

Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*

Giorgio Pino

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo politico. – 2. Che cosa sostiene il costituzionalismo politico. – 3. Bilancio del costituzionalismo politico. – 4. In conclusione.

1. Il costituzionalismo politico

Il costituzionalismo politico (*political constitutionalism*) è una posizione che negli ultimi decenni ha acquisito notevole visibilità nel dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico internazionale, soprattutto di lingua inglese¹ – ma con qualche significativa e interessante emersione anche in Italia².

Per catturare il nucleo concettuale di questo filone di pensiero, si può partire proprio dal nome: perché “costituzionalismo”, e perché “politico”?

“Costituzionalismo” è un termine ampiamente diffuso nel discorso giuridico e politico contemporaneo, e caratterizzato da una connotazione ampiamente positiva: in linea di massima, qualificare una certa posizione giuridico-politica come un tipo (o forse come il tipo più autentico, più efficace, ecc.) di “costituzionalismo” significa accreditare quella posizione di nobili natali, e di ambiziosi e benefici obiettivi. E così il termine “costituzionalismo” appare oggi nei più diversi contesti, e associato alle più varie aggettivazioni³, gareggiando da

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: “La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti”*, 19 novembre 2021.

¹ Tra le opere più rappresentative: C. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven (CT), 1996; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999.; T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, London, 2005; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007.

² Soprattutto nei lavori di Anna Pintore: *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200; *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003.

³ Tra gli usi che sono apparsi nella letteratura più recente: “judicial constitutionalism”, “political constitutionalism”, “popular constitutionalism”, “democratic constitutionalism”, “legislative constitutionalism”, “progressive constitutionalism”, “societal constitutionalism”,

pari a pari, da questo punto di vista, con altri termini del lessico politico come “democrazia” e “rule of law”. Con la conseguenza che “costituzionalismo” è stato di volta in volta considerato, nelle migliori delle ipotesi, come un concetto piuttosto vago e bisognoso di precisazione; oppure, nelle peggiori, come un concetto equivoco, vuoto, e addirittura misterioso⁴. Ciononostante, non c'è dubbio che nell'idea di costituzionalismo vi sia un nucleo centrale ben riconoscibile, che consiste nell'affermazione del primato dei diritti degli individui rispetto al potere politico: i poteri pubblici devono essere organizzati in maniera da non mettere a repentaglio – e, idealmente, in modo da realizzare pienamente – i diritti fondamentali dei cittadini.

E a questo punto diventa chiaro perché “politico”: i sostenitori di questa variante del costituzionalismo affermano infatti che il modo migliore per realizzare l'ideale del primato dei diritti fondamentali passi attraverso le dinamiche della politica democratica. In una società democratica, dotata di istituzioni rappresentative ben funzionanti, l'individuazione dei diritti fondamentali che spettano ai cittadini, del loro esatto contenuto, e del modo in cui questi diritti debbano essere coordinati con altri diritti e con altre esigenze di carattere pubblico – in breve, la “amministrazione” dei diritti fondamentali – è compito che spetta al Parlamento. Mentre è ovvio che le corti dovrebbero intervenire *ex post* per accertare se un diritto – così come debitamente individuato e definito in sede legislativa – sia stato violato in qualche circostanza

“new constitutionalism”, “global constitutionalism”, “transnational constitutionalism”, “multilevel constitutionalism”, “comparative constitutionalism”, “common law constitutionalism”, “living constitutionalism”, “transformative constitutionalism”, “revolutionary constitutionalism”. V. inoltre L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 3, 2010, pp. 2809-2811; e M. Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, in «*International Journal of Constitutional Law*», vol. 14, 1, 2016, pp. 1-5, che censisce almeno altre otto diverse declinazioni di “costituzionalismo” (quali: costituzionalismo liberale, costituzionalismo regionale, costituzionalismo socialdemocratico, ecc.).

⁴ Cfr. C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 2-3 (secondo cui l'ideale del costituzionalismo, nonostante il suo successo, «remains vague and even somewhat mysterious»); P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 41 (sulla «dilatazione concettuale» che sta subendo la nozione di costituzionalismo); J. Waldron, *Constitutionalism: A Skeptical View (2009)*, in *Id.*, *Political Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge (Mass.), 2016, p. 23 (a proposito del «potential for “constitutionalism” to degenerate into an empty slogan»). Come è noto, nel dibattito filosofico-giuridico degli ultimi vent'anni ha imperversato una corrente di pensiero denominata “neocostituzionalismo”, circondata da una certa aura di mistero: non è molto chiaro, infatti, quali siano le sue tesi qualificanti, né gli autori a cui ascriverle (v. in proposito G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, pp. 31-32).

concreta, non è invece ammissibile che una legge sia invalidata o disapplicata in sede giudiziaria perché in contrasto con un diritto fondamentale⁵.

