

I

Qualche questione preliminare Élite, società civile e uomo comune

Per centocinquanta anni abbiamo assistito ad una lotta senza fine fra coloro che vogliono preservare l'ampio concetto originario della costituzione come uno strumento di governo del profano (Layman) e coloro che al contrario lo riducono ad un contratto di avvocati [...]. Ogniqualvolta l'interpretazione legalista si è scontrata con il senso contemporaneo della politica nazionale, alla fine sia il popolo che il Congresso hanno avuto la meglio (Roosevelt 1937).

Introduzione

Sommario

1. Costituzione e fiducia nella società. – 2. Costituzionalismo *populist*. – 3. *Common man*: costituzionalismo d'élite e costituzionalismo del popolo. – 4. Elitismo e popolarismo e le loro varianti. – 5. Oltre l'America?

1. Costituzione e fiducia nella società

Il visitatore che entra nella Corte Suprema degli Stati Uniti si imbatte in una didascalia singolare che, sotto il titolo '*checks and balances*', recita: «sebbene la Corte occupi il massimo grado di giurisdizione del paese, il suo potere non è assoluto. Se i cittadini lo desiderano fortemente (*feel strongly enough*), la decisione della Corte può essere cambiata con un emendamento della Costituzione». Nella didascalia viene anche fatto un esempio. Nel 1895 la Corte aveva dichiarato che l'imposta sul reddito era incostituzionale ma la decisione è stata sovvertita nel 1913 con l'emanazione del sedicesimo emendamento che ha introdotto l'imposta sui redditi. Seppure possa apparire una banalità che le conclusioni della Corte sul significato della costituzione possano essere superate con un emendamento, la segnalazione è alquanto bizzarra sia per formulazione (i cittadini *feel strongly enough*) che per il luogo (un tempio del diritto).

Gli Stati Uniti sono ritenuti la culla del sindacato giudiziario di costituzionalità e dunque di quello che si suole definire il costituzionalismo giuridico. Eppure, l'opinione che la Corte Suprema funzioni anche come un organo politico, un organo cioè delegato dai cittadini, non è propria solo dei suoi detrattori. Non solo, come recita la didascalia, il sistema dei controlli reciproci fra poteri sembra prevalere sull'idea verticistica della costituzione come norma di chiusura del sistema, ma la diffusa

percezione dell'istituzione presso l'opinione pubblica è molto diversa da ciò che avviene nei paesi europei. Quali tribunali di ultima istanza italiani, francesi o tedeschi ricevono valanghe di lettere da parte dei cittadini comuni che premono per questa o per quella decisione? Quante manifestazioni si svolgono contestualmente alle udienze? Quanto biografie dei giudici costituzionali troviamo nelle nostre librerie esposte in vetrina? Quante prime pagine dei quotidiani riportano interi passi delle sentenze? Quanti studi sul rapporto fra giurisprudenza costituzionale e opinione pubblica troviamo fra le nostre pubblicazioni?

Sembra peraltro che la giurisprudenza costituzionale americana spesso ricambi la benevolenza di cui gode presso il grande pubblico. Vi leggiamo affermazioni che anche sotto questo profilo stupiscono il giurista europeo, come quando la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla giuria, arriva a stabilire che la presenza dell'uomo comune nei processi penali può far da scudo contro un pubblico ministero persecutorio o troppo zelante ed un giudice eccentrico o prono di fronte alla pubblica accusa¹ ovvero ventila l'ipotesi, con il giudice Jackson, che chi lavora per il governo di Washington possa essere mosso dalla debolezza tutta umana di «piegare le docili giunture delle ginocchia, là dove il profitto segue l'adulazione»² e cioè essere incline al servilismo nei confronti del potere.

Obiettivo di questo lavoro è di utilizzare la singolarità della cultura costituzionale americana, e delle versioni in cui essa si esprime, come lente di ingrandimento di elementi comunemente tralasciati nelle formulazioni più frequenti del concetto di diritto. Si suole ritenere che i principali dissidi sul modo di intendere la costituzione riguardino la teoria politica che vi fa da sfondo (se cioè il costituzionalismo debba essere liberale o solidaristico) o la teoria del governo che vi si assume accolta (parlamentaristi e presidenzialisti) o, più di recente, l'ascendenza giuspositivista o giusnaturalista della teoria del diritto presupposta.

