



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2025 ANNO X N.20.

L'ODIERNA INSOFFERENZA PER LO STATO DIRITTO E LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA



2025 ANNO X NUMERO 20 – DOSSIER: SOVRANITÀ DEMOCRAZIA E DIRITTI NELLE CRISI
CONTEMPORANEE/DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE E TENDENZE AUTORITARIE

di Fabio Ciaramelli - <https://doi.org/10.54103/2531-6710/30587>



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2025 ANNO X N.20.

L'ODIERNA INSOFFERENZA PER LO STATO DI DIRITTO E LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA

Fabio Ciaramelli

TODAY'S INTOLERANCE FOR THE RULE OF LAW AND THE CRISIS OF DEMOCRACY.

Riassunto

In democrazia, la legittimazione del potere attraverso il consenso e la legittimazione del potere attraverso i diritti hanno la medesima provenienza e, dunque, il medesimo fondamento: l'autodeterminazione della società. In conseguenza di ciò, l'odierna insofferenza nei confronti dello stato di diritto va compresa e combattuta a partire dalla ripresa del progetto radicale della democrazia moderna: la costruzione d'una società in cui coloro che erano considerati solo sudditi riescano a diventare a tutti gli effetti cittadini.

Parole chiave: Consenso, diritti, potere, legittimazione.

Abstract

In democracy, the legitimacy of power through consent and the legitimacy of power through rights have the same origin: the self-determination of society. Therefore, today's intolerance towards the rule of law must be understood and combated by reviving the radical project of modern democracy: the construction of a society in which those who were considered only "subjects" could become citizens in evergreen sense of the word.

Keywords: Consent, rights, power, legitimacy.

Autore: Fabio Ciaramelli, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli studi di Napoli Federico II

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 17.10.25 approvato il 16.11.25.

1. I due elementi essenziali della legittimazione del potere democratico: il consenso e i diritti.

In questo nostro tempo di “democrazie illiberali”¹, unificate dalla sempre più frequente contestazione della inseparabilità tra legittimazione del potere attraverso il consenso e legittimazione del potere attraverso il diritto², può essere utile riflettere al luogo di produzione di entrambe le forme di legittimazione del potere democratico. Per quanto ciò possa sembrare paradossale, a causa dell’assai diffusa contrapposizione tra queste due diverse modalità di legittimazione del potere, occorre partire dal fatto innegabile, benché molto spesso trascurato, che esse condividono la medesima provenienza. Infatti, indipendentemente dalla loro complementarietà o inseparabilità, oggi così spesso rifiutata e messa in discussione, non può esser disconosciuta la loro comune genesi sociale, che fa allo stesso titolo di ciascuna delle due un’espressione del medesimo immaginario collettivo, quello dell’autodeterminazione o dell’autonomia della società democratica, fondata sull’uguaglianza, attraverso la quale coloro che fino ad allora erano considerati *sudditi* diventano a tutti gli effetti *cittadini*. Attraverso questo tipo di immaginario, la società riconosce d’essere origine di sé stessa e della propria organizzazione, e perciò si sa rimessa esclusivamente al proprio operato, non più soggetta o subordinata alla (presunta) necessità di gerarchie oggettive, che le verrebbero imposte dall’esterno. In altri termini, tanto il consenso politico alla base del potere della maggioranza quanto il controllo giuridico sull’operato di quest’ultima hanno una medesima sorgente: l’autonomia della società democratica, il suo rifiuto di lasciarsi determinare da una qualunque origine extra-sociale, la sua accanita resistenza a concepirsi come autorizzata o legittimata da un ordine naturale o sovrannaturale ad essa esterno e perciò immodificabile.

La democrazia moderna nata dalla Rivoluzione francese – secondo un’acuta osservazione di François Furet – ha per lungo tempo comportato la rivendicazione accanita della propria autonomia, basata sull’articolazione di due elementi essenziali e irrinunciabili alla legittimazione del potere: la conquista del consenso popolare e la salvaguardia dei diritti umani (*i droits de l’homme* della Dichiarazione del 1789).

Ciò che Kant diceva dell’illuminismo – definito come l’uscita dell’uomo dallo stato di minorità (ossia dall’incapacità di usare la propria intelligenza senza l’altrui guida e sostegno), di cui è egli stesso colpevole – vale in modo eminente per la democrazia in quanto fuoriuscita della società da una condizione di subordinazione all’autorità costituita, imputabile esclusivamente al proprio asservimento all’intoccabilità delle gerarchie sociali tradizionali, produttrici di disuguaglianza. Ebbene, l’istituzione della propria autonomia da parte della società moderna – il fatto, cioè d’istituirsì come origine di sé stessa – significa che essa può attribuire solo a sé stessa non solo il merito dei suoi conseguimenti ma anche la colpevolezza dei suoi errori e delle sue sconfitte. A causa del processo di democratizzazione, implicante l’abolizione dell’intoccabilità degli assetti sociali provenienti dal passato, la società democratica s’istituisce come responsabile anche delle proprie criticità. Emerge così l’esigenza di prevedere contromisure adeguate a contrastarle e prevenirle. Infatti, una volta che la società s’istituisce esplicitamente come origine di sé stessa, ne consegue che la stessa società democratica deve scongiurare l’eventualità della distruzione delle sue istituzioni, distruzione che a questo punto sarebbe imputabile esclusivamente a sé stessa.

