

Il seguente articolo è un'anticipazione della rivista «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010; la numerazione provvisoria non corrisponde a quella definitiva.

© 2010, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

MARCO GOLDONI

Che cos'è il costituzionalismo politico?

1. *Costituzionalismo giuridico vs costituzionalismo politico* – 2. *La giustificazione normativa: eguale partecipazione e disaccordo* – 3. *Ragion pubblica, corti e parlamenti* – 4. *I limiti del costituzionalismo politico*.

Negli ultimi decenni, a seguito dell'espandersi del controllo di costituzionalità, la riflessione sul ruolo delle istituzioni negli ordinamenti giuridici contemporanei si è concentrata quasi esclusivamente sul lavoro delle corti¹. Questo fenomeno è probabilmente dovuto, fra le altre cose, alla crescita esponenziale della giurisdizione di corti nazionali e transnazionali, favorita dai processi di globalizzazione². L'operato di due tribunali come la Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia europea, fra altre corti, ha rappresentato un motivo principale di riflessione sul ruolo della giurisdizione negli ordinamenti contemporanei³. In alcuni ambiti, la crescita del potere giurisdizionale sembra poter giungere al punto in cui si può affermare, parafrasando quanto Tocqueville annotava a proposito degli Stati Uniti, che quasi ogni questione politica possa, in principio, essere decisa in sede giudiziaria.

Reagendo contro questa eccessiva concentrazione sul lavoro delle corti, una serie di opere di teoria del diritto e della politica, pubblicate a

¹ Sulla crescita e l'affermazione di un nuovo costituzionalismo si veda, nella letteratura italiana, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e giuspositivismo*, Giappichelli, Torino, 2001. Cfr., inoltre, i lavori di G. BONGIOVANNI, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto*, Clueb, Bologna, 2000; *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005; da ultimo: G. ZAGREBELSKY, *Le legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008. In spagnolo, si rimanda a M. CARBONELL (a cura di), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

² C. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995; S. CASSESE, *Diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; M.R. FERRARESE, *Il diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

³ Sempre maggiore è anche l'attenzione dedicata all'*Appellate Body* del WTO: si veda, da ultimo, A. ALVAREZ-JIMENÉZ, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, in «Journal of International Economic Law», 12, 2009, pp. 393-415.

partire dalla fine degli anni Novanta, ha cercato di riportare l'attenzione sull'aspetto prettamente politico del costituzionalismo. Ciò si deve, a livello teorico, ad una rinnovata riflessione sul rapporto fra democrazia e costituzione mentre, a livello pratico, esso è dovuto ad una serie di decisioni giudiziarie contingenti che hanno deluso le aspettative di chi vedeva nel potere giudiziario una forza fondamentalmente progressista. In entrambi i casi, si tratta di fenomeni maturati soprattutto in ambiente anglosassone⁴. Uno degli aspetti più interessanti di questo *revival* politico del costituzionalismo risiede nella diversa provenienza filosofica dei suoi esponenti. Si va dal liberalismo di Jeremy Waldron⁵ al repubblicanesimo di Richard Bellamy⁶ e Adam Tomkins⁷, fino alle posizioni definibili, in maniera non sempre precisa, come democratiche e popolari, quali quelle di Mark Tushnet⁸ e Larry Kramer⁹. Pur avendo ispirazioni filosofiche diverse e senza avere la pretesa di costituire un movimento¹⁰, le opere di questi autori sono contraddistinte da un minimo comune denominatore che forma una base minima per un approccio alternativo a quanto può essere definito, in maniera molto ampia, il costituzionalismo giuridico, ossia quel genere di approccio che pone al centro del proprio interesse il lavoro delle corti costituzionali o supreme¹¹.

Il costituzionalismo politico si organizza attorno a tre nuclei concettuali caratteristici di questa dottrina. Il primo riguarda un diverso rapporto fra diritto e politica, in cui, a differenza di quanto sostenuto dal costituzionalismo giuridico, la politica precede, in senso assiologico, il diritto. A

⁴ Due eccezioni sono rappresentate da M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

⁵ *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, tr. it. a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano, 2001.

⁶ *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁷ *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005.

⁸ *Taking the Constitution Away from the Courts*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999; *The United States Constitution. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford, 2009.

⁹ L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

¹⁰ Nessuno di questi autori, esclusi Bellamy e Tomkins, utilizza esplicitamente la formula "costituzionalismo politico", ma, come si spera di mostrare nel corso dell'articolo, tutti gli autori citati adottano un'interpretazione politica della costituzione. Per una ricognizione del significato politico della costituzione, cfr. G. MADDOX, *A Note on the Meaning of 'Constitution'*, in «The American Political Science Review», 76, 1982, pp. 805-809.

¹¹ Tale costituzionalismo può essere definito in vari modi. I costituzionalisti politici si servono, appunto, dell'espressione costituzionalismo giuridico, la quale verrà utilizzata anche in questa sede. Cfr. T. POOLE, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 23, 2003, pp. 435-436; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 13-142.

livello disciplinare, questa prospettiva impone una maggiore attenzione da parte dei costituzionalisti per la filosofia politica¹² e, viceversa, più consapevolezza da parte dei filosofi politici dell'importanza della questione che attiene alla legittimità delle procedure decisionali. Il secondo riguarda il ruolo della partecipazione politica e del disaccordo nel processo democratico. La legittimazione dell'autorità si fonda sulla capacità di trovare una risoluzione al problema del conflitto nonostante la presenza di un dissenso pervasivo. Il terzo nucleo, per certi aspetti il più caratterizzante, riguarda il modello istituzionale più adatto ad un costituzionalismo politico. Esso propone, fondamentalmente, il rigetto quasi totale del controllo giurisdizionale di costituzionalità e l'adozione di un neoparlamentarismo come assetto migliore per la tutela dei diritti e per il controllo degli altri poteri¹³. Dopo aver ricostruito i tratti principali di questa dottrina ed averne mostrato le potenzialità normative per una teoria costituzionale, nell'ultimo paragrafo si prenderanno in considerazione alcuni limiti teorici che ne affliggono la riflessione e rendono necessario un lavoro di ulteriore rimodellamento.

1. *Costituzionalismo giuridico vs costituzionalismo politico*

I tratti salienti del costituzionalismo politico possono essere ricapitolati in maniera piuttosto sintetica in opposizione agli aspetti caratteristici del costituzionalismo giuridico. Innanzitutto, si può notare che la questione fondamentale, per il costituzionalismo giuridico, rimane quella classica del rapporto fra diritto e morale¹⁴. Il diritto trae la sua legittimità principalmente dalla morale. Di conseguenza, esso viene considerato come antecedente alla politica e come *condicio sine qua non* per il normale dispiegarsi dell'attività

¹² Lungo questa scia sono inquadrabili diversi recenti lavori di teoria politica: A. WEALE, *Democracy*, Basingstoke, London, 1999; I. SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, Yale University Press, New Haven, 2003; R. DAHL, *How Democratic Is the American Constitution?*, Yale University Press, New Haven, 2001.

¹³ Per questo motivo non si prende in considerazione il lavoro di altri autori che sono particolarmente interessati all'aspetto politico del diritto costituzionale: cfr. M. LOUGHLIN, *Swords and Scales. An Examination of the Relations between Law and Politics*, Hart, Oxford, 2000. Occorre poi notare che un autore come Larry Kramer, pur sostenendo la relativa supremazia del legislativo, predilige un'organizzazione dei poteri che tenga conto del rapporto fra federazione e singoli Stati.

¹⁴ Questo non significa, come pretendono alcuni studiosi, che il rapporto fra diritto e politica venga totalmente trascurato dal costituzionalismo giuridico. Tuttavia, la centralità di questa relazione non viene colta in diversi suoi aspetti e rimane subordinata alla questione del rapporto fra diritto e morale.

politica¹⁵. Secondo questo schema, al di fuori dei confini del giuridico, la conflittualità politica sfocerebbe in instabilità e disordine. La costituzione garantisce i presupposti necessari affinché si possa avere una politica democratica. Il modo migliore per realizzare questo obiettivo è concepire la costituzione come norma che deve essere applicata dalle corti. Il processo di costituzionalizzazione dei diritti e della struttura istituzionale di base corrisponde, in tale ottica, prima alla sottrazione di alcuni principi dall'agone politico ordinario, e successivamente all'interpretazione di questi stessi principi come non disponibili ai normali processi democratici.

