

30 NOVEMBRE 2016

Le teorie proceduraliste della Costituzione

di Fabio Elefante

Professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Le teorie proceduraliste della Costituzione*

di Fabio Elefante

Professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

I. Il costituzionalismo dialogico di Habermas: il procedimento presuntivamente razionale di formazione discorsiva della legislazione democratica come fonte post-metafisica di legittimità del diritto. Il sindacato astratto di legittimità come controllo dei presupposti comunicativi e delle condizioni procedurali della legislazione democratica.

La teoria discorsiva del diritto e della democrazia che Habermas espone in *Fatti e norme*¹ raccoglie in un sistema organico una riflessione partita, molti anni prima, dalla critica al concetto weberiano di razionalità formale del diritto.

In Weber la razionalità del diritto riposa sulle sue proprietà formali (certezza, coerenza e sistematicità dell'universo normativo, astrattezza e universalità della norma, formalizzata e calcolabile applicazione della legge in sede amministrativa e giudiziaria). La credenza nella legalità dell'ordinamento, fondata su un'idea di ragione autonoma, moralmente neutra, intrinseca alla forma del diritto, è fonte di legittimazione del potere esercitato in forme legali: il potere è razionale (e dunque legittimo) in quanto legale². Weber pone così le basi filosofiche di una concezione positivista del diritto³ che può rendersi del tutto indipendente da contenuti morali dati *a priori* o da una legittimazione di tipo tradizionale o carismatico: è diritto ciò che il legislatore statuisce come tale secondo forme e procedure giuridicamente istituzionalizzate. I contenuti morali vivono in una sfera separata e l'aggettivazione con cui Weber li qualifica (materiali), vale a stilizzare il contrasto con una razionalità giuridica meramente formale.

Habermas assiste all'avverarsi della profezia weberiana che il diritto si sarebbe deformalizzato incorporando istanze di giustizia materiale e, "moralizzandosi" avrebbe irrimediabilmente perso la propria interna razionalità. Le tre proprietà formali sulle quali Weber fondava la razionalità del diritto - certezza, universalità semantica e sistematicità - conoscono in effetti un rapido e irreversibile declino. Il

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Napoli, 1996.

² M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln 1964, cap. III, 2, 160 ss.; trad. it. *Economia e società*, Edizioni di comunità, Milano, 1968, vol. I, 210ss.; J. HABERMAS, *Recht und Moral. (Tanner Lectures)*. trad. it. *Morale diritto politica*, Einaudi 1992 (a cura di L.CEPPA), 6-9.

³ S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, Giappichelli, 1994, 159.

carattere universale e astratto della legge è sovente incompatibile con la differenziazione resa necessaria dalle politiche redistributive dello stato sociale e la certezza giuridica, concetto chiave del positivismo giuridico, non alieno da una dose di idealizzazione, si problematizza, non è più fine, ma diventa principio da confrontare caso per caso con principi diversi⁴, commisurandosi con essi in conflitti decisi «a partire «dal punto di vista morale», cioè saggiando la disponibilità dei singoli interessi in conflitto a essere universalizzati»⁵. La stessa natura formale della legge è messa in discussione: l'universalità semantica dell'enunciato normativo, che in una organizzazione economica mercantile era funzionale al perseguimento di interessi privati, con la programmazione degli interventi legislativi a fini di benessere tipica dello Stato sociale non può più essere fonte di legittimazione del potere politico se si sgancia da presupposti morali⁶. Anche la terza proprietà formale del diritto indicata da Weber, l'elaborazione intellettuale di un *corpus* normativo autointeso come sistema, non spiega come la legalità possa generare legittimazione. L'approfondimento scientifico e dottrinale può contribuire a rendere più intelligibile il sistema, può arricchirlo e strutturarne razionalmente, ma non lo può giustificare come «complessivamente plausibile»⁷ (è necessario a tal fine il ricorso a principi esterni al sistema).

Il tentativo di fondare una legittimità sulla legalità in base alle proprietà formali del diritto - questa la diagnosi di Habermas - fallisce per la sottovalutazione weberiana dei contenuti morali intrinseci nel diritto. Weber, dice Habermas, «non ha preso sul serio il formalismo etico»⁸ e, considerando i valori come contenuti non razionalizzabili, dunque «materiali», ha posto le premesse per renderli incompatibili con i caratteri puramente formali del diritto.

Caduto l'assunto weberiano che possa esistere una razionalità autonoma, moralmente indifferente, incorporata nella forma del diritto, Habermas costruisce un meno esigente modello di razionalità giuridica, lontano sia dalle suggestioni delle analisi economicistico-funzionaliste, che hanno destituito il diritto del suo senso normativo, sia da tentativi di fondazione metafisica del sistema normativo. Al centro della riflessione del filosofo francofortese si pone un concetto di razionalità procedurale «di tipo morale-sostanziale»⁹ (sottesa ad un'etica comunicativa), che si istituzionalizza sul piano giuridico nel

⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme...cit.*, 262.

⁵ *Idem*, *Morale...cit.*, 12.

⁶ In contrasto con l'interpretazione funzionalistica weberiana, Habermas (*op. ult. cit.*, 13) ritiene che «l'universalità e astrattezza della legge si giustifica come veramente razionale solo collocandosi nella prospettiva di [siffatti] principi moralmente ricchi di contenuto»; programmi legislativi orientati alla universalità semantica meglio corrispondono al principio dell'eguaglianza formale dinanzi alla legge rispetto a quelli orientati agli scopi, ma questo non basta per affermare che l'eguaglianza di applicazione e di contenuto possa essere soddisfatta solo attraverso la universalità e astrattezza delle leggi.

⁷ *Op.ult.cit.*, 14.

⁸ *Ibidem*.

⁹ S. COSTANTINO, *op.cit.*, 10.

procedimento democratico di formazione della volontà politica. In società pluralistiche altamente complesse che hanno assistito al fragoroso naufragio delle visioni meccaniciste del mondo e che convivono faticosamente con le filosofie post-analitiche, il diritto - questa la riflessione scettica di Habermas - non può ripetere la propria legittimità da una superiore legge morale, né da principi di giustizia validi sul piano della fondazione filosofica, ma materialmente inattuabili, ma solo da un procedimento presuntivamente razionale di formazione discorsiva dell'opinione e della volontà¹⁰.

A differenza di Rawls e di Nozick, Habermas non descrive un sistema ideale, ma rinviene nella prassi comunicativa quotidiana la razionalità "moralmente impegnativa" qualificante il *medium* diritto. Le proprietà formali del diritto, che gli conferiscono interna legittimità, vanno ricercate sul piano della istituzionalizzazione giuridica delle procedure, della regolazione proceduralmente istituzionalizzata di discorsi aperti alle argomentazioni morali. E' la prassi comunicativa quotidiana, che costringe i soggetti facenti uso del comune *medium* linguistico a comportamenti orientati all'intesa, a rivelare un "potenziale di ragione"¹¹. Tale ragione comunicativa, che si istituzionalizza nelle forme della legislazione democratica, permette la penetrazione nel diritto di una morale che si è desostanzializzata, «si è spogliata di tutti i contenuti determinati, sublimandosi in un procedimento di giustificazione valido per possibili contenuti normativi»¹². Una morale - in breve - che ha assunto natura meramente procedurale. In tal modo l'apparente paradosso di una legittimità che si fonda sulla legalità diventa possibile, ma «soltanto nella misura in cui i procedimenti che producono norme giuridiche siano praticati razionalmente *anche* dal punto di vista di una razionalità procedurale di tipo *pratico-morale*». La legittimità della legalità viene ad essere una conseguenza dello «strutturale intrecciarsi di procedimenti giuridici con un'argomentazione morale ubbidiente alla propria specifica razionalità procedurale»¹³.

La ragione pratica del sistema giuridico (e quindi della Costituzione), che le moderne teorie del valore fanno risiedere nei diritti fondamentali, o meglio nella formula riassuntiva della dignità umana, risiede qui in regole discorsive e forme argomentative, nella struttura della comunicazione linguistica.

¹⁰ J.HABERMAS, *Fatti e norme...*, 541, 545 (Postfazione).

¹¹ L.CEPPA, *Postfazione* a J. HABERMAS, *Morale...cit.*

¹² J. HABERMAS, *Morale...cit.*, 36.

¹³ *Op.ult.cit.*, 18.

Illuminata dal principio del discorso¹⁴, la teoria di Habermas rielabora in chiave critica le dottrine costituzionali tradizionali¹⁵ e propone una interpretazione suggestiva del ruolo della giustizia costituzionale.

La polemica habermasiana muove dalla constatazione che considerazioni teleologiche, funzionalistiche e persino sistemiche, specie nel diritto costituzionale, hanno assunto peso prevalente rispetto a ragioni deontologiche e normative, compromettendo la coerenza complessiva del sistema. La sua critica si rivolge innanzitutto nei confronti della interpretazione che la giurisprudenza costituzionale ha dato dei diritti fondamentali. Questi, dalla tradizionale loro configurazione come meri diritti di difesa nei confronti del potere statale (*Abwehrrechte*) si sono oggettivizzati in norme di principio costituenti sistema, interpretate come elementi fondanti l'ordinamento giuridico, condizioni possibilitanti dello stesso. In tal modo il contenuto deontologico dei diritti soggettivi di libertà si è traslitterato nel contenuto teleologico di norme di principio costruttivamente interpretate e la commistione di ragioni normative e ragioni funzionali è diventato carattere costante della giurisprudenza costituzionale, frantumando nella erraticità delle decisioni il bene della certezza giuridica¹⁶.

La posizione di premesse normative assiologicamente “forti” - nota Habermas - è di ostacolo alla universalizzabilità delle decisioni e le operazioni di bilanciamento dei valori alle quali le corti procedono, in assenza di criteri che consentano di disporli in un ordine transitivo¹⁷, si risolvono in operazioni arbitrarie o condotte «in maniera irriflessa (cioè secondo standard e gerarchie convenzionali)»¹⁸. Quello che appare con sempre maggiore chiarezza come il connotato più tipico della attività delle corti, il bilanciamento di beni e valori, toglie quindi alle sentenze il loro senso deontologico e lo sostituisce con una valenza funzionalistico-teleologica che eleva la corte costituzionale a funzioni di concreta

¹⁴ Il principio di discorso: «Sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali» (*Fatti e norme...cit.*, 131), intorno al quale ruota l'etica discorsiva, presuppone la soluzione imparziale e la definizione razionale di questioni pratiche.

¹⁵ Nella prospettiva di ricerca suggerita da Habermas i principi dello stato di diritto e i diritti fondamentali vengono ripensati alla luce del principio di discorso. Così il principio democratico, che ne è l'istituzionalizzazione sul piano politico, deve fissare le condizioni procedurali di una produzione giuridica legittima, regolando le procedure che favoriscono una formazione discorsivamente strutturata della opinione e della volontà, attraverso la mediazione del sistema dei diritti, riconcettualizzato su base discorsiva, che assicura a tutti eguale partecipazione ad un processo di produzione giuridica garantito a sua volta nei presupposti comunicativi (v. *Fatti...cit.*, 135).

¹⁶ J.HABERMAS, *Morale...cit.*, 29: «Neppure il tribunale della corte costituzionale, quando confronta criticamente tra loro valori in conflitto, dispone di criteri che gli consentano di tenere separato il ruolo di principi normativi (come parità di trattamento o dignità dell'uomo) o di rilevanti principi metodologici (come proporzionalità o pertinenza), dal ruolo di imperativi puramente funzionali (come pace aziendale, prontezza d'ingaggio dell'esercito, condizioni di fattibilità ecc.)».

¹⁷ Ordine transitivo di valori (*Transitive Ordnung*) è un ordine che stabilisce una gerarchia di valori *ad hoc* per ciascun caso concreto senza fissare graduatorie stabili (cfr. J.HABERMAS, *Fatti...cit.*, 183).

