



Rivista N°: 4/2022
DATA PUBBLICAZIONE: 07/11/2022

AUTORE: Tania Groppi*

DAL COSTITUZIONALISMO GLOBALE AI NUOVI AUTORITARISMI. SFIDE PER IL DIRITTO COMPARATO**

FROM GLOBAL CONSTITUTIONALISM TO NEW AUTHORITARIANISMS. CHALLENGES FOR COMPARATIVE LAW

Sommario: 1. Ribaltamenti. – 2. Ottimismo. – 3. Pessimismo. – 4. Cause. – 5. Risposte

1. Ribaltamenti

Gli anni 1990 hanno rappresentato un'epoca d'oro per il diritto costituzionale comparato. I processi di democratizzazione avviati dovunque nel mondo dopo il 1989 hanno messo in moto una "migrazione delle idee costituzionali" di dimensione mai vista¹. La scrittura di nuove costituzioni, l'istituzione di Corti costituzionali, l'intensificarsi dell'influenza di organizzazioni e tribunali internazionali e sovranazionali, hanno portato a una grande fioritura degli studi comparatistici, facilitata dagli sviluppi delle tecnologie informatiche². Costituzioni, revisioni costituzionali, legislazione, giurisprudenza, dottrina, sono diventate sempre più accessibili agli studiosi, permettendo non soltanto la conoscenza di ordinamenti fino ad allora considerati "esotici", ma anche ricerche di tipo quantitativo, basate sui grandi numeri e sull'applicazione

* Ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Siena.

** Questo articolo, dedicato agli Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari, si colloca nell'ambito del progetto PRIN 2017 "Framing and Diagnosing Constitutional Degradation" (Principal Investigator Professor Tania Groppi).

¹ Così S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Su questa circolazione, e soprattutto sul ruolo dei giudici, v. G. F. FERRARI (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston, Brill- Nijhof, 2019.

² Su questo sviluppo, anche in relazione alle nuove tecnologie, R. HIRSHL, *Comparative Matters. The Renaissance of Constitutional Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

di metodi statistici. La creazione di network, riviste online, centri di ricerca, ha ulteriormente favorito la circolazione di esperti, studi e documenti.

Tutto ciò ha dato luogo a una convergenza dei modelli costituzionali, che già nel 1997 Bruce Ackerman aveva descritto come “*The Rise of World Constitutionalism*”³. Altri autori hanno usato l’espressione “costituzionalismo globale”⁴, per sottolineare ancor più la tendenziale diffusione universale della “democrazia liberale”, qualificata, in modo ottimistico, come una sorta di *Zeitgeist* politico mondiale. Una prospettiva che rispecchia la nota visione di Francis Fukuyama (successivamente rinnegata dallo stesso autore), della “fine della storia”.

Più di trenta anni dopo, è ormai evidente che si è di fronte a una tendenza del tutto diversa, nella direzione di una “regressione democratica”⁵ (qualificata, di volta in volta, per limitarci alla lingua inglese, come “*constitutional retrogression*”, “*constitutional capture*”, “*constitutional rot*”, “*abusive constitutionalism*”, “*constitutional crisis*”, “*democratic decay*”, “*democratic recession*”, “*democratic degradation*”, “*democratic erosion*”, “*democratic backsliding*”, “*democratic deconsolidation*”, “*democratic disconnect*”, “*democratic crisis*”, “*democracy in retreat*”), che investe nuove e vecchie democrazie, determinando uno scivolamento di molti ordinamenti verso l’autoritarismo⁶.

Il diritto costituzionale comparato è fortemente sollecitato da tali accadimenti.

Da un lato, nella maggior parte dei paesi coinvolti in questi fenomeni, l’*acquis* del “costituzionalismo globale” è esplicitamente rigettato, in nome di una difesa della sovranità da interferenze esterne che si traduce nella invocazione di “specificità locali”, sovente camuffate sotto l’indefinita etichetta di “identità costituzionale”⁷: chiamerò tale processo “rinazionalizzazione” (del diritto costituzionale).

Nonostante questo, la circolazione del diritto e l’interconnessione, orizzontale e verticale, tra ordinamenti, hanno ormai raggiunto livelli di non ritorno, continuando a determinare quella “inevitabilità” del diritto comparato già emersa negli anni 1990⁸. Ciò incoraggia forme di

³ B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, 4/1997, 771 ss.

⁴ M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 4/2009, 987 ss., che parla di «globalization of domestic constitutional law» per indicare «the convergence among national constitutional systems in their structures and in their protections of fundamental human rights». Rinvio anche a T. GROPPI, *La Costituzione tunisina del 2014 nel quadro del “costituzionalismo globale”*, in *DPCE*, 1/2015, 199 ss.

⁵ Userò qui, per semplicità, l’espressione “regressione democratica”. Sui diversi termini, v. T. GINSBURG, A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

⁶ Per una panoramica, rinvio a T. GROPPI, V. CARLINO, G. MILANI (a cura di), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation. A Comparative Perspective*, Genova, 2022, <https://www.giurcost.org/COLLANA/ebook-TaniaGroppi.pdf> (ultimo accesso 23 settembre 2022).

⁷ Emblematica al riguardo, come su molti altri aspetti, la vicenda ungherese, in cui risalta l’importazione della nozione di identità costituzionale da parte della Corte costituzionale, attraverso la citazione esplicita di interi brani di decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco. V. N. CHRONOWSKI, A. VINCZE, *The Hungarian Constitutional Court and the Central European University Case: Justice Delayed is Justice Denied: Decision of the Hungarian Constitutional Court of 6 July 2021 and the Judgment of the ECJ of 6 October 2020, Case C-66/18*, in *European Constitutional Law Review*, 4/2021. V. anche G. HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *VerfBlog*, 10 gennaio 2017, <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/> (ultimo accesso 23 settembre 2022).

⁸ Così M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, cit.

manipolazione e decontestualizzazione di modelli ed esperienze stranieri, asserviti alla giustificazione dei nuovi regimi non democratici: chiamerò questo processo “comparazione abusiva”, riprendendo l’espressione coniata da Rosalind Dixon e David Landau⁹.

Entrambi i movimenti, quello verso la rinazionalizzazione e quello della comparazione abusiva, lungi dal costituire un rigetto del diritto comparato, ne implicano l’uso.

