



Giuseppe De Vergottini*

Quali sono oggi le prospettive del costituzionalismo?*

Credo che per rispondere a questo quesito occorra circoscrivere il campo delle nostre riflessioni. Quando ci interroghiamo sul futuro del costituzionalismo a quali ambiti geopolitici, prima ancora che giuridici, intendiamo riferirci? Abbiamo in mente il riferimento allo spazio globale seguendo in modo più o meno meditato un orientamento alla moda? Oppure in modo più attento ci orientiamo responsabilmente su un'area geopolitica predefinita? L'opzione da seguirsi condiziona in modo vistoso le conclusioni da raggiungere.

Definiamo il perimetro di questa riflessione.

Le origini

Dobbiamo tenere ben presente che costituzione e costituzionalismo nascono e si sviluppano storicamente in un preciso ambito spaziale che è quello della cultura che per semplicità possiamo definire occidentale o euroatlantica. E' questa una semplificazione piuttosto rozza ma nella sua essenza fondata. Se partiamo dal richiamo al concetto consolidato del termine "costituzionalismo" possiamo verificare che è intimamente legato a una concezione garantista della costituzione in genere formalizzata in un solenne documento scritto, concezione che è tipica di un particolare momento storico. Alla base della concezione garantista che si trova nella costituzione nordamericana e in quelle francesi della Rivoluzione vi è la premessa del suo carattere razionale e normativo. La costituzione è una scelta ordinata e coerente dei principi fondamentali basati sulla ragione che offrono una giusta collocazione al ruolo dell'individuo e a quello del potere organizzato che viene alla stessa subordinato. La stessa forma scritta assicura una garanzia di razionalità e di certezza che non possedevano, al contrario, le costituzioni consuetudinarie tradizionali.

Quindi, mentre non si può contestare che ogni ordinamento politico abbia una sua costituzione sostanziale (ammetta o meno certe forme per la disciplina di istituti che lo

* Professore emerito di Diritto costituzionale - Università di Bologna.

** Contributo redatto in occasione della Giornata di Studi in onore di Fulco Lanchester "Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione", svoltasi il 15 giugno 2022 presso la Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione della Sapienza Università di Roma.

caratterizzano), si deve riconoscere che soltanto in una determinata stagione storica si è affermata una ideologia (il «*costituzionalismo*») che ha visto nella formalizzazione della costituzione l'essenza stessa dell'ordinamento sociale e politico, disciplinando la forma di governo in modo che agli individui fossero riconosciuti e garantiti nei confronti del potere politico i diritti di libertà e in modo che la stessa organizzazione del potere fosse ripartita secondo un modulo che assicurasse le libertà fondamentali (c.d. *separazione dei poteri*). Valore emblematico assume in tal senso il noto articolo 16 della Dichiarazione dei diritti francese del 1789, secondo cui «ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione»: in tal modo si veniva a identificare il concetto stesso di costituzione con una costituzione formalizzata che avesse uno specifico contenuto garantista rispondente alla ideologia liberale. Il concetto di costituzione che si affermava allora tendeva ad essere assoluto, in quanto eventuali ordinamenti che si dessero costituzioni con ispirazione e contenuti diversi erano considerati «non costituzionali».

In conclusione, una impostazione tralatizia, che acriticamente tendiamo ad accogliere, lega profondamente il concetto di costituzione al profilo ideologico del costituzionalismo.

Ma siamo anche certi che la concezione della costituzione legata alla ideologia liberale non è la sola che si è sviluppata nella storia costituzionale. Pur avendo svolto un ruolo determinante negli ordinamenti europei e in quelli a questi collegati, la concezione garantista si è trovata e si trova in concorrenza con altre concezioni sia negli spazi diversi da quello occidentale che al suo interno.

Possiamo dividere le nostre brevi riflessioni in due parti: la situazione del costituzionalismo nell'ambito storico di riferimento (il c.d. mondo occidentale, cioè l'area euroatlantica per intenderci) e la situazione al di fuori dell'orbita occidentale.

Iniziamo dall'osservare questo secondo orizzonte.

Al di fuori del perimetro occidentale: nessuna universalizzazione.

Occorre assolutamente individuare dei confini entro cui ricondurre lo sviluppo della ideologia costituzionale, ideologia che ci deriva dall'affermarsi storico dello stato liberale, stato in cui insieme all'equilibrio dei poteri viene assicurato un regime di garanzia dei diritti.

Dare l'impressione che il costituzionalismo influenzi o condizioni la generalità degli ordinamenti che sono presenti al di fuori del mondo caratterizzato dalla cultura liberale è del tutto svante in quanto finisce per deformare la realtà.

Quindi la prima cosa da fare è prendere atto della presenza della falsa rappresentazione di una sorta di *universalizzazione del costituzionalismo*. Questa risulterebbe comprovata dal diffondersi a livello veramente globale delle grandi convenzioni sui diritti fondamentali nel quadro della Dichiarazione Universale, convenzioni che nei loro principi fondamentali e nella generalità delle loro clausole sono state sicuramente influenzate dai principi costituzionali maturati in Occidente. Convenzioni, tra l'altro, sistematicamente ignorate nel mondo arabo e nella maggior parte dei paesi asiatici e africani e applicate in modo spesso inadeguato in altri.