Le conseguenze principali che derivano da questa impostazione sono due. In primo luogo, occorre sottolineare l'idea secondo cui la sede migliore per la risoluzione dei più intensi conflitti politici sia quella giurisdizionale, in quanto essa rappresenta il luogo più appropriato della razionalità pratica. L'erompere del conflitto viene semplicemente prevenuto espungendo dalla discussione strettamente politica temi fortemente controversi¹⁶. Soggiacente a questo assunto si trova l'idea per cui le istituzioni politiche sono esposte ad un agire irrazionale, guidate da fattori contingenti come le passioni e gli interessi, mentre le corti rappresentano un modello efficace di ragionamento pratico che può essere esercitato in virtù di una posizione di relativa indipendenza e distanza dagli altri poteri politici. Questo *ethos* della giurisdizione è stato analizzato e riassunto in termini efficaci, in un celebre studio sulla mentalità del legalismo, da Judith Shklar: «la politica viene intesa non solo come qualcosa di distinto, ma inferiore, al diritto. Il diritto mira alla giustizia, mentre la politica tende solo all'espedito. Il primo è neutrale ed oggettivo, la seconda risulta essere il prodotto di interessi ed ideologie in competizione»¹⁷. In quest'ottica, non esiste alcun conflitto politico che non sia risolvibile in via giurisdizionale, o ancora più precisamente, nessun conflitto può essere considerato realmente risolto fino a che non è stato affrontato da una corte.

¹⁵ Per una rappresentazione del diritto come luogo di una razionalità superiore a quella politica si vedano, fra molteplici esempi, G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; W. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

¹⁶ Tale prospettiva causa le critiche di chi concepisce la politica in senso agonistico: C. MOUFFE, *The Return of the Political*, Verso, London, 1993, p. 1.

¹⁷ J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964, p. 111. Una formulazione dell'applicazione giurisdizionale delle norme come miglior sistema di tutela dello stato di diritto viene da L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.

La seconda conseguenza del primato del diritto sulla politica è data dal fatto che l'autorità legittima di una costituzione non viene più giudicata in base al modo in cui essa è stata adottata, ma secondo criteri razionali sostantivi, come, ad esempio, i principi di giustizia o una prospettiva fondata sui risultati (*results-based*) prodotti dalle procedure costituzionali¹⁸. Le ragioni a sostegno del costituzionalismo giuridico sono, quindi, quelle "in uscita" (*output reasons*), mentre quelle "in ingresso" (*input reasons*) vengono considerate irrilevanti¹⁹. I principi del costituzionalismo democratico, secondo questa prospettiva, non provengono da una particolare interpretazione della democrazia, ma piuttosto da una concezione peculiare della ragionevolezza che garantisce l'accordo su una serie di principi e la costruzione di procedure che portino a risultati moralmente legittimi²⁰. Per Rawls, ad esempio, l'adozione di una logica contrattuale come quella che ispira la posizione originale porta a giudicare le costituzioni e le libertà fondamentali sulla base della concezione più ragionevole della giustizia e non in base ai risultati di un reale e concreto processo politico²¹. La corte suprema o costituzionale, per la sua posizione di relativa distanza dalla politica ordinaria, si trova nella posizione migliore per poter giudicare se la costituzione e le leggi fondamentali generino risultati in accordo con la più ragionevole delle concezioni della giustizia²². Essa può prendere decisioni sbagliate, ma siccome la sua è una razionalità pratica basata su principi, tali errori danno comunque luogo ad un'apprezzabile discussione pubblica nei luoghi deputati alla formazione dell'opinione pubblica. Il genere di ragionamento giuridico tipico di una corte, con la contrapposizione di due argomenti di fronte ad un arbitro terzo, viene considerato il più adatto a proteggere i diritti ed a gestire i conflitti del pluralismo. Soggiacente a questa impostazione si trova l'idea che la miglior forma di autorità sia quella impersonata da un arbitro

¹⁸ I due modelli normativi principali sono offerti da R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1986; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982.

¹⁹ Sul punto sembra concordare anche J. RAZ, *Disagreement in Politics*, in «American Journal of Jurisprudence», 43, 1998, pp. 45-46.

²⁰ Cfr., ad esempio, la giustificazione del controllo di costituzionalità in S. FREEMAN, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, in «Law and Philosophy», 9, 1990, pp. 326-327.

²¹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 233. Per una critica di questo tenore a Rawls si veda J. HABERMAS, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in «Journal of Philosophy», 92, 1995, p. 128.

²² G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005.

esterno al conflitto²³ e, in secondo luogo, una concezione spesso individualista dei diritti fondamentali, intesi come rivendicazioni di un soggetto singolo nei confronti della società²⁴. In quest'ultimo senso, centrale per il costituzionalismo giuridico è l'idea della potenziale contraddizione fra diritti costituzionali e *policy* per l'interesse comune. Poiché le decisioni politiche vengono prese spesso per ragioni utilitarie che garantiscono l'interesse di una maggioranza a scapito delle minoranze, allora è necessario sottrarre alla discussione politica un insieme di diritti costituzionali essenziali. Le corti, focalizzandosi inevitabilmente sul caso individuale, diventano il *forum* migliore per proteggere i diritti costituzionali. Da qui proviene l'argomento normativo che reclama la costituzionalizzazione dei diritti e la loro protezione per mezzo di un controllo di costituzionalità diffuso od accentrato che sottragga alla dialettica parlamentare la loro tutela. Non importa, per il costituzionalismo giuridico, che le corti supreme non siano responsabili (*accountable*) di fronte ad altre istituzioni politiche, fintantoché esse prendono decisioni corrette su questioni che riguardano l'assetto democratico²⁵. La discrezionalità garantita alle corti viene mitigata da tre dati di fatto: 1) esse non possono attivarsi da sole, ma solo attraverso il ricorso di individui; 2) solitamente, il loro arbitrio è confinato dentro un perimetro tracciato da una dichiarazione dei diritti e da una serie di precedenti vincolanti; 3) la capacità di fare rispettare le proprie decisioni dipende direttamente dalla credibilità della corte stessa.

Infine, per la natura del diritto e per la condizione del potere giurisdizionale (relativamente distante da quello politico), il costituzionalismo giuridico ritiene che il miglior modo per mantenere il potere esecutivo responsabile sia quello di assoggettarlo al controllo giurisdizionale secondo le modalità del ragionamento giudiziario. Il controllo sul potere del governo deve avvenire tramite l'applicazione di regole e principi giuridici. Esso deve essere guidato, specialmente, dalla tutela dei diritti fondamentali. Il vantaggio offerto dalla giurisdizione va ritrovato nella giustificazione (e quindi nell'introduzione di ragioni nel dibattito pubblico) che le corti devono fornire quando controllano la correttezza dei comportamenti dell'esecutivo²⁶. Tale metodo favorisce la trasparenza e la pubblicità dell'agire del potere esecutivo. Le corti supreme, pertanto,

²³ Questa è, ad esempio, l'impostazione di J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 212. Cfr., inoltre, S. HAMPSHIRE, *Justice Is Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 2001, pp. 89-90.

²⁴ Due classici esempi sono R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

²⁵ R. DWORKIN, *Law's Freedom: The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1996, p. 34.

²⁶ Contro questo genere di argomento, cfr. L. KRAMER, *The People Themselves*, cit., p. 240.

devono proteggere i diritti fondamentali dell'individuo sia nei confronti della maggioranza parlamentare sia rispetto all'attività del governo e dell'amministrazione. Anche in questo caso, i tribunali devono limitare, e in alcuni casi addomesticare, il tratto politico del costituzionalismo²⁷.