Innanzitutto, con il fine di individuare le specificità nazionali da affermare (o ri-affermare), nel confronto con gli altri ordinamenti o con i modelli astratti, attraverso un processo di differenziazione. In questa attività, alla comparazione sincronica si affianca quella diacronica, con una particolare enfasi sugli studi storici, che spesso si traduce in un uso strumentale della memoria e dei simboli¹⁰. Inoltre, la comparazione è finalizzata a ricercare esempi stranieri a supporto di soluzioni normative o giurisprudenziali funzionali alle regressioni democratiche. Si tratta di una comparazione selettiva, in forma di *cherry-picking*, che ignora le esperienze che non servono ad appoggiare le soluzioni prescelte e che estrapola dai relativi contesti quelle ritenute utili¹¹.

La dottrina comparatistica ha già raccolto le sfide poste dall’epoca della “regressione democratica”, contribuendo ad individuare ed analizzare le caratteristiche di questi processi fin dagli inizi degli anni 2010¹².

In tale ambito si colloca anche il presente lavoro che, dopo aver descritto brevemente il “prodotto” del costituzionalismo globale, che chiamerò “democrazia costituzionale” (paragrafo 2) e alcuni tratti delle regressioni democratiche (paragrafo 3), si soffermerà sulle cause di queste ultime (paragrafo 4), per riflettere sul contributo che il diritto, e in particolare il diritto comparato, può dare al rafforzamento e alla protezione della democrazia costituzionale (paragrafo 5).

2. Ottimismo

La constatazione, condivisa dalla dottrina e fondata su molteplici indicatori¹³, della convergenza globale, nel post-1989, verso la “democrazia liberale”, al di là delle cause¹⁴, lascia aperta la questione definitoria: di quale democrazia stiamo parlando? Le difficoltà al riguardo

⁹ R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford Academic, 2021.

¹⁰ Sull’uso strumentale della memoria, v. G. D. ROSENFELD, *The Rise of Illiberal Memory*, in *Memory Studies*, 2021, <https://doi.org/10.1177/1750698020988771> (ultimo accesso 23 settembre 2022).

¹¹ Si vedano i molteplici esempi contenuti nel volume citato di R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., specie 23 ss.

¹² V. già D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California Davis Law Review*, 1/2013, 89 ss.

¹³ V. la pionieristica ricerca di D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *California Law Review*, 5/2011, 1162 ss.

¹⁴ Oltre alla “inevitabilità” del diritto comparato e all’influenza del diritto internazionale, che impattano sul “*voluntary constitutional borrowing*”, occorre anche ricordare i processi costituenti eterodiretti, attraverso forme più o meno forti di condizionalità. Su tali aspetti, S. CASSESE, *Global Standards for National Democracies?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2011, 701 ss.; W.-C. CHANG, J.-R. YEH, *Internazionalizzazione di Constitutional Law*, in M. ROSENFELD, A SAJÒ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1165 ss.

sono note e non possono che restare irrisolte¹⁵. Basti pensare che sono stati censiti ben 500 aggettivi utilizzati per indicare i diversi tipi di democrazia¹⁶.

Ciò nonostante, pare possibile individuare la tendenza delle “nuove democrazie”, nelle loro varie “ondate”, ad adottare costituzioni scritte e rigide, dotate di alcune caratteristiche contenutistiche comuni, riconducibili a quello che, in particolare nella pubblicistica italiana e tedesca, viene qualificato come “Stato costituzionale” (o democrazia costituzionale)¹⁷.

Tale forma di Stato si è diffusa a partire da alcune esperienze europee¹⁸ successive alla Seconda guerra mondiale, di pari passo con l'intensificarsi della tutela, a livello internazionale, dei diritti umani¹⁹, al punto che è stata anche definita “*Postwar constitutional paradigm*”²⁰.

Essa si radica sul tronco dello Stato liberale di diritto di origine europea continentale, innestandovi alcuni elementi del costituzionalismo statunitense²¹, finalizzati a garantire i diritti e le libertà nei confronti delle maggioranze politiche democratiche e della loro principale espressione giuridica, la legge. Tutto ciò allo scopo di dare risposta al carattere pluralistico della società di riferimento: l'obiettivo di tale forma di Stato è infatti il mantenimento della pace, della coesione sociale, della stabilità, dell'unità nelle società pluraliste, senza però negare o semplificare artificialmente la complessità e le differenze²².

A tal fine, la costituzione, rigida, prevede un set di meccanismi istituzionali volti a mantenere separati due circuiti decisionali: quello dove opera la sovranità popolare (e il principio rappresentativo) e quello dove operano le istituzioni di garanzia (in primis la giustizia costituzionale, che diventa una istituzione necessaria in tale forma di Stato)²³.

¹⁵ Per una sintesi delle principali problematiche definitorie, nella dottrina italiana v. L. PEGORARO, *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2014, 249 ss., e specialmente 298, laddove si fa espresso riferimento alle “metodologie tassonomiche deboli” (“fuzzy sets theory”).

¹⁶ Così T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 20 e opere ivi citate.

¹⁷ Facciamo riferimento a questa nozione come elaborata dalla dottrina italiana e tedesca: v. soprattutto P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2005; Id., voce *Stato costituzionale*, I) *Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000. V. anche G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

¹⁸ Nella consapevolezza che, anche in Europa, esiste una varietà di costituzionalismi. V. ad es. S. REHLING LARSEN, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, 3/2021, 477 ss.

¹⁹ Questa “circularità” tra diritto costituzionale e diritto internazionale dei diritti umani, per cui le costituzioni dell'immediato secondo dopoguerra hanno influenzato le carte internazionali dei diritti, che a loro volta hanno contribuito ad influenzare la scrittura delle nuove costituzioni, è ben messa in luce da G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1998, 13.

²⁰ L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDRHY (a cura di) *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., 89; Ead., *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in V. C. JACKSON, M. TUSHNET (a cura di), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, London, Praeger Pub Text, 2002, 15.

²¹ Così E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, cit., 14.

²² Oltre che nelle costituzioni nazionali, questa visione è fatta propria dai Trattati fondanti l'Unione europea e da vari documenti delle Nazioni Unite, tra i quali i *Sustainable Developments Goals*, adottati solennemente dall'Assemblea generale nel settembre 2015.

²³ I due circuiti possono essere ricondotti ai due principi che la dottrina anglosassone qualifica, rispettivamente, come *democracy* e *liberalism*.

Il *Postwar paradigm* di matrice europea²⁴ si arricchisce, rispetto al modello statunitense²⁵, di ulteriori contenuti. In particolare, vengono garantiti i diritti economico-sociali, posti al servizio dell'eguaglianza sostanziale (Stato sociale) e si indebolisce la sovranità esterna, con l'apertura al diritto internazionale, accompagnata da sistemi *multilevel* di adozione delle decisioni politiche (Stato costituzionale aperto)²⁶.

