

GOVERNARE PER “DECRETO”. IL “CASO” BREXIT E NON SOLO*

ANTONIO CANTARO **

Sommario

Premessa. 1. Gennaio 2013, l’antefatto. – 2. 23 giugno 2016, Il fatto. – 3. All’indomani del 23 giugno, il “fattaccio”. – 4. Due secoli e mezzo prima. – 5. 3 novembre 2016, l’*independence day* della democrazia pluralista. – 6. 24 gennaio 2017, la festa continua. – 7. 29 marzo 2017, Il Brexit day. – 8. Dopo Brexit, il “caso” Trump. – 9. Costituzionalismo elitista e costituzionalismo populista.

Abstract

In the last years, Western democracies have seen different attempts to expand the government powers. In particular, a first example was offered by the UK government: Theresa May, after the popular consultation of 23 June 2016, pretend to trigger article 50 TEU without a previous authorization of Parliament. A second example could be Donald Trump massive use of executive orders. It could be dangerous to classify these phenomenona just as an expression of intolerance against the traditional limits to the executive power. They are a powerful expression of a new political culture that is in radical contrast with constitutional elitism and pretend to give voice to ‘common man democracy’.

Suggerimento di citazione

A. CANTARO, *Governare per “decreto”. Il “Brexit” e non solo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione dell’intervento svolto in occasione del convegno su “Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa”, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.
Contatto: antonio.cantaro@uniurb.it

“Perché una classe è bassa, non bisogna credere
che tutti quelli che ne fanno parte abbiano
il cuore basso; sarebbe questo un grande errore”
Alexis de Tocqueville

Premessa

Sfogliando recenti scritti, di giovani e meno giovani studiosi, balza subito agli occhi la profonda convinzione che le ragioni della democrazia pluralista siano ancora “vive e vegete”. Che le sue regole, le sue istituzioni e i suoi principi siano ancora perfettamente adeguati a rappresentare, dar forma e regolare i grandi conflitti della nostra epoca: i laceranti conflitti, economici, sociali, identitari tra vincenti e perdenti della globalizzazione.

Nutro grande rispetto per questa convinzione. E, tuttavia, gli argomenti adoperati a sostegno di questa convinzione mi inquietano. Mi inquieta il sentimento (latente, non sempre dichiarato) che sull’altare delle “magnifiche e progressive sorti” della democrazia pluralista e costituzionale possano essere accantonate, sia pur momentaneamente, *le ragioni della democrazia*, della *democrazia senza aggettivi*. Un sentimento elitista che non riesco a condividere, emotivamente prima ancora che intellettualmente. Forse, perché appartengo a quella generazione che ha vissuto nel mito della democrazia e che - come detto in altra occasione da Paco Balaguer - lega «in maniera indissolubile il concetto di costituzione con l’idea di democrazia»¹.

Non ho il tempo per affrontare la questione a tutto campo. Mi limiterò, pertanto, ad un parziale resoconto di *alcuni fatti* che hanno a che fare con il tema di questa nostra sessione, i *poteri normativi dell’esecutivo*. Un resoconto dal quale emergeranno le principali ragioni della mia inquietudine nei confronti delle declinazioni elitiste della Costituzione e della democrazia pluralista.

I fatti di cui parlerò si svolgono al di là della Manica. Ma, volgendo lo sguardo al di là dell’Atlantico, all’America di Trump, ritengo possa ad essi essere attribuito un significato più generale. Che è il seguente. Il *governare per ‘decreto’*² non può essere liquidato semplicemente come manifestazione di una cultura politica intollerante nei confronti dei limiti posti dalla Costituzione al potere esecutivo. L’ascesa del *governo legislatore* che, in Italia e in tutte le democrazie occidentali, penetra in campi tradizionalmente riservati alla legge parlamentare, è anche l’altra faccia dell’ascesa di quel *costituzionalismo popu-*

¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna*, n. 1, 2012, p. 83 ss.

² F. MUSELLA, *Governare per decreto. L’espansione dei poteri normativi dell’esecutivo nella lunga transizione italiana*, in www.sisp.it/files/papers/2011/fortunato-musella-1129.pdf.

lista che si propone di riabilitare una *democrazia dell'uomo comune*. Con ragioni ed argomenti che intendo “prendere sul serio”.

È tempo, tuttavia, di iniziare il nostro “resoconto”.

1. Gennaio 2013, l'antefatto

David Cameron promette, in caso di vittoria alle elezioni del 2015, di rinegoziare il rapporto del Regno Unito con l'Europa e di tenere entro il 2017 un referendum sulla permanenza nell'Unione.

A seguito delle vittoriose elezioni del 7 maggio 2015, il premier inglese fa approvare dal Parlamento l'*European Union Referendum Act* con il quale viene indetta una consultazione popolare avente ad oggetto il seguente, ‘semplice’, quesito: restare nell'Unione (*remain*) o lasciare l'Unione (*leave*)?

Il valore che il Parlamento di Westminster attribuisce alla consultazione, anche nell'ipotesi che a prevalere siano i fautori della *Brexit*, è chiaro ed inequivocabile³. Il voto avrà, tanto dal punto di vista politico quanto dal punto di vista giuridico, un valore immediatamente efficace e vincolante. Come era già avvenuto nel 1975, in occasione del referendum per l'adesione alla Comunità europea, il Parlamento britannico non pensa che sia possibile ‘addomesticare’ il significato del voto, consapevole della irreparabile frattura che ne deriverebbe nel rapporto di fiducia tra i cittadini e l'istituzione rappresentativa.