L'ambizione del presente lavoro è quella di ricostruire le principali teorie costituzionalistiche in ragione di una distin-

¹ *Dunacan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

² *United States v. Wood*, 299 U.S. 123 (1936).

zione fra coloro che assumono una qualche forma di fiducia sulle capacità epistemiche, morali e in genere politiche dei cittadini comuni e coloro che al contrario coltivano il convincimento che la gente comune vada neutralizzata proprio per le sue caratteristiche più ordinarie, impulsività, scarsità di informazioni, semplicismo, senso comune e che le istituzioni costituzionali servano innanzitutto a questo scopo. La contrapposizione non corrisponde a quella, più nota, fra concezioni formaliste del diritto e della costituzione, e concezioni realiste, che segnalano la componente sociale del fenomeno giuridico. Essa assume dei connotati non puramente descrittivi e non vuole limitarsi a prospettare una comparazione fra teorie che asseriscono che il diritto discenda da un atto di volontà o di ragione di una qualche istituzione e teorie che al contrario pongono l'accento sulla spontanea emersione dal basso del fenomeno giuridico. La contrapposizione qui ripercorsa mira a segnalare la preferenza espressa dalla scienza costituzionalistica, ma anche giuridica in via generale, per l'uno o per l'altro orientamento.

Quanto ai termini del dibattito si proverà a rimanere fedeli al lessico utilizzato dai protagonisti. Si tratta di termini che possono apparire inaccurati e grossolani, specie all'orecchio di un europeo: a un costituzionalismo che confida nelle élite istituzionali per funzionare ne viene opposto un altro che invece riconduce il nucleo delle garanzie fondamentali, e cioè i limiti al potere pubblico, ed il rispetto dei diritti fondamentali al *common man*, all'uomo comune. I concetti di élite e *common people*, che gli autori che verranno discussi di frequente evocano, contengono elementi a prima vista caricaturali che rimandano più a stereotipi che ad autentici dati di realtà. Tuttavia, proprio come le caricature illuminano tratti di un individuo che sfuggono ad un ritrattista realista, così un confronto fra due poli più simili ad idealtipi che a fedeli rappresentazioni della realtà può gettare luce su alcune tensioni interne al costituzionalismo che spesso rimangono in ombra in analisi apparentemente più rigorose.

È noto del resto che il costituzionalismo, quel mix inestricabile di istituzioni, dottrine (Barberis 2012, 153) e sentimenti comuni miranti in ultima istanza alla limitazione del potere, ha una doppia anima. Da un lato, esso sottintende l'idea che le istituzioni politiche e giuridiche civilizzino la natura umana e si esprime in una serie di proposte sui meccanismi istituzionali

meglio deputati a questo scopo. Quest'idea, debitrice di Hobbes, muove dal presupposto che non esista una dimensione civile al di fuori dello stato e che la dimensione naturale non assicuri neanche la sopravvivenza. Secondo questo primo modo di vedere, il nocciolo del costituzionalismo risiede nel principio di legalità, nell'indipendenza della magistratura dal potere politico, nella divisione dei poteri, nel controllo giurisdizionale di costituzionalità affidato ad uno o più organi.

Ma del costituzionalismo c'è anche una versione opposta che poggia sulla dimensione naturale dell'essere umano, esterna all'assetto istituzionale, quale prima forma di garanzia contro un governo arbitrario. Le prime concettualizzazioni dei diritti fondamentali non sarebbero comprensibili se non a partire dall'opinione che i limiti al potere pubblico non dipendano da particolari congegni istituzionali ma soprattutto da impulsi naturali e comuni a tutto il genere umano, come ad esempio l'impulso a credere in un certo Dio o il bisogno di libertà o l'attaccamento ad un bene di proprietà, o lo sdegno di fronte alla patente discriminazione. Da qui l'idea che vada ricercata nella dimensione sociale, non naturale seppure pregiuridica, la radice delle garanzie; e che dunque la possibilità di un governo limitato non dipenda tanto dai marchingegni istituzionali finalizzati a diluire il potere e a garantirne un esercizio orientato all'interesse pubblico (separazione dei poteri, autorità indipendenti, selezioni meritocratiche) ma da una società sana.

Se nella prima ipotesi, sono le istituzioni virtuose che garantiscono una società libera e ben funzionante, nella seconda ipotesi avviene esattamente l'inverso. È una società fatta di individui vigili e pronti a riprendersi le libertà ed i diritti violati che fa da presidio nei confronti dell'azione pubblica (Cohen & Arato 1992, citando Tocqueville). Se nel primo caso la costituzione consiste innanzitutto in una serie di meccanismi preventivi e sanzionatori che limitano il potere pubblico (specialmente quello penale), nel secondo caso la carta fondamentale tende sostanzialmente ad implementarsi da sé.

A causa della compresenza di queste due anime nel costituzionalismo, la visione dell'uomo presupposta da padri costituenti, ma anche da teorici ed attori della costituzione come politici, giudici e cittadini comuni è ambivalente e mutevole. Esiste una costante tensione fra i due poli, quello normativista e

quello naturalistico sociale, fra un costituzionalismo *top-down* ed un costituzionalismo *bottom-up* (Grossi 2015).