Si tratta di una posizione che non può essere definita maggioritaria, ed è anzi caratterizzata da un atteggiamento di reazione, quando non di forte carica polemica, verso quello che i suoi sostenitori considerano una sorta di senso comune acriticamente diffusosi nella cultura giuridico-politica contemporanea. Con tutta evidenza, infatti, nel corso della seconda metà del Novecento si è diffuso nelle organizzazioni giuspolitiche contemporanee, a livello pressoché globale, un modello non *politico*, ma *giuridico*, di tutela dei diritti fondamentali: in molti ordinamenti contemporanei, i diritti fondamentali non sono rimessi puramente al dibattito politico, ma sono calati in una costituzione dotata di carattere pienamente giuridico, amministrata per lo più da organi giurisdizionali. Anzi, l'idea di fondo, in molti ordinamenti costituzionali, è proprio che certi diritti debbano essere sottratti alle dinamiche della politica rappresentativa, alla ordinaria deliberazione maggioritaria, e che a quei diritti debbano essere piuttosto attribuiti dei "guardiani" del tutto o almeno parzialmente estranei al circuito politico, individuati nell'area, politicamente "neutra", della giurisdizione⁶. Con la conseguenza che, in molti ordinamenti contemporanei, per conoscere l'elenco dei diritti fondamentali, il loro contenuto e il modo in cui essi debbano essere coordinati con altri diritti e con altre esigenze di carattere pubblico, più che al dibattito politico occorre ormai guardare ai repertori di giurisprudenza.

Dunque, rispetto a quella che, nei fatti, è la netta prevalenza su scala globale di un costituzionalismo *giuridico*, caratterizzato dall'incorporazione dei diritti fondamentali in un documento giuridico e dalla loro conseguente amministrazione da parte di organi di tipo giudiziario, il costituzionalismo

⁵ Nel testo assumo che vi sia una chiara distinzione tra l'amministrazione dei diritti fondamentali (la loro individuazione, la loro attuazione) da una parte, e l'applicazione giudiziaria dei diritti fondamentali dall'altra (ad esempio, per accertare se vi sia stata una violazione di un diritto in un caso concreto). In realtà, la distinzione tra l'amministrazione e l'applicazione di un diritto è molto più sfumata di quanto possa sembrare a prima vista. Ma è vero che, se in sede legislativa è stata operata una specificazione abbastanza precisa del contenuto di un diritto fondamentale, il margine di manovra del potere giudiziario sui diritti fondamentali si restringe notevolmente.

⁶ Sull'idea dello spazio costituzionale come «coto vedado», v. E. Garzón Valdés, *Representación y democracia*, in «*Doxa*», 6, 1989, pp. 143-164. Sui diritti fondamentali come «sfera dell'indecidibile» (o, nel caso dei diritti sociali, «indecidibile che non»), sottratta alla disponibilità del gioco delle maggioranze, cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali*, cit.; Id., *Principia iuris*, Roma-Bari, 2007, vol. 1, 822, 848; vol. 2, 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304. V. anche R. Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, in «*European Journal of Philosophy*», vol. 3, 1995, 1, p. 2 («By "constitutionalism" I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise»).

politico oppone un diverso modello caratterizzato dalla centralità del momento politico – e, segnatamente, della deliberazione democratica – nell'amministrazione dei diritti fondamentali. Il costituzionalismo politico, in altre parole, non è e non intende essere una posizione svalutativa dell'importanza dei diritti: piuttosto, propone un diverso modello per assicurare ai diritti la centralità che meritano negli ordinamenti democratici, un modello basato sul ruolo delle istituzioni democratiche⁷.

Questa posizione è plausibile? Rappresenta davvero una alternativa feconda rispetto alla principale posizione antagonista (il costituzionalismo giuridico)? Nei prossimi paragrafi proverò, in primo luogo, ad arricchire il quadro del costituzionalismo politico, individuando una serie di tesi ulteriori che sono solitamente richiamate per suffragare la bontà della tesi fondamentale del costituzionalismo politico (la politica democratica come sede privilegiata per l'individuazione dei diritti fondamentali) (§ 2); e, in secondo luogo, passerò a saggiare la tenuta di queste tesi, evidenziandone i limiti (§ 3). Concluderò con alcune brevi riflessioni di sintesi sul posto dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo (§ 4).

