

2 OTTOBRE 2017

Dove è diretta la democrazia?
Risposte tedesche

di Jörg Luther

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”



Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche *

di **Jörg Luther**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le ambiguità delle parole e le diversificazioni culturali del linguaggio. 3. Il mito (o orrore) della democrazia germanica autentica. 4. Il fallimento della prima democrazia di Weimar, l'apprendimento della “democrazia pronta a disputarsi” a Bonn e la liberazione dalla pseudo-democrazia socialista di Berlino. 5. Le prospettive di sviluppo della democrazia diretta in Germania. 6. La democrazia diretta non può essere un “fai da te”: l'inammissibile referendum costituzionale di Amburgo (2016). 7. Alcune conclusioni comparative.

1. Introduzione

La Germania ha una lunga tradizione di riflessione sulla democrazia diretta che è stata ripetutamente analizzata dalla dottrina italiana.¹ La costituzione tedesca del 1949, la quale non era stata ratificata dal referendum e i cui autori non erano stati eletti all'uopo dal popolo, esprime una chiara preferenza per la democrazia rappresentativa. In effetti, i padri costituenti avevano percepito una tensione e contraddizione tra le forme di democrazia diretta di Weimar, peraltro parzialmente recepite nella costituzione italiana, e quelle della democrazia rappresentativa, caratterizzata comunemente come “democrazia parlamentare” perché unisce forma di stato e forma di governo in un modello normativo e storico chiaramente opposto al semipresidenzialismo weimariano e al presidenzialismo nazista. Pertanto sono state deliberatamente abolite le forme weimariane di democrazia diretta.

Per introdurre le esperienze tedesche in un dialogo costituzionale a fini di comparazione orizzontale e verticale tra gli ordinamenti, conviene innanzitutto una contestualizzazione filologica (2.) e una ricostruzione della travagliata storia peculiare della democrazia in Germania (3.). Sin dalla riunificazione della Germania, la democrazia si è arricchita di esperienze di democrazia diretta a livello locale e regionale e non esclude più la loro introduzione a livello federale. Il sistema della rappresentanza politica resta incardinato in un sistema di partiti con notevoli margini di innovazione e in un parlamentarismo altrettanto elastico, non delegittimato dalle sfide di riforma costituzionale e di manutenzione della legislazione elettorale e non irritato dall'elezione diretta dei sindaci o dalla forza del cancellierato nel processo di integrazione europea (4).

* Il contributo prende le mosse dal Convegno “*Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*”, tenutosi a Milano il 13-14 marzo 2017, ed è stato referato dal Comitato scientifico del Convegno stesso.

¹ Cfr. da ultimo A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padova 2012.

Anche se a livello federale, la democrazia diretta non ha avuto luogo nemmeno nelle numerose procedure di revisione costituzionale, essa è oramai una forma vitale della democrazia locale e regionale e di quella partitica, integrata dal pluralismo sindacale ed ecclesiale. La stessa riunificazione nel 1989 è stata imposta direttamente da manifestazioni di piazza con il motto: “il popolo siamo noi”. Il principio costituzionale della democrazia si sterilizzerebbe se si ricominciasse da capo la discussione sul primato della democrazia rappresentativa rispetto a quella diretta (o viceversa). L'aut-aut della tensione è stato sostituito da un et-et e l'attenzione è passata piuttosto a un *tertium*, in particolare la democrazia partecipativa incardinata anche attraverso i nuovi social media in una società civile che rivendica una nuova “democrazia consultiva” (5).²

2. Le ambiguità delle parole e le diversificazioni culturali del linguaggio

“Dove è diretta la democrazia” è una domanda riferibile sia ai luoghi nei quali un non meglio precisato soggetto – che potrebbe essere anche solo il governo, qualche élite o potere invisibile oppure lo stesso popolo – svolge funzioni di indirizzo, sia l'obbiettivo verso il quale la barca dello Stato si muove e verso il quale il popolo si considera “in cammino”.

Per poter darne una qualche risposta, occorre partire innanzitutto dalle scritture costituzionali e dalla loro interpretazione. La Legge fondamentale tedesca del 1949, creata per un popolo diviso in due repubbliche, parla della democrazia solo dopo i diritti fondamentali, aprendo il secondo capitolo dedicato alla Federazione e ai Länder con alcune disposizioni definitorie che enuncia i principi fondamentali della forma di Stato sottratti al potere di revisione costituzionale:

“Art. 20 (1) La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale.

(2) Tutto il potere dello Stato emana dal popolo. È esercitato dal popolo con elezioni e votazione e tramite gli appositi organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione.

(3) La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati alla legge ed al diritto.

(4) Tutti i tedeschi hanno diritto alla resistenza contro chiunque intraprenda a rimuovere l'ordinamento vigente, se non sia possibile alcun altro rimedio.”

Nel secondo comma viene definita la sovranità popolare attraverso una formula che disegna innanzitutto la titolarità di ogni potere politico (per. 1), riservando l'esercizio a un corpo elettorale, il popolo degli elettori (*Wahlvolk*), e a un insieme di organi pubblici divisi per poteri e strumentali alla sovranità popolare. Nella giurisprudenza costituzionale, il principio di democrazia è stato concretizzato da una dottrina che

² M. Morlok, *Das Grundgesetz und die politischen Parteien*, in: G. Cerrina Ferroni, F. Palermo, G. Parodi, P. Ridola (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Torino 2012, 213ss.

ne deriva un principio di “sufficiente livello di legittimazione democratica”. Ogni organo dotato di un potere pubblico deve essere istituito e dotato di specifiche funzioni pubbliche da uno o più atti imputabili alla volontà del popolo (legittimazione istituzionale). L’esercizio delle funzioni deve essere sostanzialmente indirizzato da uno o più atti imputabili alla volontà del popolo (legittimazione sostanziale) e il titolare deve essere investito del potere sulla base di atti riconducibili ad elezioni o nomine suscettibili almeno di un controllo da parte del parlamento (legittimazione personale).³

Il terzo comma dell’art. 20 LF definisce gli elementi chiave del principio dello Stato di diritto, cui fa riferimento anche l’art. 28 della costituzione a norma del quale l’ordinamento costituzionale dei *Länder* deve conformarsi ai principi dello stato di diritto repubblicano, democratico e sociale (co. 1). Il quarto comma è stato inserito invece solo con una revisione della costituzione deliberata nel 1968 che ha inteso positivizzare il diritto alla resistenza come una garanzia del diritto del popolo di cambiare il governo.

Se si confrontano le diverse formule francesi, italiane e tedesche, la sovranità popolare è più o meno aperta a interpretazioni.⁴ Quella francese richiama la formula di Lincoln come principio supremo della Repubblica (art. 2) ed evoca una “sovranità nazionale” esercitata dal popolo (art. 3) che lascia al governo la determinazione e conduzione della politica (art. 20). Quella della repubblica italiana invita con il rinvio a forme e limiti a compiere un’interpretazione sistematica concretizzante dei diritti politici e dell’assetto dei poteri definiti dalla seconda parte della costituzione (art. 1). Quella tedesca infine affianca come principi supremi generali repubblica e stato di diritto alla democrazia (art. 28) e precisa

(1) che “i partiti politici partecipano alla formazione della volontà politica del popolo”, escludendosi i partiti anticostituzionali che “per i propri obiettivi o per il comportamento dei propri aderenti mirano a pregiudicare o rovesciare l’ordine base liberal-democratico (art. 21) (principio della democrazia capace di difendersi),

(2) che l’Unione europea è vincolata a “principi democratici, di stato di diritto, sociali e federativi” (art. 23).

Un problema particolare deriva dalla circostanza che la costituzione tedesca contiene anche una definizione legale del concetto di “tedesco” (art. 116). Nella decisione contro il diritto di voto degli stranieri a livello regionale, il Bundesverfassungsgericht ha ritenuto che questa disposizione definisce anche come somma dei cittadini anche un concetto unitario di popolo dello Stato (*Staatsvolk*) il quale non potrebbe non essere il popolo tedesco invocato anche nel preambolo della Costituzione.⁵ Controverso

³ BVerfGE 83, 60 (77); 93, 37 (66); 107, 59 (87); 130, 76 (124).

⁴ Per un confronto tra Francia e Germania cfr. ora C. Classen, *Der Verfassungsbegriff der Demokratie in Deutschland und in Frankreich*, JöR 65.2017, 263ss. che tuttavia non approfondisce le differenze in tema di democrazia diretta.

⁵ BVerfGE 83, 37 (51s.).

resta se tale definizione sia addirittura parte del nocciolo duro della costituzione tedesca sottratta a ogni revisione futura.

Se la democrazia odierna si è allontanata dal modello greco legato all'etimo di "demos", si potrebbe concludere che sia grazie alle varie legislazioni in materia di cittadinanza, sia grazie alla varietà delle forme e dei limiti costituzionali, il "popolo" resta una nozione profondamente ambigua, legato a molteplici concezioni che variano a seconda dei contesti storici e territoriali. "Volk" non è pienamente sinonimo di "people", "peuple", "pueblo" o "popolo".

In origine, Volk deriva da *fulca*, secondo il dizionario dei fratelli Grimm sinonimo di formazione militare, ma già nella riforma emerge un "Volck" interlocutore del potere spirituale e temporale.⁶ Nel seicento serviva per la prima volta a tradurre l'antico *jus gentium* in *Völkerrecht* e a partire dal sette- e ottocento fu anche sinonimo di massa, plebe, governati ecc..⁷ Il popolo poteva quindi essere concepito dall'economia pubblica (*Volkswirtschaftslehre*) come un numero determinabile di cittadini rappresentabili da algoritmi e statistiche, ma anche dalle scienze giuridiche e sociali come un'entità sociale più o meno organica ed omogenea (*Gemeinwesen*), dotata di un'esistenza ed identità comune superiore e capacitata di esprimere una volontà collettiva giuridicamente vincolante (*Volkswille*). Agli albori dello stato nazionale tedesco, il popolo è stato idealizzato come corpo virtuale retto da una lingua, da costumi comuni e da uno spirito, lo "*Volksgesist*" di Herder e Savigny, spirito che Hegel identificò con lo Stato sovrano.

