

Le fonti politiche tra democrazia diretta e rappresentativa

Riflessioni di sintesi.

di Carlo Casonato e Angela Di Gregorio*

Abstract: *Political sources of law between direct and representative democracy. Concluding remarks* – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

1. Le fonti politiche fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta

I saggi della sezione affrontano profili diversi delle dinamiche contemporanee delle fonti politiche fornendo l'occasione per analizzare fenomeni di continuità e soprattutto di rottura delle categorie della comparazione giuspubblicistica.

Si tratta, in particolare, dell'analisi della crisi delle fonti politiche come tradizionalmente intese e della qualità della democrazia (nelle sue diverse estrinsecazioni: rappresentativa, diretta, partecipativa, deliberativa e persino leaderistica, secondo gli spunti offerti dalle relazioni¹), ma anche di opportunità e pericoli generati dai nuovi sviluppi della modernità. Si procede a verificare come l'esplosione tecnologica e il potenziamento della partecipazione a tutti i livelli, fenomeni che favoriscono il continuo ingresso e la pressione nella sfera della decisione politica di interessi privati (inclusi quelli civici, collettivi, dei popoli autoctoni), incidano sull'attività e sul ruolo degli organi pubblici di produzione normativa. Sullo sfondo, si percepisce la debolezza degli attori tradizionali della mediazione tra Stato e società, ossia i partiti politici, la cui crisi di legittimazione è evidente anche nel limitato riferimento ad essi nei contributi della sezione.

* Pur nella comune concezione dello scritto, i paragrafi da 1 a 4 sono da attribuire a Angela Di Gregorio, il paragrafo 5 a Carlo Casonato.

¹ Vedi anche il riferimento alla democrazia "inter-culturale" nel caso delle costituzioni andine nel saggio di M. Zinzi *Funzione normativa e meccanismi partecipativi alla prova dei presidenzialismi sudamericani*, con riferimento alle costituzioni di Bolivia ed Ecuador.

Il canovaccio richiesto dalla *call for papers* (all'insegna dello slogan "crisi e contestazione della democrazia rappresentativa")², con i molteplici stimoli forniti dalle opere di Pizzorusso, è stato declinato dagli autori in forme diverse, e parzialmente raggruppabili. Si tratta di interventi comunque finalizzati a sottolineare importanti – e per certi versi inquietanti – tendenze di compressione o riduzione dello spazio delle fonti politiche nello scenario post-westfaliano, nonché a rappresentare le diverse forme di combinazione o contaminazione tra democrazia diretta e partecipativa e democrazia rappresentativa ma anche tra pubblico e privato, e persino tra "reale" e "virtuale" (vedi l'ipotesi di attribuire diritti soggettivi di partecipazione politica ai *bot*, ossia alle intelligenze non umane, a programmi che simulano il comportamento umano in maniera sempre più sofisticata, e persino di attribuire diritti politici ai profili *fake*³).

Dall'insieme delle relazioni presentate e dal dibattito che si è sviluppato sono emerse alcune tendenze. Innanzitutto, che la crisi delle fonti politiche (o la loro trasformazione) si verifica per le incursioni dei privati (sia attraverso fenomeni di digitalizzazione, come le piattaforme, che i gruppi di interesse coinvolti a vario titolo nei procedimenti di *rule-making*) o per le distorsioni della democrazia diretta e del principio maggioritario. La democrazia rappresentativa risulta così sia arricchita che distorta dall'uso delle nuove tecnologie e da forme vecchie e nuove di democrazia diretta e partecipativa.

Bisogna dunque fare il punto sulla tenuta delle categorie tradizionali della dottrina comparatistica e sulla loro applicabilità a fenomeni nuovi, in cui è lo stesso diritto ad essere messo in crisi dalla tecnica, e dalla lentezza o inerzia del regolatore. Ciononostante si confermano alcune considerazioni classiche degli studi comparatistici: possibilità di comparazione disomogenea tra diverse forme di Stato (alcune problematiche della democrazia contemporanea sono trasversali alle diverse forme di Stato: le nuove tecnologie come strumenti di manipolazione del consenso, l'uso plebiscitario del referendum, l'intervento dei privati, etc.⁴), sinergia tra discipline diverse

² In particolare: *le sfide poste dalla democrazia diretta alla democrazia rappresentativa, con particolare riguardo alle molteplici sfaccettature dell'istituto referendario ed all'impatto dell'utilizzo dei social e della profilazione degli orientamenti anche politici permessa dai dispositivi dotati di intelligenza artificiale; i modelli di democrazia partecipativa a livello nazionale e subnazionale; l'intreccio fra attività normativa ordinaria e normazione di rango costituzionale, con la possibilità di approfondimenti sui diversi ruoli che vi possono svolgere il decisore politico democraticamente legittimato e il corpo elettorale, oppure sul tema dei limiti alla revisione costituzionale; l'impatto del fenomeno della regulation sulle forme di governo delle liberaldemocrazie consolidate; l'impatto delle conoscenze scientifiche e tecnologiche sulle fonti politiche*. La *call for papers* è reperibile sul sito di DPCE al seguente link: www.dpce.it/segnalazioni-e-documenti-233.html.

³ Vedi il saggio di M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*

⁴ Lo notava già A. Pizzorusso, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, vol. I, Milano, 1979, 330, laddove nel definire le fonti politiche – nelle quali il diritto assume fondamento "volontaristico" – se ne riscontrava la presenza in sistemi politici

(in particolare scienza politica, economia), commistione tra diritto pubblico e regolazione privata, neo corporativismo nell'apporto dei privati, autonomia normativa *versus* eteronormazione⁵.