2. Che cosa sostiene il costituzionalismo politico

Uno In questo paragrafo tenterò una ricostruzione più articolata – e spero non caricaturale – delle tesi principali del costituzionalismo politico, inteso come posizione astratta, e identificabile, nel panorama del dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico contemporaneo. A tal fine mi servirò dei contributi provenienti dai principali esponenti di questo filone⁸, e in molti casi la paternità di specifiche tesi sarà agevolmente riconoscibile. Ma il mio obiettivo non è di attribuire specifiche tesi a specifici autori né, *a fortiori*, di offrire una ricostruzione completa del pensiero di un singolo esponente del costituzionalismo politico (è evidente, d'altronde, che gli autori riconducibili al costituzionalismo politico non sostengono tutti esattamente le stesse tesi, o che usino esattamente gli stessi argomenti per sostenere le loro tesi).

Dunque: perché il costituzionalismo politico afferma che la sede migliore per l'amministrazione dei diritti fondamentali sia la deliberazione adottata da

⁷ Come dichiara fin dal titolo uno dei saggi più noti e influenti di questo filone di pensiero: J. Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 13, 1, 1993, pp. 18-51.

⁸ Quali quelli menzionati nelle note 2 e 3.

organi dotati di rappresentatività democratica, anziché la giurisdizione? Ecco i principali argomenti.

Il diritto di autodeterminazione democratica. Le istituzioni democratiche incarnano e rendono effettivo l'ideale del diritto all'autodeterminazione dei cittadini: tramite l'esercizio del diritto di voto, i cittadini partecipano alla formazione delle decisioni pubbliche (ovvero, più realisticamente, concorrono alla formazione del luogo deputato ad adottare decisioni pubbliche). Il diritto di autodeterminazione democratica ha uno speciale valore – è, in un certo senso, “il diritto dei diritti”. Il riconoscimento di questo diritto riflette una specifica considerazione per la dignità delle persone (il riconoscimento della loro capacità di essere membri a pieno titolo della comunità politica, ponendosi reciprocamente su un piede di uguaglianza). E, specularmente, negare questo diritto rappresenta un particolare insulto alla dignità delle persone, perché vuol dire privare le persone della possibilità di partecipare alla formazione delle decisioni che le riguarderanno come membri della comunità politica. Per estensione, dunque, attribuire ad un organo non dotato di credenziali democratico-rappresentative (ad esempio ad una Corte costituzionale, o al potere giudiziario nel suo complesso) il potere di porre nel nulla una decisione che è stata regolarmente adottata da un organo dotato di credenziali democratico-rappresentative (il Parlamento) equivale a indebolire, o addirittura a svuotare, il diritto all'autodeterminazione dei cittadini.

L'argomento del disaccordo. Nelle società pluraliste contemporanee, diverse concezioni del bene sono diffuse tra i cittadini. E, entro certi limiti, è proprio così che deve essere: il pluralismo politico e valoriale, nelle società contemporanee, non è solo un fatto, ma un valore da preservare. Come conseguenza del pluralismo (ragionevole), i cittadini versano spesso in una situazione di disaccordo, spesso di feroce disaccordo, su questioni morali come la pena di morte, o l'ergastolo, l'aborto, l'eutanasia, il suicidio assistito, la maternità surrogata, il matrimonio omosessuale... Ebbene, in una situazione di persistente disaccordo su questioni morali – questioni sulle quali tutte le posizioni in campo possono ben avere seri argomenti dalla propria parte – perché mai si dovrebbe affidare l'ultima parola ai giudici? Nulla fa pensare che i giudici abbiano un accesso privilegiato alle verità morali, e che su queste questioni possano pervenire a decisioni migliori di quelle a cui perverrebbero i cittadini stessi. Pertanto, la cosa migliore è lasciare che le decisioni su questioni di questo tipo siano rimesse ai cittadini stessi, secondo procedure ben sperimentate (le istituzioni rappresentative, i referendum, il principio di maggioranza).

