



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Scritti scelti

LA FUNZIONE PRECETTIVA DEL CONSENSO

Dialoghi di Storia e Diritto

Atti del Convegno

(Brescia, 13-14 marzo 2025)

a cura di

A. Carminati, E. Fusar Poli, G. Turelli, A. Venturelli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Scritti scelti

Prima Serie – 6

La Direzione scientifica è lieta di presentare la sezione dedicata agli Scritti scelti che, accanto a I Quaderni, amplia le possibilità offerte dalla Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, al servizio della più adeguata diffusione delle ricerche, delle idee e del sapere coltivati nel suo ambito.

La nuova sezione vuole ospitare studi dedicati e atti di convegno, che la Direzione scientifica si ripromette di pubblicare quale espressione celebrativa di risultati, figure o eventi significativi, a testimonianza della vivacità culturale del Dipartimento. L'inserimento in questa sezione della Collana avviene all'esito di un giudizio positivo della Direzione, la quale pertanto, in linea coi parametri vigenti, assume qui il ruolo e la funzione di Comitato scientifico valutatore non anonimo.

La particolare veste grafica, impreziosita dalla copertina rigida, dimostra la cura e l'apprezzamento dell'intero Dipartimento per queste peculiari iniziative editoriali, espressione dei sentimenti più nobili della comunità accademica.

Brescia, Gennaio 2020

LA DIREZIONE SCIENTIFICA

LA FUNZIONE PRECETTIVA DEL CONSENSO

Dialoghi di Storia e Diritto

Atti del Convegno
(Brescia, 13-14 marzo 2025)

a cura di

A. Carminati, E. Fusar Poli, G. Turelli, A. Venturelli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-2029-5

ISBN/EAN 979-12-211-6979-9 (ebook - pdf)

ISBN/EAN 979-12-211-6980-5 (ebook - epub)

Volume pubblicato con il contributo dell'Università di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza – Spese a valere su progetto Prin 2020 dal titolo “La parola come precetto nell’esperienza giuridica romana” Resp. Scientifico Prof. Giovanni Turelli/Antonello Calore – Pubblicazione Codice Progetto 2020c7yewm_002.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
<i>Prefazione</i> di Giovanni Turelli	1
<i>Saluti istituzionali</i> di Alberto Venturelli	9

SESSIONE I DIRITTO PRIVATO

LA FUNZIONE PRECETTIVA DEL CONSENSO: PER INTRODURRE <i>Antonello Calore</i>	19
CONSENSO E OBBLIGAZIONE TRA DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE CIVILISTICA <i>Roberto Fiori</i>	25
ASCESA E CADUTA DI UN PARADIGMA: ITINERARI STORICO-GIURIDICI SUL CONSENSO NEL CONTRATTO <i>Filippo Rossi</i>	
1. Osservazioni introduttive su contratto, consenso e storia del diritto	37
2. Ascesa	38
2.1. Negozi e <i>vestimenta</i> (troppo stretti)	41
2.2. <i>Lex regia, mores hodierni, usus fori</i>	44
2.3. « <i>Verba ligant homines, taurorum cornua funes</i> »	49
3. Caduta	52
3.1. Il paradigma si incrina: incroci tra Francia, Italia e Germania	54
3.2. Ripensare l'accordo: tra diritto privato, diritto commerciale e pratiche delle imprese	56
3.3. Prove di convivenza tra forza di legge e autonomia privata	57

pag.

- | | | |
|----|---|----|
| 4. | «La società e la storia bussano alla porta del giurista». Osservazioni conclusive | 59 |
|----|---|----|

IL CONTRATTO COME NORMA
E IL VALORE POLITICO DEL CONSENSO
Raffaele Di Raimo

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Premessa | 61 |
| 2. | La «forza di legge» | 63 |
| 3. | La prima crisi del nudo consenso | 65 |
| 4. | <i>Segue.</i> Interesse della circolazione, emersione del quarto stato e di istanze di giustizia dei contratti | 67 |
| 5. | Conclusioni: dai contratti del diritto eurounitario al valore politico del consenso nelle transizioni | 70 |

IL CONTRATTO È *PROCEDIMENTO*:
NEL CODICE CIVILE E NEL DIRITTO EUROPEO
Alberto Maria Benedetti

73

CONSENSO E VINCOLATIVITÀ
NELLA CONTRATTAZIONE DELL'AGENTE *SOFTWARE*
Andrea Carrisi

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Note introduttive. La contrattazione dell'agente <i>software</i> e il rilievo del consenso | 79 |
| 2. | Il diverso rilievo del consenso nel codice civile del 1942 e le conseguenze sulla contrattazione dell'agente <i>software</i> | 82 |
| 3. | Il differente contesto della disciplina consumeristica | 86 |

IL SUPERAMENTO
E LA RINNOVATA CENTRALITÀ DEL CONSENSO
Tommaso Sica

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Il consenso nel modello codicistico | 89 |
| 2. | La destrutturazione del consenso nelle dinamiche di mercato | 91 |
| 3. | La crescente rilevanza dell'oggettività del rapporto | 95 |
| 4. | Consenso e procedimento | 98 |
| 5. | Attualità e rilettura del concetto | 100 |

POLIZZE ABBINATE A FINANZIAMENTI
ED EFFETTIVITÀ DEL CONSENSO DEL CONSUMATORE:
IL RUOLO DEL RECESSO
Blanca Saavedra Servida