La scelta del panorama costituzionalistico statunitense è dovuta a quattro ragioni. Innanzitutto, è negli Stati Uniti che il dibattito fra costituzionalismo e democrazia si è smarcato da quelle linee argomentative che ridefiniscono il concetto di democrazia sui dettami del costituzionalismo, in qualche misura eludendo la questione centrale per ogni sistema democratico e cioè di quanto ci si possa fidare dei cittadini. Comunemente, infatti, la relazione fra costituzionalismo e democrazia viene configurata come una relazione di qualche tipo fra il principio di sovranità popolare e i diritti fondamentali. Tre sono le tesi prevalenti. In modo succinto, la prima ipotizza un contrasto e dunque individua nei diritti un limite *esterno* alla democrazia. La seconda e la terza posizione invece postulano un intreccio fra i due fenomeni: o in un senso puramente procedurale, cosicché non esisterebbe un sistema democratico in assenza di procedure costituzionali che ne assicurino i *presupposti* ed il concreto funzionamento (meccanismi elettorali, separazione dei poteri, libertà di associazione); ovvero in un senso sostanziale, cosicché un sistema non potrebbe dirsi democratico e cioè formato da individui liberi e capaci di autodeterminarsi senza il rispetto di principi sostanziali, come i diritti di libertà o i diritti sociali (Dworkin 1996a; Ferrajoli 2010).

Gli autori che verranno discussi non si limitano ad opporre ad una concezione giuridica e giudiziaria una concezione politica di costituzionalismo, ma si spingono oltre, ispirandosi alla tradizione del radicalismo democratico che presuppone l'autonomia della società civile dalla politica e dal diritto. Sono costoro che parlano di *élite* e *common people*.

La seconda ragione è dovuta alla circostanza che l'alternanza di queste due macro posizioni, una più benevola nei confronti delle istituzioni pubbliche e l'altra più guardinga nei confronti dei sistemi di contenimento della volontà popolare, ha in modo ricorrente contraddistinto la storia costituzionale americana e poi, dunque, la scienza giuridica in cui tale storia si è manifestata. Nella Parte II verranno ripercorse alcune tappe in cui lo scontro fra le due posizioni si è fatto più acceso. Si avrà altresì modo di segnalare che gli argomenti dei costituzionalisti elitisti cambiano nel tempo.

La terza ragione è legata alle basi filosofico politiche del costituzionalismo americano. Fra le tradizioni che confluirono all'assemblea di Filadelfia, vi fu anche quella del repubblicanesimo populista che Philip Pettit riconduce ad Aristotele ma che è stata ripresa anche da Hannah Arendt (Pettit 1997, 8; Casalini 2002, 229). Secondo questa tradizione, a cui sono ascrivibili le posizioni di Thomas Jefferson e di Tom Paine, il popolo dovrebbe fare affidamento sui rappresentanti e i pubblici ufficiali solo quando è strettamente necessario. Il populismo, accanto alla difesa del senso comune, coltiva un atteggiamento di sospetto verso ogni forma di gerarchia e di espertocrazia (Pettit 1997, 15; Casalini 2002, 229; Casadei 2012). Esso si scontra non soltanto con la tradizione liberale riconducibile a Locke ma anche con il repubblicanesimo classico di cui John Adams ed i Federalisti Madison ed Hamilton sarebbero portatori.

Vi è poi un'ultima ragione. Accanto alla teoria costituzionalistica, e alla filosofia politica che vi sta dietro, c'è tutta una variegata e trasversale letteratura storiografica, sociologica, politologica, che rivaluta il ruolo degli *ordinary people* assegnando loro un posto centrale nella vita politica e sociale degli Stati Uniti. Questo quarto elemento è utile alle nostre analisi non solo perché sgonfia il concetto di popolo di quella pomposità retorica che ha avuto nella tradizione giuspubblicistica europea dell'Ottocento e del Novecento, e non solo perché lo emancipa da attributi foschi come quello di razza o di etnia, ma anche perché riabilita l'ordinarietà rispetto alla virtù pubblica o, oggi si direbbe, alla competenza.

Attingendo a questa letteratura, e distinguendo pertanto fra *élite* e *ordinary men*, non si coltiva la pretesa naif di offrire una fotografia della società americana. E, tuttavia, non si tratta neanche della mappa di un'utopia, quanto piuttosto di una «rappresentazione, nella forma astratta e modellistica della teoria, di un tipo di società» (Costa 2002, 98).