Due sembrano le sfide più gravi oggi per le fonti politiche: assicurare la tenuta di modalità tradizionali di normazione e regolare le sfide tecnologiche. Si possono mantenere le modalità tradizionali a patto di integrarle con l'apertura ai tecnici (inclusi i magistrati, come avviene nel costituzionalismo scandinavo). Alla crisi delle fonti politiche (o meglio alla loro ristrutturazione) si somma la crisi delle categorie giuridiche tradizionali e, nel caso delle ICTS, l'impotenza o il ritardo del regolatore nel disciplinare fenomeni sfuggenti e in continua trasformazione. Il diritto fatica a stare dietro alla tecnologia (che però non è un fenomeno nuovo) ed interviene quando è troppo tardi: si potrebbe pensare a forme di regolamentazione *soft* o meglio *light*⁶. Queste difficoltà sembrano trovare riflesso nelle difficoltà della dottrina ad utilizzare in maniera completa le categorie della tradizione giuspubblicistica⁷, come si evince dal ricorso a ricostruzioni di altre discipline o dal limitato uso di riferimenti alle classiche categorie delle forme di Stato e di governo.

2. Democrazia partecipativa e democrazia diretta

Per quanto riguarda i nuovi sviluppi della democrazia partecipativa, i contributi di Vincenzo De Falco e Maddalena Zinzi analizzano i procedimenti normativi "ad istruttoria aperta" alla partecipazione dei cittadini, o degli attori privati in generale, in due diversi ambiti ordinamentali, riferibili rispettivamente alle democrazie consolidate (USA, Italia, Francia, Spagna, etc.) ed alle democrazie deboli o altalenanti dell'America latina. Se nel primo caso si ipotizza la formazione di un modello preciso nell'ambito dei procedimenti normativi di rango primario (distinguendo cinque tipologie di problemi o caratteristiche⁸), che segue al

estremamente diversi in cui l'esercizio della sovranità popolare può essere effettuato in maniera rispettosa della stessa o anche autoritaria.

⁵ Sul ruolo dei privati e le nuove forme di eteronormazione vedi il saggio di E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*.

⁶ Vedi M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino*, cit.

⁷ Come ben rileva E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, cit., con riferimento alla nuova arroganza dei privati/dei grandi attori economici che si sostituisce all'arroganza del potere politico, il giurista è costretto a rivedere concetti classici del proprio armamentario concettuale come quello di fonte del diritto, con la consapevolezza che è difficile rimanere nelle coordinate classiche della propria impostazione giuridica.

⁸ Rapporto con la democrazia rappresentativa, influssi del procedimento amministrativo, trasparenza, obbligo di motivazione, controllo giurisdizionale. V. De Falco, *Rulemaking and participation in comparative law. Indagine su un modello in formazione*. Una utile definizione di democrazia partecipativa è stata fornita da A. Pizzorusso in *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993, 19 che ricorda che «quando si parla di democrazia partecipativa, non si intende perciò

consolidamento di un modello analogo nell'ambito del procedimento amministrativo (pur con le dovute differenze), nel caso latino-americano si tratta di un contesto e di logiche differenti con esiti che risentono pesantemente delle peculiarità della forma di governo presidenzialista e della stessa forma di Stato (democrazie di diversa intensità e con diversi gradi di populismo)⁹. Se in entrambi i casi incidono sull'efficacia della partecipazione le modalità organizzative (in particolare, chi organizza queste consultazioni esercita un'influenza determinante sul loro esito con dinamiche simili a quelle che presiedono all'estrinsicazione della democrazia diretta), diversa è la *ratio* dell'introduzione dei rispettivi meccanismi, dal momento che in America latina la *participación ciudadana* può essere fattore genetico alla base di costituzioni pluraliste, ultra-democratiche o addirittura plebiscitarie (vedi Venezuela). In alcune delle costituzioni analizzate la partecipazione è configurata come vero e proprio diritto soggettivo (ad esempio in Venezuela e Colombia; in Perù limitatamente ai popoli indigeni). Nelle democrazie stabilizzate esaminate da De Falco si tratta di potenziare invece l'*open government* e la partecipazione al fine di rimediare alla crisi classica della democrazia rappresentativa, e dei partiti in particolare. Vi è tuttavia il rischio di favorire l'ingresso degli interessi economici prevalenti e di allungare eccessivamente il procedimento con fenomeni di *ossification*.

Se nel caso latino-americano la strumentalizzazione in senso plebiscitario delle forme di democrazia partecipativa rischia di limitare la potenzialità di questi strumenti finendo per oscurare ulteriormente il ruolo dell'organo rappresentativo (già limitato dal ruolo preponderante del Presidente e dalla debolezza del raccordo partitico), elementi plebiscitari sono presenti anche nelle forme tradizionali di esercizio della democrazia diretta, in particolare nei referendum costituzionali o di rilievo costituzionale (inclusi quelli di sovranità) in cui la inevitabile struttura binaria della consultazione rende difficile l'instaurarsi di un dibattito articolato sulle diverse opzioni in gioco. Ciò accomuna esperienze molte diverse, come quella italiana e russa del 2020, ma anche il referendum Brexit del 2016, maturato in un momento di forte presa populista nel dibattito politico su di un tema divisivo fin dall'esordio della partecipazione del Regno Unito alle originarie Comunità europee. Come rileva Greta Massa Gallerano¹⁰, il referendum sulla

riferirsi a soluzioni del genere di quelle – con riferimento alle quali si parla di “organicismo” – che furono adottate nell'ambito della società medioevale e che furono travolte dall'affermazione dell'ideologia liberale, ma invece a soluzioni che adottano meri correttivi alle tecniche proprie della democrazia rappresentativa». Si fa presente altresì che queste tecniche di partecipazione assicurano sempre un ruolo preminente alla democrazia rappresentativa e che anche se si potrebbero avere influenze settoriali di gruppi di pressione queste potrebbero avvenire comunque anche in modo informale e dunque meglio controllarle (p. 20).

