



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 1 | 2026

**La crisi della democrazia  
come crisi di legittimazione  
del diritto pubblico**

di Stefano Civitarese Matteucci

EDITORIALE SCIENTIFICA

# LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA COME CRISI DI LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO

*di Stefano Civitarese Matteucci*

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 2. DOVE LA CRISI SI RENDE VISIBILE; 3. STATO DI DIRITTO E COSTITUZIONALISMO OLTRE UN’INTERPRETAZIONE MERAMENTE ISTITUZIONALE DELLA CRISI; 4. COSTITUZIONE MATERIALE, REGOLA DI RICONOSCIMENTO E CONDIZIONI DI ACCETTAZIONE DEL DIRITTO; 5. AUTORITÀ DEL DIRITTO, RUOLO DEI GIURISTI E LIBERTÀ COME NON DOMINANZA; 6. CONCLUSIONI.

## 1. Introduzione

Negli ultimi anni la letteratura sul cosiddetto *democratic backsliding* (regressione democratica) e, più in generale, sulla crisi delle democrazie costituzionali ha fornito approfondite ricostruzioni delle tecniche attraverso cui il potere politico può svuotare dall’interno la democrazia costituzionale, senza ricorrere a rotture rivoluzionarie o a sospensioni aperte dell’ordine giuridico<sup>1</sup>. Tale letteratura ha mostrato con chiarezza che non solo il diritto non è, in sé e per sé, un rimedio al degrado della democrazia, ma può perfino esserne il veicolo. Al di là, peraltro, della descrizione delle tecniche di erosione, sullo sfondo si pone la questione del rapporto tra democrazia e diritto e, in particolare, se il diritto, in una fase storica come l’attuale, sia ancora percepito come strumento necessario, sebbene non sufficiente, alla limitazione del potere. Questa funzione, per quanto non unanimemente riconosciuta dalla teoria politica e costituzionale, è, nell’impostazione qui accolta, alla base dell’assetto democratico di un paese. Il punto, che verrà meglio illustrato nella sezione 5, è che il diritto non si aggiunge alla de-

---

<sup>1</sup> Sul piano della diagnosi istituzionale della crisi, per alcuni riferimenti essenziali da prospettive diverse, v. T. GINSBURG, A.Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018; A. SAJÓ, R. UÍTZ, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, 2017; S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, 2015.

mocrazia come limite esterno o meramente correttivo, ma ne costituisce una condizione di funzionamento: il potere politico è democratico non per il solo fatto di rinviare al popolo la propria investitura, bensì in quanto viene esercitato entro forme normative che ne disciplinano produzione, distribuzione e controllo, sottraendolo all'immediatezza e all'arbitrio. Da questo punto di vista, lo Stato di diritto e la democrazia designano valori reciprocamente implicati nel medesimo ordine istituzionale. Senza legalità, competenze definite, procedure tipiche e separazione ordinata dei poteri, la decisione politica perde il suo carattere propriamente democratico, poiché si espone alla concentrazione e all'indistinzione del potere<sup>2</sup>. L'art. 1 della Costituzione italiana ne è la più plastica esemplificazione, là dove, dopo aver affermato che la sovranità appartiene al popolo, precisa che essa è esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione", formula che esclude ogni idea di sovranità politicamente immediata e conferma che, nell'ordinamento repubblicano, il principio democratico vive soltanto attraverso la mediazione ordinante del diritto<sup>3</sup>.

Il profilo che intendo mettere a fuoco non è, dunque, se le istituzioni di garanzia e i meccanismi di attuazione siano o meno in grado di operare adeguatamente. Questo rileva, naturalmente, ma concentrarsi su tali profili istituzionali comporta il rischio di assumere come assodato che il diritto continui a godere di un'autorità sufficiente per essere preso sul serio da governanti e governati. In realtà, la crisi contemporanea dello Stato di diritto, almeno nel senso in cui sarà qui intesa,

---

<sup>2</sup> Sul nesso tra democrazia e *rule of law* come condizione per un esercizio non arbitrario del potere politico, v. J. WEBBER, *A Democracy-Friendly Theory of the Rule of Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 16/2024, pp. 339-374; P. PETTIT, *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, 2012, spec. capp. 3-5; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023. Più specificamente, sul collegamento tra principio di legalità e democrazia parlamentare, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Formal Meaning of the Ideal of the Rule of Law*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2011, spec. pp. 14-16; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità: dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2008, pp. 1-28; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 1/1995, pp. 91 ss.

<sup>3</sup> Sul significato dell'art. 1 Cost. quale formula della sovranità popolare esercitata in forme costituzionalmente ordinate, v. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; N. URBINATI, *Costituzione italiana: articolo 1*, Roma, 2017.

sembra consistere in una più profonda incrinatura delle condizioni che consentono al diritto di costituire, per così dire, il linguaggio naturale del limite al potere politico.

Questo mutamento si manifesta in forme diverse, ma convergenti, ampiamente descritte, per esempio, dalla letteratura sul populismo costituzionale e sul “legalismo autocratico”<sup>4</sup>. Questi studi discutono la rappresentazione del diritto, volta a volta, come tecnica di neutralizzazione della volontà popolare, come repertorio di vincoli eteronomi, come strumento nelle mani di élite politiche, giudiziarie o sovranazionali. In tale contesto, la polemica contro le corti, il diritto europeo o i cosiddetti vincoli esterni appare come il sintomo di un processo più profondo, che investe la pretesa stessa del diritto di ordinare il conflitto politico entro forme non interamente disponibili a un gruppo dominante<sup>5</sup>.

È bene avvertire che il contributo che questo scritto può apportare alla letteratura su questi temi è modesto e non consiste nell’offrire soluzioni, ma, al massimo, in qualche chiarimento concettuale. La tesi che proverò a sostenere è che la crisi in oggetto debba essere intesa, prima e più che come crisi di effettività delle norme giuridiche, come crisi di legittimazione dello stesso diritto pubblico. Con questa for-

---

<sup>4</sup> Per alcuni riferimenti essenziali, v. P. BLOKKER, *Populist Constitutionalism*, London-New York, 2019; C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 29 ss.; N. LACEY, *Populism and the Rule of Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, n. 15/2019, pp. 79 ss.; K.L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, n. 85/2018, pp. 545 ss.; P. GUASTI, M. ZULIANELLO, *Populismo, opinione pubblica e media digitali*, in *il Mulino*, n. 4/2025, pp. 28 ss.; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005.

<sup>5</sup> Il tema è, naturalmente, sconfinato e dal punto di vista della filosofia politica presenta una grande varietà di accenti e sfumature. Per una teoria della “statualità” espressamente radicata sul ruolo centrale del diritto per l’identificazione della finalità dello Stato, v. P. PETTIT, *The State*, Princeton, 2023, spec. cap. 1, che costruisce una genealogia dello Stato, attraverso un esperimento mentale controfattuale, impiegando il concetto di diritto di Herbert Hart. L’idea dello Stato che ne emerge è quella di un agente nomotetico, il cui fine fondamentale è stabilire un regime di norme giuridiche (p. 128). La sua funzione è «first, to establish or enforce a coercive, territorial regime of law under which its citizens, whether they be an inclusive or privileged class, know what they can do with legal impunity and legal protection; and, second, to entrench or safeguard that regime against internal and external dangers, such as dangers of collapse or colonization» (p. 7). L’analisi di Pettit conduce alla tesi secondo cui un agente di questo genere per assolvere al meglio alla sua funzione deve essere configurato secondo i dettami del governo misto e della democrazia rappresentativa (cap. III).

mula non intendo riproporre il dilemma della legittimità del diritto in senso etico-filosofico, bensì cercare di identificare il meccanismo alla base del venir meno di quelle condizioni politico-sociali, istituzionali e simboliche che rendono plausibile l'accettazione del diritto quale forma della convivenza politica e, quindi, del limite al suo dispiegarsi<sup>6</sup>. Nel prosieguo utilizzerò perlopiù la formula "autorità del diritto" per indicare tale profilo.

L'argomento si svilupperà in quattro passaggi. Anzitutto, prenderò in esame alcuni contesti in cui la crisi si rende particolarmente evidente. In secondo luogo, cercherò di mostrare perché fermarsi a un'interpretazione istituzionalistica della crisi sia insufficiente al progetto costituzionalistico di autolimitazione del potere. In terzo luogo, e questo è il passaggio centrale in cui si chiarirà meglio il sintagma "autorità del diritto", discuterò del nesso tra costituzione materiale, regola di riconoscimento e accettazione del diritto. In quarto luogo, avviando una prudente transizione verso il piano normativo, proverò ad argomentare perché una risposta alla crisi non possa consistere né in un semplice irrigidimento della legalità né in un generico appello ai valori.

Il punto di vista assunto è, come accennavo, dichiaratamente orientato. Da un lato, esso muove da un accostamento positivista al diritto, nel senso di attribuire un rilievo decisivo ai meccanismi di riconoscimento, di validità, di autorità e di competenza propri dell'ordinamento giuridico. Dall'altro, esso assume il costituzionalismo repubblicano quale lessico normativo particolarmente adatto a spiegare perché il limite giuridico non sia un ostacolo esterno alla democrazia, bensì una delle sue condizioni di non arbitrarietà<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Faccio riferimento al diritto pubblico perché è questo che ha a oggetto il potere politico. Come emergerà meglio dal prosieguo dell'analisi, l'ipotesi che il diritto pubblico (a partire dalla costituzione) sia un elemento fondante della "regola di riconoscimento" di un ordinamento giuridico consente in una certa misura di isolare, in una sorta di esperimento mentale, il fenomeno della crisi di questa partizione del diritto dal resto. Non sono in grado di allargare lo sguardo all'ipotesi di una più generale crisi del "fenomeno giuridico", che in verità credo non vi sia.