1. Brevi cenni introduttivi al problema	103
2. La formazione del consenso del consumatore nella dimensione «standardizzata» del mercato	107
3. Il caso delle polizze assicurative abbinate ai finanziamenti	115
4. Il recesso come strumento di tutela della libertà di autodeterminazione del consumatore	118

ACCESSO AL FONDO E CONSENSO DEL PROPRIETARIO:
APPUNTI SULL'ART. 843 C.C.
Edoardo Pesce

1. La tentazione dell'autotutela	121
2. Autotutele proprietarie? Caccia, pesca e altri accessi al fondo altrui	122
3. «Non può impedire» vs. «deve permettere»: distinguendo poteri, doveri, responsabilità	127

<i>Considerazioni conclusive</i> di Fabio Addis	135
---	-----

SESSIONE II
DIRITTO PUBBLICO

IL CONSENSO NELLA DIMENSIONE STORICO-PUBBLICISTICA.
CENNI INTRODUTTIVI
Adriana Apostoli

149

LA DUPLICE FONTE DELL'OBBLIGAZIONE POLITICA
IN ETÀ IMPERIALE. IL CONSENSO TRA *IUSSUM POPULI*
E GIURAMENTO DI FEDELITÀ
Valerio Marotta

1. Tra sociologia e diritto	153
2. La rivoluzione giuridicamente permanente	159
3. Principato e posizione imperatoria	160

pag.

- | | |
|---|-----|
| 4. Il principato come magistratura | 162 |
| 5. <i>Coniuriatio, vota</i> e ideologia patronale | 164 |

IL (RAGIONEVOLE) TIMORE DEL CONSENSO.
LEGITTIMAZIONE, RAPPRESENTANZA
E PARTECIPAZIONE NELLA MODERNITÀ GIURIDICA
Massimiliano Gregorio

- | | |
|---|-----|
| 1. Il consenso, un concetto moderno | 175 |
| 2. Il secolo XIX e il <i>Rechtsstaat</i> | 181 |
| 3. La crisi di fine secolo e il primo Novecento | 185 |
| 4. La strozzatura nazionalista e i totalitarismi che ispirò | 191 |
| 5. Costruire la democrazia: il ruolo maieutico dei partiti politici nella progettazione della nuova Italia repubblicana | 195 |

CONSENSO E CONFLITTO.
DINAMICHE DELLA COSTITUZIONE E DELL'ORDINE
Michele Della Morte

- | | |
|---|-----|
| 1. Premessa | 201 |
| 2. Il popolo costituzionale | 202 |
| 3. Sul consenso nella rappresentanza | 205 |
| 4. La crisi della rappresentanza come rapporto (e, dunque, la crisi del consenso) | 208 |

CONSENSO E RAPPRESENTANZA DI FRONTE
ALLE NUOVE FRONTIERE DEI PROCESSI DECISIONALI
Ida Angela Nicotra

- | | |
|--|-----|
| 1. Qualche considerazione introduttiva | 213 |
| 2. La crisi della legge statale e il ruolo del bicameralismo nel sistema costituzionale italiano | 213 |
| 3. Prospettive di riforma del bicameralismo paritario | 215 |
| 4. La qualità della legislazione tra ragionevolezza, eguaglianza e fiducia nelle Istituzioni | 216 |
| 5. L'impatto della comunicazione sui processi decisionali | 218 |
| 6. I diritti delle generazioni future | 219 |
| 7. La pluralizzazione degli attori del processo legislativo | 221 |
| 8. La chiarezza del testo di legge tra competenza tecnica e partecipazione degli <i>stakeholders</i> | 222 |
| 9. L'impiego dell'intelligenza artificiale e il principio di umanità | 224 |

pag.

LA PERICOLOSA INVERSIONE DEL CIRCUITO COSTITUZIONALE DEL CONSENSO

Marco Podetta

1. La struttura e il funzionamento del circuito costituzionale del consenso	225
2. Le regole costituzionali a presidio del consenso	226
2.1. Il consenso popolare immediato per la rappresentanza	226
2.2. Il consenso popolare mediato dalla rappresentanza	227
2.3. Il dissenso popolare immediato alla rappresentanza	230
3. Lo snaturamento dei “momenti” del consenso	233
4. La valorizzazione dei limiti al consenso	237

IL CONSENSO COME CATEGORIA IMMANENTE E PERMANENTE DEL COSTITUZIONALISMO

Marco Ladu

1. Perché quello del consenso è un tema costituzionale	239
2. Consenso, legittimazione politica e precettività della Costituzione: dal potere costituente ai limiti del potere costituito	241
3. La ciclicità del consenso e le sue fasi nella forma di governo parlamentare italiana	243
4. Tentativi di ridefinizione del rapporto tra consenso e forma di governo: istanze di stabilità e tensioni del parlamentarismo	249
5. Custodire il consenso, non cristallizzarlo: rigidità costituzionale e limiti al potere delle maggioranze <i>pro tempore</i>	253

<i>Considerazioni conclusive</i> di Antonio D'Andrea	257
--	-----

AUTORI

FABIO ADDIS è professore ordinario di Diritto privato presso Sapienza Università di Roma.

ADRIANA APOSTOLI è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia.

ALBERTO MARIA BENEDETTI è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Genova.

ANTONELLO CALORE è professore emerito di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli studi di Brescia.

ANDREA CARRISI è ricercatore in *tenure track* in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale.

ANTONIO D'ANDREA è professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia.

MICHELE DELLA MORTE è professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi del Molise.

RAFFAELE DI RAIMO è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi Roma Tre.

ROBERTO FIORI è professore ordinario di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

MASSIMILIANO GREGORIO è professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze.

