

FONDAMENTI, ABUSI E SVILUPPI DEL COSTITUZIONALISMO POLITICO

di Paolo Bodini

Se provassimo a mettere in scena un dialogo fra democrazia e costituzionalismo politico ne uscirebbe – con minor raffinatezza – lo scambio shakespeariano fra Re Lear e la figlia Cordelia. Come Cordelia, il costituzionalismo politico promette amore e fedeltà alla democrazia, dichiarando al contempo i limiti che è tenuto a rispettare. Nella tragedia di Shakespeare, l'amore di Cordelia per il padre deve convivere con quello verso il futuro marito¹; nel costituzionalismo politico, la fedeltà alla democrazia è vincolata al funzionamento egualitario, partecipativo e responsivo di quest'ultima.

L'articolo riflette sulla relazione fra democrazia e costituzionalismo politico a partire dalle radici storiche (sezione 1) e teoriche (sezione 2) di quest'ultimo. La ricostruzione dei fondamenti del costituzionalismo politico è vitale per smascherarne l'abuso nei contesti segnati dal populismo autoritario (sezione 3). Il nesso con il populismo di sinistra getta luce sulla possibilità di immaginarne uno sviluppo istituzionale coerente con le premesse fondazionali, mostrando i punti di contatto con le teorie di matrice elyiana del processo politico o della rappresentanza rafforzata (sezione 4).

Il fine dell'analisi è enucleare la complessità discendente dalle relazioni fra gli elementi fondanti del costituzionalismo politico: uguaglianza, disaccordo, partecipazione maggioritaria e controllo del potere. Questo reticolo normativo non chiude la questione della politicità del costituzionalismo politico, ma crea lo spazio argomentativo per rinsal-

Dipartimento di Antichità, Filosofia e Storia. Università degli Studi di Genova.

¹ W. SHAKESPEARE, *Re Lear*, trad. it. di G. Baldini, Milano, BUR, 2005, pp. 43-45.

dare il legame con la democrazia attraverso il potere contro-maggioritario del giudiziario.

1. *Le radici del costituzionalismo politico*

Come molte teorie articolate, problematiche e dibattute, anche il costituzionalismo ha più di un nome e ciascun nome enfatizza un suo tratto o una sua collocazione². Così, i caratteri del costituzionalismo politico si ritrovano nel “costituzionalismo popolare” avanzato da Kramer nella critica all’eccessivo potere della Corte Suprema statunitense³. Ancora, la teoria è implicata ed indagata anche nella discussione sui caratteri e il funzionamento della “costituzione politica”⁴. Infine, è possibile rintracciare questa versione critica di costituzionalismo nelle argomentazioni di Waldron, che viene accreditato come suo difensore pur senza aver mai utilizzato il termine⁵. Condensando questi riferimenti nel referente “costituzionalismo politico”, possiamo notare come questo descriva un paradigma teorico-normativo che affonda le proprie radici nella teoria costituzionale e nella teoria politico-democratica. Prima però di virare sul terreno squisitamente teorico e discutere i fondamenti o, seguendo la metafora, le radici normative di questa concezione – missione a cui è dedicata la prossima sezione – è importante notare come tali radici siano storicamente rintracciabili nella storia istituzionale britannica.

Nel parlamentarismo britannico, infatti, la costituzione può essere rintracciata nel carattere e nella struttura del sistema politico, il quale consente alla cittadinanza di controllare il governo attraverso le elezioni dei parlamentari e conferisce a questi ultimi una funzione costitutiva delle decisioni e degli stessi processi politici, che devono essere con-

² M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il “Political” e il “Popular” Constitutionalism*, in “Quaderni costituzionali”, n. 4, 2010, pp. 733-734.

³ L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford UP, 2004.

⁴ G. GEE, G.C.N. WEBBER, *What Is a Political Constitution?*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, n. 2, 2010, pp. 273-299; K.D. EWING, *The Resilience of the Political Constitution*, in “German Law Journal”, n. 12, 2014, pp. 2114-2116.

⁵ C. MAC AMHLAIGH, *Putting political constitutionalism in its place*, in “International Journal of Constitutional Law”, n. 1, 2016, pp. 176-177.

formi non ad una legge superiore (“*there can be no higher laws other than the laws that emerge from a duly constitutive and constitutional political process*”) ma al volere di cittadini uguali e sovrani (“*the need to accord equal concern and respect to individual citizens*”)⁶. In questa chiave di lettura, l’approvazione del *Human Right Act* del 1998 non altera la natura politica del costituzionalismo inglese, lasciando immutata la funzione costitutivo-costituzionale del Parlamento eletto e responsabile (*accountable*) alla partecipazione della cittadinanza⁷.