Ecco perché la compresenza di consenso e diritti, cui s’accennava prima, è stata a lungo considerata indispensabile allo scopo di evitare il rischio di “dittatura o tirannide della maggioranza”, già segnalato nella prima metà dell’Ottocento dal grande Alexis de Tocqueville come limite principale della democrazia. Come si legge in un passo famoso del suo libro sulla *Democrazia in America*, l’uguaglianza democratica – cioè la grande protagonista della nuova forma di vita d’una società di massa, divenuta capace d’istituirsì come origine di sé stessa – “genera due tendenze: l’una porta direttamente gli uomini all’indipendenza e può spingerli improvvisamente all’anarchia,

¹ Come si sa, la paternità di questa formula è di Fareed Zakaria in un articolo apparso nel 1997 su *Foreign Affairs*. In seguito, vi hanno fatto ricorso alcuni leader internazionali propensi a liberare il potere governativo dai “lacci e laccioli” delle procedure giuridiche che ne impaccerebbero l’efficacia. Per una recente discussione critica del tema, cfr. Mulieri 2024, che insiste soprattutto sul rifiuto della giustizia sociale, storicamente sempre associata alla democrazia, nella teoria e nella pratica dei populismi di destra che utilizzano le procedure democratiche per portare avanti politiche liberticide.

² Sulla differenza, ma anche sulla (almeno finora) necessaria correlazione, tra “legittimazione attraverso il consenso” e “legittimazione attraverso il diritto” (riconducibile, quest’ultima forma di legittimazione, al rispetto dei diritti costituzionali), rinvio a Cassese 2003, pp. 10-17 e 87-90.

l'altra li conduce, attraverso un cammino più lungo, più nascosto, ma più sicuro, alla servitù” (Tocqueville 2021, p. 705).³ Tuttavia, Tocqueville si dice “convinto che l'anarchia non sia il male peggiore che i secoli democratici devono temere” (*ibid.*). Il vero rischio è la servitù, che, per quanto “volontaria”, per riprendere il titolo e l'ammonizione del celebre discorso di Etienne de La Boétie⁴, comporta sempre l'autodistruzione della democrazia, poiché mina alle basi non solo l'uguaglianza ma allo stesso tempo soprattutto la libertà come autonomia, ossia la possibilità stessa dell'autodeterminazione della società.

La fondamentale scoperta del “grande fatto sociale e politico della Modernità, la tendenza verso l'eguaglianza”, fa corpo, come ha scritto Castoriadis, con un “fatto ancora più grande, che ingloba il primo: la messa in discussione dell'istituto, la tendenza affermata dalla Modernità – per la prima volta dopo la Grecia e certo, a conti fatti, in modo molto più radicale che nel mondo antico – a non accettare niente, in linea di principio, sol perché già esistente, a riprender tutto, nell'istituzione data della società, per modificarlo o semplicemente per ‘fondarlo’ *de novo* e su altre basi” (Castoriadis 2013, p. 158). Con questa osservazione non si tratta, per Castoriadis, di criticare o prendere le distanze da Tocqueville, ma di sottolineare “il limite del grande pensiero classico: l'impossibilità di riconoscere l'auto-istituzione della società. Non è un caso se, davanti a ciò che si svolge sotto i suoi occhi e che egli analizza con incomparabile acutezza, Tocqueville riesca a discernere adeguatamente un significato p articolare (certo provvisto d'importanza strategica), quale quello dell'eguaglianza, ma poi non veda lo sconvolgimento [*ébranlement*] generale dei significati istituiti” (Castoriadis 2013, p. 160).

L'evento epocale costituito dal diffondersi dell'eguaglianza delle condizioni sembra a Tocqueville “provvidenziale”, sicché egli non s'interroga sulla sua possibile giustificazione e sul suo senso, cioè sul fatto che attraverso di esso riemerge nel mondo moderno in Europa e negli Stati Uniti d'America l'autonomia della società, cioè il superamento di quella “frattura istituita tra società istituita e società istituente”, in cui secondo, Castoriadis, consiste “l'eteronomia”, ossia esattamente ciò che la rivoluzione democratica si prefigge di sconfiggere (Castoriadis 2020, p. 393). Pertanto, lo specifico della democrazia è costituito al tempo stesso tanto “dall'istituzione formale d'un regime politico (nel senso più ampio del termine) che garantisca la legittimità della lotta sociale e politica e i diritti individuali (che, cioè, garantisca, a questi ultimi, una sfera formalmente autonoma d'esistenza)”, quanto “dall'istituzione effettiva d'un tipo di individuo per il quale non esista sacralità del potere e per il quale la messa in discussione dell'autorità sia, formalmente ed effettivamente, possibile” (Castoriadis 2013, p. 121, corsivo mio).