MARCO LADU è professore associato di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università e-Campus.

VALERIO MAROTTA è professore ordinario di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Pavia.

IDA ANGELA NICOTRA è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Catania.

EDOARDO PESCE è ricercatore a tempo determinato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Genova.

MARCO PODETTA è professore associato di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia.

FILIPPO ROSSI è professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Milano.

BLANCA SAAVEDRA SERVIDA è ricercatrice *post-doc* con borsa finanziata dalla Fondazione «F.lli Confalonieri» presso l'Università degli Studi di Milano.

TOMMASO SICA è ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi Link di Roma.

GIOVANNI TURELLI è professore ordinario di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Brescia.

ALBERTO VENTURELLI è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia.

CONSENSO E CONFLITTO. DINAMICHE DELLA COSTITUZIONE E DELL'ORDINE

Michele Della Morte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il popolo costituzionale. – 3. Sul consenso nella rappresentanza. – 4. La crisi della rappresentanza come rapporto (e, dunque, la crisi del consenso).

1. *Premessa*

In relazione al diritto pubblico e costituzionale, la parola “consenso” rivela un caleidoscopio di significati. Per questo motivo, è forse preferibile individuarlo come campo che riflette la tensione tra concetti che hanno sia senso autonomo sia senso dipendente dalla loro relazione dialettica. In questa direzione, è possibile indagare la struttura, la possibilità, la funzione del consenso in relazione a figure distinte: potere, autorità, legittimazione, conflitto, ordine, ecc.

Altro profilo caratteristico della figura – che in questa sede non può che essere accennato – è relativo al fatto che il consenso è una nozione adattabile a diversi contesti. La sua funzione precettiva – per richiamare il titolo di questo Convegno – si manifesta, infatti, in forme e attraverso gradazione crescente o decrescente nei diversi campi del diritto (civile, penale), ed è tematizzata attraverso approfondimenti distinti da diverse teorie del soggetto, dello Stato e della società (si pensi, per fare solo un esempio, al valore della nozione nel pensiero femminista, oggetto, anche di recente, di discutibili tentativi di revisione legislativa). La sua flessibilità può altresì risultare strumentale alle esigenze del potere, che, al contrario, deve legittimare, come risulta, infatti, dalla verifica del suo costituire nozione compatibile con forme di stato democratiche o autoritarie-dittatoriali. Tramite attento esame delle fonti, studi storici eccellenti hanno, infatti, indagato il concetto (e, in correlazione, il controllo del consenso) per spiegare alcune dinamiche caratteristiche del sostegno popolare ai regimi dittatoriali o totalitari, anche indagando le strategie di simulazione e manipolazione del consenso che, oggi, si ripropongono con

riferimento al legame tra poteri privati e tecnologia digitale nell'ambito della nuova società algoritmica ¹.

Per questo motivo, tornando al campo che mi è proprio, più che sforzarsi ad identificare un portato specifico, che forse neanche esiste, è preferibile considerare la sua attitudine a delineare un vasto campo di nozioni connesse alle relazioni tra individui e istituzioni, che svolgono, nell'insieme, la funzione di segnare forma e modalità della necessità di queste ultime di operare in *consonanza* con i desideri, i bisogni, le volontà degli associati (mentre la parola consenso evoca il "sentire assieme", la parola consonanza rimanda più chiaramente, al suono, ovvero all'armonia). In ogni caso, il consenso media rispetto alla radicalità del *pactum subiectionis*, rendendo evidente che esso possa considerarsi tale solo se la soggezione non è mai tale sino in fondo in relazione a tre distinti momenti: a) quello relativo all'instaurazione del rapporto; b) nel corso del rapporto; c) dopo, o, a seguito di quello.

Il rinvio al rapporto spiega la necessità di considerare il consenso in relazione alla rappresentanza politica, che, denotata, appunto, quale rapporto e non quale *situazione*, si presta ad essere pensata in termini di *representatività*, da intendersi, riprendendo una suggestione di Martines ancora pienamente valida, come la relazione di massima tendenziale corrispondenza tra potere fornito e potere reso, ovvero, tra autorità e libertà ². Nel verso indicato, la rappresentanza denota un legame, un vincolo costante e attivo tra rappresentanti e rappresentati, che implica la necessità di verifiche continue del consenso prestato al momento del voto politico e che induce a considerare in forma critica e propositiva baluardi della concezione liberale, quali il mandato e la continuità della carica. Nella concezione della rappresentanza come *situazione*, il vincolo, al contrario, si attenua, prevalendo la simbologia dello scarto tra rappresentante e rappresentato, del quale va comunque intesa la misura tollerabile.

2. Il popolo costituzionale

Come sfondo di queste tematiche, in un contributo risalente, dedicato al *problema* del potere costituente, Costantino Mortati elaborò un ragionamento di alto valore, da egli stesso ricondotto alle idealità cristiane. Secondo Mortati, il problema dell'origine e della legittimazione (giustificazione) del potere statale «non può essere altrimenti risolto che con un superamento dell'antitesi, in esso implicita, fra autorità e libertà, in virtù del

¹ Cfr., per uno sguardo d'insieme, P.H. PARTRIDGE, *Consent and consensus*, London, 1971.