I costituzionalisti politici rovesciano tale impostazione e attribuiscono un primato alla dimensione politica del costituzionalismo. Il diritto viene quindi concepito come «continuazione della politica con altri mezzi»²⁸. Poiché anche il diritto serve a gestire e risolvere i conflitti, esso viene ad essere rappresentato come un'altra forma di discorso politico. Lo statuto della morale, in questo ambito, viene considerato «irrelevante»²⁹, almeno per quanto riguarda la legittimità dell'autorità politica. In effetti, i costituzionalisti politici non prendono posizione nel dibattito sul realismo morale e rimangono agnostici rispetto alla questione dello statuto della morale nell'ambito giuridico. Da questa posizione epistemologica e dal riconoscimento del primato della politica deriva la preminenza che tale corrente di pensiero attribuisce alle ragioni in ingresso. Non essendo possibile trovare un accordo ragionevole su quali possano essere i risultati corretti generati da una determinata procedura, si deve rinunciare al riferimento alle ragioni in uscita. Al contrario, le ragioni in ingresso, essendo fondamentalmente di natura procedurale, trovano una migliore applicazione nelle istituzioni politiche, ossia in quelle istituzioni che permettono ai cittadini di esprimersi sui provvedimenti che governeranno le loro vite. L'impostazione politica rigetta la base sulla quale sono costruiti molti degli argomenti proposti dai costituzionalisti giuridici: il rapporto fra cittadini ed istituzioni non viene concepito in termini contrattualistici, con le corti chiamate a far rispettare le clausole del contratto, ma come rapporto di fiducia fra governanti e governati. Inoltre, una volta negata la precedenza del diritto sulla politica, cade anche la rigida distinzione fra principi (di competenza del ragionamento giudiziario) e *policies* (di pertinenza del ragionamento legislativo). Non esistono temi o problemi che possano essere legittimamente sottratti al dibattito politico.

Per tali ragioni, le dichiarazioni dei diritti, in particolare se costituzionalizzate, finiscono per essere intese come il riconoscimento di un conflitto politico attorno ad un diritto soggettivo mascherato con la pretesa di

²⁷ T. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 3. Sul ruolo delle corti visto dalla prospettiva del costituzionalismo politico si rinvia a A. Tomkins, *The Role of the Courts in the Political Constitution*, in «University of Toronto Law Journal», 2010 (in corso di pubblicazione).

²⁸ J. GRIFFITH, *The Common Law and the Political Constitution*, in «Law Quarterly Review», 117, 2001, p. 64.

²⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 164-187.

rappresentarne la soluzione³⁰. Il riferimento ad un testo o ad un precedente giudiziario non costituisce garanzia della ragionevolezza del ragionamento giudiziario. Al contrario, proprio perché affrontato in termini legalistici e con il vincolo di dover rispettare questi limiti, le corti supreme non rappresentano una sede di discussione ideale per decidere sui diritti fondamentali. Infine, alla luce di queste considerazioni, una rigida distinzione fra generi di diritti (ad esempio, fra diritti negativi e positivi³¹) non ha alcuna ragione di sussistere³².

Prima di procedere all'analisi della giustificazione normativa di tale posizione è bene sottolineare che la distinzione fra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico va intesa soprattutto come esposizione di modelli ideal-tipici, essendovi differenze notevoli anche all'interno dei due approcci. In breve, il costituzionalismo giuridico ritiene che la protezione dei diritti ed il controllo del potere esecutivo vengano meglio garantiti dalle corti e da attori giuridici come i giudici, mentre il costituzionalismo politico giudica tali obiettivi meglio realizzabili tramite istituzioni ed attori politici³³.

2. *La giustificazione normativa: eguale partecipazione e disaccordo*

Il fondamento normativo del costituzionalismo politico va ricercato nell'idea di eguaglianza politica. Il riferimento a tale principio costituisce la risposta dei costituzionalisti politici al dilemma dell'autorità. Il punto di

³⁰ Questo è quanto afferma una sorta di classico *ante litteram* del costituzionalismo politico: J. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in «Modern Law Review», 42, 1979, p. 1. Su questo saggio seminale si vedano gli studi di T. POOLE, *Truth and Illusion in the Political Constitution*, in «Modern Law Review», 70, 2007, pp. 250-277; G. GEE, *The Political Constitution of JAG Griffith*, in «Legal Studies», 28, 2008, pp. 20-45.

³¹ J. LAWS, *The Constitution: Morals and Rights*, in «Public Law», 1996, p. 629.

³² K. EWING, *Social Rights and Constitutional Law*, in «Public Law», 1999, pp. 113-121.

³³ È interessante notare che i costituzionalisti politici non abbiano ancora sviluppato una teoria dettagliata su come le corti dovrebbero comportarsi. Si può certamente notare che essi rigettano la "giuridificazione": L. BLICHER, A. MOLANDER, *Mapping Juridification*, in «European Law Journal», 14, 2007, pp. 36-54. Sull'interpretazione costituzionale, la posizione che i costituzionalisti politici trovano più vicina alla loro è quella di C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996; ID. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999. Adrian Vermeule propone una teoria istituzionalista dell'interpretazione affine, per suo stesso riconoscimento, alla posizione di Waldron: *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2006.

partenza per comprendere questa risposta è dato dalla presa d'atto delle «circostanze della politica»³⁴. Esse sono due: la presenza di un disaccordo ragionevole su ogni tema (e in particolare sui diritti, i principi costituzionali e le questioni di giustizia) dovuto alla inevitabile condizione di pluralità in cui si trovano a dover vivere gli uomini e la necessità di trovare, a dispetto di questo disaccordo, una procedura per prendere decisioni che permettano la convivenza fra persone, rispettosa delle loro diverse opinioni. Le due condizioni sono strettamente collegate fra loro. Se si riconosce la rilevanza di queste circostanze, allora la questione dell'autorità non può più essere risolta ricorrendo solamente a ragioni in uscita³⁵, né ad una semplice risoluzione d'autorità di un problema di coordinamento³⁶. Entrambe le strategie non prendono sul serio il ruolo del disaccordo ragionevole fra i cittadini: la prima presuppone che vi siano ragioni che un soggetto dovrebbe seguire perché accettabili razionalmente, mentre la seconda riduce la questione della convivenza ad un mero problema di puro coordinamento dell'azione collettiva. Per quest'ultima prospettiva si tratta, di fatto, di trovare una soluzione che permetta di risolvere i problemi legati all'agire in presenza di una pluralità di persone, indipendentemente dall'opinione di queste ultime. Ciò potrebbe essere ottenuto anche con una mossa hobbesiana di delegare qualsiasi decisione ad un'autorità la cui legittimità risiederebbe nella capacità di garantire, anche solo tramite mezzi coercitivi, il coordinamento fra le azioni dei soggetti.

L'autorità del diritto proviene dalla capacità di riuscire a prendere una decisione che garantisca la convivenza dando a ciascuno un'eguale possibilità di determinare tale decisione e riconoscendo, in tal modo, la ragionevole diversità delle opinioni dei soggetti coinvolti. L'eguale partecipazione alla risoluzione dei problemi dell'agire collettivo viene garantita attraverso l'uguale diritto di voto per ciascuno e l'adozione del principio di maggioranza come unico strumento in grado di prendere realmente sul serio la partecipazione politica. Eguale partecipazione e principio di maggioranza sono elementi fra loro strettamente collegati. Il principio di maggioranza, in effetti, rispetta l'eguaglianza fra i cittadini in due modi: in

³⁴ A. WEALE, *Democracy*, cit., pp. 8-13; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 102-103; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 25-26.

³⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 53; ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 126-165. Sulla concezione dell'autorità di Raz si veda A. SCHIAVELLO, *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 34, 2004, pp. 363-384. Per una critica democratica alla teoria raziana si rinvia a S. HERSHOWITZ, *Legitimacy, Democracy, and Razian Authority*, in «Legal Theory», 9, 2003, pp. 201-220.