È questo il contesto ed è questa la portata dell'innovazione radicale consistente nel fare della società l'origine di sé stessa, e nell'attribuire alla società democratica e solo ad essa l'imputabilità della sua eventuale dissoluzione.

2. Democrazia moderna e liberalismo politico.

L'avvento dell'uguaglianza democratica, col suo diniego dell'intoccabilità d'ogni forma sostanziale di dipendenza e subordinazione tra gli individui sociali, fa esplicitamente della società moderna l'origine della propria istituzione. Ma, in questo modo, esso espone la democrazia al rischio dell'autodistruzione. Infatti, la tendenza esiziale verso la servitù, che Tocqueville attribuisce all'uguaglianza democratica, è legata all'ambiguità essenziale del processo di autodeterminazione della società, basato sul superamento d'ogni forma di gerarchia sociale. Grazie alla compenetrazione di democrazia e uguaglianza che caratterizza la società moderna, quest'ultima non è più dominata da gerarchie immutabili ma invece risulta attraversata dal movimento dell'autodeterminazione, vero e proprio *work in progress*. Ne consegue che la nuova forma di società che prende corpo nell'epoca moderna è sempre alla ricerca d'una qualche unità di misura che può provenirle solo da sé stessa, e che proprio per questa ragione esige costantemente d'esser monitorata.

In quest'ottica, esattamente per sfuggire al sempre incombente rischio di autodistruzione, per lungo tempo è apparso scontato e non confutabile, come per esempio scrive Hans Kelsen nel corso degli anni Cinquanta del

³ Prendeva le mosse da questo rischio immanente alla democrazia di massa un non invecchiato e bellissimo libro di Biagio de Giovanni sulle origini della democrazia di massa (cfr. de Giovanni 2013), che ho tenuto ampiamente presente nella stesura di queste note.

⁴ Per un maggior approfondimento di questo riferimento, mi sia permesso di rinviare a Ciaramelli e Olivier (2013).

secolo scorso, in un testo del suo periodo nord-americano, che "la democrazia moderna non può essere separata dal liberalismo politico", basato sul "principio della restrizione dei poteri governativi" (Kelsen 1998 p. 245)

In un testo precedente del 1948, pubblicato originariamente in inglese e costituito da una serrata analisi critica del bolscevismo, e in modo particolare del suo contraddittorio dibattersi "tra anarchismo teorico e totalitarismo pratico", Hans Kelsen si propone *expressis verbis* "di difendere la vera idea di democrazia, contro il tentativo di metterla da parte e deformatarla presentando una dittatura di partito come libera autodeterminazione politica di un popolo libero" (Kelsen 1981, p. 36).

Tuttavia, anche Kelsen, come per esempio ha ben messo in luce Luigi Ferrajoli⁵, resta nell'insieme della sua opera contraddittoriamente ancorato alla difesa d'una rigorosa concezione puramente formale di democrazia, secondo la quale quest'ultima si riferirebbe semplicemente alla forma dello Stato, cioè al modo in cui l'ordinamento statuale viene creato e applicato. Una tale visione della democrazia entra poi in rotta di collisione col riconoscimento di condizioni minime che contemporaneamente lo stesso Kelsen ritiene essenziali per integrare la nozione stessa di democrazia. Il punto fondamentale è qui costituito dal fatto che tali "condizioni minime" vanno ben al di là della pura e semplice forma dello Stato: esse invece risultano necessariamente sostanziali, perché riguardano l'estensione dell'ordinamento statuale e della sua dimensione coercitiva e quindi consistono nella salvaguardia dei diritti individuali e nelle garanzie delle libertà fondamentali. Questi elementi contenutistici, nonostante tutto, costituiscono un ingrediente basilare della stessa visione kelseniana della democrazia, pur precedentemente definita solo in termini esclusivamente formali.

A rigore, dunque, una concezione puramente formale di democrazia dovrebbe evitare il riferimento costitutivo a quel "liberalismo politico", consistente nella salvaguardia dei diritti e delle libertà, che in uno dei passi precedentemente citati lo stesso Kelsen ritiene sia indissolubilmente legato alla "democrazia moderna". Questa contraddizione deriva dal fatto che, come ha scritto Riccardo Guastini, "con il vocabolo 'democrazia', Kelsen intende niente più che una particolare 'forma' di Stato, ossia un particolare modo, o metodo, o procedura di produzione del diritto. È democratico quel modo di produrre il diritto che è caratterizzato da autonomia o autodeterminazione. In altre parole, si ha democrazia, allorché il diritto è creato da quegli stessi individui che gli sono soggetti; allorché creatori e destinatari delle regole giuridiche coincidono. (...) Se la democrazia è una forma di Stato, il liberalismo è invece uno dei possibili contenuti dell'ordinamento statuale (...). Il modo di produzione del diritto, qui, non ha alcuna importanza: un ordinamento giuridico dato può essere più o meno esteso, più o meno invadente e oppressivo, qualunque sia la procedura di creazione delle sue regole" (Guastini 1981, pp. 15-16).