La natura politica dell’ordinamento costituzionale britannico viene ben inquadrata da Griffith, l’autore che diede la stura al dibattito contemporaneo sul costituzionalismo politico. Secondo Griffith, la costituzione britannica è non più e non meno di ciò che accade (“*[T]he constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also.*”)⁸. Il perimetro della costituzionalità resta dinamico e soggetto al cambiamento, posto nelle mani degli eletti e, più importante, di coloro che li eleggono. Questo tratto connette costituzionalismo e teoria democratica, facendo di questa concezione – aspetto su cui torneremo – un paradigma di impegno, ma anche di sostegno, a decisioni definite e legittimate dalla partecipazione di agenti politicamente uguali. In quest’ottica, come nota Bellamy, il processo democratico è la costituzione (“*the democratic process is the constitution*”)⁹. Ma, si mostrerà – nella sezione 4 – vale anche il contrario: la costituzione è il processo democratico.

Le origini britanniche non confinano il costituzionalismo politico oltre Manica. La difesa della centralità del processo politico democratico nella definizione e la revisione dei diritti dei consociati hanno trovato terreno fertile in altri contesti, ancor più se connotati da un marcato protagonismo delle corti. È questo il caso degli Stati Uniti. Le corti,

⁶ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, in P. CANE, H. KUMARASINGHAM (a cura), “The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom”, vol. 1, Cambridge, 2023, p. 60.

⁷ R. BELLAMY, *Political constitutionalism and the Human Rights UP Act*, in “International Journal of Constitutional Law”, n. 1, 2011, pp. 94-110.

⁸ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in “Modern Law Review”, n. 42, 1979, p. 19.

⁹ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge UP, 2007, p. 5.

specialmente la Corte Suprema, incarnano cruciali “giocatori-veto” (*veto player*)¹⁰, in grado di bloccare il cambiamento portato dalla politica, generando per questo una critica indelebile, anche se ad intensità variabile, all’immenso potere di un’istituzione non eletta e non direttamente *accountable* alla partecipazione popolare¹¹. Questa composizione istituzionale, argomenta Kramer, sminuisce l’esercizio dell’autogoverno da parte della cittadinanza, erodendo il ruolo della partecipazione popolare nelle decisioni politiche, in particolare in materia di diritti fondamentali¹². Si ripropone, in questo differente quadro ordinamentale, la duplice argomentazione del costituzionalismo finalizzata, da un lato, a criticare una limitazione significativa e preliminare del politicamente “decidibile” e a valorizzare, dall’altro, una configurazione partecipativa e popolare dei processi decisionali.

In maniera più sfumata, l’argomentazione del costituzionalismo politico ricorre nel peculiare quadro istituzionale dell’Unione Europea, determinata da uno schema di sovranità multipla che non genera un’unione politica ma, più precisamente, un’unione di unioni politiche¹³. In questo contesto, l’enfasi sulla centralità del processo politico da parte dei costituzionalisti politici non assume come bersaglio polemico le corti, quanto piuttosto la difficoltà di determinare il circuito in cui la partecipazione conta davvero. Nel fare questo, i critici oscillano fra il riconoscimento della partecipazione nazionale come contesto primario di partecipazione politica europea¹⁴, mentre altri insistono sulla necessità di conferire all’Unione Europea una maggiore politicizzazione¹⁵.

¹⁰ G. TSEBELIS, *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton UP, 2002.

¹¹ La ricostruzione di questa “difficoltà contro-maggioritaria” nella storia americana nelle sue diverse fasi viene ben ricostruita dalle indagini storico-teoriche di Friedman. Si veda, fra queste, B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in “New York University Law Review”, n. 2, 1998, pp. 352-356 e 377-378. Sul tema resta centrale anche A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, pp. 16-22.

¹² L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit., p. 5.

¹³ P. NIESEN, *The ‘Mixed’ Constituent Legitimacy of the European Federation*, “Journal of Common Market Studies”, 55(2), 2017, pp. 183-186.

¹⁴ R. BELLAMY, *A Republican Europe of States*, Cambridge, Cambridge UP, 2019.

¹⁵ A. GLENCROSS, *The absence of political constitutionalism in the EU: three models for enhancing constitutional agency*, in “Journal of European Public Policy”, n. 8, 2014, pp. 1175-1177.

