

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

SUSANNA POZZOLO

Un equilibrio forse instabile.  
Diritti delle minoranze, costituzionalismo  
democratico e democrazia diretta

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*destinato a GenIUS 2020-1*

# Un equilibrio forse instabile. Diritti delle minoranze, costituzionalismo democratico e democrazia diretta

## Sommario

1. Introduzione - 2. Per la democrazia, contro il referendum? - 2.1. Due modelli di democrazia - 2.2. Le democrazie e la Costituzione - 3. Democrazia, costituzionalismo, diritti - 3.1. Costituzione, costituzionalismo democratico e referendum - 3.1.1. Costituzione e democrazie - 3.1.2. Democrazia costituzionale: solo un apparente ossimoro - 3.2. Una questione di accento - 3.3. Accenti e diritti fondamentali - 4. Come conclusione, provvisoria.

## Abstract

L'articolo sviluppa una riflessione sull'uso degli strumenti di democrazia diretta all'interno della democrazia costituzionale. Attraverso l'analisi concettuale e modellistica, l'obiettivo è quello di verificare se possono essere evidenziati strumenti euristici per una più efficace tutela dei diritti fondamentali.

*The article focuses on the use of direct democracy instruments within the constitutional democracy. The aim is to verify whether or not heuristic tools aimed at a more effective protection of fundamental rights can be highlighted through the conceptual and modelling analysis.*

## 1. Introduzione

Democrazia indica, «literally, rule by the people. The term is derived from the Greek *dēmokratīā*, which was coined from *dēmos* (“people”) and *kratos* (“rule”) in the middle of the 5th century bce to denote the political systems then existing in some Greek city-states, notably Athens»<sup>1</sup>, ci insegna Robert Dahl. La letteratura offre diverse definizioni del termine e del concetto, tuttavia, in queste pagine non mi soffermerò su di esse, ma vorrei proporre una riflessione sul ruolo degli strumenti della democrazia rappresentativa e di quella diretta.

Sebbene l'ordinamento giuridico contemporaneo corrisponda ad un modello costituzionalizzato e pluralistico, la sua origine si rintraccia nell'idea di Stato nazionale, cioè evolve da un modello che pre-

---

\* Professoressa associata, Università di Brescia, susanna.pozzolo@unibs.it. Vorrei ringraziare Giacomo Viggiani e Andrea Greppi per le (diverse) sollecitazioni offerte per sviluppare queste prime riflessioni sul tema della democrazia diretta e la rappresentanza politica. Ringrazio i/le referee anonimi.

<sup>1</sup> Robert A. Dahl, *Democracy*, in *Encyclopaedia Britannica* (2004), ult. rev. Febbraio 2019, 2020.

supponeva una comunità omogenea, in grado di esprimersi all'unanimità, con una sola voce: la nazione, naturalmente, e con ciò ogni sottoscrittore del contratto sociale. La maggioranza e la minoranza sono qui concettualizzate come momentanee differenze di opinione, che si riflettono nelle decisioni parlamentari, senza che ciò rompa l'unità di fondo; le decisioni, infatti, riflettono esattamente ciò che la cittadinanza nel suo insieme approva. A partire da quella semplificazione, le nostre società e i nostri ordinamenti giuridici hanno dovuto fronteggiare una crescente complessità sociale, che richiede oggi di affrontare i problemi posti dal pluralismo; problemi, in molti casi, difficili da risolvere e, talvolta, anche permanenti<sup>2</sup>. La mia riflessione sulla democrazia e i suoi strumenti si sviluppa in tale contesto e in un'epoca di risorgente populismo<sup>3</sup>.

## 2. Per la democrazia, contro il referendum?

La letteratura scientifica sulla democrazia e i processi democratici è ampia, tuttavia, per la presente riflessione mi pare interessante prendere spunto da un lavoro di Francisco Laporta, occasionato in parte dal recente dibattito interno spagnolo. Vorrei, infatti, concentrarmi sul senso concreto dei modelli teorici e delle dottrine proposte.

Difendendo *El imperio de la ley*<sup>4</sup>, in questi anni, fra le altre cose, Laporta ha richiamato l'attenzione sulla funzione della democrazia quale meccanismo in grado di controllare l'azione delle "consorterie" e mantenere la coesione sociale<sup>5</sup>. In un articolo del 2005, pubblicato sul quotidiano *El País*<sup>6</sup>, Laporta ricorda Madison e la sua preoccupazione per le fazioni e le passioni che animando la società potrebbero portare alla violenza. Oggi, Madison si preoccuperebbe esplicitamente dei gruppi d'interesse o delle multinazionali, che sovente agiscono direttamente minando i diritti. La complessità che si va producendo sul piano economico e sociale ha ovviamente effetti anche sul piano politico e crescenti paiono le difficoltà per la democrazia, che si ritrovano anche nel diffuso scetticismo circa la possibilità di rinvenire il c.d. interesse comune. Forse si può ritrovare almeno un minimo denominatore nell'interesse a preservare la stabilità o i diritti reciproci – assumendo che sia nell'interesse di chiunque garantire i propri diritti, giacché essi possono dirsi davvero garantiti solo fino a quando tutti li possiedono. Ma è certo un dato che, di fronte alle difficoltà crescenti, la rivendicazione del sovranismo e i discorsi populistici hanno avuto, negli ultimi anni, un grande successo nell'opinione pubblica – soprattutto europea, ma non solo, come noto. Queste narrazioni hanno riproposto come centrale l'idea di una unità socio-politica della cittadinanza, un'immagine ideale volta a trasmettere la percezione di un'omogeneità, ben veicolata dal termine 'popolo'. In altre parole, alcuni hanno cercato di recuperare e trasmettere la sensazione di un'entità unitaria, concordante, capace di superare il frazionamento dato dal pluralismo e così rispondere a una domanda di sicurezza (psicologica) dinanzi all'incertezza data dalla complessità.

Nell'epoca dei *social network* e di *Internet* sembra tornare prepotentemente sulla scena della poli-

<sup>2</sup> Sul concetto di complessità, ad esempio, I. Wegener, R. Pruim, *Complexity Theory*, Springer, Berlin, 2005.

<sup>3</sup> Sulla oramai ampia letteratura in argomento, da ultimo M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Chiarelettere, Milano, 2020; *Populismi e diritto*, Sezione monografica, *Ragion pratica*, vol. 52, 2019.

<sup>4</sup> F. Laporta, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007.

<sup>5</sup> O, al minimo, almeno preservare un'unione fra i *partecipanti*. Per la nozione di 'partecipante' rinvio a H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Milano, Feltrinelli, 2002.