Il concetto di "popolo" entrò poi nel linguaggio delle costituzioni rivoluzionarie europee del 1848/49. Nel Württemberg, l'assemblea dei ceti fu trasformata in un'"assemblea dei rappresentanti del popolo". E l'assemblea costituente nazionale della Paulskirche approvò una dichiarazione dei diritti fondamentali del popolo tedesco il cui primo articolo definiva come popolo la somma dei cittadini degli Stati che formano l'impero germanico. "*Volksstaat*" s'intitolò successivamente l'organo del partito socialdemocratico (1869). La cura della "*Wohlfahrt*", letteralmente la buona andatura ovvero il "benessere del popolo tedesco"⁸ sarà lo scopo della federazione perenne prospettata dal preambolo dell'Impero germanico (1871), con un imperatore inizialmente molto popolare. Alla fine dell'impero, la domanda di uno "Stato popolare" ricostruito a partire dalle autonomie locali fu rappresentata da Hugo Preuss che identificò popolo e Stato nel 1915 attraverso una nuova formula: "popolo dello stato nello stato del popolo" (*Staatsvolk im*

⁶ Cfr. Martin Luther, *Der Segen so man nach der Messe spricht vber das Volck aus dem vierden buche Mosi am.vj. Cap. Ausgelegt durch D.Mart.Luth. Wittenberg, Wittenberg : Schirlentz, 1532; Georg Fürst zu Anhalt, Unterricht wie die Pfarherrn das volck in diesen geschwinden und gefehrlichen Zeiten zur buss und gebett vermanen sollen, Leipzig : Bapst, 1546*

⁷ Per le origini filologiche J. Retterath, "Was ist das Volk?", Berlin, De Gruyter 2016.

⁸ „Wohlfahrt usa la metafora del viaggio (Fahrt) che evoca il movimento della barca e "arché" dello Stato.

Volksstaat). La costituzione di Weimar da lui progettata dichiarò infine la sovranità del popolo, “unanime nelle sue tribù”⁹ (1919).

Dall’organicismo ottocentesco di Otto v. Gierke deriva la definizione di Hans Liermann (1926): “La comunità del popolo dello Stato tedesco (*Staatsvolke*) è costituita da tutti coloro ai quali l’Impero Germanico è lo Stato che appartiene loro.”¹⁰ La dottrina weimariana ha poi insegnato che il popolo può essere associato a o dissociato da uno Stato e può essere considerato comunità creata dal diritto come “ambito personale di validità dell’ordinamento statale” (Kelsen)¹¹, oppure è una formazione culturale socialmente più o meno omogenea, dotata di una volontà politica reale che lo trasforma in nazione¹² (Heller), oppure un soggetto politico in parte organizzato nella Costituzione, in parte non organizzato “accanto” ad essa e, specialmente come opinione pubblica, anche opposta alle autorità ed estranea al diritto della Costituzione (Schmitt).¹³

Mentre l’ideologia anticostituzionale del terzo impero si auto-qualificò come “*völkisch-organisch*” e la destra si univa nella “*Deutschnationale Volkspartei*”, Goebbels contrappose definitivamente *Volk* alla Nazione: “Il senso della rivoluzione che abbiamo compiuto è il divenire popolo della nazione germanica.”¹⁴ Nel secondo dopoguerra, la Germania fu divisa in due Stati, ma restava secondo la Legge fondamentale “un popolo”. Ai sogni occidentali di una democrazia economica (*Wirtschaftsdemokratie*), la Repubblica democratica oppose una dittatura del proletariato e, negli anni cinquanta, un modello di *Volksdemokratie* come sintesi della forma di stato sovietica.

Questi pochi cenni all’etimologia possono bastare per dimostrare che non esiste un solo significato e non esiste una sola concezione tedesca del popolo, nemmeno nella dottrina giuridica.¹⁵ Accanto alla

⁹ “Stamm” è stato tradotto in Italia per lo più come stirpe, ma il concetto romano di “tribus” potrebbe essere più coerente allo spirito di Preuss cit. da P. Brandt, *Volk*, in: J. Ritter *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 11, Basel 2001, 1079ss. Cfr. anche D. Schefold, Hugo Preuß (1860-1925) fra Stato sovrano ed ente democratico multilivello, *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2016.

¹⁰ H. Liermann, *Das deutsche Volk als Rechtsbegriff im Reichs-Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin und Bonn 1927, 49: „Die Gemeinschaft des deutschen Staatsvolkes bilden all diejenigen, denen das Deutsche Reich ihr Staat ist.“

¹¹ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), trad. It. *Dottrina generale dello Stato*, Milano 2013, 348ss.; da ultimo W. Leisner, „Nation“ und Verfassungsrecht. Das „integrierte Volk“ als demokratischer Souverän in der Migration, in: *Der Staat*, 55.2016, 213-234.

¹² Critico H. Heller, *Staatslehre* (1933), Tübingen 1983, 178ss: “il popolo come formazione culturale”. Cf. anche idem, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in: *Gesammelte Schriften*, II, Leiden 1971, 428ss, ristampa in: U. Matz (a cura di), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt 1973, 7ss; trad it a cura di P. Pasquino, *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, «Quaderni Piacentini», 1983, 145ss.

¹³ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, 238ss. e 277. Successivamente: *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg 1933.

¹⁴ *Der Völkische Beobachter*, 17. 11. 1933.

¹⁵ Cfr. soltanto la critica alla citata sentenza che ha ritenuto incostituzionale l’estensione del diritto di voto a stranieri di lunga residenza in: B.-O. Bryde, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 5 (1994), 59ss.

definizione giuridica nazional-liberale secondo la quale il *Volk* sarebbe la somma dei cittadini dello Stato, si trovano concezioni “organicistiche” o “comunitariste”, ma anche concezioni pluraliste del popolo inteso come composizione di classi e gruppi, diffuse soprattutto nella scienza politica. Secondo una parte della dottrina, solo lo Stato ha un popolo politicamente unito, non invece l’Unione europea o la comunità internazionale. Secondo altri, la democrazia ha necessariamente una pluralità di livelli territoriali, il diritto all’autodeterminazione del popolo non dà necessariamente diritto a costituire uno Stato proprio ed è possibile unire più popoli in uno stato multinazionale o in un potere sovranazionale.¹⁶

Le ambiguità e particolarità linguistiche riguardano anche le forme della democrazia. Mentre nel linguaggio costituzionale tedesco si distingue tra *Repräsentation* e *Vertretung*, quello italiano distingue una “rappresentanza” di volontà ed interessi dalla “rappresentazione” di identità e valori. Perfino il termine “democrazia diretta” non è pienamente sinonimo di “*direkte Demokratie*”, perché a differenza dell’aggettivo tedesco “*direkt*”, “diretto” in Italiano è infatti anche un participio passato passivo del verbo dirigere e non è concepibile una direzione senza indirizzo. Più che di referendum, riferito più a procedimenti ad iniziativa della rappresentanza o governative, in Germania si parla di iniziative popolare (*Volkseiniciativen*), petizioni popolari (*Volksbegehren*), deliberazioni popolari (*Volksentscheide*), legislazione democratica (*Volksgesetzgebung*) e “plebisciti”, termine anche associabile a forme di stato autocratiche anziché democratiche.

Nella democrazia liberale tedesca, il popolo è sovrano, ma il potere sovrano letteralmente “esce” (o emana) dal popolo (*geht aus*), parola che induceva il poeta Brecht a chiedere ironicamente “ma dove va?”. Il popolo non “è” una direzione amministrativa, ma “ha” o può avere una direzione intendibile come indirizzo politico. Al di là della necessità o meno di una *Führung* o guida, il popolo può influenzare e prescegliere la *Richtung*, cioè preformare le scelte di indirizzo politico della rappresentanza. Questa direzione oggettiva può essere definita ad es. da una “*Richtungswahl*”, cioè da un’elezione che si carica di funzioni di mutamento di indirizzo soprattutto sulla base delle offerte programmatiche dei partiti politici. La maggioranza elettorale regge l’attribuzione della funzione di un *gubernaculum* che deve sempre tendere solo a perfezionare una volontà popolare, continuamente preformata e riformata da un’opinione pubblica sulla base delle garanzie costituzionali di libertà e di pluralismo politico.

Anche dopo la riunificazione attraverso la votazione con i piedi dei tedeschi della Repubblica democratica tedesca, la democrazia della Germania non è diventata né la *Konkordanzdemokratie* della Svizzera, né un

¹⁶ P. Kirchhof, *Kompetenzaufteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU*, Berlin 1994, 59: „Wo kein Staat, da keine Verfassung, und wo kein Staatsvolk, da kein Staat.“ Critico P. Haeberle, *Europäische Verfassungslehre*, 7a ed. Baden-Baden 2011, 37: „Siamo in cammino verso un „popolo europeo della Costituzione“, rappresentato dal parlamento europeo e attivato dai partiti politici europei e dal diritto di petizione (art. 21 TCE).”

laboratorio di *Demokratiereform* paragonabile all’Austria. Sembra tuttavia politicamente disposta a rendersi più direttamente partecipata, non solo a livello locale e regionale, ma anche nell’Unione europea. Può darsi che la vita politica sia diventata più noiosa, ma forse la Repubblica di Berlino non è diretta né verso una post-democrazia, né all’avanguardia di una neo-democrazia liquida.¹⁷ I vecchi e nuovi partiti certo stentano a canalizzare i risentimenti dei *Wutbürger*, i cittadini arrabbiati che possono punirli nelle elezioni, e di immunizzare il popolo contro i pericoli di un nuovo populismo a-democratico. Tra gli appetiti scaturiti dalla riunificazione e le paure alimentate dalle brutte esperienze dei referendum anti-UE in Olanda, Francia e Regno Unito, la democrazia tedesca non accetterebbe l’etichetta della crisi e si narra tuttavia piuttosto in cammino verso un sistema costituzionale misto relativamente stabile e sostenibile.