2. I fondamenti del costituzionalismo politico

La discussione delle radici e della diffusione del costituzionalismo politico lascia intuire la stratificazione del dibattito storico-teorico sul tema e il complesso di questioni sollevato dal ricorso a questa concezione per enucleare le criticità del rapporto fra democrazia e costituzionalismo. Questa sezione passa da una trattazione che amplia l'ambito del costituzionalismo politico ad un'analisi tesa a restringere la messa a fuoco sui suoi elementi teorici costitutivi. L'indagine si servirà di un setaccio dalle maglie funzionalmente larghe per identificare le convergenze fra i teorici di questo paradigma, rinunciando a tematizzare – se non fuggacemente – le differenze interne al costituzionalismo politico, ben descritte da ricerche con maglie più strette¹⁶.

Il costituzionalismo politico può essere ricostruito attraverso quattro cardini concettuali: il disaccordo, l'uguaglianza, la partecipazione regolata dal principio maggioritario e il controllo del potere. Disaccordo e uguaglianza sono fra loro coesenziali e determinano il punto di partenza del costituzionalismo politico. La partecipazione regolata dal principio maggioritario risponde a “come” il costituzionalismo politico dà forma ai suoi presupposti normativi. Infine, il controllo del potere trae una conseguenza e, insieme, traccia un limite necessario e costitutivo di questo approccio al costituzionalismo e alla democrazia.

Il *disaccordo* emerge fin da subito nell'elaborazione del costituzionalismo politico come tratto necessario sia per descrivere che per valutare, normativamente, il *locus* della politica. Questo è infatti fenomenologicamente caratterizzato dalla presenza di differenti punti di vista tanto su come raggiungere un fine quanto – e più importante – su quale sia il fine da raggiungere. Questa caratterizzazione avvicina il costituzionalismo politico alla politica democraticamente intesa, definita da legittime controversie fra soggetti titolari a porle nella forma di posizioni identificative di uno status morale ed epistemico¹⁷. Già

¹⁶ Si veda, fra gli altri, M. GOLDONI, C. MCCORKINDALE, *Three Waves of Political Constitutionalism*, in “King's Law Journal”, n. 1, 2019, pp. 74-96; R. GREALLY, *Ideologies of Political Constitutionalism*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, n. 4, 2024, pp. 949-978.

¹⁷ P. BODINI, *Democrazia e conoscenza. Il dibattito contemporaneo*, Roma, Carocci, 2024, pp. 68-91.

Griffith descrisse la condizione del disaccordo come caratteristico di una comunità politica¹⁸, elemento ripreso e sviluppato da altri teorici del costituzionalismo politico: da Waldron a Bellamy¹⁹.

La presenza del disaccordo legittimo sul da farsi e sul come farlo porta all'*uguaglianza* fra cittadini come essenziale parametro normativo del costituzionalismo politico. È attraverso l'*uguaglianza* che il punto di vista di ciascuno – nell'incertezza del disaccordo – acquisisce la stessa dignità di esistere e di essere considerato nel processo decisionale²⁰. Nuovamente, questo aspetto incorona il processo democratico come la costituzione dei costituzionalisti politici: non si tratta infatti di affidarsi ad un testo rigido che perimetra ed orienta le decisioni politiche, ma piuttosto di sistematizzare un modo dinamico di decidere che si fonda però sull'eguale riconoscimento di ciascun partecipante²¹.

L'*uguaglianza* fra cittadini per decidere nel disaccordo introduce la terza arteria del costituzionalismo politico: la *partecipazione regolata dal principio maggioritario*. La costituzione è ciò che accade nel processo democratico perché la democrazia istituzionalizza spazi di partecipazione per la cittadinanza²², facendo dell'*uguaglianza* fra cittadini non tanto una rendita che frutta decisioni²³, ma l'*abilitazione* (*empowerment*) ad agire nello spazio pubblico per sostenere il proprio punto di vista²⁴. La partecipazione incarna così il "diritto dei diritti"²⁵ perché consente di scrivere le regole sociali attraverso varie forme di azioni, deliberazioni e strategie. Affinché la partecipazione resti coerente con il riconoscimento del disaccordo e, soprattutto, dell'*uguaglianza*, essa deve trovare

¹⁸ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 12.

¹⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 116-117; R. BELLAMY, *Turtles all the way down? Is the political constitutionalist appeal to disagreement self-defeating? A reply to Cormac Mac Amhlaigh*, in "International Journal of Constitutional Law", n. 1, 2016, p. 207.

²⁰ R. BELLAMY, *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, in "International Journal of Constitutional Law", n. 1, 2011, pp. 91-92.

²¹ È questa la differenza fra un approccio fondato sugli esiti ("outcome-related") e uno basato sulle procedure ("process-related"): questa differenza è tracciata, per esempio, in J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in "The Yale Law Journal", n. 6, 2006, pp. 1372-1373.

²² R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., p. 60.