<sup>6</sup> F. Laporta, *El referéndum y la falsa seducción*, in *El País*, 14.06.2005, consultabile all'indirizzo [https://elpais.com/diario/2005/06/14/opinion/1118700006\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/06/14/opinion/1118700006_850215.html).

tica la funzione della democrazia diretta. Infatti, il sovrano ha un rapporto diretto con il suo popolo, adesso davvero tutto collegato in un'unica rete. Tuttavia, in questo stesso ambiente tecnologico il valore degli strumenti della democrazia diretta viene spesso sminuito fingendo di poter ascoltare la voce "del popolo" attraverso un semplice sondaggio, magari banalmente promosso da un giornale o da una televisione, e pensato solo per funzionare come *clickbait*. Basandosi sui sondaggi, poi, l'appello al popolo serve a sviluppare una tecnica espositiva in grado di attirare l'attenzione generale del pubblico, con titoli altisonanti sui quotidiani, e discussioni estremamente semplificate nei *talk show*<sup>7</sup>. Una modalità argomentativa che è capace di produrre nette divisioni tra sostenitori del *pro* e del *contro*, esattamente come farebbero oggi due squadre avversarie di calcio, producendo un dibattito che vuole rappresentarsi come la difesa della (presunta) volontà del popolo contro i nemici di quello stesso popolo. Il risultato è una narrazione che gioca sulla paura dell'incertezza della vita quotidiana e futura, che persiste e oggi si accentua fra la cittadinanza<sup>8</sup>. In questo panorama sociale e politico, mi sembra appropriato riflettere sugli strumenti di democrazia diretta, sui quali si sofferma anche a più riprese Laporta, inducendo a interrogarsi sulla funzione di tali strumenti, alcuni dei quali sono stati raccolti nelle democrazie costituzionali contemporanee (ad esempio, il referendum), sollecitando una riflessione sulle loro caratteristiche, più o meno compatibili con le linee politiche populiste e sovraniste.

## 2.1. Due modelli di democrazia

Seguendo uno schema un po' semplicista, ma spero utile sul piano espositivo, propongo due modelli di democrazia<sup>9</sup>. Attraverso il pensiero di Madison, Laporta sottolinea come la democrazia diretta, da sola, non abbia di per sé alcun antidoto contro le fazioni e le passioni. Pertanto, a partire da questo elemento, un primo modello assume come indispensabile l'esistenza di un filtro tra la volontà espressa dalla *legge* e la volontà diretta del *popolo*. Il governo rappresentativo è qui ciò che può neutralizzare la lotta per gli interessi immediati dei gruppi presenti nella società, poiché «la voz publica – scrive Laporta citando Madison – emanada de los representantes del pueblo, sea más consonante con el bien público que si fuera emanada del pueblo mismo convocado a tal propósito»<sup>10</sup>.

Nella prospettiva opposta si trova il secondo modello, animato da un'idea di democrazia che in certa misura rinvia al pensiero *rousseauiano*, per la valorizzazione della partecipazione diretta, senza filtri, dove l'idea centrale è ben espressa dall'analogia tra il corpo fisico e il corpo politico. Le passioni, in questa visione, diventano la volontà generale, non c'è contrasto tra le fazioni che devono essere regolamentato, perché c'è un bene comune "naturalmente" conoscibile, verso il quale è diretta l'azione politica della decisione collettiva.

Chiaramente il pensiero che si trova alla base dei due modelli è molto più complesso di quanto

<sup>7</sup> Sui sondaggi rinvio al bel lavoro di Stefano Rodotà: S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie de la comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

<sup>8</sup> Una letteratura che si sta arricchendo con le riflessioni sulle modalità di governo dell'attuale crisi sanitaria ed economica a livello globale.

<sup>9</sup> Per alcune riflessioni personali sui modelli costituzionali: S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; Id., *Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía*, en L. Pena, T. Ausin (eds), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, pp. 233-260; Id., *El Estado Constitucional de Derecho como Paradigma de la Contemporaneidad*, en B. Barrios González, L. Barrios Chávez (eds), *El Constitucionalismo de los Derechos*, Panamá, Barrios & Barrios 2014, pp. 21-37; Id., *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Roma, Aracne, 2012.

<sup>10</sup> F. Laporta, *El referéndum y la falsa seducción*, cit.

qui proposto, come ho anticipato la proposta è quella di una radicale schematizzazione per tracciare alcune caratteristiche particolari. Osservando la situazione europea all'epoca della Rivoluzione, scrive Laporta,

«[v]ale la pena recordar lo que sucedió en el estreno de tal procedimiento en aquellos años turbulentos: en 1793, aprobación de la Constitución jacobina por el 98% del pueblo; en 1795, aprobación de la Constitución anti jacobina por el 97% del mismo pueblo; en 1799, aprobación de una Constitución todavía más conservadora por un porcentaje aún mayor (se dice que sólo 1.562 ciudadanos de tres millones votaron en contra), y como colofón, en 1802, un plebiscito triunfal lleva a Napoleón Bonaparte al consulado vitalicio y acaba con la Revolución»<sup>11</sup>.

Ricordando questa parte della storia, è difficile non condividere i dubbi del maestro spagnolo verso l'entusiasmo per l'incremento degli strumenti di partecipazione diretta. Ma anche pensando al presente, spesso ne viene veicolata entro il dibattito pubblico un'idea davvero troppo ingenua, che presuppone di poter individuare la "volontà generale" attraverso il banale appello al popolo, senza che questi abbia invero avuto gli strumenti per informarsi (e solo dopo esprimersi), come se già di per sé il popolo sapesse cos'è meglio: è chiaro il parallelo con un certo concetto di autonomia individuale. Ciò che sovente si sviluppa, insomma, è un discorso che sembra rinviare a una materializzazione di una pura sostanza, di una unità metafisica, in grado di trasmettere il proprio volere con un *click*. Questo, in molti casi, è il modo in cui la consultazione diretta viene considerata e giustificata.

## 2.2. Le democrazie e la Costituzione

Riflettere oggi sulla democrazia significa farlo in un quadro costituzionalizzato. Quest'ultimo pare il miglior sistema proposto per controllare *le fazioni e le passioni*, sia del *popolo* che dei loro *rappresentanti*, almeno allo stato attuale dell'esperienza politica; entrambi i gruppi, infatti, risultano limitati dai diritti fondamentali, stabiliti come norme giuridiche vincolanti<sup>12</sup>. Le norme costituzionali di solito includono alcuni strumenti di democrazia diretta, che nell'architettura istituzionale giocano come *contrappeso* o hanno un ruolo eccezionale, attivandosi in determinati momenti della vita dell'ordinamento giuridico o di tensione sociale.

Nonostante un processo planetario che, diffondendo il costituzionalismo, ha portato a una generale estensione della democrazia rappresentativa, il ricorso all'appello al popolo è sempre latente nel discorso politico e sembra aver acquisito nuovo interesse negli ultimi anni. Il referendum sembra acquisire una nuova importanza come forma di sviluppo e di intensificazione della democrazia, anche nell'ambito di quella rappresentativa. Forse questo è solo un paradosso apparente, poiché l'estensione della democrazia ha portato con sé anche la crisi del sistema parlamentare e della rappresentanza politica<sup>13</sup>, sicché in taluni casi pare quasi che il referendum possa costituire lo strumento per superare la crisi – non ultimo, anche seguendo l'illusione di una democrazia elettronica pura e diretta<sup>14</sup>.

11 *Ibidem*.

12 Sebbene 'diritti fondamentali' e 'diritti umani' non indichino esattamente lo stesso insieme, nel proseguo si useranno entrambe le locuzioni senza problematizzarne la distinzione.