2. Costituzionalismo *populist*

Da qualche decennio la letteratura costituzionalistica statunitense abbonda di autori che dichiarano di dissociarsi dall'impostazione elitista del costituzionalismo dominante ed invoca-

no una lettura della carta costituzionale più aperta alle ragioni del *common man*. Alcuni parlano di un costituzionalismo democratico, come Reva Siegel e Jack Balkin, altri di un costituzionalismo anti-oligarchico, come William Forbath (1991, 1999, 2010) e Joseph Fishkin (2014), altri ancora di un costituzionalismo *populist*, come Akhil Reed Amar, Mark Tushnet e Richard Parker. Se all'orecchio di un europeo la categoria del populismo sembra stonare all'interno di una dottrina costituzionalistica (Pinelli 2010, 2013; Spadaro 2009; Gambino 2011; Prospero 2007; Ferrajoli 2003a; Urbinati 1998), il richiamo ad essa non è infrequente fra i giuristi americani. Si pensi alla confessione di Akhil Reed Amar: «Penso che se qualcuno mi chiedesse 'qual è la tua filosofia costituzionale', risponderei 'sono un costituzionalista, un testualista ed un populista'» (Amar 1997, 1657). Gli fa eco Mark Tushnet che da quasi un ventennio esorta colleghi e cittadini a creare un diritto costituzionale populista dove le dichiarazioni dei giudici non meritano una considerazione particolare (Tushnet 1999). Nel corso della prestigiosa Seegers Lecture, il costituzionalista Richard D. Parker ha addirittura stilato un manifesto populista, il cui titolo non lascia adito a dubbi: «*Here, the people rule*» (Parker 1994). Alla lezione è seguita una serie di articoli fondati sul medesimo assunto: «*Democratic Honor: Liberal and Populist*»; «*Power to Voters*»; e più di recente «*The Effective Enjoyment of Rights*» (Parker, 2011: 452). Cass Sunstein dedica quasi due terzi del suo saggio *A Constitution of Many Minds* proprio al populismo, o meglio al costituzionalismo populista e, sebbene in conclusione ne segnali i limiti più che i pregi, riconosce che si tratta di un presupposto da cui muove anche certa giurisprudenza costituzionale. La schiera dei costituzionalisti popolari statunitensi, tuttavia, è capeggiata da Larry Kramer, il cui volume del 2004, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, ha inaugurato un dibattito sulle origini politiche della costituzione americana, smentendo l'assunto generalizzato secondo cui gli ispiratori della Dichiarazione di Indipendenza e della successiva carta costituzionale confidassero esclusivamente nelle élite di giuristi, primi fra tutti i giudici costituzionali, per blindare le libertà fondamentali, sottraendole alle vicissitudini della politica. Ma gli autori non finiscono qui. Sanford Levinson, Robert Post, Lani Guinier, Gerald Torres, Keith Whittington, Mark Graber ma anche

Bruce Ackerman, propongono concezioni della costituzione americana che più o meno espressamente invocano il populismo ed invitano i colleghi giuristi e filosofi del diritto ma anche le istituzioni giuridiche a prenderne coscienza.

3. *Common man*: costituzionalismo d'élite e costituzionalismo del popolo

Nell'illustrare la diversa posizione del *common man* nel dibattito costituzionalistico americano, verrà prospettata una distinzione fra due grandi tipologie di dottrine sulla costituzione e del diritto. La prima attribuisce alla carta fondamentale la funzione di *freno* all'irruenza delle passioni popolari ed assegna a meccanismi istituzionali e prima fra tutte alla Corte Suprema il compito di tutelare la società da scelte poco lungimiranti, dalla faziosità politica, dalla miopia di amministratori locali ma anche dalle tendenze fameliche, contraddittorie e prevaricatrici della gente comune. Secondo questa concezione, che come a breve si dirà, è piuttosto variegata al suo interno, le due principali funzioni della costituzione, e cioè quella di porre dei limiti al potere pubblico e di garantire la tutela dei diritti fondamentali, sono svolte attraverso strumenti di *contenimento* della volontà popolare. Esiste una differenza qualitativa fra il ragionamento costituzionale, ispirato a criteri di ragionevolezza deliberativa se non di vera e propria razionalità assiomatica, ed il ragionamento comune che include anche quello politico. Le teorie del diritto che stanno sullo sfondo di questo modo di concepire la costituzione concordano sull'idea che la dimensione istituzionale (ufficiale) del fenomeno giuridico sia di gran lunga preminente su quella sociale e tendono a sottovalutare il fatto che, accanto alla dimensione tecnica e scientifica, frutto della ragione artificiale di giudici e legislatori, ne esista una propriamente sociale che nasce ed esiste nella coscienza popolare (Genny 1927; Grossi 1991).