<sup>7</sup> Per il nesso, che costituisce il retroterra del discorso qui svolto, tra costituzione materiale, positivismo giuridico e limiti del potere, rinvio soprattutto a F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, in M. GOLDONI, M. WILKINSON (a cura di), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2023, pp. 233-245; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Is Legal Positivism as Worthless as Many Italian Scholars of Public Law Depict It?*, in *Ratio Juris*, n. 23/2010, pp. 505-539. Per il versante italiano del problema, in particolare sul

## 2. Dove la crisi si rende visibile

Gli esempi che seguono, esposti in tono rapsodico, non hanno lo scopo di delineare una tipologia esaustiva della crisi dello Stato di diritto, bensì la funzione fenomenologica di mostrare dove la crisi si lascia osservare con maggiore nettezza e in quali forme l'autorità del diritto perde quota<sup>8</sup>. Questo dovrebbe aiutare a chiarire perché, secondo l'ipotesi di ricerca, una spiegazione meramente istituzionale del problema sia insufficiente.

Entro queste coordinate, il cosiddetto populismo costituzionale rappresenta probabilmente la manifestazione più evidente della crisi. Se il suo tratto distintivo consiste nella contrapposizione tra popolo ed élite, la sua dimensione istituzionale più specifica consiste nella dialettica tra volontà politica immediata e mediazione giuridica. Nelle diverse narrazioni – e in particolare sul piano della propaganda politica – le costituzioni vengono rappresentate come vincoli eteronomi; le corti come attori partigiani; le garanzie come tecniche di neutralizzazione del conflitto democratico. Ciò che viene messo in questione non è soltanto un singolo assetto di garanzie, ma la stessa idea che la decisione politica debba riconoscersi entro forme giuridiche non integralmente disponibili alla maggioranza del momento. In questo contesto, le piattaforme di comunicazione e interazione digitali costituiscono un potente fattore di moltiplicazione di tali fenomeni, un ambiente in cui la personalizzazione della leadership, la mobilitazione emotiva, la delegittimazione preventiva del dissenso e la polarizzazione morale possono confluire più facilmente. L'opinione pubblica tende così a cessare di essere spazio di confronto tra alternative e a trasformarsi in un circuito di rafforzamento identitario, in cui la mediazione giuridica appare più facilmente come artificio ostile o come ostacolo eteronomo<sup>9</sup>.

---

rapporto tra costituzione, Stato sociale e ruolo dei giuristi, si veda anche, se si vuole, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Costituzionalismo sociale e ruolo dei giuristi. Sul rapporto tra "rendimento" delle Costituzioni, Stato sociale e giuristi-intellettuali*, in *Politeia*, n. 151/2023, pp. 5-25.

<sup>8</sup> Per una più ampia ricognizione delle linee di crisi oggi riconducibili al logoramento della rappresentanza, allo slittamento del principio di maggioranza, alla crisi della legalità e alla fragilità dello Stato di diritto di fronte al potere, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, A. PIOGGIA, *Introduzione*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2025, pp. 751-754 e tutti gli interventi presenti nel medesimo fascicolo di *Diritto pubblico*.

<sup>9</sup> Sul populismo costituzionale come trasformazione della grammatica del costituzionalismo, cfr. P. BLOKKER, *Populist Constitutionalism*, cit.; C. PINELLI, *Populismo*,

Il populismo contemporaneo intercetta, in questo modo, una crisi delle basi cognitive ed emotive della democrazia costituzionale. Cesare Pinelli ha parlato, al riguardo, di un deficit cognitivo che si manifesta tanto nella difficoltà di metabolizzare l'accelerazione tecnologica quanto nella minore percepibilità delle regressioni costituzionali lente e incremental<sup>10</sup>. Più precisamente, la disintermediazione contribuisce sia al venir meno di alcuni corpi intermedi tradizionali sia alla dissoluzione di quei riferimenti comuni entro cui il conflitto può essere tematizzato come tale<sup>11</sup>. Frammentazione dello spazio pubblico, targettizzazione algoritmica dei messaggi, sostituzione di pubblici relativamente generali con comunità digitali parziali e pressione verso contenuti emotivi e polarizzati restringono la disponibilità a confrontarsi con argomenti complessi e a riconoscere autorità a mediazioni qualificate<sup>12</sup>. Tutto questo concorre a trasformare le occasioni di parte-

---

*diritto e società*, cit.; N. LACEY, *Populism and the Rule of Law*, cit.; P. GUASTI, M. ZULIANELLO, *Populismo, opinione pubblica e media digitali*, cit.; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, cit. Ciò che qui importa è che il populismo investe non solo i contenuti del conflitto politico, ma anche il modo in cui esso viene reso intelligibile e governato entro forme giuridiche.

<sup>10</sup> C. PINELLI, *Crisi della democrazia costituzionale come deficit cognitivo*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2025, pp. 767 ss.; L. BARRA, A. SARDONI, *Fare, disfare e rifare l'opinione pubblica (e i media)*, in *il Mulino*, n. 4/2025, pp. 10-18; M. CALISE, *Opinione pubblica e individualismo di massa*, *ivi*, pp. 19-26; G. FLORIS, *Democrazia, informazione, complessità*, *ivi*, pp. 54-63. Nel loro insieme, questi contributi consentono di mettere a fuoco il nesso tra crisi delle intermediazioni, frammentazione dei riferimenti comuni, rifiuto della complessità e indebolimento delle basi culturali della mediazione democratica.

<sup>11</sup> V. FABBRIZI, *Riflessioni normative sulla democrazia. Liberalismo politico e costituzionalismo*, in *Ragion pratica*, n. 57/2021, spec. pp. 620-626, interpreta la crisi della democrazia liberal-costituzionale attraverso le "condizioni inospitali" di Michelman, mettendo in rilievo complessità istituzionale, disaffezione partecipativa, iperpluralismo, tecnocratizzazione e decostituzionalizzazione della democrazia.

<sup>12</sup> Una parte della letteratura economica e politologica aveva anticipato l'involuzione verso forme di governo autoritarie o illiberali come conseguenza delle trasformazioni interne del capitalismo avanzato. Per esempio, W. DAVIES, *The Happiness Industry: How the Government and Big Business Sold Us Well-Being*, London, 2015, pp. 10 s., 19; ID., *Nervous States: How Feeling Took Over the World*, London, 2019, spec. capp. 1-3, ricostruisce il passaggio da un ordine neoliberale incentrato sui mercati quali meccanismi di elaborazione dell'informazione a una configurazione sempre più organizzata attorno alla cattura e modulazione dell'affettività, nella quale metriche psicologiche e dati comportamentali integrano – o in parte sostituiscono – i segnali di prezzo come strumenti di coordinamento. Ne risulta un'azione che opera attraverso la misurazione continua e l'ottimizzazione della soggettività, mentre al contempo sposta

cipazione democratica in investitura plebiscitaria e a indebolire le condizioni culturali che consentono di riconoscere le istituzioni giuridiche come mediazione legittima del conflitto<sup>13</sup>.

La recente esperienza statunitense ha talmente estremizzato tale fascino di fenomeni da far dubitare che possa ancora essere assunta come termine di comparazione, da trattarsi piuttosto come una sorta di “*butterfly effect*”, per prendere in prestito un termine dalla meccanica quantistica. Eppure, proprio il ruolo guida degli Stati Uniti nell’Occidente<sup>14</sup> e l’influenza culturale che essi vi esercitano consigliano di non

---

la critica strutturale su registri individualizzati di benessere. Tale ricostruzione riecheggia (pur senza sovrapporsi integralmente a essa) l’analisi di Shoshana Zuboff sul «capitalismo della sorveglianza», inteso come logica economica fondata sull’estrazione di surplus comportamentale e sulla sua traduzione in prodotti predittivi: S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019, pp. 8-12 e 94-97. Simile è la diagnosi di Wendy Brown della razionalità neoliberale come processo che «economizza» lo stesso dominio politico, svuotando le pratiche democratiche pur conservandone l’involucro formale: W. BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism’s Stealth Revolution*, New York, 2015, pp. 17-23. Da un’angolatura diversa, Wolfgang Streeck colloca l’erosione della capacità democratica nella traiettoria di crisi del capitalismo, nella quale aggiustamenti fiscali, monetari e politici progressivamente separano il capitalismo dall’assetto democratico del secondo dopoguerra: W. STREECK, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, 2014, pp. 1-25. Da questi contributi emerge un orientamento secondo cui la configurazione contemporanea della governance capitalista – segnata da destabilizzazione affettiva, controllo comportamentale guidato dai dati e indebolimento delle forme collettive di mediazione politica – modifica le condizioni di possibilità della democrazia, rendendo più plausibili risposte politiche che privilegiano immediatezza, autorità e discrezionalità esecutiva rispetto alla deliberazione e all’equilibrio istituzionale.

<sup>13</sup> S. LIETO, *La reputazione delle istituzioni democratiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2024, Parte II, pp. 67 ss.