Sintetizzando, potremmo dire che lo Stato costituzionale nella sua versione più completa si caratterizza per: 1) un processo costituente democratico, di tipo pattizio, attraverso il quale le diverse componenti della società pluralista si accordano sul fondamento del loro vivere insieme; 2) la presenza di una costituzione intesa come norma fondamentale, posta alla base dell'ordinamento e garantita dalla sua rigidità (ovvero obbligatoria per tutti i poteri dello Stato, compreso quello legislativo); 3) la garanzia costituzionale di diritti e libertà, inclusi quelli economico-sociali; 4) la garanzia costituzionale della separazione dei poteri, intesa come separazione tra circuito della decisione politica e circuito delle garanzie (magistratura e giustizia costituzionale); 5) la democrazia elettorale, ovvero lo svolgimento di libere elezioni per la scelta dei titolari del potere di decisione politica; 6) l'apertura alla dimensione universale dei diritti umani, attraverso disposizioni costituzionali che attribuiscono particolare forza giuridica ai trattati e alle convenzioni internazionali; 7) il decentramento territoriale del potere²⁷.

Attraverso la convergenza verso questo modello, o almeno verso la maggior parte delle sue caratteristiche, le costituzioni si sono trasformate da espressione di identità nazionale in segni dell'appartenenza a una comunità globale, che condivide valori analoghi, *in primis* i diritti umani e la dignità della persona, e utilizza, per assicurarli, strumenti e istituti giuridici simili, introdotti anche grazie all'utilizzo della comparazione e, spesso, al coinvolgimento diretto di esperti nel *constitution-making*.

3. Pessimismo

Se per qualche lustro si è celebrato il successo della democrazia costituzionale, almeno a partire dal 2006 gli indicatori dei principali istituti di ricerca hanno iniziato a raccontare un'altra storia²⁸.

²⁴ Mi riferisco con questa espressione allo Stato costituzionale come sopra definito, nella consapevolezza che, anche in Europa, esiste una varietà di costituzionalismi. V. ad es. S. REHLING LARSEN, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, cit.

²⁵ Sul quale, sotto questo punto di vista, v. G. SITARAMAN, *The Crisis of The Middle-Class Constitution: Why Economic Inequality Threatens Our Republic*, New York, Knopf, 2017. Per una comparazione tra Europa e Stati Uniti, v. G. NOLTE (a cura di), *European and US Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

²⁶ Tali caratteristiche vanno diffondendosi specialmente nel *Global South*, a partire dalla costituzione del Sudafrica del 1996 per arrivare al costituzionalismo latinoamericano. V. ad es. A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, F. PIOVESAN (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

²⁷ Si tratta di una definizione "*thick*" di democrazia, assai più esigente di quella, ad esempio, adottata da Tom Ginsburg, che autodefinisce come "*thin*": In ultimo v. T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, cit., 20 ss.

²⁸ Si vedano gli indicatori sviluppati, tra gli altri, da Freedom House ("Freedom in the World"), Bertelsmann Stiftung ("Bertelsmann Transformation Index"), the World Bank ("Worldwide Governance Indicators"), the World Justice Project ("Rule of Law Index"), V-Democracy (V-Index), Economist Intelligence Unit ("Democracy Index").

Cosa è accaduto? Aree di resistenza alla diffusione del “costituzionalismo globale” sono sempre esistite (a partire da alcuni paesi comunisti, come la Cina o Cuba, per passare agli Stati islamici, fino ad arrivare al dibattito sui “valori asiatici”)²⁹, ma dagli anni 2000 i benefici della democrazia costituzionale sono stati messi in discussione da forme di Stato non democratiche, i cui leader non esitano a proporre quali modelli alternativi, vantando i propri successi economici, la rapidità ed efficienza dei processi decisionali e la stabilità dei loro regimi³⁰. Un trend, iniziato già negli anni 1990 dal fondatore dello Stato di Singapore, Lee Kuan Yew, che si è successivamente arricchito e sviluppato specialmente attraverso gli interventi del primo ministro ungherese Viktor Orbán, al potere dal 2010, del Presidente turco Recep Tayyip Erdoğan, al potere dal 2003, del leader russo Vladimir Putin, al potere, in vari ruoli, dal 1999.

Come mostrano in Europa le esperienze della Polonia e dell’Ungheria, nuove democrazie che da alcuni anni si sono avviate sulla china della regressione democratica, questa trasformazione non sta avvenendo con la classica tecnica dei colpi di Stato, in declino un po’ ovunque³¹, ma attraverso processi di tipo nuovo, una sorta di “transizioni al contrario” che comportano uno scivolamento graduale verso regimi non democratici³².

In tali ambiti gli aspetti “universalistici” delle costituzioni, ovvero i diritti fondamentali non costituiscono il principale target (o, almeno, non all’inizio)³³, a testimonianza di quanto siano importanti anche nei regimi autoritari le costituzioni di facciata e della pervasività della retorica dei diritti umani³⁴. È invece presa di mira la parte istituzionale della costituzione, ovvero i *checks and balances* nella forma di governo e l’indipendenza degli organi di garanzia, elementi cardine dello Stato di diritto fin dalla sua origine ottocentesca.

Le regressioni democratiche si concretizzano attraverso una sequenza di mutamenti istituzionali che, presi uno per uno, non paiono pericolosi, ma considerati nel loro insieme fanno entrare in crisi gli elementi strutturali della democrazia costituzionale, traducendosi in attacchi all’indipendenza del potere giudiziario, nella “cattura” delle corti costituzionali e degli organi indipendenti da parte delle maggioranze politiche, cui si accompagna la riduzione dell’autonomia locale e il controllo dei media, nonché, sovente, specie nelle fasi più avanzate delle regressioni, la limitazione della libertà di insegnamento, di riunione e di associazione.

²⁹ Mi riferisco alla «dichiarazione di Bangkok», adottata nel 1993 dai rappresentanti di trentaquattro paesi in preparazione della Conferenza delle Nazioni Unite sui diritti umani, pubblicata in J.T.H. TANG (a cura di), *Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region*, London, Pinter Publishers, 1995, 204 ss.

³⁰ V. ad esempio D. BELL, *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia* (2017), Roma, Luiss University Press, 2019.