L'altra concezione non contesta che il costituzionalismo sia innanzitutto preordinato a limitare il potere pubblico e a garantire la tutela dei diritti fondamentali, ma muove dall'assunto di tenore opposto al precedente che tali finalità siano innanzitutto raggiunte attraverso meccanismi di *ampliamento* e di *stimolo*

delle opinioni e dei desideri dei cittadini comuni e che la partecipazione pubblica anche disorganizzata sia la fonte principale dell'affermazione e del riconoscimento di sempre nuovi diritti. Secondo tale concezione il diritto stesso è un fenomeno poroso, mutevole, costantemente esposto a due tipi di pressione: la pressione dall'alto esercitata da legislatori, amministratori e giudici e la pressione dal basso da parte di cittadini comuni che promuovono istanze, ricorsi, atti giudiziari, ma anche manifestazioni e proteste.

Secondo la prima delle due ottiche, le istituzioni costituzionali sono soprattutto preordinate a diluire, rallentare e scremare le naturali tendenze della società e a razionalizzare le opinioni disorganizzate e contraddittorie dei cittadini. Nel secondo caso, al contrario, i meccanismi costituzionali fungono – devono fungere – essenzialmente da stimolo alla moltiplicazione dei pensieri comuni. Nel primo caso, si intende scongiurare un eccesso di partecipazione politica. Nel secondo, invece, ci si prefigge di alimentarla anche in forme irrituali.

Queste due grandi visioni della costituzione che costituiscono due varianti del costituzionalismo nella letteratura giuspubblicistica e giusfilosofica americana compaiono sotto varie etichette, per lo più coniate dai costituzionalisti della seconda specie. Questi ultimi sogliono definirsi popolari, democratici, o addirittura populistici, e bollano i teorici della prima schiera come tradizionalisti, dominanti o elitisti.

In questa sede la dicotomia già per schizzi tratteggiata verrà presentata come quella fra un costituzionalismo elitista e un costituzionalismo *popolarista*. La scelta dei nomi ha tuttavia un carattere puramente convenzionale: non è superfluo anticipare che essa va presa con le dovute cautele. La qualifica di 'elitario o elitista' attribuita a quello che comunemente viene definito il costituzionalismo dominante tipico della tradizione liberale non intende affibbiare una connotazione negativa alle teorie che vi sono incluse, ma sta semplicemente a sottolineare quello che è un assunto fortemente radicato seppure spesso inconsapevole della dottrina costituzionalistica, anche europea, specie contemporanea: l'assunto cioè che la buona riuscita di uno stato costituzionale presuppone quasi esclusivamente l'esistenza di una élite illuminata (Sunstein 2001).

D'altro canto, non minori ambiguità presenta la soluzione

terminologica proposta per la seconda dottrina, che qui si intende presentare come *popolarista*. Si è scelto di qualificare popolarista questa forma di costituzionalismo innanzitutto per l'esigenza di rimanere fedeli al lessico degli autori che a questa schiera appartengono. Alcuni di costoro, Kramer e Ackerman, ad esempio, parlano di costituzionalismo popolare, altri, come Post e Siegel si qualificano costituzionalisti democratici, altri ancora, come Mark Tushnet e Richard Parker, si rifanno esplicitamente alla tradizione del populismo americano. Mentre ho voluto scartare la qualifica di costituzionalismo democratico per il carattere un po' supponente che la connota, ho piuttosto pensato di distinguere "popolare" e "populista". L'idea di popolarismo rimanda sia alla dimensione popolare – e cioè radicata nella società – dello sviluppo dei diritti fondamentali, ma sia anche alla tradizione populista – cara a molta storiografia americana – che riabilita l'ordinarietà ed il semplicismo del *common man* contro le sofistiche dell'élite. Se si è rinunciato a qualificare populista questo secondo gruppo dottrinario lo si è fatto solo per scongiurare il rischio di facili confusioni ingenerate dall'accezione negativa che tale termine ha nella lingua italiana. Da qui l'idea che la qualifica popolarista possa essere quella più fedele al *populism* di molti degli autori che verranno citati.

Nell'accezione che qui verrà proposta il popolarismo ha solo qualche elemento in comune con l'idea di Don Sturzo, cui si deve il conio del termine. Se al pari di quello sturziano, il popolarismo americano si contraddistingue per una certa diffidenza nei confronti delle élite non solo politiche ma anche economiche ed accademiche e riabilita le opinioni comuni contro la supponenza degli esperti, dall'altro nella tradizione americana è assente sia la cultura del cristianesimo democratico che dell'economia sociale, care al popolarismo di stampo italiano. Sicché per popolarismo, nella versione qui presentata, deve intendersi una forma blanda di populismo che seppure spesso ne condivide il semplicismo e la virulenza antiestablishment non ha nulla a che vedere con i populismi di matrice europea (ma presenti di tanto in tanto anche negli Stati Uniti), di frequente intrecciati ad ideologie razziste e totalitarie.