L'eguaglianza. Il controllo giudiziario di costituzionalità della legge (*judicial review of legislation*) è una limitazione – o addirittura una violazione – non solo del diritto all'autodeterminazione democratica, ma anche dell'eguaglianza dei cittadini. Infatti, con l'esercizio del diritto di voto i cittadini partecipano alla formazione delle decisioni collettive; e tuttavia, se si ammette che un cittadino, attivando certe procedure giudiziarie, possa determinare l'invalidazione o la disapplicazione di una legge, ciò significa che quel cittadino ha potuto partecipare *due volte* alla formazione delle decisioni collettive: una volta al momento dell'esercizio del diritto di voto, e un'altra volta al momento in cui ha messo in moto le procedure giudiziarie che hanno portato all'invalidazione della legge. In altre parole, è come se grazie alla *judicial review* alcuni cittadini riuscissero a pesare il doppio degli altri cittadini nella conformazione delle decisioni pubbliche.

Effetti distorsivi. I diritti fondamentali hanno una sostanza morale: sono, o sono collegati a, esigenze di tipo etico-politico. Ma il costituzionalismo giuridico li trasforma in entità giuridiche: vengono calati in un documento di natura giuridica, in una fonte del diritto (tipicamente, in una costituzione), e sono amministrati da organi giudiziari. Questa metamorfosi, da entità di natura etico-politica a entità di natura giuridica, è, per i diritti, esiziale: li imprigiona, li "ossifica", nelle tecnicità del discorso giuridico. L'incorporazione dei diritti in una costituzione giuridica applicata in sede giudiziaria fa sì che la discussione sui diritti non sia più una genuina discussione morale sul merito delle questioni rilevanti (una discussione che verte su se sia *giusto*, o no, che vi sia la pena di morte, o l'ergastolo, ecc.), come ancora potrebbe avvenire in un dibattito parlamentare, o nell'opinione pubblica generale; piuttosto la discussione sui diritti diventa una questione giuridica, in cui più che alla sostanza della questione si dovrà fare riferimento a profili come l'interpretazione testuale, il rispetto dei precedenti, la legittimazione ad agire ecc. E tutto ciò finisce con l'irrigidire e impoverire l'ambito dei diritti.

Legislatore e giudice davanti alla Costituzione. Una costituzione che include un catalogo di diritti fondamentali (un *bill of rights*) lega le mani al legislatore: il legislatore si trova davanti ad una sfera dell'indecidibile, che al contempo gli impedisce di prendere certe decisioni (ad esempio, sui diritti di libertà) e lo obbliga a prenderne altre (ad esempio, sui diritti sociali e in generale i diritti a prestazioni). Nel costituzionalismo (giuridico) contemporaneo, il legislatore tende a trasformarsi in un attuatore della costituzione, quando non in un suo mero esecutore. Al tempo stesso, in questo contesto le corti tendono ad acquisire margini di manovra molto ampi: la possibilità di decidere le controversie applicando

direttamente principi costituzionali esalta la discrezionalità e perfino la creatività giudiziaria. In più, come abbiamo visto, il modello della *judicial review* attribuisce alle corti l'*ultima parola* sui diritti: se una costituzione codifica, ad esempio, il diritto alla libertà di espressione, in ultima analisi quel diritto avrà la consistenza che gli attribuiscono le corti, e non il legislatore – visto che le prime possono sempre porre nel nulla le decisioni legislative sui diritti fondamentali. Il costituzionalismo (giuridico) contemporaneo trasforma la democrazia in un governo dei giudici, in una giuristocrazia.

Questi gli argomenti principali addotti dai sostenitori del costituzionalismo politico in favore della tesi secondo cui, se si hanno a cuore i diritti, è preferibile che la loro individuazione sia rimessa al circuito politico-rappresentativo, e in primo luogo al Parlamento. Secondo i sostenitori di questa posizione, l'incorporazione di un catalogo di diritti in un documento giuridico, e la loro amministrazione da parte di organi giudiziari, si risolve in uno svilimento dell'idea dei diritti, e nella lesione del più fondamentale dei diritti fondamentali (il diritto all'autodeterminazione democratica). Quindi, paradossalmente, il costituzionalismo politico è un costituzionalismo senza costituzione, o quantomeno con una costituzione priva di carattere propriamente giuridico (e dunque non *enforceable* in via giudiziaria), ma puramente politica⁹.

3. Bilancio del costituzionalismo politico

Per quanto provocatoria possa apparire la tesi fondamentale del costituzionalismo politico, davanti ad una realtà che ha ampiamente abbracciato il modello opposto, occorre comunque riconoscere che non può essere considerata una posizione del tutto folle, o gratuitamente dissacrante. I sostenitori del costituzionalismo politico hanno probabilmente torto (o almeno questo cercherò ora di mostrare), ma non hanno tutti i torti.