⁹ M. Zinzi, *Funzione normativa e meccanismi partecipativi alla prova dei presidenzialismi sudamericani*, cit. Spunti da A. Pizzorusso: *Democrazia partecipativa e democrazia parlamentare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Amorth*, vol. II, Milano, 1984.

¹⁰ *Democrazia pluralista e referendum. Il caso della Brexit nello scenario comparato*.

Brexit si è rivelato uno strumento anti-consensuale e pericoloso (ma sempre per la particolare fase storica in cui si è verificato: il risultato fu del tutto diverso nel 1973 su di un tema analogo) o meglio ha sbilanciato in maniera tragica ed irreversibile un equilibrio fragilissimo. Lo stravolgimento in chiave manipolativa della campagna elettorale a causa della retorica populista non solo dei partiti apertamente pro Brexit come l'UKIP ma anche di settori consistenti degli altri partiti politici ha condotto alla rottura del "consenso costituzionale" che normalmente si produce in una democrazia pluralista in una questione "geneticamente" divisiva per l'elettorato britannico¹¹. Ulteriori strumentalizzazioni della volontà popolare sono derivate dall'utilizzo della tecnologia, laddove l'uso distorto di strumenti di democrazia diretta dipende anche dalla manipolazione dell'informazione in rete, dalle *fake news* e dunque dalla disinformazione (seppure questo non sia il punto centrale della trattazione del saggio).

Tuttavia non va dimenticato che questo particolare referendum ha favorito la rivitalizzazione delle basi tradizionali del diritto costituzionale britannico al di là dello slogan del rimpatrio della sovranità parlamentare e soprattutto di quella economico-finanziaria (ci si riferisce ai conflitti tra governo e parlamento risolti a favore del secondo grazie all'intervento delle corti: si tratta di puntualizzazioni importantissime a fronte del persistente orientamento accentratore del governo conservatore di Boris Johnson).

3. Democrazia, ICT e rischio populista

Circa il più esteso ricorso a forme di democrazia diretta e partecipativa per ovviare alla crisi della democrazia rappresentativa¹², nei contributi della sezione si sono evidenziate potenzialità e pericoli di distorsione di questi strumenti in tempi di populismo, pandemia e crisi della democrazia. Ciò vuol dire che nei tre referendum analizzati nei contributi di Mimma Rospi e Greta Massa Gallerano (Italia, Russia, UK) si ripropongono questioni procedurali e questioni politiche piuttosto risalenti la cui novità risiede nello scenario tecnologico "potenziato" in cui le campagne referendarie si sono svolte e nelle correlate forme di strumentalizzazione tecnologica del mercato politico *on-line* ancora scarsamente regolamentato in Europa¹³. Potrebbe altresì rilevarsi il differente approccio del decisore pubblico a seconda del grado di democraticità dell'ordinamento: alla scarsa regolamentazione pubblica della rete con conseguente manipolazione delle scelte politiche da parte dei privati

¹¹ G. Massa Gallerano, *Democrazia pluralista e referendum. Il caso della Brexit nello scenario comparato*, cit. Vedi anche A. Pizzorusso: *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 130, n. 2, 2007.

¹² Secondo i suggerimenti di A. Pizzorusso nel saggio su *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, istituzioni, democrazia, atti del Seminario di studio: Roma, 11-13 dicembre 1979*, Milano, 1980.

¹³ Come nota anche M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, cit.

nei paesi occidentali corrisponde in Russia l'utilizzo della rete da parte delle autorità a proprio vantaggio, sopravanzando gli stessi grandi attori privati globali della comunicazione, come le recenti consultazioni legislative russe del settembre 2021 ci dimostrano (ci riferiamo ai casi di Google e Apple costretti a ritirare l'app di Navalnyj per la scelta intelligente dei candidati – *smart voting* – dai propri store)¹⁴.

Il profilo tecnologico e quello populista sono dunque in grado di giustificare l'uso e l'abuso dello strumento referendario in contesti sia democratici che autoritari, come si evince dal saggio di Mimma Rospi¹⁵ che mette a confronto, in una comparazione che una volta si sarebbe definita "estrema", i referendum di revisione costituzionale del 2020 in Russia e Italia, evidenziando in entrambi i casi il filtro dei meccanismi della *bubble democracy* (profilazione, polarizzazione, filtraggio, *data mining*, etc.). Nonostante alcune apparenti analogie (filtro delle informazioni a fini di propaganda sulla rete e inevitabile velatura plebiscitaria di questi tipi di referendum) il confronto tra i due ordinamenti rischia però di essere azzardato considerando che in Russia, come in altri ordinamenti autoritari, continuano ad applicarsi gli strumenti classici della manipolazione delle consultazioni elettorali (ad esempio i "banali" brogli elettorali) che fanno parte dell'usuale corredo politico dell'autocrate. Inoltre, la finalità delle consultazioni nel caso russo ricordano quelle degli autoritarismi del passato (irreggimentazione delle masse, adesione al regime, mobilitazione dei sostenitori). La manipolazione tecnologica amplifica però certamente queste tendenze.

Le nuove tecnologie, l'intelligenza artificiale, le piattaforme, il mercato delle idee politiche (dove l'elettore si riduce ad un semplice consumatore e le idee diventano merce come altre¹⁶), si inseriscono in questo quadro di crisi delle fonti politiche in maniera trasversale a diversi tipi di ordinamenti. Si tratta di strumenti in cui è evidente la deformazione dell'offerta politica, della libertà di espressione e propaganda e per i quali la disciplina normativa si presenta ancora acerba, benché si tratti di esperienze in essere da diversi anni¹⁷. Nonostante la differenza di approccio tra il caso USA

¹⁴ www.agi.it/estero/news/2021-09-18/app-navalny-rimossa-russia-elezioni-google-apple-13901770/.

