Kelsen leggeva Dante in italiano e Hart discuteva con Norberto **Bobbio**: oggi molti teorici del diritto statunitensi saprebbero a malapena indicare la nostra penisola sul mappamondo. La notorietà di Ferrajoli e Zagrebelsky, come se non bastasse, ha dovuto superare un altro ostacolo, oltre all'emarginazione della cultura e della lingua italiane: il loro neocostituzionalismo non è estraneo a una politica nostrana che fuori dai patri confini appare pressoché insondabile.

Il garantismo penale di Ferrajoli, ad esempio, viene dagli anni di piombo; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989) oppone alla politica dell'emergenza un modello di diritto penale minimo che non mira solo all'attuazione dei principi costituzionali: ad esempio, esprime anche una ostilità di principio, ispirata dal rispetto per la persona, nei confronti della rieducazione del condannato prevista dall'articolo 27, comma 2 della Costituzione. Certo, poi è venuta Tangentopoli, e anche «garantismo» è divenuta una parola ambigua: uno slogan speso soprattutto contro il preteso giustizialismo dei giudici e invocato per introdurre quel principio costituzionale del giusto processo che ha solo rinviato la resa dei conti fra politica e magistratura. Il minimo che si possa dire – guardando alle vicende successive, se non proprio alla cronaca dei nostri giorni – è che Ferrajoli non è stato profeta in patria. Se negli anni di piombo il suo garantismo strideva con la politica dell'emergenza, nell'era berlusconiana fa a pugni con l'ossessione securitaria e la criminalizzazione dell'immigrazione. Quanto al neocostituzionalismo formulato nel monumentale *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2008), in Italia esso può apparire soprattutto come quell'adesione ai valori della Costituzione repubblicana che è ancora largamente prevalente fra i giudici e i docenti universitari di diritto di casa nostra: non a caso minacciati gli uni e gli altri – e forse ancora più i secondi dei primi – di una sorta di esilio interno.

Molto più *flou*, ma non meno intrigante teoricamente, è l'opera dell'altro dióscuro del neocostituzionalismo italiano, Zagrebelsky. Nella sua qualità di presidente emerito della Corte costituzionale, da noi si tende subito ad arruolarlo nel cosiddetto partito dei giudici. All'estero, invece, Zagrebelsky è soprattutto l'autore de *Il diritto mite* (1992): titolo che da solo basterebbe a escludere qualsiasi pretesa di radicalismo. Di fatto, come il (neo) costituzionalista tedesco Robert Alexy, Zagrebelsky mira soprattutto a esprimere il senso comune del giurista dello Stato di diritto costituzionale: senso comune che solo nell'Italia di oggi, e a editorialisti di destra rimasti improvvisamente sprovvisti di bignami giuridici, potrebbe apparire eversivo.

Più ancora che Ferrajoli, in effetti, Zagrebelsky esprime una forma di irenismo – una scommessa sulla ragionevolezza come strumento per risolvere le questioni pratiche e appianare i conflitti – che è tipica del neocostituzionalismo e più in generale di gran parte delle filosofie *liberal* circolanti: dalla teoria della giustizia di Rawls all'etica del discorso di Habermas, sino a tutte le teorie progressiste della deliberazione e della partecipazione democratica oggi in voga. Manca solo una qualche iniezione di confucianesimo – del tipo di quello divulgato in Francia dal filosofo e sinologo François Jullien, in coincidenza con la crescita dell'influenza economica e politica della Cina – per rendere questa sinistra ancora più moderata e conciliante di quanto già non sia.

Circa il neocostituzionalismo e il progressismo contemporanei, in effetti, andrebbe sottolineata questa singolare circostanza. Proprio

mentre la politica personalizzata e spettacolarizzata diviene ogni giorno più muscolare, popolandosi di leader più a loro agio nelle dispute da birreria che nel pacato confronto delle idee; proprio mentre sulla scena occidentale e globale si riaffaccia la guerra, e i vari Commanders in Chief cercano nemici sempre più improbabili per surrogare il mai troppo rimpianto «Pericolo Rosso», ecco, proprio in questa lunga stagione, forse niente affatto chiusa dal successo elettorale di Obama, gli intellettuali progressisti sembrano soprattutto impegnati a mettere la sordina al conflitto, appellandosi alla mitezza e alla ragionevolezza.