Nonostante la presenza di queste oscillazioni, resta il fatto che Hans Kelsen rimane comunque fedele a ciò che lui stesso definisce "concetto usuale di democrazia": concetto usuale che – secondo quanto l'autore s'affretta ad aggiunge – "include, come elemento essenziale di questa forma di governo, certe limitazioni imposte ai poteri legislativo ed esecutivo" (Kelsen 1981, p. 399).

In tal modo, perciò, appare evidente che l'ordinamento statuale, per esser democratico, non può non avere determinate caratteristiche sostanziali o di contenuto: non può, cioè, non prevedere e tutelare in modo conveniente e adeguato i diritti di libertà dei cittadini; e di conseguenza, il liberalismo non può esser solo uno dei possibili contenuti dell'ordinamento, ma finisce per coinvolgere direttamente la "forma organizzativa dello Stato" (Guastini 1981, p. 16) confermando in tal modo il già affermato connubio tra democrazia moderna e liberalismo politico.

Simili oscillazioni nei testi di Kelsen manifestano tutto il loro senso e la loro fecondità se, al di sotto della persistenza d'una contraddizione logica, si riconosce in esse, come propone Biagio de Giovanni, la tendenza della concezione kelseniana della democrazia "verso una normatività capace di moderare e imbrigliare il potere" (de Giovanni 2013, p. 294), tendenza secondo la quale "il diritto doveva servire per esorcizzare e insieme realizzare la forza (...) imbrigliandola nella norma" (de Giovanni 2013, pp. 295-6). In tal modo, risulta poi agevole al pensiero

⁵ Cfr. Ferrajoli (2016), soprattutto gli ultimi due capitoli.

kelseniano individuare la “forma civilizzatrice della giuridicità” immanente al dover-essere (de Giovanni 2018, p. 80), in quanto “il tema logico-storico che Kelsen aveva di fronte era quello della civilizzazione della forza” (*ibid.*) 6.

Una simile presa di distanza del potere democratico dalla forza e dalla violenza bruta di quest’ultima, tema su cui restano imprescindibili le considerazioni di Hannah Arendt⁷, nelle quali viene elaborata quella che Habermas ha definito una concezione comunicativa del potere⁸, non sarebbe concepibile senza la delimitazione reciproca di diritto e potere, preliminare alla genesi stessa della democrazia. Secondo questa impostazione, che per lungo tempo è stata tacitamente (e magari anche ipocritamente) da tutti sostenuta, benché poi di fatto non sempre altrettanto universalmente rispettata, il conseguimento del consenso popolare, oggi espresso attraverso il suffragio universale, costituisce la condizione necessaria ma non sufficiente della democrazia politica. La vittoria elettorale è, certo, la principale forma di legittimazione del potere democratico, ma non è l’unica, nel senso che in democrazia il potere legittimo, ottenuto attraverso le elezioni, resta tale solo se esercitato in conformità alla legge. Il primato della legge è, dunque, ciò che caratterizza intrinsecamente la democrazia politica, che perciò – come ha scritto recentemente Mario Barcellona – “non si identifica affatto con il procedimento elettorale, ma consiste, diversamente, nella qualità del potere che l’elezione conferisce, nei limiti e nei controlli cui esso è sottoposto: a cominciare dal rispetto dei diritti individuali, sociali e politici” (Barcellona 2025)

Insomma, la democrazia non si basa soltanto sul consenso della maggioranza. Una società può esser detta politicamente democratica, soltanto se si rivela orientata alla realizzazione di una specifica forma di vita che faccia spazio al riconoscimento e alla realizzazione dei diritti fondamentali. In questo senso, la democrazia non si riduce e non può ridursi al solo fatto che le decisioni politiche, qualunque esse siano, cioè indipendentemente dal loro contenuto, vengano prese dai rappresentanti della maggioranza dei cittadini e perciò risultino basate sul consenso popolare. Dunque, non tutte le prese di posizioni che s’avvalgono d’una legittimazione maggioritaria sono, solo per questo, «democratiche». L’esperienza degli Stati totalitari del Novecento induce a diffidare della sola legge dei numeri, alla base del consenso popolare. La legittimazione attraverso il diritto, cioè la subordinazione della sovranità politica ai diritti costituzionalmente fondati, di cui la stessa maggioranza non può disporre a proprio piacimento, è perciò un correttivo indispensabile della semplice legittimazione attraverso il consenso, che da sola, avvalendosi della forza dei numeri, potrebbe sfociare in prese di posizione politiche lesive dei diritti degli esclusi, finendo così col tradire i fondamenti stessi della democrazia (l’universalità dei diritti umani, l’uguaglianza di tutti davanti alla legge, il rispetto delle minoranze, ecc.).

