

Per una visione moderata della struttura della democrazia costituzionale

PAOLO SANDRO*

For a Moderate Vision of the Structure of Constitutional Democracy

Abstract: In this short reply, I address the comments by Antonia Baraggia and Susanna Pozzolo on my recently published book *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*. As to Baraggia's comments, I highlight what I take to be the gist of the argument put forward in the book about the common structure of modern constitutionalism and how the apparent differences between different models should be understood. As to Pozzolo's critical engagement, I contend that even her favoured legal realist approach – using the interesting concept of legal routines – cannot escape the internal tension of any legal realist attempt that purports to explain the area of legal determinacy.

Keywords: Constitutional democracy, Constitutionalism, Legal realism, Legal determinacy, Legal interpretation, Legal routines, Moderate cognitivism.

Ringrazio di cuore il Centro Studi Politeia per aver organizzato la presentazione del mio libro da cui questo simposio prende spunto e le colleghe Baraggia e Pozzolo per avere dedicato una parte del loro prezioso tempo alla lettura del mio libro. Si tratta del miglior riconoscimento possibile per tutto il lavoro che vi ho dedicato. In questa breve risposta ai loro commenti cercherò di sottolineare i punti in comune ma anche le differenze nelle nostre rispettive posizioni, soprattutto con riferimento al realismo giuridico di Susanna Pozzolo.

Comincio dall'analisi di Antonia Baraggia, che ringrazio per i generosi apprezzamenti all'opera e per aver sottolineato la rilevanza del mio lavoro in questo particolare momento storico, dove democrazie costituzionali – anche avanzate – stanno affrontando processi di decadimento democratico. Il mio libro, in questo senso, vuole tracciare una via di mezzo tra quegli approcci giusfilosofici (come quello di Martin Loughlin¹) che criticano il costituzionalismo moderno perché avrebbe 'svuotato' la democrazia e quelli invece che, alla stregua di Ronald Dworkin², assegnano alle corti il ruolo principale nella difesa dei diritti in una democrazia costituzionale.

Nel lavoro sostengo le seguenti tesi: innanzitutto, come sottolineato da Baraggia, che la legittimità di ogni sistema di controllo costituzionale delle leggi è necessariamente legata al contesto normativo-istituzionale. Da questo punto di vista, cioè, una

* Lecturer in Law, University of Leeds.

teoria costituzionale che impone uno stesso modello di revisione costituzionale (o della sua assenza, come nei sistemi di democrazia parlamentare assoluta di matrice anglosassone) per tutte le giurisdizioni nazionali è, a mio avviso, fallace in partenza. Questo perché ogni modello di revisione costituzionale – ed i suoi processi e potenziali esiti – è più o meno legittimo a secondi diversi fattori: per esempio, dal grado di rigidità costituzionale delle norme in costituzione, dalla semplicità o meno dei processi di revisione costituzionale, fino alla composizione e meccanismo di nomina dei giudici stessi che siedono nella corte costituzionale o suprema. In sostanza, nel secondo capitolo del libro mostro che molta della teoria costituzionale contemporanea, polarizzata nel difendere o il modello di costituzionalismo ‘legale’ o quello ‘politico’, finisce per commettere una fallacia ‘*one size fits all*’.

Lo scopo principale di questa parte iniziale del libro, infatti, è quello di sottolineare proprio come la polarizzazione tra modelli di costituzionalismo legale e politico sia ingiustificata se riorientiamo la prospettiva di analisi costituzionale. In questo senso, il passaggio fondamentale è quello di abbandonare la posizione predominante in dottrina che vede il costituzionalismo realizzato solo quando – ed in quanto – un sistema politico si doti di una costituzione formale (o codificata). Senza dubbio, questo è il meccanismo (soprattutto dal dopoguerra in poi) principale con il quale la dottrina politica del costituzionalismo moderno è stata realizzata: attraverso l’adozione di una costituzione formale e spesso rigida, sovraordinata alla legislazione ordinaria, che prevede (almeno) una carta dei diritti fondamentali e la possibilità di accedere a corti indipendenti e con il potere di rendere la tutela di quei diritti effettiva. Ma questo, se abbandoniamo l’idea che il costituzionalismo si realizzi solamente attraverso l’adozione di una costituzione scritta, non è l’unico modello disponibile.

