

# Populismo e diritto. Un'introduzione \*

di Enrico Scoditti

Populismo e diritto rinviano a forme di legame sociale antitetico: il primo persegue la risoluzione della questione sociale e di quella identitaria senza alcuna mediazione e connessione di sistema, il secondo mira alla neutrale limitazione di ogni potere. Nel costituzionalismo del Novecento europeo si è avuta l'incorporazione nel diritto della questione sociale e di quella dell'appartenenza ad una comunità grazie alla mediazione della politica quale civilizzazione degli impulsi e addomesticamento di paure e angosce. Se la politica perde tale funzione emerge l'antitesi fra populismo e diritto e per i giuristi si apre un tempo di nuove responsabilità.

**1.** Populismo e diritto, colti nella loro essenza, rinviano a forme di legame sociale antitetiche. Essi esprimono principi di organizzazione sociale decisamente alternativi e possono essere agevolmente definiti come le polarità di un'antitesi, non solo concettuale, ma anche pratica, nella misura in cui si riferiscono a modelli sociali che si sono concretamente realizzati. Populismo e diritto sono così i termini di un conflitto originario, irriducibile. L'antitesi risulta evidente se le sue polarità vengono definite sul piano concettuale.

Il populismo intende il legame sociale come imperniato su una nozione di popolo indifferenziata, originaria ed innocente e che affida al potere politico la risoluzione delle due questioni fondamentali, quella sociale delle condizioni di vita del "popolo" e quella identitaria del radicamento etnico-culturale di una comunità, nel vuoto di ogni forma di mediazione e di connessione di sistema. Diversamente dal padre teorico della moderna questione sociale, Karl Marx, secondo cui non c'era emancipazione della classe operaia se non nell'ambito dello sviluppo delle forze produttive e di un quadro dunque di crescita del processo economico-produttivo, la questione sociale secondo la logica populistica si propone nella sua nudità, libe-

ra da vincoli e quadri di compatibilità. Uno Stato può fallire, ma non può venire meno al suo impegno in favore del riscatto sociale del "popolo", come dimostrano talune esperienze latino-americane. La comunità, come appartenenza ad una radice etnico-culturale, risponde poi ad un'esperienza naturale ed incontaminata e che viene perciò prima dell'ordinamento giuridico. Data la natura pre-giuridica dell'identità culturale, il potere politico non può che contrarre con il "popolo" una sorta di obbligazione di protezione dell'appartenenza identitaria.

Il diritto intende il legame sociale come imperniato sulla mediazione di un codice civico, assolutamente sciolto da determinazioni identitarie o culturali. Nella tradizione inglese della *old constitution* non risuona più l'antica combinazione di ordine giuridico e ordine religioso capace di tenere insieme quel coacervo identitario che era l'universo medievale. Il legame sociale è un legame puramente civico, interamente affidato al diritto. Per il costituzionalismo liberale, indifferente tanto alla questione sociale quanto a quella identitaria, al principio di tutto non vi è una comunità di destino ma una tecnica di limitazione di ogni potere. Il corpo sociale è integralmente assorbito in una rete neutrale di poteri e contropoteri. Il "popolo"

\* L'articolo è stato pubblicato quale introduzione alla discussione sul tema del populismo su questa *Rivista on line*, nella sezione *Magistratura e Società*, il 10 settembre 2018.

sparisce in un sistema di controlli dell'azione sociale che ha il suo perno nella garanzia di diritti acquisiti e nella prevenzione di ogni forma di abuso del potere. Compito del potere è garantire il *rule of law*, al punto che, secondo la tradizione giuridica inglese descritta da Albert Venn Dicey, la sovranità del Parlamento risiede nel fatto che esso è il garante supremo della *law of the land*. Che nella storia del costituzionalismo inglese il Parlamento rappresenti l'organo di tutela dei diritti contro l'assolutismo regio non vuol dire immaginare la presa della Bastiglia, al converso, come un fenomeno "populistico". Seguendo la lezione di Tocqueville, la rivoluzione del 1789 non sarebbe stata concepibile senza il processo di disgregazione della società cetuale e di accentramento amministrativo del potere cui ha provveduto lo Stato assoluto: non vi è stato un "popolo" che dal mondo medievale sia direttamente saltato nell'Assemblea costituente, come vorrebbe un paradigma populistico, ma vi è stato il lento e secolare processo di monopolizzazione della forza e di centralizzazione del potere politico all'interno del quale ad un certo punto ha fatto irruzione il principio democratico.