2. 23 giugno 2016, il fatto

Cameron nel frattempo -febbraio 2016 - firma, con gli altri capi di governo dell'Unione, un accordo su un nuovo status del Regno Unito in Europa nel caso di vittoria del *remain*. Tuttavia, il 23 giugno 2016 si materializza un *Fatto con la F maiuscola*, avversato dall'establishment nordamericano ed europeo: il *leave* ottiene al referendum la maggioranza del 51,89%.

Cameron si dimette e viene sostituito alla guida del governo da Theresa May. Il nuovo Premier chiarisce subito che “*Brexit significa Brexit*”. Secondo la May, cioè, significato giuridico e significato politico del *leave* coincidono e spetta al Governo avviare in via esclusiva il recesso dall'Unione del Regno Unito, a prescindere da una esplicita autorizzazione del Parlamento.

Il fondamento del potere dell'esecutivo di notificare l'intenzione di recedere ex art. 50 del Trattato di Lisbona⁴ è individuato dalla May nelle preroga-

³Il testo del quesito che i cittadini britannici hanno trovato nelle cabine elettorali è il seguente: “should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?”

⁴Prime riflessioni in M. E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte costituzionaliste e resistenze internazionali*, in <http://www.rivista.aic.it>, n. 2, 2016; B. CARAVITA, *Editoriale, Brexit: keep calm and apply the European constitution*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13, 2016. Si veda, inoltre, il numero speciale di *German Law Journal*, vol. 17, 2016

tive della Corona (*Royal Prerogative Powers*) in materia di Trattati internazionali, il cui esercizio è tradizionalmente delegato all'Esecutivo e che lo legittimano ad agire in modo autonomo. Un argomento vivacemente contestato dagli ‘apostoli’ della democrazia costituzionale e pluralista e che ha reso alquanto accidentato il cammino della Brexit⁵.

3. All’indomani del 23 giugno, il “fattaccio”

La Sig.ra Gina Miller, già attivamente impegnata nella campagna per il “remain”, non è persuasa che “*Brexit significa Brexit*”. Così, all’indomani del referendum, presenta un ricorso all’Alta Corte di Giustizia britannica (*High Court of Justice*) nel quale sostiene che il governo non può, senza un voto del Parlamento di Westminster, invocare l’articolo 50 del Trattato di Lisbona e decretare l’uscita della Gran Bretagna dall’Unione.

Un altro fatto. Anzi, per i sostenitori del “leave”, un “fattaccio”.

La sig.ra Miller non è, infatti, una signora qualsiasi, ma una donna d'affari nata in Guyana e cresciuta in Inghilterra. La signora e il di lei marito Alan sono ricchissimi agenti di Borsa, noti investitori della City di Londra, proprietari e gestori di quegli *hedge funds* che hanno permesso loro di accumulare fortune immense. Uno solo di questi, il “*New Star*”, ha permesso alla coppia di accumulare 30 milioni di sterline.

Un ‘curriculum vitae’ che, per i tabloid popolari inglesi, incarna tutte le “nefandezze” perpetrate a danno del popolo dall’*establishment* economico e finanziario. Adesso si capisce - scrivono senza mezzi termini - da dove viene la pressante richiesta di cancellare la Brexit: questi pescicani sanno a cosa dovranno rinunciare, stando fuori dall'Europa.

4. Due secoli e mezzo prima

La tentazione di considerare i pronunciamenti popolari un giudizio di Dio quando sono favorevoli ai governanti e giuridicamente ininfluenti quando ne

(<http://www.germanlawjournal.com/brexit-supplement>) dedicato alla Brexit e alle sue ricadute sul processo d'integrazione europea.

⁵«Le prerogative regie trovano la primigenia fonte di legittimazione nelle consuetudini costituzionali che hanno progressivamente modellato il ruolo sempre più incisivo del Premier e che gli hanno affidato compiti e poteri che un tempo appartenevano al monarca, di cui tali prerogative sono la principale testimonianza. Sebbene la dottrina britannica abbia rilevato in chiave problematica la non sempre facile coesistenza del dogma della sovranità parlamentare con la contestuale efficacia delle consuetudini costituzionali, non può disconoscersi come (...) l'evoluzione verso un modello di democrazia maggioritaria basato sulla leadership del Premier sia proceduta per via consuetudinaria, così come discende da consuetudini costituzionali la concreta demarcazione delle competenze tra Parlamento e Governo» (F. SGRÒ, *Il caso “Brexit”: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *Federalismi*. It., 8 marzo 2017).

contraddicono i propositi è, in verità, antica quanto la storia delle democrazie liberali. Ne aveva parlato, già nel 1762, Jean Jacques Rousseau. Il passaggio universalmente più noto e citato del suo *Il contratto sociale* è quello in cui il filosofo causticamente afferma che «Il popolo inglese ritiene di esser libero: si sbaglia di molto; lo è soltanto durante l'elezione dei membri del parlamento. Appena questi sono eletti, esso è schiavo, non è nulla».

Si narra che dopo il deposito del ricorso della Sig.ra Miller all'Alta Corte di Giustizia, il ginevrino si sia per qualche attimo risvegliato nella tomba, il tempo sufficiente per far pervenire ad un piccolo editore dei sobborghi di Londra una versione identica della sua più famosa opera. Ma con l'aggiunta di un piccolo e lapidario *post scriptum*: «Il popolo inglese - vi si legge - ritiene di esser libero: si sbaglia di molto; lo è soltanto il giorno del referendum. Il giorno dopo, esso è nuovamente schiavo, non è nulla».