² T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 11^a ed., interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2005, 223.

quale la prima si faccia derivare dalla seconda, realizzando *l'identificazione* di governanti e governati e facendo di ognuno il collaboratore consapevole del suo destino nella società in cui vive»³. Da questo presupposto, con echi contrattualistici, consegue la valorizzazione della sovranità popolare, organizzata sul consenso: «perché il vincolo con cui si costruisce lo Stato contrasterebbe alla natura di essere libero propria dell'uomo, se non derivasse dallo stesso consenso di questo. Consenso che, perché le esigenze esposte possano ritenersi soddisfatte, non può farsi consistere nella manifestazione passiva della volontà assoggettantesi ad un ordine esterno, bensì nella partecipazione *consapevole* alla formazione dell'ordine stesso»⁴.

Da ciò discende, per Mortati, la critica del popolo-moltitudine, della connotazione naturalistica del popolo, dei singoli-particolari. Essi, proprio in quanto singoli, non possono vantare pretese immediate all'esercizio della sovranità, dovendo ordinarsi organicamente e collettivamente intorno ad una "idea politica", e, per richiamare l'antica e per certi versi insuperata definizione di Cicerone nel terzo libro del *De Republica*, intorno al consenso nei confronti del diritto, tale da consentire la trascendenza delle posizioni singolari. Così pensati, i singoli possono, dunque, richiedere che «si creino le condizioni e si pongano le istituzioni necessarie» per l'esercizio del potere sovrano, necessarie a rendere effettiva la loro trasformazione nel senso prima indicato⁵.

Solo in tal modo, secondo Mortati, potrà aversi un popolo dello Stato e, allo stesso tempo, considerata la complementarità dei concetti, un popolo della Costituzione, o, il che è lo stesso, un popolo costituzionale. Il popolo organizzato, perché unito da un'idea politica e dal diritto, deve godere di istituzioni che lo rappresentino, che siano tali da non disperdere il consenso rivolto preliminarmente alla loro strutturazione.

Il popolo costituzionale, il soggetto prestatore di consenso, è, dunque, per Mortati, un insieme di persone che consapevolmente collabora alla costruzione della società che è destinato a vivere, che rifugge ogni eteronomia radicale e che si ordina sulla base di un consenso attivo a sua volta fonte della relazione di obbedienza. Pensarla diversamente significherebbe rifiutare le conseguenze della modernità e proseguire nel fare apparire «l'obbedienza al sovrano come prestata alla stessa volontà trascendente da cui questo è investito»⁶.

Questa posizione, come le altre teorie fondate sul consenso come costruzione, o, ancora, come progetto, rivela, come si è accennato, un fondamento contrattualistico, che, tuttavia, si presta a differenti declinazioni. È stato

³ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, ora ripubblicata a cura di M. GOLDONI, *La teoria del potere costituente*, Macerata, 2020, 83.

⁴ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, cit., 84.

⁵ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, cit., 85.

⁶ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, cit., 85.

ancora Mortati a ricordare, infatti, che secondo la teoria del trasferimento incondizionato, il cui fondamento risiede nel diritto naturale, il transito di potere dall'individuo al sovrano è fissato una volta per tutte e, dunque, non è suscettibile né di controllo né, tantomeno, di revoca. Ad esso consegue la libertà, altrettanto incondizionata del Sovrano, di decidere del «modo di esercizio della gestione sociale»: parole che riecheggiano, neanche tanto paradossalmente, quelle impiegate, intorno alla metà degli anni '70 dagli esegeti del progetto culturale della c.d. Trilaterale, secondo i quali, infatti, ogni crisi di consenso, e, dunque, ogni crisi dell'autorità, avrebbe dovuto risolversi tramite la messa in opera di tecniche dinamiche di governo del sociale ⁷.

La versione mediata del contrattualismo transita, al contrario, per il ruolo del diritto di resistenza del popolo dinanzi a potenziali violazioni unilaterali del contratto o, ancora, a partire da Hobbes, quella dell'obbedienza razionale. Attraverso queste figure, che successivamente troveranno riconoscimento nell'art. 2 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, si afferma che la rinuncia alla libertà politica, alla libertà di determinarsi e, in via correlata, alla libertà di prestare un consenso privo di condizionamento, si riverbera sulla validità del nesso tra sicurezza e giustizia, tale per cui la prima non possa valere come valore bastante a sé stessa. Il tema dell'abuso del potere da parte del Sovrano presente, in forme diverse, anche in Locke e Rousseau, o, ancora, in Kant, incrina in tal modo la stessa teoria dell'uno e, come portato affatto trascurabile, spiega la relazione dialettica tra consenso e autonomia, da cui dipende – ma solo dopo – quella tra consenso e dissenso e tra consenso e conflitto, che, tra le altre cose, spiegano la disobbedienza civile come metodo di critica della devalorizzazione del consenso.

Non è certamente questa la sede per soffermarsi sulle ricadute sul consenso nelle diverse interpretazioni riferibili al contrattualismo moderno, ma, è utile, forse, almeno ricordare che anche per Hobbes, associato convenzionalmente alla teoria del trasferimento incondizionato, il tema dei doveri del sovrano è centrale ⁸. Nel *De cive*, la valorizzazione del bene comune, della *salus populi*, comporta la sua indisponibilità da parte del Sovrano, che, dunque, non è libero di determinarne i contenuti discrezionalmente, in totale autonomia, dovendosi comunque conformare alle leggi di natura.

⁷ Le parole di Gianni Agnelli, risalenti alla prefazione all'edizione italiana del Rapporto originariamente redatto nel 1975 da Crozier, Huntington e Watanuki, non possono essere più chiare: "Perché un sistema democratico non sia origine della sua stessa fine e non precipiti verso l'anarchia occorre che ogni crisi di identità (per cui i cittadini non si riconoscono più nell'autorità) non venga considerata un definitivo momento di rottura, ma un momento di gestione della società stessa", in *La crisi della democrazia: rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, a cura di M.J. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, Milano, 1977, 8.