¹⁸ *Op.ult.cit.*, 308.

elaborazione normativa e di legislazione concorrente, giustificando la preoccupazione di quanti paventano la marginalizzazione del ruolo del Parlamento e la trasformazione del sistema in un “governo dalla legittimità sanzionata per via giudiziaria”¹⁹.

Il bersaglio della critica habermasiana è evidentemente la concettualizzazione della Costituzione come ordine concreto di valori, che si salda con una interpretazione costituzionale orientata ai principi di giustizia materiale (mutati a loro volta dal diritto naturale cristiano o evinti dall'*ethos* socio culturale di una collettività storicamente situata). La *Wertordnungslehre* è criticata per l'estremo soggettivismo del suo essere, in definitiva, mera scelta di valore. L'assoluta elasticità di un riferimento costituzionale inteso come *totalità dinamica*²⁰, a ben vedere, ha del tutto emancipato il giudice costituzionale dalle premesse normative sulle quali, secondo il principio di divisione, dovrebbe fondare le proprie decisioni, consentendogli di autoprogrammarsi. Per Habermas, in definitiva, intendere la costituzione quale ordine concreto di valori equivale a negarne la stessa giuridicità²¹.

Fin qui la *pars destruens*, nella quale le analisi di Habermas sulla incoerenza strutturale dei sistemi costituzionali moderni, sulla inconciliabilità dei contrapposti valori che esse albergano presentano indubbiamente degli elementi di vero. Ma se la prognosi conserva, in linea di massima, una qualche plausibilità, risulta invece scarsamente operativa ed accettabile la diagnosi proposta da Habermas. Egli, in alternativa alla *Wertordnungslehre*, che ha trasformato i diritti fondamentali in valori da realizzare secondo un imperativo di ottimizzazione²², propone di rivalutare le regole comunicative e procedurali della costituzione. Le regolazioni sostanziali, che tanta parte hanno nelle costituzioni moderne, nel

¹⁹ E. DENNINGER, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, ivi v. *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, 174 ss. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a.M., 1991, ivi v. *Grundrechte als Grundsatznormen*, 189 ss. con particolare decisione ha denunciato l'inarrestabile curvatura del sistema verso un dominio delle corti costituzionali, giungendo a conclusioni difficilmente accettabili. La legislazione - riflette Böckenförde - ha perso il suo carattere proprio di fonte originaria di produzione e si è svilita a concretizzazione del diritto, mentre con simmetria rovesciata la giurisdizione ha perso il suo valore puramente dichiarativo per assumere i caratteri della attività creativa, di reale concretizzazione del diritto. La distinzione qualitativa tra legislazione e giurisdizione, che sta alla base della teoria democratica del potere e dello stesso principio di divisione - lamenta Böckenförde - è venuta meno nei fatti. L'unica soluzione è il ritorno ad una concettualizzazione dei diritti fondamentali in senso liberale, come meri *Abwehrrechte*, diritti di difesa immediatamente validi ed esercitabili dal cittadino nei confronti dello Stato: una differente interpretazione dei diritti fondamentali metterebbe a rischio la stessa sostanza democratica dello Stato di diritto, eliminando la differenza qualitativa tra giurisdizione e legislazione.

²⁰ L'espressione è di J.HABERMAS, *Morale...cit.*, 27.

²¹ J.HABERMAS, *Fatti...cit.*, 305. Si noti la siderale distanza di questo assunto dalle premesse della teoria dei valori. Nella elaborazione di A.BALDASSARRE, *La normatività della Costituzione e i suoi nemici*, in Riv. Dir. Cost., 2007, 3, la ragione della superiorità giuridica della costituzione sulla legge è nella struttura di valore delle norme costituzionali; in Habermas il riconoscimento di questa struttura è addirittura incompatibile con il carattere giuridico della costituzione.

²² Secondo la definizione di *Optimierungsgebote* data da R.ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, 75-77.

costituzionalismo dialogico habermasiano non possono assicurare legittimità al diritto, ma contribuiscono al contrario a deformalizzarlo.

Alla base di questa riflessione c'è la consapevolezza che le pretese che si indirizzano nei confronti della costituzione siano semplicemente eccessive. E' illusorio, riflette Habermas, pensare che essa definisca un coerente ordinamento giuridico capace di trasmettere la propria interna razionalità ai contingenti rapporti di vita. Una simile visione accredita l'idea di una Costituzione *totale*, che accampa istanze di qualificazione (e conformazione) di ogni ambito della vita associata e che propone la propria idea di giustizia, o ne confida la concretizzazione all'organo di giustizia costituzionale. Ma questo secondo Habermas è sbagliato. Egli propone quindi un ripensamento dell'idea stessa di costituzione, degli obiettivi e delle ragioni del costituzionalismo rigido e della garanzia della costituzione scritta. Nella prospettiva dialogica, infatti, la Costituzione, pur senza spogliarsi dei suoi contenuti sostanziali, ciò che sarebbe, oltre che illogico, impossibile, viene intesa come *universale procedurale*, in quanto diretta a disciplinare «dei procedimenti politici in base ai quali i cittadini - esercitando il loro diritto di autodeterminazione - possono perseguire in forme cooperative e con speranza di successo il progetto di creare rapporti di vita giusti (il che significa : sempre più giusti)»²³.

Il principio di giustizia, che conferisce legittimità al sistema, non è interno all'universo morale della Costituzione : al contrario, «sono le condizioni procedurali relative alla genesi democratica delle leggi a conferire legittimità al diritto positivo»²⁴.

E' stato ben detto che Habermas proceduralizza, con la teoria del discorso, il criterio di verità.

Per il filosofo francofortese non assumono rilievo in sé le scelte morali o le idee di giustizia, bensì rilevano le forme procedurali di consultazione/partecipazione e di deliberazione, che fondano una presunzione di ragionevolezza delle decisioni, al di là di ogni aspetto contenutistico. Solo la «aspettativa di una qualità ragionevole»²⁵ dei suoi esiti, infatti, può rendere la formazione discorsiva della volontà adatta a fornire prestazioni di integrazione sociale.

La garanzia è qui meramente formale, sganciata da un presupposto sostantivo che definisca aprioristicamente il risultato giusto per individuare poi una procedura atta a conseguirlo. Se le teorie costituzionali dei valori trovano il proprio fondamento filosofico nell'etica materiale e moralmente impegnativa di Scheler e Hartmann, il proceduralismo dialogico di Habermas poggia su un'etica formale. A questo punto, ricavata la legittimità del sistema dalla procedura, non resta che delineare un procedimento che soddisfi le condizioni dell'agire comunicativo. Parafrasando John Rawls potremmo

²³ J.HABERMAS, *op.ult.cit.*, 313.

²⁴ J.HABERMAS, *op.ult.cit.*, 313.

²⁵ *Ibidem*, 359.

dire che Habermas ricostruisce la procedura democratica come modello di giustizia procedurale pura²⁶ perché, senza fornire una definizione aprioristica del risultato, essa fonda la ragionevole presunzione che sia sempre possibile - disponendo di informazioni sufficienti per la soluzione del problema - conseguire un risultato ragionevolmente accettabile, ovvero equo. E' la procedura, in sé equa, a trasferire la propria equità al risultato quando viene portata a termine. Coerentemente con i postulati di una formazione deliberativa della opinione e della volontà, la legittimità delle norme giuridiche si commisura alla ragionevolezza del procedimento democratico della legislazione politica e il controllo di costituzionalità può essere fondato su un canone che Habermas, citando Dewey²⁷, definisce di “ragionevolezza procedurale”.

Se dal livello della fondazione filosofica, della quale non si può negare il fascino, si prova a scendere a quello applicativo, è però difficile tradurre gli orientamenti di principio suggeriti dalla teoria discorsiva in regole d'azione in grado di orientare il giudizio delle Corti, e la riflessione di Habermas che - non deve dimenticarsi - si propone essenzialmente come teoria sociale, mostra delle ambiguità difficilmente superabili. Non è chiaro, in particolare, come il controllo dei presupposti democratici della legislazione debba compiersi. Se esso si fa consistere nella verifica del rispetto delle procedure parlamentari, il sindacato di costituzionalità viene svilito a controllo dei vizi formali delle leggi e smarrisce la sua funzione di legittimazione ed integrazione del sistema (funzione che Habermas non nega²⁸).

Del resto una simile interpretazione sarebbe attendibile solo se Habermas circoscrivesse i circuiti della formazione discorsiva della volontà politica alle aule parlamentari; ma questo è sicuramente escluso. Al contrario lo studioso sostiene, in implicita polemica con Schmitt²⁹, che ci sono circuiti comunicativi ulteriori rispetto al Parlamento ed intreccia la formazione istituzionalizzata della volontà alla informale

²⁶ JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE Feltrinelli, 1984, 86, distingue tre differenti concetti di giustizia procedurale: una giustizia procedurale *perfetta*, nella quale esiste uno standard autonomo per individuare un risultato giusto ed una procedura certa che consente di raggiungere tale risultato; una giustizia procedurale *imperfetta*, in cui la procedura non può garantire il conseguimento di un risultato giusto, ma riduce le possibilità di un risultato ingiusto (l'esempio classico è dato dal processo, in cui l'osservanza di norme giuridiche e forme procedurali riduce, ma non elimina la possibilità di un risultato ingiusto); una giustizia procedurale *pura* in cui non esiste un criterio indipendente per un risultato corretto, ma «esiste [invece] una procedura equa o corretta tale da dare un risultato similmente equo o corretto, qualunque esso sia, a condizione di seguire appropriatamente la procedura»²⁶.

²⁷ J. DEWEY, *The Public and Its Problems*, Chicago, 1954, 207 ss.

²⁸ In *Morale...cit.*, 28-29, Habermas mostra consapevolezza del fatto che una giurisdizione costituzionale orientata ai principi di giustizia materiale bilancia il sempre possibile “positivismo dello scopo” e “positivismo del potere” delle maggioranze parlamentari, ma, aggiunge che essa deformalizza il diritto, introducendo in esso spinte irrazionali.

²⁹ C. SCHMITT nella *Verfassungslehre* (415-6). Habermas lo critica a p. 220 di *Fatti...cit.*

formazione dell'opinione che si realizza in sfere pubbliche culturalmente mobilitate³⁰. Dobbiamo supporre allora che il controllo della “ragionevolezza procedurale” delle leggi non si esaurisca nell'esame delle fasi di istituzionalizzazione giuridica della comunicazione, ma assuma piuttosto la forma di una analisi a largo spettro sulle condizioni generali della legislazione democratica e sulla “istruttoria” della legge, per vedere se essa abbia incorporato nel suo procedimento di formazione tutte le condizioni comunicative che si considerano necessarie per fondare legittimamente il diritto. In questa prospettiva deve verificarsi se tutti i gruppi potenzialmente interessati al provvedimento sono stati coinvolti nel processo decisionale; se tutti i partecipanti dispongono di informazioni sufficienti a formarsi un'idea ponderata dei temi in discussione e degli interessi da bilanciare; se le prassi comunicative sono aliene da condizionamenti e da costrizioni esterne, che determinino la prevalenza di considerazioni tattiche o strategiche sulla argomentazione razionale, cioè sull'agire comunicativo; se esistano condizionamenti interni tali da alterare il paritario rango di tutti i partecipanti alla discussione³¹. Ma ancora prima occorre chiedersi se esistono le condizioni “di sistema” per la formazione di una opinione pubblica non manipolata: la fruizione di diritti partecipativi, di espressione del pensiero, di associazione, di riunione, la libertà della stampa, la presenza di un libero mercato della informazione, etc. Un controllo di costituzionalità così congegnato, ognuno lo intende, sfocia in una analisi (non giuridica, ma) economica e sociale e porta alla luce la interna contraddizione della concezione proceduralista del giudizio costituzionale: il circuito della comunicazione politica, che interagisce con i meccanismi istituzionalizzati di formazione della volontà e costituisce il presupposto di un diritto legittimo non è riducibile a mera procedura, ma postula come condizioni possibilitanti una gamma di diritti (di partecipazione politica, di associazione, di espressione del pensiero, di riunione, di *privacy*) che devono essere riconosciuti a tutti perché una formazione democratica delle decisioni si renda possibile.