4. Elitismo e popolarismo e le loro varianti

Jeffrey Bell contrappone il *populism* all'elitismo: «il popolarismo è ottimismo sulla capacità della gente di prendere decisioni che riguardano le proprie esistenze». «Elitismo è ottimismo sulla capacità di una o più élite di prendere decisioni in rappresentanza e nell'interesse della gente comune». E poi: «popolarismo significa anche pessimismo sulla capacità delle élite di prendere decisioni che riguardino la vita della gente comune. Elitismo significa pessimismo sulla capacità delle persone comuni di prendere decisioni che riguardano la propria vita» (Bell, 1992).

Si tratta di concetti relativi e non assoluti. Un atteggiamento profondamente scettico nei confronti della natura umana, che investe sia la società che le élite che essa esprime, non rientra nella nostra classificazione. Trattandosi di concetti altamente problematici o, per dirla con Waldron, passibili di varie ricostruzioni anche a livello teorico, ciascuno dei termini della grande dicotomia fra costituzionalismo elitista e costituzionalismo popolarista è al suo interno scomponibile in alcune articolazioni.

Il libro è diviso in quattro parti e segue lo schema seguente. La prima parte è dedicata ad affrontare la questione teorica del rapporto triadico fra costituzione, élite e società. Siamo avvezzi ad identificare nella costituzione uno dei più potenti antidoti che l'uomo moderno ha inventato contro una società governata da élite. Sorprende dunque l'idea di un costituzionalismo elitista. Verranno affrontati tre temi distinti. Quello del rapporto fra costituzione ed élite; quello del rapporto fra costituzione e società civile; ed infine l'idea di *common man*.

La seconda parte è dedicata alla storia della scienza costituzionalistica. Si ripercorrono tre tappe del dibattito fra elitisti e popolaristi nella storia costituzionale americana. Come si avrà modo di vedere, la contrapposizione non si manifesta sempre allo stesso modo. Sebbene alcuni temi siano ricorrenti, ad esempio l'opposto atteggiamento nei confronti dell'uomo comune e, da un punto di vista epistemologico, nei confronti del senso comune, il peso delle questioni costituzionali oggetto di dibattito muta nel tempo. Poiché in ciascuna delle tre tappe è prevalente l'atteggiamento elitista, si prospetteranno tre manifestazioni di elitismo costituzionale.

La terza parte del libro è dedicata al costituzionalismo popolarista. Si tratta di autori che rivalutano da un punto di vista epistemologico il senso comune e dal punto di vista politico sollecitano la riscossa dell'uomo medio. Sono costituzionalisti, non politologi né tanto meno politici. Anche costoro verranno distinti in quattro categorie che non corrispondono però ad altrettanti periodi storici ma piuttosto a quattro diversi modi di intendere il rapporto fra costituzione ed uomo comune.

Della quarta ed ultima parte di dirà una breve anticipazione nel paragrafo seguente.

5. Oltre l'America?

La maggior parte di queste pagine è dedicata al costituzionalismo americano. Tuttavia l'ambizione è quella di saggiare se le conclusioni raggiunte possano essere estese al di fuori dei confini degli Stati Uniti: anche perché la distinzione fra elitisti e popolaristi potrebbe avere qualche utilità anche al di qua dell'oceano.

Non verrà presentata una teoria del diritto compiuta; e tuttavia la contrapposizione fra una concezione elitista della costituzione ed una concezione popolarista, contrapposizione che in ultima istanza riguarda la scienza giuridica, è preordinata non solo ad illuminare i due volti del diritto, uno tipicamente istituzionale, artificiale e scientifico e l'altro più propriamente sociale, ma anche a segnalare che la storia costituzionale (che è pure storia della teoria costituzionalistica) si contraddistingue, ed è bene che si contraddistingua, *anche* per l'alternanza fra le due posizioni.

Un equilibrio nella scienza giuridica nel cogliere entrambe le componenti del fenomeno giuridico può da un lato migliorare a comprendere la complessità del diritto e dall'altro scongiurare il rischio che un elemento diventi eccessivamente preponderante sull'altro, che cioè si abbia uno spostamento eccessivo o sul versante elitista o su quello popolarista.

La dialettica fra elitismo e popolarismo sembra confermare quella che fu una brillante intuizione di Geny più di un secolo fa: se è vero che nel diritto coesistono una dimensione sociale ed una scientifica, è anche vero che vi sono momenti in cui una

dimensione è più evidente dell'altra, sia al livello di teoria del diritto che della percezione che del diritto hanno i giuristi.