⁸ A. BURGIO, *Per un lessico critico del contrattualismo moderno*, Napoli, 2006.

In Hobbes appare, dunque, chiaro che il consenso, preordinato al contratto, non fonda potere illimitato, che il Sovrano dipende dal giudizio dei suoi sudditi (che, per questa ragione, è bene conosca a fondo) e che lo stesso consenso può sempre tramutarsi in conflitto, in congiura, in ribellione, in sedizione. Nell'evocare la logica del mandato imperativo – ovviamente estranea all'ipotesi assolutistica – Hobbes, in un passo celebre del *Leviatano*, pone in evidenza la tensione strutturale tra sovrano e sudditi sul tema della legittimazione, dichiarando che i sovrani hanno il dovere di non tradire la fiducia di coloro che hanno affidato loro l'amministrazione del potere⁹. È in fondo, una logica che inficia sin dall'inizio la teoria dell'uno, esponendola ad una *hybris* sempre in agguato, e che Constant, più tardi, riassumerà con parole chiarissime, sostenendo che «ogni secolo attende purchessia un uomo che lo rappresenti. Quando questo rappresentante si offre o sembra offrirsi, tutte le forze del momento si serrano intorno a lui. Se egli rappresenta fedelmente le aspirazioni di tutti, infallibile è il successo; se devia, il successo si fa incerto; se insiste su una via sbagliata, il consenso che assicurava il suo potere gli viene meno, e questo potere si sfascia. Guai dunque a coloro che, ritenendosi invincibili, gettano il guanto al genere umano e presumono servirsene – poiché altro strumento non hanno – per operare dei rivolgimenti che esso disapprova, dei miracoli che esso rifiuta»¹⁰.

3. Sul consenso nella rappresentanza

È sulla base di queste premesse teoriche – che in questa sede possono essere solo accennate – che può essere valutata la funzione del consenso (descrittiva e precettiva) nel diritto costituzionale moderno e contemporaneo. In assonanza con alcune celebri vicende della rappresentanza (*no taxation without representation*) il consenso è menzionato esplicitamente dall'art. 14 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 in relazione alle imposte: «*Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée*». Lo stesso art. 3 della Dichiarazione dei diritti della Virginia, che risente, in molti punti, dell'ispirazione di Jefferson, ha sancito, del resto, che «il governo è, o deve essere, istituito per la comune

⁹T. HOBBS, *Leviatano. Testo italiano, inglese e latino*, a cura di R. Santi, Milano, 2001, 365. In generale, su questi temi, cfr. M. PROSPERO, *Legittimazione democratica e potere politico*, in *Potere e costituzione, i tematici*, *Enciclopedia del Diritto*, V, a cura di M. Cartabia, M. Ruotolo, Milano, 2023, 314.

¹⁰B. CONSTANT, *Conquista e usurpazione*, Torino, 1983, 9.

utilità, protezione e sicurezza del popolo, della nazione o comunità. Di tutti i diversi modi e forme di governo, quello è migliore che è capace di produrre il maggior grado di felicità e di sicurezza, ed è di fatto il più sicuro contro il pericolo di cattiva amministrazione». Quando un governo dovesse rivelarsi inadeguato in relazione a questi scopi «la maggioranza della comunità ha l'indubbio inalienabile e imprescrittibile diritto di riformarlo, emendarlo o sopprimerlo nel modo che sarà giudicato più confacente al bene pubblico»¹¹.

Ma, a parte questi riferimenti di ordine storico, che, tuttavia, appaiono ancora suggestivi e cogenti, deve dirsi che in ottica contemporanea è condivisa l'idea di un rilievo marginale del tema specifico del consenso nel dibattito giuridico pubblicistico, anche se parrebbe più corretto precisare che in questo particolare campo del diritto la marginalità rilevata è più che altro lessicale, essendo la figura sussunta in diverse voci, relative soprattutto alla legittimità, come categoria teorica, dalla quale discendono il voto, da un lato e la fiducia, dall'altro, nonché, potrebbe aggiungersi, al mandato e al suo esercizio libero.

Anche in questo caso, tuttavia, si avverte il peso del contrattualismo moderno, quasi ad evidenziare che il consenso possa essere categoria autonomamente utilizzabile (per quanto come sinonimo di accordo) nel momento della deliberazione costituente, sulla quale insistono diversi studi, e che, nel sistema di poteri costituiti, esso confluisca implicitamente in altre figure, quali quelle indicate e che, in ogni caso, costituisca lo sfondo dell'appartenenza al popolo della sovranità mediata attraverso la rappresentanza e le sue dinamiche, anche in relazione al confronto maggioranza-minoranza¹². Il consenso, in altre parole, rappresenta, pur nelle sue diverse declinazioni concettuali o linguistiche, il fattore alla base di un problema politico fondamentale: «quello di tentare di sorreggere la struttura del potere politico con il volontario appoggio dei governati [...] prima che un qualsiasi regime possa essere considerato stabile, l'esercizio del potere in quel regime deve essere considerato legittimo dalla maggioranza di coloro che vi sottostanno sì che la loro integrazione nel sistema e la loro acquiescenza alle leggi del regime sia volontaria e non dovuta alla forza bruta o alla minaccia di essa»¹³.

Passando alla sua coniugazione nel sistema contemporaneo di poteri costituiti, molte cose potrebbero dirsi in merito al voto come atto di espressione del consenso, o come "liturgia repubblicana" che recentemente, la stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 3/2025, ha considerato come momento risolutivo di una partecipazione democratica quanto più possibile

¹¹ Art. 3 Dichiarazione dei diritti della Virginia.