13 Riflette sul tema della rappresentanza política A. Greppi, *Teocracia. Apología de la representación*, Madrid, Trotta, 2016; Id., *Teoría constitucional y 'representative turn'*. *Acerca de la doctrina estándar de la representación política y su obsolescencia* (2020), inedito.

14 Oltre al volume di Rodotà già ricordato, nell'ampia letteratura sul tema: M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, cit.; G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Firenze, ETS, 2017; G. Ziccardi, *Democrazia*

Secondo Laporta, la forza seduttiva del referendum deriva dalla sua capacità di riferirsi e riportarci direttamente a un ideale regolativo molto astratto o addirittura alla purezza della democrazia. Forse rinvia direttamente al mito del *contratto sociale*, che sta sullo sfondo di una democrazia che si vorrebbe intensamente partecipata, e che interpreta, appunto, la partecipazione diretta come *la* modalità democratica per eccellenza e l'opzione della rappresentanza come un *second best*<sup>15</sup>. Sebbene possa sembrare inspiegabile la persistenza di un tale fascino, è pur vero che le lezioni della storia sono molto difficili da imparare, per tutti i popoli, e così risorgendo le fazioni si costruiscono nuovi nemici fra i quali troviamo anche l'intera rappresentanza politica. La stessa idea in sé di rappresentanza viene descritta come un'espropriazione illegittima del potere decisionale del *popolo*. Anche se, a ben guardare, è molto probabile che tale *filtro* agisca, al contrario, come strumento fondamentale del sistema politico, per distinguere tra voto e deliberazione<sup>16</sup>.

Come osservava Laporta nel suo articolo del 2005, forse un sintomo del problema è la distorsione dell'argomentazione che si produce con un «*lenguaje ampuloso y metafórico [...] "El pueblo ha hablado"; "los franceses se rebelan"; "España ha dado un sí rotundo"*»<sup>17</sup> tipico dell'odierno discorso populista. Con questo linguaggio si suggerisce l'esistenza di un «*cuerpo electoral en un todo viviente que habla, quiere y decide*»<sup>18</sup>. Questo è il presupposto seducente. Comunque, a parere del professore spagnolo, la virtù del referendum

«*no es más que el sometimiento de una cuestión a cada uno de los miembros individuales de un cuerpo electoral. Si la cuestión es clara (pena de muerte sí o no, Chirac sí o no, por ejemplo) es un buen método para saber no lo que piensa el pueblo o lo que piensa Francia, sino lo que piensa sobre esa cuestión la mayoría de quienes tienen derecho de voto o la mayoría de los franceses adultos. Y aquí se acaban las virtudes del referéndum*»<sup>19</sup>.

Infatti, se il popolo fosse consultato su una questione complessa, invece di vedersi rivolgere una semplice domanda, qualcosa «*como el contenido de un texto constitucional o de un tratado como el de la Unión Europea*»<sup>20</sup>, tutte le virtù verrebbero meno. Non condivido questa distinzione proposta da Laporta. Credo che la formulazione di una domanda che linguisticamente abbia la possibilità di ricevere un semplice sì o no, non ci dica nulla sulla complessità che dovrebbe essere sondata per decidere la questione. In questo senso, che si tratti di approvare un trattato, di costruire una fabbrica in un determinato luogo o di avviare una miniera, non fa molta differenza, niente oggi sembra abbastanza semplice<sup>21</sup>. Le questioni proposte per essere decise direttamente dal *popolo* avrebbero bisogno di una deliberazione sviluppata con coscienza, per cui il *popolo* dovrebbe avere molte informazioni per conoscere tutti i dati rilevanti e così sviluppare varie previsioni, con i diversi fattori, e solo alla fine po-

*elettronica e libertà dei dati tra sistemi elettorali e WikiLeaks*, Modena, Mucchi Editore, 2011; L. Corchia, *La democrazia nell'era di Internet*, Firenze, Le lettere, 2011; J.L. Martí, *Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa*, in *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 6, 2008, pp. 3-12; D. Pitteri, *Democrazia elettronica*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

15 In modo differente, ma il punto sembra in qualche misura presupposto anche da B. Celano, *Rule of law e particolarismo etico*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016, 237-285.

16 N. Urbinati, *Representative Democracy*, Chicago-London, University Chicago Press, 2006.

17 F. Laporta, *El referéndum y la falsa seducción*, cit.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 Conforme alla perplessità espressa da me nel testo sembra adesso anche lo stesso Laporta, cfr Id., *Sobre la remota existencia del pueblo y otras incógnitas del referéndum*, inedito in via di pubblicazione in *Teoria politica*, 2020.

trebbe scegliere<sup>22</sup>: ma tutto ciò di solito manca negli appelli al *popolo* (per non dire nei sondaggi). Le tante differenze di prospettiva e di obiettivi che normalmente animano la cittadinanza non sembrano essere riassunte in una semplice aggregazione di sì/no. La maggioranza, anche se la decisione del *leave*<sup>23</sup> appare come un "tutto", non ha invero unità: alcuni hanno votato per lasciare l'Europa, altri perché non amano gli immigrati, altri perché il prezzo della benzina è aumentato o perché ritengono che il sistema scolastico fosse migliore prima. Voglio dire che non c'è nulla di omogeneo nell'aggregazione dei voti, così come gli obiettivi perseguiti dai votanti sono distanti l'uno dall'altro. È vero che sembra un voto *rotundo*, senza sfumature, perché tutti coloro che si sono lamentati di qualcosa hanno avuto l'opportunità e la possibilità di dire "no" tutti insieme, anche se lo hanno fatto per cose diverse. Come osserva Laporta, «[d]e hecho, no es aventurado pensar que, votadas una a una las diferentes posiciones del no, todas hubieran salido derrotadas en un referéndum. Lo que las hace triunfar es precisamente la posibilidad de contarse juntas, ya sean churras, ya merinas»<sup>24</sup>. Se le cose stanno così, è difficile non essere d'accordo con lui: non c'è molta democrazia nel «procedimiento de meter en el saco del sí o del no toda la heterogénea, difícil y contradictoria vida de convicciones, intereses y pasiones de nuestras actuales sociedades»<sup>25</sup>.

Laporta ci spinge a guardare dietro ai discorsi che rivendicano la democrazia pura, osservando le fazioni e le passioni, "tesoro" per opportunisti e demagoghi. In effetti, le nostre società, anche se hanno la forza della costituzione, sono così complesse che spaventano molti, preoccupati di non avere il controllo su ciò che accade intorno a loro. Pertanto, poiché la ricerca di soluzioni semplici è qualcosa che ci viene naturale, i demagoghi le presentano come assolutamente fattibili, indipendentemente dal fatto che la complessità della società contemporanea le permetta davvero, o che servano sul serio a risolvere qualcosa<sup>26</sup>: negare le tante variabili e i controeffetti che ogni possibile soluzione implica è qualcosa di arduo e difficile, considerare queste variabili costringe a valutazioni sfaccettate<sup>27</sup>. Per dar senso all'incremento degli strumenti di democrazia diretta delle nostre organizzazioni giuridiche, ritengo sarebbe necessaria una "formazione deliberativa" del "popolo", senza di essa l'uso dello strumento decisionale diretto può diventare supererogatorio per la cittadinanza o, addirittura, dannoso per i diritti e strumento di manipolazione.