Naufraga così il tentativo habermasiano di ridurre il potere politico delle corti costituzionali riservando al legislatore lo sviluppo teleologicamente orientato del sistema dei diritti e configurando il controllo di costituzionalità come mera verifica della genesi democratica delle leggi. Il sindacato sui presupposti comunicativi della legislazione implica infatti la concettualizzazione e l'elaborazione dinamica da parte della corte dei diritti che ne rappresentano le precondizioni e della stessa idea di processo democratico,

³⁰ In *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Lutherhand Verlag, Neuwied 1962, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza 1971, affrontando uno dei temi cari alla scuola francofortese, dalla quale non aveva ancora maturato il suo distacco critico, Habermas cercherà di capire come un pubblico manipolato dai media possa promuovere processi critici di comunicazione pubblica.

³¹ Una procedura ideale (perché neutrale) di consultazione e deliberazione che dovrebbe trovare applicazione nelle istituzioni sociali è descritta da J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimation*, in A. HAMLIN - B. PETTIT, a cura di , *The Good Polity*, Oxford 1989, 17 ss. . Cfr. anche R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Ed. riuniti, 1990, 165 ss. ove l'A. descrive i cinque criteri del processo democratico ideale.

che comporta la soluzione di una serie di questioni niente affatto neutre rispetto al valore (come meglio si vedrà illustrando le teorie proceduraliste sviluppatesi nel costituzionalismo americano). Le ragioni funzionalistico-teleologiche che Habermas aveva cercato di tenere al di fuori dell'argomentazione giudiziaria negando la sostanzializzazione dei diritti soggettivi in imperativi di ottimizzazione³² si ripropongono ora nel giudizio costituzionale come contenuti impliciti alle condizioni procedurali (non formalisticamente interpretate) della legislazione democratica. Così, proprio mentre si apre ad orizzonti meno angusti del mero controllo dei vizi formali, il sindacato di costituzionalità prefigurato da Habermas si scopre non troppo dissimile dalla giurisprudenza dei valori, da lui aspramente criticata.

1.2 . Le teorie proceduraliste della costituzione nel dibattito statunitense. John Hart Ely: la corte come autorità antitrust nel libero mercato delle idee. Cass Richard Sunstein: il requisito di analisi ragionevole delle leggi (reasoned analysis requirement) nell'ottica deliberativa. Le varianti "repubblicane" del proceduralismo elyano: Frank Michelman e la politica "jurisgenerative"; Bruce Ackerman e la corte come rappresentante del potere costituente del popolo negli intervalli in cui questo è quiescente.

La fortuna del costituzionalismo dialogico è legata essenzialmente al nome di John Hart Ely, anche se teorie proceduraliste del diritto sono riconducibili a studiosi di formazione diversa: costituzionalisti come Cass Richard Sunstein e Frank Michelman, politologi come Joshua Cohen, sociologi del diritto come Bruce Ackerman, a testimonianza della fecondità culturale di una tale impostazione teorica.

Nella sua opera capitale, *Democracy and Distrust*³³ Ely muove dall'assunto che il fine essenziale della costituzione americana è la soluzione di problemi organizzativi e procedurali: ciò che realmente la caratterizza non è una ideologia costituzionale, ma la scelta di un processo di formazione delle decisioni pubbliche³⁴ che garantisce risultati corretti ed equi. Anche se non si può negare che esistano previsioni di tipo sostanziale, le fondamentali regole intorno alle quali si articola il sistema costituzionale americano, quelle che realmente lo caratterizzano e ne definiscono l'ossatura, sono disposizioni di tipo processuale: *Due Process Clause, Equal Protection Clause, Privileges and Immunities Clause*. I diritti e le libertà che la costituzione riconosce - continua Ely - non trovano protezione nella loro qualificazione come beni o valori sostanziali, ma nell'inserimento in un contesto di procedure tali, se rispettate, da assicurare la loro

³² Negli Stati Uniti la contrapposizione teorica tra coloro che intendono i diritti fondamentali come principi giuridici e coloro che li intendono come orientamenti di valore è netta (per la prima posizione v. P.BREST, *The Fundamental Rights Controversy*, in *Yale Law Journal*, XC, 1981, 1063 ; per la seconda J.H.ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Ma, 1980 e M.J.PERRY, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, 152 ss.).

³³ v. *supra*, nota 31.

³⁴ *Op. cit.*, 101.

naturale, *inevitabile* garanzia³⁵. Su un piano più generale, non limitato alla esperienza statunitense, una costituzione che voglia assicurarsi un orizzonte temporale lontano - riflette Ely - non deve disciplinare ed imporre fini e risultati legittimi, ma legittimi processi. Solo deideologizzandosi, neutralizzandosi rispetto ai valori, può adattarsi senza traumi al mutare delle aspettative che su di essa si esercitano.

Anche in Ely, come in Habermas, la riflessione giuridica muove da una considerazione scettica sul piano della teoria sociale, ovvero che nelle moderne società pluraliste non sia possibile individuare una gamma di valori universalmente condivisi.

Una tale concettualizzazione della costituzione, che ne valorizza le norme organizzative e procedurali e le regolamentazioni formali, si riflette ovviamente sui caratteri del giudizio di costituzionalità. L'ottica *process-oriented* muove dall'assunto che nelle moderne società pluraliste non sia possibile individuare una gamma di valori condivisi che assicurino una base "non manipolabile"³⁶ al controllo giudiziario delle leggi. Ely polemizza dunque con tutti quegli autori che affidano alla Corte l'interpretazione e la elaborazione di valori³⁷, di volta in volta ricercati nella tradizione, nella morale convenzionale, nel diritto naturale, nell'idea di progresso, nei principi di giustizia, perché essi o pongono limiti puramente formali e facilmente rimovibili alla attività delle corti, o si presentano con caratteri di astrazione tali da rendersi incompatibili con la realtà concreta³⁸. La giurisdizione costituzionale si legittima solo se assicura la preservazione delle

³⁵ Può sorgere il dubbio - che lo stesso Autore confessa onestamente di avere avuto (*op.cit.*, 102 in nota) - che la prospettiva proceduralista offra minore garanzie di salvaguardia delle libertà civili, che sarebbero meno protette, si dice, di quanto accadrebbe se esse fossero considerati "beni" o valori sostanziali. Ely replica che la tutela dei diritti individuali non passa necessariamente attraverso il loro riconoscimento come valori sostanziali: «è vero esattamente il contrario, che le libertà sono più sicure nella misura in cui esse trovano il loro fondamento nella teoria che è alla base del nostro sistema, piuttosto che ottenere protezione perché il giudice che decide il caso pensa che esse siano importanti», trad. nostra di: «just the opposite is true, that freedoms are more secure to the extent that they find foundation in the theory that supports our entire government, rather than gaining protection because the judge deciding the case thinks they're important».

³⁶M. TUSHNET, *Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory*, Yale Law Journal, LXXXIX, 1980,

³⁷ Per limitarci alla dottrina statunitense, si possono ricordare A.M.BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, II ed., Yale University Press, New Haven and London, 1986; M.J.PERRY, *The Constitution, the Courts and Human Rights*, Yale University Press, New Haven and London, 1982; O.FISS, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988 per la dottrina americana

³⁸Se segue i canoni tradizionali della interpretazione e dell'analisi giuridica e si lega troppo strettamente ai valori della tradizione, dai quali il giudice non dovrebbe discostarsi quando non vi siano motivate ragioni per l'innovazione, osserva ELY, *op.cit.*, 60, la giurisprudenza si riduce ad una acritica difesa dello *status quo*, del tutto incomprensibile in società a forte mobilità sociale e culturale. Inoltre il riferimento alla tradizione lascia eccessivo spazio alla manipolazione giudiziaria, perché questa non si presenta mai con caratteri di univocità ed è antidemocratico (62) imponendo sulle maggioranze future le scelte di maggioranze passate. Anche l'applicazione da parte delle corti della morale convenzionale, è criticata sul piano teorico perché gli elementi della moralità comune possono essere sintetizzati e ricostruiti solo ad un livello di astrazione tale da renderli inservibili come limite oggettivo, cioè non manipolabile del controllo giudiziario delle leggi (69). Porre nei principi di giustizia la guida ed il limite esterno del giudizio di costituzionalità è d'altro canto infruttuoso. Posto che principi di giustizia

condizioni procedurali della produzione normativa, “le condizioni legittimanti di una politica deliberativa”³⁹.

Sul piano concettuale il contrasto tra le dottrine costituzionali *value-oriented* e il proceduralismo elyano è plasticamente rappresentato da una differente comprensione del ruolo del processo politico.

Le prime si richiamano al liberalismo pluralista, che assimila il processo politico al mercato, nel quale ciascuno agisce cercando di massimizzare i propri interessi, e fa della mediazione pragmatica il proprio modulo procedimentale. In queste condizioni l'unico possibile accordo si realizza su base aggregativa, è un rawlsiano “consenso per intersezione”⁴⁰, mera risultante geometrica dello scontro di posizioni fatte valere da attori orientati all'interesse egoistico. Una validazione discorsiva della costituzione in un simile scenario non è immaginabile: l'unica possibile validazione può avvenire sul piano di un metafisico appello alla ragione, a valori meta-etici, alla legge naturale od affidando ad un utopico “velo di ignoranza”⁴¹ la rimozione del pregiudizio individuale che rende possibile il patto sociale.

Detto in termini più concreti, la legittimazione della costituzione deriva dalla posizione di valori ultraegoistici, tendenzialmente permanenti della collettività perché rinviati a posizioni e stati d'essere essenziali dell'uomo, alla sua più intima dignità. L'appello alla ragione assume il significato concreto della fondazione del sistema sui diritti fondamentali dell'uomo, del singolo, che rappresentano la “ragione pratica” del sistema. La politica, processo di volontà e non di ragione, deve trovare nella “ragione pratica” espressa dalla costituzione, gli interessi generali e permanenti verso i quali dirigere la propria azione e con essi il limite immanente alla propria libertà. Il pluralismo, che abbandonato a se stesso avrebbe esiti destabilizzanti o addirittura distruttivi per il sistema, va ingabbiato e arginato.

Al contrario il proceduralismo elyano (anche nelle varianti più marcatamente “repubblicane” di Michelman e Ackerman), scommette sulla possibilità di trattazione dialogica, nel processo politico, di questioni di interesse e controversie di valore, crede che attraverso l'uso discorsivo dei diritti di

oggettivabili e condivisi esistono solo sul piano della fondazione filosofica, e non certo sul piano politico, il richiamo alla giustizia suona come appello alle preferenze personali dei giudici e rende impossibile un giudizio di costituzionalità alieno da valutazioni di valore. Le teorie che affidano la concretizzazione delle ampie formule costituzionali allo sviluppo di una idea di progresso (all'idea di “prophecy” allude M.J.PERRY, *Human Rights...*, 98-99) da parte delle corti, d'altro canto, non sono coerenti con i postulati del sistema democratico: un “acceleratore liberale” e un “freno conservatore” - riflette Ely - sono entrambi antidemocratici, perché quando alla corte si assegna una funzione predittiva, questa impone sulle maggioranze attuali il volere di una presunta maggioranza futura e inevitabilmente condiziona e anzi determina gli sviluppi della opinione pubblica. «Così prevedendo il futuro i giudici saranno inevitabilmente aiutati a darvi forma, e dando forma al futuro, essi inevitabilmente...dirigeranno il presente» (trad. nostra di p. 70 *Democracy and Distrust*: «Thus by predicting the future the justices will unavoidably help shape it, and by shaping the future they will unavoidably...shape the present»).