Ancora una volta, caustico il ginevrino. Per l'Alta Corte di Giustizia⁶ il *valore del referendum* è quello di un parere non vincolante, una sorta di macro-sondaggio. La legge che lo ha previsto va interpretata alla luce dei principi fondamentali della sovranità parlamentare che, secondo i giudici inglesi, prescrivono che nel Regno Unito su qualsiasi argomento il referendum sia consultivo, a meno che non risulti in modo chiaro il contrario nel linguaggio usato nella normativa del referendum⁷.

5. Novembre 2016, l'*independence day* della democrazia pluralista

⁶ High Court of Justice, R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768, 3 novembre 2016, testointegraleallapagina <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/>.

⁷ «That Act falls to be interpreted in light of the basic constitutional principles of parliamentary sovereignty and representative parliamentary democracy which apply in the United Kingdom, which lead to the conclusion that a referendum on any topic can only be advisory for the lawmakers in Parliament unless very clear language to the contrary is used in the referendum legislation in question. No such language is used in the 2015 Referendum Act». Un pronunciamento popolare che segna una cesura epocale nella storia del processo di integrazione sovranazionale è sostanzialmente rubricato dalla Corte sotto la fattispecie “parere non vincolante” sulla base di un argomento superformalistico. Il referendum su qualsiasi tema è, sempre consultivo, a meno che non risulti in modo chiaro il contrario nel linguaggio usato nella normativa che lo ha previsto. Ma, per i giudici britannici, non è questo il caso, nulla prevedendo l'European Union Referendum Act 2015 sulle conseguenze del voto. La procedura di recesso non può, pertanto, essere attivata se non sulla base di una previa pronuncia del Parlamento che autorizzi il Governo a notificare la decisione al Consiglio europeo. Il Parlamento di Westminster è, dunque, secondo tale visione assolutistica, l'unico attore politico-istituzionale legittimato ad esercitare la “legal sovereignty” e rimane libero di adottare o modificare la legge (statute law), senza essere in alcun modo condizionato né dalla volontà espressa dal precedente Parlamento (cioè, dalla legislazione precedente), né dalla volontà del popolo espressa mediante una consultazione referendaria.

L’Alta Corte, incurante della nuova edizione del Contratto sociale⁸, dà, dunque, ragione alla Sig.ra Miller. Il Governo non può autonomamente procedere ad attivare la procedura di recesso di cui all’articolo 50 del Trattato di Lisbona.

Perché? Perché in questo caso, sostengono i giudici inglesi, si tratta di una competenza che non coinvolge le relazioni internazionali o la politica estera il cui esercizio rientra nelle prerogative regie. Ma di una competenza che inerisce al diritto interno che nessun intervento governativo può modificare, in quanto un tale intervento verrebbe ad incidere sui *diritti di natura legislativa* che i cittadini del Regno Unito hanno acquisito in forza dello *European Community Act* del 1972. Una legge che - per l’Alta Corte - ha incorporato il diritto europeo allora vigente, introducendo *pro futuro* un meccanismo di adeguamento dell’ordinamento interno al futuro diritto comunitario.

La conclusione è perentoria. Le prerogative della Corona non possono essere utilizzate dall’esecutivo per abrogare le leggi e limitare i diritti dei cittadini. Ciò metterebbe in discussione i principi fondanti della Costituzione britannica. La sovranità parlamentare, la divisione dei poteri e l’interazione tra *statutory law* e *common law*.

Uno “schiaffo” alla May. Una rivincita, per i festanti ‘apostoli’ della democrazia pluralista”. Una rivincita contro le derive dei governi populistici, raffigurati come una sorta di «governo della plebe», di *oclocrazia*. Quella forma di democrazia che una parte del pensiero politico greco antico considerava deteriorata e degenerata in quanto in essa la guida della Pólis è interamente alla mercé degli umori popolari⁹.

6. 24 gennaio 2017, la festa continua

Le celebrazioni della democrazia pluralista sono durate per qualche tempo. A seguito dell’impugnazione della sentenza dell’Alta Corte da parte del Gover-

⁸ E delle perplessità di una parte di quegli osservatori che non considerano “chiuso” questioni che sono oggetto di dibattito in dottrina: J. FINNIS, *Terminating Treaty-based UK Rights*, in U.K. Const. L. Blog (26 ottobre 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>; M. ELLIOTT, H.J. HOOPER, *Critical reflections on the High Court’s judgment in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, in U.K. Const. L. Blog (7 novembre 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>. Per più ampi riferimenti bibliografici sulle diverse posizioni vedi F. VIOLINI, *L’avvio di Brexit nella contesa tra parliamentary sovereignty e royal prerogative poker*, in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 1/2017, 18 marzo 2017.

⁹ «Referendums are snapshots of sentiment at a given point in time. Government by referendum is government by crowd acclamation: not democracy, but ochlocracy»: Professor A C Grayling’s letter to all 650 MPs urging Parliament not to support a motion to trigger Article 50 of the Lisbon Treaty, 1 July 2016, in <https://www.nchlondon.ac.uk/2016/07/01/professor-c-graylings-letter-650-mps-urgingparliament-not-support-motion-trigger-article-50-lisbon-treaty-1-july-2016/>.

no britannico¹⁰ il 24 gennaio del 2017 si è pronunciata la *Supreme Court* che ha confermato l'impianto decisionale del collegio di primo grado¹¹.