3. Il potere democratico e il primato della legge.

Ciò su cui ora appare necessario riflettere è allora la natura o lo statuto del potere democratico. Chi vince le elezioni è certo autorizzato, cioè democraticamente legittimato, a realizzare il programma di governo su cui ha costruito la propria vittoria in campagna elettorale. Tuttavia, il potere che le elezioni gli conferiscono non è un potere assoluto: il che significa che si tratta pur sempre d’un potere che gli esponenti del governo, in quanto espressione della maggioranza dei cittadini, sono tenuti ad esercitare nel rispetto della legge, dal momento che il consenso popolare, per quanto essenziale e indispensabile, non costituisce l’unico ed esclusivo criterio di legittimità del potere democratico. Oltre all’attestazione del sostegno pubblico, sancito dalla vittoria elettorale in quanto espressione conclusiva della partecipazione e del coinvolgimento della maggioranza dei cittadini, il dispositivo

⁶ Per un approfondimento di questo punto, in ideale continuità con gli spunti di de Giovanni ora evocati, mi sia concesso di rinviare a Ciaramelli 2023.

⁷ Cfr. Arendt 1971.

⁸ Cfr. Habermas 1981.

simbolico della democrazia moderna ha sempre anche richiesto il superamento del punto di vista esclusivo della maggioranza, e di conseguenza il rispetto di interessi, valori, principi e diritti generali, cioè non riferibili esclusivamente alla maggioranza che ha vinto le elezioni. Nelle democrazie del secondo Novecento tali valori e principi sono stati precisati e formalizzati nelle cosiddette Costituzioni “rigide”, ossia sovraordinate rispetto alla legislazione ordinaria e per questa ragione modificabili solo attraverso ben determinate procedure aggravate. In tal modo, le Costituzioni rigide rappresentano il “fondamento” stesso del potere democratico, che conferisce legittimità a tutte le norme ordinarie, di volta in volta emanate dalle diverse maggioranze politiche.

Dal momento che in una democrazia la legittimazione del potere è basata tanto sul consenso popolare quanto sulla salvaguardia dei diritti, ogni pretesa d'una più o meno grande immunità del potere rispetto alla legge finisce col capovolgere il primato di quest'ultima, e di conseguenza con lo smentire una delle più grandi conquiste della modernità. Rivendicare la libertà del potere dai vincoli di limiti e controllo giuridico che ne impaccerebbero l'efficacia significa in fin dei conti ripristinare il dispositivo simbolico (e tante volte anche effettivo) dell'immunità del potere rispetto alla legge, da cui nella cosiddetta “età delle Rivoluzioni” l'avvento dello stato di diritto e della democrazia moderna avevano preso le distanze. A ben vedere, è caratteristica essenziale dello stato di diritto l'esigenza che ogni forma di potere sia esercitata sempre e comunque nei limiti stabiliti dalla legge. In conseguenza di ciò, il fatto che il potere politico e gli stessi poteri economici pubblici e privati tendano oggi a vivere il controllo giuridico come un sopruso che rallenta o impedisce l'efficacia del loro operato costituisce senz'altro un segnale allarmante della crisi della democrazia

Le procedure che in questa prospettiva definiscono e danno forma alla democrazia non sono affatto semplicemente ed esclusivamente “formali”, come per lungo tempo ha sostenuto la polemica “marxista” dei regimi comunisti contro le democrazie “borghesi”. Non si tratta soltanto di procedure “formali”, perché esse includono il riferimento al fatto che l'esercizio del potere democratico – cioè del potere politico delle maggioranze, per loro natura mutevoli – non è a sua volta esente da limiti e controlli giuridici. Il potere democratico, come già precedentemente osservato, non è un potere assoluto, cioè non è in alcun modo svincolato dalla legge, il che significa esattamente che esso è a sua volta sottoposto alle limitazioni e alle procedure di controllo previste da quest'ultima. Una simile funzione di limitazione e controllo del potere politico non compete a nessuna istanza o autorità extrasociale, trascendente e insindacabile, ma nasce dall'interno della società, che se ne assume il compito e la responsabilità, affidandone l'esercizio al diritto come istanza specifica e attribuendone l'esecuzione agli operatori del diritto in senso lato (quindi non solo alla magistratura e alla pubblica amministrazione, ma anche ad avvocati, giuristi, associazioni di cittadini). Politica e diritto vanno dunque viste come espressioni diverse ma complementari dell'autonomia sociale (del processo attraverso cui la società s'autodetermina, dandosi le sue leggi): la prima, cioè la politica, mirante alla costruzione del consenso mediante la partecipazione della cittadinanza; il secondo, cioè il diritto, basato sulla salvaguardia dei diritti fondamentali. In uno stato di diritto, è del tutto escluso che un qualunque “sistema di relazioni di potere”, possa “non essere sottoposto al diritto, cioè a regole, limiti, vincoli e controlli di tipo giuridico”. Ove ciò accada, non è esagerato parlare, come ripetutamente fa Luigi Ferrajoli⁹, di “regressione neoassolutistica” del potere, che finisce per annullarne la natura democratica.