¹² In argomento cfr. C. DE FIORES, *Maggioranze e minoranze*, in *Potere e costituzione, i tematici*, *Enciclopedia del Diritto*, cit., 363.

¹³ J.C. LIVINGSTONE, R.G. THOMPSON, *Il consenso dei governati*, Milano, 1971, 33.

“meditata e consapevole”. Per ora è sufficiente ricordare che la possibilità di valutare il voto come indice di consenso dipende concretamente da molti fattori, inerenti per un verso al sistema elettorale (e non solo alla formula) e, per altro, alla garanzia di effettività delle libertà costituzionali che, del voto, rappresentano – o meglio, devono rappresentare, il necessario presupposto, in omaggio al principio di eguaglianza sostanziale sancito dall’art. 3, comma 2, Cost., nonché, alle molteplici tecniche di manipolazione *naturalmente*, verrebbe da dire, favorite dalla transizione digitale.

Dirimente, peraltro, la funzione dei corpi intermedi, partiti e sindacati, deputati a raccogliere, più che registrare, il consenso e, soprattutto, a dargli forma nel quadro delle relazioni politiche e parlamentari, sulla cui evidenzissima crisi si tornerà in seguito.

In termini di fiducia, costituzionalmente intesa, il consenso si manifesta, inoltre, attraverso il voto parlamentare sancito dall’art. 94 Cost. ed è correlato al suo rovescio dinamico, la sfiducia, che altro non è se non la revoca espressa del consenso inizialmente fornito al Governo. Per quanto voto e rapporto di fiducia siano istituti essenziali per comprendere determinate dinamiche del consenso nell’ordinamento costituzionale, in questa sede preferisco concentrare la mia attenzione sul tema della sua permanenza nel corso del tempo, o, per essere ancora più precisi, nel corso della legislatura.

Come si diceva in apertura di paragrafo, nel verso della rappresentanza come *rapporto*, il legame tra individui (agenti del consenso) e istituzioni (depositarie del consenso fiduciario) è, e deve essere, attivo, consapevole, continuo, sia nella fase della progettazione, che in quella, successiva, del controllo. In tal senso, la manifestazione del consenso è mediata dalla partecipazione politica rivolta a verificare lo stato dell’investimento fiduciario nel prisma della massima, seppure sempre tendenziale, corrispondenza tra rappresentanza, rappresentatività e legittimità.

I riferimenti teorici e storici ai quali ci si è in precedenza riferiti aiutano a capire, tuttavia, che anche nella contemporaneità il consenso politico-istituzionale è, dunque, sempre e irrimediabilmente temporaneo, perché i limiti e i vincoli che la Costituzione individua quali necessari allo stesso esercizio della sovranità vanno assunti e verificati dagli individui che compongono il popolo in riferimento alla loro capacità di fungere da possibilità di una loro emancipazione. In questo senso, consenso, autorità e autonomia si legano tra loro. Di autorità, in senso costituzionale può e dovrà, insomma, parlarsi solo in relazione alle forme ed alle azioni istituzionali rivolte a riconoscere e garantire l’esistenza e i bisogni propri degli individui e delle loro famiglie, secondo il nesso, che, a tal riguardo, il Costituente ha indicato con chiarezza (artt. 2, 3, 36 Cost.). Di autoritarismo dovrà invece discorrersi dinanzi ad azioni e pratiche istituzionali rivolte esplicitamente ed implicitamente ad impedire la crescita *umana* degli individui, singoli o associati (emerge in questo senso, in tutta la sua suggestione, il valore del verbo latino *augeo*).

Se non esiste diritto senza forma, senza vincoli, senza condizioni, il problema si rivela, dunque, essere quello di pensare le stesse forme, gli stessi vincoli, le stesse condizioni con riferimento alla loro capacità di rendere effettivo l'equilibrio tra consenso, autonomia e legittimità istituzionale. In quale misura, appunto, quelle forme, quei vincoli, quelle condizioni, potranno garantire la possibilità delle persone di verificare l'iniziale investimento fiduciario che, per quanto detto, non può e non deve essere prestato *una volta per tutte*? In che modo è possibile, oggi, partecipare al loro perfezionamento tramite un impegno diretto, partecipativo?

È questo un problema fondamentale del costituzionalismo contemporaneo che alcune dottrine neo-contrattualistiche, anche ripensando la distinzione positivistica tra diritto e morale, hanno provato ad indagare attraverso il prisma della democrazia deliberativa indirizzata al raggiungimento di un consenso razionalmente motivato, non necessariamente unanime, funzionale a garantire l'equilibrio tra autonomia e bene collettivo¹⁴. Al tempo stesso, altre dottrine, in anni recenti, hanno rivalutato l'approccio conflittuale, prefigurando modelli agonistici (e non necessariamente antagonistici) ritenuto capace di ovviare alle carenze del modello deliberativo, particolarmente evidenti sul piano effettuale¹⁵. Si tratta di visioni alternative del pluralismo, del conflitto, del consenso e del dissenso, che propongono letture diverse della politica e del politico, del liberalismo, della razionalità, e, soprattutto, del ruolo giocato dalle emozioni e dalle passioni. Se dovessimo – a fatica, occorre essere sinceri – trovare dei tratti comuni alle diverse interpretazioni, probabilmente dovremo ancora fare affidamento sul valore della legittimazione, sulla necessità che il potere trovi giustificazione, che non sia mai privo di vincoli, che, tra le altre cose, non divenga appannaggio di tecnici e tecnicismi votati alla difesa degli interessi dei più forti.

