

IGNAZIO MARIA MARINO
Socio effettivo

PRIME CONSIDERAZIONI SU DIRITTO E DEMOCRAZIA*

Sommario: 1. *Diritto e democrazia: tentazione “metodologica”*. 2. *Le origini: il diritto come espressione di corpi “sociali”*. 3. *Segue: lo Stato assoluto e la legge*. 4. *La Rivoluzione francese e il legislatore*. 5. *Il diritto a fondamento delle democrazie: le prime Dichiarazioni dei diritti e le prime Carte costituzionali*. 6. *Gli interessi pubblici e l'autonomia politica*. 7. *La legislazione elettorale. Gli equivoci: la governabilità*. 8. *La personalizzazione del rapporto fra “Stato” e cittadino*. 9. *L'evoluzione della legittimazione*. 10. *La giustizia come scopo di diritto e democrazia*.

1. DIRITTO E DEMOCRAZIA: TENTAZIONE METODOLOGICA¹.

* Questo scritto deriva dalla prolusione per l'inaugurazione dell'Anno Accademico 2007-2008 della LUM *Jean Monnet*.

¹ Il mio Maestro, Vittorio Ottaviano, agli inizi dei suoi studi sentì il bisogno di fare delle precisazioni di metodo (Studi sul merito degli atti amministrativi – 1947, anche se Ottaviano ci tiene a precisare che gli studi risalgono agli anni 1942-1943), che confermò tuttavia, in anni maturi, nel Suo scritto su Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali (1964 - Prolusione all'insegnamento presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania). Ne riassumo i tratti, utili a comprendere il metodo ispiratore di questo lavoro (del resto, Non siamo noi a portare la radice, ma è la radice che porta noi. San Paolo): “Sembra che lo studio del diritto possa essere vivificato da una maggiore coscienza storicistica dei problemi giuridici, in quanto il guardare i problemi giuridici anche da questo punto di vista permette di rendersi conto delle astrazioni giuridiche e di intenderle nel loro giusto valore. Sovente accade che i giuristi non hanno coscienza della realtà che ha dato luogo a certi schemi o dogmi...I dogmi giuridici, tuttavia, non sorgono dal nulla ma anch'essi sono il

Mi sembra opportuno che i giuristi riprendano in questo delicato momento storico il percorso della costruzione giuridica della democrazia ed il percorso della trasformazione profonda indotta dal principio di democraticità sul diritto, ma anche riflettano su quello che si richiede al diritto per uniformarsi al principio di democraticità. In fondo il primo vincolo interpretativo per il giurista deriva dalla Repubblica democratica dell'articolo uno della nostra Costituzione: il principio-vincolo giuridico di conservare una *res publica* fondata sul *demos*, sul popolo, sul principio di democraticità. E la stessa frase di Tucidide riportata in testa

riflesso delle condizioni storiche in cui il sistema giuridico si è formato e vive... La considerazione storicistica permette inoltre di risolvere due dei maggiori problemi della scienza giuridica e cioè quale sia, nel mondo dei valori, il valore stesso dell'opera di chi studia ed applica il diritto, nonché quale sia il legame che unisce diritto e giustizia. Se veramente tutta l'opera dei giuristi dipendesse dall'arbitrio del legislatore, per modo che ove questi emani una nuova legge diventi vana tutta l'opera antecedente, sarebbe da disperare delle vane fatiche dei giuristi. Se invece il giurista ha coscienza del valore storico del principio che si attua attraverso le norme che egli studia e, se guidato da questa coscienza, illumina le norme da applicare...il valore dell'opera del giurista sarà allora il medesimo di quello della civiltà di cui al tempo stesso è espressione ed a cui operosamente partecipa, e la sua opera sarà bensì superata, ma avrà contribuito a questo superamento rappresentandone il momento antecedente necessario. Allo stesso modo è da risolvere il problema del rapporto fra diritto e giustizia. Quando si parla di giustizia da attuare attraverso il diritto non la si deve concepire astrattamente bensì concretamente, come la giustizia di un concreto ordinamento giuridico." Ottaviano si ispirava, tra gli Altri, dichiaratamente a Tullio Ascarelli ("...le norme giuridiche sono tutte intelleggibili solo sul terreno storico e così di tutti i motivi (economici e ideali; di potere e di equilibrio) che concorrono nello sviluppo della storia"). Quello che in questo scritto si vuol mettere, tuttavia, maggiormente in evidenza è la forza di taluni retaggi storici e dogmatici che resistono nonostante il cambiamento radicale dei principi di riferimento di un ordinamento giuridico, come, ad esempio, è avvenuto nel nostro ordinamento giuridico in forza del principio costituzionale di democraticità. Ciò presenta un grave problema di giustizia, perché "ogni ordinamento sarà giusto, rispetto al momento di civiltà di cui è espressione, mentre sarà ingiusto ove, essendo stato superato questo momento, esso sia rimasto immutato" (V. Ottaviano).

al preambolo del progetto di Costituzione europea (2003/C 169/01) è significativa nell'indicare il principio cardine a cui l'Europa s'ispira: "La nostra Costituzione ... si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani di pochi, ma dei più".

Senza voler sminuire i profili dogmatici e definitivi, preferisco affrontare l'argomento secondo il rapporto dinamico che la storia ha via via consentito di osservare: i percorsi di diritto e democrazia si sono, infatti, fusi in istanze democratiche che hanno condotto ad interventi giuridici ed interventi giuridici che hanno costruito nuove forme di democrazia. La stessa idea di diritto è, infatti, fondamentale per le conseguenze sulla democrazia e, peraltro, il modo di concepire la democrazia è altrettanto fondamentale per il modo d'intendere il diritto, per dotare il diritto di una imprescindibile chiave interpretativa. Ma, al tempo stesso, leggi improvvise hanno insidiato ed insidiano tuttavia la democrazia: il diritto può essere infatti utilizzato, e lo è anche stato, per minare aspetti fondamentali della democrazia. Circostanza che ci dà la misura dell'incidenza del diritto sulla democrazia ed anche della pericolosità di un uso spregiudicato del diritto, più probabile laddove il costume morale e l'ambiente culturale si siano deteriorati.

Un tale approccio alla ricerca può avere il vantaggio di corrispondere all'esigenza di dare effettività al diritto, alla democrazia ed ai rapporti che la storia ha tessuto fra l'uno e l'altra². Certo, l'analisi sul campo

² Volendo tuttavia prendere partito sulla riflessione teorica, propenderei, a mo' di breve esemplificazione, per il pensiero di Jürgen Habermas e per quello di Nicola Matteucci piuttosto che per il positivismo giuridico di Hans Kelsen o di Norberto Bobbio. Sia il pensiero di Habermas che quello di Matteucci ruota attorno all'idea centrale della costituzione e del costituzionalismo (v. ora M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009), rifiutando la procedura democratica in senso positivistico, apprezzando storicamente piuttosto la limitazione del potere dei governanti e la retta nozione di costituzione democratica e dando un contenuto etico alla democrazia (il pensiero di J. HABERMAS è ripreso di recente nel saggio *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006 ed una sintesi del pensiero di N. MATTEUCCI si può leggere adesso nel *Profilo di Nicola Matteucci*, offerto da G. DE VERGOTTINI sulla Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2008, 521 e nella *Storia della filosofia* di D. ANTISERI e S. TAGLIAGAMBE, Milano, 2008, vol. 13, 528). Sul costituzionalismo, anche con

IGNAZIO MARIA MARINO

Socio effettivo

PRIME CONSIDERAZIONI SU DIRITTO E DEMOCRAZIA*

Sommario: 1. *Diritto e democrazia: tentazione “metodologica”*. 2. *Le origini: il diritto come espressione di corpi “sociali”*. 3. *Segue: lo Stato assoluto e la legge*. 4. *La Rivoluzione francese e il legislatore*. 5. *Il diritto a fondamento delle democrazie: le prime Dichiarazioni dei diritti e le prime Carte costituzionali*. 6. *Gli interessi pubblici e l'autonomia politica*. 7. *La legislazione elettorale. Gli equivoci: la governabilità*. 8. *La personalizzazione del rapporto fra “Stato” e cittadino*. 9. *L'evoluzione della legittimazione*. 10. *La giustizia come scopo di diritto e democrazia*.

1. DIRITTO E DEMOCRAZIA: TENTAZIONE METODOLOGICA¹.

* Questo scritto deriva dalla prolusione per l'inaugurazione dell'Anno Accademico 2007-2008 della LUM *Jean Monnet*.

¹ Il mio Maestro, Vittorio Ottaviano, agli inizi dei suoi studi sentì il bisogno di fare delle precisazioni di metodo (Studi sul merito degli atti amministrativi – 1947, anche se Ottaviano ci tiene a precisare che gli studi risalgono agli anni 1942-1943), che confermò tuttavia, in anni maturi, nel Suo scritto su Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali (1964 - Prolusione all'insegnamento presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania). Ne riassumo i tratti, utili a comprendere il metodo ispiratore di questo lavoro (del resto, Non siamo noi a portare la radice, ma è la radice che porta noi. San Paolo): “Sembra che lo studio del diritto possa essere vivificato da una maggiore coscienza storicistica dei problemi giuridici, in quanto il guardare i problemi giuridici anche da questo punto di vista permette di rendersi conto delle astrazioni giuridiche e di intenderle nel loro giusto valore. Sovente accade che i giuristi non hanno coscienza della realtà che ha dato luogo a certi schemi o dogmi...I dogmi giuridici, tuttavia, non sorgono dal nulla ma anch'essi sono il

Mi sembra opportuno che i giuristi riprendano in questo delicato momento storico il percorso della costruzione giuridica della democrazia ed il percorso della trasformazione profonda indotta dal principio di democraticità sul diritto, ma anche riflettano su quello che si richiede al diritto per uniformarsi al principio di democraticità. In fondo il primo vincolo interpretativo per il giurista deriva dalla Repubblica democratica dell'articolo uno della nostra Costituzione: il principio-vincolo giuridico di conservare una *res publica* fondata sul *demos*, sul popolo, sul principio di democraticità. E la stessa frase di Tucidide riportata in testa

riflesso delle condizioni storiche in cui il sistema giuridico si è formato e vive... La considerazione storicistica permette inoltre di risolvere due dei maggiori problemi della scienza giuridica e cioè quale sia, nel mondo dei valori, il valore stesso dell'opera di chi studia ed applica il diritto, nonché quale sia il legame che unisce diritto e giustizia. Se veramente tutta l'opera dei giuristi dipendesse dall'arbitrio del legislatore, per modo che ove questi emani una nuova legge diventi vana tutta l'opera antecedente, sarebbe da disperare delle vane fatiche dei giuristi. Se invece il giurista ha coscienza del valore storico del principio che si attua attraverso le norme che egli studia e, se guidato da questa coscienza, illumina le norme da applicare...il valore dell'opera del giurista sarà allora il medesimo di quello della civiltà di cui al tempo stesso è espressione ed a cui operosamente partecipa, e la sua opera sarà bensì superata, ma avrà contribuito a questo superamento rappresentandone il momento antecedente necessario. Allo stesso modo è da risolvere il problema del rapporto fra diritto e giustizia. Quando si parla di giustizia da attuare attraverso il diritto non la si deve concepire astrattamente bensì concretamente, come la giustizia di un concreto ordinamento giuridico." Ottaviano si ispirava, tra gli Altri, dichiaratamente a Tullio Ascarelli ("...le norme giuridiche sono tutte intelleggibili solo sul terreno storico e così di tutti i motivi (economici e ideali; di potere e di equilibrio) che concorrono nello sviluppo della storia"). Quello che in questo scritto si vuol mettere, tuttavia, maggiormente in evidenza è la forza di taluni retaggi storici e dogmatici che resistono nonostante il cambiamento radicale dei principi di riferimento di un ordinamento giuridico, come, ad esempio, è avvenuto nel nostro ordinamento giuridico in forza del principio costituzionale di democraticità. Ciò presenta un grave problema di giustizia, perché "ogni ordinamento sarà giusto, rispetto al momento di civiltà di cui è espressione, mentre sarà ingiusto ove, essendo stato superato questo momento, esso sia rimasto immutato" (V. Ottaviano).

al preambolo del progetto di Costituzione europea (2003/C 169/01) è significativa nell'indicare il principio cardine a cui l'Europa s'ispira: "La nostra Costituzione ... si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani di pochi, ma dei più".

Senza voler sminuire i profili dogmatici e definitivi, preferisco affrontare l'argomento secondo il rapporto dinamico che la storia ha via via consentito di osservare: i percorsi di diritto e democrazia si sono, infatti, fusi in istanze democratiche che hanno condotto ad interventi giuridici ed interventi giuridici che hanno costruito nuove forme di democrazia. La stessa idea di diritto è, infatti, fondamentale per le conseguenze sulla democrazia e, peraltro, il modo di concepire la democrazia è altrettanto fondamentale per il modo d'intendere il diritto, per dotare il diritto di una imprescindibile chiave interpretativa. Ma, al tempo stesso, leggi improvvise hanno insidiato ed insidiano tuttavia la democrazia: il diritto può essere infatti utilizzato, e lo è anche stato, per minare aspetti fondamentali della democrazia. Circostanza che ci dà la misura dell'incidenza del diritto sulla democrazia ed anche della pericolosità di un uso spregiudicato del diritto, più probabile laddove il costume morale e l'ambiente culturale si siano deteriorati.