La *Supreme Court* ha ribadito che la decisione di recedere dall'Unione rimodellerà la fisionomia costituzionale dell'ordinamento britannico e modificherà il sistema delle fonti interne, incidendo largamente su diritti e situazioni giuridiche che, pur avendo una derivazione europea, sono ormai consolidati ed acquisiti nel diritto domestico¹². Pertanto, coerentemente con la tradizione anglosassone, è assolutamente necessario, secondo la maggioranza dei giudici della *Supreme Court*¹³, che la decisione di recedere dall'UE venga legittimata da un atto legislativo del Parlamento di Westminster.

I commenti, confortati dall'inappellabile decisione della *Supreme Court*, sono stati ancora più entusiastici di quelli riservati alla sentenza *Miller*. La decisione - si è sottolineato - sancisce il trionfo della *rule of law* di origine britannica e riconduce il processo di uscita del Regno Unito dall'Unione entro l'argine della legalità costituzionale. Ed è stato, perciò, salutato con grande favore il fatto che, a distanza di qualche giorno dalla pronuncia della *Supreme Court*, sia stato depositato presso la *Camera dei Comuni* l'«*European Union Bill*», un disegno di legge diretto a conferire al Governo l'autorizzazione del Parlamento di Westminster ad attivare la procedura di recesso dall'UE ex art. 50 TUE, così da offrire una copertura legislativa all'azione del Premier in

¹⁰Secondo il quale la prerogativa regia relativa al potere di denuncia dei trattati non è stata limitata o abrogata né dallo European Communities Act 1972 né da leggi successive (in particolare lo European Union (Amendment) Act 2008 e lo European Union Act 2011). In sostanza, nell'interpretazione del Segretario di Stato che ha rappresentato nei giudizi di entrambi i gradi l'Esecutivo britannico, l'esercizio delle prerogative regie legittimerebbe ex se sia la definitiva scelta politica di recedere dall'UE, sia l'attivazione della relativa procedura (mediante la notifica ex art. 50 TUE) e non richiederebbe, quindi, alcuna deliberazione del Parlamento.

¹¹UK Supreme Court, 2017, UKSC, 5, 24 January 2017. Su cui vedi D. EDWARDS, *Miller, Law and Revisionism*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, <https://ukconstitutionallaw.org>, 9 February 2017; O. GARNER, *Conditional Primacy of EU Law: The United Kingdom Supreme Court's Own "Solange (solong as)" Doctrine?*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, in <https://ukconstitutionallaw.org>, 31 January 2017.; P. ELEFTHERIADIS, *The Systematic Constitution*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, <https://ukconstitutionallaw.org>, 30 January 2017; F. SAVASTANO, *La Corte Suprema ha confermato: bisogna passare da Westminster*, in Osservatorio Brexit 19 -25 gennaio 2017, www.federalismi.it, n. 2, 2017; J. WILLIAMS, *The Supreme Court's Approach to Prerogative Powers in Miller: An Analysis of Four E's*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, <https://ukconstitutionallaw.org>, 25 January 2017

¹²La Corte ritiene che l'adesione alla Comunità economica europea (poi Unione europea) sancita dalla legge del 1972 (e dalle sue successive modifiche) abbia introdotto il diritto europeo tra le fonti del diritto nazionale (alcune direttamente applicabili, altre suscettibili di un recepimento), determinando la primauté sul diritto interno. All'adesione del 1973 è, pertanto, seguita, un'integrazione fra ordinamenti che non consente oggi di "considerare" il recesso rilevante sul solo piano delle relazioni internazionali - come vorrebbe il Governo - ma necessita di un intervento legislativo del Parlamento che sancisca il cambiamento costituzionale in corso.

¹³La Corte Suprema ha respinto l'impugnazione del governo, a maggioranza di 8 giudici contro 3.

ambito europeo e ricomporre il sistema secondo gli equilibri costituzionali richiesti in via giurisprudenziale.

7. 29 marzo 2017. Il Brexit day

La “democrazia pluralista” ha, dunque, *vinto* la sua battaglia. Ma ha anche *convinto* il popolo del Regno Unito delle sue ‘ragioni’?

I giudici inglesi hanno certamente messo qualche sassolino negli ingranaggi dell’esecutivo britannico, senza tuttavia impedire che dopo l’approvazione del disegno di Legge da parte del Parlamento e la successiva ratifica della Regina, Theresa May lanciasse ufficialmente il 29 marzo scorso la procedura per il distacco dall’Unione, dando inizio alle conseguenti trattative.¹⁴ Fondato è, perciò, il sospetto che si sia trattato di una vittoria di Pirro. E che le due Corti abbiano trascinato nella sconfitta anche Westminster.

Mai come in questa occasione il principio della sovranità parlamentare è, apparso, infatti, un mero dogma che, lungi dall’esaltare il rapporto di “incorporazione organica” tra popolo e Parlamento, rischia di allontanare il primo dal secondo. Un dogma che lungi dal costituire un argine al populismo, ne alimenta le ‘ragioni’. I giudici hanno dato ‘ragione’ alla sferzante ironia del risorto Jean Jacques sulla base di una interpretazione dei fondamenti dell’ordinamento britannico che apre la strada ad una lacerazione tra *sovrano legale* (il Parlamento) e *sovrano politico* (il popolo), ‘dimenticando’ che Westminster è da quest’ultimo che trae linfa e legittimazione¹⁵.