### 3. Democrazia, costituzionalismo, diritti

«Democracy means [...] that each and every citizen ha[s] an equal and meaningful chance to take part in lawmaking and to address the assembly. The citizen ha[s] the right to participate (isonomia) as well as to speak on matters of state importance (is egoria)»<sup>28</sup>. Tuttavia, a causa della tipica intermittenza

22 Amplia è la letteratura sul tema della democrazia deliberativa, mi limito a ricordare J.L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

23 Il 23 giugno 2016 si è tenuto in UK e Gibilterra il referendum sulla permanenza (o meno) del Regno Unito nell'Unione europea. Un referendum consultivo non vincolante che ha visto vincere il *leave* con il 51,89%, contro il *remain* al 48,11%, evidenziando invero una spaccatura fra i paesi del Regno, fra nord e sud, fra città e campagna.

24 F. Laporta, *El referéndum y la falsa seducción*, cit.

25 *Ibidem*.

26 Un poco trivialmente, basta pensare alla complessità di gestire la raccolta dell'immondizia in una grande città contemporanea.

27 E senza entrare nel dettaglio di come ogni possibilità corrisponda, inoltre, agli interessi di gruppi e individui.

28 N. Urbinati, *Representative democracy. Principles and genealogy*, Chicago, Chicago Press, 2006, p. 2.

che caratterizza le nostre democrazie, non è difficile trovare chi sottolinei il paradosso di pensarla come «a "government by discussion" in which public speaking and voting for representatives (rarely on issues) are the only direct formal rights adult citizens are always entitled to»<sup>29</sup>. Nonostante le indubbe difficoltà, l'esistenza del filtro della rappresentanza politica per molti si lega al rifiuto di poter/dover accettare la riduzione della democrazia al conteggio dei voti, dopo aver constatato l'impossibilità di una partecipazione diretta alla deliberazione. La stessa rappresentanza politica, in questa prospettiva *rappresentativa*, si presenta come uno strumento adatto alla tutela delle minoranze che, d'altra parte, si rivelano fondamentali, anzi necessarie, per l'esistenza stessa della democrazia<sup>30</sup>.

La convinzione che gli strumenti di partecipazione diretta, come il referendum, siano "più vicini" all'essenza democratica si basa su un paradigma, trasmesso dall'epoca borghese rivoluzionaria<sup>31</sup>, dove la decisione veicola una precomprensione che mette in stretta relazione la *mancaza di filtri* e *l'immediatezza*<sup>32</sup>. Questo, a sua volta, favorisce il collegamento tra *immediatezza* e *originalità, natura, sincerità* della decisione presa. Il quadro concettuale si completa con una nozione di autonomia di natura individualistica: la persona autonoma sa sempre ciò che è bene per sé, indipendentemente da tutto il resto. Essere autonomi, in questa prospettiva, è avere la capacità di decidere al di fuori di qualsiasi condizionamento, direi nel vuoto<sup>33</sup>, o di prendere decisioni basate esclusivamente sulle proprie risorse – concepite come qualcosa di originario e separato dall'ambiente, che fioriscono senza condizionamenti, fino a diventare pensiero e parole. Un'idea di autonomia che mi pare direttamente correlata a quella di sovranità politica utilizzata nel discorso pubblico contemporaneo, anch'essa caratterizzata da immediatezza e da essenzialismo, da volontarismo: incentrata sul momento della decisione come unico rilevante, benché si richiami all'esistenza di un collettivo, che però rimane sullo sfondo, perché è *l'uno* che decide. Secondo il modello individualistico, infatti, tutte le caratteristiche rilevanti, affinché una persona partecipi alla vita collettiva (siano l'intuito o le sue capacità), sono indipendenti dal contesto sociale e sono in grado di dimostrare *l'essenza*<sup>34</sup> del soggetto.

La letteratura, tuttavia, ha da tempo sviluppato strumenti teorici per dar conto della maggiore complessità della realtà e con ciò della necessità di dotarsi di una nozione di autonomia ben più sfaccettata di quanto veicoli quel modello semplicistico. Mi limito a rinviare, ad esempio, al concetto, più ricco ed elaborato, di *autonomia relazionale*, locuzione che indica un insieme di prospettive che mettono al centro della riflessione una nozione di persona umana naturalmente «*socially embedded*»<sup>35</sup>, una persona, cioè, che non vive e decide nel vuoto<sup>36</sup>, giacché l'identità di ciascuno è il risultato di un contesto di relazioni che inevitabilmente modellano la persona, «*by a complex of intersecting social determinants, such as race, class, gender, and ethnicity*»<sup>37</sup>. La prospettiva relazionale analizza le implicazioni intersoggettive, sociali, della dimensione del *self* e dell'identità «*for conceptions of indivi-*

29 Ivi, p. 3.

30 Rinvio all'interessante riflessione sul tema della rappresentanza politica di Andrea Greppi già ricordata.

31 Amplia la letteratura, rinvio alla già ricordata opera di Urbinati.

32 N. Urbinati, *Representative democracy. Principles and genealogy*, cit., p. 7.

33 S. Pozzolo, *Avvistamenti dall'isola che non c'è*, in M. Maldonado y P. Luque, *Discutendo con Bruno Celano*, in via di pubblicazione presso Marcial Pons (Madrid, 2020).

34 Fra le molte riflessioni sul tema, mi fa piacere ricordare, S. Figueroa Rubio, *Adscripcion y reaccion. Responsabilidad juridica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 82.

35 C. Mackenzie, N. Stoljar, *Introduction*, in Id. (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford, Oxford UP, 2000, p. 4.

36 S. Pozzolo, *Avvistamenti dall'isola che non c'è*, cit.

37 C. Mackenzie, N. Stoljar, *Introduction*, cit., p. 4.

*dual autonomy and moral and political agency*»<sup>38</sup>.

A partire dalle persone reali, dunque, non necessariamente razionali né coscientemente autointeressate, la democrazia diretta sembra poter rappresentare qualcosa di supererogatorio: la società contemporanea globalizzata presenta un grado di complessità davvero notevole e l'opportunità di prendere decisioni in un reale contesto deliberativo pare quantomeno un obiettivo molto lontano nel tempo.

### 3.1. Costituzione, costituzionalismo democratico e referendum

#### 3.1.1. Costituzione e democrazie

Considerando i modelli di democrazia sopra delineati, ma osservandoli da un punto di vista più architettonico, per così dire, e sempre schematizzando molto, si possono immaginare due poli opposti, posizionati lungo un filo comune, sul quale si trovano molti modelli giuridici che presentano fra loro differenze graduali, avvicinandosi o allontanandosi dai margini polari. Chiamo un polo *liberale* e l'altro *repubblicano*<sup>39</sup>, sempre schematizzando o semplificando fortemente per poter immaginare delle proiezioni al modificarsi del grado di democrazia diretta in essi prevista, per valutare i relativi effetti sui diritti fondamentali. Ciò che rileva, cioè, è quale grado di democrazia diretta può sopportare il sistema costituzionale dei diritti, come possibile e legittimo. Idealmente, nel polo liberale ci sarà un basso grado di democrazia diretta. Esso, infatti, si fonda sull'idea del *coto vedado*<sup>40</sup>, cioè sulla capacità del sistema di tracciare limiti e costruire spazi liberi da norme eteronome, producendo aree di autonomia e di decisione individuale. In questa prospettiva, gli strumenti della democrazia diretta tendono ad accentuare le decisioni di gruppo che contrastano con, o s'impongono su, l'autonomia individuale. All'altro capo del filo, il polo repubblicano, al contrario, idealmente presenterà un grado piuttosto elevato di democrazia diretta. Il suo cuore si radica nella deliberazione collettiva, che si fonda sul consenso dei partecipanti, il suo scopo non è tanto la protezione e lo sviluppo della libertà individuale, quanto piuttosto il bene di tutti attraverso il gruppo: la sua architettura è pensata per ottenere una decisione di gruppo per il c.d. bene collettivo<sup>41</sup>.