Un tale approccio alla ricerca può avere il vantaggio di corrispondere all'esigenza di dare effettività al diritto, alla democrazia ed ai rapporti che la storia ha tessuto fra l'uno e l'altra². Certo, l'analisi sul campo

² Volendo tuttavia prendere partito sulla riflessione teorica, propenderei, a mo' di breve esemplificazione, per il pensiero di Jürgen Habermas e per quello di Nicola Matteucci piuttosto che per il positivismo giuridico di Hans Kelsen o di Norberto Bobbio. Sia il pensiero di Habermas che quello di Matteucci ruota attorno all'idea centrale della costituzione e del costituzionalismo (v. ora M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009), rifiutando la procedura democratica in senso positivistico, apprezzando storicamente piuttosto la limitazione del potere dei governanti e la retta nozione di costituzione democratica e dando un contenuto etico alla democrazia (il pensiero di J. HABERMAS è ripreso di recente nel saggio *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006 ed una sintesi del pensiero di N. MATTEUCCI si può leggere adesso nel *Profilo di Nicola Matteucci*, offerto da G. DE VERGOTTINI sulla Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2008, 521 e nella *Storia della filosofia* di D. ANTISERI e S. TAGLIAGAMBE, Milano, 2008, vol. 13, 528). Sul costituzionalismo, anche con

si presenta di particolare ampiezza, specie dopo il progressivo e prepotente affermarsi del diritto comunitario, sulla cui democraticità pendono tuttavia autorevoli riserve: nell'Unione Europea emergono, infatti, com'è stato detto, più i dilemmi della democrazia che la democrazia stessa³. La riflessione che inizio ad offrire rimane, comunque, molto limitata, dal momento che il rapporto tra diritto e democrazia trasmette una suggestione intuitiva, ma nasconde una molteplicità complessa di aspetti.

Anche senza cedere alla suggestione delle idee che vorrebbero costruire la storia (o almeno la storia delle scienze) come la storia di un tribunale che sieda in permanenza per attestare la verità, che non può esistere senza il giudizio⁴, senza il diritto, bisogna dare atto che, nel

riferimento alla *monarchie réglée* ed al tecnicismo (che tende a nascondere un processo di revisione dei valori etici e politici che hanno caratterizzato l'evoluzione del pensiero politico occidentale), può vedersi E. SCIACCA, *Il problema del costituzionalismo nella storia del pensiero politico moderno. Alcune questioni metodologiche* (2002), in *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, II, Milano, 2008, 5 ss.

³ R. DAHRENDORF, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, 2005. In termini di democraticità, infatti, anche l'Unione europea ha le sue difficoltà, anzitutto, com'è stato detto, a causa del terreno guadagnato dalla "rivoluzione costituzionalista", in quanto il "sofisticato macchinario di democrazia costituzionale" è sproporzionato rispetto ai cittadini, alla componente popolare. Inoltre, taluni aspetti sono molto enfatizzati anche in Europa: primo fra tutti quello del mercato (e della sua regolamentazione) a fronte della mancanza di una diretta responsabilità (l'*accountability*) nei confronti dei cittadini (sulle considerazioni che precedono v. Y. MÉNY, *Il malessere democratico. Paradossi ed equivoci dalle democrazie nazionali all'Unione Europea*, in *La politica e le radici*, a cura di C. Baccetti, S. Bolgherini, R. D'amico, G. Riccamboni, Novara, 2010, 328 ss., 338 ss.).

⁴ Niente storia generale delle scienze senza registrazione giudiziaria, niente verità senza processo, senza giudizio; vi è soltanto il diritto per trasformare il tempo in storia, per canonizzare il primo nella seconda: è "l'invenzione" di Roma (sul punto può vedersi M. SERRES, *Il contratto naturale*, Milano, 1991, 80 ss, ma *passim*). Vedi inoltre E. FAZZALARI, *Giudici, Diritto, Storia*, in *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, 19: "Azzarderei solo, ma al di fuori di qualsiasi schematizzazione storicistica, l'assunto

percorso ora iniziato, si osserva chiaramente l'esigenza di fissare in norme di diritto le tappe basilari del rapporto fra sovrano e popolo, fino a giungere ai rapporti fra amministratori ed amministrati; percorso segnato dalla conquista progressiva dei popoli di un diritto in cui potessero riconoscersi.

Basterà ricordare, ad esempio, la Repubblica Serenissima di Venezia, dove l'*Assemblea popolare* (poi "Maggior Consiglio") veniva considerata la fonte del potere pubblico e dove un sistema di "magistrature" avrebbe messo in crisi, secondo i parametri di Montesquieu, il principio della divisione dei poteri, facendo, invece, risaltare i vantaggi del conoscere le implicazioni reciproche del normare, dell'amministrare e del giudicare⁵. O richiamare l'esperienza (e la necessità), quanto mai attuale, di istituti giuridici democratici tesi a rafforzare il vincolo fra eletto ed elettore⁶.

O trarre consiglio dall'interpretazione che della storia tedesca fra il 1550 ed il 1750 viene offerta per la comprensione (della rilevanza) del ruolo (sempre più "esclusivo") dell'amministrazione nella gestione della cosa pubblica: lo "Stato amministrativo" prussiano o austriaco del Settecento rappresenta, infatti, un'esperienza importante per comprendere il peso "politico" dell'Amministrazione e la difficoltà di isolarla in una dimensione tecnica, consigliando "di tornare a studiare con maggiore interesse le possibili implicazioni 'politiche', cioè valutative, presenti

che la storia sia – o sia anche – continuo contraddittorio, dunque processo, per la convalidazione di valori: consistendo la posta nella continuazione della convivenza".

⁵ La "Quarantia", una magistratura presieduta dal Doge, era organo esecutivo del Maggior Consiglio, elaborava disegni di legge ed aveva poteri giurisdizionali (a partire dal XII secolo). In Inghilterra, com'è noto, il *Lord Chancellor* è, ad un tempo, giudice (al vertice del potere giudiziario), *Speaker* della *House of Lords* e membro del *Cabinet*.

⁶ Come la "piaggeria", che mirava a rendere corresponsabile colui che proponeva la candidatura a una carica pubblica. O sistemi di "giustizia amministrativa" la cui "efficacia ed efficienza è testimoniata dai suoi mille anni di vita". Si veda, I. CACCIAVILLANI, *Il sistema di "giustizia amministrativa" nella Serenissima*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, I, Padova, 2007, 62, 67.

anche in quell'aspetto dello Stato che riguarda l'amministrazione⁷.

O, ancora, avvalersi dello studio sulle "forme di Stato", come studio dei "rapporti interni fra la potestà sovrana, gli enti territoriali minori, i gruppi sociali ed i cittadini", idoneo a migliorare la comprensione degli sviluppi attraverso i quali si è giunti agli Stati contemporanei⁸, alla forme di Stato democratiche.

Occorre, pertanto, limitandosi, scegliere il percorso che sembra oggi più conducente a chiarire il rapporto fra diritto e democrazia, continuando ad avvertire che esso è uno dei percorsi possibili, ed anche uno degli approcci disciplinari possibili⁹.

2. LE ORIGINI: IL DIRITTO COME ESPRESSIONE DI CORPI "SOCIALI".

La storia dei rapporti fra Diritto e Democrazia, per quello che ci riguarda più da vicino (l'itinerario europeo dell'ultimo millennio), può ricondursi a due percorsi essenziali che, all'inizio, sembrano avere nell'Italia dei comuni e nell'Inghilterra di Giovanni Senzattera un'analogia matrice nella voglia di comprimere il potere sovrano. Nell'Italia centro-settentrionale, con la lotta dei Comuni per affermare, nei confronti del "signore" e dello stesso imperatore, i loro diritti, rivendicando un potere normativo atto a regolare la vita delle città; in Inghilterra

⁷ P. SCHIERA, *La concezione amministrativa dello Stato in Germania*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da Luigi Firpo, IV, 1, 363.

⁸ E che hanno trovato la loro origine in Europa, al momento del dissolversi dell'epoca carolingia (così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 129).

⁹ Vi è, tuttavia, al fondo la presunzione di ritenere che il percorso giuridico sia da privilegiare per conoscere anche gli altri percorsi, nella suggestione di M. SERRES, *Il contratto naturale*, cit. Ma anche nella convinzione che non bisogna illudersi che ogni problema sia risolvibile in termini di moralità individuale e che si possa fare a meno dei fattori istituzionali. Come ricorda Tullio Ascarelli, l'abolizione della schiavitù non sarebbe avvenuta se ci si fosse limitati al problema dei padroni buoni o cattivi; non si sarebbe giunti all'abolizione della schiavitù neanche se i padroni fossero stati tutti buoni. Ciò è invece avvenuto con il diritto nella sua evoluzione per gli uomini, per tutti gli uomini (T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia privata nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 1249).

con l'analogia lotta per limitare i poteri della monarchia che condusse alla concessione di una *Magna Charta libertatum* da parte di Giovanni Senzattera.

Questo percorso è accomunato dall'aspirazione a costruire un diritto che il sovrano fosse costretto a rispettare. I Comuni italiani del XII-XIII secolo, strutturati in libere associazioni, iniziarono a dettare regole e a darsi una organizzazione che li portò a conquistare il potere nella città e nel contado. Le Assemblee, i Consigli cittadini costituirono la radice della volontà "popolare", sia durante il regime consolare che quello podestarile. Si incardinò, così, una prima forma "democratica" che si convogliò nella scelta del podestà quale "tecnico del diritto e della politica"¹⁰.

Nello stesso torno di tempo, agli inizi del XIII secolo, in Inghilterra, Giovanni Senzattera è costretto a giurare la *Magna Charta libertatum* (il 5 giugno 1215) che incardinava il controllo sulla monarchia ed accoglieva le condizioni poste al sovrano dai baroni, dal clero e dall'alta borghesia londinese¹¹. La *Magna Charta*, che favorì un riequilibrio fra le classi sociali, iniziò il percorso della limitazione *ab externo* della monarchia (dapprima con un organo, il "consiglio", composto da 25 baroni) e pose il principio che "gli uomini liberi non potevano essere condannati senza il giudizio davanti ad una Corte di uguali".

Il problema della limitazione esterna del "sovrano" nel periodo dell'Europa feudale¹², con riconoscimenti giuridici e pote-

¹⁰ G. GALASSO, *Storia d'Europa, Antichità e Medioevo*, I, Roma-Bari, 1996, 290 ss.

¹¹ R. VILLARI, *Milla anni di storia. Dalla città medievale all'unità dell'Europa*, Roma-Bari, 2000, 34.

¹² Il discorso delle limitazioni esterne del "sovrano" può essere, tuttavia, più complesso di quanto non appaia a prima vista. Nel "*Contributo critico*" con cui partecipa ad introdurre l'edizione italiana (Roma, 1995) de *La ricchezza delle nazioni* di Adam SMITH, Paolo SYLOS LABINI riprende la concessione da parte del re ai borghi medievali di privilegi e del diritto di darsi una propria organizzazione (governo) che nasce anche dal contrasto di "interessi" tra il re e i signori feudali. Il *Contributo* mette conto di essere richiamato anche per l'attenzione dedicata all'uso del diritto quale strumento della nascita della borghesia (ad esempio, in Sicilia orientale): "I signori feudali acquistano

ri normativi, è così all'origine del rapporto diritto-democrazia.

Comunque si pensi all'Italia "urbanizzata e commercializzata del Medioevo", infatti, ed anche ritenendo che la società emergente fosse il prodotto di due tradizioni: quella antica e aristocratica e quella medievale e mercantile¹³ (non lontana, pertanto, dall'esperienza inglese), rimane tuttavia prevalente il riferimento all'età comunale, a partire dalla fine del secolo XI e ancora nei secoli XII e XIII, come il periodo in cui si afferma un ordinamento "democratico". Si sostituisce, cioè, il vincolo feudale con il "principio dell'associazione fra uguali e della rappresentanza, per cui il governo non era esercitato in base ad una investitura dall'alto, ma in nome, per conto e sotto il controllo delle comunità"¹⁴; anche se con il termine "popolo" si indicano soltanto gli strati borghesi della popolazione¹⁵.

merci importate da Paesi lontani (oro e seta), ma l'acquisto sistematico di questi oggetti di lusso, superflui, li impoverisce; essi hanno, perciò, bisogno di accrescere i loro redditi; vengono spinti a cambiare i sistemi contrattuali, ad abbandonare gli affitti a breve per trasformarli in affitti a lungo termine, in una sorta di enfiteusi che permette certamente di chiedere canoni più elevati, ma lega l'affittuario alla terra. Questi, perciò, potrà fare trasformazioni fondiarie e investire capitali, mutandosi così in borghese agrario autonomo".

¹³ P. JONES, *Economia e società nell'Italia medievale: la leggenda della borghesia*, in *Storia d'Italia*, Annali 1, *Dal feudalesimo al capitalismo*, Torino, 1978, 371.

¹⁴ R. VILLARI (op. cit., 41) ricorda altresì che il riconoscimento dei diritti dei comuni non eliminò, tuttavia, la dipendenza *formale* dall'impero (pace di Costanza, 25 giugno 1183).