²³ Una simile prospettiva si trova, per esempio, nella difesa del sorteggio in B. SAUNDERS, *Democracy, Political Equality, and Majority Rule*, in "Ethics", n. 1, 2010, p. 151.

²⁴ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 18.

²⁵ J. WALDRON, *Participation: The Right of Rights*, in "Proceedings of the Aristotelian Society", n. 98, 1998, pp. 307, 330, 337.

un criterio di sintesi che pesi egualmente gli input dei partecipanti: tale criterio è, per i costituzionalisti politici, la regola della maggioranza²⁶.

La preminenza dell'uguaglianza e la sua declinazione partecipativa – nella forma di possibilità di azione – introducono al quarto caposaldo del costituzionalismo politico: il *controllo del potere*. L'attenzione alla partecipazione mostra come questa concezione di costituzionalismo esprima un'ideale esigente di libertà, centrata sull'interesse verso la sfera pubblica e il coinvolgimento nei suoi processi decisionali²⁷. Si potrebbe obiettare che questa libertà rappresenta una forzatura sul disaccordo legittimo al fine di stabilire una versione gradita, cioè partecipativa, di libertà²⁸. Tuttavia, nell'ottica del costituzionalismo politico, la priorità accordata alla libertà di partecipare e decidere non premia una preferenza di parte, ma dà potere ad ogni parte in causa di spendersi in difesa della propria preferenza. La libertà di decidere, però, non è solo l'argomento per difendere la partecipazione politica, ma anche per controllare ed eventualmente mutare le decisioni prese. Il costituzionalismo politico mira in questo senso a controllare il potere arbitrario dei governanti²⁹ attraverso una concezione robusta di responsabilità (*accountability*), che difende³⁰ la prerogativa delle istituzioni elettive – in particolare del legislatore – di essere l'ultimo decisore. Solo in questo modo, infatti, tale istituzione è soggetta al controllo della cittadinanza, che partecipa per chiedere conto di quanto essa ha stabilito e autorizzato³¹.

²⁶ J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge UP, 1999, p. 148; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 5.

²⁷ A. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, n. 1, 2002, p. 175.

²⁸ J. WALDRON, *From Form and Procedure to Substance*, in “Law and Philosophy”, n. 43, 2024, p. 606.

²⁹ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 59, 60-61, 69-70.

³⁰ A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 64-65; K.D. EWING, *The Resilience of the Political Constitution*, in “German Law Journal”, n. 14, 2013, pp. 2116.

³¹ Il controllo del potere viene ben messo in luce dai costituzionalisti politici britannici (Bellamy, Tomkins, Ewing) che elaborano la nozione insistendo sul controllo parlamentare dell'esecutivo. Diversamente, nel quadro di un sistema presidenziale, il controllo del potere diventa una critica della *judicial supremacy* a beneficio dei decisori eletti ed *accountable*, come si evince in M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton UP, 1999, pp. 6-32; L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit., p. 208.

3. *Costituzionalismo politico e populismo*

La trattazione del costituzionalismo politico ha cercato di enuclearne le radici storico-istituzionali (sezione 1) e teorico-normative (sezione 2) per poter descrivere il tronco e le ramificazioni del paradigma nel contesto attuale di crisi della democrazia³². In quanto segue, si proporrà una duplice lettura circa l'erronea associazione del costituzionalismo politico al populismo illiberale (sezione 3) a cui seguirà, invece, la difesa di un possibile accostamento del costituzionalismo politico alla teoria di matrice elyiana del “processo politico” o “rappresentanza rafforzata” (sezione 4).

La centralità della partecipazione di cittadini uguali per dirimere i dissaccordi riconnette il costituzionalismo politico ad una difesa pervicace della politica e delle sue prerogative decisionali. Già Griffith stigmatizzava il progetto di rendere apolitica la gestione del disaccordo, consegnando ad esperti di sorta (fra cui giudici non eletti) il compito di definire le scelte politiche e, così facendo, di pacificare lo scontro sociale³³.

Nella stagione dei leader populistici, il costituzionalismo politico finisce così per essere descritto come un “affluente del fiume populista” (*a tributary of the populist stream*)³⁴. Il costituzionalismo politico fornirebbe, cioè, agli esponenti del populismo gli strumenti per legittimare i loro progetti autoritari³⁵, alimentando un “costituzionalismo populista”, in cui la partecipazione viene manipolata per il solo fine di estendere il potere degli eletti in carica³⁶. Inoltre, l'appello populista al “popolo” suggerirebbe una facile sovrapposizione con il costituzionalismo politico. Questo risulta tanto più plausibile se si considera la varietà dei populismi e la complessità del lavoro interpretativo da essa implicata³⁷. In questa

³² Cfr. *ex multis*, T. GINSBURG, A. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, Chicago UP, 2018; S. ISSACHAROFF, *Democracy Unmoored*, Oxford, Oxford UP, 2024.