E poi ce la prendiamo con il buonismo della sinistra italiana, perennemente impegnata a dividersi al proprio interno sul modo migliore per transigere con l'avversario. Dubito che l'istituzionale Pierluigi Bersani o il movimentista Nichi Vendola si siano mai accostati alle novecento pagine dei *Principia iuris* di Ferrajoli: per non parlare dei volumi, non meno prolissi, di Dworkin, Rawls o Habermas. Ma anche se lo avessero fatto, quali ammaestramenti ne avrebbero ricavato? L'irenismo, appunto: la tendenza a considerare il conflitto meramente apparente, una superficie agitata sotto la quale si intravedono più profonde armonie. E il conflitto più apparente di tutti sarebbe proprio quello che sta al cuore del neocostituzionalismo: fra democrazia e Costituzione, fra politica e diritto.

Questo il clima che si respira nella teoria giuridica e politica contemporanea. Bene, se da queste altezze si torna improvvisamente

sulla dura terra della politica italiana, si oscilla fra lo spaesamento e il terrore. L'opposizione avrà pure i suoi deficit culturali, e comunque l'irenismo dei suoi teorici non la potrebbe aiutare granché. Ma vogliamo parlare della maggioranza? Quali argomenti hanno fornito al loro *dominus* i suoi *maîtres à penser*, i Giuliano Ferrara e i Gianni Baget Bozzo? Quali argomenti «democratici» può usare contro i giudici chi della democrazia capisce solo il potere della maggioranza, mentre gli sfugge completamente il rispetto delle minoranze e delle regole? Come può perdere tempo ad argomentare, chi ha passato la propria vita a comandare o, al massimo, a negoziare?

Ma immaginiamo l'inimmaginabile; dopotutto, se ha creato una classe dirigente la Lega, anche il berlusconismo riuscirà prima o poi a formare qualche intellettuale di vaglia. Bene, immaginiamo questo ipotetico intellettuale berlusconiano intento a rispolverare l'argomento della democrazia contro il governo dei giudici,

sia costituzionali sia ordinari: nei termini comuni nel dibattito internazionale, e usati anche da intellettuali italiani, sfortunatamente tutti non berlusconiani. E chiediamoci: sarebbe convincente questo argomento qui e oggi, a fronte dell'assetto reale dei poteri – la tanto invocata Costituzione materiale – formatosi in questi ultimi quindici anni al posto di quello previsto dalla Costituzione formale del 1948?

In un sistema di democrazia rappresentativa, come formalmente è ancora il nostro, l'organo de-

per eccellenza resta il Parlamento: è questo che i cittadini vanno a votare, benché sulle schede elettorali, su molti simboli di partito, compaiano ormai anche i nomi dei leader; è da quest'organo, e non dal controllo dei (tele)giornali, che il governo riceve la sua legittimazione democratica; è verso quest'organo, rappresentativo del popolo in cui risiede la sovranità, che il governo è responsabile. Certo, si potrebbe sostenere che un Parlamento eletto con il «Porcellum» è nominato dai partiti, non eletto; in particolare, che una maggioranza di parlamentari scelti dai loro leader tramite casting non sia rappresentativa di altri che degli stessi leader.

In realtà, tutti sanno quanto le attribuzioni rispettive dei tre poteri montesquiviani siano cambiate e quanto i poteri di decisione si siano spostati verso organi non eletti direttamente dal popolo, come il governo e la magistratura. Dopotutto è una democrazia anche l'Unione europea, quantomeno perché formata di Stati democratici. Si sa anche come funziona il nostro Parlamento: non fa quasi più leggi, limitandosi a ratificare i decreti del governo e i provvedimenti della Ue, esercitando assai blandamente anche i suoi residui poteri di controllo. Ma anche questo corrisponde a una evoluzione ormai secolare; e poi, diciamoci la verità, il Parlamento non è mai stato il luogo migliore per fare le leggi: come un uomo e una donna, per Massimo Troisi, sono le ultime persone che dovrebbero sposarsi.

Insomma, la nostra Costituzione materiale, nonostante tutto, può ancora dirsi democratica per metonimia, perché discende da una democrazia formale democratica.