Banalmente, è vero che nel costituzionalismo contemporaneo l'ambito di manovra del legislatore si restringe (restrizione che segue, peraltro, non solo dalla presenza di un catalogo costituzionale di diritti, ma anche dall'apertura alla dimensione sovranazionale che questo modello incorpora), e simmetricamente si amplia l'ambito di discrezionalità del potere giudiziario. Ed è vero che eccessi di creatività e abusi interpretativi sono pur sempre possibili, e si sono di fatto

⁹ M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000. Per alcuni cenni sulle concezioni "politiche" della costituzione, v. anche G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena, 2019.

verificati. Ma il quadro restituito dal costituzionalismo politico è, nel complesso, poco convincente: basti pensare all'implausibilità dell'idea (vista nel paragrafo precedente) secondo cui la presenza di un *bill of rights* produce l'effetto di ridurre il legislatore ad un esegeta della costituzione e, contemporaneamente, di spalancare i cancelli della creatività giudiziaria: non si capisce infatti come sia possibile che uno stesso panorama normativo (l'insieme dei principi costituzionali) costituisca un vincolo stringente e addirittura asfissiante per la capacità decisionale di un soggetto (il legislatore), mentre costituisca un assegno in bianco per le decisioni di un altro soggetto (il giudice).

Ad ogni modo, ecco alcuni possibili contro-argomenti, che provano a gettare luce su alcune debolezze del costituzionalismo politico.

Il valore dell'autodeterminazione. È vero che l'autodeterminazione politica è dotata di valore, ma ha valore solo in presenza di alcuno presupposti, quelli che Michelangelo Bovero, sulla scia di Norberto Bobbio, ha chiamato le "precondizioni della democrazia"¹⁰: se è vero che l'esercizio dell'autodeterminazione democratica, di per sé, si sostanzia nell'espressione del voto alle urne, è anche vero che l'espressione del voto assume un senso solo se posta in essere da cittadini sufficientemente istruiti, informati, liberi di scegliere tra proposte politiche diverse, liberi di formare partiti o movimenti politici e di aderire ad essi, liberi da condizioni di bisogno economico e di inferiorità sociale, ecc. Solo se precondizioni di questo tipo sono assicurate l'autodeterminazione acquista un particolare valore morale. L'autodeterminazione democratica richiede molto di più dell'esercizio del diritto di voto. Se è così, allora ci sono beni che devono essere assicurati proprio per rendere possibile la democrazia. E questi beni, per questa stessa ragione, non possono essere rimessi alla democrazia stessa: non si può ammettere che quei beni vengano cancellati *nemmeno per via democratica* (sarebbe come consentire alla democrazia di distruggere sé stessa). Se questo è vero, allora la *judicial review* è certamente un *limite* alla democrazia, ma non è una *violazione* della democrazia: è, piuttosto, un correttivo interno, e necessario, alla democrazia stessa.

L'ambito del disaccordo. È vero che le società pluraliste contemporanee sono attraversate dal pluralismo valoriale, di modo che i cittadini si trovano in disaccordo su quali siano i diritti fondamentali, su quale sia il loro contenuto, su

¹⁰ M. Bovero, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 16, 2016, pp. 11-21. V. anche A. Pintore, *Democrazia e diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 449-471, sulla distinzione tra diritti "costitutivi" della democrazia, diritti "presupposti" dalla democrazia, e diritti "irrelati" alla democrazia.

quali siano i loro ordini di priorità, e così via. Ma se è così, non si capisce in che modo lo stesso diritto all'autodeterminazione democratica possa essere considerato al riparo dal disaccordo: può ben essere oggetto di disaccordo ragionevole l'idea che il diritto all'autodeterminazione democratica sia il più fondamentale dei diritti. E poi, perché mai una procedura legislativa dovrebbe essere considerata da tutti i cittadini un terreno neutrale e assiologicamente asettico? Non è forse possibile che alcuni cittadini siano in disaccordo sul fatto che certi temi etici vengano decisi a maggioranza? Inoltre, l'esercizio dell'autodeterminazione democratica richiede regole e procedure (una tra tutte: un meccanismo elettorale), e come si fa a immaginare che anche su queste regole e procedure non vi possa essere un disaccordo ragionevole?