³³ M. GOLDONI, C. MCCORKINDALE, *Three Waves of Political Constitutionalism*, cit., p. 77.

³⁴ A. FERRARA, *Sovereignty Across Generations*, Oxford, Oxford UP, 2024, pp. 74-75.

³⁵ T. GYORFI, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 26.

³⁶ S. CHAMBERS, *Democracy and constitutional reform: Deliberative versus populist constitutionalism*, in “Philosophy and Social Criticism”, n. 9-10, 2019, pp. 1118-1120.

³⁷ O. DOYLE, E. LONGO, A. PIN, *Populism: A health check for constitutional democracy?*, in “German Law Journal”, n. 20, 2019, p. 403.

prospettiva, è possibile aprire una porta alle sintonie fra il costituzionalismo politico e alcuni elementi egualitaristici del cosiddetto “populismo di sinistra”, lasciandola però sbarrata alle istanze illiberali ed autoritarie del cosiddetto “populismo di destra”.

Il populismo illiberale viene classificato di destra quando fonda la propria agenda politica su un nazionalismo di carattere etnico e quindi orientato da politiche restrittive sull’immigrazione e ammiccanti verso le tradizioni e i bisogni dei “veri” cittadini³⁸. È su questa base che il mandato degli eletti assume contorni autoritari, nel segno di una missione verso il “popolo” che non può essere minata dall’impegno ad un processo politico aperto e, come tale, disposto alla sconfitta. Questo populismo tradisce l’uguaglianza democratica³⁹ in due modi. Il primo consiste nella priorità, su base razziale, linguistica e religiosa accordata ad una porzione di cittadini su altri. Il secondo viene identificato dalla ristrutturazione del processo democratico al fine di favorire questo gruppo nella deliberazione pubblica e assegnazione del potere politico. Il punto di vista dei populistici viene avvantaggiato, rendendolo – con le famose parole di Orwell – più uguale degli altri, attraverso, per esempio, un rigido controllo dell’informazione⁴⁰ o una manipolazione del processo maggioritario con esclusioni o modifiche dei distretti elettorali⁴¹.

La rotta del populismo di destra entra in collisione con tutti gli elementi qualificanti del costituzionalismo politico, negando l’uguaglianza fra i cittadini, rifiutando il riconoscimento del disaccordo legittimo, manipolando la partecipazione regolata dalla maggioranza e, in questo modo, diluendo il controllo sul potere dell’esecutivo o della maggioranza parlamentare. Il costituzionalismo politico mantiene un perimetro costituzionale dinamico, aperto alle sollecitazioni della cittadinanza. Al contrario, una classe di rappresentanti che usa la maggioranza per blindare il proprio potere e le proprie policy⁴² contraddice questo dinamismo partecipativo.

³⁸ Cfr. C. MUDDE, *Three decades of populist radical right parties in Western Europe: So what?*, in “European Journal of Political Research”, n. 52, 2013, pp. 1-19.

³⁹ A. MULIERI, *Contro la democrazia illiberale*, Roma, Donzelli, 2024, p. 11.

⁴⁰ S. CHAMBERS, *Democracy and constitutional reform: Deliberative versus populist constitutionalism*, cit., p. 1121.

⁴¹ F. TOLSON, *Countering the Real Countermajoritarian Difficulty*, in “California Law Journal”, n. 109, 2021, pp. 2383-2384.

⁴² P. BLOKKER, *Populism as a constitutional project*, in “International Journal of Constitutional Law”, n. 2, 2019, pp. 548-551.

Discutendo le derive illiberali di Ungheria e Polonia – esattamente nel segno del populismo di destra – Drinóczy e Bień-Kacała mostrano come le scelte fatte a Budapest e Varsavia siano supportate da un fraintendimento del costituzionalismo politico⁴³. Innanzitutto, in questi paesi non esiste una costituzione politica ma una costituzione lunga e rigida protetta da una corte⁴⁴. Inoltre, il processo democratico di quei paesi – e quindi la loro ipotetica costituzione politica – contraddice le precondizioni del costituzionalismo politico perché modellato sull’impianto istituzionale del periodo sovietico, che favorisce il partito dominante (oggi i populistici, nell’era sovietica il partito socialista) nell’esercizio e nel mantenimento del potere⁴⁵. Il conseguente vantaggio sistematico conferito ad una delle parti in gioco segna la siderale distanza fra questa idea autoritaria di democrazia e il fallibilismo originale dell’ideale democratico⁴⁶, espresso dalla fiducia nel processo partecipativo maggioritario.