La netta prevalenza delle concezioni elitiste nel panorama costituzionalistico degli stati europei, e soprattutto italiano, potrebbe essere dovuta ad una differenza effettiva del funzionamento delle costituzioni nostrane rispetto a quella americana. È però possibile che la posizione marginale del popolarismo al di qua dell'oceano sia il risultato non solo e non tanto di dati di realtà differenti ma di un diverso atteggiamento della scienza giuridica e della teoria politica sui rapporti fra costituzione e società e dunque fra diritto e società.

È questa possibilità che viene esplorata nelle pagine che seguono.

I

Costituzione ed élite

Sommario

1. Che si intende per élite? – 2. Costituzionalismo moderno e teoria delle élite. – 3. Costituzione e poliarchia. – 4. Prima critica: contraenti non ideali. – 5. Seconda critica: i governanti diventano la nuova élite. – 6. Ruolo delle élite nell'assetto istituzionale: esperti e impermeabilità al cambiamento. – 7. Costituzione e teoria del diritto. – 7.1. Contiguità fra politica e diritto. – 7.2. Costituzione come documento per profani. – 7.3. Costituzione densa e Costituzione sottile

1. Che si intende per élite?

«La teoria delle élite si propone di spiegare scientificamente una delle tendenze indiscutibili della storia umana: il fatto che, in ogni società e in ogni epoca, una frazione numericamente ristretta di persone concentra nelle proprie mani la maggior quantità di risorse esistenti, ricchezza, potere e onori, e s'impone alla quasi totalità della popolazione» (Sola 1993).

Le analisi delle élite seguono percorsi diversi. Se gli studi sociologici prediligono una prospettiva pluralista e sono più che altro volti a verificare se esista o meno congruenza tra le qualità degli individui e le posizioni che essi occupano nella gerarchia sociale, in una prospettiva politologica l'élite è individuata, o almeno lo è stata in passato, come un'entità al singolare e viene identificata generalmente con lo strato superiore, quello cioè che detiene le quote più consistenti di potere economico, ideologico e politico (Sola 1993). In questa seconda prospettiva le dicotomie prevalenti indicano, volta a volta, una contrapposi-

zione tra governanti e governati, tra dirigenti e diretti, tra dominanti e dominati.

La formulazione più classica della teoria è quella di Gaetano Mosca secondo il quale «esaminando l'intimo funzionamento dei regimi democratici, si dimostra come anche in essi perduri la necessità di una minoranza organizzata che, a dispetto delle apparenze e dei principi sui quali legalmente poggia lo Stato, conserva la direzione reale ed effettiva di esso» (Mosca 1939, vol. II, 9). Negli *Elementi* l'autore distingue all'interno delle società politiche due classi di persone, quella dei governanti e l'altra dei governati. «La prima, che è sempre la meno numerosa, adempie a tutte le funzioni politiche, monopolizza il potere e gode i vantaggi che ad esso sono uniti; mentre la seconda, più numerosa, è diretta e regolata dalla prima in modo più o meno legale, ovvero più o meno arbitrario e violento, e ad essa fornisce, almeno apparentemente, i mezzi materiali di sussistenza e quelli che alla vitalità dell'organismo politico sono necessari» (*ibidem*, vol. I, 83-84). È vero che «il malcontento delle masse ... può esercitare una certa influenza sull'indirizzo della classe politica», ma anche quando esso porta «a detronizzare la classe dirigente», «nel seno delle stesse masse [...] deve necessariamente trovarsi un'altra minoranza organizzata, che all'ufficio di detta classe adempisse» (*ibidem*, vol. I, 85). Alla formula della classe politica non si sottrae il regime democratico. «Quando si dice che gli elettori scelgono il loro deputato, si usa una locuzione molto impropria; la verità è che il deputato si fa scegliere dagli elettori, e, se questa frase sembrasse in qualche caso troppo rigida e severa, potremmo temperarla dicendo che i suoi amici lo fanno scegliere. Accade nelle elezioni, come in tutte le altre manifestazioni della vita sociale, che gli individui, che hanno la voglia e soprattutto i mezzi morali, intellettuali e materiali per imporsi agli altri, primeggiano su questi altri e li comandano» (*ibidem*, vol. I, 205-206).

Mosca non si limita a segnalare che anche nelle democrazie i governanti sono la minoranza organizzata, ma distingue le forme di governo in ragione di alcune tendenze, in particolare la tendenza aristocratica e la tendenza democratica (*ibidem*, vol. II, 131-132).

Qui sta la radice della trasformazione della classe politica. Quando non viene travolta da una nuova classe, essa viene co-

munque rinsanguata dagli «elementi più intelligenti che provengono dagli stati inferiori della società» (*ibidem*, vol. II, 135). Mosca, quindi, condivide la tesi di Pareto sulla circolazione delle élite, anzi rivendica di averla anticipata nella *Teoria dei governi e regime parlamentare*: ma preferisce la propria formulazione (classe politica o dirigente) a quella di Pareto (*ibidem*, vol. II, 173)¹.