¹⁵ *Gli strumenti di ICTs, la Bubble democracy e le consultazioni referendarie. Un'analisi di diritto comparato alla luce dello studio di Alessandro Pizzorusso su Democrazia partecipativa e attività parlamentare*. Vedi A. Pizzorusso, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, istituzioni, democrazia, atti del Seminario di studio*, 11-13 dicembre 1979, Milano, 1980, 133 ss; ID., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

¹⁶ M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?* Si parla di manipolazione dell'elettore nel mercato delle idee politiche (elettore come consumatore di idee politiche e non come cittadino debitamente informato) e l'utente di internet è visto come consumatore e non come cittadino, privilegiando la tutela del mercato rispetto a quella della sfera pubblica e della tenuta del sistema democratico.

¹⁷ M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, cit.

(tradizionalmente più permissivo e libertario) e quello europeo (sia unionale che dei singoli paesi, come evidenziato dal saggio di Monti) e nonostante l'intervento anticipatore della giurisprudenza in entrambi i contesti la libertà dalla regolazione (o forse la difficoltà tecnica di una regolazione effettiva) prevale sull'intervento del decisore pubblico. Se questo potrebbe dare l'impressione che la rete sia uno spazio sconfinato e senza limiti (con l'esempio contrario offerto da regimi come quello russo dove viceversa le restrizioni della rete servono a filtrare i messaggi sgraditi ed a promuovere quelli graditi al potere) in realtà la manipolazione è preoccupante e rischia di restringere il pluralismo. A queste tendenze si sovrappongono le tendenze regolatorie dei privati (vedi ad esempio i "termini di servizio" di Google analizzati da Elia Cremona¹⁸), i cui interessi tuttavia non solo non coincidono con gli interessi pubblici ma contrastano la stessa libertà in nome di una presunta equidistanza (vedi il tribunale di *Facebook*). Per altri versi si torna ad una sorta di diritto neo corporativo con interessanti analogie col periodo medioevale (Cremona)¹⁹. Il problema è che, come evidenziato da Elia Cremona, le regole prodotte dalle *big tech* (autoregolazione) tendono a divenire diritto effettivo osservato su scala globale. Tale diritto di produzione privata nel campo della tecnologia finisce con l'essere «la frontiera ultima del processo di disgregazione del positivismo giuridico» in cui la regolazione dei privati mima i processi del decisore pubblico (non a caso il catalogo di Google, ossia le sue 10 verità, sorta di filosofia del colosso della rete, è definito "costituzione") con contenuto generale e astratto ed efficacia *erga omnes*. I colossi digitali privati sopravanzano il pubblico presentandosi come attori universali senza rappresentanza e senza democrazia imponendo i propri termini di servizio («insieme di reciproche licenze d'uso e autorizzazioni», per usare le parole di Cremona) a miliardi di utenti. Se non fosse già reale da tempo sarebbe inquietante fantascienza. Inevitabilmente, l'erompere dei grandi poteri privati nell'ambiente digitale, lo sviluppo delle tecnologie e dei sistemi di intelligenza artificiale mettono in discussione «la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo, lo Stato costituzionale»²⁰. Tuttavia, a livello di Unione

¹⁸ E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*.

¹⁹ E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, cit. Secondo l'autore (citando Grossi), nell'era digitale si riscopre la nozione di autonomia che aveva caratterizzato il diritto medioevale così giustificandosi il ricorso all'uso del termine "neo-medievalismo" da parte della dottrina (Rodotà, D'Andrea). Tuttavia a proposito dello spazio dell'autonomia normativa dei privati come sovvertimento del "sistema Westfalia" (*lex mercatoria*, *lex informatica*), e dunque del ridimensionamento del ruolo del diritto statale e dell'assolutezza della sovranità degli Stati, si tratterebbe di un fenomeno non paragonabile al sistema feudale contro cui si scagliarono le rivoluzioni dell'epoca liberale secondo A. Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Il Foro italiano*, Vol. 130, n. 2, 2007, 41, che ritiene che «le istituzioni che oggi partecipano alla formazione degli ordinamenti giuridici condividono ampiamente la natura e gli scopi degli Stati e fruiscono perciò, per lo più, di un'analoga legittimazione».

²⁰ Per citare T. Groppi, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e*

europea interessanti proposte normative sono all'esame degli organi competenti come espressione dell'*European digital constitutionalism* (si veda il *Digital services act package*). Alla base di queste proposte vi è la consapevolezza che il *laissez faire* liberista di matrice statunitense non ha prodotto risultati di autoregolamentazione del mercato facendo lievitare la consistenza dei colossi *big tech* nella "società algoritmica" al punto da renderli concorrenti con gli Stati nel minacciare le libertà fondamentali degli utenti-cittadini. Di conseguenza si renderebbe necessario attivare la dottrina dell'effetto orizzontale per estendere i vincoli costituzionali anche agli attori privati²¹.

4. "Riduzione" della democrazia, derivate iper-maggioritarie ed eccezione scandinava

Le riflessioni generali suscitate dalle relazioni di questa sezione riguardano alcuni elementi di evoluzione (o involuzione) del costituzionalismo contemporaneo: crisi delle fonti politiche tradizionali, crisi della democrazia rappresentativa e meccanismi per recuperare il rapporto con i cittadini, con soluzioni che però possono ulteriormente indebolire gli organi politici, soprattutto i parlamenti. Su quest'ultimo aspetto l'unico contributo in apparente controtendenza è quello di Francesco Duranti²² che ci ricorda che nel costituzionalismo nordico i parlamenti sono ancora autorevoli, come testimonia il fatto che i lavori preparatori della legge sono considerati una vera e propria fonte del diritto. Tuttavia va precisato che nell'iter di formazione della legge c'è una consultazione dei "dotti", inclusi i giudici, che consente la formazione di un *continuum* tra fonte politica e fonte giurisdizionale o professionale²³. Tale aspetto, unito all'assenza di un vero e

intelligenza artificiale, in *Consulta Online*, 30 novembre 2020, 678, ricordata nel saggio di E. Cremona.