³⁹ J HABERMAS, *Fatti...cit.*, 317.

⁴⁰ J. RAWLS, *op. cit.*

⁴¹ *Idem*,

autodeterminazione politica dei cittadini possa realizzarsi un accordo sintetico e non meramente aggregativo delle posizioni individuali. Nella prospettiva *process based*⁴² la formazione dell'opinione e della volontà politica non riprende le strutture tipiche del mercato, ma valorizza le condizioni discorsive del processo politico e legislativo e obbedisce alle logiche di una comunicazione pubblica orientata all'intesa⁴³. La politica - riassume Habermas con sintesi epigrammatica - è qui processo di ragione e non di pura volontà, sintesi e non mera ricomposizione e sommatoria di interessi parziali⁴⁴.

Se il ruolo della giustizia costituzionale sempre più somiglia a quello di un giudice della ragione delle leggi, che accerta che le determinazioni del processo politico si siano svolte con esiti ragionevoli, e ciò sull'assunto che la ragione non sia contenuto implicito del procedimento di formazione del diritto e che sia per questo compito del giudizio costituzionale operare per la costante promozione e implementazione nel sistema dei valori costituzionali, la valorizzazione discorsiva del processo politico ispira invece una interpretazione restrittiva del ruolo della giustizia costituzionale, anzi l'idea di un processo costituzionale come momento di elaborazione e implementazione nel sistema di valori sostanziali è considerata estranea ad un sistema di democrazia rappresentativa autenticamente inteso.

Le scelte di valore competono ai rappresentanti, che sono politicamente responsabili dinanzi agli elettori e la corte Suprema, per parte sua, deve limitarsi a rendere fluidi i circuiti della comunicazione politica integrando e attraendo al processo democratico i gruppi sociali minoritari, le aree di interesse non adeguatamente rappresentate, i soggetti comunque discriminati o estromessi dai processi di formazione dell'opinione; deve rimuovere gli ostacoli "formali o funzionali"⁴⁵ alla piena partecipazione politica, agendo come istanza di correzione del cattivo funzionamento del *marketplace of ideas*. Come un'autorità antitrust - ricorda Ely - deve agire sul piano tecnico per correggere disfunzioni del mercato e non già provare a dirigerlo o pianificarlo, così la Corte deve intervenire nella dinamica politico-normativa non già ad imporre la sua "morale", ma solo quando si sia di fronte ad «inceppamento del sistema democratico»⁴⁶, ad es. per la presenza di atteggiamenti discriminatori della maggioranza nei confronti della minoranza.

L'efficace metafora della corte come autorità antitrust non deve fuorviare. Ely, lo si è già detto ma è forse opportuno ripeterlo, non vuole accreditare una idea della politica che riproduce i meccanismi propri della economia di mercato. Più semplicemente vuole indicare con l'evidenza di un esempio il modello di neutralità al quale la corte dovrebbe ispirarsi nella propria azione. Come la autorità antitrust non orienta

⁴² Secondo la formula con la quale Laurence TRIBE, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, Yale Law Journal, LXXXIX, 1980, 1063, ha definito la teoria elyana e quelle che ad essa si riferiscono.

⁴³ J.HABERMAS, *Fatti...cit.*

⁴⁴ J HABERMAS, *op. ult. cit.*, 324 ; F. MICHELMAN, *Bringing the Law to Life*, Cornell Law Review, LXXIV, 1989, 257.

⁴⁵ M.TUSHNET, *op. cit.*, 1045.

⁴⁶ J.H.ELY, *op. cit.*, 100.

gli sviluppi né condiziona le logiche del mercato pur preservandone la complessiva funzionalità - questo l'ammonimento di Ely - così una corte che si ponga a custode della democrazia deliberativa dovrà restare neutrale rispetto alla direzione che il processo politico imprime alla attuazione dei principi costituzionali, intervenendo solo quando sia compromesso quel fondamentale e riassuntivo valore, il processo democratico, che tutti gli altri condiziona e rende possibili. Continuando nella metafora, l'autorità antitrust non potrà valutare la complessiva allocazione delle risorse nel mercato in termini di giustizia o di equità, ma solo preservare la "condizione procedurale" (la libera competizione) che determina una allocazione presuntivamente giusta; in misura analoga i risultati del processo politico non potranno essere valutati dalla corte sul piano della desiderabilità morale o della conformità ai valori, perché la corte dovrà soltanto assicurare il funzionamento della democrazia rappresentativa che questi valori sviluppa ed elabora⁴⁷.

La proposta elyana - come è stato rilevato da uno dei più autorevoli studiosi americani, Laurence Tribe - può risultare attraente per il giudice costituzionale perché sembra sgravarne le logiche argomentative da considerazioni impegnative sul piano etico e da valutazioni di giustizia. In effetti, nelle intenzioni di Ely, una corte che si accrediti come pura e semplice custode dei meccanismi di formazione della volontà politica potrebbe depurare le proprie decisioni da considerazioni teleologiche o funzionalistiche, che ne mettono costantemente in gioco la legittimazione acutizzando il contrasto con le istituzioni rappresentative. Ad una più accurata analisi, tuttavia, il proceduralismo elyano si mostra incapace di corrispondere all'intento di relativizzare il ruolo della giustizia costituzionale e la stessa impostazione teorica mostra non lievi contraddizioni interne.

Se è già seriamente contestabile che la costituzione americana abbia a che fare con regolazioni essenzialmente processuali⁴⁸ - come sostiene Ely - è ben più decisivo, e generale, il rilievo che le stesse norme processuali se non hanno solide e profonde "radici sostanziali"⁴⁹, rimangono vuote formule se non sono riempite di contenuto attraverso il riferimento a scelte di valore. In effetti le regole "participational", che definiscono la struttura comunicazionale della formazione politica della volontà possono essere considerate assiologicamente neutre⁵⁰ solo a prezzo di una drastica semplificazione dei fenomeni. Concetti come partecipazione e rappresentanza non hanno una dimensione meramente processuale ed una corte che sia chiamata a giudicare la legislazione sulla base di questi parametri non

⁴⁷ *Idem*, 103.

⁴⁸ L'esempio del XIV Emendamento sulla segregazione razziale è troppo clamoroso per essere banalizzato, come fa Ely.

⁴⁹ L.H. TRIBE, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, Yale Law Journal, LXXXIX, 1980, 1067.

⁵⁰ *Idem*, 1068.

potrà fare a meno di concettualizzarli, ricavandoli dalla *propria* idea di democrazia deliberativa, ovvero da una idea che ancora una volta presuppone risolte una serie di questioni non adiafore rispetto al valore. Lo stesso diritto di voto, che può apparire l'esemplificazione paradigmatica delle regolazioni processuali, tocca la sostanzialissima questione delle dimensioni della comunità politica. C'è insomma una sottile ironia - è stato detto - nelle teorie proceduraliste: infatti «chi ritiene che il diritto costituzionale dovrebbe mirare principalmente a perfezionare il processo è apparentemente incapace di considerare il processo stesso come valore. Perché vedere nello stesso processo un valore - come è in effetti - significa vedere come la costituzione sia inevitabilmente sostanziale»⁵¹. Riassumendo, nella sua pretesa di far intervenire il processo costituzionale solo per rilevare e correggere le disfunzioni del sistema democratico, lasciando al processo politico la soluzione di inevitabilmente controverse questioni di valore, la teoria procedurale di Ely, oltre a cadere in un evidente vizio logico (paralogismo ?), svilisce il significato della costituzione, banalizzando il senso e la funzione dei principi sostanziali⁵².

Anche il modello di giudizio proposto da Ely, come ha mostrato Mark Tushnet⁵³ si rivela praticamente inservibile. Un tale modello presuppone che ogni regolazione legislativa possa essere valutata secondo una dicotomica distinzione tra “*we*”, ovvero i legislatori ed i soggetti pienamente rappresentati nel processo politico e “*them*”, quelli che non lo sono o che risultano sistematicamente sconfitti nella lotta politica. Ponendosi nell’ottica del legislatore (*we*) la corte dovrebbe scoprire se la regolazione legislativa è stata adottata senza adeguata considerazione degli interessi e delle aspettative di “loro” (*them*), cioè di tutti i gruppi, le categorie, le “classi” che non hanno rappresentanza in parlamento. E’ troppo facile obiezione che nella quasi totalità dei casi maggioranza delle leggi e maggioranza parlamentare tendono a non coincidere, specie su questioni che non hanno grande rilievo politico, sicché le maggioranze che si formano su singole questioni rappresentano spesso una somma di minoranze. La separazione manichea tra maggioranza e opposizione che Ely suppone, dunque, nella prassi politico parlamentare non è mai troppo netta. Inoltre spesso l'appartenenza a un gruppo o all'altro è legata a fattori diversi che si intrecciano impedendo l'individuazione certa del gruppo dei soggetti avvantaggiati e di quello dei soggetti svantaggiati dalla legge. Nel caso *Califano v. Westcott*⁵⁴ la Corte Suprema annullò una legge federale che prevedeva un sussidio per le famiglie nelle quali il padre, attualmente disoccupato, era la principale fonte di reddito, ma non per quelle famiglie nelle quali la principale fonte di reddito fosse la madre. In questo

⁵¹ *Idem*, 1071. Traduzione nostra del seguente testo : « One who holds that constitutional law should aim chiefly to perfect process is apparently unable to treat the process as *itself* valuable. For, to see why process should itself be valuable - intrinsically so - is to see why the Constitution is inevitably substantive».

⁵² B.A.ACKERMAN, *The Storrs Lectures : Discovering the Constitution*, Yale Law Journal, XCIII, 1984, 1046-1048, Tribe, 1079-1080.

⁵³ *Op. cit.*, 1053-1054.

⁵⁴ 443 U.S. 76, 1979

caso, considerando come base della classificazione legislativa il sesso, la classe dei rappresentanti nel Congresso, nella straripante maggioranza maschile, poteva rappresentarsi in termini di alterità rispetto alla classe svantaggiata delle donne (*we-they*) ; ma guardando alla legislazione come differenziante tra loro classi di potenziali percettori di sussidi statali, la stessa legge sarebbe stata ricostruita in termini di “*they-they*” e non di alterità “*we-they*”, perché i parlamentari che approvavano la legge non appartenevano e non rappresentavano direttamente nessuno dei due gruppi oggetto di disciplina.

Cass Richard Sunstein riprende molte delle suggestioni elyane ed apprezza il tentativo da questi compiuto di reagire alla traslazione di potere politico dalle istituzioni rappresentative alle corti, ma contesta la fondamentale premessa della teoria di Ely: la “neutralità” dei principi procedurali. In realtà, riflette Sunstein, l’interpretazione costituzionale non può avvenire senza far ricorso a principi esterni al testo e questi comportano sempre scelte di valore e considerazioni morali⁵⁵. Non si deve però per questo giungere alle conclusioni scettiche delle scuole convenzionaliste e decostruttive⁵⁶ che connotano l’ermeneusi come attività assolutamente creativa ed inevitabilmente arbitraria e non distinguono la retorica dalla argomentazione razionale; occorre al contrario elaborare costruttivamente dei principi interpretativi che ne riducano il margine di indeterminatezza e consentano la trattazione razionale (e non politica) delle questioni di interpretazione. Tali principi (che Sunstein definisce *background principles*) sono ricavati dalla idea di democrazia deliberativa, che definisce il ruolo della giustizia costituzionale e ne orienta l’attività.