4. Democrazia politica e auto-limitazione del potere.

Alla luce di ciò che precede, risulterà evidente che nella democrazia moderna nata dalla Rivoluzione francese, da intendersi non semplicemente nel suo senso sociologico (cioè come sistema sociale e culturale che, diversamente da quanto accadeva nell'*ancien régime*, appare basato su quella che Tocqueville aveva chiamato “uguaglianza delle condizioni”) ma nel suo senso politico forte, cioè come regime basato sull'autodeterminazione della società, l'unica forma possibile di limitazione del potere sia l'auto-limitazione. “A partire dal momento in cui la società non accetta più nessuna norma trascendente o semplicemente ereditata, non c'è nulla che intrinsecamente possa fissare i limiti oltre i quali il potere deve fermarsi. Ne consegue che la democrazia è essenzialmente il regime dell'auto-limitazione. Per esempio, i diritti umani costituiscono un'auto-limitazione. In molti paesi, quest'ultima ha carattere costituzionale” (Castoriadis 2022, p. 31)¹⁰.

⁹ Cfr. per esempio Ferrajoli (2011).

¹⁰ Su questo punto fondamentale, mi sia permesso di rinviare Ciaramelli 2013, cap. 8 (“La democrazia come regime dell'autolimitazione”).

È l'assetto globale dell'ordinamento giuridico-politico a presentarsi come effetto d'una mutazione storica, una volta che la società ha reciso il suo ancoraggio a un fondamento extra-sociale. Il diritto e il potere non procedono più da nessun orizzonte assoluto, immutabile e incontrovertibile, ma si pongono come dimensioni o istituzioni storico-sociali, il cui criterio di legittimità è la società stessa, e il cui principio generatore non le è estraneo e perciò non può trascenderla.

È esattamente la presa di coscienza d'una simile responsabilità collettiva a esigere la formalizzazione di procedure di verifica e monitoraggio del potere da parte del diritto, attraverso le quali possa venir valutata la capacità del potere vigente di "avviare" e "facilitare" i diritti fondamentali¹¹. Il tasso di democraticità del potere non è dunque acquisito una volta per sempre in nome della sua provenienza popolare, ma va messo alla prova a partire dai suoi effetti o dalle sue ricadute nella vita sociale. Per questa ragione, nel contesto della democrazia costituzionale, diventano centrali le modalità concrete mediante le quali valutare la legalità istituita, verificando anzitutto se e in che misura vengano effettivamente resi concreti i diritti già oggetto di solenni ma in quanto tali astratte promulgazioni ufficiali¹². Il rapporto tra legislazione e giurisdizione presuppone infatti l'istituzionalizzazione di regimi vincolanti di produzione ed esecuzione del diritto, ai quali è proceduralmente affidata, contro i rischi di arbitrio soggettivo, la garanzia della controllabilità pubblica delle prestazioni giuridiche e della loro conformità ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

In tal modo, il primato della legge, affermato e riconosciuto nelle società democratiche, fa corpo con la consapevolezza della genesi sociale della legalità istituita. Poiché l'intera società se ne riconosce origine, dal momento che la democrazia esclude la subordinazione a qualunque tipo di legalità avente un'origine extra-sociale, le spetta al tempo stesso il compito di valutarne la portata, la tenuta, la riuscita e di conseguenza l'accettabilità complessiva.

In una società democratica, la legalità istituita, espressione dell'autodeterminazione della cittadinanza, non è automaticamente legittima, ma la sua legittimità è destinata a restare una questione aperta. Come ha scritto Claude Lefort, "ciò che distingue la democrazia, è il fatto che, pur avendo inaugurato una storia in cui viene abolito il luogo del referente dal quale la legge acquisiva la sua trascendenza, essa tuttavia non rende la legge immanente all'ordine del mondo né tantomeno confonde il suo ambito con quello del potere.[...] Alla nozione d'un regime regolato da leggi, regolato cioè da un potere legittimo, la democrazia moderna invita a sostituire quella d'un regime fondato sulla legittimità d'un dibattito sul legittimo e sull'illegittimo – dibattito necessariamente senza garante e senza termine" (Lefort 1986, pp. 52-53).

In quanto società che si istituisce come origine di sé stessa, rifiutando la propria subordinazione a un'origine extra-sociale che le imporrebbbe dall'esterno un'unità di misura insindacabile, la democrazia generalizza nell'intera estensione del sociale la funzione di auto-limitazione e auto-controllo del potere, la cui legittimazione finisce col perdere ogni automatismo.

Il modo concreto in cui s'esprime questa auto-limitazione del potere democratico comporta certamente l'intoccabilità dei diritti fondamentali in quanto vincoli insuperabili posti a garanzia di tutti, quindi tanto della maggioranza quanto della o delle minoranze. Eppure, è proprio questo riferimento decisivo al rispetto dei diritti come intrinseca qualificazione del potere democratico che tende oggi ad apparire sempre più spesso come un ostacolo da cui liberarsi, perché la sua persistenza rischia di rendere vana ed inefficace l'azione politica dei governi, la capacità di questi ultimi a fronteggiare le emergenze. Non si tratta solo della pretesa delle forze politiche al governo, che esigono "mani libere" per mettere in atto il proprio programma politico. Alla base di quella pretesa, a renderla credibile e spendibile sul mercato politico, c'è sicuramente l'espressione d'un disagio diffuso in ampi settori popolari delle cosiddette società avanzate. E alle scadenze elettorali, sempre più spesso la forza dei numeri finisce

¹¹ *Avviamento* e *facilitazione* sono due delle traduzioni possibili della nozione di *Bahnung* cui ricorreva Freud in un suo famoso inedito del 1985 (il *Progetto di una psicologia*, pubblicato postumo nel 1950) per descrivere il modo in cui le esperienze e le percezioni lasciano tracce nel sistema nevoso, creando percorsi referenziali per future esperienze simili e così rendendo più *facile* per la mente ripercorrere esperienze simili o associate.