<sup>14</sup> Sul riferimento all’“Occidente” conviene introdurre almeno un *caveat*. Se la categoria ha un significato storico-normativo, esso non coincide con una mera appartenenza geopolitica o identitaria, ma rinvia a un complesso storicamente costruito e internamente controverso di pratiche e istituzioni, quali razionalità critica, universalismo scientifico, libertà di discussione, limitazione del potere e governo rappresentativo. Proprio per questo l’invocazione della “tradizione occidentale” contro l’Europa, nel discorso di J.D. Vance alla *Munich Security Conference* del 14 febbraio 2025, presenta un tratto paradossale, nella misura in cui pretende di difendere l’Occidente mentre ne relativizza alcuni presupposti storici costitutivi, in particolare l’autonomia della sfera pubblica, il pluralismo politico-istituzionale e il nesso tra libertà e democrazia. Sulla genealogia e sulla natura contestata dell’idea di Occidente, v. G. DELANTY, *Inventing Europe. Idea, Identity, Reality*, London, 1995; A. BONNETT, *The Idea of the West. Culture, Politics and History*, Basingstoke, 2004; G. VAROYAKIS, *The West. The History of an Idea*, Princeton, 2025; cfr. altresì T. BUNDE, R. CARR, S. EISENTRAUT, C.

sottovalutare l'onda lunga delle trasformazioni in corso, che sembrano offrire una sorta di sintesi parossistica di quanto osservato finora. Gli anni della prima presidenza Trump, la contestazione della legittimità delle elezioni del 2020, il logoramento della fiducia nelle procedure di certificazione del voto e l'episodio della "rivolta" del 6 gennaio 2021 possono oggi essere considerati come anticipazioni della svolta autoritaria che caratterizza il secondo mandato presidenziale<sup>15</sup>, comunque accompagnato dal consenso di ampi settori della società americana<sup>16</sup>. Pur, ovviamente, non avendo "abrogato" la Costituzione americana, questi fatti sembrano avere inciso su ciò che Levinson chiamava *constitutional faith*, ossia sulla credenza condivisa che le regole costituzionali costituiscano il quadro ultimo della competizione politica<sup>17</sup>.

Lo spazio europeo, benché entro assetti istituzionali e con intensità assai diversi, non è, del resto, immune da fenomeni riconducibili a tale

---

ERBER, J. HAMMELEHLE, L. HARTMANN, J. KABUS, F. STÄRK, J. VOJE, *Munich Security Report 2020: Westlessness*, Munich Security Conference, Munich, 2020.

<sup>15</sup> Sulla torsione autocratizzante statunitense, v. S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Tyranny of the Minority. Why American Democracy Reached the Breaking Point*, New York, 2023; M. NORD, D. ALTMAN, T. FERNANDES, A. GOOD GOD, S.I. LINDBERG, *Democracy Report 2026: Unraveling the Democratic Era?*, V-Dem Institute, University of Gothenburg, March 2026, spec. pp. 4, 7, 33. Emblematico, sul piano della lotta all'intermediazione informativa indipendente, è poi l'episodio del Pentagono sotto la guida di Pete Hegseth. Tra settembre e ottobre 2025 i giornalisti accreditati furono invitati a sottoscrivere una dichiarazione che vietava di acquisire o sollecitare informazioni non autorizzate, anche non classificate, a pena di revoca delle credenziali; molte testate rifiutarono, lasciando gli spazi del Pentagono, e furono progressivamente sostituite da un *press corps* composto in larga misura da *outlets* conservatori e influencer. Cfr. M. YANG, *Pentagon journalists reject restrictions pledge*, in *The Guardian*, 20 settembre 2025; D. BAUDER, *Journalists turn in access badges and exit Pentagon rather than agree to new reporting rules*, in *Associated Press*, 15 ottobre 2025; S. NOVER, D. HARWELL, *Pentagon announces a new right-wing press corps after mass walkout*, in *Washington Post*, 22 ottobre 2025; D. BAUDER, *Judge sides with New York Times in challenge to policy limiting reporters' access to Pentagon*, in *Associated Press*, 20 marzo 2026.

<sup>16</sup> Il riferimento al consenso di ampi settori della società americana allude sia all'investitura elettorale del 2024, conclusasi con 312 grandi elettori per Trump, sia al fatto che nelle prime settimane del secondo mandato il nuovo Presidente registrava ancora un consenso non marginale in diversi sondaggi nazionali: cfr. Federal Election Commission, *Official 2024 Presidential General Election Results*; CBS News/YouGov, *Trump has positive approval amid "energetic" opening weeks; seen as doing what he promised*, 9 febbraio 2025.

<sup>17</sup> In generale, si vedano: S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, 1988; J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford, 2020; B. ACKERMAN, *The Crisis of Constitutional Democracy*, in *Critical Review*, n. 31/2019, pp. 1 ss.

matrice. Se sul piano delle concrete trasformazioni di ordine costituzionale, il *rule of law backsliding* ha riguardato i noti casi dell'Europa centro-orientale<sup>18</sup>, proprio il caso italiano, per quanto, apparentemente, meno drammatico sul piano dell'erosione, aiuta a osservare un'ulteriore angolazione del problema. Se, cioè, può essere considerato un errore analitico trattare l'evoluzione del rapporto tra istituzioni, politica e diritto nel contesto italiano come interamente sovrapponibile ai processi più acuti di trasformazione autocratica, proprio per questo, però, essa consente di osservare il logoramento del capitale simbolico del costituzionalismo in forme più ordinarie e, per certi aspetti, più rivelatrici. Si pensi alla retorica ricorrente contro i vincoli derivanti dal diritto europeo, all'uso intermittente del lessico costituzionale, all'oscillazione tra l'enfaticizzazione estrema e la delegittimazione del ruolo delle corti, alla difficoltà crescente di percepire le forme giuridiche come parte costitutiva della decisione democratica e non come ostacolo esterno a essa<sup>19</sup>.

In Italia, peraltro, questo logoramento convive con una peculiare centralità simbolica della costituzione. In effetti, la letteratura sul regresso dello Stato di diritto ha messo in rilievo che una quota significativa dei processi regressivi contemporanei non si configura come negazione del costituzionalismo, bensì come sua appropriazione se-

<sup>18</sup> Cfr. K.L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, cit., pp. 545 ss.; W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School Research Paper*, n. 1/2018; B. BUGARI, *Central Europe's Descent into Autocracy. A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, in *ICON*, n. 17/2019, pp. 597 ss. Tanto nel caso polacco quanto in quello ungherese, il diritto pubblico è ricollocato entro una nuova gerarchia simbolica, nella quale la decisione politica pretende di parlare il linguaggio della costituzione svuotandone, però, la funzione limitativa (v. R. BELLAMY, S. KRÖGER, *Countering Democratic Backsliding by EU Member States: Constitutional Pluralism and "Value" Differentiated Integration*, in *Swiss Political Science Review*, n. 27/2021, pp. 619 ss.).

<sup>19</sup> Il caso italiano richiederebbe, ovviamente, uno svolgimento autonomo. Qui basti rilevare che il logoramento del capitale simbolico del costituzionalismo può verificarsi anche in assenza di processi apertamente autocratici. Nel dibattito più recente, v. I. CIOLLI, *Le democrazie sotto stress e il pasticciaccio brutto del premierato*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2024, *Parte I*, pp. 88 ss.; M. FIORILLO, *Dalla partecipazione militante all'astensionismo indifferente. Appunti su origine e linee di sviluppo della forma di governo repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2023, *Parte I*, pp. 54 ss.; L. FERRARA, *Intervento*, in *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. In occasione dei trent'anni di Diritto pubblico – Dibattito*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2025, pp. 779 ss.

lettiva<sup>20</sup>. La “vera” costituzione viene contrapposta alla costituzione interpretata dalle corti, ai vincoli europei, alle mediazioni pluralistiche, alla cultura dei diritti. Da questo punto di vista, la crisi odierna è più insidiosa delle rotture apertamente autoritarie del passato. Essa non nega la legittimità dell’ordinamento giuridico, bensì lo rivendica in modo strumentale, facendone il linguaggio di una sovranità che non tollera la limitazione delle norme giuridiche come elemento interno alla propria legittimazione<sup>21</sup>. Il depotenziamento della funzione del diritto come limite all’esercizio del potere politico si salda, del resto, a una crisi delle forme della rappresentanza e della produzione normativa, da anni messa a fuoco dalla letteratura costituzionalistica<sup>22</sup>. Come è stato ricordato di recente, la recessività della forma rappresentativa della legge e la sua deformalizzazione sono indizi del modo in cui il governo popolare può perdere il proprio *medium* giuridico ordinario. Non sarebbe quindi solo la legalità a indebolirsi, ma anche la stessa capacità della forma legislativa di rendere riconoscibile il nesso tra decisione pubblica, rappresentanza e limite<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Per questa più insidiosa modalità di erosione, che opera dall’interno del linguaggio costituzionale anziché contro di esso, v. F. BILANCIA, *The Constitutional Dimension of Democracy within a Democratic Society*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, pp. 8-21.

<sup>21</sup> Al riguardo è istruttivo considerare l’uso che Donald Trump fa della Costituzione nei discorsi ufficiali e, nel secondo mandato, anche nella comunicazione su *Truth Social*. Nel primo mandato sopravvivono, in alcuni atti cerimoniali, moduli relativamente classici: basti pensare a *Law Day*, U.S.A., 2017 (1° maggio 2017) e alle proclamazioni per *Constitution Week* del 2018, 2019 e 2020, dove ricorrono governo limitato, poteri separati, *checks and balances* e *accountability*. Già nelle *Remarks on Judicial Appointments* del 9 settembre 2020, però, il baricentro si sposta verso originalismo, diritti selezionati e opposizione fra volontà popolare e istituzioni ostili. Nel secondo mandato lo spostamento si accentua: nell’*Inaugural Address* del 20 gennaio 2025 la Costituzione compare soprattutto come emblema del mandato politico; nell’*Executive Order Ensuring Accountability for All Agencies* del 18 febbraio 2025 la separazione dei poteri è invocata per fondare la supervisione presidenziale dell’apparato amministrativo; in *Loyalty Day and Law Day*, U.S.A., 2025 il *rule of law* è inserito nella denuncia della *weaponization of government*; nella comunicazione social del secondo mandato la Costituzione è richiamata soprattutto come linguaggio di rivendicazione presidenziale e di mobilitazione identitaria, come mostrano i *Truth Social posts* del 25 gennaio, 16 febbraio, 27 giugno e 24 agosto 2025.