La corte immaginata da Sunstein non si pone in antagonismo con il processo politico, non cerca di imporre ad esso le proprie scelte di valore. Ne rispetta invece le scelte allocative generali (soggette ad un controllo morbido, fondato sulla presunzione di ragionevolezza della legislazione in materia economico sociale), e dunque è molto prudente nel farsi promotrice di riforme sociali e nell’affermare e riconoscere diritti positivi non previsti in costituzione. Essa si limita a rafforzare e correggere il processo democratico⁵⁷, e ad evitarne le degenerazioni in un incontrollato «majoritarianism»⁵⁸, contrastando i tentativi della maggioranza di ridurre o eliminare le condizioni sostanziali e procedurali di una prassi politica deliberativa. Elevata a questa funzione di salvaguardia del sistema, la corte sunsteiniana può praticare un sindacato aggressivo sulla legislazione che limita o restringe diritti essenziali per il corretto funzionamento dei processi deliberativo-discorsivi, (come l’espressione, la riunione, l’associazione, il

⁵⁵ C.R.SUNSTEIN, *The partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma, 1993, 101.

⁵⁶ A. HUTCHINSON, *Reading Rorty Radically*, Harvard Law Review, 1989 ; A. COOK, *Beyond Critical Legal Studies*, Harvard Law Review, CIII, 1990 ;

⁵⁷ Ely parlava del judicial review come attività *representation reinforcing*.

⁵⁸ C.R. SUNSTEIN, *op. ult. cit.*, 142.

voto) e sulla legislazione che non risponde ad una formazione discorsiva della volontà popolare, perché non ha garantito eguale considerazione a tutti gli interessi e le forze sociali implicati nella disciplina legislativa⁵⁹. Questo test di ragionevolezza delle leggi, definito “requisito di analisi ragionevole”, (*reasoned analysis requirement*)⁶⁰ mira a verificare se la legge risponde ad una formazione dialogica o se al contrario ha incorporato istanze private o particolari non sottoposte al vaglio dei circuiti argomentativo-deliberativi democraticamente strutturati. L’attenzione si concentra qui sugli elementi procedural-discorsivi della legge per accertare se nel procedimento di formazione della volontà legislativa è stata assicurata la considerazione di tutti i potenziali interessati o se al contrario la legge risulta la mera trasposizione formale degli interessi più forti.

Una tale attività potrebbe essere svolta dalla Corte, secondo Sunstein, attraverso il sindacato sui motivi della legislazione, indicati esplicitamente nella legge (magari in un preambolo)⁶¹. Verosimilmente la corte dovrebbe valutare se le ragioni addotte a sostegno del provvedimento adottato siano sottoponibili o meno ai circuiti della pubblicità, se cioè siano pubblicamente sostenibili e giustificabili oppure no. Ma non è difficile immaginare che anche leggi meramente riproduttive e ricettive degli interessi di *lobbies* potrebbero trovare *ex post* una “nobile” giustificazione in ragioni oggettive e di interesse generale. Sunstein è ben consapevole di questo problema, ma replica osservando che, nei confronti dell’elettorato, altro è dire che una scelta legislativa è effetto secondario di programmi altrimenti motivati, altro che essa realizza il fine indicato in origine attraverso un processo discorsivo⁶². Lasciando da parte le indubbie (se non insuperabili) difficoltà pratiche con le quali si confronta un controllo sui motivi, la replica di Sunstein presuppone una sensibilità politica e una attenzione dei cittadini alle vicende della legislazione che paiono frutto di una idealizzazione della partecipazione democratica e per questo non sembra cogliere nel segno. Oltre a Sunstein, che in fondo non si discosta molto dalla impostazione di Ely, la proposta proceduralista è stata riletta da Frank Michelman e Bruce Ackerman alla luce di un’idea della politica che assegna funzione centrale al concetto di autodeterminazione. In questa ottica, che nel dibattito costituzionale statunitense è stata definita “repubblicana”, la libertà è intesa, nel suo senso più vero, come autodeterminazione politica, coinvolgimento attivo in una prassi comunicativa che impegna l’autonomia

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Ma, 1990, 164, 170 ; v. anche dello stesso autore *Interest Groups in American Public Law*, Stanford Law Review, XXXVIII, 1985, 59 ; *Political self-interest in Constitutional law*, in *Beyond self-interest in Constitutional Law*, Chicago-London, 1990, 209 ss.

⁶¹ J.H.ELY, *op.cit.*, 128-129 denuncia la sostanziale inutilità di un controllo sui motivi, dato che la loro esplicitazione, inevitabilmente vaga, non porterebbe alla luce interessi e ragioni diverse da quelle già intuibili ad una lettura poco più che superficiale della legge.

⁶² C.R. SUNSTEIN, *Interest Groups...cit.*, 59.

privata del cittadino insieme con quella pubblica in un processo di autogoverno «tanto cognitivo quanto volizionale»⁶³ che è compito della costituzione favorire e sviluppare.

Michelman⁶⁴ è persuaso che la tradizione democratica sia percorsa da due principi che danno sostanza alla libertà politica: il principio dell'autogoverno popolare (*self-government, self-rule*), per il quale una collettività può dirsi politicamente libera se ed in quanto si autogoverna; e quello della impersonalità del dominio, per il quale la protezione contro l'esercizio arbitrario del potere deve essere affidata alle leggi (*law-rule*). In questa accezione, governo degli uomini e governo delle leggi, pur esprimendo lo sviluppo istituzionale della medesima idea di libertà, si sono tradizionalmente posti tra loro in contraddizione. Nella prospettiva proceduralista "repubblicana" Michelman ritiene di poterli armonizzare, anzi di poterli identificare del tutto⁶⁵, grazie ad una prassi politica *jurisgenerative*⁶⁶: un processo nel quale gli uomini, riconoscendosi parte di una comune tradizione giuridico-politica, sono attivamente impegnati nella discussione e nel dialogo democratico disponendosi alla continua riformulazione dialogica delle prepolitiche convinzioni individuali (riformulazione che non è avvertita come qualcosa di coercitivo o di limitante la loro libertà e identità). In questo modo, autodeterminandosi e dunque esercitando attivamente le libertà delle quali sono titolari nominali, i cittadini possono considerare le leggi come *self-given*, cioè come espressione e mezzo dell'autogoverno popolare. Michelman, in una parola, crede nella possibilità di realizzare nel processo politico un consenso di natura non meramente aggregativa⁶⁷ e su queste basi propone una rilettura dialogica, discorsiva, critica della pratica giudiziaria e della politica. Consapevole del fatto che «la forma legale del pluralismo è l'indeterminatezza»⁶⁸, e che tale indeterminatezza è ad un tempo limite e risorsa del sistema, perché costringe ad una discussione continua che è la condizione prima del rinnovamento, Michelman affida alla corte suprema un ruolo decisivo nel preservare le condizioni di questo processo dialogico. La corte deve assicurare la costante inclusione delle minoranze, dei gruppi sociali, delle aree di interesse nei circuiti della formazione politica della volontà, contrastando la naturale tendenza di una società che si confronta con le diversità del pluralismo ad autointerpretarsi come ordine chiuso ed a determinare così, con l'esclusione di pochi, il fallimento di tutti⁶⁹.

⁶³ F. MICHELMAN, *The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government*, HLR, C, 1986, 73

⁶⁴ F.I. MICHELMAN, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*, Florida Law Review, XLI, 1989, 443-490 e *Political Truth and the Rule of Law*, Tel Aviv University Studies in Law, VIII, 1988, 283.

⁶⁵ F. MICHELMAN, *Law's Republic*, Yale Law Journal, XCVII, 1988, 1503.

⁶⁶ Michelman mutua questo termine da R.M. COVER, *The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HLR, 1983, 4-19.

⁶⁷ Non è a tal fine necessario, chiarisce l'autore, che tutti abbandonino le loro originarie posizioni, potendosi dare il caso che essi giungano ad un punto più elevato, perché arricchito del confronto dialogico, delle stesse idee di partenza.

⁶⁸ F. MICHELMAN, *Op. cit.*, 1531.

⁶⁹ Nelle parole dell'autore: «La corte deve aiutare a proteggere lo stato repubblicano - ovvero i cittadini politicamente impegnati - dal cadere in una politica di autodominio. Essa combatte la tendenza della "gente" a

L'attenzione e la sensibilità di Michelman per lo sviluppo del processo democratico in sistemi a forte pluralismo sociale e culturale sembra fargli perdere di vista che l'idea di politica *jurisgenerative* che sta alla base della sua teoria e che la corte dovrebbe custodire è fortemente antipluralista. La disposizione del cittadino al dialogo ed al confronto dialettico presuppone infatti la condivisione di una comune tradizione giuridica, di un comune passato, che si identifica, in fondo, con i principi del liberalismo politico, e questo segna già una limitazione forte rispetto a tutti coloro che a quel passato non appartengono o che vogliono mettere in discussione l'orientamento tendenzialmente liberale del sistema. L'integrazione e l'apertura del processo democratico è dunque, in Michelman, solo una illusione ottica, perché il consenso sociale è un dato di partenza, una preconditione del sistema e non il frutto della continua integrazione e sintesi di *Weltanschauungen* diverse. Lo stesso limite, come vedremo, penalizza la teoria costituzionale di Bruce Ackerman, che, partendo da premesse dialogico discorsive simili a quelle di Michelman, giunge a conclusioni molto distanti da questo nella interpretazione del ruolo della giustizia costituzionale.

Il punto di avvio della teoria ackermaniana è la strutturazione del sistema secondo un doppio livello di legalità: il normale *lawmaking* e lo *higher lawmaking*⁷⁰. Il primo corrisponde alle fasi di normalità democratica, nelle quali il cittadino rifluisce nella sfera privata della apatia politica e del disinteresse egoistico, estraniandosi dalla partecipazione politicamente attiva. In questi lunghi periodi l'autodeterminazione del popolo è incompleta perché "delegata" alla rappresentanza parlamentare.

Lo *higher lawmaking* definisce quei periodi in cui movimenti d'opinione diffusi e profondamente sentiti coinvolgono il popolo in un conflitto di idee e di interessi che segna una cesura rispetto alla storia costituzionale passata e la informa di un nuovo spirito. Il popolo politicamente mobilitato si autodetermina riappropriandosi con pienezza di una sovranità mai completamente delegata e rimodula i rapporti di vita e il concetto di bene pubblico producendo modifiche costituzionali tacite, non formali (che Ackerman definisce "emendamenti strutturali"⁷¹). Quasi ridestandosi dal sonno in cui lo costringe una politica burocratizzata, ridotta a simulacro della partecipazione democratica, mediatizzata e lontana, il potere costituente del popolo si riaffaccia sul proscenio della storia, in forme giuridicamente non istituzionalizzate, talora improvvise, sempre rumorose, ed imprime un orientamento di senso alla costituzione e alla vita associata che si pone come vincolo per la legislazione e si offre come parametro

chiudersi in sé stessa, ad assumere che ha raggiunto nello stato presente la propria completezza morale e così a negarsi la pluralità dalla quale dipende la propria capacità di un dinamico autorinnovamento». Traduzione libera del seguente testo «The Courts helps protect the republican state - that is the citizens politically engaged - from lapsing into a politics of self-denial. It challenges "the people's" self-enclosing tendency to assume their own moral completion as they now are and thus to deny to themselves the plurality on which their capacity for transformative self-renewal depends» *Law's Republic...cit.*, 1532.

⁷⁰ B.A.ACKERMAN, *The Storrs Lectures...cit.*, 1048.

⁷¹ *Structural amendments*.



del suo controllo. Quando infatti il Sovrano (*We the People* dice enfaticamente Ackerman)⁷² sarà tornato sotto le coltri del suo privatismo politicamente inattivo, degli “emendamenti strutturali” introdotti dal popolo si farà interprete la corte che ne terrà vivo il senso attraverso l’opera di ermeneusi e di controllo della legislazione.