Declinando la riflessione entro il quadro del costituzionalismo contemporaneo, il modello liberale si trova direttamente legato ai diritti umani, ossia all'idea che l'umanità abbia dei diritti prima dell'istituzione politica in cui vive e, infatti, lo scopo dell'ordinamento è qui quello di costruire uno spazio in cui le persone possano fiorire liberamente. La dignità, ma più in generale il riconoscimento della persona come essere umano, implica che *esistano* dei diritti<sup>42</sup>. In questo contesto, la comunità non può avere il potere di, né può essere delegata a, prendere decisioni che incidano su questi diritti se non per proteggerli e ampliarli. Il *coto vedado* garantisce la persona contro la maggioranza e, poiché i diritti sono un'attribuzione previa, la comunità non può legittimamente toglierli: questa possibi-

38 Ibidem.

39 Analoga scelta mi pare si trovi in J. Habermas, W. Rehg, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, in *Political Theory*, Vol. 29, 6, 2001, pp. 766-781.

40 Assumendo come paradigmatica di tutta un'area di pensiero, rinvio alla ben nota proposta di Ernesto Garzón Valdés, per esempio, Id., *Algo más acerca del «coto vedado»*, in *Doxa*, 6, 1989, pp. 209-213.

41 Forse anche alcuni comunitaristi si potrebbero riconoscere in questo modello.

42 L'idea dei diritti umani è un prodotto storicamente recente, ma il riconoscimento di caratteristiche che qualifichino le persone come umane o somiglianti a chi ha il potere di riconoscimento è un dato storico.

lità costituirebbe una violazione della dignità della persona, del suo riconoscimento sul piano dell'uguaglianza. I diritti funzionano esattamente come strumenti *contro* la maggioranza, nel senso che rappresentano una sorta di esoscheletro che difende la persona dalle imposizioni dell'altrui, contrapposta, volontà. La costituzione a questo fine include i diritti. Il modello repubblicano, invece, tendenzialmente si troverebbe ad affermare che la maggioranza è sovrana: la volontà che si forma nella deliberazione collettiva, e produce la decisione politica, deve avere la priorità su qualsiasi altra ragione individualistica. Il consenso e la partecipazione sono ciò che si trova alla base di tutte le decisioni politiche, quanto espresso attraverso il voto deliberativo definisce ciò che deve essere, quindi, può anche togliere o rimodulare al ribasso i diritti fondamentali precedentemente riconosciuti<sup>43</sup>.

Mentre il polo liberale definendo uno spazio vuoto si trova a dover porre dei limiti alle azioni altrui, e quindi sembra più facilmente estendere la protezione dei diritti di tutti compatibili con i diritti altrui, il polo repubblicano definendosi sulla centralità del bene comune, che viene identificato attraverso una decisione politica collettiva, sembra più facilmente ridurre lo spazio di protezione del singolo e della sua libertà. I due poli sono abbozzati al solo scopo di orientare la riflessione cedendo di individuare i margini di legittimità nello sviluppo delle politiche pubbliche e il grado di democrazia diretta che risulta al loro interno supportabile in relazione alla tutela dei diritti. In modo impuro, infatti, entrambi si trovano nelle costituzioni contemporanee che, a seconda delle circostanze, l'interpretazione orienta poi più verso l'uno o l'altro polo<sup>44</sup>.

### 3.1.2. Democrazia costituzionale: solo un apparente ossimoro

La maggior parte delle nostre costituzioni presenta diverse combinazioni per l'equilibrio delle maggioranze/minoranze, prevedendo sia strumenti di democrazia diretta sia diritti fondamentali. Se si assume una teoria dell'interpretazione anche solo vagamente realista è difficile non riconoscere la rilevanza del momento interpretativo che concretizza le norme, non meno quelle costituzionali<sup>45</sup>: il signi-

<sup>43</sup> In questo polo, quando il livello della *deliberazione* è troppo basso, il referendum si inserisce bene come strumento che permette la mera conta dei voti, che si considerano per sé soli una chiara manifestazione pubblica della volontà collettiva, che può anche minare i diritti.

<sup>44</sup> È bene osservare come entrambi i modelli (o poli) non siano esenti da difficoltà. Ad esempio, tenendo conto che, per quanto raccolti in disposizioni giuridiche, i diritti fondamentali vengono considerati come *principi* e non come *regole*, non si può evitare di notare come la loro concretizzazione tenda ad essere una variabile dipendente in larga misura dalle circostanze concrete e contingenti che si profilano nei diversi momenti. In un polo liberale estremo, si potrebbe avere dubbi su chi abbia la legittimità di concretizzare tali diritti astratti. Mentre in un polo repubblicano questo sarebbe chiaro, poiché tutto dipende dalla maggioranza che decide direttamente ogni questione politica, diritti compresi, ma dal canto suo, una tale prospettiva non tarda a confrontarsi con le difficoltà dell'attuazione di una democrazia diretta che, in una versione estrema, può correre il rischio di eliminare i diritti, proprio perché incapace di tutelare le minoranze. Ma quest'ultimo polo estremo non rientrerebbe neppure nel nostro modello costituzionalizzato. Considerando ciò che ha avuto successo nelle nostre carte costituzionali, si può notare: da un lato, il polo liberale ha fatto i conti con la necessità che le decisioni democratiche possano essere prese collettivamente sui diritti, per declinarli in leggi concrete o che un tribunale ne precisasse la portata; dall'altro, il polo repubblicano ha visto limitare gli strumenti della democrazia diretta accettando la rappresentanza politica e le limitazioni della maggioranza, cioè i diritti. Osservando da quest'ultimo punto di vista, dato che il grado di partecipazione diretta diminuisce, il modello della democrazia rappresentativa (costituzionale) costituisce, come ho già rilevato, un *second best*. Al contrario, guardando dal polo liberale, la mediazione politica dei rappresentanti tende ad acquisire un valore positivo specifico basato sull'esistenza delle minoranze, assunte a loro volta come qualcosa di essenziale per la democrazia.

<sup>45</sup> Non mi soffermo sul punto e rinvio alla vasta letteratura in argomento, in particolare alle teorie dell'interpretazione che

ficato del diritto positivo deve essere concretizzato in norme, ad esempio andrà specificato come il diritto alla libertà di espressione non arrivi (o sì) a legittimare l'offesa ad un'altra persona<sup>46</sup> e così via. Entrambi i modelli lasciano, dunque, in qualche misura alla maggioranza il potere di definire i diritti fondamentali, anche in un sistema giuridico costituzionalizzato, però, mentre nel polo repubblicano ciò avviene di *default*, potrebbe essere più problematico definire la questione nel polo liberale.