³¹ Secondo A. LÜHRMANN, S. I. LINDBERG, *A New Way of Measuring Shifts Toward Autocracy*, in *Post-Cold War Democratic Declines: The Third Wave of Autocratization*, Carnegie Europe 1, June 27, 2019, <https://carnegieeurope.eu/2019/06/27/post-cold-war-democratic-declines-third-wave-of-autocratization-pub-79378> (ultimo accesso 23 settembre 2022), «Instead of coups conducted by military officers, democratically elected incumbents have been responsible for more than two-thirds of all episodes of contemporary autocratization».

³² Tra i primi a definire i caratteri della *constitutional retrogression*, K. LANE SCHEPPELE, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, 4/2013, 559 ss.

³³ Come ben mostra l’esperienza della Turchia, vedi I. Ö. KABOĞLU, E. SALES, *Le droit constitutionnel turc*, Paris, L’Harmattan, 2015, 199 ss.

³⁴ Sul ruolo della costituzione negli Stati autoritari, v. T. GINSBURG, A. SIMPSON (a cura di), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; H. ALVIAR GARCIA, G. FRANKENBERG (a cura di), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019; v. anche T. GROPPI, *Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese nel XXI secolo*, in *Federalismi*, 1/2015.

Questi processi sono orientati a una concentrazione dei poteri in capo ai governi, spesso sostenuti da ampie e durature maggioranze elettorali. E qui emergono movimenti politici, guidati da leader carismatici, che pretendono di parlare in nome del popolo, come se il popolo fosse uno e avesse un'unica voce³⁵. Tale pretesa implica la negazione della mediazione e del compromesso, caratteristiche della democrazia rappresentativa, e la richiesta che il popolo si esprima direttamente (preferibilmente con un sì o un no, su quesiti o persone). Da ciò la definizione, ormai entrata nel linguaggio comune, di «populismo»³⁶.

L'esito è costituito da regimi che i politologi definiscono «ibridi»³⁷: infatti, non presentano tutti i tradizionali caratteri dei regimi autoritari, in quanto i diritti di libertà non sono totalmente soppressi e si fa scarso ricorso alle norme penali, mentre le elezioni continuano ad avere carattere competitivo (perciò la denominazione di *competitive authoritarianism*). La compresenza di alcuni elementi democratici con altri autoritari è anche all'origine della definizione di *illiberal democracy*, di cui i leader di tali nuovi regimi amano fregiarsi per mostrare che sì, di democrazie, e non di autoritarismi, si tratta, e distanziarsi al contempo dalla aborrita *liberal democracy*, considerata inefficiente e decadente.

Questi fenomeni sono più frequenti nelle nuove democrazie, in cui la rincorsa ad adottare costituzioni simili a quelle degli Stati di derivazione liberale non sempre ha coinciso con l'affermazione di ordinamenti compiutamente democratici. In molti casi i testi costituzionali, formalmente riconducibili, in tutto o in parte, al modello dello Stato costituzionale, non sono riusciti a conformare la realtà, restando documenti privi di effettività³⁸. La distanza tra costituzione “*in the books*” e “*in the facts*” tende ad essere più accentuata in contesti culturali in cui il costituzionalismo, inteso come programma di limitazione del potere e di garanzia dei diritti attraverso regole giuridiche, non incontra radici autoctone. Ciò accade non solamente nei processi costituenti fortemente eterodiretti, finanche frutto della “esportazione della democrazia con le armi” (come in Afghanistan o in Iraq), ma anche là dove, come nelle esperienze delle cosiddette “primavere arabe”, le nuove costituzioni democratiche non riescano a superare la

³⁵ Per questa definizione, J. W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017.

³⁶ Sui vari tipi di populismo, v. J. M. CASTELLÀ, M.A. SIMONELLI (a cura di), *Populism and Contemporary Democracy*, London, Palgrave Macmillan, 2022.

³⁷ Si utilizzano diverse espressioni: *hybrid regimes* (M. TUSHNET, *Authoritarian Constitutionalism*, in *Cornell Law Review*, 2/2015, 391 ss.); *competitive authoritarianism* (S. LEVITSKY, L. WAY, *The Myth of Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, 1/2015, 45 ss.); *illiberal democracy* (F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracies*, in *Foreign Affairs*, 6/1997, 22 ss.).

³⁸ Al riguardo v. D. GRIMM, *Types of Constitution*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., 98 ss., specialmente 107. Si è parlato di “*sham constitutions*” per indicare i casi nei quali il gap tra testo costituzionale e realtà del paese è particolarmente ampio: D. LAW. M. VERTSEEG, *Sham Constitutions*, in *California Law Review*, 4/2013, 863 ss. Ma v. già K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, 147 ss.; nonché G. SARTORI, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in *American Political Science Review*, 4/1962, 867 ss.

manca di attori politici che se ne facciano portatori³⁹. Nel caso di “costituzioni senza costituzionalismo”⁴⁰, è altamente probabile l'avvento, a prescindere da quanto stabilito dai testi costituzionali, di regimi autoritari o, comunque, non pienamente democratici.

Ma anche nelle cosiddette “democrazie consolidate” si assiste alla nascita e al successo di movimenti politici che si ispirano a esperienze storiche non democratiche o, comunque, rifiutano più o meno esplicitamente i principi della democrazia costituzionale. Nel complesso, emerge nella percezione delle opinioni pubbliche una sfiducia nei processi democratici e soprattutto nella democrazia rappresentativa: lo dimostrano i sondaggi, che spesso collocano nelle ultime posizioni non solo i principali attori della vita politica democratica, i partiti politici, ma anche molte istituzioni rappresentative. Significativa è, inoltre, la scarsa partecipazione al voto, più o meno in caduta libera ovunque⁴¹.

4. Cause

La questione delle cause di questa situazione è complessa. Benché non possano essere ignorati gli specifici contesti nazionali o regionali, emergono però alcuni aspetti comuni⁴².