L’esperienza britannica, infatti, ci mostra come il costituzionalismo – che Giovanni Sartori, come tanti altri, correttamente ritiene nato proprio con l’evoluzione della *rule of law* anglosassone³ – possa essere perseguito anche senza l’adozione di una costituzione formale. Come illustro nel secondo capitolo del libro, infatti, il costituzionalismo anglosassone – per tutta una serie di fattori storici e sociali – è basato sull’opposizione, al diritto legislativo parlamentare, di un diritto *altro* che vede la sua fonte (autonoma) nelle decisioni delle corti sulla base della rielaborazione di norme di morale critica sociale: in altre parole, sulla contrapposizione tra diritto legislativo e *common law*.

In questo senso, e data la mancanza di una subordinazione formale del diritto legislativo al diritto comune delle corti, la limitazione costituzionale che il *common law* fornisce rispetto alla legge promulgata dal Parlamento Britannico è essenzialmente di tipo pragmatico: non si manifesta in un controllo di costituzionalità formale come in Italia, ma piuttosto nell’utilizzo di una tecnica di interpretazione giuridica che di fatto finisce per disapplicare il significato letterale delle disposizioni legislative ritenute dai giudici in violazione di principi fondamentali del *common law*. Questa tecnica è esemplificata dall’utilizzo di presunzioni (come il cosiddetto *principle of legality*, che ha un significato diverso rispetto al principio di legalità del nostro ordinamento) attraverso cui le corti affermano che il significato apparente della disposizione legislativa in esame è in realtà un altro, conforme a quei principi. Questa tecnica, che risale almeno

al quindicesimo secolo, permette ai giudici di ottenere lo stesso risultato pratico di un giudizio di costituzionalità senza però dover dichiarare la norma legislativa invalida (Sandro, 2021).

Di conseguenza, in questo modello la collaborazione tra i differenti organi del sistema costituzionale è ancora più importante che nei sistemi a costituzione formale, dato che la sopravvivenza stessa del sistema si basa sul non arrivare mai allo scontro diretto tra legislature e corti. In questo senso vanno letti alcune opinioni da parte dei giudici della House of Lords prima e della Corte Suprema poi che ipotizzano, ove il Parlamento dovesse rimuovere la possibilità stessa di presentarsi davanti alle corti per impugnare una decisione del governo, l'opzione 'nucleare' di dichiarazione formale di invalidità di una legge promulgata dal Parlamento di Westminster (Hooper, 2021). Come è stato scritto (Elliott, 2021), il sistema costituzionale anglosassone si basa sulla presenza di '*meaningful indeterminacies*' rispetto al problema di chi abbia l'ultima parola rispetto al contenuto della costituzione (se i giudici od il Parlamento), ed è solamente fintanto che queste indeterminatezze rimangono presenti – perché c'è collaborazione e mutuo rispetto tra le tre istituzioni principali di governo – che il sistema può continuare a funzionare in modo più o meno soddisfacente.

Allo stesso tempo, nulla in questa originale tesi del libro deve far pensare che il modello di costituzionalismo anglosassone sia anche lontanamente equiparabile, da un punto di vista di efficacia e scopo della limitazione costituzionale, al modello a costituzione formale e rigida con controllo di costituzionalità espresso. È infatti fin troppo semplice sottolineare che, almeno fino all'adozione domestica della CEDU attraverso lo *Human Rights Act 1998*, la protezione dei diritti fondamentali in Gran Bretagna era limitata sia in scopo sia per quanto riguarda i rimedi disponibili. L'idea mitologica di un antico costituzionalismo di common law che sia efficace tanto quanto il sistema introdotto dallo *HRA1998* è stata ampiamente mostrata per quello che è – un mito, appunto. Ma l'obiettivo di questa parte del mio libro, ancora una volta, è soprattutto quello di mostrare come alla base del costituzionalismo moderno non vi sia necessariamente la presenza di una costituzione scritta quanto, piuttosto, il dualismo tra due tipologie distinte di diritto: da una parte *lex*, cioè il diritto legislativo o comunque legittimato attraverso procedure democratiche, e dall'altra *ius*, ovvero un diritto autonomo dal primo che si basa su principi di morale sociale e critica e che viene o cristallizzato in un documento formale sovraordinato alla legislazione ordinaria oppure sviluppato dalle corti e applicato pragmaticamente. È dunque questo dualismo tra *lex* and *ius* che caratterizza e contraddistingue il costituzionalismo moderno secondo l'analisi sviluppata nella prima parte di *The Making of Constitutional Democracy*.