La corte è in Ackerman la rappresentante della volontà popolare nei lunghi periodi di normalità istituzionale e costituzionale in cui le masse, vinte dalla «apathy, ignorance and selfishness»⁷³ della politica routinaria, abdicano al proprio ruolo omettendo di esercitare libertà positive delle quali pure sono formalmente titolari. La volontà di un popolo discorsivamente mobilitato, che è ontologicamente superiore rispetto alla contingente volontà del popolo rappresentato nel Congresso, si incarna così nell’«autogoverno dialogico»⁷⁴ del giudice costituzionale, che la interpreta e la tiene viva in antagonismo, o comunque in dialettica con il processo politico⁷⁵. Ponendo la corte come custode dell’autogoverno popolare, Ackerman può superare la tradizionale polemica circa il carattere non democratico del controllo di costituzionalità⁷⁶ e favorirne un più armonico inserimento nel sistema di governo, ma solo affidandole una funzione paternalistico-pedagogica⁷⁷, che era intento non secondario di Ely e del proceduralismo relativizzare, così imprimendo, come si vedrà, alla propria teoria una direzione fortemente conservatrice e antipluralista.

Il repubblicanesimo di Ackerman poggia sull’assunto indimostrato che esiste un consenso di fondo sui principi del liberalismo politico e che tale condivisione di ideali liberali porta di necessità ad aderire ai principi del dialogo neutrale⁷⁸. La comunicazione politica conosce così un limite immanente ed insuperabile, perché Ackerman pone come preconditione del dialogo l’adesione ad una comune filosofia politica ed in tal modo ingessa il sistema precludendogli sviluppi che debordino dalla ortodossia liberale. L’integrazione della società è assunta come dato di partenza e non come faticoso e ininterrotto processo e questo impregna la teoria politica e sociale di Ackerman di un unanimità molto prossimo al comunitarismo, tanto che - come è stato rilevato criticamente - la concettualizzazione della cittadinanza politica viene compiuta non già in termini di diritto, bensì di etica⁷⁹.

⁷² Cfr. , oltre agli scritti citati, la monografia *We the people*, Cambridge, Ma, 1993.

⁷³ B.A.ACKERMAN, *The Storrs Lectures...cit.*, 1051

⁷⁴ F.MICHELMAN, *The Supreme Court...cit.*, 60.

⁷⁵ B.ACKERMAN, *op. ult. cit.*1050 -1051; F. MICHELMAN, *Law’s Republic...cit.*, 62

⁷⁶ Quello che nella tradizione costituzionalistica americana si riconduce soprattutto alla formula bickeliana della *countermajoritarian difficulty* (cfr. *The Least dangerous...cit.*).

⁷⁷ F.MICHELMAN, *Op. cit.*, 62.

⁷⁸ Per una critica alla teoria sociale di Ackerman v. P.CHIASSONI, *Ackerman e il fantasma della libertà*, in *Mat. storia giur.*, 1984, 539.

⁷⁹ J.HABERMAS, *Fatti...cit.*,332.

L'immagine della politica che Ackerman offre, inoltre, è sempre eccessiva ed oscilla tra la straordinaria mobilitazione popolare dei periodi in cui “*We the People*” si fa manifesto ed il totale disinteresse per la partecipazione democratica dei momenti di normalità istituzionale e costituzionale. Nessuno può realisticamente negare la difficoltà delle moderne democrazie di mobilitare politicamente le masse, ma nella teoria di Ackerman si raggiungono toni parossistici, alquanto implausibili, che lo portano ad una svalutazione inaccettabile della ordinaria prassi politica e della rappresentanza popolare. Riflesso di tale svalutazione è la dissociazione tra autonomia privata e autonomia pubblica, che non solo postula che il cittadino possa separare con precisione chirurgica gli ambiti pubblicamente rilevanti del proprio agire quotidiano dalla sfera dei suoi privati interessi (impresa tutt'altro che agevole), ma che è tanto marcata da operare addirittura sul piano temporale.

Ad uno sguardo d'insieme la teoria sociale e politica di Ackerman non riesce a sottrarsi all'accusa di autoritarismo conservatore che le è stata mossa⁸⁰; al contrario, una intonazione autoritaria riecheggia anche nel ruolo assegnato alla giustizia costituzionale. Se l'interpretazione costituzionale - si è osservato - assume come criterio centrale ed anzi esclusivo la ricostruzione storica degli *structural amendments*, la corte immaginata da Ackerman può agire solo come «agente[i] del nostro passato costituzionale»⁸¹. La proiezione esclusivamente retrospettiva dell'ermeneusi e della argomentazione giudiziaria sembra escludere che il giudizio costituzionale possa giocare un ruolo rilevante nel processo di rinnovamento e di sviluppo della costituzione; lo stesso Ackerman ce ne fornisce conferma quando ammette che la corte potrebbe guidare le trasformazioni costituzionali solo quando una serie di nomine presidenziali abbiano alterato la composizione del consesso in maniera tale da rendere evidente il favore popolare per un cambiamento di indirizzo e di politica giurisprudenziale⁸². In tal modo egli riconosce alla corte una funzione di pura ricognizione, non già di propulsione e di indirizzo del sistema costituzionale. Condannata ad un sostanziale attendismo, la corte conservatrice di Ackerman finisce per tollerare che in una società organicista e gerarchizzata si perpetuino, nei lunghi intervalli tra una “apparizione” e l'altra del potere costituente popolare, forti meccanismi di esclusione e si pone così in sonora distonia con il pluralismo sociale, culturale e politico delle società moderne.

A chiudere un quadro già sufficientemente ambiguo, sta l'affermazione per la quale le tradizionali tecniche ermeneutiche sono assolutamente vaghe e indeterminate, tanto da sfiorare - sono parole dell'autore americano - la «frode interpretativa»⁸³. Sembra allora che la corte, guardiana conservatrice del passato ed

⁸⁰ F.MICHELMAN, LR, 1496, nt. 11.

⁸¹ F. MICHELMAN

⁸² Cfr. *Transformative Appointments*, HLR, CI, 1172, nt. 11.

⁸³ B.ACKERMAN, *The Storrs...cit.*, 1070.



impotente spettatrice del presente, non possa essere neanche un affidabile interprete del nostro futuro costituzionale. Non è molto lontano dal vero, insomma, chi ha accusato Ackerman di offrire quale unica alternativa al suo conservatorismo autoritario un poco rassicurante nichilismo giuridico⁸⁴.

Una riflessione sul costituzionalismo dialogico.

Ad una analisi complessiva, le proposte del costituzionalismo dialogico mostrano elementi di indubbio interesse anche per il giurista italiano, pur non essendo immuni da contraddizioni sul piano teorico e da insufficienze nel rendimento pratico. Il tentativo più raffinato lo compie Habermas, che, recuperando forza legittimante all'espressione formalizzata della volontà popolare, nega al giudizio costituzionale una funzione di integrazione rispetto ai valori e pone così il costituzionalismo dialogico sull'asse opposto rispetto a quelle teorie (che saranno approfondite nei paragrafi seguenti), che proprio dal rilievo che il sistema non riesce più a colmare i propri deficit di razionalità (e di legittimazione) attraverso il ricorso alla legalità trae elemento per ricercare una legittimazione di grado più elevato in una giurisdizione costituzionale orientata ai valori. Al di là dei rilievi che si sono già mossi precedentemente, l'elemento di debolezza del proceduralismo habermasiano sembra consistere nel ricorso ad un concetto di "ragionevolezza procedurale" delle leggi (che ispira anche il controllo giudiziario delle leggi immaginato da Ely e Sunstein) che implica una idealizzazione della rappresentanza e della democrazia non sempre lievi. La presunzione di ragionevolezza che in Habermas assiste i risultati dell'attività legislativa presuppone in effetti una strutturazione non gerarchica e assolutamente egualitaria della società in cui i circuiti della comunicazione siano perfettamente fluidi e valga nella dialettica politica e parlamentare la forza dell'argomento migliore. In altre impostazioni teoriche lo sforzo di ricollocare il giudizio costituzionale in un ambito neutralizzato rispetto alle scelte di valore, per ridurne l'impatto - giudicato eccessivo - sul sistema di governo, è possibile solo a prezzo di una interpretazione conservatrice, quando non autoritaria della costituzione e della società (come accade nella teoria di Ackerman) o postula un consenso di fondo sugli ideali politici liberali che in realtà non esiste se non (forse) nella società americana (si pensi ad Ackerman, ma anche alla politica *jurisgenerative* di Michelman).

Sul piano più strettamente tecnico il controllo sui presupposti procedurali della legislazione è difficile da configurare. Se non assume un senso diverso dalla pura analisi e verifica formale delle procedure parlamentari rischia di rendere il giudice costituzionale del tutto prono rispetto al processo politico, e comunque ne ridimensiona le potenzialità propulsive e di promozione dei principi costituzionali. Se però si apre ad un controllo a tutto campo delle condizioni "di sistema" della legislazione democratica,

⁸⁴F. MICHELMAN, *The Supreme Court...cit.*

contraddice alla sua pretesa di restare del tutto impermeabile a considerazioni teleologico-funzionali ed a questioni morali. Le teorie sopra sommariamente ripercorse non forniscono regole d'azione in grado di orientare il giudizio delle corti costituzionali o, quando lo fanno (come nel caso di Ely e di Sunstein, con il suo *reasoned analysis requirement*), propongono tecniche di giudizio poco utili o praticamente inservibili. Sarebbe ingeneroso enfatizzare il significato di questi rilievi critici dimenticando il contributo originale che il proceduralismo offre alla teoria costituzionale. Pur nella diversità degli itinerari percorsi e delle soluzioni prospettate, gli autori proceduralisti hanno il merito di riportare l'asse della riflessione giuridica sulla legislazione democratica e sul ruolo giocato nei moderni sistemi pluralisti dall'opinione pubblica, così reagendo alle correnti di pensiero più di moda, che, nel solco delle influenti riflessioni dworkiniane, hanno sostanzialmente ridotto il diritto a pratica ermeneutica. Inoltre il proceduralismo, attraverso la corrosiva critica alle corti costituzionali ed alla loro attività di elaborazione creativa del diritto, ripropone come tema centrale del dibattito sempre vivo sui fondamenti della giurisdizione delle leggi⁸⁵ il problema della legittimazione, ed impone così un ripensamento di tutte quelle teorie che sembrano accettare come dato ineluttabile la riduzione del diritto costituzionale ad una dimensione essenzialmente giurisprudenziale e la trasformazione del giudizio sulle leggi in un giudizio di equità.

Con particolare riferimento all'ultimo quindicennio, le teorie dette proceduraliste della Costituzione, in generale, si sono trovate ad affrontare un guado pericoloso, sommandosi alla crisi da tutti riconosciuta della rappresentanza politica, il problema della legittimità dell'operato del giudice quale attore della nomopoiesi. La riflessione sulla democrazia deliberativa, infatti, nasce in reazione all'incapacità della rappresentanza parlamentare di conseguire, sul piano pratico, un interesse avvertito come comune e quindi circondato da ampio consenso sociale. Per un giurista, che per statuto professionale non può porsi nella prospettiva prevalentemente sociologica in cui si muovono gli autori fin qui menzionati, l'insufficienza del modello di democrazia rappresentativa non può essere assunta come mero dato descrittivo, ma anima piuttosto una duplice ricerca, un duplice interrogativo: come si forma un diritto legittimo e quindi, *de iure condito*, quali siano le capacità legittimanti di ciascuno degli attori della produzione giuridica che affollano la costellazione post-nazionale.

Nella considerazione del rapporto fra proceduralismo nella legittimazione del potere e ruolo delle Corti, gli stessi promotori di una concezione deliberativa della democrazia hanno fatto constare di un certo pluralismo di opinioni.

⁸⁵ Per un recente e interessante contributo italiano a tale dibattito, si veda O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici di giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

Il concetto che Ely ha di *judicial review*, forgiato a partire dall'idea di *deliberation – self-government*, sulla quale si è già insistito, è tanto limpido nella sua formulazione teorica, quanto radicale nella sua sostanza pratica.

*“A body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way” – dice Ely - “is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like.”*⁸⁶.