³⁶ G. POSTEMA, *Coordination at the Foundations of Law*, in «Journal of Legal Studies», 11, 1982, pp. 165-203.

primo luogo, esso riconosce ad ogni opinione un peso uguale, quello del voto, e la possibilità equa di contribuire al risultato finale della decisione; in secondo luogo, il principio di maggioranza tiene in eguale considerazione le differenze perché la decisione che esso permette di adottare non viene influenzata dai possibili esiti a cui la procedura conduce³⁷. Si spiega, così, per quale ragione un soggetto che si trovi in disaccordo con una direttiva dell'autorità si senta ancora vincolato a rispettarla. Le sue ragioni sono state egualmente prese in considerazione nell'ambito della procedura politica che ha adottato il provvedimento in questione.

Al primato del diritto all'eguale partecipazione politica corrisponde una posizione istituzionale originale dei costituzionalisti politici. Innanzitutto, essi rigettano il controllo di costituzionalità, sia accentrato che diffuso, perché lede esattamente il diritto all'eguale partecipazione e non tratta i cittadini come meritevoli di eguale rispetto³⁸. I costituzionalisti politici escludono che il ricorso alle corti supreme possa rappresentare un supplemento di partecipazione politica³⁹. Anzi, essi ritengono che gli altri diritti individuali siano meglio protetti se lasciati solamente alla competenza di quel processo politico che è il prodotto della partecipazione dei cittadini⁴⁰. Questo si deve al fatto che i diritti sono parte integrante del processo politico; in tal senso, la posizione che si sta descrivendo è decisamente anti-lockeana, poiché considera i diritti come il risultato (e non l'antecedente) della condizione politica. Nondimeno, il costituzionalismo politico è una dottrina basata sui diritti (*rights-based*) ed adotta una concezione non strumentale di questi⁴¹.

A differenza del costituzionalismo giuridico, tale posizione ritiene che le circostanze della politica si applichino a tutti i diritti. In questo senso, il diritto soggettivo viene meglio concepito come espressione di un bene comune. Ad esempio, il diritto alla libertà di opinione non viene esercitato da tutti i cittadini. Tuttavia, ogni cittadino trae un beneficio dal vivere in una società che protegge tale diritto e non è soggetta a forme di censura: «i diritti non sono briscole che

³⁷ A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., pp. 105-118.

³⁸ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 211-231.

³⁹ Sull'idea che il ricorso ad una corte costituzionale aggiunga un canale di partecipazione politica per il cittadino si vedano le considerazioni, fra diversi interventi sul tema, di J. RAZ, *Rights and Politics*, in «Indiana Law Journal», 71, 1995, pp. 42-44; T. MACKLEM, *Entrenching Bills of Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 2006, pp. 112-116.

⁴⁰ Una critica a questo argomento, basata sul principio di proporzionalità, viene avanzata, da ultimo, da A. WALEN, *Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 2009, pp. 337-340.

⁴¹ Un'eccezione, fra gli autori qui discussi, è rappresentata da Mark Tushnet, in realtà molto critico nei confronti del ruolo dei diritti soggettivi: *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1988.

mettono sotto scacco il bene comune perché essi hanno senso solo nella misura in cui contribuiscono ad esso e forniscono un ampio ventaglio di opportunità individuali per tutti i membri della comunità»⁴². In quanto intrinsecamente politici, i diritti hanno bisogno di essere costantemente vigilati e protetti da processi politici. Inoltre, questa condizione rimanda al fatto che il dibattito pubblico sui diritti non può accettare una loro qualificazione come beni assoluti, poiché ciò contrasterebbe con l'idea che l'agire politico sia anzitutto mosso dalla volontà di trovare una conciliazione, per quanto temporanea, al conflitto fra diverse interpretazioni⁴³. Una cultura dei diritti eccessivamente legalistica rischia di ammantare le rivendicazioni personali di un atteggiamento fortemente atomistico, poco incline al compromesso⁴⁴. Una simile concezione dei diritti porta ad attribuire alle corti il ruolo di difensori dell'individuo contro le incursioni illegali della collettività. Si finisce, lungo questa direzione, per decidere su un diritto senza tenere in considerazione quali siano gli effetti di tale decisione sugli altri diritti e sulle politiche del bene comune. Il parlamento, invece, in virtù della sua composizione plurale e del suo metodo decisionale, conflittuale ma non competitivo, rappresenta una sede ideale per ascoltare le ragioni delle molteplici parti coinvolte nelle decisioni sui diritti⁴⁵.

Nel complesso, l'assunzione del carattere pervasivo del dissenso e del valore della partecipazione porta i costituzionalisti politici ad apprezzare il ruolo del conflitto nelle decisioni collettive⁴⁶. Tradotto in termini politici, ciò significa che vengono rivalutati alcuni aspetti della democrazia rappresentativa contemporanea, come il ruolo dei partiti politici, le qualità competitive che contraddistinguono la politica democratica, il principio di maggioranza e il ricorso al compromesso per superare il disaccordo, mentre, come si avrà modo di vedere nel paragrafo 4, vengono lasciati in

⁴² R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., p. 31.

⁴³ B. CRICK, *In Defence of Politics*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962; R. BELLAMY, *Liberalism and Pluralism. Toward a Politics of Compromise*, Routledge, London, 1991, p. 60.

⁴⁴ A.M. GLENDON, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 9. Sul valore del compromesso per l'autorità del costituzionalismo politico si rinvia alle considerazioni di H. RICHARDSON, *Democratic Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 147-148.

⁴⁵ Va notato che la composizione numerosa del parlamento costituisce la risposta a chi sostiene che la regola della maggioranza viene usata anche, in alcuni paesi, dalle corti supreme. Waldron, in particolare, ha insistito sul fatto che il parlamento garantisce, attraverso la sua composizione numerosa, la considerazione di diverse prospettive, sicuramente in misura maggiore rispetto alle corti supreme: J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 53-49.

⁴⁶ Sul ruolo del conflitto nel costituzionalismo si rinvia a L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 21-30.

secondo piano i movimenti sociali⁴⁷, i meccanismi consultivi e gli strumenti di incentivazione della deliberazione⁴⁸. Prima di passare a valutare alcuni dei limiti di questi aspetti, è opportuno presentare l'argomento contro il controllo di costituzionalità e a favore di un neoparlamentarismo, come proposto dai costituzionalisti politici.

3. *Ragion pubblica, corti e parlamenti*

A livello istituzionale, l'approccio politico si concentra sulla critica alla centralità che le corti costituzionali hanno assunto nell'epoca della globalizzazione, sia a livello nazionale che a livello transnazionale. Il modello filosofico del costituzionalismo giuridico viene rappresentato dal Rawls di *Liberalismo politico*, in cui la ragione pubblica viene incarnata dalla Corte Suprema⁴⁹. Per Rawls il disaccordo ragionevole riguarda soltanto le concezioni del bene, mentre è possibile trovare un accordo (un *overlapping consensus*) sui fondamenti della giustizia (i due celebri principi, appunto). Diviene così possibile enucleare una serie di elementi costituzionali essenziali sui quali si trova, a livello razionale, un consenso trasversale basato sulla sovrapposizione delle diverse concezioni del bene. Inoltre, Rawls propone di adottare, come criterio per verificare la legittimità di un determinato accordo, quello della giustizia (o dell'equità) prodotta dai suoi risultati. Gli elementi essenziali di una costituzione, indipendentemente dall'essere un prodotto di un'attività storica, possono essere riconosciuti come ragionevoli da qualsiasi agente razionale. Le libertà fondamentali, parte di questi elementi essenziali, devono generalmente rimanere al di fuori della discussione politica ordinaria. L'interpretazione dei principi e delle regole fondamentali di una costituzione deve essere lasciata alla ragion pubblica e il paradigma di questa attività è rappresentato dalla Corte

⁴⁷ Per tale ragione non si prende in considerazione, in questa sede, l'opera di alcuni autori interessati al rapporto fra diritto, politica e società anche all'esterno dei canali istituzionali: cfr., R. SIEGEL, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA*, in «California Law Review», 94, 2006, pp. 1323-1419; L. Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, in «Harvard Law Journal», 122, 2008, pp. 4-138.

⁴⁸ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., p. 164; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 54-55. Parzialmente diversa la posizione di M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 43-76.

⁴⁹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., cap. VI. Per essere precisi, la versione aggiornata dell'idea di ragion pubblica presenta il disaccordo fra le concezioni della giustizia come, a sua volta, ragionevole: ID., *The Idea of Public Reason Revisited*, in ID., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999, pp. 129-179.