**2.** È di tutta evidenza il nesso fra popolo e democrazia, meno evidente è quello fra popolo e diritto, come dimostra la dialettica fra democrazia e costituzionalismo che si è sviluppata nel corso del Novecento. Il celebre dibattito fra Kelsen e Schmitt in Europa nella prima metà del secolo ed il confronto fra costituzionalismo politico (Ely, Waldron) e costituzionalismo giuridico (Dworkin) negli Stati Uniti nella seconda metà del secolo evidenziano quale possa essere il grado della polemica "democratica" nei confronti di un istituto, quale il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, che consente ad un corpo di non eletti di dire ai rappresentanti del popolo che non possono governare come vorrebbero. Polemizzando con le tesi di Nolte sul revisionismo tedesco nel 1986 su *Die Zeit*, Habermas introdusse la nozione di patriottismo costituzionale, quale forma di conciliazione di diritto e identità culturale di un popolo: la tesi era quella della procedura democratica come fondamento identitario di una nazione. Quella nozione ha poi ceduto alle obiezioni da un lato di Rawls, circa la presenza di diritti di cui la procedura democratica non può disporre, dall'altro di comunitaristi e multiculturalisti, secondo cui una procedura giuridica non può essere presunta ai legami culturali. Ma la combinazione di diritto e popolo (*rectius*, l'incorporazione del popolo nel diritto) non è rimasta solo il tentativo teorico di una determinata filosofia della politica. Essa ha rappresentato uno dei tratti costitutivi di una specifica esperienza storica, il costituzionalismo del Novecento europeo, che vede fra gli esempi più si-

gnificativi la Costituzione italiana del 1948 e la Legge fondamentale tedesca del 1949.

Aprire il documento costituzionale con la dichiarazione che «l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro» vuol dire immettere da subito al cuore del diritto la questione sociale. La Costituzione non è solo una mera norma di garanzia dei diritti e di limitazione del potere, secondo la tradizione inglese della *old constitution*, ma è anche un programma di società, che ha il fine di consentire «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (articolo 3, cpv). Paladina di una nozione di popolo come comunità organica di destino e di un costituzionalismo fortemente integrato nell'identità culturale della Nazione si è fatta poi la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco attraverso una serie di pronunce che hanno toccato i rapporti fra ordinamento nazionale e Unione europea. È bene però sottolineare che il fondo identitario delle Nazioni europee ha da sempre trovato nell'ordinamento comunitario, e poi dell'Unione europea, il fattore decisivo di mitigazione del principio di identità.

Questione democratica, questione sociale e questione identitaria sono dunque al centro del costituzionalismo delle Nazioni europee, pur con le dovute diversificazioni (ad esempio, rispetto alla tradizione tedesca, quella francese è più orientata nella direzione di un modello civico di cittadinanza) e fanno la differenza rispetto al costituzionalismo statunitense. Nonostante l'esordio del documento fondamentale con «We, the people», il modello costituzionale statunitense è ancora basato sul diritto come strumento di garanzia e di limitazione del potere, senza la centralità, tipicamente europea, della questione sociale. Diversamente dal modello costituzionale europeo, al centro dell'esperienza statunitense non vi è un programma di società, ma la dispersione neutrale del potere in una pluralità di centri. Proprio il tratto distintivo del costituzionalismo delle Nazioni europee, il potere come soggetto della trasformazione sociale e non solo oggetto da limitare e controllare, evidenzia su cosa si è retto finora l'equilibrio costituzionale europeo.

«Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (articolo 49). Su questa norma si è finora retto l'equilibrio fra diritto e popolo. I termini di quell'antitesi hanno convissuto grazie alla mediazione della politica elaborata da partiti. La compenetrazione del calore sociale e identitario con la freddezza del Giuridico, pura tecnica di limitazione del potere, si è realizzata grazie alla politica. Vediamo perché.

**3.** La nozione di indirizzo politico è centrale all'interno di un modello costituzionale che propone

un duplice volto, garanzia dei diritti e programma fondamentale di società. Il partito politico del Novecento europeo, elaboratore decisivo di indirizzi politici, ha rappresentato il punto di arrivo della moderna nozione di politico, da Hobbes in poi. Il politico moderno ha costituito una delle leve di quello che Norbert Elias ha definito il processo di civilizzazione, ossia la fuoriuscita da un'epoca di disciplinamento dall'esterno delle relazioni sociali, nella quale, come scrive Elias, gli impulsi e l'aggressività si manifestavano in modo più libero, diretto e scoperto, proprio per la presenza di un'etero-costrizione, e l'entrata in un'epoca di interiorizzazione delle costrizioni sociali, improntata alla moderazione ed alla misura. Il pensiero del Novecento ha dato molti nomi, con diversi accenti valutativi, al passaggio, delineato da Elias, dalla pulsione alla sua civilizzazione (fra i tanti, *super-io* per Freud, sistema sociale funzionalmente differenziato per Parsons e Luhmann, microfisica del potere per Foucault), ma ciò cui ha contribuito in modo decisivo il politico è stato l'addomesticamento dell'aggressività e la mitigazione della paura e dell'angoscia.