Il rapporto fra costituzionalismo politico e populismo di sinistra apre, invece, una riflessione più sfumata. Resta ferma, anche in questo secondo accostamento, l’incompatibilità fra costituzionalismo politico e autoritarismo enucleata nell’analisi del populismo di destra. C’è, però, una sintonia possibile fra le due teorie sul ruolo cruciale dell’uguaglianza. Come il costituzionalismo politico, anche il populismo di sinistra critica la tecnicizzazione della politica, che alza i requisiti di accesso alla partecipazione a vantaggio di una élite altamente qualificata. Con Mouffe, il populismo di sinistra mira a “recuperare ed estendere gli ideali di uguaglianza e sovranità popolare, che sono costitutivi di una politica democratica”⁴⁷, fronteggiando la deriva verso l’oligarchia⁴⁸. Questo punto avvicina le istanze del populismo di sinistra al costituzionalismo politico e alla necessità di avviare un processo di politicizzazione della costituzione in funzione anti-elitista, rendendo il più permeabile possibile la discussione sul contenuto e l’implementa-

⁴³ T. DRINÓCZI, A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in “German Law Journal”, n. 20, 2019, p. 1141.

⁴⁴ T. DRINÓCZI, A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, cit., p. 1162.

⁴⁵ T. DRINÓCZI, A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, cit., p. 1162.

⁴⁶ A. MULIERI, *Contro la democrazia illiberale*, cit., p. 135-143.

⁴⁷ C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 3.

⁴⁸ C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, cit., p. 20.

zione dei diritti⁴⁹. Allo stesso tempo, però, la salvaguardia dell'uguaglianza nei gangli del processo decisionale ripropone inevitabilmente la possibile spinta sì anti-elitista ma anche autoritaria che serpeggia anche nel populismo di sinistra⁵⁰. La preservazione di un meccanismo partecipativo di eguali apre così un fronte di riflessione interno al costituzionalismo politico, relativo alla possibilità che le pulsioni del politico a cui è soggetta la maggioranza creino un ruolo per le corti.

4. *Costituzionalismo politico e teoria del processo politico-rappresentanza rafforzata*

La minaccia populista all'uguaglianza apre una spinta riflessiva nel costituzionalismo politico, che nasce da uguaglianza, disaccordo, partecipazione maggioritaria e controllo del potere. Tra questi elementi esiste una tensione: la maggioranza non può schiacciare l'uguaglianza o il disaccordo, né l'impostazione egualitaria può assorbire del tutto la partecipazione maggioritaria. Questa tensione propizia in una "fase riflessiva" del costituzionalismo politico⁵¹, che si interroga sulle forme istituzionali attraverso cui la partecipazione egualitaria può trovare nuove espressioni nell'esercizio di un potere controllabile, esaminando come il politico acquisisce i mezzi per generare pratiche, norme e diritti⁵² per la generazione del sistema politico stesso (*polity*)⁵³.

In questo quadro di analisi, è possibile riconsiderare la funzione del potere giudiziario nel processo politico e nella generazione del diritto – in particolare in circostanze di arretramento democratico – pur rimanendo fedeli alla centralità della partecipazione popolare egualitaria. Questa prospettiva riflessiva muove dall'identificazione di un aspetto

⁴⁹ R. BELLAMY, *Political constitutionalism and populism*, in "Journal of Law and Society", n. 1, 2023, pp. s15-s17.

⁵⁰ Il Venezuela di Chavez e Maduro ne è forse l'esempio più chiaro, come discusso in G. HALMAI, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in "German Law Journal", n. 20, 2019, p. 298.

⁵¹ M. GOLDONI, C. MCCORKINDALE, *Three Waves of Political Constitutionalism*, cit., p. 90.

⁵² M. LOUGHLIN, *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford UP, 2017, p. 77.

⁵³ M. LOUGHLIN, *The Political Constitution Revisited*, in "King's Law Journal", n. 1, 2019, p. 12.

costitutivo e uno operativo. Da un lato, l'uguaglianza nel disaccordo costituisce il costituzionalismo politico, giustifica la sua attenzione al processo democratico e la denuncia della difficoltà contro-maggioritaria innescata dalle corti. Dall'altro lato, il ruolo della maggioranza responsabile enuclea il principio operativo del costituzionalismo politico, il modo, cioè, in cui la partecipazione di eguali nel disaccordo viene espressa (con l'inclusione di tutti i punti di vista e la determinazione di quello maggioritario) ma anche preservata (con l'*accountability* della decisione presa⁵⁴). Questa differenziazione permette di identificare una conclusione: la maggioranza non ha potere sull'uguaglianza politica nella gestione del disaccordo⁵⁵ o, in termini associativi, la maggioranza ha potere se e solo se va in coppia con il controllo del potere, cioè con la responsabilità a maggioranze popolari future.