Un modo semplice e chiaro per sostenere che il ruolo delle Corti deve rendersi ancillare rispetto a quello degli *elective bodies*. Infatti,

*“Insofar as political officials had chosen to provide or protect X for some people (generally people like themselves), they had better make sure that everyone was being similarly accommodated or be prepared to explain pretty convincingly why not.”*⁸⁷.

Di conseguenza: The Courts should adopt a “participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review”⁸⁸.

Tale approccio sarebbe volto ad assicurare le condizioni di accesso ai diritti. Per meglio dire, secondo Ely non è necessario assicurare il “pluralismo dei contenuti” attraverso la tutela dei diritti individuali, ma è sufficiente semplicemente garantire parità di accesso a tutti i partecipanti al processo politico affinché i diritti siano fatti oggetto di protezione dai *representative bodies*. Questa concezione si collega al dogma della procedura quale sorgente di legittimazione formale che ha origini risalenti nella teoria democratica di Rousseau (il quale però a ben vedere presupponeva una legittimazione contenutistica quando assumeva la sua nozione di rappresentatività generale della Nazione), ma la riconnette a teorie aggregativa, di matrice *liberal* e origine lockiana, che al contrario negano tale rappresentatività generale, accostandosi piuttosto a modelli da “consenso per intersezione” alla Rawls.

Ne deriva, a livello ricostruttivo, una netta bipartizione tra forme e contenuti del processo democratico, nel senso che se le Corti sono votate effettivamente al solo obiettivo di presidiare le condizioni di accesso al processo politico, allora vuol dire che a quest’ultimo – e dunque agli organi della rappresentanza politica generale – è demandata pressoché integralmente la determinazione dei contenuti della democrazia. E’ ancora utile citare un passaggio di *Democracy and Distrust*:

⁸⁶ J. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press 1980, 4-5.

⁸⁷ *ibid.*, 74

⁸⁸ *ibid.*, 87.

“... the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes (process writ small), and on the other, ... with ensuring broad participation in the processes and distributions of government”⁸⁹.

Su questa premessa poggia la nota e immaginifica rappresentazione della Corte costituzionale come “autorità *antitrust*”

“... as opposed to a regulatory orientation in economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the “market”, in our case the political market, is systematically malfunctioning. (A referee analogy is also not far off: the referee is to intervene when one team is gaining unfair advantage, not because the “wrong” team has scored)”⁹⁰.

In questo modo si viene a determinare un corto circuito evidente nella tutela dei diritti. Da un lato, la legge non perseguirebbe un vero e proprio interesse generale, inteso quale sintesi, e non mera sommatoria degli interessi particolari, ma semplicemente tradurrebbe in atto il massimo comun divisore fra gli interessi di tutti i partecipanti, legittimati ciascuno a perseguire la propria propria utilità individuale. Tali partecipanti, d’altro lato, appaiono vincolati alle regole del gioco da un giudice che, come autorità *antitrust*, vigila sul rispetto formale della procedura, ma non ha alcun controllo sui contenuti della medesima. Pare allora possibile concludere che, se la legge non è rappresentativa dell’interesse generale, ma mera sommatoria di interessi individuali e le Corti non hanno voce in capitolo per correggere il contenuto delle decisioni legislative a tutela dei diritti di coloro che ne restano esclusi, ne consegue che la maggioranza è posta nella condizione di imporre le sue scelte ed i suoi valori alla minoranza, cui non restano reazioni diverse da un coatto adeguamento o una traumatica frattura – che però provocherebbe la rottura dell’ordinamento. Visto da questa angolazione, il paragone con il “*wrong team*” appare illuminante, poiché per “*wrong*” dovrebbe intendersi quello che sostiene una posizione che, pur corrispondendo a opzioni ideologiche o etiche di un osservatore esterno, risulti minoritaria nel processo politico parlamentare.

Un’affermazione, come si coglie, difficilmente sostenibile in uno Stato di democrazia pluralista, che colloca i giudici nella posizione di *counter-majoritarian institutions*, volte a bilanciare – attraverso l’opera di tutela e salvaguardia dei diritti individuali – l’azione della maggioranza, consentendo alle minoranze di restare nell’ordinamento e di dispiegare la propria azione alternativa a quella maggioritaria.

⁸⁹ *ibid.*, 87

⁹⁰ *ibid.*, 102-103

Ciò non toglie che, volendo adoperare una concezione proceduralista della democrazia a presidio della legittimazione del diritto, ritagliare un ruolo alle Corti che non sia mera protezione dell'involucro procedurale delle decisioni di maggioranza è impresa nient'affatto agevole, a patto di non voler reintrodurre nel discorso giuridico argomenti di carattere morale. Lo dimostra fra gli altri Michael J. Perry, che sviluppa una nozione proceduralista di costituzione intrisa di elementi etici.

Secondo Perry il processo decisionale va inteso, in senso deliberativo, come un continuo *self-understanding*, *à la* Hegel, se è permessa una semplificazione rozza, dei contenuti etici e dei valori morali di una data comunità. Il mandato elettorale impedisce ai rappresentanti di farsi interpreti di tali contenuti, mentre i giudici, sotto questo riguardo, versano in condizioni migliori, giacché per posizione istituzionale e per esperienza personale posseggono quella prudenza (*phronesis*) che li rende più capaci di cogliere la relazione tra l'universale e il particolare (e qui il richiamo va ad Aristotele).

Dice Perry:

“A regime in which incumbency is (inevitably) a fundamental value seems often ill-suited, in a politically heterogeneous society like the United States, to a truly deliberative, dialogic specification of the indeterminate constitutional norms”⁹¹.

I giudici sono dunque legittimati a correggere il legislatore quando si tratta di questioni di principio, in specie inerenti ai diritti fondamentali. Per tali questioni esiste un diritto naturale, ispirato da una ricostruzione dell'universo etico di riferimento, in base al quale si giudicano sbagliate o corrette alcune asserzioni di valore. In questo senso, senz'altro nei giudici alberga in effetti un contropotere alla regola di maggioranza. Tale contropotere, peraltro, sembra ripetere le radici della propria legittimazione da assemblee antiche, para-giurisdizionali, come il Senato romano o la *Boulé* micenea (non invece quella ateniese, che veniva sorteggiata sotto la Costituzione di Clistene); oppure, volendo restare ai tempi moderni, il Consiglio degli anziani nella Costituzione francese del 1795. La legittimazione che vi si costruisce si basa sull'accortezza, sul “consiglio” e non sull'applicazione di una tecnica artificiale e razionale astrattamente capace di generare decisioni accettabili. Nell'ottica di Perry non esistono, per contro, i luoghi non istituzionali della sfera pubblica, né alcuna forma strutturata di dialogo sociale. In definitiva, Perry si rivela uno schietto conservatore puro: ha fiducia negli “Ottimati”, che a suo giudizio non avrebbero sede altro che nelle Corti e in alcun altro luogo di partecipazione pubblica. Quella che propugna Perry è, insomma,

⁹¹ M.J. PERRY *The Constitution in the Courts*, Oxford University Press 1996, 107.

“...a civil profession of faith in the original constitutional framers’ insights into moral truth as refracted through the lens of various Protestant doctrines. Nevertheless, insofar as all citizens do not share this perfectionist vision of ethic-religious truth, any unaccountable body that decides substantive issues in accordance with that vision of truth will be even more disconnected from the practices of inclusive self-government precisely for relying upon it in justifying their decisions”⁹².

Si noti che, pur muovendo da una concezione *allegedly deliberative*, dunque incline a strutturare le vie del discorso giuridico in modo da rinforzare le asfittiche vie della rappresentanza generale, Perry ammette di non avere alcuna fiducia nella rappresentanza generale. Ritiene infatti che il libero mandato elettorale – uno dei capisaldi della rappresentanza – impedisca, piuttosto che favorire, l’adozione di decisioni corrispondenti all’interesse comune. Per rinvenire tale interesse, occorre astrarsi dal processo elettorale e risalire ai giudici, autentici custodi dei valori della società.

Rispetto a Ely, che affidava esclusivamente alla maggioranza il compito di rinvenire tali valori, così confidando troppo nel principio maggioritario, Perry si espone all’opposta critica di “*judicial paternalism*”, per il fatto di affidare solo alle Corti il ruolo di elaborazione dei valori sociali, così disconoscendo in modo eccessivo la funzione legittimatoria del discorso razionale e del dibattito pubblico.

Appaiono ancora scarsamente strutturate, nelle posizioni finora passate in rassegna, le alternative secche ad una *judicial review* tutta procedurale ovvero incline ad accenti moralistici. Sul punto, Ronald Dworkin ha tentato la più nota e celebrata soluzione di compromesso.

Secondo Dworkin, esistono almeno due grandi idee della democrazia: *statistical* e *communal*. La prima – aggregativa – si rifà a Locke – la seconda – deliberativa – rinvia a Rousseau⁹³. La differenza tra i due modelli riecheggia quella di Rousseau tra *volonté de tous* e *volonté générale*. Dworkin ritiene che in USA prevalga la prima, di tipo aggregativo. In queste condizioni, come assicurare, allora a ogni individuo, la dignità di *equal moral member*? Bisogna che ognuno abbia

“ ... a part in any collective decision, a stake in it, and independence from it.”⁹⁴.

Provando ad esplicitare i concetti impiegati da Dworkin, per *part* sembra doversi intendere la partecipazione alla decisione in modo da evitare discriminazioni arbitrarie; per *Stake*, un orientamento all’interesse comune; una sorta di “precomprensione” per la quale una decisione si assume presa nell’interesse di una comunità, senza risolversi nella somma matematica dei benefici individuali⁹⁵; per

⁹² C. F. ZURN, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law & Philosophy*, 2002, 495.

⁹³ *Freedom of Law*, 19-20

⁹⁴ *Freedom of Law*, 24.

⁹⁵ “political decisions that affect the distribution of wealth, benefits, and burdens must be consistent with equal concern for all.” [*ibid.*]



Independence lo spazio di libertà personale, ove nessuna legge può penetrare e che esprime in ultima analisi l'autonomia individuale.

Vi è vera democrazia, secondo Dworkin, quando questi tre presupposti si inverano, prescindendo sia dai contenuti impressi al diritto attraverso i processi che su tali presupposti si basano, sia dalla struttura stessa di tali processi, sia del loro livello di istituzionalizzazione.

Tali presupposti si realizzano attraverso un concorso fra livello “statistico” e livello “comunitario”, il primo soltanto dei quali si svolge nelle aule parlamentari e di governo. Spetta invece al potere giudiziario incaricarsi di tutelare il livello comunitario, cioè la sussistenza delle condizioni di esercizio della democrazia e la salvaguardia delle decisioni più “alte”. Un compito – Dworkin non lo disconosce – che corrisponde ad una “fatica di Ercole”. Le questioni di livello communal spettano a un *forum of principle* che corrisponde alle Corti, e che innalza la qualità del dibattito pubblico. I dibattiti parlamentari, infatti, sono di bassa qualità e mossi dall'interesse elettorale; mentre le decisioni delle Corti svilupperebbero un dibattito pubblico molto più ampio, e di miglior qualità, di quello che si svolge nelle aule parlamentari. Banalizzando, la procedura democratica o è meramente formale o conduce a risultati di bassa qualità: sono le Corti a dotarla di contenuti sostanziali e di principio corrispondenti ai valori morali del popolo (americano). Di qui la distinzione tra *principles, policies and rules*⁹⁶ e lo sforzo di legittimare i giudici – piuttosto che qualsiasi altro organo – nella riscrittura delle regole morali. Se si trattasse, infatti, di mera legittimazione tecnico-giuridica, potrebbero esservi svariati altri soggetti – anche non giurisdizionali – atti a svolgere questa funzione; il che aprirebbe il discorso sui diritti oltre le Corti, verso un'integrazione sostanziale da parte di attori non istituzionalizzati.