¹⁵ Il "popolo grasso". Tuttavia, con il "popolo grasso" e la democratizzazione del comune si scardina "l'ordinamento aristocratico e si introduce nella vita pubblica il principio di democrazia" (R. VILLARI, op. cit., 56 ss.). Viene, peraltro, osservato che se è vero che storicamente si è operata la connessione fra la terra e la ricchezza terriera come generanti l'aristocrazia, le città e la ricchezza commerciale generanti la democrazia, la divergenza fra l'interpretazione "aristocratica" e quella "democratica" è meno radicale di quanto sembri. E tuttavia, come afferma lo stesso Philip JONES (op. cit., 187 ss.) «avendo separato città e campagna, e ceduto le città al commercio, l'Europa medievale aveva creato qualcosa di nuovo: una classe mercantile dall'identità collettiva, la prima borghesia; e con il nuovo rango e potere che collettivamente ne vennero

Lo sviluppo cittadino fu anche la condizione prima per rendere autonoma e laica “la ricerca scientifica”, gli studi. Proprio la nascita delle Università in quel periodo riflette il “carattere autonomistico che ebbero generalmente nel XII e XIII secolo le nuove istituzioni civili”¹⁶. E non sembra un caso che le Università nascano con la scuola *giuridica* bolognese e solo successivamente con altri studi¹⁷. Sono, infatti, istituti giuridici quelli che si travasano di frequente in principi del cammino verso la democrazia. Come avviene, ad esempio, con l’espansione del principio giuridico di rappresentanza nel processo, di origine giustiniana, nel principio delle istituzioni rappresentative; dapprima nella Chiesa cattolica (il concilio ecumenico come assemblea “rappresentativa” e, nel 1215, la riunione dei “rappresentanti” dei capitoli delle cattedrali ad opera di Innocenzo III) e successivamente nelle istituzioni secolari¹⁸.

Gli esempi richiamati, pertanto, sembrano, nel periodo storico considerato come del “Rinascimento anticipato”, indicare in Europa gli albori del rapporto fra diritto e democrazia. E, sia nel caso dei comuni italiani come pure nel caso del “controllo” ecclesiastico, baronale

ai *burgenses* – in *parlamenta*, nella politica, negli affari internazionali- aveva compiuto la prima (e secondo una recente interpretazione la sola) “rivoluzione borghese”, la prima origine e fonte, a sua volta, della comparsa di una società “à dominante économique”».

¹⁶ R. VILLARI, *op. cit.*, 10.

¹⁷ Teologia e filosofia a Parigi (Sorbona) e a Oxford, medicina a Salerno e Montpellier e poi Padova, Salamanca, Tolosa; mentre a Napoli, Federico II, nel 1224 la creò come un centro di formazione di funzionari pubblici. Gli studi seguono il fenomeno sociale e le tappe raggiunte nell’età comunale lasciano il segno nel *Defensor pacis* (1324) di Marsilio da Padova, con la concezione laica dello Stato e l’origine popolare del potere. La convergenza della cultura laica e degli studi di diritto verso la “visione marsiliana” avvia il “processo di sviluppo del pensiero politico moderno”, in opposizione alla concezione teocratica del potere ed all’universalismo imperiale (R. VILLARI, *op. cit.*, 72).

¹⁸ *L’utrumque ius*, diritto civile e diritto canonico, fu la grande intuizione della coscienza medievale, come ricorda F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966, 223. Il principio del codice di Giustiniano era sintetizzato nella massima: ciò che concerne tutti deve essere approvato da tutti. Su questi aspetti si veda, H. G. KOENIGSBERGER, *Parlamenti e istituzioni rappresentative negli antichi Stati italiani*, in *Storia d’Italia*, cit., 577 ss.

e “borghese” sul sovrano d’Inghilterra, la strada intrapresa è quella di formare un diritto che non è quello del sovrano. Anzi un diritto che a quest’ultimo si contrappone e che, almeno in Inghilterra, proseguirà, costituendo proprio *il diritto*, creato e voluto da tradizioni, comuni e giurisprudenziali, al cui rispetto è vincolato lo stesso Stato-sovrano.

3. *SEGUE*: LO STATO ASSOLUTO E LA LEGGE.

Questi percorsi europei, continentali e insulari, di limitazione del potere sovrano sono, infatti, destinati a diversificarsi. Nel continente europeo si andrà verso lo Stato assoluto, emblematicamente teorizzato da Machiavelli per i profili politici e da Jean Bodin per quelli giuridici¹⁹, dove pure si affrontano il rapporto fra sovranità e leggi, fra potere assoluto e diritti dei sudditi. Ma la legge non ha altro significato che quello di essere “il comando del sovrano” e viene soltanto “annunciata dalla bocca del magistrato”²⁰.

“... vi sono due sorte di potere di comando a titolo pubblico: l’una è la stessa sovranità, ch’è assoluta al di sopra delle leggi, dei magistrati, dei privati; l’altra è secondo le leggi e soggetta a queste e al sovrano, ed è propria dei magistrati o di quelli che abbiano avuto poteri straordinari di comando fino alla revoca o allo scadere del loro mandato. Il principe sovrano non riconosce niente di superiore a sé fuorché Dio; il magistrato deriva il suo potere, dopo che da Dio, dal principe sovrano, e resta sempre soggetto a lui e alla sue leggi; i privati riconoscono come superiore, dopo Dio cui va sempre riservato il primo posto, il loro principe sovrano, le sue leggi ed i suoi magistrati ciascuno nel suo ambito di competenza.”

È il periodo del sovrano *legibus solutus*, cui seguirà la grande espansione della burocrazia *al servizio del sovrano*: in Francia, ma anche altrove, ad esempio in Prussia, dove prenderà poi vita, agli inizi del Settecento, un filone particolare di studi (la cameralistica²¹). Se si escludono le Province Unite a cui la Spagna, nel 1648, fu costretta a riconoscere l’indipendenza e dove si otteneva in tal modo la prima vittoria politi-

¹⁹ Nei *Six livres de la République*, 1576.

²⁰ J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, vol. II, Torino, 1988, 174 ss.

²¹ I “*consilarii camerales*” o “*Cameralisten*” erano i pubblici funzionari e costituivano l’apparato burocratico legato esclusivamente al principe (per approfondimenti sul punto può vedersi P. SCHIERA, op. cit.).

ca della grande borghesia mercantile e finanziaria in Europa, nel resto dell'Europa continentale occidentale si afferma l'Assolutismo.

La diversa sorte toccata all'Inghilterra derivò dalla costruzione, dalla conservazione e dall'aggiornamento di un diritto (*Common Law*) che non era espressione dello Stato apparato, ma trovava piuttosto la sua legittimazione nella comunità²². Fra tutte le rivoluzioni europee della metà del Seicento, infatti, in quella inglese confluirono "maturità politica" e risultati ottenuti²³, e l'Inghilterra giungerà al progressivo rafforzamento del diritto che si costruisce autonomamente e che si confronta con il sovrano. Le "rivoluzioni" inglesi portarono, infatti, al riconoscimento dello *Habeas corpus* (nel 1679) e, con la "gloriosa rivoluzione" del 1688, approdarono alla dichiarazione dei diritti del 1689, che sottoponeva il sovrano alla volontà della Nazione-Parlamento, dove le due Camere controllavano anche il governo e, sulla base del principio che la sovranità effettiva è nel popolo (e nei suoi rappresentanti), si confer-mava il controllo "esterno" del potere sovrano²⁴.

²² Sul punto, N. PICARDI, *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 625. Del resto, com'è noto, l'Inghilterra non conosce un concetto di Stato paragonabile a quello esistente nei sistemi giuridici di *civil law* (semmai ci si riferisce alla *Crown*); ma il riferimento è più complesso, attesa, anzitutto, la peculiarità del sistema del *local government*.

²³ R. VILLARI, *op. cit.*, 256.

²⁴ La maturazione della "gloriosa rivoluzione" senza spargimento di sangue era stata lunga e complessa. Nel patrimonio della civiltà inglese era già entrato il principio della separazione fra politica e diritto: principio secondo il quale una società di persone libere deve essere retta da *The Rule of Law* e non da una *Rule of Man*. A questo proposito, un episodio particolarmente significativo della storia inglese, risale al 1616, allorquando Re Giacomo convocò i giudici per chiedere loro se si sarebbero astenuti dal giudicare qualora il Re lo avesse ordinato, ricevendo la risposta "perplessa" del giudice Coke, convinto assertore che il sovrano fosse soggetto non soltanto a Dio, ma anche al diritto, per cui astenersi dal giudicare equivaleva a non applicare il diritto in quel caso. Il Re pose allora la questione se egli stesso potesse giudicare una controversia, sottraendola ai *suoi* giudici. Domanda delicatissima che richiedeva una risposta altrettanto delicata, risposta che non mancò al giudice Coke: anche un sovrano dotato di grande intelligenza e senso del giusto non può giudicare

Nel Continente, invece, chiusa la parentesi dell'età comunale²⁵, si dovrà attendere, anche se vi saranno eccezioni²⁶, la dissoluzione dello Stato assoluto per riparlare di diritto legittimato dal popolo. Lo Stato assoluto, peraltro, lascerà un segno indelebile, pari a quello irreversibile poi lasciato dalla rivoluzione francese²⁷, ed il diritto sarà creato dallo Stato attraverso la legge, che costituirà per lunghissimo tempo il riferimento eminente del "diritto" del cittadino e del potere dello Stato. Ma anche per questo bisognerà attendere la rivoluzione francese – un secolo dopo la gloriosa rivoluzione inglese – e gli atti giuridici che da essa generarono²⁸ per iniziare, sia pure in maniera differente, il cammino verso la democrazia.

in una corte di *Common Law*, perché questo diritto non corrisponde ad una ragione comune, ma è il frutto di particolari studi ed esperienza peculiari al discorso giuridico. Il giudice Coke affermava così anche l'autonomia del diritto. Tutto questo gli costò la toga, ma nel 1642 la pressione politica costrinse il Re Carlo I a nominare i giudici con incarico a vita, anziché mantenerli nella carica fin quando fosse piaciuto al sovrano (per approfondimenti può vedersi, A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2003, 112 ss.; U. MATTEI, *Common Law*, Torino, 1992, 39 ss. e *passim*; ivi ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁵ Alla crisi della democrazia comunale, conseguente anche ai contrasti fra piccola e media borghesia e grande borghesia, seguì il periodo della "Signoria", con l'instaurazione del potere personale di un signore.

²⁶ Ci si riferisce in particolare alla repubblica delle Province Unite: con l'indipendenza dell'Olanda, infatti, si conseguì in uno Stato dell'Europa moderna la prima vittoria politica della grande borghesia mercantile e finanziaria (R. VILLARI, *op. cit.*, 198, 236).

²⁷ L'autorità dello Stato, quale tratto tipico dello Stato stesso, segnerà, infatti, i sistemi a diritto amministrativo. Può vedersi sul punto M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, vol. XII e *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 29 e *passim*.

²⁸ La dichiarazione dei diritti dell'uomo, anzitutto, che "ha fatto nascere nel diritto positivo il concetto del diritto soggettivo del cittadino (di uno Stato) di fronte allo Stato nel suo complesso" (per dirla con George JELLINEK (*Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1927), *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002, 28).

4. LA RIVOLUZIONE FRANCESE E IL LEGISLATORE.

Il 27 giugno del 1789 la rappresentanza della Nazione francese nell'Assemblea nazionale si completa. La maggioranza del clero ed una parte della nobiltà hanno aderito alle posizioni della borghesia e Luigi XVI finisce con l'approvare la formazione dell'Assemblea nazionale (con l'invito ai rappresentanti degli altri ordini ad unirsi a quelli del "Terzo"). "Giuridicamente il sistema assolutistico era distrutto"²⁹. La distruzione dello Stato assoluto deriva dall'accettazione dell'Assemblea nazionale da parte del Re che, così facendo, riconosceva ad un Organo rappresentativo il potere di elaborare un nuovo Ordinamento giuridico ed accettava così di imputare il potere di emanare norme giuridiche ad un'Assemblea all'uopo legittimata dal corpo sociale (anche a prescindere dal riconoscimento del Sovrano).

Il prodotto normativo primo sarà la legge³⁰, ma il cittadino non neggerà alla legge, che già conosceva nei suoi aspetti più deteriori di volontà del sovrano, bensì al legislatore. Infatti, non è la legge, ma il nuovo legislatore a fare la differenza: la qualità del nuovo legislatore³¹, gli interessi (dei cittadini e del corpo sociale) di cui questo nuovo legislatore dovrà farsi carico in forza della sua nuova legittimazione: "*Du législateur / Tout s'accomplira / Celui qui s'abaisse / On l'élèvera / Celui qui s'élève / On l'abaissera...*", canterà il *Ça ira*.

Dobbiamo credere che talvolta la sensibilità popolare sia di gran lunga superiore alle teorizzazioni scientifiche se si guarda all'attenzio-

²⁹ R. VILLARI, *op. cit.*, 334.

³⁰ Le leggi approvate nell'agosto del 1789 dall'Assemblea nazionale ebbero un enorme impatto sociale: l'abolizione del regime feudale, la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino", ma anche l'abolizione dei privilegi fiscali, delle decime ecclesiastiche ecc.

³¹ Dirà poi il sociologo (É DURKHEIM, *Leçon de sociologie: physique des mœurs et du droit*, Paris, 1950) che la fiducia nella legge dipende da quella che ci ispirano gli organi incaricati di elaborarla: «Il rispetto della legge dipende dal valore dei legislatori e da quello del sistema politico. In proposito, la peculiarità della democrazia sta nel fatto che, grazie alla comunicazione stabilita tra i governanti e i cittadini, questi ultimi sono messi in condizione di giudicare il modo in cui i governanti svolgono il loro ruolo, e che danno o rifiutano la loro fiducia con una più completa conoscenza di causa».

ne dedicata dai giuristi alla legge rispetto a quella (scarsamente) dedicata alla qualità del legislatore e se si riflette sui portati storici del positivismo giuridico³².