Suprema, in virtù della sua capacità di individuare e rendere pubbliche le ragioni costituzionali. La Corte Suprema diviene, per usare un'espressione di Dworkin⁵⁰, un *forum* ideale per la discussione dei principi.

Anche l'approccio democratico-deliberativo, in apparenza più vicino al costituzionalismo politico, viene rigettato. Le premesse epistemiche che rendono interessante l'ideale deliberativo non vengono riconosciute come valide dai costituzionalisti politici perché i teorici deliberativi non prendono abbastanza sul serio il ruolo del conflitto e del dissenso. I sostenitori della democrazia deliberativa ritengono che l'accordo sui fondamenti costituzionali (presupposto necessario per la comunicazione democratica) siano più facilmente riconoscibili una volta che i cittadini siano stati esposti ad una riflessione prolungata⁵¹. L'egoismo e la parzialità delle rispettive posizioni dovrebbero diminuire in presenza di un processo deliberativo. Per i costituzionalisti politici, al contrario, la riflessione e la discussione calma e prolungata su un tema aiutano a chiarire il disaccordo sulle differenze di posizione fra le parti coinvolte⁵² e a rendere quindi più difficile il raggiungimento di un compromesso.

Per i costituzionalisti politici la ragion pubblica assume connotati esclusivamente procedurali e, come si vedrà, principalmente elettorali. In una società plurale e democratica, essa viene ad identificarsi, a livello istituzionale, nel parlamento e a livello procedurale, nei cicli elettorali. I vantaggi offerti dalla centralità del parlamento sono di duplice natura. Il primo è probabilmente il più importante. I parlamenti proteggono i diritti meglio delle corti. Naturalmente alle corti spetta il controllo del rispetto dei diritti nei casi di violazione individuale. Ma il nucleo dell'argomento proposto dal costituzionalismo politico contesta alle corti supreme o costituzionali la capacità di deliberare, su questo tema, meglio e con maggiore attenzione per le fasce più deboli in confronto alle istituzioni politiche⁵³. L'argomento di fondo, *in nuce*, è quello per cui se un soggetto od un gruppo di persone non ha alcuna possibilità di far sentire politicamente la propria voce, difficilmente troverà ascolto presso una corte. Inoltre, i

⁵⁰ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1985, p. 11.

⁵¹ J. BOHMAN, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996; J. BOHMAN (ed.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge Mass., 1997. Diversa, invece, la posizione di A. GUTMANN & D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1996.

⁵² H. RICHARDSON, *Democratic Autonomy*, cit., pp. 77-78; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 91-93; I. SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, cit., p. 33.

⁵³ Per un quadro comparativo dei rapporti fra corti ed istituzioni politiche si veda T. KOOPMANS, *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

fattori del costituzionalismo politico si appoggiano ad una serie di ricostruzioni storiche secondo cui in alcune materie riguardanti i diritti civili e quelli sociali, le corti hanno sempre agito come organi di conservazione e, in alcuni casi, persino sottraendo diritti inizialmente conquistati in sede politica⁵⁴. Per tali ragioni, il parlamento, e non la corte, è l'istituzione che può proteggere meglio (ed eventualmente espandere) i diritti⁵⁵. Perché questo avvenga deve però essere evitata la costituzionalizzazione dei diritti stessi. La protezione speciale garantita ai diritti costituzionalizzati blocca la discussione politica sul significato e l'applicabilità degli stessi diritti, violando, in tal modo, il principio democratico dell'eguaglianza politica. I diritti devono essere definiti dal processo politico poiché essi sono beni pubblici sui quali i cittadini possono esprimersi tenendo in considerazione che essi riguardano non solo la propria condizione ideale, ma il bene comune⁵⁶.

Il secondo vantaggio di questo neoparlamentarismo va individuato nella presa in conto dell'idea di *political accountability* (responsabilità politica)⁵⁷. Il parlamento diviene il luogo per eccellenza in cui rendere gli altri poteri (esecutivo ed amministrativo) responsabili di fronte ai cittadini⁵⁸. L'assemblea legislativa funge da cinghia di trasmissione fra i cittadini e il potere esecutivo tramite il rapporto con i parlamentari. La responsabilità ministeriale nei confronti del parlamento garantisce un controllo sui politici in caso di eventuali comportamenti arbitrari⁵⁹. Le corti, invece, possono essere considerate responsabili solo di fronte a corti superiori e, naturalmente, nel caso delle corti supreme ciò non è possibile. Tale di-

⁵⁴ Le opere principali sono: G. ROSENBERG, *The Hollow Hope*, University of Chicago Press, Chicago, 1991; K.D. EWING, C. GEARTY, *The Struggle for Civil Liberties: Political Freedom and the Rule of Law in Britain, 1914-1945*, Oxford University Press, Oxford, 2000; R. HIRSCHL, *Juristocracy*, cit.

⁵⁵ Per un'analisi si rinvia a J. HIEBERT, *Parliamentary Bill of Rights: An Alternative Model?*, in «Modern Law Review», 69, 2009, pp. 7-28; D. NICOL, *The Human Rights Act and the Politicians*, in «Legal Studies», 24, 2004, pp. 451-476.

⁵⁶ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., p. 39.

⁵⁷ Su tale tema, negli ordinamenti europei, si rinvia a L. VERHEY, H. BROEKSTEEG, I. VAN DEN DRIESSCHE (eds), *Political Accountability in Europe: Which Way Forward?*, Europa Law Publishing, Groeningen, 2008.

⁵⁸ A. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 22, 2002, p. 174.

⁵⁹ Sulla competenza del parlamento come garante della responsabilità politica dell'esecutivo si rinvia ad alcuni studi sulle assemblee legislative: K. WHEARE, *Legislatures*, Oxford University Press, New York, 1963; A. BARBERA, *Parlamenti*, Laterza, Roma-Bari, 1999; D. BARANGER, A. BRADLEY, K. ZIEGLER (eds), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Hart, Oxford, 2007.

menzione di assenza di responsabilità politica, considerata opportuna dai costituzionalisti giuridici, non crea problemi per i costituzionalisti politici fino a che le competenze delle corti si limitano all'interpretazione di leggi e alla risoluzione di dispute legali. I problemi emergono quando viene chiesto al supremo potere giurisdizionale di decidere su tematiche di interesse generale, come stabilire, ad esempio, cosa sia richiesto in una società democratica in tema di sicurezza nazionale oppure in materia di sanità od educazione pubblica⁶⁰. Inoltre, le corti supreme mancano di controllo popolare tramite lo strumento dell'elezione, così come risultano meno accessibili, per varie ragioni, rispetto ad altre istituzioni politiche⁶¹.

Il costituzionalismo giuridico sottovaluta due dati che caratterizzano la condizione delle corti supreme e costituzionali. *In primis*, non viene tenuto in debito conto il fatto che il controllo di costituzionalità, negli Stati federali, ha storicamente prediletto le autorità centrali a scapito di quelle locali. A volte ciò ha favorito una migliore protezione di alcuni diritti soggettivi; in generale, tuttavia, questo genere di favore centralistico nuoce alle capacità di autodeterminazione a livello locale⁶². In secondo luogo, su alcune tematiche, il comportamento del potere giudiziario è apparso alquanto timido nel controllare il potere esecutivo e piuttosto incline ad assecondarne l'agire arbitrario. I costituzionalisti politici hanno sottolineato, in particolare, la debolezza nella tutela delle libertà fondamentali in materia di lotta al terrorismo⁶³.

Per riassumere, il costituzionalismo politico può essere definito come quella composita dottrina che sostiene l'idea che l'unica e vera costituzione in grado di proteggere i diritti, preservare la *rule of law* e persino l'ordine politico democratico vada rinvenuta nello stesso processo democratico, inteso come esercizio di una politica elettorale rispettosa del principio dell'eguaglianza politica. La costituzione, allora, equivale ad un processo politico e non ad una norma⁶⁴. Tale processo, basato sull'eguaglianza politica,

⁶⁰ K. EWING, *The Unbalanced Constitution*, in T. CAMPBELL, K. EWING, A. TOMKINS (eds), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 109-110.