<sup>22</sup> F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, 2000.

<sup>23</sup> L. BUFFONI, *La forma della legge nel governo popolare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2024, *Parte I*.

Su questo sfondo, anche la dimensione internazionale può essere considerata una sorta di cartina di tornasole delle tendenze disgregatrici in atto. Non è necessario dilungarsi sui fatti. Basti pensare alla selettività nell'adempimento degli obblighi internazionali, al ritorno della forza come tecnica di regolazione dei rapporti tra le potenze, alla marginalizzazione delle sedi multilaterali e all'uso strumentale del lessico dei diritti umani. Ebbene, il diritto internazionale mostra con particolare evidenza come la sua forza ordinante dipenda inevitabilmente dall'autorità del diritto all'interno degli ordinamenti statali. In un certo senso, l'apparentemente improvvisa emarginazione delle istituzioni internazionali sorte nel secondo dopoguerra è il riflesso della perdita dell'autorità del diritto all'interno degli stati. In altre parole, la debolezza strutturale istituzionale del diritto internazionale<sup>24</sup> ci consente di osservare, da un punto di vista "esterno", la crisi di legittimazione del diritto come *medium* tra gruppi sociali e istituzioni politiche<sup>25</sup>. Questa notazione sembra confermata dalle analisi che hanno messo in luce la

---

<sup>24</sup> Il riferimento è H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, II ed., Torino, 2002 (Oxford, 1994), *The Concept of Law*, cap. X, che considera il diritto internazionale un diritto primitivo, non in senso spregiativo, ma perché, essendo fondato esclusivamente su norme primarie, è privo della caratteristica fondamentale degli ordinamenti moderni di possedere anche norme secondarie. Più direttamente sul profilo della legittimazione, v. M. KUMM, *The Legitimacy of International Law. A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, n. 15/2004, pp. 907 ss.; K. TRAISBACH, *Judicial Authority, Legitimacy and the (International) Rule of Law as Essentially Contested and Interpretive Concepts*, in *Global Constitutionalism*, n. 10/2021, pp. 131 ss.; T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, Cambridge, 2021.

<sup>25</sup> Sul nesso tra deterioramento del contesto internazionale e maggiore difficoltà di difendere la democrazia costituzionale nei singoli ordinamenti, v. S. LEVITSKY, L.A. WAY, *International Linkage and Democratization*, in *Journal of Democracy*, n. 3/2005, pp. 20-34, i quali mostrano come *linkage* e *leverage* con gli Stati Uniti, l'Unione europea e le istituzioni multilaterali occidentali accrescano il costo dell'autoritarismo; D.J. SAMUELS, *The International Context of Democratic Backsliding: Rethinking the Role of Third Wave "Prodemocracy" Global Actors*, in *Perspectives on Politics*, n. 3/2023, pp. 1001-1012, secondo cui l'attuale configurazione della politica internazionale offre incentivi più deboli alla difesa della democrazia e lascia quest'ultima con un più fragile sostegno ideazionale nello spazio globale; A. COOLEY, *Authoritarianism Goes Global: Countering Democratic Norms*, in *Journal of Democracy*, n. 3/2015, pp. 49-63; T. GINSBURG, *Authoritarian International Law?*, in *American Journal of International Law*, n. 2/2020, pp. 221-260; T. GINSBURG, *How Authoritarians Use International Law*, in *Journal of Democracy*, n. 4/2020, pp. 44-58.

difficoltà di mantenere plausibile un lessico costituzionale al di là dello Stato<sup>26</sup>.

Se si osservano insieme questi diversi contesti, il punto che emerge è relativamente netto. Populismo costituzionale, erosione dello Stato di diritto, logoramento ordinario del capitale simbolico delle costituzioni e crisi dell'ordine internazionale, pur non essendo fenomeni omogenei, segnalano l'indebolimento del riconoscimento dell'autorità del diritto come forma legittima della decisione politica. Fin qui siamo ancora a un livello fenomenologico. Per capire che cosa, precisamente, si stia logorando, occorre soffermarsi sul rapporto tra Stato di diritto e costituzionalismo e mostrare perché la crisi non si esaurisca nel mal-funzionamento degli apparati di garanzia.

### 3. Stato di diritto e costituzionalismo oltre un'interpretazione meramente istituzionale della crisi

La nozione di Stato di diritto si è formata, com'è noto, lungo un crinale in cui si intrecciano una dimensione tecnico-giuridica e la pretesa di non arbitrarietà del potere. In una linea che va da Dicey a Fuller e Raz, sino a Bingham, il governo delle leggi (*rule of law*) è stato prevalentemente descritto come un insieme di requisiti formali della legalità di un ordinamento normativo: generalità, pubblicità, prevedibilità, non retroattività, accessibilità della legge, indipendenza del giudice, ragionevolezza dell'azione amministrativa, disponibilità di rimedi. Questa tradizione, pur non esauendo il costituzionalismo, chiarisce il punto essenziale secondo cui l'autorità politica, per operare come autorità giuridica, deve presentarsi in forme intelligibili, controllabili e non meramente discrezionali<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> A. JR GOLIA, C. GENTILE, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2024, Parte I, pp. 78 ss., ove si osserva che la crisi del diritto come limite al potere è anche crisi dei linguaggi attraverso cui quel limite viene reso intelligibile.

<sup>27</sup> La letteratura classica è notoriamente sterminata. Mi limito a richiamare A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, VIII ed., London, 1915; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1969; J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, spec. cap. 11, "The Rule of Law and its Virtue"; J. RAZ, *The Politics of the Rule of Law*, in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2011.

Ridurre queste concezioni a puro formalismo, nel significato de-teriore spesso associato a tale termine, sarebbe, peraltro, fuorviante. Già Joseph Raz, in un celebre saggio del 1990<sup>28</sup>, insisteva sul fatto che il governo delle leggi è parte di una più ampia cultura della legalità e che il suo funzionamento dipende da presupposti istituzionali ed etici che, a loro volta, non sono semplicemente prodotti dal diritto stesso<sup>29</sup>. Lungo questa linea, Nick Barber ha mostrato come perfino le concezioni più legalistiche siano costrette, per restare in piedi, a confrontarsi con problemi quali la povertà, l'accesso al linguaggio giuridico e le condizioni sociali che rendono il diritto effettivamente comprensibile e praticabile per i suoi destinatari<sup>30</sup>. Il punto, allora, è riconoscere che anche le formulazioni formalistiche dell'ideale del governo delle leggi presuppongono uno sfondo sociale e politico senza il quale la legalità cessa di operare come risorsa di legittimazione.

Il lessico del costituzionalismo consente di compiere un passo ulteriore. A differenza della legalità in senso stretto, il costituzionalismo moderno ordina l'esercizio del potere attorno all'idea di limite come principio di legittimazione dell'esercizio del potere stesso. Esso assume il conflitto come dato permanente della vita collettiva, ma pretende di sottrarlo alla pura logica del comando, affidandolo a forme giuridiche

<sup>28</sup> Cfr. J. RAZ, *The Politics of the Rule of Law*, cit., spec. pp. 331-335, dove il *rule of law* è presentato come parte di una cultura della legalità e non come semplice somatoria di regole tecniche.

<sup>29</sup> Cfr. M. KRYGIER, *The Rule of Law: Past, Present, and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Social Sciences*, 2016, p. 12, secondo cui per potersi inverare questo ideale dovrebbero ricorrere due condizioni pressoché impossibili da realizzare, una psicologica e una sociologica: la sua interiorizzazione nel cuore delle persone e nei loro costumi.

<sup>30</sup> N.W. BARBER, *Must Legalistic Conceptions of the Rule of Law Have a Social Dimension?*, in *Ratio Juris*, n. 17/2004, pp. 474-479, il quale mostra come anche le concezioni legalistiche siano costrette a misurarsi con problemi di alfabetizzazione giuridica, di povertà e di accesso al diritto; v. anche M. KRYGIER, *Tempering Power. The Rule of Law and the Shaping of Political Power*, Cambridge, 2017; B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004. Sul versante dell'Unione europea S. GARBEN, *The Principle of Legality and the EU's Legitimacy as a Constitutional Democracy: A Research Agenda*, in S. GARBEN, I. GOVAERE, P. NEMITZ (a cura di), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, 2019, spec. pp. 385-387 e 415-416, sostiene che il principio di legalità non si esaurisce nella mera conformità alla legge, ma esprime il nesso tra costituzionalismo e democrazia, richiedendo insieme base normativa dell'autorità, rispetto dei diritti e mediazione della legislazione parlamentare.

che lo rendano trattabile entro un quadro di reciproco riconoscimento. In questo senso, la costituzione è insieme organizzazione del potere e linguaggio della sua autolimitazione<sup>31</sup>. Il costituzionalismo, pertanto, non coincide né con la sola superiorità formale della costituzione né con una morale pubblica pronta a imporsi dall'alto sul conflitto politico. Proprio per questo esso istituzionalizza il conflitto e, nello stesso tempo, sottrae alcune condizioni del conflitto alla disponibilità della maggioranza del momento. Si potrebbe osservare che è proprio quando questo meccanismo si inceppa che la crisi dello Stato di diritto incontra quella del costituzionalismo democratico.