L'ossificazione dei diritti. Davvero la presenza di un catalogo di diritti costituzionali e della *judicial review* imprigiona il discorso sui diritti in una ragnatela di tecnicismi giuridici? In realtà, anziché ossificare il dibattito pubblico sui diritti e sui valori, la *judicial review* può contribuire proficuamente allo sviluppo di questo dibattito: se, a titolo di esempio, guardiamo a come si è svolto negli ultimi anni in Italia il dibattito pubblico sui temi eticamente sensibili, ci accorgiamo facilmente che sia l'opinione pubblica generale sia il dibattito parlamentare si sono messi in moto esattamente sull'onda di casi giudiziari in cui quelle questioni sono venute prepotentemente alla luce (il caso Welby, il caso Englaro, il caso di Fabiano Antoniani...).

Diritti e partecipazione democratica. La *judicial review*, anziché essere antidemocratica, può essere vista essa stessa come un canale di partecipazione democratica (come peraltro riconosce implicitamente lo stesso costituzionalismo politico, quando afferma che i cittadini che ricorrono alla *judicial review* contribuiscono due volte alla formazione delle decisioni collettive). Oltre alla familiare dimensione della democrazia rappresentativa, che interessa le istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo), la democrazia ha anche una dimensione «contestatrice»¹¹, che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. Così, la democrazia rappresentativa funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive,

¹¹ Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da P. Pettit, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge, 1999, pp. 163-190; Id., *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. Macedo (eds.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, 2000, pp. 105-144. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, pp. 169-186; Id., *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Roma, 2011, p. 108; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 239.

mentre la democrazia contestatrice rappresenta un'occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi (o anche dei soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale: minori, stranieri, appartenenti a minoranze "strutturali"), e, in caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico: la democrazia rappresentativa è solo uno dei valori incorporati dal costituzionalismo contemporaneo, e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta proprio sul fatto che questa tensione tra elementi diversi sia, in ultima analisi benefica. In fin dei conti, se l'ideale del costituzionalismo richiede che i diritti dei cittadini siano protetti, è evidente che debbano essere protetti anche nei confronti dei rappresentanti dei cittadini.

4. In conclusione

Le Nel costituzionalismo contemporaneo, la democrazia rappresentativa è sì un valore, ma è un valore che si trova in concorrenza con altri valori. Nonostante sia vero che il costituzionalismo contemporaneo, che ha assunto prevalentemente la forma del costituzionalismo giuridico, determini una limitazione della democrazia (quantomeno se intesa come democrazia rappresentativa), e una espansione del ruolo del potere giudiziario, è falso che sostituisca alla democrazia una giuristocrazia, e che lo Stato costituzionale degeneri inevitabilmente in uno Stato giurisdizionale. I diritti fondamentali sono intrinsecamente legati alla giurisdizione, proprio per la loro natura "contromaggioritaria" (spettano agli individui anche contro la maggioranza). Ma i diritti hanno anche bisogno del momento legislativo (e anche di quello amministrativo, ovviamente). Anche nel costituzionalismo contemporaneo, i diritti non vivono solo nella giurisdizione, ma hanno bisogno di numerose decisioni politiche (i diritti non sono auto-esecutivi).

Nello Stato costituzionale contemporaneo, l'amministrazione dei diritti fondamentali è condivisa tra giudici e legislatore. Fa interamente parte della logica dello Stato costituzionale sostituire all'immagine "verticale" propria dello Stato legislativo (la legge al vertice delle fonti, il giudice soggetto solo alla legge, la ricerca della *suprema potestas*), un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano,

Giorgio Pino

Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti

sono ritardati quanto più possibile, diluiti in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni.

La *judicial review*, in questo quadro, non è un superamento ma una integrazione della democrazia – come peraltro dimostrano tecniche decisorie come le sentenze-monito, le additive di principio, la sospensione del giudizio di costituzionalità in attesa di una pronuncia del Parlamento... Che ci sia una tensione tra *judicial review* e democrazia (rappresentativa) è vero, ma è una tensione finalizzata a rafforzare la qualità democratiche – inclusa la qualità democratica – del sistema.

ABSTRACT: Political constitutionalism claims that fundamental rights – their identification, their order of priority, the resolution of their conflicts – are better left to institutions endowed with democratic legitimacy, as opposed to courts. In this short essay, I'll challenge the main arguments upon which political constitutionalists ground their position, and I'll try to show that, and why, legal constitutionalism should be considered as a more sound stance instead.

KEYWORDS: fundamental rights; democracy; political constitutionalism; judicial review.

Giorgio Pino – Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Roma Tre (giorgio.pino@uniroma3.it).