Nonostante, infatti, l'insindacabilità della legge in mano alla politica dei totalitarismi fosse causa non ultima dell'inciviltà e della barbarie degli anni che, nell'Europa continentale, precedettero la seconda guerra mondiale, il pensiero positivista ha stentato e stenta tuttora ad essere messo definitivamente in discussione³³. Beninteso, non si vuole disco-

³² Il dibattito attuale sul giuspositivismo italiano può leggersi in L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica*, Roma-Bari, 1999, 89 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. Sul rapporto fra giuspositivismo e legge v. di recente, E. GLIOZZI, *Sulla critica giuspositivista ai principi di giustizia*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2005, 1061-1077 ("Perciò possiamo dire che il giuspositivismo, più che una teoria scientifica sul diritto, è una dottrina politica che ha come obiettivo polemico quei regimi che limitano la sovranità dei legislatori imponendo loro l'osservanza di principi di giustizia che, come si è visto, sono per lo stesso giuspositivismo soltanto formule vuote di significato") e M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit. ("È ormai a tutti evidente che il modo odierno non è più quello della stagione trionfante del positivismo giuridico, della centralità della legge solo eventualmente limitata verso l'alto dalla Costituzione, e verso il basso applicata dalla giurisdizione in modo certo, pronto e uniforme... Oggi, una parte della costruzione dell'ordine politico passa per vie diverse, e in particolare attraverso l'interpretazione della legge nell'esercizio del rendere giustizia, della giurisdizione, presupponendo in tale opera la presenza decisiva della Costituzione come norma giuridica." Pag. 102).

³³ Sul punto è fondamentale il richiamo alle voci dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964: *Diritto (principio e concetto)* di Widar CESARINI SFORZA, *Diritto naturale* di Sergio COTTA e *Diritto positivo* di Vittorio FROSINI (che ricorda (pag. 654) il saggio di F. K. von SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), considerato "giustamente" il "manifesto" dello storicismo giuridico). Tullio ASCARELLI ha condensato in pagine memorabili il pericolo di un diritto astratto dalla storia, in contrapposizione all'interpretazione ed all'applicazione delle norme, considerando il positivismo come fondato sulla premessa giusnaturalistica in cui confluivano *common law* e *civil law* nel secolo XIX: la comune premessa di un ordine giuridico quasi naturale, rispecchiato nei codici e nei precedenti giurisprudenziali. Col rischio di ridurre l'attività dell'interprete "a mera attività

noscere il coraggio e l'impegno con cui in circostanze procellose venne opportunamente difesa la legge *generale ed astratta*, la sua prevedibilità; ma, appunto, il nocciolo della questione era (come lo è tuttora) la prevedibilità e la predeterminazione legittimata del diritto, non la legge³⁴. Anche se, in quel momento storico, la difesa della legge, dello *ius conditum*, poté sembrare, come probabilmente era, l'unico riparo di fronte alle teorie (anzitutto quella del cosiddetto "diritto libero") che volevano ricondurre il diritto all'incertezza della convenienza e dell'arbitrio politico³⁵.

di esplicazione di un contenuto già implicito nella norma posta dallo Stato sovrano e implicitamente assimilata a legge naturale o a norma divina" (*Norma giuridica e realtà sociale*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano, 1959, 73, 80 ss.). Del resto, la battaglia artatamente condotta dai giuspositivisti contro il diritto naturale tendeva pure a misconoscere il ruolo storico che la dottrina del diritto naturale svolse contro l'assolutismo nei secoli XVII e XVIII, con Grozio, Spinoza, Pufendorf, Locke ecc.

³⁴ Il collegamento della giurisdizione alla democrazia tramite la legge - (la cui applicazione deve fungere da criterio per la decisione; il pensiero di Luigi Ferrajoli in proposito viene di recente richiamato da M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, nel numero speciale della *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* del settembre 2008, intitolato *Accordi di parte e processo*, 77 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche) - non può tuttavia sottrarsi al problema della legittimazione delle norme.

³⁵ Piero CALAMANDREI, sulla *Rivista di diritto commerciale* del 1942, scrive che "Il sistema del "diritto libero", in realtà, non merita questa sua denominazione se non per ironia: perché esso è la negazione insieme di ogni diritto e di ogni libertà." (*La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in calce al volume di di F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, 1942, a cura di G. Astuti, Milano, 1968, 171). Nelle pagine successive del saggio appena richiamato, Calamandrei critica aspramente l'affannosa legislazione "a getto continuo", "che spesso si risolve in una legislazione *a vuoto* (per l'impossibilità in cui si trovano gli stessi giudici e avvocati di apprendere bene una legge prima che sia sopraggiunta quella che l'abolisce o la modifica)", che contribuisce "a distruggere nelle coscienze il senso del diritto". Calamandrei richiama Carnelutti e Carnelutti richiama Calamandrei, non soltanto per il problema della "inflazione legislativa", ma anche sulla *prevedibilità* dei comportamenti, sul "beneficio" della certezza rimesso alla legge, che "non ragiona di

Oggi, un pari inno alla legge renderebbe un pessimo servizio di fronte alla necessità di costruire un diritto effettivamente legittimato dal corpo sociale ed alla necessità di offrire ai cittadini un grado di certezza maggiore attraverso il consolidamento dei parametri interpretativi ed applicativi³⁶, con l'aggiunta della necessità di garanzie, non offerte

cose particolari e presenti ma di cosa future e generali" (F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, 1943, riportato nello stesso volume di F. Lopez de Oñate, cit., 193). Questo aprirà anche il dibattito su certezza e giustizia che vedrà gli autorevoli commenti di Giuseppe CAPOGRASSI e consoliderà la tesi di Calamandrei sull'interpretazione della legge secondo la morale autentica del giurista: guardare alla legge, interpretare la legge nel pieno mondo delle leggi di cui la singola legge entra a far parte, senza per questo scuoterne la certezza.

L'opera di Piero CALAMANDREI si è di recente arricchita del saggio *Fede nel diritto* (1940), Roma-Bari, 2008, dove pure legge astratta e certezza del diritto vengono coniugate con la consapevolezza, che è dei giuristi, "che la formula della legge è come lo stampo del fonditore, in cui si possono colare i metalli più nobili e quelli più vili..." e che "alla base di ogni diritto c'è la forza...", ma che "questa forza che crea il diritto non è la cieca violenza, ma è sopra tutto, alla fine, la forza della coscienza morale, la fede in certi insopprimibili valori umani..." E la missione umana dei giuristi è quella di "far sì che le leggi, buone o cattive, siano applicate in modo uguale ai casi uguali, senza parzialità, senza dimenticanze, senza favori." Non v'è dubbio che si tratta della difesa "del sistema della legalità contro il sistema del 'caso per caso', mantenendo la tradizionale distinzione fra funzione legislativa e funzione giurisdizionale" (Silvia CALAMANDREI, *Tra Socrate e Antigone*, in *Fede nel diritto*, cit., 114).

³⁶ Per questo si rilancia, ancora di recente, l'esigenza "di spostare il principio di legalità dal momento di posizione della regola a quello della sua concreta applicazione", v. N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, 711 s. In verità, già T. ASCARELLI (*Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, cit., 1262 e *passim*) rifiutava la contrapposizione fra scienza giuridica e interpretazione, in quanto la scienza giuridica non è che un momento della giurisprudenza e la giurisprudenza comprende la scienza giuridica "che pur sempre si coordina con l'interpretazione e l'applicazione di un determinato ordinamento giuridico" (corsivo mio). La giurisprudenza non ha ad oggetto lo studio delle norme, ma la valutazione normativa della realtà ed il diritto non può esistere e operare fuori della sua interpretazione e applicazione: "questa si immedesima con la norma e ne de-

dalla legge, ma piuttosto costruite nei suoi confronti, anche dalla stessa Corte costituzionale.

Del resto, a livello comunitario, il “principio di legalità” viene anche presentato come principio della *regola predeterminata* a cui conformare le azioni giuridicamente rilevanti³⁷: ciò che è giuridicamente rilevante deve essere giuridicamente predeterminato³⁸. Ma la predeterminazione è assicurata anzitutto dall’uniformità dell’interpretazione e dell’applicazione da parte dei Giudici comunitari (art. 220 del Trattato, ex art. 164)³⁹.

termina la portata attraverso un sempre nuovo ordinamento della realtà per valutazioni normative, *continuo ordinamento che si esprime poi in quelle categorie indipendentemente dalle quali lo stesso legislatore non potrebbe disporre*” (corsivo mio). Purtroppo, da Ascarelli ad oggi molte cose si sono perse: la dottrina ha perso di autorevolezza e di capacità d’impostazione sistematica, la legislazione ha perso di rigore, di razionalità e di coerenza, “aggravando con il caos normativo la crisi del metodo sistematico”, la giurisdizione, “di cui pure sono enormemente cresciute la rilevanza politica e la funzione di difesa della legalità, ha infine riscoperto la vecchia intolleranza per la critica e, anche a causa dello stato di permanente emergenza in cui è chiamata ad operare, le proprie mai spente vocazioni antigarantistiche e autoritarie” (L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica*, cit., 79 s.).

³⁷ Siano esse pubbliche o private, processuali o sostanziali, v. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 16.

³⁸ Le norme di riferimento sono quelle che incardinano il principio di attribuzione (l’art. 5 del Trattato, ex art. 3/B); quelle ricavabili dall’art. 230 (ex art. 173) sul controllo di legittimità della Corte di giustizia per le violazioni del trattato “o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione”; la norma sulle pronunce in via pregiudiziale della Corte di giustizia (art. 234, ex art. 177).

³⁹ Tutto ciò sollecita ricerche sulla *Rule of Law*, sull’effettività (il diritto esiste in quanto sia possibile il rimedio), sul *Due Process of Law*, sulle garanzie del cittadino sottratte al volere dei legislatori nazionali (v., ad esempio, N. TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 37 ss., 51 ss. e *passim*), come pure sulla possibile (ma difficoltosa) introduzione della regola del “precedente” negli ordinamenti continentali (su cui si veda M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Ri-*

5. IL DIRITTO A FONDAMENTO DELLE DEMOCRAZIE: LE PRIME DICHIARAZIONI DEI DIRITTI E LE PRIME CARTE COSTITUZIONALI.

Alla Dichiarazione francese dei diritti, formata nelle sue grande linee sul modello dei *Bills of Rights* inglesi o delle *Declaration of Rights* americane⁴⁰, seguì la prima Costituzione francese del 3 settembre 1791, che stabilì una serie di diritti naturali e civili garantiti dalla Costituzione unitamente al diritto elettorale⁴¹.

Penso si possa ritenere così che l'*habitus* mentale dell'Inghilterra, iniziato con la *Magna Charta* e proseguito nel controllo del potere sovrano da parte del popolo rappresentato nel Parlamento, e l'*humus* culturale della Carta dei diritti del 1689 che ispira l'indipendenza degli Stati Uniti d'America, costituiscono anche la base culturale della rivoluzione francese e di tutto quello che via via ne discende nell'Europa continentale in termini di formazione del moderno Stato democratico.

Carte dei diritti, dunque, Dichiarazioni dei diritti, Carte costituzionali sono il diritto alla base delle democrazie, ma è subito evidente come deve permanere l'attenzione sulla differenza fondamentale fra un Ordinamento giuridico che crea le sue norme indipendentemente dal sovrano, anzi confrontandosi con esso, ed un Ordinamento giuridico in cui lo Stato e la sua legge sono l'evoluzione storica del sovrano assoluto.

Nella comparazione fra i due sistemi giuridici prevalenti in Europa, infatti, bisogna avere chiaro da subito che confrontarsi con un sistema giuridico in cui la produzione normativa è riservata al diritto delle tradizioni di un popolo, rese vive da giudici e giuristi, è del tutto diverso

vista trimestrale di diritto e procedura civile, 2007, 709 ss.; può anche vedersi il mio, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Padova, 2001, 167 ss.).

⁴⁰ G. JELLINEK, op. cit., 47. E forse non tanto sulla base della dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti del 4 luglio 1776 quanto della Costituzione dello Stato della Virginia che era introdotta da un solenne *Bill of Rights* adottato il 12 giugno del 1776. È noto, peraltro, come anche le altre costituzioni americane degli anni 1776-1777 (Pennsylvania, Maryland, Nord Carolina, Delaware ecc.) vennero tradotte in Francia nel 1778.

⁴¹ Diritti che vennero poi ripresi ed enumerati nella Costituzione del 4 novembre 1848, passando per la Carta costituzionale del 1814.

dal confrontarsi con un sistema giuridico in cui è lo Stato a produrre le norme secondo la sua esclusiva interpretazione dei bisogni dei cittadini; in cui lo Stato si subordina al *suo* stesso diritto e non è, invece, subordinato ad un diritto non suo, “un diritto autonomo dallo Stato”⁴².

Nel secondo caso i rischi per la conservazione della democrazia sono maggiori di quanto è maggiore l’attenzione da dedicare ai meccanismi elettorali, ai sistemi di legittimazione di chi produce le leggi (più in generale, le norme); perché nei sistemi continentali sorti con la legge rivoluzionaria, nei sistemi di *Civil Law* o ad *Administrative Law*, lo Stato si *autolimita* attraverso la sua stessa legge, attraverso un diritto per lungo tempo inquadrato soltanto nello Stato, come nell’apparato statale sono inquadrati i giudici di quel diritto. Il “diritto consuetudinario vivente” su cui, viceversa, si fondano i sistemi di *Common Law*, è continuamente riformulato ed adattato da giudici-giuristi, autonomi depositari ed interpreti del diritto nazionale, con “il compito di garantire la libertà e gli interessi dei privati, anche nei confronti dell’autorità statale”. Essi corrispondono ad una tradizione giuridica “sentita come patrimonio dell’intera comunità nazionale” e traggono la loro legittimazione dalla comunità e non dallo Stato⁴³.