3. Il mito (o orrore) della democrazia germanica autentica

Al contrario della democrazia parlamentare del secondo dopoguerra, la “democrazia autenticamente germanica”, basata sulla “libera elezione di un capo che si assuma tutta la responsabilità del proprio fare e lasciar stare” consiste, “grazie a Dio”, nella regola che “non sia il primo ambizioso che capita o il moralmente scioperato ad arrivare per vie traverse al governo sui consociati del proprio popolo, ma che la grandezza della responsabilità da assumere faccia indietreggiare gli inetti e rammolliti.”¹⁸ Sono parole di Adolf Hitler che teneva a fingersi democratico, ragione per la quale il suo governo approvò ancora nel 1933 una legge per introdurre plebisciti: “Il governo dell’impero può consultare il popolo se approva un provvedimento progettato dal governo imperiale o meno.”¹⁹ Plebisciti approvarono in seguito la „politica del governo“ (12. 11. 1933), l’unione personale delle cariche di presidente e cancelliere del Reich (19. 8. 1934), la “liberazione della Renania” (29.3.1936) e l’annessione dell’Austria (10. 4. 1938).

Il mito nazionalsocialista della democrazia germanica ha legittimato questa nuova prassi dei plebisciti, volgarizzando alcuni elementi fortemente ambigui del diritto dei primi popoli germanici.

Da un lato si ricordano i reperti archeologici degli antichi “thing”²⁰, dall’altro lato fonti letterarie come la Germania di Tacito che parla di un’elezione dei principi in tale concilio e di un’investitura del Re da parte

¹⁷ Cfr. K. v. Beyme, *Von der Postdemokratie zur Neodemokratie*, Wiesbaden 2012.

¹⁸ A. Hitler, *Mein Kampf* (1925), München: NSDAP 1941, 100. Cfr. anche il discorso davanti al Reichstag del 31. 1. 1937: „Man redet von Demokratien und Diktaturen und hat noch gar nicht begriffen, daß sich in diesem Lande eine Umwälzung vollzogen hat, deren Ergebnis, wenn Demokratie überhaupt einen Sinn haben soll, im höchsten Sinne des Wortes als demokratisch zu bezeichnen ist. (...) Gibt es einen herrlicheren und schöneren Sozialismus und eine wahrhaftigere Demokratie als jenen Nationalsozialismus, der es dank seiner Organisation ermöglicht, daß unter Millionen deutschen Knaben jeder, wenn sich die Vorsehung seiner bedienen will, den Weg finden kann bis an die Spitze der Nation?“

¹⁹ Gesetz über Volksabstimmung vom 14. Juli 1933, Reichsgesetzblatt 1933 I S. 479.

²⁰ F. Iversen, *Concilium and Pagus—Revisiting the Early Germanic Thing System of Northern Europe*, in: *Journal of the North Atlantic* 2013m Special Volume 5, 5–17; <http://www.khm.uio.no/om/organisasjon/arkeologisk-seksjon/ansatte/frodeiv/frodes-artikler/iversen-2013-jona-i-concilium-and-pagus.pdf>

dei principi,²¹ aggiungendo una regola costituzionale secondo la quale gli affari principali dovevano essere trattati da tutti: “*De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes, ita tamen, ut ea quoque, quorum penes plebem arbitrium est, apud principes praetractentur.*” (11,1).



Góra Świątej Anny, Polonia, una di 46 Thing naziste costruite negli anni 30, © Sarah Semple

Se si guarda alla storia delle istituzioni, la sovranità popolare sembra essere stata anticipata anche dalla postulazione nel diritto germanico di un diritto di resistenza del popolo nei confronti del re “infedele”, diritto derivato da un patto di fedeltà asserito da Manegold von Lautenbach durante la lotta per le investiture (prima del 1103). Questo diritto di resistenza popolare fu tuttavia superato dalla costituzione dei ceti e da un apposito procedimento di giustizia politica davanti al collegio dei principi nello *Sachsenspiegel* del 1215.²² Nel 1298 fu destituito il re Adolfo di Nassau e nel 1400 il re Wenzel della Bohemia.²³

Se si guarda invece alla storia delle assemblee, la democrazia sembra diventare possibile prima di tutto nelle città che acquistano libertà politiche. Il sistema elettorale comunale di Colonia del 1396 sembra il primo a realizzare un principio di parità dei cittadini realizzato dalla creazione di 22 corporazioni.²⁴ Nella guerra dei contadini del 1525, il primo dei 12 articoli della federazione dei Svevi postulava l'elezione dei sacerdoti, applicando la sovranità del popolo cristiano quindi alla stessa organizzazione delle chiese e delle comunità locali.²⁵

²¹ (7,1) “*Reges ex nobilitate, duces ex virtute sumunt. nec regibus infinita ac libera potestas, et duces exemplo potius quam imperio, si prompti, si conspicui, si ante aciem agant, admiratione praesunt. (7,2) ceterum neque animadvertere neque vincere, ne verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in poenam nec ducis iussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt.*” Cfr. la storiografia romantica di T. Curtis, *Der Weltgang des Referendums*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1912, 1ss.

²² F. Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht*, 1914, 169ss.; K. Zeumer, *Das vermeintliche Widerstandsrecht gegen Unrecht des Königs und Richters im Sachsenspiegel*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung*, Bd. 35/48, 1914, 68–75.

²³ I. Schlieper, *Wurzeln der Demokratie in der deutschen Geschichte*, Bonn 1967, 5.

²⁴ H. Planitz, *Die deutsche Stadt im Mittelalter*, Köln 1954, 330.

²⁵ Cfr. sul piano della storia delle idee, O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 2° ed. Breslau 1902, 127ss., trad. it.: Giovanni Altusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche, Torino: Einaudi 1943, 114ss. Nella città di Mühlhausen in Turingia, i pastori Heinrich Pfeiffer e

Tuttavia, la democrazia non è stata affatto considerata una caratteristica della Germania medievale. Il monaco riformatore Martin Luther vedeva nel 1539 la Germania governata piuttosto da un'aristocrazia cristiana, considerando la democrazia una specialità della sola Svizzera nonché della repubblica anseatica di Dithmarschen nello Schleswig-Holstein²⁶, paesi governati dall'"uomo comune"²⁷. La storia tedesca della democrazia sembra iniziare pertanto solo nell'ottocento. La convenzione nazionale renano-germanica di Mainz decretò nel 1793 la creazione di uno Stato libero e invocò come "unico sovrano legittimo di questo Stato" il "popolo libero" (art. 2), preferendo tuttavia poi l'annessione alla Francia. Una repubblica cisrenana proclamata ancora nel 1797 anche dal cattolico Joseph Görres non ebbe sorte migliore. All'apparente imposizione francese della sovranità popolare risposero tuttavia non solo le filosofie repubblicane di Kant e Fichte, ma anche il progetto di Hardenberg (1807) di introdurre una "rappresentanza nazionale" nella costituzione prussiana, da realizzarsi a partire da una riforma degli enti locali.

Il teologo e poeta Ernst Moritz Arndt, figura vicina al barone von Stein e celebrata come eroe nazionale dai regimi nazionalsocialista e comunista, lanciò la sacralizzazione del popolo e un concetto più semplice di democrazia: *"Ogni popolo che ha costituzioni rappresentative e cetuali composte da tutte le classi degli abitanti, ha perciò stesso già costituzioni democratiche; perché laddove sono pubblicamente rappresentati il contadino e il cittadino, questa parte del popolo che è la maggiore e la più degna di onore, si può denominare già democratica la costituzione perché lo spirito e la forza della moltitudine che si esprimono in entrambi, afferra di spontanea volontà anche gli altri ceti, imprimendo loro dapprima una coloritura quasi-popolare, poi anche un senso etico per il popolo (volkliche Gesinnung)."*²⁸

All'imposizione della restaurazione delle monarchie rispondevano invece i poeti del Junges Deutschland, Heine e Börne, e la festa della costituzione (Constitutionsfest) di Hambach del 27. 5. 1832. Questa simbolica "festa di speranza" rievocava la tradizione delle assemblee dei Franchi, invocava nei discorsi

Münzer ottennero invece l'elezione di un Ewiger Rat, un consiglio popolare composta da cittadini eletti con mandati a vita.

²⁶ La repubblica di Dithmarschen era governata da '300 fino al 1559 da rappresentanze delle comunità ecclesiastiche e dei contadini, cfr. I. Schlieper, op. cit., 86ss.

²⁷ "Politicus magistratus habet multos species: Monarchia, als da ist Regnum Galliae, Angliae, Portugaliae, Bohemia, Ungaricae, Poloniae. Aristocratia est magistratus civilis, ut Germaniae, democratiae, ubi plures regunt, als in Schweitzen und Dythmars, Oligarchia als in Erfurt" Cit. da H. Maier, Zur neueren Geschichte des Demokratiebegriffs, in: K.v. Beyme (ed.), Theory and Politics / Theorie und Politik: Festschrift zum 70. Geburtstag von C. Friedrich, Haag: Niehoff 1971, 133.

²⁸ Flugschrift s.d., in: E. M. Arndt, Staat und Vaterland, München 1921, 19 ss; riprodotto da I. Schlieper, op. cit., 121. In considerazione dei pensieri antisemiti di Arndt, l'università di Greifswald ha deciso di rinunciare alla sua intitolazione allo stesso Arndt che aveva pubblicato nel 1806 a Greifswald la sua prima opera "Geist der Zeit" (spirito dei tempi).

ufficiali “patria, sovranità popolare e comunità internazionale dei popoli” (*Vaterland, Volkshoheit, Völkergemeinschaft*) e si colorava dei colori della futura bandiera nazionale.