Questa disamina apre ad una possibile declinazione istituzionale del momento riflessivo del costituzionalismo politico ispirata alla filosofia di Ely e alle sue recenti rielaborazioni. Ely presenta il processo democratico come l'ambito per determinare quali valori debbano trovare sostegno in una società pluralista a conclusione di un libero dibattito tra diverse posizioni⁵⁶. Questa tesi rivela una sintonia con il costituzionalismo politico, sebbene Ely sostenga la legittimità del controllo giurisdizionale. Per il giurista statunitense, le corti sono infatti indispensabili per proteggere e rafforzare la partecipazione e la rappresentanza delle diverse prospettive presenti nel corpo sociale (*participation oriented, representation-reinforcing*)⁵⁷. Quando si verifica la soppressione di voci o di voti, l'intervento riparatore dell'autorità giudiziaria risulta pienamente coerente con i principi democratici⁵⁸.

Questa teoria è stata ripresa, fino a diventare il modello della *comparative political process theory* o *comparative representation reinforcing theory*, che studia la capacità del potere giudiziario di tutelare la

⁵⁴ Con "decisione" ci si riferisce qui, indistintamente, tanto ad una disposizione quanto a chi ha potere di imporla; vedi P.P. PORTINARO, *Potere*, Milano, RCS, 2023, p. 40. Nell'ottica del costituzionalismo politico entrambe le decisioni devono rimanere reversibili.

⁵⁵ J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in "The Yale Law Journal", n. 6, 2006, p. 1346.

⁵⁶ J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1980, p. 87.

⁵⁷ J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit., p. 87.

⁵⁸ J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit., p. 103.

democrazia in più modi e contesti istituzionali⁵⁹. Ely mostra che la preservazione della democrazia non può essere lasciata semplicemente nelle mani dei rappresentanti⁶⁰. Questa tesi è corroborata, come mostrato (sezione 3), dalla possibilità che il politico assuma uno slancio fortemente agonistico, financo ad abbattere le regole a cui è sottoposto⁶¹. Di fronte a questa possibilità, la proposta di matrice elyiana mira a preservare la forma egualitaria e partecipativa del politico e, per farlo, sostiene di affidare alle corti costituzionali il mandato di proteggere le prerogative politiche della cittadinanza⁶². Le corti assumono un ruolo “antitrust”, proteggendo il mercato politico da maggioranze non-democratiche⁶³.

La teoria di Ely, centrata sulla protezione del processo elettorale, viene ampliata da Gardbaum, che include tutti i passaggi con cui il potere viene allocato, trasferito ed esercitato (e.g., i fallimenti del potere legislativo nel contenere l’esecutivo; la presa di controllo governativa delle istituzioni indipendenti; l’indebita influenza delle lobby)⁶⁴. Espandendo questo approccio, lo stesso autore finisce per includere una correzione giudiziale “semi-sostantiva”, tesa a bloccare i provvedimenti in grado, a lungo termine, di inceppare il meccanismo democratico⁶⁵. Questa espansione del ruolo giudiziario segna però un possibile distanziamento dalle premesse dell’argomento di Ely e dall’impianto fortemente partecipativo del costituzionalismo politico. Su questo è dirimente la sottolineatura di Dixon, per cui le teorie sviluppate sul modello di Ely non dovrebbero pregiudicare la centralità delle decisioni a maggioranza come motore delle decisioni pubbliche⁶⁶.

⁵⁹ R. DIXON, *Courts and comparative representation-reinforcing theory*, in “Global Constitutionalism”, n. 2, 2025, p. 207.

⁶⁰ S. GARDABAUM, *Comparative Political Process Theory*, in “International Journal of Constitutional Law”, n. 4, 2020, p. 1430.

⁶¹ J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, p. 144.

⁶² M. HAILBRONNER, L. KUJUS, *Representation reinforcement in the European Court of Human Rights*, in “Global Constitutionalism”, n. 2, 2025, p. 408.

⁶³ J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit., p. 102.

⁶⁴ S. GARDABAUM, *Comparative Political Process Theory*, cit., pp. 1431, 1435-1448.

⁶⁵ S. GARDABAUM, *Comparative political process theory II*, in “Global Constitutionalism”, n. 2, 2025, pp. 226-228.