In altre parole, perché il diritto possa operare come criterio di giustificazione del potere, occorre che le forme giuridiche siano riconosciute come sedi non arbitrarie di gestione dei conflitti. L'indagine sulla natura e la forma di tale riconoscimento costituisce lo snodo più delicato del nostro ragionamento. Onde evitare di scivolare in un sociologismo indistinto, l'ipotesi di lavoro che si proverà a testare è che questo nesso possa essere chiarito sul terreno della costituzione materiale, a sua volta filtrato attraverso l'armamentario concettuale della regola di riconoscimento di un ordinamento giuridico.

Prima di affrontare questo punto, conviene però formulare una riserva sullo statuto del discorso che si articolerà nella prossima sezione. Non si può escludere, infatti, che i fenomeni sin qui richiamati indichino qualcosa di più radicale di una crisi della legittimazione del diritto pubblico, la possibilità, cioè, che si sia ormai superata la soglia oltre la quale il diritto può ancora avanzare, in senso non puramente residuale o strategico, una pretesa di autorità razionale. Se così fosse, categorie come costituzione, legalità, competenza, procedimento e limite continuerebbero certamente a circolare nel linguaggio pubblico, ma più come repertori simbolici, tecniche di governo o strumenti di lotta che come forme capaci di orientare in modo condiviso il conflitto politico. Proprio questa sorta di esperimento mentale, tuttavia, consente di evitare una conclusione prematura. Se davvero il fenomeno fosse già interamente sfuggito alla possibilità di esercitare una pretesa

---

<sup>31</sup> Per questo ordine di idee, v. R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007, e M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard, 2022, pur muovendo i due autori da premesse diverse. V., inoltre, F. BILANCIA, *The Constitutional Dimension of Democracy within a Democratic Society*, cit., pp. 8 ss.; ID., *Constitutional Roots of Democracy*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, Parte II, pp. 33 ss.

di autorità razionale, resterebbe da spiegare perché una parte non irrilevante delle società contemporanee continui nondimeno a funzionare entro cicli politici, pratiche di contestazione e aspettative di giustificazione ancora ispirati, almeno in misura apprezzabile, alle tradizioni del costituzionalismo democratico. Il dubbio non viene così dissolto, ma circoscritto, nel senso che finché tali pratiche sopravvivono, sia pure in forma indebolita e reversibile, resta plausibile interrogarsi sulle condizioni alle quali il diritto possa ancora essere accettato come limite non arbitrario<sup>32</sup>.

Una seconda avvertenza riguarda il contesto di riferimento. Il discorso che si articola nella sezione successiva è condotto su un piano astratto, ma la ‘metodologia’ ivi indicata va riferita a un singolo ordinamento giuridico, nel quale, evidentemente, per quanto i fenomeni sopra censiti appaiano pervasivi e diffusi, il rapporto tra società, diritto e istituzioni risponde a condizioni specifiche, così come specifica è la regola di riconoscimento di quell’ordinamento. Nel nostro caso, peraltro, il contesto è delimitato dall’appartenenza all’area delle democrazie di ispirazione liberal-democratica.

#### 4. Costituzione materiale, regola di riconoscimento e condizioni di accettazione del diritto

Il punto di partenza della parte critico-ricostruttiva di questo articolo consiste nell’assunto che le condizioni alle quali il diritto può presentarsi come limite legittimo del potere politico devono necessariamente essere esterne al diritto stesso, onde evitare uno dei vari *regressus ad infinitum* che la teoria, sia politica sia giuridica, si trova spesso a fronteggiare. Potremmo chiamare costituzione materiale l’insieme di queste condizioni, se non fosse che il maggior teorico di essa riteneva che la costituzione in senso materiale fosse un costrutto puramente giuridico, una prima fonte giuridica non scritta capace di tra-

---

<sup>32</sup> Per un’impostazione che, pur partendo dai limiti strutturali e storici dello Stato, non rinuncia alla domanda normativa sulle condizioni della sua giustificazione, v. P. PETTIT, *The State*, cit., spec. *Introduction* e capp. 1-3. Per un interrogativo, da altra prospettiva, sulla sopravvivenza del costituzionalismo moderno, v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021.

smettere energia normativa alle altre fonti<sup>33</sup>. La nozione di costituzione materiale è, del resto, assai equivoca. Essa è stata usata prevalentemente per designare i rapporti di forza reali che stanno dietro la costituzione formale o per indicare le forze ordinanti dell'assetto costituzionale<sup>34</sup>. La maggiore difficoltà teorica si annida proprio nel concepire la costituzione materiale come immediata giuridicizzazione di un fatto politico-sociale, poiché, così facendo, diventa difficile spiegare come si conservi la differenza tra normatività ed effettività. Se, all'opposto, la si riduce a semplice sociologia del potere, essa perde interesse per la teoria del diritto.

Per evitare entrambe le difficoltà, l'idea, già avanzata in un altro scritto, è di reinterpretare la nozione in un significato più circoscritto e, se si vuole, più compatibile con un accostamento positivista al diritto<sup>35</sup>. A tal proposito, considerato che una parte consistente dei teorici del diritto di orientamento positivista accoglie una spiegazione convenzionalista dell'ordinamento giuridico, è opportuno, anzitutto, chiarire che la costituzione materiale non coincide con le convenzioni costituzionali. Queste ultime possono colmare gli interstizi della costituzione scritta, ma restano interne a un ordinamento già dato.

Come sopra accennato, la costituzione materiale non coincide nemmeno con una generica idea di "costituzione reale", come espressione di costumi, cultura o rapporti di forza. Il suo tratto materiale, nel senso che qui interessa, non sta, cioè, nell'essere fatto anziché norma, ma nel designare il nucleo di regole, principi, atteggiamenti e pratiche senza i quali la costituzione formale perderebbe la capacità di operare come motore dell'ordinamento giuridico. In questa prospettiva, come cercherò di argomentare di seguito, la costituzione materiale non si oppone alla costituzione formale, ma ne costituisce piuttosto il presupposto legittimante. Detto altrimenti, essa designa il punto di congiunzione tra il diritto costituzionale e gli atteggiamenti, credenze e pratiche che

---

<sup>33</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940. Per una rilettura contemporanea del rapporto tra legalità, costituzione e condizioni sociali, v. D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, Oxford, 2016; M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010.

<sup>34</sup> Sulla differenza tra costituzione materiale e semplice descrizione delle "forze ordinanti", v. M. GOLDONI, M. WILKINSON, *The Material Constitution*, in *Modern Law Review*, n. 81/2018, pp. 567 ss.

<sup>35</sup> Cfr. F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, cit., spec. pp. 237-245.

lo eccedono senza, però, cessare di appartenere al suo modo di esistenza. È proprio a questo riguardo che il concetto di regola di riconoscimento consente di attribuire un senso giuridico a questa pratica.

La regola di riconoscimento, nella formulazione classica di Hart, non è una norma posta, né un criterio morale, ma una pratica sociale condivisa che consente di identificare quali norme appartengano all'ordinamento giuridico. Il suo tratto essenziale è l'accettazione interna, cioè il fatto che la regola sia oggetto di un'affermazione che la tratti come standard di comportamento e come parametro di critica dei comportamenti altrui<sup>36</sup>. Come noto, in Hart questo elemento è relativo, in particolare, alla prassi sociale dei funzionari pubblici, in primo luogo dei giudici, i quali, secondo il loro punto di vista interno all'ordinamento in cui operano, sostengono, mediante le loro affermazioni, il nucleo di norme secondarie che consentono di individuare il diritto valido a partire da una regola suprema.

Ebbene, uno dei problemi di questa spiegazione è come giustificare il fatto (alla base anche dell'ideale del governo delle leggi) che, affinché un ordinamento giuridico esista, occorra che anche i cittadini comuni ne osservino generalmente le norme. Hart risolve il problema in modo brillante, ma lascia in ombra aspetti importanti. Il modo in cui i privati cittadini entrano in relazione con le norme giuridiche non rileverebbe sul piano della validità: «essi possono obbedire ognuno “soltanto per quanto lo riguarda” e per qualsiasi motivo»<sup>37</sup>, vale a dire, per paura delle conseguenze, inerzia, conformismo, adesione etica. Hart aggiunge, peraltro, che «in una società sana essi accettino spesso di fatto queste norme come criteri comuni di comportamento e riconoscano un obbligo di osservarle, o, addirittura, riconducano quest'obbligo a un obbligo più generale di rispetto per la costituzione»<sup>38</sup>.

Una soluzione sofisticata a questo problema è stata elaborata da Mario Jori attraverso una distinzione più rigorosa tra tre momenti di accettazione del diritto, tra loro distinti ma reciprocamente implicati. La prima distinzione è tra l'individuazione del diritto in generale e quella del diritto vigente qui e ora (il diritto italiano, quello europeo,

<sup>36</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., capp. V-VI e Poscritto. Sul carattere convenzionale e, al tempo stesso, normativo della regola di riconoscimento, v. A. MARMOR, *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, 2009; S.J. SHAPIRO, *Legality*, Harvard, 2011.

<sup>37</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 137.

<sup>38</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 137 s.

quello francese). Per tenere discorsi sensati su come comportarsi in conformità a quanto richiede il diritto, occorre che le persone: a) capiscano quando si muovono nell'ambito dei fenomeni giuridici e b) riconoscano, nel luogo in cui si trovano, se il diritto vigente richieda loro una determinata condotta. Se così non fosse, frasi del tipo "qui in Francia, a differenza di noi in Italia, fumare nei parchi pubblici è vietato e punito con sanzioni severe", pronunciate da due studenti di letteratura in soggiorno Erasmus, non avrebbero senso. Questo significa che il linguaggio e il senso comune devono necessariamente possedere una nozione sia di diritto in generale sia di diritto vigente. La cosa più sorprendente dimostrata da Jori è, però, che gli esperti, i tecnici del diritto, non hanno (e non potrebbero avere) una nozione di diritto e di diritto vigente diversa da quella del senso comune<sup>39</sup>. Tutti ci muoviamo in un'area piuttosto vaga e indistinta, che, anche per questo, come tutto ciò che è proprio del linguaggio e del senso comune, funziona.