Festa di Hambach <http://www.demokratiegeschichte.eu/index.php?id=10>

Nel *Vormärz*, cioè prima della fallita rivoluzione del 1848/9, democrazia era considerata più un radicale superamento di monarchia e monarchia, possibile anche in stati federali più grandi come insegnavano gli Stati Uniti. Nel pensiero dei costituzionalisti come Pölitz, emergeva tuttavia anche una concezione più moderata di democrazia rappresentativa, una democrazia moderata e nobilitata da elementi di aristocrazia e, come preferisce il liberale v. Rotteck, viceversa anche una monarchia moderata da elementi di democrazia il cui principio democratico richiede il governo di una volontà complessiva del popolo e fa parte della natura di ogni tipo di stato.²⁹

La democrazia diretta restava quella originaria e quella antica ateniese fu studiata nella sua lingua ufficiale nei licei del *Bildungsbürgertum*, ma alla fine dell’ottocento Georg Jellinek sottolineò che una democrazia pienamente diretta non esisteva nemmeno più in Svizzera³⁰. La democrazia diventa rappresentativa perché la causa della democrazia diventa affare di partito. Il partito radical-democratico costituito nel 1847 a Offenburg non domina l’assemblea costituente della Paulskirche, ma si riorganizza nel 1868, optando nel proprio programma per il mandato imperativo e recall. Il partito socialdemocratico dei lavoratori a Eisenach nel 1869 mirava a un libero “stato popolare” (*Volksstaat*) con suffragio universale e a una legislazione popolare diretta con diritto di iniziativa e di disapprovazione del popolo, ma fu combattuto da Bismarck nell’Impero del 1870. Marx e Engels criticarono l’idea della legislazione popolare diretta preferendo una democrazia assembleare sul modello francese del comune di Parigi.

²⁹ C. v. Rotteck, *Demokratisches Prinzip; demokratisches Element und Interesse*, in: id., C. Welcker, *Das Staats-Lexikon*, 1846, III, 712ss.; K.H.L. Pölitz, *Staatswissenschaft in unserer Zeit*, Leipzig 1823, I, 440ss; cfr. anche K. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, München 1951, 154.

³⁰ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3^o ed. Berlin 1914, 724ss. distingue repubbliche democratiche con funzioni consultive e deliberative del popolo (Nidwalden, Obwalden, Appenzell), da democrazie rappresentative pure (Stati Uniti) e democrazie rappresentative con istituzioni di democrazia diretta referendaria (Svizzera).

Solo nel 1918 si costituì la prima democrazia tedesca, promossa dall'istituzione di consigli di soldati nelle città del nord e da un colpo di Stato in Baviera e governata da un consiglio dei delegati del popolo. I fautori del principio rivoluzionario “tutto il potere ai consigli” non ebbero la maggioranza nel primo congresso nazionale, trovando anche in Austria l'opposizione di Kelsen.³¹

La convocazione di un'assemblea nazionale costituente fu pertanto accompagnata dall'introduzione del sistema elettorale proporzionale. Solo alcuni partiti dichiaratamente “democratici” erano rappresentati in assemblea costituente, oltre alla SPD e al centro, promotore di una repubblica democratica, i progressisti della Deutsche Demokratische Partei (DDP) fondata da Hugo Preuss, e i nazional-liberali della Deutsche Volkspartei. La Costituzione di Weimar indicò nel preambolo “il popolo tedesco” come autore, promettendo di “promuovere il progresso sociale” e garantendo il repubblicanesimo (art. 1 per. 1) ancora prima della sovranità popolare (art. 1 per. 2). La rivoluzione superò la monarchia e allontanò la dittatura del proletariato attraverso la previsione di una rappresentanza in consigli aziendali, distrettuali e in un consiglio nazionale del lavoro e del lavoro e dell'economia (art. 165).

Il mito della democrazia germanica è stato rilanciato dal nazionalsocialismo che si autoproclamò la “più moderna democrazia della storia mondiale”.³² Il popolo realizzò la propria autodeterminazione nello Stato del *Führer*, ritrovandosi in una comunità di popolo depurata dalle razze considerate della falsa democrazia liberale. A lungo reggeva l'illusione, la dittatura fosse la restaurazione, non il superamento della democrazia.³³ Carl Schmitt aveva insegnato già nella Repubblica di Weimar che la democrazia autentica era l'identità tra governanti e governati di un popolo omogeneo, ma il popolo poteva solo acclamare il *Führer*, eleggere persone di fiducia o rispondere a domande di plebiscito. La democrazia andava disgiunta dalla libertà politica e non poteva consistere in procedure in cui “la maggioranza decide”, perché i numeri aritmetici nelle votazioni segrete sarebbero più il frutto di affarismi privati che di decisioni politiche.³⁴

³¹ Cfr. M. Adler, *Demokratie und Räteystem*, Wien 1919 e H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, 1920; E. Fraenkel, *Rätemythos und soziale Selbstbestimmung*, (1972), in: *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 5a ed. Stuttgart 1973, 69ss.

³² Così il capo della stampa nazista, Dietrich, nel 1936, cit. da G. Leibholz, *Freiheitliche demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1995, 554.

³³ Così conclude G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Milano 1996, 98 (con introduzione di F. Lanchester).

³⁴ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, 242ss.



https://de.wikipedia.org/wiki/Direkte_Demokratie_in_Deutschland#/media/File:Stimmzettel-Anschluss.jpg

Sono miti oramai stralciati dalla storia o ancora vivi, magari capaci di rigenerarsi nel populismo neoromantico di coloro che con il grido “il popolo siamo noi” pretendono di lanciare una nuova azione per la Germania (*Aktion für Deutschland*, AFD)? Giudicando non concretamente pericoloso il partito nazionaldemocratico (NPD), i giudici di Karlsruhe hanno lanciato qualche monito, qualificando come anticonstituzionale ogni progetto di „stato nazionale autoritario orientato verso una comunità popolare su base etnica (“ethnische Volksgemeinschaft“), progetto di degradazione giuridica di stranieri, migranti, musulmani, ebrei ed altri gruppi sociali incompatibile con una democrazia costituzionale fondata sulla dignità umana.³⁵

4. Il fallimento della prima democrazia di Weimar, l’apprendimento della “democrazia pronta a disputarsi” a Bonn e la liberazione dalla pseudo-democrazia socialista di Berlino

La Costituzione del 1919 disegnò un modello di “democrazia mista”³⁶, con forme rappresentative e dirette, modello lodato da Eduard David (SPD), il primo presidente dell’assemblea costituente diventato poi ministro degli interni, come “la democrazia più democratica del mondo”, ma avversato da un pensiero antidemocratico ben radicato non solo nelle amministrazioni.³⁷ Le forme rappresentative della Repubblica si basavano su un pluralismo di associazioni “con scopi politici e di politica sociale” (art. 124) e un dualismo di organi rappresentativi eletti, con l’elezione diretta con sistema proporzionale del parlamento (art. 21) e l’elezione diretta “dall’intero popolo tedesco” del presidente dell’Impero (art. 41). Nei sistemi elettorali dei Länder furono sperimentate clausole di sbarramento, ma la loro introduzione con decreto

³⁵ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. (1-1010), http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html

³⁶ Termine coniato da R. Thoma, *Das Reich als Demokratie*, in: G. Anschütz, R. Thoma (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Berlin 1930, I, 194.

³⁷ C. Gusy, *Einleitung: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik - Entstehungsbedingungen und Vorfragen*, in: idem (a cura di), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Tübingen 2000, 23ss.

d'urgenza nel Reich ipotizzata nel 1930 dal cancelliere Brüning avrebbe solo ulteriormente indebolito il centro.³⁸

L'elezione diretta del presidente fu fortemente sostenuta nell'opinione pubblica da Max Weber, realizzata solo a partire dal 1925 con la vittoria di Hindenburg al ballottaggio, superata nel regime presidenziale nazista e pertanto decisamente rigettata dai padri costituenti del secondo dopoguerra.

A questa rappresentanza alternativa si aggiungevano una serie di elementi di democrazia diretta, rimasti per lo più privi di applicazione concreta. Le prime riforme territoriali furono realizzate senza referendum (art. 18), ma quella decisiva della Prussia finì nel commissariamento del cd. *Preussenschlag*. Il presidente poteva indire un referendum (*Volksentscheid*) su leggi approvate dal Reichstag (art. 73 co. 1) e doveva farlo se lo richiedevano un ventesimo del corpo elettorale (art. 73 co. 2) o, in caso di leggi costituzionali, la rappresentanza dei Länder (art. 76 co. 2), ma nella prassi preferiva sciogliere il parlamento. La forma più praticata era il referendum propositivo, cioè una votazione su una proposta di legge presentata da un decimo del corpo elettorale (art. 73 co. 3), da approvarsi con quorum di partecipazione della maggioranza del corpo elettorale se il parlamento deliberava di non darne seguito (art. 75). A livello del Reich, su 8 iniziative, solo tre furono ammesse e votate, ma mancarono il quorum (1926 esproprio dei principi, 1928 Panzerkreuzer, 1929 legge di libertà contro il piano Young). A livello dei Länder, su 60 iniziative, solo 12 arrivarono alla votazione. L'unica iniziativa che ebbe successo fu nel 1931 la domanda di *recall* del Landtag di Oldenburg sostenuta da comunisti e nazionalsocialisti che diede alle successive elezioni una maggioranza a questi ultimi.

Si discute tuttora se la democrazia weimariana sia stata mal costruita dalla costituzione o semplicemente abbattuta dai suoi nemici sempre più forti. In ogni caso, il fallimento non fu tanto effetto dei plebisciti, quanto della paralisi del parlamento da parte di una maggioranza negativa dei partiti di estrema destra e sinistra e dell'insuccesso del regime presidenziale emergenziale di Hindenburg e Brüning.³⁹

Poco conosciuti sono finora i progetti costituzionali delle opposizioni tedesche all'estero e della resistenza. Mentre i socialdemocratici progettavano "una democrazia politica e sociale" con collegi uninominali e senza referendum, il liberale Koch-Weser optava per il presidenzialismo e il conservatore Goerdeler per un ritorno alla monarchia. Anche un progetto di Legge fondamentale provvisoria trascritta

³⁸ Fondamentale G. Leibholz, Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, VERÖFFENTLICHUNGEN DER VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER 7. 1931, 159ss. Cfr. A. von Ungern-Sternberg, in: U. J. Schröder/A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.) Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, Tübingen 2011.

³⁹ C. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1997, 98; R. Schiffers, Schlechte Weimarer Erfahrungen? in: H. v. Arnim (ed.), Direkte Demokratie, Berlin 2000, 51ss..

dall'ambasciatore romano Ulrich von Hassell evitava ogni riferimento a elezioni per il futuro prossimo e si limitava a una “partecipazione del popolo”.⁴⁰

Dopo la fine della guerra, la repubblica democratica tedesca e la democrazia di Bonn pretendevano di trarre delle conseguenze opposte dall'esperienza del traumatico fallimento della prima democrazia tedesca.