I giudici inglesi hanno dimenticato che i referendum sono attivati a seguito di una legge. E che costituisce una bizzarra costituzionale ipotizzare che quello stesso Parlamento che delega al popolo una decisione che avrebbe po-

¹⁴ Il 13 marzo il Parlamento britannico si era espresso definitivamente sulla proposta di Legge per la Brexit, decidendo di approvare la bozza originaria senza emendamenti. La House of Lords aveva proposto due emendamenti alla legge: il primo mirava a garantire ai cittadini UE residenti nel Regno Unito il riconoscimento automatico dei loro diritti, il secondo intendeva conferire al Parlamento il potere di approvare o meno gli esiti delle trattative tra l’UK e la Comunità Europea. La House of Commons in fase di riesame ha, tuttavia, deciso di non approvare gli emendamenti, riportando la proposta di legge allo stato originario e, infine, anche la House of Lords ha dato il suo assenso, cosicché dopo l’assenso reale, l’“European Union Bill” è diventato formalmente legge. In risposta all’approvazione della legge, la Leader Scozzese Nicola Sturgeon ha annunciato che avvierà l’iter per l’indizione di un secondo referendum per l’indipendenza della Scozia dal Regno Unito; una proposta alla quale, però, Theresa May si oppone fermamente.

¹⁵ C. MARTINELLI, *Brevi riflessioni sul rapporto tra voto referendario e legge del parlamento nel diritto costituzionale britannico*, in <http://www.dpce.it/brevi-riflessioni-sul-rapporto-tra-voto-referendario-e-legge-del-parlamento-nel-diritto-costituzionale-britannico/>. Vedi anche C.C. GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimodell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2016; K. WRIGHT, *Taking Back Control? Appeals to the People in the Aftermath of the Uk’s Referendum on Eu Membership*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 2, 2016; E. FALETTI, *I giudici Inglesi, il Diritto Europeo e la Brexit: alcune sommarie riflessioni*, in *forumcostituzionale.it*, 4 novembre 2016.

tuto prendere in prima persona, possa sovvertire l'esito di qualsivoglia referendum, fosse pure di tipo consultivo¹⁶.

I giudici britannici hanno commesso un errore di *grammatica costituzionale*. Gli argomenti usati per rubricare il referendum del 23 giugno sotto la fati-specie "parere non vincolante" ignorano che il popolo era stato chiamato a dire la *parola ultima* sulla titolarità della *sovranità normativa*. Dunque, un *referendum costituente* che ha deciso per la riappropriazione di essa da parte del *demos britannico*, per riportare in patria quel potere di "fare e disfare le leggi" del quale Westminster, a torto o a ragione, si era spogliato¹⁷.

Per questa ragione la posizione dei giudici è apparsa tutt'altro che una battaglia per la *sovranità democratica*, quanto piuttosto la difesa di una *sovranità legale* priva di *legittimazione*. Quella legittimazione che Theresa May rivendicava appellandosi alla prerogativa regia di "fare e disfare" i Trattati che, nella situazione concreta, significava implementare giuridicamente *l'addio costituente* del popolo britannico all'Unione.

Naturalmente, questo è un punto di vista lontano dal dominante *constitutionally correct*. Per i 'legalisti', le Corti inglesi nulla pretendevano circa le caratteristiche giuridiche e procedurali della, a loro avviso, giuridicamente necessaria delibera parlamentare, ma 'solamente' che un pronunciamento ci fosse e precedesse l'eventuale notifica del recesso. Senza che ciò significasse un trasferimento *tout court* del potere di attivazione del recesso dal Governo al Parlamento, ma solo che, per il diritto del Regno Unito, «*the invoking of Article 50*» è un processo di matrice duumvirale¹⁸ e che, perciò, il Parlamento britannico ha competenza decisionale a intervenire direttamente nei negoziati, a dire la sua parola sul *tipo di Brexit* da attuare.

¹⁶ Si è provato ad immaginare che cosa sarebbe accaduto, sulla base di questa 'teoria', in occasione di precedenti referendum, ad esempio nel 2011, di fronte alla decisione del corpo elettorale di mantenere la tradizionale formula "First past the post" in luogo del passaggio ad un "Alternative vote system". E si è osservato che se «il Parlamento (...) avesse approvato una nuova legge elettorale abrogativa dell'uninomiale consueto e avesse istituito un sistema di elezione coincidente con quello rigettato dagli elettori (...) la maggioranza dei costituzionalisti» avrebbe senz'altro stigmatizzato questa decisione come una grave "scorrettezza" costituzionale. «Naturalmente Westminster avrebbe potuto comportarsi in quel modo (...) sul piano di una mera valutazione formale del rapporto tra fonti del diritto (...) ma dal punto di vista della correttezza costituzionale» ci saremmo trovati di fronte ad una profonda lacerazione tra Parlamento e popolo (C. MARTINELLI, *Brevi riflessioni*, cit.).

¹⁷ Anche se l'European Union Referendum Act non ha specificato nulla in riferimento alle specifiche conseguenze tecnico-giuridiche della vittoria del leave, le Corti inglesi sembrano dimenticare che è proprio in virtù dell'emanazione dell'European Union Referendum Act che l'istituto referendario, da elemento sostanzialmente estraneo al sistema costituzionale britannico, è divenuto ex se parte integrante di esso, in quanto avente ad oggetto una decisione che incide direttamente sulla distribuzione del potere sovrano (la riappropriazione della sovranità da parte del *demos britannico*) più che le modalità di esercizio della funzione legislativa.

¹⁸ C. MARTINELLI, *Brevi riflessioni*, cit.

Per i ‘legalisti’ il governo May non avrebbe subito contestazioni se avesse proceduto come da norma. Se, accolto il risultato del referendum, avesse sottoposto il proprio piano al Parlamento e sottoposto i negoziati con l’Unione ad un dibattito trasparente e pubblico. Le sentenze avrebbero, insomma, rimesso le cose al loro posto e le Corti, deliberando a prescindere dalle politiche perseguite dai governi del momento¹⁹, hanno salvaguardato le procedure democratiche in accordo al corpus costituzionale britannico.