Dato che uno degli obiettivi e delle funzioni dei diritti costituzionali è quello di garantire le minoranze, mi sembra interessante valutare come la mutevole maggioranza riesca a definire i diritti in modo ragionevole, di fronte all'odierna crescente richiesta di riconoscimento di gruppi. Cioè mi pare utile riflettere su quali strumenti dell'architettura istituzionale si mostrino più o meno adatti, considerando anche come la frammentazione dell'arena pubblica consenta la manifestazione degli interessi in conflitto che producono un crescente numero di casi difficili. Come può una variabile minoranza costituita a maggioranza rendere concreto in modo ragionevole il dettato costituzionale? Non è certo una domanda nuova. Ancora una volta, rinvia al problema della tirannia della maggioranza, un argomento che non sembra passare di moda, e si relaziona all'uso degli strumenti espressivi della democrazia.

### 3.2. Una questione di accento

Sebbene le nostre carte costituzionali riconoscano i diritti fondamentali sia agli individui sia ai gruppi, è pur vero che solo alcune minoranze sono pienamente riconosciute; altre rivendicano ancora l'uguaglianza (ad esempio le donne, i gruppi LGBTI<sup>47</sup>). Identificando le nostre costituzioni democratiche come casi lungo la linea fra i poli liberale e repubblicano, quando il modello s'inclina verso il secondo polo pare più facile produrre un ambiente di tipo populista, mentre quando la tendenza è verso il primo polo pare restare maggiormente centrale il *rule of law*<sup>48</sup>. Infatti, se assumiamo, come sembra fare la letteratura, che il tratto caratteristico dei sistemi giuridici contemporanei siano i diritti, mi pare sia piuttosto intuitiva la loro vicinanza al polo liberale, giacché essi hanno, fra altre, la doppia funzione di garantire la persona (piano individuale) e di limitare la democrazia (piano collettivo): i diritti non sono regole al servizio della democrazia del voto ma, al contrario, è la democrazia elettorale che deve servire i diritti fondamentali. Orbene, se così stanno le cose, mi pare che la funzione dei rappresentanti agisca come un filtro, offrendo la distanza fra il contenuto che occasiona la risoluzione politica e la stessa decisione politica, offrendo insomma il tempo per pensare e deliberare. Dalla prospettiva di questo polo, la rappresentanza assume un valore anche perché protegge la cittadinanza da scelte irresponsabili<sup>49</sup>. In questo contesto istituzionale, alla decisione democratica è naturalmente impedita l'eliminazione di un diritto, giacché non ha alcuna legittimità per farlo. Vero è che in dottrina e in giurisprudenza, per modulare la (il)legittimità dell'intervento, è stato concettualizzato in talune occasioni il c.d. "contenuto minimo" dei diritti, un limite che non può essere intaccato senza determinarne la

---

con varia modalità sottolineano il ruolo degli interpreti, mi limito a ricordare il realismo genovese di Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni.

46 Fra l'ampia letteratura, B. Marciani Burgos, *El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el estado Constitucional de derecho*, en A. Ródenas, *Repensar los derechos humanos*, Lima, Palestra, 2018, pp. 221e ss.

47 Mi permetto l'uso di questa formula per riferirmi a tutto l'universo LGBTQIAPK.

48 Sul *rule of law*, fra l'ampia letteratura, ricordo il lavoro di F. Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011.

49 Nella democrazia diretta, pensiamo all'esercizio di un referendum, non c'è mai un responsabile perché "tutti" sono responsabili. Vedi nota 51.

violazione<sup>50</sup>. Ovvero, gli interpreti, a partire dall'area indeterminata che grava su ogni diritto fondamentale, propongono una ridefinizione, che può essere anche una sua contrazione, oltre la quale il diritto risulta violato, ma fino a tale limite si legittima l'intervento. Non è affatto chiaro cosa questo significhi esattamente, né quale sia questo contenuto minimo, ciò che pare certo è il veicolare la percezione che la contrazione del diritto non costituisca una sua violazione. In caso contrario il sistema ne avrebbe un danno irreparabile, giacché i diritti nel giuridico-politico contemporaneo costituiscono i prerequisiti stessi della democrazia, non il suo effetto, né il suo risultato<sup>51</sup>: i diritti in qualche misura precedono l'associazione politica.

Se in questo quadro costituzionalizzato si accentuasse la dimensione *repubblicana* si ridurrebbe la forza della costituzione, giacché aumenterebbero le possibilità e le probabilità che la sovranità popolare possa legittimamente decidere *contro* i diritti della minoranza: più la maggioranza è forte, più il legislatore si trova svincolato dall'obbligo costituzionale. Mentre in un sistema costituzionale forte, il legislatore, al contrario, assomiglia di più a un *amministratore*, perché il quadro della sua libertà d'azione dispositiva risulta ben delimitato dalla carta fondamentale. In breve, all'aumento di strumenti di democrazia diretta sembrerebbe corrispondere una restrizione del *rule of law*: la maggioranza rafforza la percezione della legittimità per decidere ciò che è fondamentale.

Nell'area centrale di ciascun modello, che sarà la più stabile, avremo i due tipi paradigmatici di costituzionalismo populista o repubblicano e/o rappresentativo o liberale: se si accentua il peso della democrazia diretta nel sistema repubblicano mi pare che la spinta sia verso i margini esterni dell'area di stabilità, perché il modello si allontana rapidamente dall'area di equilibrio costituzionale, dove la tutela della minoranza è fondamentale per limitare ogni azione della maggioranza. In un sistema di taglio più liberale non mi pare si determini analogo effetto, grazie alla presenza dei freni e dei contrappesi che lo caratterizzano in ragione dei diritti e della tutela delle minoranze. In questo quadro, gli strumenti di democrazia diretta che vengono introdotti o attivati (ad es. un referendum), essendo limitati dai diritti, strumenti volti precisamente a limitare la maggioranza, non spostano il modello fuori dall'area di stabilità, tutt'al più lo avvicinano a quello repubblicano, ma il rischio di instabilità è decisamente minore perché il *rule of law* garantisce il sistema nel suo complesso. Ne consegue che all'aumento della democrazia diretta corrisponderà (probabilmente) un maggiore *judicial review* (cioè un maggior controllo costituzionale della legge<sup>52</sup>) o l'attivazione di un qualche altro contropotere. Come in un puzzle ogni pezzo contribuisce al quadro definitivo, nella democrazia costituzionalizzata incentrata sui diritti, sarà un potere limitato e frazionato che, riunito, produrrà la decisione legittima. Questa democrazia costituzionalizzata è il risultato di una serie di attività istituzionali diverse, che non possono essere ridotte al conteggio dei voti, né al semplice potere dei rappresentanti<sup>53</sup>, né a quello

50 Sul punto, per una discussione sulla regola del pareggio di bilancio, *Crisi economica, politiche pubbliche e diritti fondamentali*, sezione monografica, *Ragion pratica*, 2017, 49, in particolare l'articolo di H. Corti, *Fundamental rights and financial constraints four aspects of the budgetary issue*, pp. 351-374.