⁶⁶ R. DIXON, *Courts and comparative representation-reinforcing theory*, cit., p. 213; R. DIXON, *The New Responsive Constitutionalism*, in “The Modern Law Review”, n. 4, 2024, pp. 805-806.

È in questo solco che sembra possibile affinare la “politicalità” del costituzionalismo politico, mostrando una via per rendere le sue conclusioni istituzionali maggiormente coerenti con le sue premesse normative. Questa lettura rappresenterebbe una proposta rivolta “al modo in cui le nostre istituzioni politiche ospitano e inquadrano i nostri disaccordi sugli ideali sociali e orchestrano ciò che viene fatto riguardo a qualsiasi obiettivo su cui riusciamo a trovare un accordo”⁶⁷. Per tenere in equilibrio il principio costitutivo (uguaglianza nel disaccordo) e operativo (maggioranza responsiva) del costituzionalismo politico si può immaginare – seguendo Ely – un ruolo determinante del potere giudiziario nel mantenere funzionante la democrazia attraverso la protezione del processo politico. Tale protezione può articolarsi in diversi modi: concentrandosi sulle elezioni e i meccanismi di competizione per il potere⁶⁸ o sui diritti politici⁶⁹.

Centrale, in questo approccio, è identificare un nucleo minimo di procedure su cui la maggioranza non ha autorità⁷⁰. Il punto dirimente a favore delle corti non starebbe nella loro maggiore capacità di allineare i diritti politici all’ideale della partecipazione di eguali⁷¹, ma nella necessità di sfilare dalle mani dell’autorità politica l’ultima parola sul meccanismo partecipativo ed egualitario che legittima il suo potere. Riguardando ad Ely, il costituzionalismo politico può disegnare una procedura democratica aperta e vivace, financo “muscolare”⁷², inserendo però garanzie forti sul controllo del potere affinché la coincidenza fra costituzionalismo politico e democrazia non richiami il matrimonio celebrato soltanto nella buona sorte.

⁶⁷ J. WALDRON, *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 2016, p. 6.

⁶⁸ R. DIXON, D. LANDAU, *Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core*, in A. HUO, T. GINSBURG (a cura), “Assessing Constitutional Performance”, Cambridge UP, 2016, pp. 275-279.

⁶⁹ J. HOHNERLEIN, *Democratic Revisability and the Legitimacy of Constitutional Entrenchments: A Content-Specific Approach*, in “German Law Journal”, n. 25, 2024, pp. 738-742.

⁷⁰ P. BODINI, *Political Constitutionalism and Forms of Judicial Review: A Dual Approach to Counter-Majoritarian Difficulty*, in “German Law Journal”, 2025, pp. 11-15.

⁷¹ Obiezioni formulate in R. BELLAMY, *Turtles all the way down? Is the political constitutionalist appeal to disagreement self-defeating? A reply to Cormac Mac Amhlaigh*, cit., p. 209.

⁷² J.S. SCHACTER, *Ely and the Idea of Democracy*, in “Stanford Law Review”, n. 57, 2004, p. 739.

Conclusioni

L'articolo ha proposto una ricostruzione dei fondamenti storico-teorici del costituzionalismo politico (sezione 1 e 2) per discutere i ricorsi abusivi a questa concezione nei contesti segnati dal populismo (sezione 3) ed immaginare gli sviluppi istituzionali possibili del paradigma nel segno di una maggiore coerenza con i suoi elementi fondazionali (sezione 4). Il punto di arrivo è l'individuazione di un nesso teorico con le concezioni di matrice elyiana, attente alla capacità del potere giudiziario di tutelare la democrazia in più modi e contesti istituzionali. In chiave teorica, la fase riflessiva del costituzionalismo politico sarebbe segnata da una nuova politicizzazione, vale a dire, dalla rivalutazione del ruolo democratico che le corti sono in grado di svolgere. Questo approdo non allontanerebbe il costituzionalismo politico dal minimalismo che lo connota. Piuttosto, esso allargherebbe tale minimalismo anche al ruolo democratico delle corti, includendo il potere giudiziale nella missione di mantenere un processo politico egualitario, partecipativo, responsivo e aperto al disaccordo.

Abstract - This article examines the relationship between democracy and political constitutionalism, beginning with its historical (section 1) and theoretical (section 2) roots. Reconstructing the foundations of political constitutionalism is vital to exposing its misuse in contexts marked by authoritarian populism (section 3). However, the relationship with the egalitarian elements of left-wing pop-

ulism opens a door to developments of the paradigm and, more precisely, to the possibility of envisioning its institutional evolution in a way that is more coherent with its foundational premises (section 4). From this perspective, the article will demonstrate the points of contact between political constitutionalism and Ely-inspired theories of the political process/representation-reinforcing theory.