6. GLI INTERESSI PUBBLICI E L’AUTONOMIA POLITICA.

Quanto precede può contribuire a spiegare come lo “Stato legale” dell’Ottocento europeo continentale, lo Stato liberale e borghese, inauguri un modello “plutocratico” tipico della “oligarchia liberale”⁴⁴. Si

⁴² Sul punto, N. PICARDI, *Il giusto processo civile*, cit., 631 s.

⁴³ Ho ancora approfittato, sul punto, della ricerca di N. PICARDI, *Il giusto processo civile*, cit., 632; ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴⁴ Sul punto v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 132: la legge, formulata da assemblee in tutto o in parte elette dai pochi “cittadini attivi”, si riserva “ogni intervento statale limitativo in grado primario dei diritti individuali”. Un assetto che perdura, sia pure con qualche attenuazione, fino alla seconda guerra mondiale, in mancanza di pretese azionabili da parte del cittadino verso l’amministrazione pubblica, cui è affidata l’attuazione della legge.

M.S. GIANNINI (*Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 93 ss.) mette in guardia, tuttavia, dal considerare democratico soltanto lo Stato pluriclasse, tipico delle democrazie “occidentali”, ponendo l’accento *sull’elezione* dei “reggitori dei

tratta di barlumi di democrazia attuati, attraverso le libertà fondamentali e l'eguaglianza *formale* di fronte al diritto, da uno Stato che non supera, appunto, il livello delle garanzie formali: lo Stato del periodo aureo del positivismo giuridico.

Il pensiero giuridico positivista⁴⁵ si afferma così in un periodo storico in cui lo Stato detiene il monopolio della creazione del diritto⁴⁶, in cui la stabilità della legge *dello Stato* è simboleggiata dai codici, mentre il giusnaturalismo pretende di costruire *fondamenta* comuni e perpetui senza riferimenti a tempo e spazio e senza, peraltro, un'assoluta concordanza su questi *fondamenta*.

L'uno e l'altro, positivismo e giusnaturalismo hanno ormai perso i loro riferimenti d'origine per diventare aspetti che convergono nell'identità del diritto: "i due momenti essenziali del fenomeno giuridico nel suo complesso", costituenti il diritto "nella sua effettiva realtà"⁴⁷. E l'opera dell'interprete è diventata più complessa: perché dai giudizi di "valore" non ci si può più esimere, perché si sono enormemente ampliati i riferimenti normativi ed è così diventata più complessa la lettura della

pubblici poteri" e, così come Norberto Bobbio, considera democratico anche lo Stato borghese, ritenendo che non rileva allo scopo di qualificare la forma democratica l'ampiezza delle libertà e l'ampiezza della plurisoggettività, rimessa, quest'ultima, all'ordinamento giuridico. La tesi ha particolare interesse per la riflessione offerta da Giannini secondo cui, peraltro, la storia può far nascere tiranni o partiti dittatoriali anche negli Stati pluriclasse.

⁴⁵ Che (secondo M.G. LOSANO) giunge alla sua più elevata elaborazione nella *Dottrina pura del diritto* (la prima formulazione è del 1911) di H. KELSEN.

⁴⁶ Non si vuole con questo disconoscere il ruolo "operoso" dei comuni nella creazione di istituti giuridici in quel periodo (dall'unità d'Italia ai primi due decenni del Novecento), su cui v. M.S. GIANNINI, *Autonomie comunali e controlli statali*, in *Gli apparati Statali dall'Unità al fascismo*, a cura di I. Zanni Rosiello, Bologna, 1976, 113 e *passim*.

⁴⁷ S. COTTA, *Diritto naturale*, in *Enc. del diritto*, cit., 652. Sul fallimento del "positivismo legale assoluto" e sul suo superamento dall'interno, "in nome dello stesso diritto positivo applicato dai tribunali dello Stato", v. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 216 ss. (la necessaria libertà del giurista nel "trovare il diritto" deve convivere con "i principi della normale subordinazione del giudice alla legge, della certezza del diritto, del dovere per il giudice di non assumere una posizione rivoluzionaria o di parte").

“totalità delle norme” a cui riportare la norma interpretata⁴⁸.

Quando lo Stato di fine Ottocento si propone di estendere a tutti gli uomini, o almeno alla gran parte della propria collettività, i diritti e le *chances* di cui fino ad allora godeva effettivamente soltanto un'esigua parte dei cittadini, lo Stato inaugura una diversa politica della libertà ed inizia un nuovo percorso del diritto delle democrazie. Sorge il popolo in senso proprio senza il quale la democrazia non ha fondamento: “senza *demos* [effettivo] le istituzioni non meritano il nome di democratiche”. Infatti, l'atteggiamento di uno Stato che individua al suo interno l'interesse pubblico e lo impone alla propria collettività con la forza del “potere” è radicalmente diverso da quello di uno Stato che intende farsi carico degli interessi essenziali della propria collettività, che di questa percepisce i bisogni e pretende di soddisfarli, offrendo servizi che non recuperano il costo della loro produzione, ma entrano nel meccanismo della redistribuzione-giustizia .

Lo Stato è così costretto ad espandere la propria organizzazione, e le Amministrazioni pubbliche che si pongono come momento di soddisfazione dei bisogni, materiali e morali, dei cittadini inaugurano, ad un tempo, un nuovo diritto e un nuovo percorso verso la democrazia. La funzione della Pubblica Amministrazione si avvia a non essere più esclusivamente o prevalentemente diretta alla “salvaguardia della legalità”, quale esecuzione-attuazione della legge, ma adempie anzitutto, in maniera diretta, ad un obbligo di giustizia (e ciò accorcia le distanze fra Amministrazione e cittadino⁴⁹), dando via via un nuovo significato alla normazione e svolgendo, ad un tempo, un ruolo integrativo, di completamento della normazione, e, per ciò stesso, reinterpreta la democraticità della forma di Stato. E fra le organizzazioni che lo Stato deve creare per assolvere il nuovo ruolo interventista, fra i soggetti che, allo stesso scopo, utilizza, ve n'è uno che ha il futuro dalla sua parte: il comune⁵⁰.

⁴⁸ Sul punto occorre ricordare G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 113 s.

⁴⁹ M. NIGRO, *E' ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Il foro italiano*, 1983.

⁵⁰ Sul rapporto fra la democrazia e l'autonomia non è possibile, anche per ragioni di spazio, soffermarsi in questa sede. Mi si consenta di rinviare al mio

L'autonomia comunale aveva già costruito, anche nella seconda metà dell'Ottocento, un suo diritto all'insegna della democraticità, aveva costruito istituti giuridici che coinvolgevano il cittadino e le istituzioni, a partire dall'azionariato pubblico. E aveva trovato in Giolitti un valido sostenitore, che "si era espresso con forza e lucidità in favore di un temperamento delle prerogative ed attribuzioni statali", in modo da ottenere "un più sano rapporto fra centro e periferia, ispirato ad un contenuto ma effettivo allargamento delle autonomie locali"⁵¹.

E così, dall'inizio del secolo scorso, lo Stato italiano chiama con la propria legislazione i comuni a diventare momento essenziale dell'intervento pubblico. Saranno i comuni ad approntare la gran parte delle utilità per i cittadini e, con i servizi municipalizzati, si rende palese un nuovo rapporto tra cittadini e Amministrazioni pubbliche, un nuovo coinvolgimento della *polis* (si pensi anche all'istituto del *referendum* per i servizi locali), alla lunga, la nascita di nuovi soggetti politici e di una nuova democrazia che tende a capovolgere i riferimenti istituzionali⁵². Se la gran parte della produzione del diritto nell'Ottocento liberale è scollata dai cittadini, con l'allargamento dei suffragi, con l'elezione dei sindaci nei comuni con più di diecimila abitanti, con la legge comunale e provinciale del 1888, si inizia, nonostante i gravosi controlli, un nuovo cammino democratico⁵³. E ben a ragione si annette particolare

Autonomie e democrazia, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, 211.

⁵¹ A. AQUARONE, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Bologna, 1987, 88 ss.; anche sul discorso di Giolitti del 7 marzo 1897 e sull'opportunità del travaso di attribuzioni amministrative (di carattere locale) dall'autorità centrale a quelle locali.

⁵² Mi sembra opportuno riportare l'avvertenza di Franco PUGLIESE (*Autonomia statutaria, programmazione economica, distribuzione delle risorse*, in R. MARRAMA, F. IANNOTTA, F. PUGLIESE, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, Napoli, 1992, 60: "Perché chi pretende di trovare nella legge risposte compiute alle istanze (a tutte le istanze) della società, chi pretende di trovare direttamente nelle norme l'alimento e la risposta alle proprie speranze piuttosto che le condizioni idonee a che ciascuno possa sperare da solo, per quante cose positive possa contenere la legge, per tante volte arriverà a dire che non è cosa buona").

⁵³ Si ricorderà come l'attività politica di Luigi Sturzo fosse improntata

rilevanza al progressivo allargamento dei suffragi elettorali⁵⁴, perché l'elettività è "indice di democraticità".

7. LA LEGISLAZIONE ELETTORALE. GLI EQUIVOCI: LA GOVERNABILITÀ.

La legislazione elettorale è stata, infatti, sempre un punto dolente, la premessa per *iniziare* a parlare di democrazia⁵⁵.

I conflitti sociali e politici che hanno travagliato la maggior parte dei Paesi industriali fra il 1880 e il 1914⁵⁶ sconvolsero i sistemi liberali, contribuendo a trasformare la società almeno quanto la rivoluzione francese aveva contribuito a trasformare lo Stato⁵⁷. Ed i cambiamenti non furono soltanto industriali, ma "sociali ed intellettuali"⁵⁸. La rivoluzione industriale impone le sue logiche: con la nascita delle organizzazioni dei lavoratori e dei moderni partiti socialisti si sollecitano nuove leggi che innescano mutamenti fondamentali nei rapporti fra Stato e cittadino e così anche nella forma di Stato. In Italia, basterà ricordare la legge sull'istruzione obbligatoria (1877), la riforma dell'amministrazione locale (1888) e la legge sui servizi municipalizzati (1903), la legislazione sociale dell'inizio del secolo scorso dopo l'ondata di scioperi del 1901-1902 (e l'atteggiamento di Giolitti ministro dell'interno), le leggi elettorali (in particolare quelle del 1882 e del 1888).

Sulla legislazione elettorale e sulla sua applicazione si innescarono conflitti sociali e politici non limitati all'occidente del continente euro-

all'idea di "fare delle amministrazioni locali dei centri e degli strumenti di vita democratica" (sul punto può vedersi, E. RAGIONIERI, *Accentramento e autonomie: istanze e programmi*, in *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, cit., 1976, 94 s.).

⁵⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 48 ss.; Id., *Autonomie comunali e controlli statali*, in *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, cit., 117 ss.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995.

⁵⁶ G. SIVINI, *Socialisti e cattolici in Italia dalla società allo stato*, in E. GENTILE, *L'Italia giolittiana*, Roma-Bari, 1977.

⁵⁷ Sulla trasformazione della società innescata dalle rivoluzioni industriali v. N. BOBBIO, *Studi hegeliani*, Torino, 1981, 31 ss.

⁵⁸ T. S. ASHTON, *La rivoluzione industriale (1760-1830)*, Roma-Bari, 2006.

peo. Già nella prima metà dell'Ottocento si ricorderanno le tensioni che accompagnarono il progetto di riforma elettorale promosso (nel 1830) dal primo ministro inglese Lord Charles Grey. Il tentativo di introdurre, come si disse, “giustizia ed equità” nella ripartizione del peso che le diverse classi e frazioni del popolo hanno nelle elezioni dei membri del Parlamento condusse quel Paese fin sull'orlo della guerra civile⁵⁹. La questione sembrava di poco conto: allargare l'elettorato ad 813.000 elettori, anziché 500.000, ma il problema era di fare accettare alla classe inglese l'idea e la pratica delle riforme⁶⁰. Da quella legge elettorale nacque il moderno bipartitismo e fra i primi atti del Parlamento neo eletto vi fu l'abolizione delle schiavitù nelle colonie britanniche.

In Italia si può ricordare il lungo e sofferto percorso delle riforme elettorali fino al “suffragio universale”⁶¹ (del 1912), con le drammatiche tensioni che seguirono alla legge elettorale del 1923, che adottava il “principio maggioritario”. Secondo la legge il partito che avesse ottenuto più voti avrebbe conquistato i due terzi del Parlamento. Il cosiddetto “listone”, formato da fascisti e conservatori, conquistò il 64,9% dei voti e 374 deputati, ben più dei due terzi dei seggi; e quando l'On. Matteotti lamentò nel Parlamento, appena rieletto su quella base elettorale,

⁵⁹ G. W. F. HEGEL, *Ueber die englische Reformbill*, 1831; traduzione N. Merker, *Sul progetto inglese di riforma elettorale*, in *Il dominio della politica*, Roma, 1997², 453 ss.

⁶⁰ Che non avevano accettato nel periodo della rivoluzione francese, R. VILLARI, op. cit.