L'operazione che i giuristi compiono e che i non giuristi non sono in grado di compiere è, invece, chiamata *determinazione* del diritto, attraverso la quale i funzionari (gli *officials* hartiani) determinano il (relativamente preciso) contenuto del diritto, nel senso che applicano i criteri riconosciuti dall'ordinamento per stabilire quali norme siano valide – come debbano essere interpretate e quali competenze spettino ai diversi organi<sup>40</sup>. Ma, allora, l'individuazione del diritto come fatto sociale è al contempo più elementare e più ampia. Essa dipende da intuizioni condivise, incorporate nel linguaggio ordinario, e da pratiche di riconoscimento che non appartengono soltanto ai giudici o ai funzionari.

Questa distinzione consente, peraltro, di evitare una circolarità ben nota: i funzionari sono tali perché l'ordinamento li individua mediante norme secondarie, ma l'ordinamento è valido perché gli ufficiali lo trattano come tale<sup>41</sup>. Per uscire dalla circolarità occorre, quindi, ammettere che la normatività del diritto presupponga una pratica sociale di riconoscimento più estesa, che investa, appunto, la comunità che si rispecchia in quell'ordinamento. È, insomma, proprio l'individuazione

<sup>39</sup> M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, p. 55.

<sup>40</sup> *Op. ult. cit.*, p. 41.

<sup>41</sup> Su questo paradosso, v. L. ALEXANDER, F. SCHAUER, *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*, in M. ADLER, K.E. HIMMA (a cura di), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, 2009, p. 178.

di senso comune che consente al diritto di esistere nella sua dimensione immateriale.

A questo punto siamo giunti al cuore del nostro argomento. Il problema concerne, infatti, il perimetro di questa individuazione, ossia ciò che il senso comune riesce a cogliere del diritto vigente. La sua più plausibile delimitazione sul piano della pratica sociale si concentra su pochi elementi essenziali, in particolare simbolici e formali. Pertanto, si potrebbe sostenere che, se una questione costituzionale arriva al senso comune, può al massimo riguardare questioni molto generali, per esempio monarchia o repubblica, come nel referendum sulla questione istituzionale, senza andare troppo per il sottile su quale tipo di monarchia o di repubblica<sup>42</sup>. Questioni quali, dunque, l'assetto democratico e una determinata concezione della giustizia, per esempio, pur possibilmente presenti nel senso comune, non sarebbero da attribuire al diritto e, in particolare, a una costituzione materiale incorporata nella regola di riconoscimento tra le regole supreme di un ordinamento. È infatti problematico includere nell'operazione di individuazione del diritto l'attribuzione di un valore positivo a un determinato assetto politico-costituzionale. Eppure, credo che, in qualche misura, proprio questa inclusione sia plausibile e probabilmente necessaria per giustificare la pratica del diritto nella società contemporanea. Occorre, certo, precisare cosa intendiamo per valore positivo. La regola di riconoscimento non include un giudizio di valore (la democrazia mi piace, il giudizio di costituzionalità delle leggi è sbagliato, ecc.), ma il riconoscimento che la democrazia rappresentativa (ci piaccia o meno) è un elemento giuridico di fondo dell'organizzazione politica della società<sup>43</sup>.

L'idea è, dunque, che la dimensione democratica e procedurale di un assetto costituzionale sia parte di quella adesione/accettazione di senso comune propria dell'operazione di individuazione del diritto<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Preciso che questa è l'opinione di Mario Jori, in una corrispondenza personale proprio su questo problema, espressa con più o meno le parole riportate nel testo.

<sup>43</sup> Sul passaggio da una nozione debole a una nozione forte di accettazione è particolarmente utile M. WILKINSON, *Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 30/2010, spec. pp. 461 s. Il punto centrale, ai fini del presente discorso, è che un ordinamento può certamente esistere in condizioni di acquiescenza irriflessa; ma, in tali condizioni, esso produce alienazione più che integrazione.

<sup>44</sup> Sul nesso tra democrazia rappresentativa, forma del diritto e legittimazione del potere, v. F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il diritto pubblico nella società contemporanea*, II ed., Torino, 2025, spec. capp. I-II.

Inoltre, la norma di riconoscimento è estremamente problematica da rilevare empiricamente<sup>45</sup> e, al contempo, come ha sostenuto Uberto Scarpelli, può persino essere riconosciuta attraverso un giudizio di valore e acquisire, dunque, una dimensione normativa<sup>46</sup>. Qui siamo al passaggio più denso e concettualmente impegnativo, una sorta di paradosso. Come può una pratica sociale di riconoscimento avere un contenuto normativo?<sup>47</sup> Scioglierei l'apparente paradosso nel modo

<sup>45</sup> M. JORI, *Il formalismo giuridico*, cit., p. 57.

Su possibili incroci tra teoria della regola di riconoscimento, sociologia giuridica e studi empirici sulla *legal consciousness*, v. P. EWICK, S.S. SILBEY, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago, 1998; R. COTTERRELL, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, 2006.

In una recente rilettura delle condizioni che rendono possibile il fenomeno statale Philip Pettit ha posto l'accento sul fattore dell'*incorporating people*, vale a dire del popolo assunto in una dimensione dinamica, non nella fase costituente ma una volta incorporatosi nello Stato stesso (P. PETTIT, *The State*, cit., pp. 211 ss.). Questa mossa teorica ha il fine di superare la posizione risalente a Hobbes sull'impossibilità di mutamenti costituzionali rilevanti, di passaggi da uno ad altro regime costituzionale, a opera dello stesso "popolo", una volta costituitosi in un regime costituzionale storicamente dato. Secondo questa concezione, largamente diffusa, il popolo (come distinto da una massa di individui) esiste solo in quanto "costituitosi" (*incorporated*) nello Stato. Come tale, esso non può agire al di fuori di tale costituzione, a pena di ritornare allo stadio prepolitico. In realtà, sulla base di un argomento che non è il caso di ripercorrere interamente in questa sede, tra i due stadi della massa di individui nello stato di natura e del popolo costituente la *polity* alla base dello Stato (comunque un'astrazione), vi è una terza dimensione, quella dei gruppi di persone che agiscono congiuntamente a sostegno della *polity* secondo un disegno comune. L'esempio da cui Pettit prende le mosse per illustrare questa capacità agentiva è quella di un gruppo di persone su una spiaggia che si organizza spontaneamente per soccorrere qualcuno che sta annegando. Questa capacità è della stessa natura di quella che gruppi di persone esibiscono quando, per esempio, osservano le regole giuridiche o non obiettano a che altri le osservino. In un ordinamento democratico, «there are two further, salient ways in which the incorporating people can be held to sustain the state they accept, one associated with the collective election of certain officials to office, the other with challenging what those officials propose or do while in office» (*op. ult. cit.*, p. 212).

Questo sostegno si realizza nella misura in cui un numero sufficiente di persone partecipa a tali operazioni. Ai nostri fini, un punto importante è che alla base di questi comportamenti collettivi si deve assumere come esistente una condizione che potremmo chiamare di reciprocità, cioè che ogni persona agisce nei modi suddetti nella misura in cui presume che gli altri faranno lo stesso. Una simile attitudine nei confronti dello Stato, che costituisce un aspetto dell'accettazione di cui parliamo nel testo, sembra essere esattamente il terreno che i fenomeni sopra accennati contribuiscono a destabilizzare.

<sup>46</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Napoli, 1997, p. 139.

<sup>47</sup> Il paradosso è apparente, poiché tale riconoscimento, come si osserva anche

seguinte. Quando la regola di riconoscimento incorpora valori, anche solo procedurali, come la democrazia, è concepibile un impegno sia a sostenere che sia proprio così e sia ad alimentare la credenza che sia così e non altrimenti<sup>48</sup>. Sotto questo profilo, una pista di indagine da approfondire sarebbe la relazione tra la legittimazione politica della democrazia e l'effettività dell'ordinamento giuridico, nella misura in cui quest'ultimo la include.

Lo stesso punto può essere espresso nei tradizionali e ben noti termini della legittimità legale-razionale. In una democrazia costituzionale la credenza nella legalità delle norme si intreccia con l'idea che le regole del gioco democratico, e in primo luogo quelle che rendono possibili la partecipazione, la deliberazione, l'alternanza e la tutela delle minoranze, costituiscano le condizioni per la non arbitrarietà del potere. Ne consegue che, in un ordine democratico incorporato nella costituzione materiale, quest'ultima non può essere costruita attorno

---

pù avanti nel testo, è l'oggetto di una scelta. È bene, quindi, precisare che la domanda non è come un fatto sociale produca *ex nihilo* un dover essere, ma come una pratica condivisa possa valere come standard di correttezza e non come mera regolarità. In termini pragmatisti, una pratica è normativa quando inserisce i partecipanti in una rete di impegni e titoli normativi, orienta l'azione e rende possibili giustificazione e critica: le norme sono implicite nella pratica e vengono rese esplicite nel gioco del dare e chiedere ragioni. Applicata alla teoria di Hart, la regola di riconoscimento è dunque normativa perché i funzionari non convergono soltanto di fatto su certi criteri, ma li trattano come standard per identificare, giustificare e contestare ciò che conta come diritto valido. Ciò non implica relativismo, perché tali criteri restano fallibili e rivedibili anche dall'interno della pratica. Cfr. M.P. WOLF, J.R. KOONS, *The Normative and the Natural*, London, 2016, spec. pp. 74-77, 119-121, 155-157 e 229-242.