⁶¹ Vi sono, tuttavia, altri generi di *accountability* per le corti, come nota K. MALLESON, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism*, Aldershot, Ashgate, 1999; una critica al modo in cui i costituzionalisti politici giudicano l'assenza di responsabilità politica delle corti viene avanzata da A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 368-370.

⁶² L. KRAMER, *The People Themselves*, cit., pp. 207-226.

⁶³ Si tratta, soprattutto, di quanto avvenuto nel Regno Unito in tema di lotta al terrorismo. Si pensi, fra diversi casi, a (R)*Gillan v. Metropolitan Police Commissioner* [2006]2 A.C. 307, su cui le critiche di A. TOMKINS, *The Rule of Law in Blair's Britain*, in «University of Queensland Law Journal», 26, 2007, pp. 255-286.

⁶⁴ Il dibattito sulla natura della costituzione è alquanto risalente. Nella contrapposi-

è allo stesso tempo costituente e costituito, oggetto della sua stessa forza normativa. In teoria, nulla può essere sottratto alla competenza dell'agenda democratica, compreso il rigetto per via maggioritaria del metodo democratico, nonostante il fatto che ciò potrebbe rivelarsi contraddittorio, se non sotto il profilo dell'analisi concettuale, almeno sotto quello normativo⁶⁵. Come si può intuire, si tratta di una proposta teorica alternativa alle principali versioni del costituzionalismo moderno⁶⁶. Infine, la centralità del valore dell'*accountability* è la diretta conseguenza di una concezione della costituzione come processo democratico, in cui il miglior modo di limitare i poteri costituiti è quello di ricorrere all'agire politico. Esso permette di mettere in discussione e di richiedere una giustificazione agli altri poteri (in particolare all'esecutivo) senza rimanere vincolato ad un linguaggio tecnico-giuridico e potendo così approfondire nel merito l'opportunità e la giustificazione del comportamento delle istituzioni.

4. I limiti del costituzionalismo politico

In conclusione, dopo aver riconosciuto i meriti della prospettiva politica sul costituzionalismo, conviene soffermarsi su alcuni limiti che ne indeboliscono la proposta. Fra questi, tre devono essere segnalati con più urgenza.

Anzitutto, la prima critica può essere intesa come "interna" alla prospettiva politica. La raffigurazione della politica come un'attività monolitica e priva di differenze la riduce ad un'unica dimensione, priva di striature. Non esiste differenza, agli occhi di questi autori, fra un agire politico basato su interessi, ragioni o volontà⁶⁷. Pur essendo il disaccordo un fattore pervasivo in ambito politico, non si può ritenere che il significato e l'importanza di ogni

zione fra costituzionalismo giuridico e costituzionalismo politico si possono sentire echi della diatriba sulla costituzione come meccanismo o come norma: cfr., sul tema, P. COMANDUCCI, *Ordre ou Norme? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle*, in L. JAUME, M. TROPER (a cura di), *1789 et l'invention de la Constitution*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 23-43; M. Troper, *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, in id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, cit., pp. 147-162; A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

⁶⁵ T. CHRISTIANO, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 262-263.

⁶⁶ Sul tema si rinvia a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995. Questa concezione della costituzione si oppone nettamente a quella avanzata da G. SARTORI, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in «American Political Science Review», 56, 1962, p. 861.

⁶⁷ Per un'analisi di questi aspetti del costituzionalismo contemporaneo si rinvia a P. KAHN, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 145-182.

decisione siano sempre uguali, agli occhi di una comunità, sulla semplice base della sua adozione secondo il principio di maggioranza.

A partire da questa visione della politica, il bersaglio preferito dal costituzionalismo politico diventa l'idea della costituzione come norma superiore. Viene così messo in discussione uno dei cardini fondamentali del costituzionalismo giuridico e più in generale del costituzionalismo moderno. All'idea di una serie di norme che hanno rango superiore rispetto alle leggi ordinarie viene sostituita una concezione della costituzione intesa, per usare un'espressione di Griffith, come «ciò che accade»⁶⁸. Poiché il disaccordo rappresenta una condizione pervasiva, nulla può essere sottratto alla discussione e alla contestazione. Il limite di questa rappresentazione della costituzione che non lascia alcuno spazio per una politica costituzionale va ricercato nell'accettazione dell'idea di costituzione come *precommitment*, ossia di un vincolo che impedisce di mettere in discussione alcuni principi. Come è noto, l'idea di costituzione come vincolo per il legislatore ordinario è stata introdotta nel dibattito da Jon Elster tramite la celebre metafora dell'Ulisse legato⁶⁹. Se si accetta questa premessa, è chiaro che non si può più riconoscere l'idea di costituzione come norma superiore, poiché ciò significherebbe porre alcuni principi al di fuori del ragionamento pubblico, neutralizzando così il conflitto politico attorno ad alcuni temi. Ma questa rappresentazione del diritto costituzionale non è certo l'unica possibile. Il problema è che la celebrazione di una politica priva di striature e di diversi livelli di intensità procede di pari passo, nei costituzionalisti politici, con la mancanza di una concezione, oltre che del potere costituente, anche della politica costituzionale⁷⁰. Ogni politica normale, per questi autori, è anche politica costituzionale. Tuttavia, il limite di questa posizione risiede nel concepire qualsiasi tentativo di richiedere uno sforzo maggiore al processo democratico per mutare una norma come un blocco, per le generazioni future, di alcune possibili opzioni nell'agire politico. Tale sottrazione ammonterebbe ad un *vulnus* democratico per la legittimità dell'ordinamento giuridico. Nulla, però, impone di pensare la discontinuità fra politica normale e politica

⁶⁸ Si tratta di un altro celebre aforisma contenuto in J. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 2.

⁶⁹ J. ELSTER, *Ulisse legato*, Il Mulino, Bologna, 1983. Elster ha successivamente modificato parzialmente la sua posizione: *Ulisse slegato*, il Mulino, Bologna, 2002. Per una critica al costituzionalismo nella versione di Elster si rimanda a J. WALDRON, *Disagreement and Precommitment*, in L. ALEXANDER (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 201-219.

⁷⁰ Si veda l'interessante lettura del politico come insieme di tre livelli (costituzionale, elettorale-ordinario, spontaneo-movimentista) di A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

costituzionale in termini così netti. In altre parole, è possibile concepire le due dimensioni della politica come una contigua all'altra. Ogni politica ordinaria può divenire costituzionale. La politica costituzionale non necessariamente si presenta come alternativa a quella normale, ma può essere intesa come la possibilità di una politica più partecipata attorno ad alcuni temi già presenti nel dibattito ordinario⁷¹. La politica costituzionale non è più razionale, né deliberativa rispetto a quella ordinaria e non è nemmeno centrata su temi la cui intrinseca ragionevolezza rende più facile trovare un accordo. Essa non è nemmeno uno spazio in cui vengono eliminati i conflitti ideologici e quelli di interessi. Al contrario, la politica costituzionale è un periodo in cui il conflitto su alcuni temi diventa ancora più acuto e trovare un accordo su un tema presuppone uno sforzo maggiore. Lo stesso vale, almeno in principio, per i diritti costituzionali. Si può pensare ad un catalogo costituzionale dei diritti come all'espressione di una razionalità elitaria che pone al di fuori della discussione pubblica il tema dei diritti fondamentali⁷². Tuttavia, la costituzionalizzazione dei diritti può essere anche il frutto di lotte che ottengono un ampio consenso e pongono condizioni più difficili per un'eventuale modifica dei diritti stessi. Non è un caso, naturalmente, che la maggior parte delle "ondate" di politica costituzionale abbiano coinciso con periodi storici eccezionali⁷³.

I sostenitori del costituzionalismo politico, di conseguenza, sottovalutano alcuni aspetti importanti del ruolo giocato da una costituzione in una cultura giuridica. Qui va intravisto un secondo limite. La relativa autonomia del diritto costituzionale genera una serie di significati simbolici in grado di fornire ragioni per l'azione⁷⁴. Al di là del caso statunitense, in diverse esperienze costituzionali⁷⁵, il superiore rango delle norme costituzionali mantiene spesso il legame con la memoria di alcuni mali a

⁷¹ Cfr., ad esempio, B. ACKERMAN, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1991.