La costituzione della Repubblica democratica tedesca (RDT) di Berlino riconduceva la sovranità popolare al “diritto e dovere di partecipazione nel proprio comune, circondario, Land e nella RDT”, stabilendo che il potere pubblico deve servire al “bene del popolo” e al “progresso democratico” (art. 3) e che il “boicottaggio delle istituzioni democratiche” e “l'istigazione a uccidere i politici democratici” devono essere puniti (art. 4). Fu tuttavia una pseudo-democrazia, senza libertà politica individuale, e con risultati elettorali prestabiliti per effetto di un centralismo sostanzialmente monopartitico. Il regime fu apertamente contestato e rovesciato da una rivoluzione pacifica nella quale i cittadini votarono con i piedi al grido “noi siamo il popolo” e fu qualificato come “regime di ingiustizia” dal trattato di riunificazione. La Legge fondamentale (1949) di Bonn invece non è stata né redatta da un'assemblea costituente eletta direttamente, né approvata dal popolo, ma legittimata dal consenso degli elettori del parlamento da esso disegnato e di una maggioranza silenziosa che rumorosa della cittadinanza.

La democrazia re-impiantata nel regime di occupazione fu fondata su diritti fondamentali limitati da doveri di rispetto della legalità costituzionale (art. 2 co. 2, art. 9 co. 2), di fedeltà verso la Costituzione (art. 5 co. 3 per. 2: insegnanti) e di conciliazione tra i popoli (art. 9 co. 2), doveri anche sanciti da una decadenza dai diritti principali qualora fossero stati strumentalizzati a una lotta contro dell'ordinamento liberal-democratico di base (*freieitliche demokratische Grundordnung*, art. 18). I partiti politici che “secondo gli obiettivi o la condotta dei propri membri tendono a pregiudicare o eliminare tale ordinamento base o mettono a rischio l'esistenza della Repubblica federale sono incostituzionali”, anche se il loro divieto deve essere convalidato dalla Corte costituzionale federale (art. 21 co. 2), disposizione applicata sia al partito neonazista (SRP) e comunista (KPD), ma non più a quello “nazionaldemocratico” (NPD). Pochi ricordano peraltro che anche i giudici federali possono essere destituiti se violano nell'esercizio del proprio ufficio o fuori dallo stesso “i principi fondamentali della Legge fondamentale o l'ordinamento costituzionale di un Land” (art. 98). Questa cd. “democrazia militante” o, più correttamente, “pronta a disputarsi” (*streitbar*) e “in grado di difendersi” (*wehrhaft*) dai propri nemici fu integrata nel 1968 da

⁴⁰ Cfr. C. Waldhoff, *Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus und das Grundgesetz*, Der Staat 49 (2010), 51-76.



controverse disposizioni di una costituzione dello stato d'emergenza e dal riconoscimento del diritto di resistenza (art. 20 IV).⁴¹

Il *Bundesverfassungsgericht* si è subito concepito come custode della democrazia liberale, definendola come “ordinamento il quale, escludendo qualsiasi dominio di violenza e arbitrio, rappresenta un ordine di potere retto come stato di diritto, fondato sull'autodeterminazione del popolo secondo la volontà della maggioranza attuale e sulla libertà ed eguaglianza”.⁴² I principi supremi conformativi della democrazia liberale includevano il rispetto dei diritti umani, la sovranità popolare, la separazione dei poteri, la responsabilità del governo, la legalità dell'amministrazione, l'indipendenza dei tribunali, il pluralismo partitico e la *par condicio* o pari opportunità (*Chancengleichheit*) dei partiti politici con il diritto alla formazione e all'esercizio costituzionale di un'opposizione.

Il *Bundesverfassungsgericht* è stato tuttavia a lungo riluttante a trasformare la sovranità popolare, inteso come principio da attuare in procedure e organizzazioni, in un parametro direttamente invocabile e difendibile in giudizio. La sua giurisprudenza ha disegnato un'immagine della democrazia composta da una pluralità di principi costitutivi. In questo disegno è dato particolare peso alla legittimazione dei titolari di potere politico tramite elezioni periodiche più che alle decisioni dirette tramite votazioni del popolo. Ne fa parte un divieto di autolegittimazione, un principio di delegittimazione dei governi in caso di nuova elezione del parlamento, un principio di pubblicità e responsabilità controllabile, una preferenza per la reversibilità delle scelte politiche ecc. La sovranità popolare si costruisce attraverso norme di organizzazione e di procedura che conducono a decisioni imputabili e condizionabili dal popolo. Sono formanti della sovranità popolare l'istituzione costituzionale dei partiti politici⁴³ che partecipano alla formazione dell'opinione pubblica e della volontà popolare, funzione incompatibile con attività prioritariamente commerciali e con posizioni dominanti sui mercati dei media (art. 21),⁴⁴ l'ammissibilità di procedure di democrazia diretta nei Länder nel rispetto delle competenze delle relative rappresentanze (art. 28),⁴⁵ un minimo di strumenti di democrazia diretta per le riforme territoriali (art. 29), la libertà, segretezza e immediatezza del voto (art. 38), la libertà del legislatore di garantire l'eguaglianza del voto, scegliendo sistemi elettorali alternativi o combinandoli in modo tale da garantire una eguaglianza di chances di

⁴¹ E. Denninger, *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 2 vol., Frankfurt, 1977; C. Amirante, *Diritti fondamentali sistema costituzionale nella Repubblica Federale tedesca*, Cosenza 1980, 226ss.

⁴² BVerfGE 2, 13.

⁴³ BVerfGE 20, 56 (100) „non organi supremi dello Stato“, precisando BVerfGE 1, 208 (244): „Parteienstaat“.

⁴⁴ BVerfGE 85, 264 (286). Cfr. P. Huber, *Parteien in der Demokratie*, in: P. Badura, H. Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001, 612ss.

⁴⁵ BVerfGE 60, 177 (208).

successo e peso nella rappresentanza,⁴⁶ la regola della decisione parlamentare a maggioranza (art. 42 co. 2), la difendibilità in sede di conflitto intraorganico della pari libertà e *par condicio* di deputati e gruppi, dei diritti delle opposizioni⁴⁷ e dei diritti delle minoranze di istituire delle commissioni d'inchiesta (art. 44). La giurisprudenza costituzionale è riecheggiata in parte nella teoria delle trasformazioni strutturali della democrazia di Gerhard Leibholz secondo cui nello "Stato dei partiti" la democrazia ha assunto una "forma fenomenologica razionale della democrazia plebiscitaria" e la volontà della maggioranza partitica viene di fatto identificata con la *volonté générale*.⁴⁸ In parte riecheggiava anche la teoria pluralista della democrazia di Ernst Fraenkel, secondo la quale il bene comune può essere definito solo *ex post* come risultato dell'interazione delle forze economiche, sociali e culturali concorrenti e il riequilibrio tra le componenti rappresentative e plebiscitarie si gioca nella cultura dei partiti e dei gruppi d'interesse.⁴⁹ I movimenti del 1968 hanno rafforzato le critiche alla democrazia durante un governo di grande coalizione, rilanciando con il riconoscimento del diritto di resistenza un'opposizione extraparlamentare e la domanda di nuove forme di democrazia dei consigli nei luoghi di lavoro e di studio.⁵⁰ Solo dopo il 1989, i giudici di Karlsruhe hanno citato infine la teoria delle trasformazioni strutturali della sfera pubblica di Jürgen Habermas⁵¹ e, al riguardo dell'UE, le teorie della legittimazione democratica da output di Fritz Scharpf, allievo di Horst Ehmke.⁵² Forse non spettava ai giudici costituzionali, e nemmeno ai professori tra di loro, accreditare singole teorie accademiche del costituzionalismo democratico, ma particolare attenzione hanno ricevuto quelle della catena della legittimazione democratica di Ernst-Wolfgang Böckenförde⁵³ e quella della democrazia aperta di Peter Häberle.⁵⁴ Tuttavia, i giudici costituzionali e la

⁴⁶ Cfr. l'analisi della giurisprudenza alla luce della teoria costituzionale di M. Morlok, *Demokratie und Wahlen*, in: P. Badura, H. Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001, 559ss.

⁴⁷ BVerfGE 49, 70 (86).

⁴⁸ G. Leibholz, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie* (1952), in: *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe 1958, 83. Cf. M. Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit*, Baden-Baden 1995, 163.

⁴⁹ BVerfGE 5, 85 (197); 12, 113 (125); 69, 315 (345); 93, 1 (22). Cf. E. Fraenkel, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* (1958), in: *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart, 5a ed. 1973, 149ss. e la teoria più monista della democrazia sociale di W. Abendroth, *Demokratie als Institution und Aufgabe* (1955), in: U. Matz (ed.), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt 1973, 156ss.

⁵⁰ Cfr. a suo tempo J. Agnoli, *Thesen zur Transformation der Demokratie und zur ausserparlamentarischen Opposition*, in: U. Matz (ed.), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt 1973, 461ss. Successivamente, sui nessi tra diritto di resistenza e principio di sovranità popolare, I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt 1992.

⁵¹ BVerfG 24. 1. 2001 - 1 BvR 2623/95 - Rn. (1-110), http://www.bverfg.de/e/rs20010124_1bvr262395.html

⁵² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - Rn. (1-116), http://www.bverfg.de/e/rs20100706_2bvr266106.html

⁵³ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: J. Isensee, P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg, 2a ed. 1995, § 22.