Ma in opposizione a tale processo, la supposta universalizzazione deve fare i conti col *pluralismo delle culture* e con il variegato panorama degli ordinamenti costituzionali vigenti alle diverse latitudini. Un esame dei testi costituzionali varati nei diversi continenti e soprattutto una conoscenza delle prassi attuative seguite dimostra senza incertezze la distanza che intercorre fra questi regimi costituzionali e il costituzionalismo storicamente affermatosi. Quindi se è vero che la concezione liberale dei rapporti politici abbia avuto e abbia influenza nel condizionare ordinamenti lontani da quelli che possiamo definire occidentali è anche vero che le resistenze alla contaminazione fra culture spesso lontane fra loro sono molto forti.

In seno al perimetro: progressi e regressioni.

Ai fini di queste riflessioni è quindi giocoforza prendere in considerazione i principi - valori della *tradizione costituzionale propria dell'area euro atlantica* in cui si inserisce quella europea, principi che oggi sono, tra l'altro, condensati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Carta di Nizza e nella Convenzione interamericana. Il che non è indifferente all'argomento qui considerato anche perché è proprio in questa area culturale – e quindi anche giuridica – che si sono affermati il costituzionalismo e gli studi comparativi che lo riguardano.

Se la diffusione degli ideali del costituzionalismo ha vita difficile in spazi culturali lontani da quello occidentale - si pensi alla situazione cinese e in generale a quella di interi continenti quali Africa e Asia – anche in seno all'area occidentale si verificano incertezze e incidenti di percorso che dimostrano la precarietà di regimi costituzionali ancora non del tutto consolidati addirittura dentro i confini della attuale Unione europea.

L'attenzione si sposta quindi sul più recente affermarsi della *contrapposizione fra democrazie e autocrazie*, le prime con regimi caratterizzati dalla presenza di forme di governo assicuranti poteri bilanciati e garanzie dei diritti, le seconde caratterizzate da tendenziale concentrazione del potere politico e scarse garanzie dei diritti.

Il regime democratico non può che coincidere con la concezione ormai classica della costituzione garantista. Costituzionalismo e democrazia tendono a combaciare in quanto il potere legittimato dal consenso popolare tipico della democrazia non si presenta disgiunto dall'equilibrio dei poteri e dalla garanzia dei diritti.

Ma la democrazia non solo è qualcosa di remoto in vaste aree geopolitiche ma ad un tempo può rivelarsi debole o minacciata anche in aree che tradizionalmente le dovrebbero essere naturalmente vicine e famigliari.

A tal proposito l'attenzione può restringersi all'area continentale europea o meglio della stessa Unione europea.

L'evidenza di una crisi del costituzionalismo.

Se si osservano le realtà dei diversi ordinamenti sarà possibile verificare fasi successive di

evoluzione/involuzione.

Prendendo a riferimento un modello di democrazia matura in cui ideali e principi del costituzionalismo appaiono consolidati, è stato possibile studiare il processo di avvicinamento e consolidamento di regimi garantisti con *transizione* da situazioni di carenza dei presupposti teorici della democrazia (e del costituzionalismo) a forme progressivamente sempre più avanzate di ordinamento democratico. Quindi da una fase intermedia di imperfezione si aspirava al consolidamento di un ordinamento democratico (dottrina delle *democrazie imperfette o incerte*).

L'imperfezione era individuata procedendo da un preciso punto di partenza, quello di un sistema autoritario o socialista (o comunque non allineato ai canoni del costituzionalismo liberale), dal quale il paese veniva emancipandosi attraverso un cambio di regime. Il riferimento all'avvicinamento alla democrazia includeva che l'obiettivo da conseguire fosse quello della democrazia liberale e costituzionale.

L'odierno riferimento a forme diverse di democrazia rientranti fra le *democrazie "illiberali"*, viene effettuato in un contesto radicalmente diverso. Ci si riferisce non soltanto a paesi che storicamente hanno attraversato fasi alterne di concentrazione del potere e di maggiore pluralismo (come i paesi dell'America latina, la Turchia, la Russia) ma piuttosto a paesi di tradizione democratica o, più frequentemente, alle recenti democrazie che avevano visto un consolidamento democratico certificato dalle istituzioni europee. Tali ordinamenti hanno subito e stanno subendo una evidente regressione o degenerazione costituzionale.

In particolare è notorio che l'attenzione viene oggi rivolta a quelle situazioni di regressione che possono notarsi in ordinamenti che avevano in precedenza vissuto una affermazione – evidentemente precaria e non consolidata – di valori costituzionali caratterizzanti una democrazia liberale.