51 Fra vari, mi permetto di rinviare a S. Pozzolo, *Interpretacion por principios y derechos*, in *Justicia y proceso en el siglo XXI*, G. Priori Posada (ed.), Lima, Palestra, 2019, 759-774; Id., *Un costituzionalismo dei diritti deboli?*, in *Notizie di Politeia*, XXXIV, 132, 2018, pp. 234-239; Id., *Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía*, cit.

52 Come già segnalato, l'uso degli strumenti di democrazia diretta, almeno nei nostri ordinamenti giuridici, non rende politicamente responsabili i votanti perché l'azione a nessuno può essere davvero imputata: nella maggioranza dei casi, le persone non saprebbero spiegare come rendere una legge ragionevole né argomentare le ragioni *pro* e *contro* una soluzione proposta, ecc. I casi che si rintracciano nella realtà mostrano come il dibattito generato non sia in grado di informare le persone per una deliberazione coscienziosa e libera dal pregiudizio ossia, non si sviluppano gli argomenti che dovrebbero darsi per un dibattito libero e informato.

53 Benché occorra considerare come la decisione parlamentare, al netto dei suoi difetti, preveda alcuni meccanismi di control-

del "popolo".

### 3.3. Accenti e diritti fondamentali

La preoccupazione per gli strumenti della democrazia diretta non è solo legata al problema della stabilità politica, ma anche alla questione della tutela dei diritti fondamentali. Infatti, la qualità della nostra democrazia, una volta stabiliti i diritti, dipende dal rispetto di queste regole e dall'equilibrio tra i valori di uguaglianza e di libertà che ne sono alla base<sup>54</sup>.

Anche se non sembra direttamente collegato ad argomenti populistici, alcuni usi dello strumento referendario potrebbero indicare o essere sintomatici del rischio di "tirannia della maggioranza", in particolare quando essi mettano in discussione i diritti fondamentali di gruppi tipicamente e storicamente esclusi o subordinati: si tratta di una vera e propria "sfida" per il *rule of law*, precisamente a partire dalla sua funzione di garanzia delle minoranze. Da una prospettiva costituzionalizzata, le maggioranze non possono peggiorare lo *status quo* delle minoranze – almeno non oltre il c.d. contenuto minimo dei diritti; ma quando si tratta di minoranze discriminate, le maggioranze hanno l'obbligo di migliorare il loro *status*? In altre parole, l'obbligo costituzionale stabilito dalle carte che raccolgono diritti fondamentali è soddisfatto semplicemente non peggiorando la condizione di questi gruppi oppure il sistema della democrazia costituzionale pretende qualcosa di più?

A me sembra che le carte fondamentali debbano essere interpretate come un obbligo attuale ma con uno sguardo verso il futuro. Forse adottando uno spirito alla Luigi Ferrajoli<sup>55</sup>, cioè, mi pare si possa sostenere che i diritti fondamentali siano stati raccolti nelle carte costituzionali anche perché storicamente ciò che stabiliscono e difendono è stato violato. La positivizzazione mira, dunque, a garantire che da lì innanzi quanto scritto debba non solo essere rispettato, ma anche reso concreto. Se questo è il caso, non solo la maggioranza non potrebbe peggiorare i diritti esistenti, ma dovrebbe intervenire per espanderli, almeno fino a quando non siano soddisfatti i valori di uguaglianza e di libertà che si trovano alla base del sistema (*pro-futuro*).

Questa prospettiva induce a considerare più da vicino le ragioni che stanno alla base delle modifiche dei diritti. Ad esempio, immaginando che in Italia il diritto al divorzio, previsto da una legge dal 1970, venga oggi abolito, è chiaro che una tale eliminazione si applicherebbe a tutti. Tuttavia, con questa rimozione, in verità solo per il gruppo di coloro che preferiscono avere la possibilità di divorziare si ridurrebbe il ventaglio di possibili piani di vita fra i quali scegliere. Mentre per coloro che non desiderano divorziare non si riduce né si amplia in alcun modo: dal cambio trarrebbero una maggiore soddisfazione solo coloro che hanno la preferenza per un sistema giuridico che non preveda tale possibilità per nessuno. È bene allora osservare che se, da un lato, la norma che stabilisce il diritto al divorzio amplia lo spazio di autonomia decisionale delle persone, trattandole con uguale rispetto e considerazione – come fini in sé –, senza nulla imporre a chi preferisce non divorziare che potrà continua-

---

lo del gioco, come lo stesso dibattito parlamentare, che aumentano (anche se non garantiscono il risultato) il livello della deliberazione. Al di sopra di questo livello, una corte costituzionale incrementa la garanzia dello stato di diritto, controllando anche le domande dirette rivolte al *popolo* e i loro possibili effetti.

<sup>54</sup> Per una brevissima discussione sui rischi di non considerare i valori a fondamento del sistema, mi permetto di rinviare a S. Pozzolo, *Un costituzionalismo dei diritti deboli?*, cit.

<sup>55</sup> Fra i tanti lavori, L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, in *Revus*, 18, 2012, pp. 69-124; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5-40; per una critica G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali Una critica a Luigi Ferrajoli*, in "Filosofia politica", 2010, 2, pp. 287-306.

re a non farlo, rafforza la libertà – benché certo s’imponga contro la mera preferenza di chi desidera un sistema giuridico senza quel diritto–. Dall’altro lato, eliminando il diritto al divorzio dal sistema, oltre a determinare una contrazione dello spazio di libertà in sé, imporrebbe solo a chi vuole divorziare di non farlo, trattando queste persone come *mezzi per i fini* di chi ha la preferenza per un sistema ridotto di diritti<sup>56</sup>. Orbene, se guardiamo al sistema dal punto di vista dei diritti – intesi come strumenti per aumentare l’uguaglianza e la libertà –, si noterà che sul piatto della bilancia avremo, da un lato, la sottrazione di un diritto mentre, dall’altro, la soddisfazione di una mera preferenza. Mi sembra che questo possa offrire una chiave di lettura per giudicare le politiche e la loro capacità di tutela dei valori di uguaglianza e libertà, e con ciò valutare anche alcuni possibili usi degli strumenti di democrazia diretta. In Slovenia nel 2015 si determinava una situazione analoga all’esempio proposto grazie all’uso di un “*referendum contro*”: a marzo, il Parlamento approvava una legge che riconosceva il matrimonio ugualitario; a dicembre, un referendum popolare abrogativo diceva “no”, abrogando la legge. Orbene, se i pesi posti sulla bilancia poc’anzi proposta sono attendibili, la Slovenia con il referendum aveva ridotto le possibilità giuridiche per tutti i suoi cittadini, invero producendo una contrazione solo per il gruppo che aveva un partner dello stesso sesso e voleva sposarsi<sup>57</sup>. Potremmo dire che veniva così soddisfatta la mera preferenza di coloro che non volevano un ordinamento che contemplasse tale diritto. Tuttavia, se riconsideriamo la sollecitazione di Laporta circa il funzionamento dello strumento referendario nelle nostre democrazie (di fatto *non deliberative*) anche la soddisfazione di quella preferenza è dubbia.