⁵⁴ P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975), *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung* (1977), *Demokratische Verfassungstheorie im*

scienza giuridica e politica della costituzione hanno anche contribuito all'elaborazione di un'immagine insieme sufficientemente idealista e realista del cittadino democratico, elettore e votante presumibilmente maturo e capace di decidere sulle persone e sulle cose.⁵⁵

5. Le prospettive di sviluppo della democrazia diretta in Germania

Dopo il 1989, anche in Germania si sono affermate tendenze di rafforzamento e razionalizzazione della democrazia "diretta", peraltro nel contesto anche di una maggiore personalizzazione della politica e rafforzamento dei poteri esecutivi. Sono state promosse forme di elezione diretta dei sindaci⁵⁶ e rilanciate idee di elezione diretta dei Ministerpräsidenten dei Länder, proposte sin dagli anni cinquanta da Theodor Eschenburg per la costituzione del Land di Baden-Württemberg (1953).⁵⁷ Resta sempre minoritaria tuttavia la proposta di elezione diretta del presidente federale.⁵⁸

La democrazia referendaria è stata sviluppata soprattutto all'interno dei Länder dei quali fanno parte anche gli enti locali, non solo negli stati-città.⁵⁹ Nella Repubblica di Bonn, le costituzioni dei Länder delle zone di occupazione militare statunitense e francese e quella del Nordrhein-Westfalen erano state approvate fino al 1950 da referendum regionali (in Baviera, Assia, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern, Baden, Rheinland-Pfalz, Brema), mentre le altre costituzioni della zona di occupazione britannica (Schleswig-Holstein 1949, Niedersachsen 1951, Hamburg 1952), di Berlino (1950) e del nuovo Land Baden-Württemberg (1953) furono approvate senza referendum. Dopo la riunificazione, le prime costituzioni dei nuovi Länder di Sassonia e Sassonia-Anhalt furono approvate dai parlamenti regionali, quelle di Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen e Berlino con referendum costituzionale. Il referendum costituzionale per le revisioni è stato reso obbligatorio solo in Assia (art. 123) e Baviera (art. 75 co. 2), per le disposizioni relative alle autonomie locali anche a Brema (art. 125) e per le disposizioni relative alla democrazia diretta a Berlino (art. 100).

Il referendum costituzionale è invece facoltativo a Brema (art. 70), in Baden-Württemberg (art. 64) e in Sassonia (art. 74), sempre che lo decida la maggioranza assoluta del Landtag o se lo richiede un'iniziativa popolare rispettivamente di un quinto o sesto o decimo della popolazione che non viene approvata senza

Lichte des Möglichkeitsdenkens (1978), in: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 3a ed. 1996, 155ss, 565ss. e 17ss.

⁵⁵ Cfr. M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, in: E. Catelani et al., *La giustizia elettorale*, Napoli: Esi 2013, 91ss.

⁵⁶ A. Bovenschulte / A. Buß, *Plebiszitäre Bürgermeisterverfassungen*, Baden-Baden 1994.

⁵⁷ Da ultimo F. Decker, *Direktwahl der Ministerpräsidenten: Begründung, Ausgestaltung und Umsetzbarkeit eines Wechsels der Regierungsform in den Ländern*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)* 2013, 296ss.

⁵⁸ Cfr. P. Rütters, *Direktwahl des Bundespräsidenten: Sehnsucht nach präsidentieller Obrigkeit?* *ZParl* 2013, 276ss.

⁵⁹ Cfr. in Italia l'analisi dettagliata di A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padova, 2012.

modifiche dal Landtag. In Renania-Vestfalia, il referendum può essere chiesto sia dal Landtag, sia dal governo se la revisione non ottiene la maggioranza dei due terzi in parlamento. Nel Baden-Württemberg e in Renania-Vestfalia, la riforma deve essere approvata dalla maggioranza assoluta del corpo elettorale, mentre a Brema vige solo un analogo quorum di partecipazione. A Berlino, un referendum costituzionale di iniziativa popolare, sostenuto da un quinto degli elettori, vince solo se partecipa la maggioranza assoluta del corpo elettorale e se ottiene una maggioranza di due terzi dei votanti.

Statisticamente, i referendum costituzionali si sono tenuti solo dove e quando obbligatori, in Baviera ed Assia 9 volte fino al 2000. Per quanto riguarda la democrazia regionale diretta, fino al 1996 solo in Baviera erano state sperimentate votazioni popolari su leggi ordinarie. Particolare attenzione anche all'estero ha avuto nel 1998 il referendum costituzionale con il quale in nome dello "Stato snello" è stato abolito il senato bavarese.⁶⁰

Per quanto riguarda invece la democrazia diretta locale, il Land più attivo era inizialmente il Baden-Württemberg, peraltro creato sulla base di referendum territoriali nel 1953. Questo è cambiato dopo il 1989, peraltro nel contesto di riforme introduttive dell'istituto del recall del parlamento, istituto rimasto finora senza prassi applicativa, nonché dell'elezione diretta dei sindaci. Fino al 2014 sono stati tenuti 22 referendum regionali. A livello locale, tra il 1956 e il 2013 si sono contati ben 5.354 referendum ad iniziativa civica (*Bürgerbegehren*) e 1.054 referendum ad iniziativa consiliare (*Ratsreferenden*), di cui la metà nell'ultimo decennio. La quota di partecipazione alle votazioni era in media pari al 50,9 %.⁶¹

Al riguardo, le nuove istituzioni referendarie regionali sono per lo più articolate in procedimenti aggravati ed intrecciati con quelli legislativi. Se da un lato vincolano il governo regionale o locale, spetta a tali istituzioni il primo controllo sull'ammissibilità, anche se poi la decisione finale spetta in genere al giudice costituzionale. Se si tratta di referendum propositivi, si tende a sottoporre l'iniziativa come petizione popolare al parlamento, garantendo eventualmente un parere della Corte dei conti sugli aspetti finanziari, l'audizione dei promotori e un termine entro il quale il parlamento può approvare la proposta o qualche proposta alternativa.⁶² I procedimenti trifasici prevalgono nettamente sui procedimenti bifasici, con la

⁶⁰ Cfr. la sentenza della corte costituzionale bavarese dello stesso anno sul seguito <http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/12VIII98.htm>

⁶¹ Cfr. Frank Rehm, Christian Büttner, Volker Mittendorf, Bürgerbegehrensbericht 2014, Berlin 2014. Ben 7496 iniziative popolari sono schedate nel seguente database (1.8.2017): https://www.mehr-demokratie.de/hintergrund/buergerbegehren-in-den-kommunen/datenbank-buergerbegehren/?no_cache=1. Cfr. anche A. de Petris, op. cit., 308ss.

⁶² Cfr. con ulteriori riferimenti M. Schuler-Harms, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL) 72. 2013, 453ss.

possibilità di graduare i quorum d’iniziativa e di partecipazione. In qualche caso, il parlamento ha preferito accogliere l’iniziativa per evitare un referendum che compromettesse la pace sociale nel Land.⁶³

Un problema particolare dei referendum propositivi è la qualità della legislazione proposta e quindi l’applicabilità delle garanzie della qualità della legislazione. Al riguardo, il requisito giurisprudenziale della chiarezza ed univocità del quesito rischia di implicare una capacità di comprensione dell’elettore inferiore a quella del parlamentare e quindi una qualità percepita addirittura superiore rispetto a quella della legislazione parlamentare.

Un secondo problema sono i doveri di neutralità delle amministrazioni e dei rappresentanti politici. Al riguardo delle decisioni nel merito non possono vigere gli stessi criteri applicabili alle elezioni, ma deve essere garantita una *par condicio* basata essenzialmente su un dovere di informazione oggettiva e sul divieto di fare un uso manipolativo di funzioni di comunicazione governativa o amministrativa (ad es. sugli effetti finanziari e attraverso le istruzioni e la scheda di voto).⁶⁴ I titolari di poteri pubblici hanno un particolare dovere di avere cura delle informazioni necessarie alla cittadinanza (*Informationsvorsorge*).

Un terzo problema riguarda gli effetti dell’approvazione di un referendum sull’esercizio del potere legislativo. In linea di principio, la dottrina riconosce una parità di rango gerarchico alle leggi parlamentari e popolari, lasciando margini di scelta per stabilire effetti di sbarramento. La costituzione di Brema stabilisce una sorta di “termine di pudore” di due anni per l’approvazione di nuove leggi parlamentari, quella di Amburgo un termine sospensivo di tre mesi entro il quale per la legge parlamentare che modifica quella referendaria può essere chiesto un nuovo referendum. Un termine di sbarramento triennale è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale bavarese.⁶⁵

Un quarto problema riguarda i referendum su leggi-provvedimento o su atti amministrativi, in particolare al riguardo di atti a contenuto generale come ad es. l’ammissione di nuove tecnologie o la concretizzazione di limiti di inquinamento, la pianificazione di infrastrutture e linee di comunicazione (*Grossvorhaben*). Le sempre più frequenti controversie pubbliche, ad es. nel caso ristrutturazione della stazione centrale di Stoccarda (Stuttgart 21), sono più agevolmente risolvibili tramite strumenti di democrazia partecipativa che non tramite strumenti di democrazia diretta, in particolare sul modello svizzero referendum di indirizzo, su atti di pianificazione o su singole concessioni.⁶⁶

⁶³ Un’analisi di 10 precedenti, per lo più nel nord della Germania, in particolare del caso del referendum sul divieto di voli notturni nel nuovo aeroporto di Berlino è offerta da O. Jung, “Entspricht der Landtag ... dem Volksbeghren” – Probleme eines kupierten direktdemokratischen Verfahrens am Beispiel Brandenburg, ZPPar 2013, 315ss.

⁶⁴ BayVerfGE 47, 1 (13s); BerlBVerfGH 25i7. 10. 2008, 86/08, cit. da M. Schuler-Harms, cit., 460.

⁶⁵ BayVerfGHE 50, 181 (203).

⁶⁶ Cfr. K. Waechter, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDSTRL 72. 2013, 529ss.

Non sono stati finora osservati casi nei quali l'esito o il seguito di un referendum abbia portato ad elezioni anticipate, nemmeno in occasione del referendum elettorale di Amburgo del 2004. Anche l'istituto del *recall* previsto nei Länder di Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz non ha avuto applicazione. Il tribunale costituzionale di Amburgo ha tuttavia dichiarato incostituzionale il divieto di abbinare la data del referendum a quella delle elezioni regionali o federali.⁶⁷ Successivamente, il legislatore del Land ha deciso che il referendum su una legge regionale si svolge simultaneamente con le elezioni politiche regionali o nazionali, ma non prima di quattro mesi dal perfezionamento dell'iniziativa, mentre quello costituzionale si può svolgere anche in un'altra domenica o un giorno festivo.