¹² "Qui è il nocciolo del problema", scriveva Hannah Arendt, teorica amante della concretezza, a proposito della privazione dei diritti umani. Tale privazione, malgrado la proclamazione, di fatto "si manifesta soprattutto nella mancanza di un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto", (Arendt 1999, p. 410).

con l'autorizzare e il legittimare prese di posizione decise e risolute, che si rivelano tanto più efficaci e produttive di conseguenze concrete quanto meno s'avvertono vincolate alla salvaguardia e al rispetto dei diritti fondamentali.

I ricorrenti conflitti tra politica (riconducibile alle prese di posizione degli esponenti delle forze di governo) e diritto (rappresentato soprattutto, anche se non soltanto, dagli esponenti della magistratura inquirente e giudicante) nascono da qui. Eppure, tanto le forze politiche quanto le diverse istanze della magistratura trovano la propria radice e l'unica possibile giustificazione della loro ragion d'essere all'interno stesso della società. Non c'è nulla di assoluto o di extrasociale nelle loro rivendicazioni. Queste ultime non fanno altro che dar voce a richieste, esigenze e desideri che emergono dal magma della vita sociale, e che ciascuno dei suoi interpreti tende ad assolutizzare.

Il dato nuovo, su cui riflettere, è costituito dal fatto che i diritti (e le libertà) fondamentali, lungi dall'essere universalmente vissuti quali premessa irrinunciabile e indispensabile della validità giuridica e politica delle decisioni dei governi, vengono in molti casi presentati e dunque poi avvertiti soprattutto come un intralcio e un ostacolo alla realizzazione nel concreto di quanto promesso in campagna elettorale. Dietro questa perdita dell'un tempo indiscussa attrazione popolare dei diritti fondamentali c'è senz'altro l'intervento della propaganda politica, ma si sbaglierebbe a sbarazzarsi del fenomeno minimizzandolo e riducendolo a esclusiva conseguenza di manipolazioni strumentali dell'opinione pubblica. Il punto fondamentale è costituito dal fatto che queste prese di posizione trovano nell'opinione pubblica un terreno assai fertile. Non ha senso contrastarle, senza interrogarsi sulle ragioni e sui moventi di questo fenomeno.

5. Il successo elettorale che avvalora il privilegio dell'efficacia.

S'ha l'impressione che la nozione stessa di uguaglianza, cioè il rifiuto delle gerarchie sociali che abbiamo riconosciuto alla base del progetto d'autonomia della società costitutivo della democrazia moderna, stia per così dire divorziando dalla difesa dei diritti fondamentali, dal momento che questi ultimi appaiono sempre più spesso sprovvisti di mordente, solo astrattamente proclamati e a parole salvaguardati, ma poi si fatto incapaci d'incidere, facendosi carico del malessere e dei desideri di strati sociali che la società del benessere solletica ma poi trascura, emarginata ed esclude. Ne consegue che tra efficacia delle norme e validità di queste ultime tende a prevalere senza riserve la prima, consistente essenzialmente nell'adempimento delle promesse elettorali, cioè nell'esecuzione degli impegni presi dalla maggioranza legittimata a governare perché forte del consenso popolare.

Questo privilegiare l'efficacia, fatto proprio dal comportamento del potere governativo oggi vigente in diversi Paesi, è stato ormai più volte confermato e confortato dai risultati delle elezioni, preparato dai sondaggi e ratificato da una parte consistente dell'opinione pubblica. Insomma, il consenso delle maggioranze – di cui l'esito delle procedure elettorali è il segno più evidente, anche se non l'unico – non smentisce, ma avvalora questo tipo di atteggiamento, fatto proprio da molti governi, in nome del quale la legittimazione attraverso il consenso sembra non vincolare più il potere democratico al primato della legge e al rispetto dei diritti e delle libertà che essa impone. Dal momento che tali diritti e libertà vengono spesso percepiti e vissuti come mantenimento o riproposizione di privilegi di cui gode una ristretta élite socio-culturale, il loro sacrificio o la loro sospensione non coinvolge più di tanto gli strati sociali per i quali la salvaguardia dei diritti fondamentali non ha rappresentato e non rappresenta alcun beneficio immediato. Ecco perché, per quanto talora strumentale, la denuncia d'una connessione tra i privilegi delle élite e l'ingiustificato godimento di diritti acquisiti intercetta un sentimento, un'indignazione e un malessere assai diffusi non solo nelle aree del disagio e dell'emarginazione ma anche tra coloro che un tempo trovavano una spinta al miglioramento delle proprie condizioni di vita nelle rivendicazioni delle politiche democratiche.