⁷² J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 221-222.

⁷³ Non si tratta, tuttavia, di una regola aurea, come ha dimostrato la transizione costituzionale spagnola: R. BLANCO VALDES, *Introduzione alla costituzione spagnola del 1978*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁷⁴ Cfr. J. PRIBAN, *Legal Symbolism: On Law, Time and European Identity*, Ashgate, Aldershot, 2007; P. Kahn, *Lo studio culturale del diritto*, a cura di Th. Casadei, Diabasis, Reggio Emilia, 2010.

⁷⁵ In particolare, la funzione memoriale vale per le costituzioni uscite dalla Seconda Guerra Mondiale: cfr. A. MARGALIT, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2002, p. 12. Sul rischio che un'eccessiva enfasi diventi retorica della memoria, cieca agli aspetti più controversi della fondazione, si vedano le lucide pagine di N. SPAULDING, *Constitution as Countermonument: Federalism, Reconstruction and the Problem of Collective Memory*, in «Columbia Law Review», 103, 2003, pp. 1992-2051.

cui l'adozione della costituzione risponde con un impegno per un "mai più". Nel corso del tempo si vengono così a creare ragioni particolari di attaccamento ad una specifica costituzione, la quale viene ad essere percepita come la propria anche se non si è partecipato direttamente o indirettamente alla sua approvazione⁷⁶. In sostanza, si crea nel tempo una cultura costituzionale a cui corrisponde un certo modo di intendere la vita politica di una comunità. Questo genere di cultura, vicino per certi aspetti alla nozione di "patriottismo costituzionale"⁷⁷, permette un'identificazione con una certa cultura pubblica. D'altronde, i fautori di un costituzionalismo politico sembrano sottovalutare (quando non trascurare del tutto) l'aspetto storico-temporale del costituzionalismo⁷⁸. Probabilmente, la mancanza di una sensibilità storica è dovuta sia ad una concezione della politica come condizione in cui occorre risolvere problemi di coordinamento che si pongono *hic et nunc* fra persone che hanno concezioni del bene e della giustizia non conciliabili, sia ad una mancata riflessione sui tratti costitutivi di quel "mondo comune" necessario per l'agire politico, mondo la cui conservazione impone una maggiore sensibilità per l'aspetto storico dell'agire collettivo⁷⁹.

Il terzo limite riguarda il radicale neoparlamentarismo che diversi fautori del costituzionalismo politico rivendicano come unico assetto istituzionale appropriato per il rispetto del principio dell'eguaglianza politica. Dalle proposte dei costituzionalisti politici emergono alcuni aspetti problematici dovuti alle versioni riduttive e parziali della rappresentanza politica e del principio di separazione dei poteri. Per quanto riguarda la prima, il parlamento viene considerato il luogo unico e privilegiato di rappresentazione della nazione o del popolo. Per essere precisi, non si può ritenere valida l'obiezione dei costituzionalisti giuridici, per i quali qualsiasi genere di concezione della democrazia che non sia diretta

⁷⁶ Si riadatta, qui, quanto Joseph Raz afferma a proposito delle ragioni fornite dall'attaccamento: *I valori fra attaccamento e rispetto*, tr. it. a cura di F. BELVISI, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, pp. 13-37.

⁷⁷ Cfr. J.W. MÜLLER, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 56-57.

⁷⁸ J. RUBENFELD, *Freedom and Time*, Yale University Press, New Haven, 2001.

⁷⁹ Sorprende vedere che nelle opere di autori così attenti alla lezione di Hannah Arendt, non venga fatto alcun cenno alla dimensione storica dell'agire, garantita dalla memoria e dalla narrazione, ben presente nei lavori dell'autrice di *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958. Cfr. S. FORTI, *Hannah Arendt* (1996), Bruno Mondadori, Milano, 2006, pp. 199-233. Sul tema della democrazia come agire collettivo esteso nel tempo si possono vedere, da ultimo, le pagine di A. STILZ, *Liberal Loyalty: Freedom, Obligation and the State*, Princeton University Press, Princeton, 2009, pp. 173-208.

annulla le argomentazioni contro il controllo di costituzionalità⁸⁰. In altri termini, la critica che viene mossa al costituzionalismo politico, è quella di essere incoerente, in quanto, se si accetta la distanza inevitabile fra politici e cittadini, si dovrebbe riconoscere anche che la relativa insularità dei giudici rispetto ai cittadini non costituisce più un argomento decisivo per rigettare il controllo di costituzionalità.

In realtà, si tratta di una obiezione malposta. Va riconosciuto che il costituzionalismo politico ritiene più adatto alla funzione legislativa un agire politico basato sulla rappresentanza, piuttosto che una forma di autogoverno diretto, per la semplice ragione che è il rapporto fra elettore ed eletti a garantire il principio dell'*accountability*. Il problema, invece, è che pur andando in una direzione corretta, l'idea di politica costituzionale soggiacente a una simile visione della rappresentanza sembra essere quanto meno incompleta. Essa è molto vicina ad una democrazia elettorale piuttosto che a quella di una democrazia rappresentativa⁸¹. L'enfasi sul diritto di voto e sulla regola della maggioranza riportano alcuni processi politici al centro dell'analisi, ma nella forma proposta dai costituzionalisti politici questo spostamento avviene a caro prezzo. Non essendo adeguatamente tematizzata la rappresentanza, non viene nemmeno messo a fuoco il passaggio dall'eguaglianza politica garantita dal diritto di voto all'eguale rappresentanza⁸². Per i costituzionalisti politici, la rappresentanza viene concepita come mandato ai rappresentanti espresso con il diritto di voto⁸³. La stessa *accountability* che rende "più democratico" il parlamento rispetto ad altri organi costituzionali, viene garantita dalla presenza di un successivo passaggio elettorale⁸⁴. Intesa in questi termini, la partecipazione si lega esclusivamente al riconoscimento giuridico-formale del diritto di voto, senza che ad esso si accostino le esigenze

⁸⁰ Questa, ad esempio, è l'obiezione di M. Kumm, *Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in «European Journal of Legal Studies», 2, 2007, pp. 1 ss.

⁸¹ Su questa distinzione si segue il ragionamento di N. Urbinati, *Representative Democracy. Principle & Genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, pp. 17-59.

⁸² N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 43-46. Cfr. I. MARION YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 136-141.

⁸³ Per i due possibili significati di questo tipo di mandato si veda la ricostruzione di J. Waldron, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, in J. CHAPMAN, A. WERTHEIMER (eds), *Majorities and Minorities*, New York University Press, New York, 1990, pp. 49-51.

⁸⁴ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 230-239. Interessanti considerazioni sull'estensione temporale dei cicli elettorali si possono ritrovare in K. PALONEN, *Parliamentarism: A Politics of Temporal and Rhetorical Distances*, in «Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften», 15, 2004, pp. 111-125.

sostanziali di garantire l'esercizio efficace di tale voto e, accanto ad esso, di una serie di garanzie e di strumenti che permettono la formazione del *giudizio* del cittadino su questioni politiche. Il disaccordo e l'eventuale conflitto che da tale processo di formazione potrebbero derivare trovano espressione solo nel momento elettorale⁸⁵. Paradossalmente, i sostenitori della legittimità democratica del costituzionalismo finiscono per oscurare tutte le altre forme che permettono alla cittadinanza di attivarsi, a partire dalle associazioni intermedie come i movimenti e i sindacati, e finendo con i mezzi di comunicazione che strutturano l'opinione pubblica e l'eventuale possibilità per i cittadini di esprimersi direttamente tramite referendum⁸⁶. Per quanto i costituzionalisti politici insistano sulle ragioni procedurali come ragioni più rilevanti rispetto a quelle in uscita, rimane l'impressione che essi, sostituendo gli elettori ai cittadini, riconducano la legittimità costituzionale ad un intermittente atto di autorizzazione elettorale e non ad un duraturo processo democratico⁸⁷.