Il politico moderno ha civilizzato le pulsioni riportandole a misura ed equilibrio e ha istituito su queste basi un'impresa collettiva, stabilendo, con la creazione della moderna statualità, il regno dell'unità politica sostanziale quale perseguimento di un fine comune. Il Leviatano hobbesiano, ha scritto di recente Biagio de Giovanni, lungi dall'essere organo estrinseco al corpo sociale, è ordinamento della vita, è civilizzazione espansiva innervata nel mondo delle relazioni. Il partito politico novecentesco, non a caso da Gramsci definito «intellettuale collettivo», ha formato il popolo, ne ha prevenute le paure e le angosce costruendo una coscienza civica ed infondendo il senso di un'impresa collettiva. Il popolo non corrisponde ad una nozione originaria ed innocente, ma è costruito dalla politica. Se non si ha presente il nesso politica-civilizzazione, si smarrisce il significato della rappresentanza politica, il cui sigillo di democraticità non risiede nell'essere espressione della volontà del rappresentato, come nella rappresentanza di diritto privato, ma nella non conferma del mandato sulla base dei criteri elaborati dalla politica, secondo una lettura del processo democratico non ristretta a scontro corporativo fra interessi particolari, secondo i parametri del realismo politico, ma allargata all'ideale normativo della democrazia costituzionale. Quest'ultima, secondo il suo statuto ideale, è organizzata non solo giuridicamente mediante procedure, ma anche politicamente mediante partiti e associazioni politiche, che provvedono alla diffusione e socializzazione della politica. È dunque grazie alla mediazione della politica che questione sociale e questione identitaria si sono combinate al diritto, ossia ad un principio organizzativo di per sé

neutrale dal punto di vista sociale e identitario perché centrato sulla questione della limitazione del potere. L'incorporazione del popolo nel diritto avviene attraverso la sua civilizzazione per opera dei partiti politici. Questione sociale e questione identitaria non vivono in una sorta di naturalità pre-politica, ma sono plasmate dalla forza performativa della politica. Dopo il secondo conflitto mondiale il principio identitario, in particolare, è stato declinato grazie alla politica ed all'Europa in termini di pura appartenenza nazionale e non di nazionalismo etnico.

**4.** Se la coesistenza di popolo e diritto è consentita dall'esistenza di un sistema dei partiti e dall'*ars mediandi* della politica, quell'equilibrio si rompe una volta che la politica perda la capacità di formare il proprio popolo. Nel momento in cui la politica si sposta dall'addomesticamento delle paure e delle angosce ad addirittura il loro potenziamento ed alla loro esaltazione il binomio di popolo e diritto si spezza. Se la politica, lungi dall'adempiere la propria funzione di civilizzazione, si dissolve in espressione di disagio e rancore sociale e si affacciano senza mediazioni questione sociale e questione identitaria si è già entrati in un contesto populistico. L'ordinamento istituzionale perde il proprio centro di gravità, la politica quale formazione del popolo, e vengono restituiti nella loro immediatezza i termini dell'antitesi radicale, populismo e diritto. A quel punto si delineerebbe un conflitto inedito, perché limitazione del potere e suo soggiogamento a volontà di potenza sociale e identitarie sarebbero l'uno di fronte l'altro, ciascuno consapevole della propria forza. Il populismo, che il diritto verrebbe così a fronteggiare, sarebbe in primo luogo il tratto costitutivo di un'epoca e di un orientamento sociale diffuso.

Per i giuristi potrebbe aprirsi un tempo nuovo, nel quale dovrebbero però essere guidati, per dirla con Max Weber, non solo dall'etica della convinzione, ma anche da quella della responsabilità. Non si tratterebbe di agire solo nella convinzione che il diritto è imperativo e non può non trovare applicazione, ma si dovrebbe acquistare anche la consapevolezza dell'eccezionalità di un quadro istituzionale che vede il diritto come la polarità di un conflitto e che nella sua normalità dovrebbe invece essere governato da logiche di equilibrio e di moderazione affidate alla politica. Le possibilità di discernimento sono rese complicate dal fatto che il costituzionalismo nazionale, nel quadro peraltro oggi dei vincoli sovranazionali ed internazionali, non è meramente liberale, ma ha incorporato questione sociale e, entro certi limiti, questione identitaria. C'è un lato oscuro del tema dei diritti da cui i giuristi devono guardarsi: la riduzione del rapporto fra cittadino e autorità a tutela dei diritti e l'integrale

giuridificazione dei rapporti di potere è l'altra faccia della società spolicizzata e ridotta ad una massa di individui titolari di pretese cui rinvia il discorso populista. Un ordinamento costituzionale è la risultante di un equilibrio complesso nel quale ciascun elemento acquista il giusto peso se anche gli altri elementi sono all'opera: i diritti lavorano univocamente nel senso della giustizia se la politica è in grado di svolgere la

propria funzione di formazione di un popolo. Il diritto può trascorrere da polo antitetico al populismo a suo strumento inconsapevole.

Gli uomini del diritto potrebbero entrare in una terra irta di ostacoli e dalla luce opaca, nella quale assolvere con convinzione ma anche con nuove responsabilità i propri compiti. Almeno finché non sia tornato il tempo della politica e di una nuova civilizzazione.