Un primo elemento è il declino della concezione vestfaliana di sovranità, conseguente alla globalizzazione economica e finanziaria, per come avvenuta dopo la fine della guerra fredda: sempre più di frequente decisioni rilevanti per la vita di una comunità politica statale sono prese al di fuori del territorio dello Stato, molto spesso da attori economici e finanziari. Emerge quindi una discrepanza tra ciò a cui i cittadini partecipano (attraverso i loro rappresentanti) e i luoghi dove si decide davvero, che trascendono i confini geografici. Il 1989, più che un successo della democrazia costituzionale, avrebbe rappresentato il successo del capitalismo finanziario globale, pronto a giocare al ribasso nella tutela dei lavoratori e dei diritti sociali; al rialzo, invece, nell'arricchimento dei manager o dei titolari delle grandi fortune⁴³. Di fronte a tali sviluppi, dopo qualche tempo e in concomitanza con la crisi economica mondiale del 2008, si sarebbe messa in moto una reazione difensiva delle società occidentali, sia pure alquanto ambigua e confusa (basta pensare alla difficoltà, per tutte le forze politiche, di sostenere politiche economiche diverse dal puro produttivismo e consumismo). Riaffermare la sovranità degli Stati è la soluzione vagheggiata dalle nuove forze politiche emergenti che dicono di voler ridare lo scettro al popolo, e ovviamente possono farlo, e costruire su ciò il proprio

³⁹ Ci sembra riconducibile a tale ambito la vicenda costituzionale tunisina che ha visto prima la non attuazione, poi la sospensione e infine, nel 2022, la sostituzione della Costituzione del 2014, che proprio al modello del “costituzionalismo globale” poteva essere ricondotta, come avevo messo in evidenza nel lavoro citato in nota 4. Sul *democratic backsliding* della Tunisia, J.I. HERNÁNDEZ G., *Constitutional Authoritarian Populism in Tunisia*, in *iconnectblog.com*, Sept. 9, 2022, <http://www.iconnectblog.com/2022/09/constitutional-authoritarian-populism-in-tunisia/> (ultimo accesso 23 settembre 2022).

⁴⁰ T. GROPPI, *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in *Politica del diritto*, 2/2006, 187 ss.

⁴¹ R. FOA, Y. MOUNK, *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, in *Journal of Democracy*, 3/2016, 5 ss.

⁴² M.A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

⁴³ L. GALLINO, *Finanzacapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2011, 296.

successo elettorale, solo a livello domestico. Si instaura così un rapporto biunivoco tra populismo e sovranismo, che spinge nella direzione di un ritorno allo Stato nazionale “chiuso” cui si accompagna, come dicevamo all’inizio, la “rinazionalizzazione” delle costituzioni.

Ma, oltre ai fattori esogeni, occorre riflettere sui fattori endogeni, intrinseci alla democrazia costituzionale, in primo luogo sulla difficoltà della democrazia rappresentativa (anche sulla base dei sistemi elettorali e della forma di governo) di dar voce alle diverse componenti della società. Non è raro, infatti, che l’originario carattere inclusivo della democrazia costituzionale sia rimasto una semplice aspirazione, mentre le leve del potere ed i centri decisionali sono stati conservati da ristrette élite economiche e culturali⁴⁴. Al punto che, in molti ordinamenti, penso soprattutto al “*constitucionalismo transformador*” latinoamericano, l’attuazione delle promesse costituzionali è portata avanti principalmente dai giudici, che sono diventati i destinatari delle domande sociali irrisolte. Così le corti, da istituzioni contro-maggioritarie (aventi il compito di limitare gli eventuali eccessi delle maggioranze politiche), si sono trasformate in protagoniste della politica costituzionale, chiamate a dare attuazione a richieste maggioritarie (tra la popolazione), ma non condivise dalle élite politiche⁴⁵.

L’eccessiva compressione del peso della decisione popolare nel sistema democratico può favorire l’ideologia populista. Questa sarebbe il sintomo (come la febbre) di una malattia (la carenza di democrazia): espressione di una democrazia sofferente per il cumulo delle domande inascoltate⁴⁶.

La sfiducia nei processi decisionali democratici viene amplificata dai social media, generando un effetto moltiplicativo, assai nocivo per la democrazia costituzionale. La rivoluzione digitale, infatti, apparentemente mette il mondo in mano ai singoli, contribuendo al declino delle strutture normative basate sull’autorità e delle istanze di mediazione⁴⁷. In sostanza, è spesso tramite i *social* che ciascuno esprime la propria visione del mondo, attraverso scelte compiute al di fuori di contesti relazionali e necessariamente semplificate. Queste modalità di comunicazione favoriscono, per mezzo di algoritmi, la creazione di *echo chambers* non comunicanti tra loro e di conseguenza di *gated communities* virtuali, gruppi chiusi che consentono a coloro che hanno certe preferenze di “incontrare” virtualmente soltanto i propri simili, incentivando in tal modo la polarizzazione e la frammentazione. Sono state ormai messe in luce le conseguenze negative sulla democrazia pluralista, che si nutre, al contrario, di “incontri non pianificati”, che implicano la possibilità di essere esposti a situazioni e opinioni non preventivamente scelte, e di “esperienze condivise”, che costituiscono una sorta di collante sociale, senza il

⁴⁴ Questo aspetto è stato sottolineato in molti scritti da Roberto Gargarella. V. almeno R. GARGARELLA, *La derrota del derecho en América latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2021.

⁴⁵ Su questo ruolo dei giudici, v. specialmente J. E. ROA ROA, *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper*, 11/2020.

⁴⁶ Tale diagnosi era già contenuta in un volume di più di venti anni fa: Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), Bologna, Il Mulino, 2001. V. più di recente, Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, Il Mulino, 2019.

⁴⁷ V. T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici* (2017), Roma, Luiss University Press, 2018.

quale le persone potrebbero persino, ad un certo punto, trovare difficile la reciproca comprensione⁴⁸.

Oltre a ciò, esiste un ulteriore aspetto, che solo di rado viene sottolineato, proprio in questi anni in cui si moltiplicano gli studi sulle diseguaglianze. Ovvero che le diseguaglianze di per sé e ancor più la loro *crescita* – in paesi nei quali, nel XX secolo, esse erano state decisamente ridotte – producono conseguenze sul funzionamento della democrazia⁴⁹.

Infatti, l'aumento delle diseguaglianze, con l'accrescimento delle distanze tra individui e gruppi, indebolisce la coesione sociale e il senso di identità. Già Aristotele aveva messo in evidenza, nella *Retorica*, i limiti cronologici e geografici della compassione e dell'invidia⁵⁰: una considerazione, questa, che accompagna lungo i secoli la riflessione sul rapporto tra legge scritta e principi morali e che troviamo ben sintetizzata da Diderot, laddove sottolinea che gli esseri umani cessano di provare compassione allorché la distanza o l'esiguità degli oggetti crescono, al punto che, dice, «non dubito che, se non fosse per la paura del castigo, molti sarebbero più disposti a uccidere un uomo da una distanza che lo facesse apparire grande come una rondine, che non a sgozzare un bue con le proprie mani. Se abbiamo compassione per un cavallo che soffre, e schiacciamo una formica senza farci scrupolo alcuno, non è forse perché siamo mossi dallo stesso principio?»⁵¹.