Le aspre reazioni dei ‘populisti’ nei confronti dei ‘legalisti’ evidenziano plasticamente che i contendenti parlano due lingue diverse. Quello che per i ‘legalisti’ è un *tornare alla costituzione*, per i ‘sovranisti’ è uno scandalo, un’interferenza giudiziaria che vuole scavalcare il giudizio popolare, un *tradimento della costituzione*.

Non si è trattato, insomma, dell’ennesimo shakespeariano “tanto rumore per nulla”. Anche la partita che si è giocata nelle Corti inglesi è parte di quel conflitto radicale tra “*establishment finanziario*” e “*populismo nazionalista*” - tra vincenti e perdenti della globalizzazione - che sta diventando la principale linea di divisione ideologica e politica delle società occidentali.

8. Dopo Brexit, il “caso” Trump

L’evento globale per eccellenza dall’inizio della crisi del 2008, il “caso” Trump, è una conferma su scala allargata, all’ennesima potenza, della profondità del conflitto che si è aperto in occidente tra l’“*establishment finanziario*” e il “*populismo nazionalista*”. E ciò in almeno tre sensi.

Primo. *The America first* è molto di più del *leave* del Regno Unito. Nel discorso in cui ha rispolverato questo vecchio motto, Trump ha sottolineato che «lo Stato-nazione rimane il vero fondamento dell’armonia e della felicità»²⁰. La sua America non vuol più essere una “nazione universale”, “eccezionale”, ma ‘semplicemente’ una “nazione unica”, “*great*”.

Secondo. Negli USA è in atto una strisciante *guerra civile* alimentata dall’*establishment* e da una parte della società americana che contestano l’esito del voto popolare. Siamo ben oltre l’appello di un ex premier, Tony Blair, rivolto alle forze del *Remain* a “insorgere” e a rovesciare il referendum in parlamento. Siamo al Donald nemico pubblico numero uno, che è politi-

¹⁹ Così esemplarmente condensa, condividendoli, gli argomenti dei ‘legalisti’ L. REMEDIOS, *Brexit o non Brexit? Non è questo il problema*, in megachip.globalist.it/Detail_News_Display?ID=126796.

²⁰ Discorso del 27 aprile 2016, al Center for the National Interest, <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-foreign-policy-speech>.

²¹ «I muri, i dazi sulle merci, il potere militare enorme ma usato in funzione deterrente e difensiva, la ridefinizione della «obsoleta» Nato, la pressione sugli alleati-parassiti perché smettano di pesare su Washington non sono che conseguenze politiche di una postura nazionalista»: M. FERRARESI, *La febbre di Trump. Un fenomeno americano*, Marsilio, 2016.

camente e costituzionalmente legittimo far rovesciare dalla piazza anche a costo di abbattere il sistema dell'*Electoral College* voluto dai Padri Fondatori.

Terzo. La sospensione in via giurisdizionale degli *Executive orders* del Presidente prelude ad un regolamento dei conti ("*constitutional showdown*") nei rapporti fra esecutivo, legislativo e giudiziario²² che scuote la tradizionale fiducia reciproca fra i poteri, da sempre un elemento essenziale del sistema americano. Mentre i giudici accusano i politici «di accendere o spegnere la Costituzione a loro piacimento», Trump accusa la Corte di San Francisco - chiamata in appello a decidere sul famigerato ordine esecutivo in tema di immigrazione - di avere agito "politicamente". Di sindacare l'animus dell'ordine esecutivo in base alle dichiarazioni del Presidente durante la campagna elettorale, di assumersi con la sua decisione avversa la responsabilità di mettere in pericolo la sicurezza nazionale e che, in caso di attentati, è a quei giudici che i cittadini dovranno guardare²³.

Uno scontro, insomma, a tutto campo, dagli esiti imprevedibili, nel quale entrambi i contendenti si sentono investiti della 'missione' di far vivere i valori profondi della società americana. Per i 'legalisti' si tratta di riportare l'operato del nuovo Presidente all'interno del gioco costituzionale dei pesi e contrappesi (*checks and balances*), di «ridare fiato alle trombe della civiltà giuridica»²⁴. Per Trump, invece, gli *executive orders*²⁵ sono sì delle potenti armi politiche e di governo, ma la loro legittimità deriva direttamente dalla Costituzione.

Chi ha ragione? Trump, *governando per decreto*, si è veramente comportato, in disprezzo al Congresso, «come un imperatore d'altri tempi, come un legislatore al di fuori di ogni controllo giurisdizionale?»²⁶.

Il fatto che spesso i suoi *orders* cominciano con frasi rituali quali «Grazie al potere affidatomi dalla Costituzione» o «dalle leggi degli Stati Uniti», suggerisce che, dal punto di vista legale, gli *executive orders* operano in una zona grigia. Trump non rappresenta, comunque, un'eccezione. Barack Obama ha emesso 277 "editti" durante i suoi due mandati. E il re inarrivabile resta Franklin Delano Roosevelt durante la Grande Depressione con ben 3.721, compreso il famigerato internamento dei cittadini giapponesi-americani²⁷.

²² D. DE LUNGO, *L'executive order di Trump: una "cronaca costituzionale*, in www.diritticomparati.it/.../executive-order-di-trump-una-cronaca-costituzionale.html.

²³ L. MARINI, *Trump ed i giudici: gli Stati Uniti fra politica e Costituzione*, in www.questionegiustizia.it/.../trump-ed-i-giudici-gli-stati-uniti-fra-politica-e-costituzione.