⁶¹ Ovviamente ci si limita soltanto a qualche esempio dell'affascinante storia del suffragio universale. A renderla interessante basterebbe il richiamo all'uso che del suffragio universale fa Napoleone III, “il primo reggitore di una grande nazione, fuori degli Stati Uniti, a giungere al potere tramite il suffragio universale (maschile)”, con una “campagna elettorale” in cui alla richiesta di un mandato per dieci anni e ad un esecutivo non vincolato dall'Assemblea, si aggiunge un corpo legislativo eletto a suffragio universale “senza scrutinio di lista, che falsa l'elezione...”. I Francesi andarono al voto il 20 dicembre 1851 e fu un plebiscito a favore di Napoleone e “l'arma del plebiscito” fu sempre tenuta di riserva da Napoleone (come il generale de Gaulle - scrive Hobsbawm - forse soltanto con maggior successo). Per quanto precede si rinvia a E.J. HOB-SBAWM, *Il trionfo della borghesia - 1848-1875*, Roma-Bari, 2006 (seconda edizione, 124 ss. e a L. CANFORA, *La democrazia*, Roma-Bari, 2008, 130 ss.

le violenze e le illegalità che avevano accompagnato le elezioni⁶², solo l'assassinio del deputato coinvolse emotivamente il popolo italiano, ma ciò non impedì che si instaurasse in Italia un regime totalitario.

Già questi soli eventi possono essere illuminanti su quello che potremmo chiamare l'equivoco della governabilità. La governabilità può essere richiamata quale valore di un regime democratico soltanto quando la democrazia è assolutamente al riparo, iniziando dalla legge elettorale, che deve essere per certo una legge che consenta la democraticità del sistema. Soltanto soddisfatta questa prima condizione la governabilità può costituire un valore aggiunto, altrimenti, una nomenclatura di funzionari di partito "eletti" o una consorte di interessi lobbistici può assicurare la governabilità, ma non la democrazia, trasformando l'interesse pubblico in quello diretto a conservare il loro potere⁶³.

La democrazia, infatti, non è un semplice meccanismo, né può identificarsi *de plano* con il governo (o con "l'onnipotenza") della maggioranza⁶⁴; le stesse elezioni possono essere del tutto inutili se le diverse parti non abbiano avuto l'opportunità di presentare adeguatamente le loro posizioni e se l'elettorato non ha potuto avere accesso alle notizie e la possibilità di valutare le opinioni di tutti i contendenti⁶⁵; a maggior ragione se l'elettore non ha avuto modo pure di conoscere effettivamente

⁶² I dati sono tratti da G. SIVINI, *Socialisti e cattolici in Italia dalla società allo stato*, in E. GENTILE, *L'Italia giolittiana*, cit., 152 ss.

⁶³ Nulla di nuovo se si considera che già Max Weber aveva messo in guardia sulla circostanza che, per quanto i partiti si presentino come portatori e rappresentanti d'interessi generali, essi sono anche strumenti di dominio finalizzati alla propria autoconservazione, diventando "fina a se stessi" (sui partiti di massa e la burocratizzazione nel pensiero di Weber si veda G. REBUFFA, *Nel crepuscolo della democrazia*, Bologna, 1991, 171 ss. e *passim*).

Sull'opinione, ormai diffusa, che la nomenclatura o le consorterie professionali dei partiti trasformino l'interesse pubblico in quello diretto a conservare il loro potere, possono vedersi di recente, R. DAHRENDORF, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, 2005; I. M. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, 25.

⁶⁴ Sul punto, ad esempio, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica*, cit., 80.

⁶⁵ Ho preso in prestito le parole di AMARTYA SEN, *La democrazia degli altri*, Milano, 2004, 61 ss.

i contendenti, accuratamente messi in ombra dal voto per liste⁶⁶.

Si ritorna così a quanto messo in luce già da Max Weber sull'interdipendenza tra dinamiche e trasformazioni dei partiti e dinamiche e trasformazioni dello Stato: il meccanismo elettorale determina il carattere dei partiti e il carattere dei partiti trasforma il tipo di Stato. E anche se il partito ha svolto in passato un ruolo fondamentale nel processo di allargamento dei suffragi elettorali, il rischio rimane oggi quello della contrapposizione fra partiti e Parlamento⁶⁷, anzi della sovrapposizione dei partiti al Parlamento. La democrazia, al contrario, è un impegno costante nella protezione effettiva dei diritti e delle libertà, a partire dalla libertà (effettiva della scelta) politica che è parte integrante della libertà umana⁶⁸.

⁶⁶ Ci si riferisce alla legge 21 dicembre 2005, n. 270. V. *infra* alla nota 65.

⁶⁷ Per il pensiero di Weber ho ancora utilizzato il saggio di G. REBUFFA, *Nel crepuscolo della democrazia*, cit., 172 s.

⁶⁸ Si sostiene che i sistemi elettorali italiani, fra liste bloccate e preferenza, costringano a scegliere fra due mali: con il voto di preferenza le campagne elettorali sono costose e si sollecitano le lotte fratricide in seno ai partiti; con le liste bloccate i candidati scompaiono dal controllo degli elettori e non hanno alcuna autonomia rispetto ai partiti. In realtà la scelta, come si sperimenta in molti Paesi democratici dell'Occidente, non è così ridotta, anche se, costretti a scegliere, non dovrebbero esserci esitazioni per il modello con l'espressione del voto di preferenza, anzitutto rispettoso dell'art. 67 della Costituzione e più preoccupato dei cittadini che dei partiti. Non soltanto per l'aspetto, per così dire personalista: "Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione", ma anche per l'aspetto della violazione del divieto di mandato imperativo: "senza vincolo di mandato". La legge 21 dicembre 2005, n. 270, infatti, modifica, all'articolo 1, il sistema di elezione alla Camera dei deputati prevedendo che "ogni elettore dispone di un voto per la scelta della lista...", anticipando in tal modo l'effettivo momento di scelta al momento di confezione delle liste ed al tempo stesso facendo sì che il candidato riporti la sua investitura alla collocazione nella lista piuttosto che alla scelta degli elettori. La violazione del divieto di mandato imperativo perfeziona, infatti, la sanzione per non sottostare alla disciplina di partito con la mancata rielezione per non essere collocato utilmente in lista (anche prima della legge elettorale del 2005, la disciplina di partito era già un'aperta violazione del divieto di mandato imperativo, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 12).

Comunque, quello che qui si vuol mettere in luce è soltanto la grande rilevanza per la democrazia dell'effettività del diritto elettorale e dei metodi di elezione che devono assicurarlo, attraverso il quale si può giungere fino ad eliminare la democrazia. Non è sufficiente pure l'onestà dell'informazione, occorre che si costituisca un rapporto visibile e "personale" fra eletto ed elettore in modo che i cittadini abbiano modo di far sentire con facilità e tempestività la propria voce.

8. LA PERSONALIZZAZIONE DEL RAPPORTO FRA "STATO" E CITTADINO.

Il cambiamento, infatti, ha almeno un altro profilo che merita una particolare riflessione. Nell'Ottocento il rapporto fra cittadino e Stato era rarefatto da una idea di Stato mitizzata o deificata, da uno Stato ideale (l'universo etico di Hegel) che corrispondeva per sua stessa esistenza all'interesse del popolo, all'interesse della collettività complessivamente considerata⁶⁹. In tali condizioni è difficile definire il rapporto fra Stato e cittadino come giuridico.

Vero è che allo Stato di diritto si giunge allorché il cittadino può vantare diritti nei confronti dello Stato che si esprime anche come Autorità⁷⁰, ma il rapporto è ancora troppo dispari, è ancora quello di un uomo rispetto ad una deità che per principio corrisponde ad un interesse "pubblico" incontrovertibile. Il cambiamento inizia quando l'offerta di utilità da parte dello Stato a beneficio dei cittadini costringe ad inaugurare rapporti con soggetti ed organizzazioni più contigue ai cittadini stessi, rapporti nei quali cittadini ed istituzioni pubbliche possano riconoscersi reciprocamente quali "persone"⁷¹. Ma questo ripropone il

⁶⁹ Per cui nella concezione liberale i cittadini non possono vantare pretese giuridiche vere e proprie nei confronti dell'Amministrazione che impersona l'interesse pubblico unitariamente inteso (V. OTTAVIANO).

⁷⁰ Ed ha così il diritto di chiedere la tutela giurisdizionale contro l'uso di potestà inesistenti o contro l'esercizio di potestà contro legge, perché le potestà pubbliche, incidenti direttamente o anche indirettamente nella sfera giuridica dei cittadini, sono assegnate al pubblico potere da una norma di legge e regolate nel loro esercizio da altre norme giuridiche, M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 95 ss.

⁷¹ Democrazia e diritto si legano così in un rapporto umano, l'unico, peraltro, idoneo ad essere considerato un rapporto giuridico secondo Salvatore SATTA, *Il diritto questo sconosciuto*, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 124.

problema libertà-legge, che mette in discussione allo stesso tempo il positivismo giuridico e la sovranità statale e consiglia di propendere per la riconduzione delle regole giuridiche in spazi dove possono essere accettate, in spazi dove sia possibile ricostituire la libertà⁷².

E così, ad esempio, il sindaco ed il presidente dell'amministrazione provinciale divenuti organi elettivi già dal 1888, le aziende speciali in persona del loro direttore, inaugurano la stagione della personalizzazione dei rapporti fra cittadino e pubbliche amministrazioni, fino a giungere ai nostri giorni al programma di sindaci e presidenti che costituisce un impegno verificabile, assunto con la candidatura, nei confronti dei cittadini e della comunità di riferimento, quale condizione giuridica perché si possa anche soltanto aspirare a diventare sindaco o presidente dell'amministrazione provinciale⁷³.

Lo "Stato legale", il primo "Stato di diritto", dei diritti vantati nei confronti dello Stato-Autorità, si consegna alla storia e la locuzione "Stato di diritto" entra a far parte del linguaggio contemporaneo per indicare lo Stato democratico in cui gli interessi assicurati come diritti, anche individuali, dei cittadini hanno acquistato una dignità pariordinata agli interessi pubblici⁷⁴.

⁷² Il problema libertà-legge, ma anche giustizia-legge è posto lucidamente da B. de JOUVENEL (*La sovranità*, a cura di Enzo Sciacca, Milano, 1971, 337 ss., 348 s.): "la legislazione nel suo insieme potrà essere sempre considerata, per certi suoi aspetti, come ingiusta", perché la giustizia riflette le credenze di gruppi e non quelle di tutti. Ciò avviene anche in un regime democratico e non è privo di rischi.

⁷³ Com'è noto, il programma amministrativo deve essere presentato con la candidatura, v. ora il D. L. n. 18 agosto 2000, n. 267, articoli 71 e 73, commi 2.

⁷⁴ I privilegi dell'Amministrazione pubblica non si conciliano più con le più elementari esigenze di giustizia: Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500. Si giungerà a questo attraverso il percorso dei rivolgimenti di fine Ottocento, lo "Stato sociale", il mutamento della filosofia liberale non interventista nella filosofia opposta, lo sconvolgimento della concezione dello Stato e dello stesso metodo giuridico che a ciò consegue. La personalizzazione di rapporti fra Stato e cittadino non può essere ristretta, infatti, ai profili, per così dire, "soggettivi", ma soprattutto al nuovo modo di intendere l'azione delle amministrazioni pubbliche che offrono utilità al cittadino, senza fare normalmente valere alcuna posizione di supremazia.

La Costituzione repubblicana paleserà e consoliderà, anche per altri versi, la personalizzazione dei rapporti fra chi svolge funzioni pubbliche ed i cittadini, con le relative conseguenze giuridiche: a partire dall'articolo 28, con la responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici secondo le leggi penali, civili e amministrative, per gli atti compiuti in violazione di diritti. Ma anche con l'articolo 97, comma 2, secondo cui nell'ordinamento degli uffici sono determinate le competenze e le *responsabilità* proprie dei funzionari; ed altresì con l'articolo 98, comma 1, secondo il quale sono i pubblici impiegati (e non un'impersonale amministrazione pubblica) ad essere al servizio esclusivo della Nazione, così come l'articolo 67 prevede che ad esercitare le funzioni senza vincolo di mandato e a rappresentare la Nazione non sia il Parlamento, ma "Ogni membro del Parlamento".

Democrazia e diritto si legano in un rapporto umano: la Costituzione ci rassegna così un diritto che aspira alla libertà dell'uomo e ad identificarsi nel rapporto umano, a riconoscere da uomini liberi la necessità di condividere delle regole e di concorrere al progresso materiale e spirituale della società con lo svolgimento di un'attività o una funzione che si ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta (articolo 4, secondo comma, della Costituzione; norma troppo a lungo erroneamente intesa come dovere al lavoro, anziché come impegno di solidarietà umana).

La qualità del nuovo rapporto fra cittadino e amministrazione coinvolge quasi tutti i profili dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico contemporaneo e costringerà a rivedere anche i consueti riferimenti alla legittimazione democratica alla luce della nuova convergenza sull'autonomia politica, sull'apparato (organi burocratici) e sul cittadino⁷⁵.

⁷⁵ Proprio questi profili contribuiranno a che i rapporti fra cittadino e Amministrazione giungano ad una ulteriore, effettiva consistenza di rapporto umano e per ciò stesso divengano rapporti giuridici, perché il diritto presuppone il rapporto umano, anzi il rapporto umano è "diritto" (il rapporto umano nella sua concretezza è esso stesso norma, e quindi diritto e norma stanno originariamente ed essenzialmente in relazione di identità, ci ricorda Salvatore Satta; lo stesso Hegel, nelle *Lezioni di Norimberga*, aveva già definito come "contraria al diritto quell'azione con cui l'uomo non viene rispettato come persona o che invade la sfera della sua libertà"). Uomini, quindi, non "risorse" in esubero, intercambiabili, come i candidati delle attuali liste elettorali.