Potremmo dire che la distanza, quand'è spinta all'estremo, genera una mancanza di compassione nei confronti degli altri esseri umani. Il venir meno di una comune appartenenza mina, a sua volta, lo stesso legame comunitario, favorendo la divisione e la polarizzazione⁵².

A creare distanze contribuisce anche la gestione degli spazi urbani, che ha visto la diffusione, in molti paesi, di quartieri recintati, *gated communities* in senso proprio, affidati alla sorveglianza di compagnie di sicurezza private⁵³, dove i benestanti si sono auto-rinchiusi per cercare di ricreare artificialmente quella quiete e sicurezza che sono smarrite nella violenza di città spesso simili a vere e proprie “giungle urbane”. Benché l'uso dello spazio urbano a fini politico-sociali sia risalente (in fondo, la Parigi del Barone Haussmann, al tempo del Secondo Impero, rispondeva a una logica simile), solo negli ultimi decenni la separazione degli spazi sociali sembra divenuta una costante in molti paesi.

Il viaggiatore europeo continua a restare colpito, mentre si aggira tra fili spinati e barriere che circondano centri commerciali e zone residenziali, nei quartieri abbienti di Città del Messico, Santiago del Cile o Johannesburg. Ma tale realtà sta diffondendosi anche nei paesi ricchi, dove si tende ad allontanare i poveri dalle zone centrali e a rinchiuderli in ghetti urbani,

⁴⁸ V. l'illuminante volume di C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, Il Mulino, 2017.

⁴⁹ G. SITARAMAN, *Economic Inequality and Constitutional Democracy*, in M.A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, cit., 536; T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014, 402; J. E. Stiglitz, *Il prezzo della diseguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, Einaudi, 2013.

⁵⁰ Aristotele, *Retorica*, 1386 e 1388a.

⁵¹ C. GINZBURG, *Uccidere un mandarino cinese*, in Id., *Occhiacci di legno. Dieci riflessioni sulla distanza*, Macerata, Quodlibet, 2019, 227 ss., in particolare 232, ove si riporta il brano di Diderot, contenuto in *Lettera sui ciechi, ad uso di quelli che vedono*.

⁵² Questa tematica era già chiaramente evidenziata in R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari-Roma, Laterza, 1995, specie 39 ss.

⁵³ T. JUDT, *Guasto è il mondo*, 2011, Bari-Roma, Laterza, 94.

sperduti in remote periferie. Il risultato è che l'organizzazione della vita sociale è sempre più ridotta entro spazi privati, e ciò fa sì che tra diversi non ci si incontri nemmeno. Per questa ragione, il senso di appartenenza deve essere creato artificialmente. Ad esempio, attraverso l'emersione o il ritorno di forme di «nazionalismo tribale»⁵⁴ (nutrite da un complesso armamentario simbolico), finalizzate a supplire all'assenza di una "reale" base di condivisione⁵⁵.

Lo svanire della prospettiva di migliorare la posizione economica propria o dei propri figli, le difficoltà della vita quotidiana derivanti dai tagli alla spesa pubblica, le incertezze di un futuro che sembra dipendere da variabili incontrollabili: tutto ciò genera, nelle moltitudini dei cittadini delle società democratiche dell'Occidente, una molteplicità di emozioni negative: risentimento, rancore, invidia, sfiducia, insicurezza, paura e finanche rabbia. In un'epoca di risorse limitate, in cui scarse sono le posizioni lavorative appetibili e si riducono anche quelle meno qualificate, è facile che prevalgano lo scoramento e il senso di abbandono, terreno fertile della lotta tra gli ultimi, come sta accadendo nei confronti dei migranti e degli stranieri poveri. È una situazione che, a sua volta, si presta ad essere sfruttata a scopi elettorali da politici senza scrupoli.

In breve: in un mondo che sembra aver ridotto, e finanche eliminato, le distanze spaziali, ecco riaffacciarsi l'eterna, grande dicotomia, alto e basso, sopra e sotto, con il suo corollario di distanze, divisioni e sofferenze umane⁵⁶.

5. Risposte

In questo scenario, qual è il ruolo del diritto, e in particolare del diritto costituzionale comparato?

Per rispondere, occorre chiarire alcune premesse: a) che la democrazia costituzionale sia "cosa buona", ovvero che sia perlomeno il "meno peggio" tra i regimi politici ad oggi disponibili nella storia dell'umanità⁵⁷; b) che, benché il diritto non sia tutto, esso non sia nemmeno niente⁵⁸; c) che esista uno spazio, a livello nazionale, per risposte istituzionali, volte a rafforzare e difendere la democrazia costituzionale.

Quest'ultimo elemento è tutt'altro che scontato, in quanto aspetti decisivi, come la regolazione dei grandi poteri privati, o dei diritti dei lavoratori, o dei mercati finanziari, o dell'intelligenza artificiale, o dei fattori che incidono sul riscaldamento climatico, implicano risposte a livello sovranazionale e mondiale. Il che a sua volta comporta la creazione di un sistema rappresentativo e decisionale su scala globale, una vera e propria «Costituzione delle terra», per

⁵⁴ Nel senso indicato da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1948) Torino, Einaudi, 2009, 317 ss.

⁵⁵ Non si tratta certo di una novità: hanno esplorato il tema, ad esempio, E. HOBBSAWM, T. RANGER, *L'invenzione della tradizione* (1983), Torino, Einaudi, 2002.

⁵⁶ Ho sviluppato questo tema in T. GROPPi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 81 ss. Sulla nozione di "alto e basso", applicata all'attività dei giuristi, v. già G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 11.

⁵⁷ Secondo quanto ho sostenuto in T. GROPPi, *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, Il Mulino, 2020. Nello stesso senso, della democrazia come "the least bad option", T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, cit., 292.

⁵⁸ C. A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, 1983, trad. it., Ead., *Le donne sono umane?*, Bari-Roma, Laterza, 2012, 93.

usare le parole di Luigi Ferrajoli⁵⁹. Utopia? Piuttosto, direi, la kantiana visione profetica della storia, rispetto alla quale lo spazio di intervento per i giuristi resta minimo, se non nella veste, più che di studiosi, di attivisti, militanti di un'idea, che si appoggia sulle convinzioni morali e sull'esperienza di ciascuno, e sui processi di memoria e impegno civico che tutto ciò genera⁶⁰.