²¹ Su questi sviluppi in considerazione di alcuni casi giurisprudenziali in Italia e Germania e sulla necessità di estendere sia i diritti sostanziali che quelli procedurali dei cittadini-utenti nonché sulla capacità del modello costituzionale europeo di reagire allo strapotere delle piattaforme chiedendo maggiore trasparenza vedi G. De Gregorio, O. Pollicino, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, *VerfBlog*, 2021/8/31. Ulteriori approfondimenti in: *EU and the Digital Services Act: 2020 Year in Review* | [Electronic Frontier Foundation \(eff.org\)](https://eff.org/). Vedi anche L. Ammannati, A. Canepa (a cura di), *Tech Law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Napoli, 2021; O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights in Internet. Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, 2021.

²² *Alle radici del diritto politico. Il peso dei lavori preparatori nel sistema delle fonti e nella dinamica della forma di governo. L'esperienza nordica*. Vedi anche: A. Pizzorusso, *The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity*, in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, 1988.

²³ Si tratta delle fonti culturali che secondo Pizzorusso derivano dalla massima valorizzazione dell'elemento razionale (rispetto all'elemento volontaristico che produce le fonti politiche) e che sono prodotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordinamenti di *civil law*. Secondo A. Pizzorusso, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, cit., 332, gli elementi di tipo volontaristico (ossia politico) sono utilizzati «per consentire un'ordinata e graduale trasformazione del diritto attraverso riforme legislative» mentre quelli di tipo razionalistico

proprio controllo di costituzionalità delle leggi, rende queste ultime ancora prevalenti rispetto ad altri tipi di produzione normativa. Una caratteristica radicata del parlamentarismo nordico è dunque quella di accogliere le forme di partecipazione o consultazione (prevalentemente di tipo tecnico-giuridico, da parte di organi consultivi composti da magistrati) nel processo legislativo favorendo una originale sinergia tra legislatore e potere giudiziario in modo da assicurare meglio l'efficacia e l'applicazione delle norme. Questo rientra nei caratteri del costituzionalismo nordico²⁴ in cui anche se il controllo di costituzionalità, prevalentemente di tipo diffuso, è presente, tuttavia c'è un grande rispetto per le scelte del legislatore dovuto al radicamento del principio della sovranità parlamentare ma anche al fatto che come detto il giudice collabora in maniera attiva nella fase di predisposizione dell'atto normativo. Sono aspetti talmente radicati nella cultura di questi paesi da essere non solo inesportabili ma anche da rendere inutile una verbalizzazione di queste prassi in rigidi codici legislativi. Neppure lo stress della pandemia pare aver ridotto la supremazia dell'organo legislativo.

Con le eccezioni appena riportate dunque il ruolo dei parlamenti è in crisi da decenni (come lo è anche la democrazia rappresentativa) ma ancor più in crisi sono gli attori tradizionali della mediazione tra interessi sociali e potere politico, ossia i partiti politici. Questi attori sono sostituiti da altre forme di rappresentazione degli interessi o dal ricorso a forme tradizionali di democrazia diretta come i referendum che rivestono però una valenza perversa se immessi in un contesto iper-maggioritario, apertamente autoritario, o in fasi politiche populiste anche in paesi di democrazia consolidata. Se in contesti autoritari o semi-autoritari la connotazione plebiscitaria dello strumento referendario è evidente (e lo è sempre stata, senza scomodare categorie nuove) in altri casi la strumentalizzazione in funzione di polarizzazione del consenso e di strumentalizzazione leaderistica

assicurano «la continuità dell'ordinamento, pur nella sua inevitabile evoluzione». L'elemento razionale praticamente include anche il controllo di costituzionalità delle leggi. Si tratta di un'area che comprende gli spazi lasciati liberi dalle disposizioni scritte (cosiddette lacune), ma anche quelli che «si creano in conseguenza dei difetti di coordinamento o addirittura delle antinomie fra di esse, cui l'interprete deve fare fronte con gli strumenti della ragione» (ivi, p. 336). Per Pizzorusso dunque le due categorie di fonti si integrano a vicenda, e le fonti culturali equilibrerebbero ed integrerebbero lo spazio proprio delle fonti politiche. Sul rischio per la democrazia dell'iper-costituzione dei "dotti" vedi però L. Pegoraro, *Blows Against the Empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Vol. XI, 2020.

²⁴ Assenza di un'estesa codificazione del diritto, carattere concreto dell'argomentazione e dello stile giuridico, realismo giuridico, separazione tra diritto pubblico e privato, positivismo legislativo molto marcato, influenza rilevante dei lavori preparatori nell'interpretazione giuridica, ruolo della dogmatica giuridica, assenza del valore vincolante del precedente giudiziario delle corti superiori e quindi dello *stare decisis*, forte e istituzionalizzata cooperazione legislativa tra i cinque paesi, peculiare configurazione dei diritti fondamentali (più affidata al legislatore che alla protezione giudiziaria).

è favorita dall'uso manipolativo della rete (*bubble democracy*, e simili)²⁵.