Il commento di Susanna Pozzolo è decisamente più critico di quello appena esaminato. Mi sia permesso di cominciare dalla fine, dove Pozzolo si chiede se l'operazione sviluppata nel mio libro non sia altro che una forma, benché sofisticata, di *wishful thinking*. L'obiezione è già stata sollevata, nell'ambito del primo simposio pubblicato da *Diritto & Questioni Pubbliche* su *The Making of Constitutional Democracy*, da Nicola Muffato (un altro convinto realista giuridico)⁴ e, forse ancora più significativamente, prevista da Felipe Jiménez nella prima recensione scritta sul libro e pubblicata su *American Journal of Jurisprudence*⁵. È lo stesso Jiménez ad offrire una risposta

(in mia vece): come esso scrive, nel libro non voglio giustificare il diritto in modo ideale per ‘salvare’ la democrazia costituzionale, ma piuttosto sollevare dei dubbi sulla compatibilità teorica e pratica tra quest’ultima ed il realismo giuridico. Questi dubbi, in quanto fondati, devono allora spingerci a riconsiderare le premesse teoriche e la coerenza interna del realismo giuridico, come faccio nel terzo capitolo. Non cometto, dunque, una fallacia normativistica, nel senso di rigettare il realismo giuridico (a prescindere se quest’ultimo sia empiricamente corretto a meno) per ‘salvare’ i nostri sistemi istituzionali esistenti⁶, ma mi propongo invece di verificare se un realismo giuridico moderato – come quello proposto da Brian Leiter nella sua *naturalised jurisprudence*⁷ oppure come quello avanzato da Riccardo Guastini nei suoi più recenti lavori in merito⁸ – sia davvero possibile⁹.

La risposta che do a questa domanda in *The Making of Constitutional Democracy* è negativa: dimostro, infatti, come ogni realismo giuridico che prenda le proprie premesse teoriche (tra cui sventa per rilevanza qualsiasi forma di scetticismo sulle regole) seriamente diventi, alla fine, un realismo estremo e non più moderato. E dato che il realismo estremo è una posizione rigettata dagli stessi realisti moderati (perché porta ad abbracciare una forma di *Humpty-Dumptyism* che è chiaramente contraria alla nostra realtà sociale), nei capitoli cinque e sei del libro propongo una teoria alternativa, moderatamente cognitivista, che è in grado in modo non contraddittorio di dare conto delle nostre pratiche giuridiche.

Questa per Pozzolo è probabilmente un’eresia, e nel suo cogente commento la collega offre invece una breve ricostruzione di una teoria giusrealista nel senso proprio del termine (una teoria, cioè, che non finisca per essere una forma differente di teoria cognitivista moderata come forse quella dell’ultimo Guastini o forse come quella dell’ultimo bellissimo trattato sull’interpretazione di Giorgio Pino¹³) che sia però in grado di dar conto, in modo non-contraddittorio, dei cd casi facili. Tale teoria si basa (come le teorie realiste tradizionali) sul riconoscimento della sottodeterminazione globale degli enunciati giuridici e delle ‘comunicazioni umane’ più in generale; sulla negazione che il ragionamento che porta dalla disposizione alla norma in senso stretto sia di natura conoscitiva; ma soprattutto sul riconoscimento dell’esistenza di routine giuridiche, operanti ad un livello differente rispetto a quello dell’interpretazione vera e propria, che sarebbero in grado di dare conto senza problemi dei casi facili anche all’interno di una teoria *propriamente* realista. Quindi il realista giuridico non nega che vi siano casi interpretativi *facili*, ma cosa li rende facili non è una relazione cognitiva tra enunciato e norma, bensì il fatto che vi sia già, nel gruppo rilevante degli interpreti, una qualche forma di accordo (pragmatico) sul significato da attribuire a quella data disposizione. Il realista giuridico può, a quel punto, risalire a tale significato attraverso l’indagine sociologica, e dare così una spiegazione coerente con le proprie premesse metateoriche allo spazio di determinatezza delle nostre pratiche giuridiche moderne.