6. La democrazia diretta non può essere un “fai da te”: l'inammissibile referendum costituzionale di Amburgo (2016)

Particolare attenzione meritano le iniziative popolari che intendono in via di referendum propositivo ampliare i poteri di democrazia diretta. Una recente decisione del tribunale costituzionale di Amburgo del 13. 10. 2016 ha dichiarato inammissibile un'iniziativa intitolata “Salvate la deliberazione popolare – per il rafforzamento della democrazia di Amburgo”.⁶⁸

Tale iniziativa era stata firmata da più 14.000 cittadini e, dopo un'audizione nella commissione affari del parlamento regionale, riformulata dai proponenti (procedimento previsto dall'art. 50 co. 2 per. 5 Cost. Amburgo). L'iniziativa chiedeva di modificare il preambolo e quattro articoli della costituzione, in particolare

- (1) di abrogare l'esclusione delle leggi tributarie dalle materie suscettibili di referendum,
- (2) di orientare le norme del quorum di partecipazione al grado di partecipazione alle elezioni e al quorum funzionale del parlamento, prevedendo per le leggi ordinarie l'approvazione da parte di un numero di elettori analogo a quello dei deputati richiesti per l'approvazione di una legge in parlamento (25%) e per le leggi costituzionali una maggioranza di due terzi dei votanti pari alla maggioranza assoluta di coloro che hanno partecipato alle ultime elezioni (50 %),
- (3) di introdurre un referendum parlamentare con proposte alternative avanzate da una minoranza di un quinto dei deputati o 2,5 % degli elettori, (4) di rendere obbligatorio il referendum per ogni futura modifica della costituzione del Land.

⁶⁷ VerfG Hamburg, 31.03.2006 - HVerfG 2/05 - Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2006, 1590.

⁶⁸ <http://justiz.hamburg.de/contentblob/7145688/2830636b25cc1aef0041f6a9977195bd/data/neuer-inhalt.pdf>. Ripubblicato in Juistenzeitung 2017, 360-62. Critico T. Gross, Hat das Hamburgische Verfassungsgericht die Diktatur des Volkes verhindert? Juristenzeitung 2017, 349ss.

Il governo del Land aveva interpellato il Tribunale costituzionale del Land, ritenendo illegittimo l'accoppiamento di materie eterogenee in un'unica legge popolare, limite implicito dell'unità della materia riconosciuto sia in Svizzera sia in Italia.

Il Tribunale ha non solo voluto imporre uno spaccettamento, ma accolto anche ulteriori profili d'incostituzionalità nonostante la costituzione di Amburgo non contemplasse alcuna disciplina dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale. La motivazione della decisione si limita a invocare un vincolo implicito della legislazione costituzionale alle “decisioni di base che fondano ed assicurano l'identità”, citando la dottrina della Costituzione di Carl Schmitt. Un simile limite era stato asserito – ancorché non applicato - anche in una precedente sentenza della corte costituzionale del Land di Berlino.⁶⁹ Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale bavarese, dopo aver escluso a lungo il potere del legislatore di introdurre dei quorum, nel 1999 aveva desunto dal principio democratico un obbligo di stabilire un quorum almeno pari al 25 %.⁷⁰ Nel 2000, aveva poi interpretato una disposizione che enuncia i principi fondamentali (art. 75 co. 1 per. 2 Cost. Baviera) come divieto di revisioni costituzionali incompatibili con il principio fondamentale della democrazia.⁷¹

Le critiche dei commentatori a questa parte delle decisioni sono comprensibili come obiezioni di stile, ma sembrano esagerate nella sostanza. Anche se non spetta a un giudice costituzionale regionale applicare direttamente il nocciolo duro della Costituzione federale alle revisioni delle costituzioni regionali, nulla vieterebbe interpretare una costituzione regionale posteriore a quella federale come contenente una implicita riproduzione a livello regionale dei divieti di revisione costituzionale applicati a livello federale. I problemi riguardo infatti più la concretizzazione di limiti che erano stati pensati più per impedire un ritorno del nazismo che non per un avvicinamento alla cultura costituzionale di altri paesi europei e della Svizzera.

Al riguardo delle singole innovazioni, il tribunale eccepisce la loro contrarietà rispetto ai principi di democrazia e di stato del diritto. Per quanto riguarda quest'ultimo, censura sia la norma per la quale il giudice costituzionale debba esaminare tout court l'ammissibilità dei referendum, senza precisazione dei parametri, sia la norma per la quale la legge proposta debba essere redatta in un “linguaggio comprensibile per tutti”, anch'essa ritenuta incompatibile con il principio di determinatezza della legge.

Per quanto riguarda invece il principio di democrazia, i giudici costituzionali regionali ritengono che

⁶⁹ VerfG Berlin, 13.5.2013 – 155/11, cit da T. Gross, 351.

⁷⁰ BayVerfGH, 17. 9. 1999.

⁷¹ BayVerfGH, 13. 4. 2000, Vf. 4-IX-00, simile anche Corte cost. Turingia 19. 9. 2001 – 4/01 cit. da Gross, 352.

- (1) L'estensione del referendum legislativo alle leggi tributarie violerebbe il principio della responsabilità parlamentare per il bilancio che a sua volta concretizzerebbe il principio della democrazia parlamentare, principio indisponibile per il legislatore della revisione costituzionale anche a livello del Land;
- (2) L'abbassamento del quorum di validità del referendum costituzionale al 50 % dei votanti alle ultime elezioni politiche del Land e al 25 % per il referendum legislativo - cioè al momento del giudizio a 26 % e 13 % - violerebbe lo stesso principio democratico, essendo il livello di legittimazione democratica della legislazione popolare troppo distante da quello di un parlamento di rappresentanti soggetti a meccanismi di responsabilità politica;
- (3) il referendum costituzionale obbligatorio violerebbe infine il principio della preminenza della democrazia rappresentativa perché la revisione costituzionale parlamentare diventerebbe un procedimento più gravoso di quello di una revisione popolare.

Ad 1: Per quanto riguarda l'incostituzionalità del referendum costituzionale abrogativo del divieto costituzionale di ogni referendum sulle leggi tributarie, va innanzitutto osservato che in mancanza di un principio di inderogabilità dei doveri nelle costituzioni tedesche, tale norma costituzionale è comparativamente diffusa ma non prevista nella democrazia diretta svizzera (art. 141 Cost. fed. CH). Si potrebbe ritenerla a contenuto vincolato dai principi fondamentali della costituzione pertanto solo se qualificandola indispensabile per la primazia della democrazia rappresentativa su quella diretta o riconoscendo al principio di pareggio del bilancio una forza supra-costituzionale. Per quanto riguarda la responsabilità del parlamento per l'equilibrio del bilancio, non vi è differenza tra legge di spesa e di entrata. Potrebbe essere sufficiente una norma che a) imporrebbe ai promotori di un referendum propositivo di indicare con apposita norma di legge una copertura per la minorazione delle entrate, b) di differire, sempre con apposita norma, gli effetti della legislazione popolare al prossimo esercizio di bilancio, a meno che la riforma tributaria proposta non implichi rischi di paralisi dei poteri pubblici e di conseguente violazione di diritti fondamentali.

Ad 2: Per quanto riguarda l'incostituzionalità dell'introduzione di un quorum di partecipazione più flessibile e commisurato alla partecipazione alle elezioni, i giudici di Amburgo hanno giudicato irragionevole un quorum che avrebbe consentito l'approvazione anche di un referendum costituzionale da parte di un sovrano che si presume consenziente nonostante rimanga "in netta prevalenza passivo". Avrebbero ritenuto forse anche inammissibile il referendum costituzionale italiano. La sentenza giustamente rileva che i quorum applicati alla democrazia rappresentativa non possono essere identici a quelli applicati a quella referendaria, ma non motiva sufficientemente l'irragionevolezza. La dottrina tende a ritenere in principio legittimo è costituzionalmente vincolato il quorum, ma difficilmente quantificabile



in via interpretativa e riserva pertanto a giudizi di prudenza politica sia il quorum delle firme necessarie all'iniziativa, sia quello di partecipazione.⁷²

Ad 3: L'ultima parte della decisione dei giudici costituzionali di Amburgo relativa all'incostituzionalità dell'obbligatorietà del referendum costituzionale è forse la più criticata in quanto *prima facie* anacronistica e non sufficientemente argomentata. L'eccezionale disparità tra procedure costituenti iniziate in parlamento e procedure iniziate nel popolo non è evidente, perché in ogni caso nel procedimento interveniva sia il parlamento, sia il corpo elettorale. Non vi è dubbio che l'attuale primato del parlamento sulla riforma costituzionale verrebbe sostituito da un primato del corpo elettorale che potrebbe anche imporre al parlamento una propria revisione costituzionale. Il potere costituente regionale originario, secondo il preambolo la Città rappresentata dalla *Bürgerschaft*, cioè da un parlamento che si denomina "cittadinanza", potrebbe mutare. L'istituzione di un nuovo potere, in teoria capace di sostituire l'intera costituzione, potrebbe addirittura sopprimere le funzioni (ri-)costituenti del parlamento stesso? I giudici costituzionali hanno ritenuto di dovere tirare un freno d'emergenza, ma risulta alquanto curioso che la stessa obbligatorietà prevista nelle altre costituzioni regionali non aveva finora suscitato simili timori.