4. *La crisi della rappresentanza come rapporto (e, dunque, la crisi del consenso)*

Quanto può e deve dirsi, tuttavia, è che oggi il consenso in funzione di legittimazione è in profonda crisi perché da anni il modello della rappresentanza come *rapporto* è stato abbandonato, o, per dirla meglio, è stata da decenni abbandonata la prospettiva di pensare, prima, e risolvere, dopo, la crisi democratica attraverso l'approfondimento degli istituti della rappresentanza e della stessa partecipazione (bicameralismo; questione di fiducia;

¹⁴ Cfr. sul punto J. COEHN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, a cura di A. Hamlin e P. Pettit, Oxford, 1989, 17 ss.

¹⁵ C. MOUFFE, *On the political*, London-New York, 2005.; ID., *Agonistic. Thinking the world politically*, London-New York, 2013.

limiti alla decretazione d'urgenza; organizzazione dei lavori parlamentari; fenomeni di transfughismo; referendum propositivo, ecc.), delegando ogni prospettiva di rinnovamento al circuito legge elettorale-rafforzamento dell'esecutivo, propizio alla lettura della rappresentanza come *situazione*, operante «all'interno del collegio rappresentativo e unicamente attraverso questo»¹⁶. Quanto si è prodotto, in conseguenza di ciò, è stato il riaffiorare imperioso del consenso in funzione plebiscitaria, secondo moduli tristemente conosciuti nel corso della storia¹⁷.

Le parole di Mortati, prima ricordate, appaiono dunque, oggi, quasi un omaggio ad una tradizione che molti si affrettano a considerare definitivamente esaurita. Le cause della «dissoluzione dei soggetti popolari», come definiti da Pietro Scoppola, sono molteplici e, in generale, direttamente collegate ad una profonda crisi delle ideologie novecentesche: ad esse, dunque, in questa sede, non può che accennarsi¹⁸. Quanto può dirsi, tuttavia, è che le esigenze di riformare la politica tradizionale, e, dunque, la funzione dei partiti, per decenni i veri protagonisti del consenso (nonché filtri del dissenso), si fecero via via più stringenti a partire dal post '68, sino a che, all'indomani della caduta del Muro, e della conseguente formazione di un nuovo assetto geopolitico mondiale, furono le stesse forze partitiche ad agire in funzione del loro superamento, come intuito dalla dottrina, secondo la quale, esse, infatti, sarebbero potute divenire i principali agenti distruttori del modello di democrazia che, al contrario, avrebbero dovuto inverare¹⁹. I tentativi di andare *oltre* i partiti trovarono, insomma, in quegli anni, «un originale ed inedito terreno di sperimentazione»²⁰. Periodo, quello richiamato, tumultuoso e di difficile interpretazione, destinato a mutare radicalmente «le forme della politica, i moduli organizzativi, i luoghi dell'agire collettivo»²¹. Anni nei quali iniziò, come profetizzato da illustri esponen-

¹⁶ Con pochissime eccezioni, tra le quali figura la discussa revisione costituzionale avente ad oggetto la riduzione del numero dei parlamentari, portata a termine nel 2020 (l. cost. n. 1/2020); S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuristi del fascismo e la ricerca della "terza via"*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, spec. 27.

¹⁷ Cfr., al riguardo, I. KERSHAW, *Hitler e l'enigma del consenso*, Roma-Bari, 1997.

¹⁸ P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 1997, 407.

¹⁹ In realtà anche prima del '68 non mancarono in dottrina autorevoli voci critiche sulla funzione dei partiti, considerata, ad esempio, dallo stesso Mortati, depotenziata per effetto di fattori molteplici e concomitanti: a) nessuna influenza degli aderenti e degli iscritti sull'azione dei partiti; b) cattiva selezione del personale politico; c) comunicazione propagandistica tra partiti ed elettori, cfr. C. MORTATI, *Intervento*, in *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, a cura di L. Piccardi, N. Bobbio, F. Parri, Varese, 1967, 116, in quella stessa occasione, *contra*, v. intervento di P. Ingrao, spec. 141.

²⁰ C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018.

²¹ C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader*, cit., 214.

ti della vita politica e istituzionale italiana – come Pietro Ingrao, attento a distinguere tra partiti come programmi di sviluppo «e non come uomini, e non come clientele, e non come gruppi di potere» – a prevalere con decisione la narrazione del *leader* che, gradualmente, avrebbe travolto proprio le modalità di partecipazione alla vita politica del Paese e trasformato gli stessi soggetti del consenso²². Non più gli individui, organizzati, appunto, in base a programmi di sviluppo apertamente elaborati fuori e dentro i partiti, ma i mercati e la finanza mondiale (non è casuale che l'insieme delle raccomandazioni politiche ed economiche promosse a partire dagli anni '80 dalle principali istituzioni internazionali come il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale e il dipartimento del tesoro degli Stati Uniti, con l'obiettivo di aiutare i paesi in via di sviluppo a riformare le loro economie in direzione di modelli di mercato libero, abbia preso il nome di *Washington consensus*)²³.