Perché, se consideriamo anche solo presupposto del diritto il rapporto umano, noi mettiamo al centro del diritto l'uomo ed i suoi rapporti. Allo stesso tempo siamo costretti a prendere atto, per lunga tradizione culturale (a partire da A. de Toqueville), che l'uomo ed i suoi rapporti sono la premessa e l'essenza della democrazia. Da questo punto di vista, apparentemente di estrema semplicità, diritto e democrazia coincidono: peraltro, in un sistema democratico la regola giuridica non è tale se non è democraticamente posta, se chi pone la regola non è effettivamente legittimato e per ciò stesso se la regola non viene riconosciuta come regola giuridica dal corpo sociale che direttamente o indirettamente la pone.

Da qui la rilevanza della personalizzazione dei rapporti fra cittadino e Amministrazione pubblica e dei nuovi percorsi di legittimazione che ne sono conseguiti⁷⁶. Nel momento in cui al ministro, unico organo "responsabile", titolare del potere dello Stato e parte del rapporto di questo con il cittadino, si sostituiscono i dirigenti, e forse proprio a cagione di questo passaggio, assistiamo ad eventi di rilevanza fondamentale per diritto e democrazia: il rapporto fra cittadino e Stato si personalizza in maniera visibile e definitiva, la legittimazione dei nuovi organi, i dirigenti, che non nasce da una investitura popolare, non può ricondursi soltanto agli istituti della nomina e della revoca, bensì direttamente ad un rapporto con i cittadini che si sviluppa particolarmente nel procedimento⁷⁷.

⁷⁶ Un processo quello della personalizzazione dell'amministrazione, secondo M. NIGRO (*È ancora attuale una giustizia amministrativa*, cit., 12 estratto), "oscuro e contrastato". Di principio personalista parla C. MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, cit., 140 ss.), soprattutto per sottolineare come il Costituente abbia messo a base del sistema il rapporto fra Stato e singoli in termini di rispetto della dignità della persona, a prescindere dalla sua posizione sociale, con l'obbligo per il legislatore di rendere effettivo questo principio unitamente a quello di reale partecipazione alla vita del Paese espresso dall'art. 3 della nostra Costituzione.

⁷⁷ Un procedimento del cui inizio l'amministrazione provvede a dare notizia mediante comunicazione *personale* (ai soggetti di cui all'art. 7: art. 8, comma 1); un procedimento in cui si riversa il gioco degli interessi in campo difficilmente qualificabili esaustivamente come interessi pubblici e privati (art. 9) secondo la tradizionale schematizzazione. La legge 7 agosto 1990, n. 241 (come pure le modifiche introdotte con la legge 11 febbraio 2005, n. 15),

Quando in piena contestazione⁷⁸ l'organo politico, ministro, viene sottoposto a pressione nella sua responsabilità (e tempestività) provvedimento, mentre il potere effettivo è nelle mani della burocrazia che gli prepara e sottopone gli atti da firmare, la scissione fra potere e responsabilità diventa intollerabile: reclama che sia ridefinito il potere politico e che vengano in luce le responsabilità burocratiche. Quando, dopo un timido inizio, in un breve volgere di tempo la dirigenza verrà chiamata a gestire il potere discrezionale, diventa impensabile la conservazione della regola del segreto. Il segreto poteva andare bene al decisore politico, ma il burocrate deve palesare, deve rendersi visibile, deve rendere visibili i suoi percorsi decisionali. Quando il decisore non è più politico una legge sul procedimento diventa "improvvisamente" indispensabile: la battaglia per la "trasparenza" ha poco coinvolto i politici (almeno per il livello statale) ma ha invece riguardato la burocrazia.

La pubblicità, l'economicità, l'efficacia, l'impegno a conseguire risultati, la trasparenza nel modo di conseguirli, possono anche nascere quali richieste politiche agli amministratori burocratici, ma si consolideranno, tuttavia, come una più adeguata corrispondenza agli interessi dei cittadini e delle comunità, anche in termini di democraticità. La legge sul procedimento inaugura, così, una nuova stagione di rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche. Rapporti ineludibilmente personalizzati, anche da una partecipazione che non si può fare a meno di prendere in considerazione per la costruzione in pubblico del concreto interesse pubblico. Il politico ha allontanato da sé l'amaro calice della responsabilità, ma ha allontanato anche l'esercizio concreto del potere, inaugurando una nuova stagione, anche con riferimento al modo di esercitare il potere stesso: una legge ne ha reso democratico l'esercizio ed introducendo i cittadini nel percorso decisionale⁷⁹ ha, al tempo stesso,

infatti, è improntata al principio personalista: dai diritti dei partecipanti, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, dagli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, al responsabile del procedimento.

⁷⁸ La prima legge delega sulla dirigenza statale è del 18 marzo 1968 (n. 249), seguita dalla legge delega 28 ottobre 1970, n. 775 ed infine dal DPR 30 giugno 1972, n. 748.

⁷⁹ *"La battaglia per il corridoio, per l'accesso al vertice del potere, è una battaglia particolarmente intensa, attraverso la quale si compie la dialettica*

legittimato in modo nuovo il pubblico amministratore, non più soltanto legittimato, direttamente o indirettamente, dal veicolo elettorale.

9. L'EVOLUZIONE DELLA LEGITTIMAZIONE.

Si riapre così il grande scenario della legittimazione che, da una parte ripropone il problema della legislazione elettorale, dall'altra chiede di apprezzare nuove forme di legittimazione e di riconsiderare il rapporto fra legge, amministrazione e giustizia-giurisdizione. Non soltanto dal consueto punto di vista della rilevanza delle fonti di cognizione e del loro riequilibrio, in particolare con riguardo al rapporto fra legge, norme autonome e giurisprudenza, ma soprattutto per dedicare nuova attenzione ai percorsi di produzione del diritto, fino a verificarne l'incidenza anche rispetto alla centralità dei principi, iniziando dal principio di legalità, da quello del giusto procedimento e del giusto processo.

È fin troppo evidente che in una Repubblica democratica la produzione del diritto non può che avvenire da parte di Istituzioni in tal senso effettivamente legittimate: in democrazia la legittimazione ha rilevanza fondamentale per la produzione del diritto. Si rischia altrimenti di scollarsi dal rapporto umano, di trascurare il riferimento primo all'uomo come individuo e come aggregato sociale, giungendo inevitabilmente a non corrispondere al "bene comune", bensì ad interessi di consorteria, ad interessi non palesati, spesso occultati⁸⁰ (anche ad arte) a scapito

interna del potere e dell'impotenza umani". Carl SCHMITT inizia così il suo *Dialogo sul potere* (Genova, 1990; titolo originale, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machtaber*, 1954), discutendo il "vecchio ed eterno" problema dell'accesso al vertice con due esempi: le dimissioni di Bismarck, che negava all'imperatore il diritto di ascoltare il rapporto di un ministro in sua assenza, in assenza del presidente del consiglio dei ministri; il poema drammatico di Schiller, il *Don Carlos*, in cui il dramma ruota attorno alla questione di chi ha accesso diretto al re: dapprima soltanto il confessore e il generale (il duca d'Alba) bloccano l'accesso al re; in seguito il re (il monarca assoluto Filippo II) ammette alla sua presenza e senza annuncio il marchese Posa. Il confessore dice al duca d'Alba: "I nostri tempi sono tramontati"; ma, acquisito l'accesso diretto al potere, lo sfortunato marchese Posa viene ucciso.

⁸⁰ L'eliminazione del potere invisibile è fra le promesse mancate della democrazia indicate da N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995³, 17

degli interessi del corpo sociale: nella misura in cui chi pone le norme viene legittimato dal corpo sociale ne farà gli interessi; se si spezza il rapporto di legittimazione con il corpo sociale “l’eletto” corrisponderà ad altri interessi: corrisponderà agli interessi di coloro che lo hanno “elettivamente” imposto.

Anche se la democrazia rappresentativa, come pure accertato da recenti esperimenti⁸¹, non può essere sostituita dalla democrazia partecipativa⁸², tuttavia la democrazia, così come la norma giuridica, non può non radicare nel corpo sociale e nei rapporti umani che lo pervadono. Per questo si è cercato di dare la giusta rilevanza al percorso della personalizzazione dei rapporti fra cittadino ed istituzioni pubbliche, perché il percorso consente la realizzazione della Repubblica democratica improntata nei principi fondamentali della nostra Costituzione.

E del percorso fa parte il progressivo apprezzamento delle fonti autonome, partecipate, del diritto, fino alla costruzione procedimentale della norma del caso concreto (giusto procedimento, giusto processo): se si vuole fare riferimento alla *funzione* normativa nel nostro Ordinamento democratico non bisogna così riferirsi esclusivamente o anche prevalentemente alla legislazione, come pure è avvenuto ancora di recente, ma più in generale alla normazione: dando così il giusto rilievo alla normazione autonoma, al pluralismo normativo. E considerando, altresì, che procedimento amministrativo e processo-giurisdizione, en-

ss. Mentre il controllo pubblico del potere è diventato sempre più necessario in proporzione della crescita degli strumenti tecnici di cui dispone chi detiene il potere (“praticamente illimitato”) per conoscere capillarmente tutto quanto fanno i cittadini. “Se ho manifestato qualche dubbio –scrive Bobbio– che la computer-crazia possa giovare alla democrazia governata, non ho alcun dubbio sul servizio che può rendere alla democrazia governante”. P. TRUPIA, nel suo lavoro sul *Lobbying* (in *Rassegna parlamentare*, 1987, 209), inizia con l’avvertenza: “Ho cercato di rendere palese qualcosa che è ordinario, che si svolge sotto gli occhi di tutti, ma che pochi si sentono, prima che di approvare, di riconoscere. È la provocazione del riconoscimento esplicito di ciò che si pratica, ma si preferisce ignorare. Perché contraddice un modello ufficiale - etico, accademico, cerimoniale o altro - anche se si dubita che questo sia reale”.

⁸¹ P. GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino, 2006, 89.

⁸² Quand’anche risulta comprovato che la qualità della rappresentanza migliora con l’interesse e la partecipazione dei cittadini.

trambi *funzioni* della Repubblica democratica, come, peraltro, la Costituzione stessa li definisce, vivono in rapporto sinergico con la *funzione* legislativa-normativa per la realizzazione dell'Ordinamento giuridico nel suo complesso⁸³.

Sulla legittimazione, peraltro, vi sono frequenti equivoci da mettere in luce, a cominciare dal diritto di voto, la cui previsione ed il cui esercizio non equivalgono da soli ad incardinare organi democraticamente legittimati⁸⁴. Il diritto elettorale costituisce la premessa essenziale della democrazia, ma può anche essere utilizzato, nella previsione della legislazione elettorale, in frode alla democrazia: quando la partecipazione democratica attraverso il voto è in realtà priva di contenuti⁸⁵ (le scelte sono già state fatte ed il meccanismo elettorale è tale per cui l'incidenza dell'elettore è irrisoria⁸⁶), quando la *libertà* del voto prevista dall'articolo 48 della Costituzione è stata svuotata di significato.

⁸³ Può, infatti, darsi un ulteriore significato sistematico al termine "funzione" adoperato dalla Costituzione per indicare la legislazione (art. 70), la giurisdizionale (art. 102) e l'amministrazione (art. 118) (come pure i compiti del Presidente della Repubblica (art. 86). Il dovere di svolgere i compiti, di conseguire gli interessi "pubblici" affidati accomuna le "funzioni", tutte sinergicamente tese a realizzare l'Ordinamento giuridico, il "bene comune", anziché separate nella logica e nella spartizione dei "poteri".

⁸⁴ Anche a prescindere dall'osservazione che "gli atti con cui si esprime il proprio assenso alla legittimità di un sistema politico, come votare periodicamente alle elezioni, possono essere poco più che simbolici" (E. HOBBSAWM, *La fine dello Stato*, Milano, 2008; l'A. ricorda la "secessione" dei cittadini dalla sfera politica, con partecipazione alle elezioni in caduta libera nella maggior parte dei Paesi liberaldemocratici).

⁸⁵ Con la riforma di Servio Tullio, VI re di Roma, venne introdotto il diritto di voto per tutto il popolo, ma i più abbienti conservavano maggiori poteri politici ed il potere del re restava predominante.

⁸⁶ Di recente, Kaushik BASU, l'economista indiano allievo di Amartya Sen, intitolando il suo saggio con una particolare espressione dei bambini indiani: *Elé belé* (Bari-Roma, 2007), ha lanciato l'allarme sulle democrazie contemporanee dove i governi democratici imparano continuamente a perseguire i propri obiettivi nonostante la partecipazione popolare: si lascia credere di partecipare, ma in realtà i cittadini vengono messi accuratamente fuori gioco, anche attraverso un'accorta gestione dell'opinione pubblica, in molti casi professionalmente condizionata.

Si aggiunga un altro equivoco, quello secondo cui la politica sarebbe un fatto dei partiti, altrimenti è “antipolitica”.

Il diritto previsto dall’art. 49 della Costituzione di associarsi liberamente in partiti per *concorrere* con metodo democratico a determinare la politica nazionale non è che una specificazione del diritto dei cittadini di associarsi liberamente previsto dall’art. 18 della Costituzione stessa. Ed il metodo democratico attraverso il quale i partiti possono *concorrere* a determinare la politica non è mai stato fissato in via di principio (nonostante i disegni di legge pendenti in permanenza alle Camere), né è mai stato verificato in concreto⁸⁷. La politica, pertanto, non coincide con i partiti e, meno che mai, con una sorta di *esclusiva* intermediazione partitica che mortificherebbe il rapporto diretto che la Costituzione vuole fra elettore ed eletto. Con l’*esclusiva* partitica non verrebbe inoltre garantita la politica nei doveri di solidarietà di cui la Repubblica richiede l’adempimento, né l’effettiva partecipazione dei cittadini all’organizzazione politica.