Tuttavia, non può essere accantonato il ruolo che ancora rivestono gli Stati, sia nella loro veste domestica, sia in quanto protagonisti del sistema internazionale. È proprio a livello nazionale – e, specie nello spazio europeo, così fortemente integrato, anche a livello regionale – che si aprono scenari di riflessione non utopici, rispetto ai quali il diritto comparato, anche come strumento a supporto delle istituzioni di garanzia, nazionali e sovranazionali⁶¹, può svolgere una duplice funzione, che definirei rispettivamente “propositiva” e “difensiva”.

La funzione “propositiva” si collega, sia pure in un quadro assai mutato, agli albori stessi della disciplina, nata per fornire al legislatore, o al costituente, soluzioni e idee da imitare o da trapiantare. Anche oggi, si tratta di esplorare, e presentare nella loro complessità, possibili ventagli di soluzioni per fronteggiare le debolezze intrinseche della democrazia costituzionale. Un esempio. Per limitarsi alla questione che pare più impellente, la crisi della democrazia rappresentativa e le possibili alternative, le esperienze comparate mostrano che le modalità di decisione non accompagnate da processi deliberativi possono portare, più che a un rafforzamento, a una dissoluzione della democrazia pluralista, poiché incentivano la polarizzazione, il dualismo e in ultimo il conflitto e lo scontro⁶². Infatti, negli ordinamenti democratici consolidati il ruolo della democrazia diretta è limitato, specialmente a livello di Stati nazionali, con l'unica eccezione della Svizzera, dove si inquadra però in una tradizione che presenta molteplici tratti peculiari, dalla forma di governo direttoriale fino alla struttura tipicamente federale. E molto spesso anche in tale paese i referendum sono usati come un'arma contro le minoranze e non come effettivi istituti partecipativi. Cospicché, la ricerca di nuove soluzioni richiede, per non recare più danni che benefici, una conoscenza approfondita e contestualizzata di molteplici esperienze, a prima vista anche assai distanti e varie: pensiamo, ad esempio, rispetto alla democrazia partecipativa, al bilancio partecipativo, al *débat public*, o alle *Irish Citizens' Assemblies*⁶³.

Alla classica funzione propositiva del diritto comparato, se ne accompagna una nuova, di tipo difensivo.

⁵⁹ L. FERRAJOLI, *Per una costituzione della terra*, Milano, Feltrinelli, 2022.

⁶⁰ Compiti, questi, che gli studiosi sono chiamati a svolgere nella loro veste di attivisti. Sulla delicata convivenza dei due ruoli, e sulla necessità di evitare che l'attivismo degli studiosi, in sé legittimo, incida però sulle metodologie utilizzate nella ricerca, v. T. KHAITAN, *On Scholactivism in Constitutional Studies: Skeptical Thoughts*, in *I-CON. International Journal of Constitutional Law*, 2022, 1 ss.

⁶¹ A partire dalla Commissione di Venezia, che svolge un importante lavoro di diritto comparato. V. ad es. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, Bloomsbury, 2020.

⁶² In questa ottica, “il referendum è un istituto falsamente partecipativo”: così C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 9 ss.

⁶³ S. BAGNI, *Il popolo legislatore*, Bologna, Bononia University Press, 2017.

Considerato il carattere sofisticato dei regimi “ibridi” e il ruolo che riveste il diritto nel progressivo scivolamento verso l'autoritarismo (al punto che si è parlato *autocratic legalism*)⁶⁴, assume un ruolo decisivo la vigilanza sui mutamenti istituzionali.

Ciò implica in primo luogo una selezione dei temi di studio e di ricerca. Non solo il potere giudiziario e la giustizia costituzionale, ma anche il ruolo dell'opposizione, i sistemi elettorali (compresi i collegi elettorali: si pensi al *gerrymandering*), l'informazione e la disinformazione, la pubblica amministrazione (anche locale), le autorità indipendenti, per limitarci ad alcune macro-categorie⁶⁵. È importante sottolineare la necessità di andare oltre la visione tradizionale del *rule of law*, per considerare anche gli aspetti istituzionali della democrazia rappresentativa: i due elementi (*rule of law* e democrazia), altrettanti pilastri della democrazia costituzionale, si sostengono a vicenda e necessitano di una lettura olistica. Il *rule of law* è esso stesso un prodotto dell'alternanza democratica. Se le maggioranze di governo non hanno la prospettiva di perdere le elezioni e di trovarsi all'opposizione, è inevitabile che finiscano per non rispettare la separazione dei poteri e l'indipendenza della magistratura. Si tratta di un aspetto di sovente sottostimato. Ad esempio, l'enfasi su una concezione circoscritta del *rule of law*, che non include la *democratic accountability*, rappresenta uno dei problemi del meccanismo dell'Unione Europea per la protezione del *rule of law*⁶⁶.

Con questo non si vuol dire che qualsiasi intervento su questi settori dell'ordinamento conduce necessariamente a una regressione democratica, ma che si tratta, perlomeno, di “categorie sospette”, da monitorare con particolare attenzione, anche attraverso un uso della comparazione contestualizzato e non inquinato da atteggiamenti partigiani.

Tuttavia, se le tensioni delle società pluraliste finiscono per scaricarsi sugli assetti istituzionali, esse nascono però sul terreno dei diritti, ovvero intorno ai principi che devono guidare la convivenza tra le diverse componenti della società pluralista.

Qui sono in atto, come abbiamo accennato, diversi fenomeni. Nei processi di regressione democratica che sfociano in regimi ibridi o nuovi autoritarismi, spesso accade che, benché il catalogo dei diritti resti formalmente immutato e continui a corrispondere alle principali carte e dichiarazioni internazionali, lo svuotamento del sistema delle garanzie trasformi tali elenchi in meri testi di facciata. Anche nelle democrazie consolidate la questione centrale è sempre più quella dell'effettività. Sono le «promesse non mantenute della democrazia»⁶⁷, o la percezione, più o meno distorta, di tali lacune e inattuazioni, a

⁶⁴ È questa l'espressione di K. LANE SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, 2/2018, 545 ss.

⁶⁵ A. JAKAB, *What Can Constitutional Law Do Against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law*, MPIL Working Paper, 2019/15, 7 s.