Nello spazio che mi rimane, solleverò dei dubbi a proposito della proposta teorica di Pozzolo. A me sembra infatti che anche la posizione secondo cui il realista giuridico può mantenere allo stesso tempo la tesi dell’indeterminatezza globale nell’interpretazione giuridica (di livello 1, per usare il linguaggio di Pozzolo) e quella del cognitivismo sulle routine giuridiche (il livello 2) che costituirebbero (e non solo

spiegherebbero) i casi facili manifesti una tensione interna. In primis, Pozzolo parla di sottodeterminazione degli enunciati e della necessità della “(ri)definizione della norma ad opera di chi interpreta”. Ma queste ridefinizioni possono essere infinite? Oppure i significati letterali dell’enunciato costituiscono un limite alle possibili (ri) definizioni della norma? E se così fosse, si tratta di un limite cognitivo?¹⁴

Non sono sicuro di come Pozzolo voglia rispondere a questa domanda. Se i significati letterali dell’enunciato normativo costituiscono una cornice cognitiva rispetto alla quale si può identificare l’interpretazione propriamente detta e contrastarla ad una attività interpretativa creativa (che talvolta viene identificata con il termine di *costruzione* giuridica), allora la distanza tra la sua proposta e il cognitivismo moderato si riduce notevolmente fino quasi ad annullarsi. Ma se le possibilità di reinterpretazione della norma sono infinite perché non vi sono limiti cognitivi all’attività ricostruttiva dell’interprete, allora il ruolo costitutivo delle routine giuridiche rispetto ai significati giuridici diventa molto più problematico. Nulla infatti preverrebbe tali routine di assegnare significati alle disposizioni normative significativamente diversi rispetto ai loro significati letterali, creando scarti comunicativi non riconducibili alle attività interpretative in senso stretto. Ma più questo succede, e più una tale teoria realista dell’interpretazione sembra entrare in contraddizione con la teoria delle fonti positivista che sembra presupporre (Priel, 2008, p. 309).

Dall’altro canto, se invece questi significati di livello 2 sono regolarmente coincidenti con i significati letterali degli enunciati (del livello 1), viene lecito allora chiedersi quale sia davvero il meccanismo costitutivo tra i due livelli e se il livello 2 non sia direttamente costituito, almeno in parte, dal livello 1. Per limiti di spazio, debbo fermarmi qui. Rimando dunque il lettore, per ulteriori critiche al realismo giuridico moderato e per la discussione di una teoria cognitivista moderata e non ‘ingenua’, alle pagine di *The Making of Constitutional Democracy*, che nel frattempo è stato pubblicato in *Open Access* e dunque è liberamente scaricabile dalla rete in formato elettronico.

Note

¹ Loughlin, 2022.

² Dworkin, 2008.

³ Sartori, 1962, p. 853.

⁴ Muffato, 2023.

⁵ Jiménez, 2023.

⁶ Questa invece sembra la posizione di Martí, 2002, pp. 259 ss.

⁷ Leiter, 2007.

⁸ Vedi ad esempio Guastini, 2011.

⁹ Come nota Leiter, sono gli stessi realisti moderati che hanno criticato il realismo radicale come posizione insostenibile.

¹⁰ Pino, 2021.

¹³ Questa sembra essere ad esempio la posizione adottata da Guastini e Pino.

Riferimenti bibliografici

Dworkin, R. (2008), *Justice in Robes*, Cambridge, MA: Harvard U.P.

Elliott, M. (2021), “Judicial review reform IV: Culture war? Two visions of the UK constitution”, *Public Law for Everyone*, 28th April; available at <https://publiclawforeveryone.com/2021/04/28/judicial-review-reform-iv-culture-war-two-visions-of-the-uk-constitution/>.

Guastini, R. (2011), “Rule-Scepticism Restated”, in L. Green and B. Leiter (eds), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford U.P., pp. 138-161.

Hooper, H.J. (2021), “Legality, Legitimacy, and Legislation: The Role of Exceptional Circumstances in Common Law Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 41, 1, pp. 142-168.

Jiménez, F. (2023), “The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law, Paolo Sandro”, *The American Journal of Jurisprudence*, 68, 1, pp. 77-82.

Leiter, B. (2007), *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford U.P.

Loughlin, M. (2022), *Against Constitutionalism*, Cambridge, MA: Harvard U.P.

Martí, J.L. (2002), “El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, pp. 259-282.

Muffato, N (2023), “Who Fears the Anti-Literalist Bogeyman? On Paolo Sandro’s Meaning-Determinism”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 1, pp. 29-41.

Pino, G. (2021), *L’interpretazione nel diritto*, Torino: Giappichelli.

Priel, D. (2008), “Were the Legal Realists Legal Positivists?”, *Law and Philosophy*, 27, 4, pp. 309-350.

Sandro, P. (2021), “Do You Really Mean It? Ouster Clauses, Judicial Review Reform, and the UK Constitutionalism Paradox”, *U.K. Const. L. Blog*, 1 June; available at <https://ukconstitutionallaw.org/>.

Sandro, P. (2022), *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Oxford: Hart Publishing.

Sartori, G. (1962), “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, 56, 4, p. 853.