Anche la posizione di Dworkin appare segnata, al pari di quella di Perry, da un pessimismo di fondo, che sfocia in soluzioni paternalistiche. Dworkin è sinceramente scettico quanto alla effettività dei presupposti della rappresentanza, e pure sulle capacità degli uomini di risolvere le proprie controversie attraverso il discorso razionale; dunque, affida “piccole decisioni” al legislatore elettivo, ma vede nei giudici gli autentici dell'ordinamento, i soli soggetti capaci di provvedere alle più profonde scelte morali dei cittadini meglio di quanto non facciano i cittadini stessi. La rottura del postulato dell'autonomia implica però, ancora una volta, ed al pari di Ely e Perry, una contraddizione con l'assunto principale delle teorie proceduraliste, e cioè quello di voler trovare percorsi alternativi, meglio strutturati, per sopperire alle inefficienze della rappresentanza generale nel costituire strumento di auto-determinazione per i cittadini nella decisione sulle regole cui dovranno sottostare.

⁹⁶ *Taking Rights Seriously*, ch. 2-3

Sotto questo specifico profilo, si coglie una netta differenza con la ricostruzione di Habermas, in cui la fedeltà al canone dell'autonomia è, di contro, postulata con chiarezza:

“Only those statutes may claim legitimacy that can meet with the assent of all citizens in a discursive process of legislation that in turn has been legally constituted”⁹⁷.

La deliberazione volta ad assicurare la necessaria struttura a tale processo discorsivo avviene attraverso una inter-penetrazione fra sfere diverse, cui si appresta una legittimazione procedurale. Tra i diritti garantiti ve ne sono anche, a ben vedere, di c.d. ultima generazione:

“basic rights to the provision of living conditions that are socially, technologically, and ecologically safeguarded, insofar as the circumstances make this necessary”⁹⁸.

Ciò nondimeno, un discorso sui diritti sociali-ecologici in connessione con il diritto alla auto-determinazione della persona, nonché sul rapporto fra autonomia politica e federalismo nel quadro dei diritti di prestazione, appare in Habermas abbastanza prematuramente sviluppato. Habermas sembra infatti risolvere il problema della legittimazione in una circolarità virtuosa tra diritto e morale: il fondamento procedurale si basa sulla razionalità della violazione subita dall'individuo, che potrebbe invece essere basata su coercizione ed esclusione, risultando in tal modo illegittima.

A clear violation of an individual right – such as the torturing of an innocent person – does violate the procedural conditions of democratic legitimacy once we see that such violations make it impossible for individual assent to laws to be understood as the result of reason, rather than coercion or exclusion from the opinion-forming and decision-making processes⁹⁹.

Ciò non toglie che la comunanza concettuale tra libertà individuale e diritti politici sia, in Habermas – più che in altri autori – sviluppata con una certa chiarezza.

Ciò emerge in particolare nell'intreccio fra diritti dei privati e diritti pubblici basato sull'assunto che gli uni presuppongono gli altri:

⁹⁷ J. HABERMAS *Between Facts and Norms*, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, Massachusetts Institute of Technology Press 1996, 111.

⁹⁸ *ibid.*, 127.

⁹⁹ C. F. ZURN, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law & Philosophy*, 2002, 467ss., 512-513

Così si legge ne “L’inclusione dell’Altro”¹⁰⁰

“There is no law without the private autonomy of legal persons in general. Consequently, without basic rights that secure the private autonomy of citizens, there also is no medium for legally institutionalizing the conditions under which these citizens, as citizens of a state, can make use of their public autonomy. Thus private and public autonomy mutually presuppose each other in such a way that neither human rights nor popular sovereignty can claim primacy over its counterpart”.

Habermas dunque si apre ad una forma di attivismo giudiziale nella protezione dei requisiti sostanziali per la legittimazione procedurale del processo normativo: le condizioni di esercizio dell’auto-determinazione, ossia la formazione di un’opinione politica e di una volontà individuale.

If one understands the constitution as an interpretation and elaboration of a system of rights in which private and public autonomy are internally related (and must be simultaneously enhanced), then a rather bold constitutional adjudication is even required in cases that concern the implementation of democratic procedure and the deliberative form of political opinion- and will-formation¹⁰¹

La concezione del processo democratico di Habermas oltrepassa il mero momento elettorale in un’interazione continua fra governanti e governati – sviluppata oltre le barriere delle istituzioni e capace di conformarne il volere – cui non resta insensibile la comunanza di posizioni tra diritti individuali e diritti di partecipazione politica. D’altro canto, senza la considerazione di questa mutua interconnessione fra diritti partecipativi e diritti individuali, che si affaccia a caratterizzare il rapporto fra potere e individuo, e che si esprime nella rappresentanza oltre le istituzioni, resta l’alternativa secca, difficilmente superabile, che sin qui è venuta tracciandosi: legittimazione procedurale senza alcun controllo *counter-majoritarian* sulla volontà scaturita dal processo politico, ovvero affidamento a un *corpus* di “giudici illuminati” delle decisioni più importanti sul destino della comunità politica, in barba al principio di autonomia e quindi del medesimo fondamento giustificativo delle teorie proceduraliste.

Ed è proprio questo il solco in cui si inseriscono due lavori recentemente pubblicati: l’ampio articolo di Jeremy Waldron *The Core of the Case against Judicial Review*¹⁰² su cui l’A. è ritornato con un *paper* discusso presso NYU nel novembre 2014 e il volume di Bruce Ackerman “*We the People: Interpretations. The Civil Rights Revolution*”, edito anch’esso nel 2014.

¹⁰⁰ J. HABERMAS, “*On the Internal Relation Between Law and Democracy*,” in *The Inclusion of the Other*, Massachusetts Institute of Technology Press 2000, 260–261.

¹⁰¹ J. HABERMAS, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, Massachusetts Institute of Technology 1996, 279-280.

¹⁰² J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, Yale Law Journal 2006, 115.

Waldron si dichiara contrario alle posizioni sostenute, fra gli altri, da Dworkin e da Perry, sull'attribuzione ai giudici di una capacità di disapplicare, o comunque porre nel nulla, le leggi approvate dal Congresso. Egli intravede un forte rischio per la democrazia nell'assunzione, da parte delle Corti, di *judicial supremacy* e formula tale osservazione con specifico riferimento alla Corte Suprema, della quale critica la tendenza, documentata in più punti, a porsi ed a raccontarsi come giudice-custode dei valori morali dell'ordinamento statunitense, nonché a mantenere le proprie posizioni anche successivamente ad una modifica legislativa, della quale tenderebbe a porre nel nulla gli effetti se li stima contrari alla propria ricostruzione della Costituzione americana. Proprio questo esplicito prendere il posto del potere legislativo, secondo Waldron, verrebbe ad inficiare il principio dell'autonomia – definito, appropriatamente, di “self-government” attraverso il meccanismo rappresentativo – ponendo la Corte Suprema quale sovrano *à la* Hobbes perché si arroga un ruolo che trascende dall'ordinaria allocazione dei poteri tracciata dal potere costituente e viene a costituire un indebito surrogato del potere costituente medesimo. Antidoto a questa tendenza sarebbe, per Waldron, la pretesa da parte delle istituzioni di una fedeltà più rigorosa al testo costituzionale; che, per intenderci, non vada al di là dell'integrazione dei precetti morali indeterminati (per dirla con Dworkin) ma che non pretenda di sostituirsi *tout court* al legislatore.

Muovendo dall'esame dei dibattiti insorti negli USA all'indomani delle celebri decisioni giudiziali in tema di discriminazione razziale¹⁰³ Bruce Ackerman ricollega tali dibattiti alle questioni più recenti in tema di *status* matrimoniale per le coppie omosessuali (US *v.* Windsor, 2013) e diritti politici (Sherby County *v.* Holder, 2013). Denuncia così l'obsolescenza dell'Art. V della Costituzione americana, in tema di revisione costituzionale, giacché vi sono stati altri momenti costituenti che hanno ricostruito l'identità di popolo americano ed hanno impresso una direzione di senso allo sviluppo dei suoi valori morali. Segnando il solco tra la costituzione scritta e la sua integrazione per via legislativa o giurisprudenziale, Ackerman sottolinea la consapevolezza, da parte dei giudici coinvolti, di modificare la Costituzione attraverso l'emaneazione di *landmark decisions* in tema di diritti civili; nonché di porsi, in quest'ottica, in netta antitesi con altri organi dello Stato, in ciò individuandosi la natura dinamica del *checks-and-balances* tipico della costituzione americana. Scorrendo la storia dei casi salienti che hanno segnato l'epopea dei diritti civili in USA, emerge che in più casi la Corte ha seguito una sua *policy*, scontrandosi con le altre istituzioni: il processo di *desegregation* delle scuole, intrapreso con *Brown*, ha visto la Corte Suprema scontrarsi con gli Stati del Sud, inducendola anche, se si vuole, a ritrattare parzialmente in *Milliken*, la cui soluzione l'A.

¹⁰³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); e *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

definisce “*a doctrinal monstrosity*”¹⁰⁴. Insomma, la Corte Suprema ha effettivamente perseguito una sua linea politica, volta a realizzare, mediante più decisioni coordinate, un disegno più ampio in materia di diritti mercé un’interpretazione sistematica, e protratta nel tempo, della Costituzione.

Tale situazione, che Waldron facilmente potrebbe annoverare tra i casi di *judicial supremacy*, riecheggia, stavolta forse da opposti versanti politici, le numerose pronunce contrarie alle riforme del *New Deal* di Roosevelt negli anni ’30. Per Ackerman queste situazioni riecheggiano esempi di “*Dilemmas of Judicial Leadership*” alla base dei quali la Corte si è servita di uno *standard* non sempre coerente: da un lato, come in *Brown*, ha posto l’accento sulla situazione soggettiva della vittima di discriminazione razziale (*humiliation*) dall’altro, come in *Milliken*, ha di fatto rovesciato l’onere della prova prendendo le parti del potere pubblico, là dove ha evidenziato che non era possibile provare l’intento discriminatorio delle decisioni assunte dal Governatore del Michigan. Eguale atteggiamento, ugualmente oscillante fra i due poli, la Corte Suprema ha tenuto nei casi *Windsor* (ove ha enfatizzato la condizione soggettiva degli assoggettati a discriminazione sessuale) e *Sherby County*, là dove, al contrario, ha fatto professione di *judicial restraint*, poiché ha ammesso di non voler-poter mutare l’indirizzo del legislatore scaturito da abbondanti dibattiti parlamentari sfociati nel *Voting Rights Act*.

Nel suo ultimo libro, la netta separazione che Ackerman ha altrove tracciato fra momenti di attivismo costituzionale e momenti di quiescenza sembra notevolmente sfumare, e le preoccupazioni per il *judicial activism* si stemperano nella necessità di prendere atto che tali decisioni, là dove si collocano al di là della normale esegesi di un testo costituzionale, sono indicative di altrettanti momenti di svolta nella pubblica coscienza, cui corrispondono correlativi mutamenti nel tessuto costituzionale. E’ da vedere, allora, conclude Ackerman, se gli *achievements* sanciti da tali momenti di svolta potranno essere mantenuti, e in che modo, e se tale mantenimento – si aggiungerebbe – andrà configurato come una restaurazione del “vecchio” ordine costituzionale, ovvero, più probabilmente, come una frattura del nuovo ordine. In tal senso, più che un’opposizione fra *judiciary* e legislative, Ackerman sembra quasi aprire ad una cooperazione fra i due livelli, che non può non attraversare la società civile in tutte le sue molteplici articolazioni, là dove le lacune della rappresentanza sembrano trovare nel pubblico dibattito – stimolato, ed acceso, dalle pronunce della Corte – nuova linfa per chiamare gli organi del processo politico alle loro responsabilità, rinsaldandosi così il principio del *self-government*.

¹⁰⁴ B. Ackerman, *We the People*, cit., p. 280.