⁶⁶ A. JAKAB, *Three Misconceptions about the EU Rule of Law Crisis*, in *VerfBlog*, 2022/10/17, <https://verfassungsblog.de/misconceptions-rol/> (ultimo accesso 3 novembre 2022). Al riguardo, il sistema latinoamericano, basato sulla Corte interamericana dei diritti umani, sembra più avanzato, come mostrano le opinioni consultive che hanno introdotto il cosiddetto “Test democratico interamericano”. V. C. BINDER, M. MORALES ANTONIAZZI, *Towards Institutional Guarantees for Democratic Rotation: The Inter-American Court's Advisory Opinion OC-28/21 on Presidential Re-election*, *VerfBlog*, 2021/10/06, <https://verfassungsblog.de/towards-institutional-guarantees-for-democratic-rotation/> (ultimo accesso 3 novembre 2022).

⁶⁷ Così N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia* (1984), in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, p. 8.

generare disaffezione e sfiducia, emozioni negative nelle quali prosperano i movimenti populistici⁶⁸.

Occorre, in sostanza, contribuire a rivelare non solo le torsioni di istituti della democrazia costituzionale che possono mettere in moto processi di regressione democratica⁶⁹, ma anche lo stato di attuazione (non necessariamente nel senso della ineffettività) delle norme costituzionali sui diritti, che costellano le costituzioni a partire dal Secondo dopoguerra.

A livello metodologico, ciò implica una rinnovata enfasi sugli studi empirici, che coniughino il metodo giuridico con quelli delle altre discipline sociali, e consentano di verificare, con la massima oggettività, l'impatto delle norme sulla realtà⁷⁰. Quest'ultimo aspetto è particolarmente significativo anche riguardo agli assetti istituzionali. Infatti, molti cambiamenti che fanno parte del *democratic backsliding* accadono, come non si stanca di evidenziare Wojciech Sadurski, "senza una modifica formale di istituzioni e procedure, così che sono invisibili a una ricostruzione puramente giuridica"⁷¹ e richiedono di considerare anche le situazioni fattuali, a partire da quelle che determinano le convenzioni e consuetudini senza le quali le stesse regole formali risultano svuotate di significato⁷².

La funzione "difensiva" del diritto comparato, oltre che incidere sulla scelta dei temi e sulla metodologia della ricerca, dovrebbe indurre anche a ripensare le modalità di disseminazione e divulgazione dei risultati. È necessario che gli studiosi entrino in rapporto con la società civile e con l'opinione pubblica⁷³, che spesso fatica sia a percepire i rischi di scivolamenti autoritari insiti in interventi normativi a prima vista marginali o altamente tecnici⁷⁴, sia ad avere piena consapevolezza degli effettivi limiti e benefici delle democrazie costituzionali⁷⁵. A tal fine, oltre ai tradizionali canali di rapporto con i media e le istituzioni scolastiche, occorre uno sforzo

⁶⁸ Ho affrontato questo tema in T. GROPPi, *Oltre le gerarchie*, cit., 89 ss.

⁶⁹ Condivido in tal modo le conclusioni di R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., 205.

⁷⁰ Nonostante le difficoltà che anche tale metodologia pone, quanto alla sua oggettività. V. il classico lavoro di T. M. PORTER, *Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life* (1995), Princeton, Princeton University Press, ristampa 2020.

⁷¹ Così W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School Research Paper*, 5/2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491 (ultimo accesso 23 settembre 2022).

⁷² Sulla relativa "invisibilità" dei cambiamenti normativi che conducono al *democratic backsliding* e sull'importanza di vigilare sulle "unwritten rules", v. W. SADURSKI, *Constitutional democracy in the time of elected authoritarians*, in *I-CON. International Journal of Constitutional Law*, 2/2020, 324 ss.

⁷³ Riprendendo la lezione di Max Weber, per il quale la funzione ultima delle scienze sociali è quella di aiutare l'individuo a rendersi conto dei fini ultimi dei propri atti: M. WEBER, *La scienza come professione* (1917), Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 34.

⁷⁴ È stato evidenziato infatti che "many of the changes that result in the de-liberalization of constitutional systems are highly technical and therefore hard for the ordinary citizen to understand". K. LANE SCHEPPELE, *Auto-critical Legalism*, cit., 582.

⁷⁵ Scrive T. JUDT, *Guasto è il mondo*, cit., 159 ss.: "Noi consideriamo le istituzioni, le leggi, i servizi e i diritti che abbiamo ereditato dalla grande epoca di riforme del '900 come qualcosa di scontato. È ora di ricordarci che tutte queste cose nel 1929 erano assolutamente inconcepibili. Noi siamo i fortunati beneficiari di una trasformazione che ha avuto una portata e un impatto senza precedenti. Appunto c'è molto da difendere".

di creatività, per sviluppare modalità comunicative innovative, che consentano di trasmettere messaggi complessi in forma adeguata alle nuove tecnologie di comunicazione⁷⁶.

Monitorare costantemente gli sviluppi delle regressioni democratiche, indagare sull'effettività del diritto e dei diritti, non solo per svelare gli inganni dell'*abusive constitutionalism*, ma anche per mettere a fuoco punti di forza e debolezza delle democrazie costituzionali, sono le grandi sfide di questa epoca. Ai comparatisti, al loro sguardo educato allo studio e alla conoscenza dei contesti, capace di leggere l'esperienza extragiuridica, si chiede, ancora una volta, di essere una finestra aperta⁷⁷ e di farsi protagonisti di percorsi innovativi, scientifici e civili.

⁷⁶ Sono in atto diversi interessanti esperimenti, da parte di singoli studiosi, istituzioni universitarie e anche Corti costituzionali, come l'uso di podcast. V. ad esempio le attività pedagogiche portate avanti dalla Corte costituzionale della Colombia (<https://open.spotify.com/show/4mSdZqoYhYBdqvWxWRdmbu> ultimo accesso 3 novembre 2022), o dalla Corte costituzionale italiana (<https://www.cortecostituzionale.it/categoriePodcast.do> ultimo accesso 3 novembre 2022). Un esempio di podcast curato da studiosi è quello di Tom Ginsburg e Claudia Fiores, "Entitled" (<https://entitledpodcast.com/> ultimo accesso 3 novembre 2022). Per una prima riflessione sull'uso delle nuove tecnologie nell'ambito del "*legal design thinking*", v. S. P. DE SOUZA, M. SPOHR (a cura di) *Technology, Innovation and Access to Justice*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2021. Specificamente sulle attività comunicative delle Corti costituzionali, M. DE VISSER, *Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts?* in *German Law Journal*, 2022, 1121 ss.

⁷⁷ Sul diritto comparato come "finestra aperta", v. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 3 ed., 2022.