La transizione dei partiti da luoghi privilegiati della partecipazione popolare alla vita politica, in quanto tali caratterizzati da organizzazione, passione, militanza, a cartelli elettorali rivolti ai cittadini-consumatori nel mercato della democrazia, o, ancora, a partiti personali, destinati, in quanto tali, a garantire l'ascesa del *leader* di turno, era ormai compiuto e il destino della partecipazione, destinata, per quanto si diceva, a verificare la continuità democratica del consenso, in qualche modo segnato²⁴. Se, con Crisafulli, si considera l'art. 49 Cost. come disposizione che legittima un «diritto di partecipazione permanente, che in questo senso, supera e trascende quel diritto di partecipazione solo "puntuale" [costituito dal] ... diritto elettorale attivo», da decenni lo stato delle cose rivela l'esatto contrario: tutto diviene funzionale, come preconizzato dai più autorevoli esponenti della teoria elitista, alla conquista del consenso in funzione della (sola) vittoria elettorale²⁵. In tale contesto, i successivi tentativi di recuperare una dimensione organica e partecipativa funzionale a verificare la permanenza del consenso nel corso della legislatura non potevano che rivelarsi fragili, se non fallimentari. L'auspicio di Mortati, che invitava a rivalutare e rendere effettivi i congegni costituzionali e a integrare il voto elettorale tramite «quelle strutturazioni che sono state predisposte dalla Costituzione, come l'iniziativa popolare o il referendum [scriveva nel 1966], e con esse promuovere lo spirito associativo, cui rimane condizionata la loro efficienza, poi delle altre, come per esempio l'estensione delle possibilità di ricorso

²² P. INGRAO, *Intervento*, cit., 144.

²³ Sugli aspetti *profetici* della riflessione ingraiana in merito alla questione istituzionale cfr., da ultimo, P. INGRAO, *Camminare sulla strada maestra. Discorsi e scritti scelti sulla Costituzione (1953-1978)*, Roma, 2024.

²⁴ A. MASTROPAOLO, *Donde vengono e dove se ne stanno andando i partiti politici?*, in *Politica e partiti*, *Parole chiave*, n. 47, 2012, 37 ss.

²⁵ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, Firenze, 1969, 116.

all'azione popolare», tutte rivolte ad «eccitare il senso civico e a far meglio sentire la responsabilità del buon andamento della cosa pubblica, che in una vera democrazia deve gravare su tutti i cittadini», non ha ricevuto l'attenzione che avrebbe meritato ²⁶.

Alla luce di quanto detto, non stupisce affatto che le riforme costituzionali e legislative (prima tra tutte, in tale ultimo senso, quella della legge elettorale, accompagnata, nelle intenzioni da abnormi premi di maggioranza) progettate dal Governo Meloni, attualmente in carica, che hanno l'obiettivo di trasfigurare la forma di governo parlamentare, riducano il consenso ad evento episodico, deformandone, in tal modo, idea e funzione costituzionale. Tentativi del genere, per quanto sostenuti da maggioranze parlamentari stabili e coese, sono destinati, tuttavia, a sicuro fallimento, almeno rispetto all'obiettivo della coesione sociale.

Una democrazia che decida di non fondare la propria stabilità sulla verifica continua del consenso, che non crede nella partecipazione come metodo per responsabilizzare i cittadini sovrani, rischia, infatti, di trasformarsi in un sistema fragile, privo di radicamento reale nella società, che personaggi privi di scrupoli non tarderebbero a strumentalizzare in funzione di interessi deprecabili. La deformazione del consenso, la sua riduzione a momento episodico, come accade nel momento del voto, peraltro sempre meno sentito come dovere civico, o, ancora, come è proprio del fenomeno dei sondaggi o, ancora del *clickbait*, comporta, insomma, rischi concreti per la stessa governabilità, che rischia di tramutarsi nel sistema dei vincitori ²⁷.

In assenza di forme stabili e radicate di garanzia della libertà del consenso, in assenza di legittimazione e critica, ogni decisione politica è, insomma, destinata ad apparire come imposta dall'alto e indiscutibile, generando sfiducia nei cittadini e favorendo polarizzazione e conflittualità, anche estreme. La democrazia, per definizione, richiede, infatti, che le istituzioni siano percepite come rappresentative e rispettose dei bisogni reali della popolazione; senza consenso, il governo rischia di agire in uno spazio vuoto di legittimazione, dove la sola stabilità, peraltro soggetta a naturali fluttuazioni, non basta a garantire la coesione sociale ²⁸.

Infine, una democrazia senza consenso non può che risultare una democrazia senza progetto, che, di fatto, rischia di trasformare i cittadini in meri spettatori del potere, privandoli della funzione di soggetti attivi nella costruzione delle politiche pubbliche. Ciò comporta non solo una riduzione della partecipazione civica, ma anche un indebolimento del senso di

²⁶ C. MORTATI, *Intervento*, cit., 117.

²⁷ In tal senso, stimolante la lettura di A. PRZEWORSKI, *Why Bother with Elections?*, Cambridge, 2018.

²⁸ M.A. GLIATTA, *La dialettica della centralità. Studio sull'iniziativa legislativa del Governo*, Napoli, 2020.

appartenenza alla comunità politica, elemento essenziale per la resilienza di qualsiasi sistema democratico. In questo contesto, la concezione del consenso come evento episodico non è un dettaglio tecnico, ma un pericolo sistemico: erode le fondamenta stesse della democrazia rappresentativa, minando la capacità delle istituzioni di rispondere efficacemente alle esigenze della società, di rispondere ai bisogni ed interessi degli individui, di sottoporsi al loro giudizio continuo²⁹. In questa direzione, ripensare il consenso in funzione di legittimazione diviene, oggi, un imperativo da perseguire per tutti coloro che hanno a cuore le sorti delle democrazie contemporanee.

²⁹ R. DAHRENDORF, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, 2005.