<sup>48</sup> La spiegazione di Scarpelli è leggermente diversa, ma, mi sembra, consonante con quanto qui sostenuto. Scarpelli prende in considerazione l'aspetto dell'effettività dell'ordinamento giuridico come condizione perché la pratica del diritto funzioni. Il problema è che per affermare l'effettività di un ordinamento giuridico occorre un punto di vista esterno (non interno) che rilevi, obiettivamente, una serie di fatti relativi a come mediamente persone e istituzioni si conducono. Per uscire da questa impasse Scarpelli osserva che l'accettazione dal punto di vista interno del principio fondamentale di un sistema di diritto positivo, che ne implica l'effettività, ha natura di giudizio di valore. E in questo giudizio di valore può ben trovare posto la constatazione del suo grado di effettività acquisito mediante il punto di vista esterno. Ma questa connessione tra effettività e accettazione non è la sola possibile ragione alla base dell'accettazione, giacché «a questa potranno essere affiancate altre ragioni d'ordine pratico, dalle più alte ragioni morali alle più spicciole ragioni di convenienza» (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., p. 140). Secondo Scarpelli, inoltre, la scelta inerente alle affermazioni interne sul diritto vigente, «concernendo l'ordinamento della società attraverso il diritto, è una scelta politica» (*op. loc. ult. cit.*).

a un fine politico sostanziale unitario, come accadeva nel modello di Mortati, bensì ancorata, più sobriamente, a un principio di legittimazione prevalentemente procedurale<sup>49</sup>.

Questo non significa affermare che la costituzione materiale democratica sia neutrale rispetto ai contenuti, ma avere contezza che questi acquistino statuto giuridico e capacità integrativa in quanto inseriti in una pratica condivisa della legalità procedurale. In una società pluralistica, i valori costituzionali non valgono come valori giuridici perché esprimono una filosofia unitaria della vita buona, ma perché sono iscritti in una grammatica del potere che ne rende possibile la contestazione entro forme comuni. Quando questa grammatica si indebolisce, i valori restano, ma sono più facilmente risucchiati nella polarizzazione politica, divenendo lessico di parte anziché linguaggio della mediazione.

È in questo senso che la costituzione formale irrigidisce e rende visibile la costituzione materiale. Le clausole sulla revisione, la gerarchia delle fonti, i meccanismi di controllo di costituzionalità, la posizione delle corti e, più in generale, i dispositivi che sottraggono alcuni principi alla disponibilità della maggioranza non producono dal nulla il nucleo materiale della costituzione; lo presuppongono e, al tempo stesso, lo consolidano. Perciò la costituzione materiale emerge con particolare chiarezza quando vi è un profondo disaccordo sul significato della costituzione scritta, o quando si tenta di modificarla in modo incompatibile con il suo nucleo di legittimazione<sup>50</sup>.

Se il problema dell'accettazione rinvia, in ultima analisi, alle condizioni alle quali il diritto può ancora valere come forma non arbitraria della convivenza politica, allora si comprende anche perché la risposta alla crisi non possa consistere semplicemente nell'invocare ulteriori valori. O meglio, questa non può essere una risposta dei giuristi in quanto giuristi, sebbene sia assolutamente opportuno che i giuristi, in quanto intellettuali, offrano il loro contributo. Quale può essere, dunque, il contributo di un giurista in quanto tale?

---

<sup>49</sup> Sul nesso tra legalità e legittimazione, v. M. WEBER, *Economia e società*, 2 voll., Roma, 1961; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

<sup>50</sup> Per l'impiego di questo sfondo teorico nel discorso sulla costituzione materiale, cfr. F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, cit., pp. 242 ss.

## 5. Autorità del diritto, ruolo dei giuristi e libertà come non dominazione

Prima di formulare alcune considerazioni in chiave normativa, conviene riprendere un punto emerso nella sezione precedente. Se la crisi riguarda anche le condizioni di accettazione del diritto, non ci si può attendere una risposta risolutiva da parte del diritto stesso. Il contributo che il diritto, in particolare quello pubblico, può fornire è circoscritto. Esso riguarda essenzialmente il piano della pulizia concettuale nel precisare quale tipo di limite al potere politico l'ordinamento giuridico possa offrire. Ciò che, evidentemente, esso non può fare da solo è ricostruire le condizioni politiche e sociali per la propria accettazione. Questo *caveat* consente anche di spiegare perché non convince la reazione piuttosto diffusa alla crisi che consiste nell'invocare un fondamento morale più robusto del costituzionalismo. Poiché il diritto sembra aver perso di presa simbolica e di capacità di orientamento, è naturale la tentazione di rifondarlo su valori sostanziali più marcati, in grado di contrastare narrazioni populiste, identitarie o apertamente anticostituzionali. La diagnosi coglie un aspetto reale del problema, ma rischia di mancare il bersaglio. Il punto, infatti, non è tanto che il diritto manchi di contenuti morali, quanto che la sua pretesa di normatività, come argomentato nella sezione precedente, non viene più riconosciuta come tale.

Ciò posto, il riferimento alla dimensione formale del diritto – ciò che possiamo chiamare formalismo pratico<sup>51</sup> – che informa il discorso condotto in precedenza è, direi, consustanziale alla democrazia pluralistica. In altre parole, chiedere che una parte significativa delle decisioni sia assunta secondo regole generali, competenze previamente allocate e procedure pubbliche e controllabili non equivale a idolatrare la forma, ma a prendere sul serio il nesso tra generalizzazione, prevedibilità e difesa dall'arbitrio<sup>52</sup>. È questo, mi pare, il punto in cui il sapere dei giuristi conserva una sua specificità. I giuristi, in quanto giuristi, non dispongono di una competenza privilegiata, per esempio, su che cosa sia giustizia sociale nel suo contenuto ultimo, né possono far pas-

---

<sup>51</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2024, pp. 49 ss. sulla base dell'impostazione di M. JORI, *Il formalismo giuridico*, cit.

<sup>52</sup> C. LUZZATI, *Il giurista come intellettuale*, Bologna, 2022, pp. 141, 144 s.; A. PINTORE, *Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer*, in *Derecho PUCP*, n. 79/2017, pp. 69-71.

sare una determinata opzione politica come se fosse già interamente scritta nella Costituzione. Ciò che possono offrire è soprattutto un sapere “formalista”, relativo, cioè, a come le regole allocano poteri, le procedure rendono controllabili le decisioni, la pubblicità e la generalità delle norme sottraggano il conflitto al dominio di chi decide volta per volta.

Proprio in quanto limitato, questo ruolo non è irrilevante. Anzi, è qui che può giustificarsi l’impegno dei giuristi come intellettuali. Un tale impegno non consiste nel presentarsi come custodi di una verità costituzionale sostanziale superiore a quella della discussione democratica, bensì nel rendere intelligibile allo spazio pubblico la posta in gioco delle forme giuridiche<sup>53</sup>. In questo senso, il ruolo dei giuristi non è neutrale, né autorizza un privilegio epistemico. Quando entrano nel merito delle grandi scelte distributive o di giustizia, essi parlano anche come cittadini e come intellettuali, senza però poter vantare un titolo maggiore rispetto agli altri partecipanti alla discussione pubblica.

È a questo punto che il discorso può essere ricondotto alla democrazia, come si è cercato di suggerire nella sezione precedente. Se la costituzione materiale di un ordinamento democratico incorpora, almeno in parte, un principio di legittimazione prevalentemente procedurale, il problema normativo diventa chiarire che cosa renda quel principio degno di essere difeso. A mio avviso, il costituzionalismo repubblicano offre qui il lessico più utile, perché consente di spiegare il fenomeno del limite giuridico non come freno esterno alla volontà popolare, bensì come una condizione interna di una politica non arbitraria<sup>54</sup>.

Nel suo nucleo teorico, il repubblicanesimo contemporaneo identifica la libertà non con la mera assenza di interferenze, bensì con l’assenza di dominio: si è liberi quando non si è esposti a un potere arbitrario, capace di interferire unilateralmente nella propria sfera di azione. Di qui l’idea, resa centrale da Philip Pettit, che le istituzioni democratiche debbano non solo autorizzare il potere, ma anche renderlo contestabile, controllabile, divisibile e stabilmente costretto a tenere conto del punto di vista di coloro che vi sono soggetti<sup>55</sup>. In questa pro-

---

<sup>53</sup> M. RICCIARDI, *Tradimento e impegno. La vocazione intellettuale e politica*, Bologna, 2022, p. 21.

<sup>54</sup> R. BELLAMY, *Defending the Political Constitution*, Oxford, 2026, pp. 23-60.

<sup>55</sup> P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon,

spettiva, il diritto conta nella misura in cui contribuisca a trasformare il potere da comando meramente imposto in un insieme di decisioni prodotte entro forme comuni, pubbliche e contestabili<sup>56</sup>.

Richard Bellamy spinge questo argomento in una direzione solo apparentemente idiosincratca. Il “*rule of law*”, egli sostiene, non va inteso come un vincolo giuridico superiore posto al di sopra della democrazia, bensì come qualità di un processo democratico di legislazione formale e deliberata<sup>57</sup>. In altri termini, il diritto non limita l’arbitrio perché sottrae le decisioni alla politica, ma perché le riconduce a una politica strutturata sull’eguaglianza politica, l’inclusione, la rappresentanza e la necessità di ascoltare l’altra parte. Per questo, nella sua prospettiva, le corti svolgono una funzione utile ma derivata, assicurando applicazione imparziale, coerenza e controllo di legalità<sup>58</sup>, purché non si trasformino nei titolari ultimi della sovranità costituzionale<sup>59</sup>.