7. Alcune conclusioni comparative

Cercando di trarre qualche conclusione, si può innanzitutto osservare come le prospettive di un ulteriore sviluppo della democrazia diretta nell'ordinamento tedesco sono buone, essendo il consenso alla democrazia diretta in crescita e la democrazia costituzionale aperta a continue trasformazioni strutturali. La dinamicità delle trasformazioni riguarda innanzitutto il sistema partitico che anche senza una riforma del sistema elettorale e in presenza di forme di disagio e disaffezione nei confronti della classe politica - termine rimasto solo scientifico - segna tendenze

- (1) verso una maggiore articolazione, con un aumento del numero dei partiti rappresentati nel parlamento federale da 3 negli anni settanta a 6 oggi,
- (2) verso un maggiore utilizzo di referendum intra-partici, con l'eccezione significativa del partito di maggioranza relativa e con il fallimento della sperimentazione di una nuova liquid democracy da parte del partito dei pirati,
- (3) verso una maggiore sobrietà nella pratica dei divieti di partito, come dimostra da ultimo la recente sentenza del Bundesverfassungsgericht che ha deciso nel 2017 di non sciogliere il partito

⁷² M. Schuler-Harms, cit., 458 consiglia di rinunciare a un quorum di partecipazione; O. Jung, Zur Problematik des Beteiligungsquorums, Lars P. Feld/Peter M. Huber/Otmar Jung/Christian Welzel/Fabian Wittreck (Hrsg.): Jahrbuch für direkte Demokratie 2009, Baden-Baden, 2009, 59ss.

nazionaldemocratico NPD sul presupposto che la sua tendenza è anticostituzionale, ma le sue ridotte dimensioni non destano un pericolo effettivo per la democrazia.⁷³

La dinamicità della democrazia è tuttavia anche un prodotto della libertà e del pluralismo dei media sistema dei media di un'opinione pubblica che ha metabolizzato da tempo i sondaggi d'opinione. Il buon uomo politico tedesco ha imparato a resistere anche a brutti o cattivi sondaggi, non tanto a internet e ai social media che rischiano di privatizzarla. A livello locale, i nuovi media hanno agevolato la diffusione di una cultura della partecipazione democratica che cerca di trasformare la saggezza dei cittadini in istituzioni consultative cui affidare questioni politiche di lungo termine (*Zukunftsräte*).⁷⁴

La dinamicità viene garantita in particolare anche dalla forma di governo parlamentare che nonostante il ruolo forte del cancellierato⁷⁵ tende a valorizzare maggiormente la funzione rappresentativa del parlamento, ad es. nella diplomazia parlamentare e a migliorare il management delle petizioni e audizioni pubbliche come forme di democrazia partecipativa. Ulteriori passi verso un consolidamento della democrazia rappresentativa potrebbero essere il passaggio da una registrazione facoltativa delle lobby a registri obbligatori, la pubblicità delle riunioni dei gruppi e un'accurata informazione digitale sulle impronte politiche lasciate nei testi legislativi (*legislativer Fussabdruck*).

In questo contesto attuale, la democrazia tedesca resta segnata dai miti nazionalisti di una democrazia popolare, dal trauma del fallimento della democrazia di Weimar, dalle prime esperienze della democrazia protetta di Bonn e dalla liberazione dalla pseudo-democrazia socialista della DDR. Più che di primato e di crisi della democrazia rappresentativa si potrebbe parlare di un modello di democrazia complessa ed elastica, finora fiduciosa nella propria capacità di prevenire culturalmente derive nazionaldemocratiche e tentazioni di referendum costituzionali.

In un ottica comparata si potrebbe osservare innanzitutto sul piano quantitativo e statistico che in Italia sono molto rari e quasi *moribundi* i referendum locali e regionali, almeno nelle regioni ordinarie, mentre in Germania tendono piuttosto ad aumentare.⁷⁶ Una delle cause potrebbe essere la complicazione del sistema delle fonti relative, un'altra il costo e la tendenza a preferire soli referendum consultativi, cioè tali da degradare il popolo da sovrano a semplice consulente, una terza diffusione dei referendum a livello nazionale dove esiste non solo un partito del referendum e sono stati espletati anche vari workers

⁷³ BVerfG 17. 1. 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. 1-1010, http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html

⁷⁴ P. Nanz, C. Leggewie, *Die Konsultative. Mehr Demokratie durch Bürgerbeteiligung*, Berlin 2a ed. 2016.

⁷⁵ Su cui sia permesso rinviare a J. Luther, *La democrazia del cancellierato come "sublimazione" del presidenzialismo*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 59-76.

⁷⁶ Cfr. T. Schiller (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden, 2011.

referendum, nonostante la legge del 1970 necessitasse di una riforma istituzionale seria, se del caso anche su iniziativa popolare.

In Germania, la democrazia diretta latita a livello federale, non solo nelle procedure di revisione costituzionale. Una riforma costituzionale e legislativa, non disgiunta come nel progetto costituzionale italiano respinto, potrebbe essere incluso in un nuovo patto di grande coalizione, specialmente se a guida socialdemocratica e abbinata a un referendum sui trattati europei, come richiesto dalla CSU. Finora sono soprattutto i Länder a opporsi a uno sviluppo delle istituzioni referendarie a livello federale, temendo una compressione delle proprie competenze.

Resta poi aperto un conflitto accademico sulle condizioni e sui limiti costituzionali posti all'introduzione di ulteriori forme di democrazia diretta a livello federale. Al riguardo si discute se la locuzione "elezioni e votazioni" (art. 20 (2) LF) e il sistema democratico delineato dalla costituzione indicano una preferenza per la democrazia rappresentativa, storicamente ben motivata, o una parità, suscettibile di sole preferenze di fatto, e se i rapporti tra democrazia rappresentativa e diretta siano più di competizione o più di cooperazione.⁷⁷

Il conflitto interpretativo riguarda anche la nuova disposizione finale della Legge fondamentale, l'art. 146, che riserva a una "libera deliberazione" del popolo l'approvazione di una costituzione nuova. L'organizzazione e il procedimento referendario di questo procedimento di sostituzione non potrebbero non essere riservati a una legge parlamentare, da approvare preferibilmente con la maggioranza qualificata prescritta per le revisioni costituzionali. Secondo la dottrina prevalente, l'intera materia referendaria è infatti coperta da una riserva implicita di legge costituzionale. Una posizione minoritaria, sostenuta ad es. da Hans Meyer, obietta che se la scelta del sistema elettorale è stata deliberatamente decostituzionalizzata, neppure quella del sistema referendario andrebbe costituzionalizzata.⁷⁸ Secondo Peter Huber, la disciplina del procedimento di sostituzione della costituzione richiederebbe una legge costituzionale da approvare, nel rispetto dell'art. 146 LF, con referendum costituzionale.⁷⁹ L'attivazione della procedura ricostituente è stata presa in considerazione soprattutto per il caso di una trasformazione dell'UE in stato federale. Ma anche per un referendum sull'uscita dall'UE, desiderato dell'ADF, si dovrebbe ritenere necessaria una revisione dell'art. 23 LF.

Per concludere le osservazioni comparative, si potrebbe chiedere in che cosa consiste in ultima analisi la caratteristica "tedesca" o "germanica" di questa democrazia diretta più forte a livello locale che a livello

⁷⁷ Per la tesi tradizionale del primato della democrazia rappresentativa da ultimo M. Möstl, *Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive*, VVDStRL 72. 2013, 355ss; per la parità H. Dreier, *ivi*, 473s.

⁷⁸ H. Meyer, VVDStRL 72. 2013, 470.

⁷⁹ P. Huber, Art. 147 in: M. Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, München 3a ed. 2003, Rn 15ss.

centrale nei contesti europei e globali. La democrazia diretta è “identitaria”, cioè particolarmente rilevante anche l’identità nazionale che a sua volta dipende dal patriottismo costituzionale. Sono forse gli attributi “federale” e “sociale” della democrazia tedesca e la sua combinazione con la forma di stato federale e sociale a spiegare questa configurazione piramidale della democrazia diretta in Germania? Eppure proprio la democrazia diretta dimostra quanto il federalismo tedesco si distingue da quello Svizzero e austriaco. Semmai è la graduabilità della solidarietà che potrebbe raffreddare la fiducia nella democrazia diretta con la crescita delle distanze territoriali, vista anche l’incertezza dei confini territoriali e la debolezza dei referendum territoriali.

La democrazia pretendo il coraggio di un minimo di solidarietà, quella sociale pretende forse anche più di un minimo di benessere.⁸⁰ A questo riguardo l’Italia insegna tuttavia che questa solidarietà difficilmente si mantiene attraverso il referendum.

Allora non è forse la relativa stabilità dei governi rappresentativi a fare diffidare delle istituzioni referendarie a livello centrale? E prevalgono tuttora le paure alimentate dall’estremismo e dall’instabilità della propria storia costituzionale o vince oramai la fiducia nelle proprie virtù e nella perfezione tecnica dei propri dispositivi costituzionali atti a prevenire una dittatura del popolo (o almeno della sua maggioranza)? Non è facile spiegare l’identità della democrazia diretta tedesca, ma di fronte al passato ingombrante la fiducia del popolo in sé stesso è senz’altro cresciuta proprio grazie al modello piramidale della democrazia diretta realizzato dalla costituzione. Si ha l’idea che la Germania abbia avuto successo come paese di sviluppo della democrazia perché vuole che sovrano sia un popolo che impara, ma anche che pretende di essere un sovrano aristocratico che vuole insegnare agli altri popoli come liberarsi e unirsi in democrazia.

Il modello tedesco si rispecchia peraltro in una debolezza delle istituzioni referendarie nell’UE che non conosce referendum europei, solo referendum nazionali, ultimamente più infelici come nel caso della Brexit. Forse i referendum transnazionali sono considerati impossibili per mancanza di un demos europeo, forse anche solo per la mancanza di una lingua comune, nonostante i progressi del Euro- o global English. Questo potrebbe cambiare ad es. nel contesto di eventuali petizioni per un’elezione indiretta del presidente della commissione. Nulla vieterebbe sin da oggi di rafforzare la cooperazione interparlamentare attraverso comuni iniziative per un referendum sincronizzato deciso a livello “interparlamentare” anziché intergovernamentale. Anche le cooperazioni rafforzate potrebbero trarre forza da referendum comuni.

⁸⁰ C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, 19 e 110: „La democrazia non è garantita dal benessere.“

Il futuro può essere deprimente, ma lo spettro della postdemocrazia populista può anche cedere a nuove immagini come quella “Organizzazione per la democrazia diretta tramite votazione del popolo” (Organisation für direkte Demokratie durch Volksabstimmung) proposta nel 1971 dall’artista tedesco Joseph Beuys nella forma di una “plastica sociale”:



<http://www.wirsinnddeutschland.org/Bilder/BeuysvorBuero.jpg>