Relativamente alla considerazione di letture “altre” (da parte di altre discipline) dei fenomeni costituzionali contemporanei, spunti interessanti di dibattito sono venuti dal saggio di Fabio Longo²⁶ che propone una rilettura della democrazia costituzionale, intesa come temperamento del principio rappresentativo e di quello maggioritario ad opera di sofisticati meccanismi di *checks and balances*. Ciò avviene alla luce del saggio su riduttori e correttori della democrazia dell'economista statunitense Garrett Jones, vicino alle posizioni ultra-conservatrici e liberiste della destra americana, ma anche dei suggerimenti di Pierre Rosanvallon sulla contro-democrazia. Se gli obiettivi delle provocazioni di Jones erano connesse al desiderio di temperare il ricorso al principio democratico per migliorare il sistema di governo, ossia per ponderare e ridurre gli eccessi della democrazia (come il ricatto elettorale, il ricorso troppo frequente ad elezioni), e di aumentare il controllo dei “tecnici” (selezionati secondo procedimenti non elettivi), il risultato, oltre a dimostrare che le limitazioni e le correzioni esistenti sono già molto oltre il limite del 10% da tale autore immaginato, corre il rischio di degenerare in forme di *governance* elitaria potenziando il liberismo in economia ed addirittura istituzionalizzando il controllo sullo Stato da parte dei suoi creditori. Il paradosso in cui la “riduzione” della democrazia rischia di incorrere è l'eliminazione del principio democratico stesso (potenziando le già esistenti degenerazioni neo-liberiste di alcune democrazie). Non si devono nascondere i rischi potenziali di queste ricostruzioni e di queste teorie che sembrano materializzare pericoli presenti sotto traccia soprattutto in certi contesti.

Se nel saggio di Fabio Longo si tratta di proposte che si adattano meglio al contesto statunitense dove continuano a prevalere teorie economiche ultra-liberiste, in altri saggi della sezione emerge invece la più classica contaminazione tra impostazione giuridico-costituzionale e scienza politica, in una sinergia che “naturalmente” – e proficuamente – contraddistingue gli studi sulle fonti politiche²⁷. Se i discorsi su piattaformaizzazione della sfera pubblica, polarizzazione, profilazione degli elettori, *bubble democracy*, *business intelligence*, democrazia dell'*audience*, sono utilizzati ancora in maniera acerba e pionieristica nei lavori di diritto comparato essi trovano

²⁵ La manipolazione riguarda sia la formulazione del quesito che lo svolgimento della campagna elettorale.

²⁶ “Riduttori” e “correttori” di democrazia nel dibattito contemporaneo. Il volume preso in considerazione è quello di G. Jones, *10% Less Democracy. Why You Should Trust Elites a Little More and the Masses a Little Less*, Stanford, 2020. Il riferimento alle opere di Pizzorusso è in A. Pizzorusso, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Vol. I, Milano, 1979 e ID., *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, IIa ed., Bologna, 2011.

²⁷ Vedi A. Vidaschi, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2021.

invece nelle scienze sociali e politiche un maggiore radicamento²⁸.

Si tratta anche di verificare, come emerge nel saggio di Jan Sawicki, come populismo e principio maggioritario possano incidere negativamente sul principio di rappresentanza e sulla rigidità costituzionale²⁹. È un problema che ha investito nell'ultimo decennio in particolare le cosiddette democrazie illiberali, dove il principio maggioritario – seppure correttamente espressosi nelle prime elezioni competitive che hanno consegnato ad una sola forza politica (o alla forza politica egemone di una coalizione fortemente diseguale) una super maggioranza – ha poi condotto a manipolazioni delle regole della politica e della rappresentanza sfociando in un disegno preordinato di trasformazione ordinamentale attraverso la riduzione o assoggettamento maggioritario dei contro-poteri e la paralisi delle opposizioni. Questo è nella fattispecie il caso dell'Ungheria dove, anche a causa di una non equilibrata cornice costituzionale pregressa, la maggioranza qualificata di fatto coincide con la maggioranza politica rendendo nullo il principio di rigidità costituzionale (ricordando analoghe dinamiche del costituzionalismo socialista) sotto forma di “unanimismo costituzionale”.

5. Considerazioni conclusive: fili rossi, paradigmi, attenzioni metodologiche

Sulla base delle linee di studio sopra sintetizzate, è possibile articolare alcuni fra gli spunti più interessanti emersi all'interno della sessione dedicata alle fonti politiche, tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. All'interno dei diversi contributi, in particolare, è possibile (i) individuare alcune linee trasversali o fili rossi, (ii) trattare sinteticamente di partecipazione democratica e rappresentanze (al plurale), (iii) di referendum e (iv) dell'impatto delle nuove tecnologie sulla democrazia, e infine concludere (v) con un'attenzione di carattere metodologico.

i) Anzitutto, è possibile rilevare come tutti i contributi della sessione abbiano analizzato strumenti classici del costituzionalismo che completano e

²⁸ Basta solo scorrere la letteratura citata dalla maggior parte degli autori dei saggi di questa sezione: Urbinati, Green, Hidman, Diamanti, Lazar, etc.

²⁹ J. Sawicki, *Principio di maggioranza e partiti. Aspetti problematici dei quorum funzionali in alcune decisioni di rilievo costituzionale*. Come ricorda A. Pizzorusso, *Minoranze e Maggioranze*, cit., 34-37, esistono diverse declinazioni del principio maggioritario che rendono dunque necessarie diverse maggioranze e quorum per la validità della votazione, oltre a potersi combinare con regole di tipo diverso nelle fasi istruttorie o di decisione. Di conseguenza si distinguono almeno quattro grandi gruppi di applicazione del principio maggioritario, che si estrinsecano nelle consultazioni di tipo elettorale e referendario; nell'ambito di organi collegiali dove le deliberazioni sono precedute da attività istruttorie e da discussioni e seguite da controlli di razionalità; in collegi composti secondo i principi della democrazia partecipativa con rilievo delle sfere di interesse dei vari componenti; nei collegi tecnici (amministrativi o giurisdizionali) composti da pochi componenti di elevata qualificazione dove il principio di maggioranza opera solo come soluzione estrema.

integrano logiche democratico-rappresentative e che si collegano a logiche tradizionali e a fonti e formanti del diritto più o meno formalizzati. Così, si è trattato di istituti della democrazia partecipativa e di quella diretta, di referendum, di maggioranze qualificate, della considerazione dei corpi intermedi, oltre che di una serie di strumenti tecnologici (vecchi, come il web, o nuovi, come la profilazione e la conseguente polarizzazione ottenute attraverso l'intelligenza artificiale) che permettono di amplificare, con risultati variamente distorsivi, la manifestazione del pensiero all'interno di un sempre più condizionato e quindi sempre meno libero *marketplace of ideas*.