²⁴ E. GRANDE, *Gli executive orders nell'epoca del trumpismo*, in www.questionegiustizia.it/.../gli-executive-orders-nell-epoca-del-trumpismo_06-02-2.

²⁵ E i Presidential memorandum, così come le Proclamation presidenziali.

²⁶ E. GRANDE, *Gli executive orders nell'epoca del trumpismo*, cit.

²⁷ M. VALSANIA, *Trump governa per ordini esecutivi. Fino a che punto lo può fare?*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 gennaio 2017.

Prima di fare azzardate previsioni sulla ineluttabile precoce crisi politica e costituzionale dell'amministrazione Trump, sarebbe prudente tener conto della straordinaria legittimazione populistico-nazionalistica che lo ha portato alla Presidenza. E sarebbe, altresì, prudente diffidare delle rappresentazioni caricaturali dei cantori da *talk show*, di tutti quelli che in queste settimane predicano sconsolati “*questa non è la mia America*”.

9. Costituzionalismo elitista e costituzionalismo populista

Nelle prime pagine del suo bel libro - *I due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano* - Lucia Corso ricorda come «da qualche decennio la letteratura costituzionalistica statunitense abbonda di autori che dichiarano di dissociarsi dall'impostazione elitista del costituzionalismo dominante ed invocano una lettura della carta costituzionale più aperta alle ragioni del *common man*. Alcuni parlano di costituzionalismo democratico, altri di costituzionalismo antioligarchico, altri ancora di costituzionalismo *populist*». E ricorda, altresì, che «fra le tradizioni che confluirono all'assemblea di Filadelfia, vi fu anche quella del repubblicanesimo populista a cui sono ascrivibili le posizioni di Thomas Jefferson e di Tom Paine». A cui in seguito si aggiungerà la tradizione del *populismo nazionalista jacksoniano*²⁸.

Il libro merita di essere letto per intero, ma la tesi di fondo è limpidamente esposta sin dall'*incipit*. Nella tradizione giuridica americana è largamente attivo un *costituzionalismo elitista* che coltiva il convincimento che la gente comune vada neutralizzata per le sue caratteristiche più ordinarie (impulsività, scarsità di informazioni, semplicismo) e che il nocciolo duro del costituzionalismo risieda nel principio di legalità, nella divisione dei poteri, nella giurisdizione costituzionale. Ma, accanto a questo *costituzionalismo elitista*, altrettanto attivo è un costituzionalismo *populista* che, viceversa, confida nelle capacità epistemiche, morali e politiche dei cittadini; coltiva un atteggiamento di sospetto verso ogni forma di gerarchia e di espertocrazia; riconduce il nucleo delle garanzie fondamentali, i limiti al potere pubblico ed il rispetto dei diritti fondamentali, all'uomo comune, considerandolo la prima forma di garanzia contro un governo arbitrario.

Se si trattasse solo di una vicenda interna al ceto dei giuristi non varrebbe la pena parlarne più di tanto. Ma il *costituzionalismo populista* è anche una delle più significative manifestazioni di un radicato *anti-intellettualismo* che attraversa da lungo tempo la vita politica e culturale americana. Già Tocqueville, nel suo viaggio nella *democrazia americana*, aveva afferrato pienamente la visione anti-intellettuale che pervadeva il popolo. «Tocqueville - si è auto-

²⁸ Lo ha di recente vivacemente ricordato M. SECHI, *Long read 2. Trump e il ritorno del popolo jacksoniano*, in www.mariosechi.it/blog/.../long-read-2-trump-e-il-ritorno-del-popolo-jacksoniano, 31 gennaio 2017.

revolmente osservato - ha visto che la vita di costante azione e decisione insita nello spirito democratico e pragmatico della vita americana premia l'habitus di menti svelte e grossolane, le decisioni rapide e la prontezza nel cogliere le opportunità». ²⁹ Un Tocqueville a zozzo per la campagna elettorale del 2016 sottoscriverebbe, passando in bella copia gli appunti presi quasi due secoli prima ³⁰.

Da questo bacino della tradizione popolare hanno attinto, nella storia più recente, molti presidenti, da Nixon a Reagan ³¹. Ma il vero campione della 'fisica' e della 'metafisica' a cui attinge Trump ³² è l'uomo comune dimenticato (*the forgotten Man*) le vittime della Grande Depressione - cui si appellava Franklin Delano Roosevelt in un suo memorabile intervento alla radio nel corso della campagna elettorale del 1932 ³³. E, in un'altra occasione, lo stesso Roosevelt dirà in chiave storico-costituzionale cose che riecheggiano assai da vicino quel suo memorabile intervento radiofonico: «Per centocinquanta anni abbiamo assistito ad una lotta senza fine fra coloro che vogliono preservare l'ampio concetto originario della costituzione come uno strumento di governo del profano e coloro che al contrario lo riducono ad un contratto di avvocati. Ogniqualvolta l'interpretazione legalista si è scontrata con il senso contemporaneo della politica nazionale, alla fine sia il popolo che il Congresso hanno avuto la meglio» ³⁴.

L'uomo dimenticato, il profano, sono un "luogo" della storia politica e costituzionale americana. Trump ne riprende la metafora, mette l'uomo dimen-

²⁹ R. HOFSTADTER, *Anti-Intellectualism in American Life*, New York, Vintage Books, 1963.