Il successo elettorale che avvalora la diffidenza nei riguardi della difesa dei diritti rispetto alla prevalenza del criterio del consenso appare motivato dalla negligenza dell'uguaglianza, di cui le odierne élite democratiche sembrano aver dimenticato il rilievo. Paradossalmente, infatti, la sensibilità nei confronti dell'uguaglianza – e quindi dei diversi tipi di disagi provocati dalle disuguaglianze diffuse in ampi settori della società – è diventata patrimonio o appannaggio dei partiti o dei movimenti politici estranei alla tradizionale difesa delle prerogative della democrazia. In qualche modo, la difesa dei diritti sembra in non pochi casi assimilarsi alla salvaguardia di condizioni di vantaggio e alla conservazione di benefici, dai quali gli estranei alle élite dei privilegiati si sentono esclusi, e che per questa ragione sono pronti a contestare, appoggiando nelle competizioni elettorali partiti e movimenti che prestano ascolto ai loro *cahier de doléances* dimenticati o sottostimati dagli eredi delle tradizionali forze di sinistra.

Ed allora, quando il vecchio luogo comune dell'intoccabilità dei diritti viene smentito dalla forza dei numeri, perché il consenso popolare propende per la loro abolizione o perlomeno per la loro sospensione, non c'è

neanche più bisogno dell’ipocrisia. Secondo la celebre definizione di La Rochefoucauld, quest’ultima costituisce comunque un omaggio che il vizio rende alla virtù. Sennonché, un tale omaggio, sul piano politico, è ormai divenuto obsoleto, semplicemente poiché dar libero corso alla volontà e soprattutto all’indignazione della maggioranza e svincolarla dall’ossequio al primato della legge non sono più atteggiamenti percepiti come un “vizio”. Al contrario, sono spesso proprio i diritti acquisiti e le leggi che li proteggono ad apparire soltanto come una prepotenza che ratifica le disuguaglianze socio-culturali, garantendo ceti privilegiati e confermandone il carattere antipopolare e l’isolamento elitario.

Di conseguenza, opzioni politiche autoritarie, che però intercettano disagi e indignazioni nei confronti delle élite democratiche, ricevono adesioni crescenti, che si traducono poi in vittorie elettorali. Rispetto a tutto ciò, non serve a molto ribadire l’ovvio, ossia tutto ciò che nelle pagine precedenti è stato detto e ripetuto. Sarebbe molto più produttivo cambiare rotta, riconoscendo senza mezzi termini che in una società democratica le sue battute d’arresto o i suoi fallimenti sono “imputabili solo a sé stessa”.

Riferimenti bibliografici

- Arendt H. 1999, *Le origini del totalitarismo*, trad. di A. Guadagnin (Milano: Edizioni di Comunità).
- Arendt H. 1971, *Sulla violenza*, trad. A Chiaruttini, (Milano: Mondadori).
- Barcellona M. 2025, “La riforma della magistratura, il potere e la democrazia”, in www.questione giustizia.it (18/03/2025).
- Castoriadis C. 2013, , *Écrits politiques 1945-1997*, vol. IV, *Quelle démocratie?*, t. 2, a cura di E. Escobar, M. Gondicas et P. Verney (Pairs : Éditions du Sandre).
- Castoriadis C. 2020, *Écrits politiques 1945-1997*, vol. VII, *Écologie et politique suivi de Correspondances et compléments* a cura di E. Escobar, M. Gondicas et P. Verney (Paris : Éditions du Sandre).
- Castoriadis C. 2022, , *La rivoluzione democratica. Teoria e progetto dell'autogoverno*, a cura di F. Ciaramelli, (Milano: Elèuthera).
- Cassese S. 2003, *Lo spazio giuridico globale* (Roma-Bari, Laterza).
- Ciaramelli F. e Olivieri U.M. 2013, *Il fascino dell'obbedienza. Servitù volontaria e società deppressa* (Milano: Mimesis).
- Ciaramelli F., 2013, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto* (Torino: Giappichelli).
- Ciaramelli F (2023), “Il diritto come civilizzazione della forza. Considerazioni su Freud e Kelsen”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, n 2.
- De Giovanni B. 2013, *Alle origini della democrazia di massa: i filosofi e i giuristi* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- De Giovanni B (2018), *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Ferrajoli L. 2011, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana* (Roma-Bari: Laterza).
- Ferrajoli L. 2016, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza
- Guastini R., *Introduzione*, in Kelsen 1981.
- Habermas J. 1981, "La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt", in *Comunità*, n. 183, pp. 56-73.
- Kelsen 1981, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini (Milano: Il Saggiatore).
- Kelsen H. 1998, *La democrazia*, a cura di M. Barberis (Bologna: Il Mulino).
- Lefort C. 1986, *Essais sur le politique XIX-XX siècles*, (Pais : Seuil).
- Mulieri A. 2024, *Contro la democrazia illiberale. Storia e critica di un’idea populista* (Roma: Donzelli).
- Tocqueville A. de 2021, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, (Milano: Rizzoli).
- Zakaria F. 1997, “The rise of illiberal democracy”, *Foreign Affairs*, Nov-Dec.- 76, 6, pp- 22-43.