Da questa analisi è emerso un secondo filo rosso, che in qualche modo unisce la maggior parte dei contributi della sessione: l'emersione di un numero di tensioni variamente qualificate, all'interno delle quali, dotata di maggior rilievo, quella fra utilizzo fisiologico di rafforzamento delle logiche e di integrazione delle dinamiche e dei percorsi democratici, da un lato, e patologico, in termini di distorsione democratica, degli strumenti indicati, dall'altro. Tutti gli strumenti illustrati, quindi, si pongono su un crinale, i cui i versanti non sono chiaramente e aprioristicamente individuabili, fra utilizzo in senso democratico (talvolta prescritto a livello di *law in the books*) e utilizzo in senso antidemocratico (talvolta risultante dal *law in action*).

ii) Tale profilo emerge, in particolare, in tre ambiti paradigmatici fra quelli analizzati: in primo luogo, in quello corrispondente alla democrazia partecipativa e al ruolo in esso giocato dalle diverse forme di rappresentanza. Si è assistito, infatti, a processi di moltiplicazione delle rappresentanze, riconducibili a connotazioni di carattere sociale, professionale, tecnico (di expertise), etnico, fino all'individuazione di un "correttore democratico" selezionato su basi economico-finanziarie (i grandi creditori dello Stato, secondo la proposta di Garrett Jones ripresa da Fabio Longo). In tutti questi casi, potrebbe proporsi il concetto di "rappresentanza granulare"; concetto che suscita diversi (vecchi e nuovi) interrogativi rispetto alla coerenza con il modello classico di rappresentanza democratica.

Da questo punto di vista, in ogni caso, si possono individuare (almeno) due modelli di azione delle rappresentanze. Il primo può essere esemplificato dal costituzionalismo nordico (analizzato da Francesco Duranti), in cui l'apertura del Parlamento a "qualcosa altro da sé" è incorporata all'interno del processo legislativo, in modo da contribuire, a monte, a provvedimenti normativi che rispondano a maggiore ragionevolezza nel contenuto (tanto da potersene, forse, trattare come di un equivalente funzionale del controllo di legittimità costituzionale) e a maggiore legittimazione nella procedura e nel risultato complessivo. Altre volte, viceversa, l'apertura a istanze e componenti extra-parlamentari si acquisisce a valle, con risultati maggiormente conflittuali e complessivamente più diseconomici.

In ogni caso, tutte queste forme di partecipazione (come desumibile dagli interventi di De Falco, di Zinzi, di Savicki, di Longo) confermano la presenza di problemi antichi, quali la selezione delle rappresentanze da

considerare (una sorta di individuazione delle rappresentanze DOC), l'esigenza di non incorrere in troppo pesanti conflitti di interessi, soprattutto laddove le istanze coinvolte provengano da entità private, la necessità di trovare una sintesi politica. Si pone, in altri termini, il costante e crescente problema di individuazione della "misura del pluralismo" delle società democratiche contemporanee.

iii) Un secondo ambito di emersione delle tensioni citate è stato ricondotto all'istituto referendario (su cui i contributi di Gallerano e di Rospi). Quello di segno abrogativo, in particolare, si pone di per sé come strumento di contrasto alla volontà politica come manifestatasi all'interno dei circuiti di democrazia rappresentativa. D'altro canto, ogni forma di referendum ha una radice fisiologica, in quanto permette di completare l'assetto democratico dello Stato costituzionale inteso in senso pluralista, attraverso una integrazione del circuito democratico ad opera della democrazia diretta, un controllo in senso antimaggioritario delle logiche parlamentari o, se si vuole, una prevalenza della "maggioranza reale" rispetto a quella parlamentare. Allo stesso tempo, nella sua struttura forzosamente binaria, l'istituto in parola può giungere a minare le basi complesse della democrazia pluralista, a ridurre la libertà dell'elettore, imponendo una scelta semplice per questioni complesse, lasciando quindi spazio a generalizzazioni, strumentalizzazioni, possibili derive populiste.

iv) In questo senso, l'intervento delle tecnologie di informazione e comunicazione (ICT) e, da ultimo, la potenza dell'intelligenza artificiale paiono porsi come fattori in cui la tensione fra utilizzo fisiologico e patologico si orienta, se non adeguatamente disciplinata, verso il rischio di effetti distorsivi più che integrativi. Anche in questo ambito (su cui gli interventi di Rospi, Monti e Cremona) sono ovviamente presenti indici di utilizzo positivi, legati, fra l'altro, ad un radicale ampliamento delle conoscenze veicolato dalla rete, ad un accesso diretto a una moltitudine di dati, all'eliminazione di ostacoli diretti e indiretti ad ogni forma di sapere e di circolazione delle idee (una democratizzazione del sapere). Come messo in luce ormai da anni, però, i poteri che gestiscono tali tecnologie hanno la concreta possibilità di violare diritti anche fondamentali delle persone che si muovono sulla rete³⁰; ragione per la quale il costituzionalismo, nella sua vocazione già riferibile all'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, deve impegnarsi a fondo per trovare forme efficaci di limitazione del potere in funzione di garanzia dei diritti³¹.