---

1997; ID., *On the People’s Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, 2012, pp. 26-74 e 187-292.

<sup>56</sup> Per inciso, tra le condizioni di un regime democratico fondato sulla “non dominazione”, occorre considerare il lato sociale della costituzione, nient’affatto eccentrico rispetto al repubblicanesimo: una cittadinanza non dominata richiede anche condizioni materiali minime di indipendenza, senza le quali la stessa partecipazione democratica tende a svuotarsi. Cfr. P. PETTIT, *On the People’s Terms*, cit., pp. 75-129 e 187-292; R. BELLAMY, *Defending the Political Constitution*, cit., pp. 61-104.

<sup>57</sup> R. BELLAMY, *op. cit.*, pp. 23-60.

<sup>58</sup> V. FABBRIZI, *Teorie della democrazia, costituzionalismo e ruolo delle Corti. Una riflessione teorica*, in *Politica & Società*, n. 1/2019, spec. pp. 127-129, ricostruisce l’alternativa fra il modello “Westminster” e il modello “Washington”, mostrando come la contestazione del ruolo delle corti si alimenti della nota *countermajoritarian difficulty* e dell’idea che i diritti siano meglio custoditi dal parlamento democraticamente eletto.

<sup>59</sup> R. BELLAMY, *Defending the Political Constitution*, cit., pp. 175-206.

Un esempio recente, utile proprio perché collocato in una fase di accentuata espansione del potere esecutivo giustificata dall’emergenza, è offerto dalla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti del 20 febbraio 2026 nelle cause riunite *Learning Resources, Inc v Trump* e *Trump v V.O.S. Selections, Inc*, con cui è stato escluso che l’*International Emergency Economic Powers Act* del 1977 attribuisca al Presidente il potere di imporre unilateralmente dazi. L’interesse della pronuncia, ai fini del discorso qui svolto, non sta nell’accreditare una funzione salvifica delle corti, ma nel mostrare come, in una situazione di crisi e di forte pressione plebiscitaria sull’esecutivo, il sindacato giurisdizionale – persino in un contesto di una corte a sua volta catturata dalla deriva ipermaggioritaria dell’ordinamento statunitense – possa concorrere a riaprire lo spazio della contestazione costituzionale e a ricondurre al Congresso una decisione di macroscopico rilievo politico-generale. Va peraltro precisato che il richiamo alla *major questions doctrine* sorregge solo una parte della maggioranza, mentre altri giudici giungono al medesimo esito soprattutto sulla base dell’interpretazione testuale e

Una simile impostazione consente di delineare meglio il ruolo dei giuspubblicisti. Se costoro non sono né custodi esclusivi del costituzionalismo né figure marginali, il loro compito specifico consiste nel mantenere intelligibile la grammatica pubblica dei limiti che il diritto appresta all'esercizio del potere. Per esempio, questo significa chiarire il senso delle competenze, difendere la pubblicità delle ragioni, denunciare la trasformazione delle regole in eccezioni opportunistiche, mostrare quando il linguaggio dei valori viene impiegato per mascherare uno spostamento occulto di potere. Quando svolgono questa funzione, i giuristi possono offrire un contributo democratico non secondario, perché aiutano a mantenere aperto lo spazio di contestazione pubblica entro cui l'autorità del diritto può ancora essere riconosciuta come non arbitraria.

## 6. Conclusioni

Il discorso svolto nelle pagine precedenti muoveva da una moderata insoddisfazione nei confronti delle interpretazioni della crisi dello Stato di diritto che, pur cogliendone molti aspetti essenziali, tendono a rimanere sul piano della descrizione delle tecniche di erosione istituzionale. Quel piano è certamente importante, ma non esaurisce il problema. Se si prende sul serio l'ipotesi qui proposta, la crisi contemporanea investe più radicalmente la capacità del diritto di presentarsi come linguaggio condiviso del limite politico.

Il richiamo alla costituzione materiale, alla regola di riconoscimento e al tema dell'accettazione ha consentito di chiarire il punto essenziale: il diritto vincola non solo perché è valido o efficace, ma anche perché è riconosciuto come tale. Quando l'accettazione si indebolisce, l'ordinamento può sopravvivere formalmente e continuare a produrre effetti, ma entra in una fase di fragilità strutturale. La crisi dello Stato di diritto si presenta allora come crisi della costituzione intesa non solo come testo, ma anche come pratica normativa condivisa.

---

sistematica della legge: segno ulteriore del fatto che il punto decisivo risiede qui, più che nell'enunciazione di una dottrina generale, nel rifiuto di una espansione trasformativa del potere presidenziale in assenza di una chiara autorizzazione congressuale: *Learning Resources, Inc v Trump* 607 US (2026), slip op 1-5, 7-16.

Populismo costituzionale, *backsliding* europeo, logoramento ordinario del capitale simbolico delle costituzioni e crisi dell'ordine internazionale appaiono, in questa luce, come manifestazioni differenti ma convergenti di una più generale erosione del riconoscimento della funzione essenziale del diritto pubblico. Il costituzionalismo non cessa di esistere, ma si fa precario. Da qui deriva un'implicazione che riguarda direttamente la teoria del diritto pubblico. Difendere lo Stato di diritto non può significare soltanto difendere istituzioni esistenti o riaffermare valori astratti, ma anche interrogarsi sulle condizioni materiali, simboliche e culturali che rendono plausibile l'autorità del diritto.

Se vi è una conclusione da trarre da quanto qui argomentato, è che il costituzionalismo democratico vive di un equilibrio difficile tra istituzioni, cultura politica e pratica sociale di accettazione del diritto. È questo equilibrio, oggi, a mostrare segni di logoramento. Per la teoria del diritto pubblico ne consegue anche un'indicazione di metodo. Oltre ad analizzare le trasformazioni delle forme di governo o registrare le oscillazioni del contenzioso costituzionale, occorre interrogarsi su come il diritto venga riconosciuto, su quali istituzioni concorrano a renderlo credibile e su quali pratiche linguistiche, organizzative e sociali ne sorreggano la pretesa di autorità.

Se il punto centrale della crisi consiste nell'indebolimento della legittimazione del servizio che il diritto fornisce alla comunità, il lavoro di ricostruzione dovrebbe essere insieme istituzionale, sociale e culturale. Questa modesta indicazione (di metodo) non offre evidentemente alcuna soluzione pronta. Forse consente, però, di evitare due equivoci: quello per cui il costituzionalismo potrebbe essere difeso solo irrigidendo all'infinito le garanzie, e quello opposto, per cui la crisi del diritto potrebbe essere superata restituendo il conflitto alla sua presunta autenticità politica. La sfida sta piuttosto nel ricostruire le condizioni affinché il conflitto democratico torni a riconoscersi entro forme giuridiche condivise.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

Muovendo dalla letteratura sulla crisi delle democrazie costituzionali, il saggio riflette sul rapporto tra democrazia e diritto, chiedendosi se quest'ultimo sia ancora percepito come strumento necessario alla limitazione del potere. La ricostruzione suggerisce che il diritto non si aggiunge alla democrazia come limite esterno o mero correttivo, ma ne costituisce una condizione di funzionamento. Il profilo messo a fuoco non è, dunque, se le istituzioni di garanzia e i meccanismi di attuazione siano in grado di operare adeguatamente; piuttosto, se il diritto continui a godere di un'autorità sufficiente per essere preso sul serio da governanti e governati. Utilizzando la formula "autorità del diritto", la tesi sostenuta è che la crisi debba essere intesa, più che come crisi di effettività delle norme giuridiche, come crisi di legittimazione dello stesso diritto pubblico.

La riflessione si sviluppa in quattro passaggi. Anzitutto, sono presi in esame alcuni contesti in cui la crisi si rende evidente; in secondo luogo, si mostra perché un'interpretazione istituzionalistica della crisi sia insufficiente al progetto costituzionalistico di autolimitazione del potere; in terzo luogo, si discute il nesso tra costituzione materiale, regola di riconoscimento e accettazione del diritto; infine, si argomenta perché una risposta alla crisi non possa consistere né in un semplice irrigidimento della legalità né in un generico appello ai valori. Il punto di vista assunto parte da un accostamento positivista al diritto, e rinviene nel costituzionalismo repubblicano il lessico normativo per spiegare perché il limite giuridico non sia un ostacolo esterno alla democrazia, bensì una delle sue condizioni di non arbitrarietà.

EN

Drawing on the literature on the crisis of constitutional democracies, the article investigates the relationship between democracy and law, questioning whether the latter is still perceived as a necessary tool to limit power. The analysis suggests that law is not an external constraint or a mere corrective to democracy, but a condition for its functioning. The focus, therefore, is not on whether guaranteeing institutions and implementation mechanisms are able to operate adequately; rather, on whether law continues to have sufficient

authority to be taken seriously by both the rulers and the ruled. By using the formula “authority of law”, the central thesis is that the crisis must be understood as a crisis of legitimacy of public law itself, more than a crisis of the effectiveness of legal norms.

The paper is structured in four steps. First, it examines contexts in which the crisis is evident; second, it shows why a purely institutionalist approach is insufficient for the constitutionalist project of the self-limitation of power; third, it discusses the nexus between the material constitution, the rule of recognition, and the acceptance of law; finally, it argues why a response to the crisis can consist neither in a simple tightening of legality nor in a generic appeal to values. The standpoint adopted stems from a positivist approach to law and assumes republican constitutionalism as the normative vocabulary to explain why the legal limit is not an external obstacle to democracy, but one of its conditions of non-arbitrariness.



# *Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*