Un ordinamento giuridico, peraltro, può prevedere più forme di legittimazione non necessariamente tutte legate al veicolo elettorale, bensì ad espressioni immediate, dirette di partecipazione popolare e di partecipazione dei cittadini, anche *uti singuli*. Il cosiddetto paradosso di Weber (l’amministrazione pubblica se è autonoma non è legittimata e se è legittimata non è autonoma) del rapporto fra politica e amministrazione non ha più ragion d’essere e, peraltro, è stato riscritto, da ultimo dalla stessa Corte Costituzionale⁸⁸.

⁸⁷ L’unico esempio storico di partito democraticamente organizzato è quello del Partito socialista italiano dal 1892 alla prima guerra mondiale: articolazione autonoma sul territorio, organizzazione federale con compiti soltanto di coordinamento, autonomia del gruppo parlamentare rispetto al partito (dopo la prima guerra mondiale lo statuto del partito stabilirà, al contrario, che i parlamentari sono “mandatari politici del partito”), G. SIVINI, *Socialisti e cattolici in Italia dalla società allo stato*, cit., 152 ss. Sui problemi recenti dell’organizzazione partitica può vedersi F. RANIOLO, *I processi organizzativi dei partiti: una proposta multidimensionale*, in Francesco Raniolo (a cura di), *Le trasformazioni dei partiti politici*, Soveria Mannelli, 2004, 95 ss.

⁸⁸ Con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007 e con la sentenza n. 161 del 2008, che ne segue le orme. I principi elaborati nelle sentenze della Corte stanno “alla

10. LA GIUSTIZIA COME SCOPO DI DIRITTO E DEMOCRAZIA.

A questo punto, e soltanto a mo' di chiosa, può condividersi l'idea secondo cui lo scopo ultimo della democrazia, al pari del diritto, sia la giustizia⁸⁹. Del resto, "Se la giustizia scompare, non ha più alcun valore che vivano uomini sulla terra"⁹⁰. Ma, anche per questa via, si ripro-

base della distinzione funzionale dei compiti fra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo - che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, la quale nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al "servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento". Ciò rafforza l'idea della pluralità delle forme di legittimazione.

⁸⁹ Una storiella tratta dalle *Poesie* di Bertolt BRECHT (ora ripubblicate per il Corriere della Sera, su licenza Einaudi, Milano, 2004, 250) intitolata *Der Demokratische Richter* (Il giudice democratico) è molto significativa (e tale è sembrata anche a G. ZAGREBELSKY, che la riporta nel suo *Imparare la democrazia*, Roma, 2005) per riflettere sul rapporto fra giustizia e democrazia e pure fra legge e giustizia: "A Los Angeles davanti al giudice che esamina coloro che vogliono diventare cittadini degli Stati Uniti venne anche un oste italiano. Si era preparato seriamente ma a disagio per la sua ignoranza della nuova lingua durante l'esame alla domanda: che cosa dice l'ottavo emendamento? Risponde esitando: 1492. Poiche la legge prescrive al richiedente la conoscenza della lingua nazionale, fu respinto. Ritornato dopo tre mesi trascorsi in ulteriori studi ma ancora a disagio per l'ignoranza della nuova lingua, gli posero la domanda: che fu il generale che vinse la guerra civile? La risposta fu: 1492. (Con voce alta e cordiale.) Mandato via di nuovo e ritornato la terza volta, alla terza domanda: quanti anni dura in carica il presidente? Rispose di nuovo: 1492. Orbene il giudice, che aveva simpatia per l'uomo, capì che non poteva imparare la nuova lingua, si informò sul modo come viveva e venne a sapere: con un duro lavoro. E allora alla quarta seduta il giudice gli pose la domanda: quando fu scoperta l'America? E in base alla risposta esatta, 1492, l'uomo ottenne la cittadinanza". Il commento alla "poesia" di Brecht dovrebbe essere: il giudice *democratico* fece la domanda *giusta!*

⁹⁰ La frase di I. KANT (*Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1973) è ora ripresa da J. RAWLS (*Il diritto dei popoli*, edizione italiana, Torino, 2001, a cura di Sebastiano Maffettone, del

pongono i problemi della legittimazione, perché un governo democratico-costituzionale “ragionevolmente giusto” deve essere effettivamente soggetto al controllo politico ed elettorale dei cittadini in modo da corrispondere alle aspettative ed agli interessi fondamentali specificati nella Costituzione⁹¹.

La strada della giustizia, realizzata dal diritto e dalla democrazia, non passa, tuttavia, soltanto dalla correttezza dell’informazione, ma soprattutto dall’educazione, su cui la giustizia si fonda. Nel *De republica* di Cicerone, l’unico trattato politico rimastoci nella letteratura latina, la solidarietà è posta a fondamento della politica e l’amore per la virtù va inculcato ai giovani la cui educazione è fondamentale: le loro qualità morali devono essere tutelate dagli onesti costumi familiari e dagli esempi di rettitudine dei politici.

Delle tante promesse mancate della democrazia (di cui scrive Norberto Bobbio⁹²) quella forse più grave è, infatti, la mancata educazione della cittadinanza: la democrazia ha promesso cittadini attivi, ma il degrado di costumi e governanti preferisce cittadini inerti, disinteressati, rimbambiti dalle televisioni, diseducati e disinformati, peggio, spesso malamente informati⁹³. Ma i cittadini non sono oggetti da manipolare,

The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”, 1999) a chiusura del discorso sulla “utopia realistica”, secondo cui è possibile l’esistenza di una democrazia costituzionale ragionevolmente giusta in quanto membro di una società dei popoli ragionevolmente giusta. Coltivare la possibilità di realizzazione di queste tendenze ed inclinazioni profonde del mondo sociale “è sufficiente a bandire i pericoli della rassegnazione e del cinismo”, fornendo una meta all’attività politica.

⁹¹ Ho ripreso (in chiave di legittimazione democratica) ancora il pensiero di J. RAWLS (op. cit., 31) che l’A. completa: “Il regime non è un’agenzia autonoma intenta al perseguimento delle proprie ambizioni burocratiche. Inoltre, non è guidato dagli interessi delle grandi concentrazioni di potere economico di aziende private, un potere nascosto alla pubblica conoscenza e quasi del tutto privo di responsabilità”.

⁹² *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 8 ss. e *passim*.

⁹³ Nel vangelo di Giovanni (15, 15) la differenza fra l’essere servi e l’essere “amici” sta nell’essere informati, nella conoscenza, nell’essere messi a parte di quello che fa il “padrone” (“Non vi chiamo più servi, perché il servo non sa quello che fa il suo padrone; ma vi ho chiamati amici, perché tutto ciò che

bensì “persone che racchiudono in sé dei fini, e nel condurle a questi fini consiste l’arte del governo”⁹⁴.

L’educazione nei suoi aspetti, per così dire, privati e nei suoi aspetti pubblici dovrebbe così consolidare la nostra coscienza, dovrebbe aiutarci a percepire l’interiore legge morale⁹⁵ che non dobbiamo e non pos-

ho udito dal Padre l’ho fatto conoscere a voi”). Un governo che non informa il cittadino, che non lo porta a conoscenza dei propri programmi, delle proprie scelte, non inizia il cammino verso la democrazia, non consente di partecipare: tratta la propria collettività da servi non da cittadini.

Nella riedizione dell’ormai famoso scritto di Karl R. Popper e John Condry, *Cattiva maestra televisione*, Roma, 1996, venne ospitato anche uno scritto di Papa Wojtyła che, oltre ad auspicare un equilibrato e democratico confronto delle opinioni, invoca l’intervento Celeste perché si riesca a corrispondere alle esigenze della dignità umana, ispirando uomini e donne impegnati in televisione per capire che la libertà non è fine a stessa, ma è autentica soltanto quando viene posta al servizio della verità, della solidarietà e della pace. Ed infatti, le tendenze autoritarie della nostra epoca sono incrementate dalla diseducazione, dalla società dei *couch potatoes*, degli spettatori televisivi che - come dice DAHRENDORF - “fanno trascorrere sullo schermo un mondo in cui non hanno più parte, e ben presto non potranno nemmeno più averla”.

⁹⁴ J. H. HALLOWELL, *Il fondamento morale della democrazia*, Milano, 1995, 153 s. L’A. (ricordando la transizione dalla democrazia alla tirannide nel libro ottavo della *Repubblica* di Platone) spiega che “i tiranni moderni si differenziano da quelli dei tempi di Platone per il solo fatto di avere a loro disposizione un potere più grande. Non si accontentano di opprimere i corpi degli uomini ma si sforzano di imporsi anche sulle loro anime con ogni sorta di moderna tecnica di coercizione psicologica”. Ma gli uomini non possono essere trattati da *commodity*, da risorse in esubero (per le imprese) a livello medio-basso e perciò intercambiabili (J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002).

⁹⁵ Non tutto può, infatti, imputarsi all’apprendimento. Molti comportamenti sono innati: Konrad LORENZ (*Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, Milano, 1996 ventiduesima edizione, 78 ss.) ci dice che nelle condizioni di vita della civiltà moderna neanche un singolo fattore agisce selettivamente a favore della bontà o dell’onestà, salvo il senso innato che abbiamo di questi valori. E racconta una vecchia storiella ebraica su di un incallito affarista miliardario che si reca da un mediatore di matrimoni dicendo che desidera sposarsi. “Il mediatore, pieno di zelo, si mette subito a decantare le qualità di una bellissima

siamo soffocare neppure quando a questo siamo allettati dalla legge: nessuno verrà discolpato per aver applicato una legge ingiusta o per aver applicato una legge ingiustamente (parafrasando San Paolo)⁹⁶. Non possiamo sottrarci alla responsabilità della giustizia come non possiamo sottrarci al diritto: giungere dalla tolleranza alla fratellanza ed alla solidarietà significa sentirsi provocati dall'ingiustizia, dalla violazione del *diritto*⁹⁷; sentire come imprescindibile l'adempimento dei doveri improrogabili di solidarietà a cui chiama tutti noi l'art. 2 della Costituzione.

A partire dallo "Stato sociale" ci si inizia a rendere conto, non soltanto dei termini corretti in cui va costruita la ricchezza di una nazione⁹⁸, ma pure che non si può adagiare la propria felicità sulla sofferenza

ragazza che era stata eletta tre volte Miss America; ma il riccone disapprova dicendo: «Mi basta essere bello io». Il mediatore, ricorrendo a tutte le sottigliezze del suo mestiere, si lancia subito a decantare un'altra ragazza che ha una dote di molti miliardi di dollari. «Non occorre che sia ricca, lo sono io quanto basta!» obietta il miliardario. Allora il mediatore propone una terza ragazza che, già docente di matematica a soli 21 anni, è al momento, a 24, professore ordinario di teoria dell'informazione al MIT. «Non ho bisogno che sia intelligente, lo sono io quanto basta» ribatte il miliardario con fare sprezzante. A questo punto il mediatore protesta disperato: «Dio mio, ma *come* la vuole, allora?». «La voglio *onesto*» è la risposta”.

⁹⁶ “La lotta per la giustizia è dunque sempre lotta per un diritto (positivo) giusto”, ricorda, infatti, L. LOMBARDI VALLAURI (*Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 221). Le leggi ingiuste, peraltro, hanno il fiato corto, come sottolinea Francesco CARNELUTTI (*Metodologia del diritto*, Padova, 1939).

⁹⁷ F. D'AGOSTINO, *La giustizia tra moderno e postmoderno*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1302. Del resto, fra i diritti in vista della giustizia e la giustizia *tout court* non vi è alcun salto logico, v. sul punto G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 117.

⁹⁸ Posto, infatti, che lo sviluppo economico può comprendersi fra i fini di utilità sociale, perché la salvaguardia delle esigenze produttive corrisponde anche ad un principio giuridico in quanto presupposto per il conseguimento dei fini sociali indicati dalla Costituzione (V. OTTAVIANO, *L'iniziativa privata, fra intervento pubblico ed esigenze di produttività* (1977), ora in *Scritti giuridici*, II, 38, 50 e passim; più di recente *Note minime in tema di “rilievo del lucro soggettivo nella disciplina dell'attività economica”*, in *Banca borsa titoli di*

degli altri: non si può bere il filtro magico di Henri Bergson che ci faccia dimenticare che altri stanno male per il nostro benessere. Si tratti di insolite liquidazioni o di appannaggi e privilegi in momenti in cui la gran parte della popolazione soffre, ciò va sentito come azioni contrarie al diritto ed alla democrazia, anche se “autorizzate” dalla legge o dai contratti, perché sono contrarie alla giustizia.

La giustizia deve praticare la solidarietà come inscindibile valore giuridico ed etico ad un tempo⁹⁹. La solidarietà, infatti, principio giuridico della nostra Costituzione democratica, pretende che ogni interesse fatto valere da ogni componente sociale deve trovare il suo limite nella giusta considerazione degli interessi delle altre componenti sociali¹⁰⁰.

credito, 2000, 325), occorre identificare quale regime giuridico, quali mete sociali, gli ordinamenti democratici contemporanei, anzitutto le Costituzioni democratiche contemporanee, offrono allo sviluppo economico e, segnatamente, alla libertà di iniziativa economica privata. Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Pianificazione territoriale e sviluppo economico*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, 335 ss.

⁹⁹ Com'è noto John Rawls propone di qualificare la solidarietà come *fraternalità*, rafforzando l'idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene (sul punto si veda F. D'AGOSTINO, *La giustizia tra moderno e postmoderno*, cit.). Del resto, la separazione fra giustizia, etica e diritto è soltanto frutto di un lungo equivoco.

¹⁰⁰ V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello stato democratico*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 69.