Tutti sappiamo, peraltro, che si tratta in realtà di una poliarchia: nella quale gli elementi democratici (il Parlamento, o quel che ne resta) si combinano con elementi aristocratici (la magistratura, la Corte costituzionale) e anche monarchici (il diritto divino del più ricco). Soprattutto, nonostante le tendenze consociative della Prima Repubblica, e contro l'inclinazione monopolistica dell'attuale presidente del Consiglio, si tratta ancora di un sistema costituzionale liberale, nel quale i poteri montesquiviani, sia pure riaggregati e integrati in modi che li renderebbero irriconoscibili allo stesso Montesquieu, continuano a bilanciarsi l'uno con l'altro.

L'ipotetico intellettuale berlusconiano, dunque, potrebbe sì invocare questa Costituzione materiale democratica per difendere il potere ottenuto dall'attuale presidente del Consiglio forzando la Costituzione formale: ma non potrebbe poi lamentare, e meno che mai ritenere antidemocratiche, le analoghe forzature operate dalla magistratura. Certo che, proprio come l'esecutivo, anche il giudiziario aveva altre funzioni, nella Costituzione del 1948: era un ordine e non un (contro)potere, come ci ha ricordato per decenni uno strano costituzionalista, il presidente Cossiga. Oggi, reagendo all'azione di politici come Bettino Craxi e Silvio Berlusconi, e a un tasso di corruzione inferiore solo a quello del vicino Oriente, la magistratura è diventata un contropotere: dobbiamo strapparci i capelli per questo?

Anche la Corte costituzionale ha cambiato ruolo; in Kelsen, suo inventore, esercitava funzioni di legislazione negativa, limitando il primato del Parlamento. Oggi,

la Corte produce diritto quasi dichiaratamente, interpretando la Costituzione nei modi esaltati dal neocostituzionalismo, ma che il democratico Kelsen aveva immaginato al solo fine di esorcizzarli. Certo, l'argomento della Costituzione materiale improvvidamente invocato dal teorico berlusconiano basterebbe già a metterla al riparo dalle critiche parade-mocratiche e filomaggioritarie: questa è l'evoluzione del sistema, questo il diritto vivente. Ma quando la Corte annulla una violazione patente della Costituzione come il lodo Alfano, non c'è neppure bisogno di difenderla così: essa si limita a esercitare le proprie funzioni originarie.

Certo, questo assetto dei poteri supremi, formatosi in decenni di alterazioni dell'equilibrio stabilito dalla Costituzione formale, si può sempre cambiare: cambiamento che sembrava persino imminente, prima della rottura fra Berlusconi e Gianfranco Fini.

Ma attenzione: per cambiare la Costituzione ci sono due strade. Una è l'apparente scorciatoia, in realtà lenta e dagli esiti imprevedibili, di ulteriori mutamenti della Costituzione materiale; ma continuando a percorrerla come l'ha percorsa coerentemente in questi quindici anni, il governo di centro-destra non può poi lamentare che altri organi costituzionali facciano altrettanto: che giudici o Corte costituzionale cerchino anch'essi di attribuirsi poteri non previsti dalla Costituzione del 1948. L'altra strada è la via maestra indicata dalla stessa Costituzione formale, all'articolo 138, per le riforme costituzionali: se è ancora

questo, beninteso, che qualcuno vuole davvero. Di fatto, nonostante tutte le forzature e gli abusi che ne stanno svuotando ogni giorno di più l'originario richiamo alla democrazia, la nostra Costituzione ha sinora inopinatamente resistito, e potrebbe ancora resistere anche a una ultima spallata berlusconiana. Solo se ciò avvenisse – solo cioè ove si fosse respinto l'ultimo tentativo di stravolgimento totale – altri e più seri riformatori potrebbero finalmente pensare a tutti gli aggiornamenti puntuali di cui la Costituzione formale certamente necessita: restituendo un ruolo maggiore dell'attuale anche alle sue istituzioni indiscutibilmente democratiche.

*Il neocostituzionalismo  
è la variante continentale  
del costituzionalismo  
anglo-americano*

*Neocostituzionalisti  
italiani, tra diritto  
e politica*

*Ragionando di  
democrazia, diritto  
e Costituzione materiale*

*Due strade per cambiare  
la Costituzione:  
un'apparente scorciatoia  
o la via maestra*

.....  
**Mauro Barberis** insegna Filosofia del diritto all'Università di Trieste. Il suo ultimo libro, pubblicato con il Mulino, è *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea* (2008).