Dalla centralità del parlamento deriva, almeno in parte, un'idea dell'organizzazione dei poteri giuridici come gerarchia delle funzioni, a cui corrisponde il primato della funzione legislativa e il suo esercizio da parte dell'organo legislativo⁸⁸. La struttura costituzionale viene pensata come meccanismo di produzione della legislazione. David Dyzenhaus ha correttamente notato che si tratta di una concezione del potere, di origine benthamiana, per la quale la legislazione risulta essere il miglior modo per ottenere progressi sociali⁸⁹. Da un punto di vista gerarchico, la legislazione è la funzione principale perché in grado di tenere meglio in debito conto tutti i punti di vista. A questa altezza del ragionamento, tuttavia, diventa chiaro che la questione del primato del parlamento in tema di tutela dei diritti è probabilmente malposta. Essa porta la maggioranza dei costituzionalisti politici a rigettare modelli alternativi di controllo di costituzionalità rispetto alla classica impostazione statunitense o a quella tedesca, più seguita in Europa. Anche il modello presente in alcuni paesi

⁸⁵ Sul punto si rinvia alle considerazioni di P. PASQUINO, *Il giudice e il voto*, in «Il Mulino», 2006, pp. 803-813.

⁸⁶ L'approccio partitico-parlamentare alla rappresentanza politica viene confermato, di recente, anche quando viene affrontato direttamente il tema, da J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in «Boston University Law Review», 89, 2009, p. 354. Cfr., inoltre, A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, cit., pp. 136-139.

⁸⁷ S. BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005, pp. 343-370.

⁸⁸ Una formulazione classica dell'idea di gerarchia delle funzioni si deve a M. TROPER, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Esi, Napoli, 2005.

⁸⁹ D. DYZENHAUS, *The Left and the Question of Law*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», XVII, 2004, pp. 7-30.

del *Commonwealth*, di potenziale dialogo ed interazione fra corti e parlamento⁹⁰, viene rigettato perché considerato viziato da un'esorbitante sfera di influenza esercitata, pur se in maniera indiretta, dalla giurisdizione sulle camere legislative. Queste ultime, secondo alcune ricerche empiriche, tenderebbero ad "anticipare" il giudizio delle corti supreme piuttosto che elaborare una propria prospettiva⁹¹.

La separazione o divisione dei poteri⁹², sia a livello di funzioni dello Stato che a livello dell'organizzazione territoriale possono essere dotate di valore, in particolare se associate ad una concezione della rappresentanza. Porre sotto l'esame e il controllo di diversi organi, rappresentativi di diverse prospettive, l'implementazione dei diritti fondamentali potrebbe essere desiderabile non perché un'istituzione può proteggere meglio di altre questi diritti, ma per la ragione che istituzioni diverse avranno visioni differenti di come debbano essere definiti i diritti fondamentali⁹³. Il rischio, a questa altezza del discorso, è quello di non tenere in considerazione il danno maggiore che viene da una minore, piuttosto che da una sovradimensionata, protezione dei diritti individuali. D'altronde, occorre ricordare che i costituzionalisti politici applicano il loro argomento solo in presenza di alcune condizioni, alcune delle quali danno per presupposto l'esistenza di una cultura, nella società, che ritiene un valore essenziale la protezione dei diritti fondamentali ed opera in questa direzione⁹⁴. In tal

⁹⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in «American Journal of Comparative Law», 49, 2001, pp. 707-760. Sul caso paradigmatico del Canada si veda lo studio di K. ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto, 2001. Di recente, Waldron ha riconosciuto la legittimità di un modello istituzionale che preveda un dialogo fra potere giudiziario e potere legislativo: *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in «Supreme Court Law Review», 23, 2004, pp. 9-21; un modello di dialogo fra corti e parlamento viene auspicato da R. BURT, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1992; I. SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, cit., pp. 66-77.

⁹¹ J. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, in «Texas Law Review», 82, 2004, pp. 1980-1985; A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 75-76.

⁹² Sulla distinzione fra i due termini si può utilmente consultare R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in «Teoria politica», XIV, 1998, pp. 25-42

⁹³ R. COVER, *The Uses of Jurisdictional Redundancy*, in «William and Mary Law Review», 22, 1981, pp. 639-682; R. FALLON, *An Uneasy Case for Judicial Review*, in «Harvard Law Review», 121, 2008, pp. 1708-1709.

⁹⁴ Queste sono le condizioni previste da Waldron: «1) le società prese in considerazione godono di un sistema politico democratico con suffragio universale e sono dotate di un parlamento rappresentativo eletto in base a regolari elezioni; 2) la presenza di una

modo si reintroduce una sorta di assicurazione per cui i risultati della procedura maggioritaria non porteranno, in realtà, alla violazione dei diritti fondamentali.

Infine, è corretto aggiungere che il primato assoluto del parlamento favorisce, ad oggi, una duplice miopia nella visione del costituzionalismo politico. La prima forma di miopia va ritrovata nell'attenzione sproporzionata dedicata ai rapporti fra potere giudiziario e potere legislativo, in un'epoca in cui l'esecutivo e le autorità indipendenti ed amministrative conoscono una notevole espansione delle loro competenze⁹⁵. Il secondo genere di miopia è dovuta al radicamento del dibattito a livello della dimensione statale o, in alcuni casi, regionale, del costituzionalismo politico. Manca ancora, da parte di questi autori, una riflessione sulle possibilità di estendere una concezione politica del costituzionalismo ad un ambito che vada oltre quello dello Stato o delle regioni⁹⁶. Una simile lacuna è probabilmente dovuta alla mancanza di una riflessione sulla possibilità di un costituzionalismo oltre, o senza, lo Stato. Lungo la direzione di un'indagine sulle forme del costituzionalismo politico sarà pertanto necessario, oltre a dover rimediare ai limiti appena elencati, che tale teoria si confronti con la dimensione internazionale del costituzionalismo⁹⁷, ossia un livello nel quale il costituzionalismo giuridico ha già dimostrato di poter offrire un'interessante prospettiva fino ad arrivare a postulare, come motore della creazione e del mantenimento di ordini giuridici internazionali, le giurisdizioni internazionali⁹⁸.

serie di istituzioni giudiziarie, in condizioni ragionevolmente buone, organizzate su basi non rappresentative al fine di avere competenza sui ricorsi individuali, risolvere i conflitti e tutelare lo stato di diritto; 3) la maggior parte dei membri della società in questione rispetta e prende sul serio i diritti individuali e delle minoranze; 4) infine, il riconoscimento dell'importanza fondamentale dei diritti non sottrae questa materia e il suo contenuto al generale disaccordo che caratterizza la vita pubblica sui temi della giustizia e del bene»: *The Core of the Case Against Judicial Review*, in «Yale Law Journal», 115, 2006, p. 1360.

⁹⁵ D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁹⁶ Alcune indicazioni si trovano, ad esempio, in S. BESSON, *Ubi Ius, Ibi Civitas: A Republican Account of the International Community*, in S. BESSON, J.L. MARTTI (eds), *Legal Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 205-237.

⁹⁷ Un tentativo di applicazione all'Unione Europea è stato esperito da R. BELLAMY, J. SCHÖNLAU, *The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights*, in «Constellations», 11, 2004, pp. 412-433.

⁹⁸ Si vedano le classiche descrizioni del ruolo decisivo della Corte Europea di Giustizia nel processo di integrazione europea: E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in «American Journal of Comparative Law», 75, 1981, pp. 1-27; J. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; cfr., inoltre, A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*,

Nonostante la presenza di questi problemi concettuali, occorre sottolineare, ancora una volta, che il costituzionalismo politico individua una serie di problemi che rimangono aperti per chiunque voglia occuparsi di teoria costituzionale contemporanea, sia a livello statale che a quello internazionale. Come ha di recente ricordato Maurizio Fioravanti, «ben difficilmente il costituzionalismo, anche oggi, come nella sua tradizione storica, potrà fare a meno del suo necessario elemento politico»⁹⁹.

Oxford University Press, Oxford, 2004; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

⁹⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 166.