In termini più specifici, inoltre, i rischi legati a raccolte massive di dati,

³⁰ Si vedano, fra gli altri, C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction*, Crown Books, 2016; S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, 2020.

³¹ Si permetta il rinvio a C. Casonato, *AI and Constitutionalism: The Challenges Ahead*, in B. Braunschweig, Bertrand, M. Ghallab, (eds), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, Springer, 2021, 127-149.

la profilazione delle singole persone anche per quanto riguarda gli orientamenti politici e l'utilizzo delle reti social per l'invio di notizie (sia vere, sia tendenziose, sia false) producono un effetto di polarizzazione delle scelte di voto di cui le più recenti tornate elettorali e di referendum (dalla Brexit, alle elezioni russe e statunitensi) sono già state vittima. In particolare, emerge il rischio di una *bubble democracy*, in cui gli elettori, invece che potersi confrontare all'interno di uno spettro di posizioni differenti, nella logica del *free marketplace of ideas*, sono esposti solo a orientamenti coincidenti con i propri, e di carattere sempre più estremo³². In questo senso, il "bombardamento" informatico produce, soprattutto per gli elettori che basano le proprie informazioni sui *social*, un fenomeno di isolamento e di polarizzazione esasperata delle scelte politiche.

Se i giganti del web sono consapevoli del fatto che l'intelligenza artificiale, a differenza di altre tecnologie comunque pervasive, plasmerà in profondità la nostra società futura, non paiono allo stesso modo prendere sul serio i rischi menzionati, sostenendo, piuttosto, principi autoreferenziali, come, ad esempio, la quarta verità di Google, secondo cui la democrazia in rete funziona³³. A fronte dell'incapacità da parte del privato di autoregolarsi, va ora segnalata la proposta di regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale, presentata nell'aprile 2021, in cui si pone una serie molto articolata e complessa di principi che dovrebbero fornire garanzie soddisfacenti nel settore³⁴.

v) Un ultimo ordine di spunti offerto dalla lettura dei contributi della sessione in parola riguarda alcune attenzioni metodologiche che anche questo ambito tematico sollecita.

³² Fra gli altri, M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 345-366.

³³ «La Ricerca Google funziona perché si basa sui milioni di individui che pubblicano link su siti web per determinare quali altri siti offrono contenuti utili. Google valuta l'importanza di ogni pagina web utilizzando più di 200 segnali e svariate tecniche, compreso l'algoritmo brevettato PageRank™, in grado di analizzare i siti che sono stati "votati" come migliori fonti di informazioni da altre pagine sul Web. In effetti questa tecnica migliora man mano che il Web aumenta di dimensioni, in quanto ogni nuovo sito è un'altra fonte di informazioni e un altro voto da prendere in considerazione. Analogamente, siamo attivi nello sviluppo di software open source, un ambito che genera innovazione grazie agli sforzi collettivi di molti programmatori» (about.google/intl/it/philosophy/). Una diversa prospettiva, fra gli altri, in S.U. Moble, *Algorithms of Oppression. How search Engines reinforce racism*, NYU Press, 2018, su cui, da ultimo, il dibattito ospitato da *Science* il 28 ottobre 2021 (www.science.org/doi/10.1126/science.abm5861).

³⁴ Si tratta della *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, presentata il 21 aprile 2021: al riguardo, si permetta il rinvio a C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, 415-437 (teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1793).

In primo luogo, l'analisi delle tensioni esistenti fra la democrazia rappresentativa e quella diretta, e fra i rispettivi strumenti di esercizio impone di ricordare la differenza esistente fra *law in the books* e *law in action*. La consapevolezza di tale profilo, un portato tipico dell'approccio comparato, deve sempre accompagnare il metodo di uno studio giuridico che vada oltre l'apparenza dei testi per verificarne la concreta implementazione, valutando le somiglianze e le differenze, e i punti di forza e di debolezza degli istituti oggetto di indagine come immersi nel rispettivo contesto applicativo. Proprio l'analisi dell'assetto reale, così, ha permesso, nella sessione di cui si fa qui sintesi, di mettere in luce i profili fisiologici (tipicamente disposti a livello testuale) e smascherare quelli patologici (tipicamente emergenti dalla realtà di fatto) degli strumenti studiati, oltre che inaspettati fenomeni di equivalenza funzionale.

Su questa base, in secondo luogo, la sessione ha potuto condurre una serrata verifica della possibilità di applicare categorie e teorie tradizionali alla luce dell'emersione di nuovi e nuovissimi fenomeni e contesti. Oltre alla teoria delle fonti proposta da Pizzorusso, così, la frammentazione della rappresentanza, l'affacciarsi di nuovi protagonisti sulla scena democratica (o presunta tale), la difficoltà di addivenire ad una partecipazione efficace oltre che l'impatto delle nuove (e future) tecnologie costituiscono tutti profili che hanno trovato tanto (molte) conferme quanto (qualche) esigenza di ripensamento. E da ultimo, i temi oggetto della sessione, e in particolare i numerosi riferimenti all'impatto che gli strumenti ICT hanno e sempre più potranno avere sull'assetto democratico complessivo, hanno evocato la difficoltà di adeguare all'oggi e ancor più al domani l'originaria vocazione del costituzionalismo, nella convinzione di un rinnovato impegno verso l'individuazione di strumenti concreti ed efficaci che permettano tanto la limitazione dei poteri (vecchi e nuovi) quanto la garanzia dei (ugualmente vecchi e nuovi) diritti della persona.

Carlo Casonato
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Trento
carlo.casonato@unitn.it

Angela Di Gregorio
Dip.to di Studi internazionali,
giuridici e storico-politici
Università degli Studi di Milano
angela.digregorio@unimi.it