Max Weber segue Mosca nell'idea che la partecipazione delle masse alla vita politica non comporta il venir meno dell'oligarchia, ma solo il mutamento del meccanismo di selezione delle persone che raggiungono il vertice, mantenendo le qualità necessarie all'effettivo esercizio del potere. La democrazia politica è una conseguenza della democrazia sociale, con la sua promessa di eguaglianza e la naturale implicazione del suffragio universale. Resta pur sempre valido il principio del piccolo numero, «vale a dire la superiore capacità di manovra dei singoli gruppi dirigenti», i quali determinano la politica coinvolgendo gli elettori solo nella misura in cui giudicano necessario il loro sostegno. La massa viene coinvolta nelle iniziative che partono solo dall'alto, mai dal basso: essa si limita a rispondervi. Non è la 'massa' politicamente passiva che genera da sé il capo ma è il capo politico che si acquisisce il seguito e conquista la massa attraverso la demagogia.

Alle dinamiche interne ai partiti politici dedica le proprie analisi Roberto Michels a cui si deve la codificazione della legge ferrea dell'oligarchia che, nella sua formulazione più completa, recita: chi dice democrazia dice organizzazione, chi dice orga-

¹ Il termine élite, secondo Mosca, è fuorviante: perché suggerisce l'idea che la classe dirigente sia formata necessariamente dai migliori. Al tema della composizione della classe dirigente l'autore dedica un paragrafo spiegando che i migliori non possono essere i più buoni o i più benvenuti perché «la bontà, intesa in questo senso, che è poi quello letterale, è una qualità la quale serve molto agli altri e quasi sempre assai poco a coloro che la posseggono» (*ibidem*, vol. II, 171 ss.); ed è comunque in linea di massima incompatibile con «l'ambizione, la volontà decisa di farsi avanti, di primeggiare sui propri simili», qualità che sono essenziali per entrare a far parte della classe politica a continuare a farne parte. Migliori sono i componenti della classe politica nel senso che hanno i «requisiti che li rendono atti a governare i propri simili»: «ciò che non sempre significa che siano gli elementi più elevati intellettualmente e soprattutto moralmente» (*ibidem*, vol. II, 173).

nizzazione dice oligarchia, chi dice democrazia dice oligarchia (Michels 1912). Le ragioni dell'insorgenza dell'oligarchia vengono fatte dipendere da un concorso di elementi che comprendono fattori organizzativi, quali l'ampliamento delle dimensioni organizzative e l'aumento dei compiti; fattori di psicologia individuale, concernenti le qualità vere o presunte dei leader; fattori di psicologia collettiva, che rimandano all'apatia, al misoneismo delle masse e al bisogno che queste avvertono di venerare i capi.

Le leadership sia quelle elettive che quelle burocratiche si trasformano in oligarchie solo quando si instaura una connessione fra competenza, indispensabilità e inamovibilità. Il partito segue logiche guidate da interessi personali o di gruppo spacciati come interessi dell'intera organizzazione. La trasformazione della leadership in oligarchia comporta innanzitutto la chiusura di casta del gruppo dirigente consolidata dal ricorso a pratiche di cooptazione. Ma essa produce altresì due effetti ben più dirompenti e cioè la sostituzione dei fini dell'organizzazione a quelli della popolazione o della massa degli elettori nonché la progressiva deresponsabilizzazione nei confronti degli iscritti o degli elettori, dovuta anche alla crescente differenziazione degli interessi e delle aspettative di costoro. In linea con l'insegnamento di Weber sui rapporti che intercorrono tra processi di razionalizzazione, burocratizzazione e professionalizzazione, Michels presenta i leaders del partito di massa come «burocrati della politica», una «casta di politici di professione».

Nel secondo dopoguerra la teoria delle élite prende una direzione diversa sotto due profili. Innanzitutto, viene superata la connotazione pessimistica che aveva contraddistinto la prima letteratura ed il ruolo delle élite anche nella vita democratica viene rivalutato. In secondo luogo, alla visione dicotomica fra governanti e governati, fra leadership e massa viene sostituita la tesi pluralista della molteplicità di élite in competizione per il potere. Joseph Schumpeter ed Anthony Downs elaborano una teoria economica della democrazia che assimila il funzionamento dei meccanismi politici a quelli economici e all'economia di mercato in particolare. A differenza dei filosofi politici e dei giuristi liberali che affidano la tutela del singolo contro il potere pubblico a meccanismi difensivi e a limiti esterni e interni (separazione dei poteri, responsabilità ministeriale, sinda-