Vanno quindi sottolineati i sintomi in base ai quali poter parlare di un deterioramento democratico. Si tratta di una serie di indicatori in base ai quali individuare la perdita di tenuta del costituzionalismo: non soltanto modifiche del testo costituzionale, ma soprattutto la introduzione di deroghe in base alle quali neutralizzare il sistema di *checks and balances* intervenendo sui principi dello stato di diritto e della separazione dei poteri con l'indebolimento del sistema delle garanzie. In parallelo si riscontra un rafforzamento dell'esecutivo e una compressione della indipendenza del giudiziario e delle stesse corti costituzionali con evidente menomazione delle garanzie per i diritti costituzionali. È ben noto che in seno alla Unione europea grande rilievo venga dato ai casi di Ungheria e Polonia. E a questo specifico proposito va notato che l'involuzione in senso illiberale avviene anche a costituzione invariata. È questo il caso della Polonia, dove la costituzione del 1997 non è stata toccata dal Partito Diritto e Giustizia (PiS) poiché esso non ha mai goduto (perlomeno sino a questo momento) della maggioranza necessaria in parlamento per modificare la costituzione. E' questa una delle maggiori differenze rispetto all'Ungheria di Orban, dove invece il partito Fidesz, grazie alla maggioranza dei due terzi di cui gode in parlamento, ha potuto prima adottare una nuova costituzione e successivamente procedere a numerose modifiche della stessa.

Negli ordinamenti per ultimi citati – ma simile situazione appare presente anche se in modo più sfumato in altri paesi della Unione europea e in quelli che aspirano ad entrare nel recinto

europeo – particolarmente forte è risultata la vocazione sovranista. E' emersa con durezza la aspirazione alla tutela senza riserve di principi identitari con la protezione delle piccole o grandi patrie contro l'omologazione derivante dai vincoli dei trattati europei.

È in questa temperie politica che si è mossa in modo sempre più dirompente la trasformazione verificatasi tramite una progressiva delegittimazione della democrazia politico-rappresentativa, propria degli Stati nazionali.

La situazione appena accennata, su cui si accentra l'attenzione dei costituzionalisti, oltre che di politologi e analisti di varia estrazione, rende problematico chiarire in modo convincente fino a che punto la regressione di un ordinamento democratico comporti il passaggio in un ordinamento autoritario. I confini fra democrazia e autocrazia sono oggi labili e dovrebbero venire verificati caso per caso anche tenendo conto dell'incidenza del profilo temporale che comporta l'interrogativo che assilla il ricercatore circa la definitività o l'oscillare di un ordinamento fra polo democratico e polo autocratico. E' soltanto con la definitività dell'uscita dal campo democratico che si potrebbe riscontrare l'abbandono del patrimonio culturale del costituzionalismo.

La difesa del costituzionalismo dell'Unione: lo stato di diritto.

A livello europeo il costituzionalismo viene protetto tramite la attenta reazione alla deriva antilegitaria di paesi come quelli ricordati portando avanti la difesa dello *stato di diritto*. Sia a livello di Consiglio d'Europa che di Unione europea si manifesta la presa di coscienza di fenomeni degenerativi dei principi caratterizzanti il costituzionalismo.

La Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa si muove da tempo in questa direzione e la Corte EDU ha emanato negli ultimi anni diverse sentenze in cui è stata accertata la violazione di alcuni principi cardine del costituzionalismo (tra cui l'indipendenza della magistratura).

Nell'Unione europea viene evocato l'articolo 7 TUE che tuttavia alla prova dei fatti si è dimostrato un'arma spuntata a causa del requisito dell'unanimità per l'attuazione delle sanzioni, come pure il nuovo "Regime di condizionalità" introdotto dal Regolamento 2020/2092, del 16 dicembre 2020. Attualmente l'Unione si sta muovendo combattendo su più fronti, sia mirando alla prevenzione e al contrasto di attentati ai propri principi fondanti, sia portando alla Corte di Giustizia le più evidenti violazioni.

Nel lessico utilizzato nei documenti dell'Unione europea emerge una tendenziale coincidenza fra protezione del costituzionalismo e protezione dello stato di diritto. Emblematica è la sintesi che troviamo nella *Relazione sullo stato di diritto 2021. Comunicazione della Commissione (COM (2021) 700 final (20 luglio 2021))*:

“Lo Stato di diritto non è soltanto parte integrante dell'identità democratica dell'Unione e degli Stati membri, è anche essenziale per il funzionamento dell'UE e per alimentare la fiducia delle imprese e dei cittadini nelle istituzioni pubbliche. Nonostante gli Stati membri abbiano tradizioni e ordinamenti giuridici diversi, il significato essenziale dello Stato di diritto è identico in tutta l'UE. I principi fondamentali dello Stato di diritto – legalità, certezza del diritto, divieto dell'esercizio arbitrario del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva da parte di

organi giurisdizionali indipendenti e imparziali nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, separazione dei poteri, assoggettamento permanente di tutte le autorità pubbliche a disposizioni legislative e procedurali consolidate, uguaglianza davanti alla legge – sono comuni a tutti gli Stati membri, sanciti dalle costituzioni nazionali e tradotti nella legislazione”.