Riflettendo sulle possibilità giuridiche offerte dall’ordinamento, prendo le mosse da quelle correlate o che possono derivare dai diritti fondamentali e che, in definitiva, concretizzano la massima kantiana di trattare le persone come un fine e non come un mezzo, rafforzando appunto i valori dell’uguaglianza e del rispetto di ogni persona per sé stessa, oltre ai valori di libertà, autonomia e protezione<sup>58</sup>. Con un tale criterio normativo, certamente solo indicativo, mi pare si possa tentare di valutare anche le richieste di riconoscimento dei gruppi (esclusi o subordinati), attribuendo nuovi diritti o ampliando quelli già esistenti<sup>59</sup>. Mentre il riconoscimento del diritto al matrimonio sembrerebbe soddisfare la massima del pari rispetto, non violandola per altri, la sua sottrazione parrebbe trattare le persone cui viene tolto il diritto come un mezzo per la soddisfazione di una mera preferenza altrui, senza che il gruppo contrario al riconoscimento sia a sua volta salvaguardato dall’essere usato come mezzo. Il bilanciamento nei diversi casi può certo essere molto più complesso dell’esempio proposto<sup>60</sup>; sottrarre o aggiungere norme implica sempre una modifica del sistema giuridico esistente, ciò

56 Per alcune riflessioni che cercano di evidenziare come il diritto rischi o talvolta consideri le persone come mezzi anziché fini mi permetto di rinviare a S. Pozzolo, *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género*, in *Isonomia*, 51, 2019, 1-28; Id., *Some observations on the standard balancing theory*, relazione presentata all’*International seminar on the Philosophy of Robert Alexy*, tenutosi presso l’Università della Magna Grecia il 12.06.2019, i cui atti sono in corso di stampa sulla Rivista di Filosofia del diritto.

57 A gennaio 2017 il Parlamento ha dettato una nuova legge (in vigore dal 24 febbraio) riconoscendo il matrimonio ugualitario. Questo sloveno si presenta come uno di quelli segnalati da Laporta: guardando ai votanti e al dibattito pubblico che si è sviluppato, sembra certo che, almeno per una buona parte del voto negativo, le ragioni contro erano dirette a negare la possibilità di adozione da parte delle coppie *same sex* e non verso il matrimonio. Se si fossero proposte diversi quesiti forse il risultato sarebbe stato differente.

58 Una proposta teorica che mi pare tener conto di questi aspetti si trova in B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013.

59 Occasionalmente, questo può comportare anche la rimozione di quello che fino ad ora un gruppo considerava un diritto, quando invero era un privilegio, perché contribuiva a trattare le persone come mezzi e non come fini.

60 E la complessità vale anche per questioni che apparentemente non coinvolgono così tanto il piano morale: Immaginiamo

che pare utile è trovare strumenti che possano guidare nella valutazione dei mutamenti: realizzare la tutela dei diritti significa assumere una visione multiprospettica che mantenga i valori fondamentali della filosofia dei diritti e soprattutto il pieno rispetto delle persone.

#### 4. Come conclusione, provvisoria

Riflettendo sull'uso degli strumenti della democrazia diretta nei sistemi democratico-costituzionali, penso che sia importante concentrarsi di più sulle domande e meno sulla volontà del "popolo". Mi spiego. Può accadere, come è successo in Slovenia, che il riconoscimento di un nuovo diritto influisca su una preferenza di una maggioranza, tuttavia, dall'analisi condotta risulta evidente come, nell'ambito dello stato costituzionale, i diritti abbiano la precedenza. Sul piano degli strumenti interpretativi, mi sembra utile sottolineare che (i) quando la domanda, che viene proposta al "popolo" con il referendum, mira a negare il riconoscimento di un diritto – cioè la tutela di un valore che è volto a rafforzare la considerazione delle persone come fini senza trattare altri come mezzi – (ii) intacca un valore costituzionale – in questo caso l'uguaglianza e la libertà–, evitando di estendere la protezione delle persone – in questo caso a gruppi finora esclusi–, (iii) senza ridurre i diritti di altri – nessuno è ridotto a mezzo per un fine–, allora, (iv) probabilmente fin dal principio la stessa richiesta era al di fuori della protezione costituzionale. In casi come quello esemplificato, l'appello al "popolo" propone un mero *referendum contro*, cioè si utilizza lo strumento democratico per contestare i diritti di una minoranza, determinando così una sorta di antinomia nel sistema costituzionalizzato, se non vengono rafforzati i relativi contrappesi.

Purtroppo, in un momento di crisi politica e di populismi diffusi, come si notano oggi in Europa, gli strumenti della democrazia diretta<sup>61</sup> sembrano spesso essere armi usate (paradossalmente) *contro* l'espansione dei diritti e della stessa democrazia, anziché rappresentare la garanzia di un equilibrio del sistema costituzionale<sup>62</sup>. Frequentemente non si tiene in debito conto di come la minoranza abbia maggiori difficoltà a raggiungere la generalità della cittadinanza<sup>63</sup>. E se si considera, come già segnalato prima, che l'aggregazione dei voti di un referendum non è un voto senza ombre, la tirannia della maggioranza può avere più ampi margini di azione: ne risultano tendenzialmente facilitati gli argomenti e le credenze *contro* gli altri, *contro* le minoranze – o i gruppi tradizionalmente subordinati ed esclusi–, poiché accentuano la percezione del cambiamento e l'incertezza sociale. Credo che la riflessione giuridica, a partire dal quadro normativo del costituzionalismo, potrebbe (forse dovrebbe) trovare strumenti teorici utili per orientare le valutazioni in questi casi e l'interpretazione costituzionale in un quadro coerente con la massima kantiana. Alla fine dei conti, si tratterebbe *solo* di affinare gli

---

banalmente come sia complesso decidere se e dove costruire un termovalorizzatore.

<sup>61</sup> Strumenti come il referendum, ad esempio. Ma non solo, talvolta con maggior successo altri metodi come i sondaggi ottengono maggior successo, influenzando l'arena politica e legislativa, senza essere giuridici. Sul punto non posso che rinviare ancora a Stefano Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., che già vent'anni fa segnalava i problemi che oggi sembrano cresciuti in modo esponenziale.

<sup>62</sup> In questa direzione di "dialogo" o "bilanciamento" fra le funzioni del potere, più che di semplice gioco di potere/contropotere, sto riflettendo da tempo, ricordo per esempio il dibattito al *Tercer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho "La Justicia"*, organizzato dalla Escuela Judicial del Estado de México, a Toluca nel 2016 *El constitucionalismo regulativo de los derechos y la justicia*, in *Revista Ex Legibus*, 6, abril, 2017, pp. 21-56.

<sup>63</sup> La cittadinanza spesso ha un atteggiamento conservatore dinanzi al possibile cambiamento, giacché tutte le trasformazioni implicano anche rischi, e più il contesto è incerto, più si afferma la tendenza a evitarlo.

---

strumenti contro la tirannia della maggioranza, sulla base dello spazio del *coto vedado*, arricchito della prospettiva dello sviluppo dei diritti sociali e nel rispetto della dignità umana.