³⁰ M. FERRARESI, *La febbre di Trump. Un fenomeno americano*, cit., che subito dopo aggiunge: «L'avversione all'intellettualismo è radicata in America già dal puritanesimo, che metteva in guardia dai vizi diabolici collegati alla conoscenza. Un paio di decenni dopo l'approdo della Mayflower, il teologo John Cotton scriveva: «Più sei istruito e arguto, più sarai prono ad agire per conto di Satana». E se per i puritani il pastore era comunque un'autorità intellettuale, dotata di una vocazione pedagogica, per gli evangelici il ministro ideale è «un crociato popolare, un motivatore». L'esortazione s'impone sulla spiegazione, il paradigma dell'azione domina su quello della contemplazione».

³¹ E, in una certa misura, persino Bill Clinton «quando ha annacquato pubblicamente la propria capacità concettuale per dare spazio all'immagine dell'uomo dell'Arkansas che mangia costine con salsa barbecue e suona il sassofono» (M. FERRARESI, *La febbre di Trump*, cit.).

³² V'è ne ampia traccia nel discorso inaugurale della sua Presidenza: M. SECHI, *Long read 2. Trump e il ritorno del popolo jacksoniano*, cit.

³³ «Questi tempi infelici - diceva il candidato presidente - richiedono la costruzione di piani che si basano sul dimenticato, sui disorganizzati ma indispensabili elementi del potere economico, piani come quelli del 1917, costruiti dal basso verso l'alto e non dall'alto verso il basso, che ripongano la propria fede ancora una volta nell'uomo dimenticato alla base della piramide economica», citato da GAGE, *Who Is the 'Forgotten Man'?*, in <http://www.nytimes.com/interactive/projects/cp/opinion/election-night-2016/who-is-the-forgotten-man>.

³⁴ Il riferimento in L. CORSO, *I due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2016.

ticato al centro della sua “azione”, promette lavoro, grandi opere pubbliche, il *remake* di una nazione divisa che deve ritrovare il suo senso della storia. Certo il jacksoniano Trump non è Roosevelt, ma ha il tratto istrionico dell’inventore dei discorsi del caminetto³⁵. Certo in Trump la vena anti-intellettualista riaffiora nel modo vocante e semplificato con cui propina le sue iperboli, dal muro al confine con il Messico al fatto che i politici sono stupidi perché perdono le sfide con la Cina mentre lui vince tutte le volte. Certo Trump porta l’anti-intellettualismo al parossismo. Ma non ha inventato nulla.³⁶

Il tema vero è capire perché *oggi Trump negli Usa*. E *perché domani* il trumpismo nazionalistico-populista potrebbe diventare un fenomeno globale.

Il “caso” Brexit è, lo abbiamo visto, una buona pista per cominciare a decifrare “lo spirito dei tempi”. Ma è ancora il vecchio Franklin Delano Roosevelt che, secondo l’autore di *The Presidents*, aveva colto l’essenziale: «Roosevelt era partito senza fissare principi economici e niente che si potesse chiamare una piena e articolata dottrina sociale, ma egli sapeva quello che suo cugino (Theodore Roosevelt, 26° presidente degli Stati Uniti, repubblicano) gli aveva insegnato: che i banchieri possono essere irresponsabili e che il governo federale esiste per salvaguardare il benessere di milioni di persone»³⁷.

Democrazia dell’uomo comune, che non va troppo per il sottile se l’uomo che ne incarna e ne rappresenta l’identità *governa per decreto*. Dopo la *belle époque della governance tecnocratica* dell’economia e della società - in cui nessuno governa perché il mercato è l’unico luogo della verità e delle virtù - e dopo la sbornia della governance multilivello - in cui nessuno governa perché tutti amministrano - il *demos* reclama nuovamente le proprie ragioni.

Primitivismo politico e costituzionale? Può darsi, ma dipende anche da noi. Parlare delle ragioni dei populist, parlare con i populist, non significa necessariamente parlare come i populist. E’, anzi, un *dovere democratico* smettere di iniettare il veleno della paura tra i cittadini, paventando scenari

³⁵ La citazione è ripresa da M. SECHI, *Long read 2. Trump e il ritorno del popolo jacksoniano*, cit.

³⁶ «Non è uno sciroccato né un monomaniaco o un furbacchione con una strategia di marketing nella manica. O almeno non è soltanto questo. È il sottoprodotto di una cultura popolare che ha ‘naturalmente’ in dotazione un dispositivo per capire il trumpismo. Il pensiero non detto di chi ostenta disgusto di fronte alla sua ascesa, di chi lo considera un’anomalia (un-American) - e magari aveva prenotato i biglietti aerei per emigrare in caso di una sua vittoria - è che, fatta eccezione per alcune città civilizzate, il resto del paese sia popolato da beoti» (M. FERRARESI, *La febbre di Trump. Un fenomeno americano*, cit.). Sono tutti coloro che avevano previsto la vittoria della Clinton, mentre Trump faceva la storia.

³⁷ S. GRAUBARD, *The Presidents. The Transformation of the American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, London, 2005. La citazione è tratta da M. SECHI, *Long read. Trump e l’Uomo Dimenticato. Da FDR a The Donald, la parabola del Forgotten Man*, in www.mariosechi.it/.../long-read-trump-e-luomo-dimenticato-da-fdr-a-the-donald-la-p, 23 gennaio 2017.

nefasti. «Sono l'unica cosa che vi separa dall'Apocalisse», aveva detto Hillary Clinton in campagna elettorale. Si è visto come è andata a finire³⁸.

³⁸ Così L. MARSILI, Y. VAROUFAKIS, *Il terzo spazio. Oltre establishment e populismo*, Roma, Laterza, 2017.