

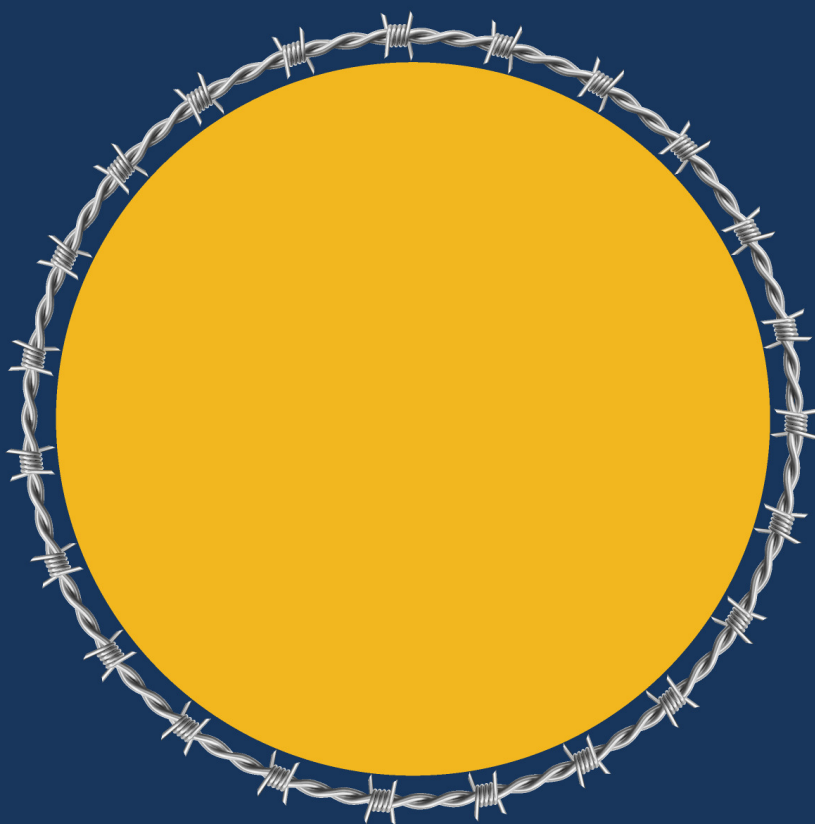


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

3 • 1 • 2021



<https://doi.org/10.13130/2612-6672/2021/3>

ISSN: 2612-6672

DIRETTORE RESPONSABILE/EDITOR IN CHIEF

Angela Di Gregorio (Università degli Studi di Milano)

VICE DIRETTORI/DEPUTY EDITORS

Cristiana Fiamingo (Università degli Studi di Milano), Elisa Giunchi (Università degli Studi di Milano), Marzia Anna Linda Maria Rosti (Università degli Studi di Milano), Daniela Vignati (Università degli Studi di Milano)

COMITATO SCIENTIFICO/SCIENTIFIC BOARD

Suren Avakian (Lomonosov Moscow State University), Marie-Elisabeth Baudoin (Université Clermont Auvergne), Martin Belov (Sofia University "St. Kliment Ohridski"), Fabio Bettanin (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"), Armin von Bogdandy (Goethe Universität Frankfurt am Main), Tanja Cerruti (Università degli Studi di Torino), Leïla Choukroune (University of Portsmouth), Marco Cuzzi (Università degli Studi di Milano), Maria Cristina Ercolessi (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"), Roberto Escobar (Università degli Studi di Milano), David Fonseca (Université d'Évry-Val-d'Essonne / Université Paris-Saclay), Mario Ganino (Università degli Studi di Milano), Tania Groppi (Università degli Studi di Siena), Carlos Miguel Herrera (Université de Cergy-Pontoise), Reinhart Köbler (University of the Free State – University of Freiburg), Anatoly Kovler (Higher School of Economics – National Research University Moscow), Mario G. Losano (Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"), Goran Marković (University of East Sarajevo), Mykhailo Minakov (Kennan Institute – Wilson Center), Maurizio Oliviero (Università degli Studi di Perugia), Ilan Pappé (University of Exeter), Lucio Pegoraro (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Hugues Rabault (Université d'Évry-Val-d'Essonne / Université Paris-Saclay), Sabrina Ragone (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Angelo Rinella (Università di Roma LUMSA), Elena-Simina Tănăsescu (Universitatea din București), Guillaume Tusseau (Sciences Po – École de droit), Tat'jana Andreevna Vasil'eva (Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences)

COMITATO DI DIREZIONE/EDITORIAL BOARD

Arianna Angeli (Università degli Studi di Milano), Benedetta Calandra (Università di Bergamo), Roberto Cammarata (Università degli Studi di Milano), Alessandro Cenerelli (Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"), Simone Dossi (Università degli Studi di Milano), Caterina Filippini (Università degli Studi di Milano), Claudio Foliti (Università di Roma la Sapienza), Monika Forejtová (University of West Bohemia in Pilsen), Valerio Giannattasio (Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"), Alessandro Guida (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"), Raffaele Nocera (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"), Raphael Paour (Université Paris Nanterre), Rosita di Peri (Università degli Studi di Torino), Daniela Pioppi (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale")

CAPOREDATTORE/CHIEF OF EDITORIAL STAFF

Laura Alessandra Nocera (Università degli Studi di Milano)

COMITATO DI REDAZIONE/EDITORIAL STAFF

Arianna Angeli (Università degli Studi di Milano), Giovanni Cavaggion (Università degli Studi di Milano), Matteo D'Avanzo (Università degli Studi di Milano), Carlo Erba (Università degli Studi di Milano), Shawn Guidi (Università degli Studi di Milano), Andrea Haidar (Università degli Studi di Milano), Christian Javier Mosquera Arías (Università degli Studi dell'Insubria), Veronika Nikitina (Lomonosov Moscow State University), Valentina Paleari (Università degli Studi di Milano), Giulia Rovelli (Università degli Studi dell'Insubria), Sara Zanotta (Università degli Studi di Milano)

REVISIONE LINGUISTICA/LANGUAGE EDITING

Martina Marinoni (Università degli Studi di Milano), Christian Javier Mosquera Arías (Università degli Studi dell'Insubria), Valentina Paleari (Università degli Studi di Milano), Giulia Rovelli (Università degli Studi dell'Insubria)

SAGGI

- D. VIGNATI**, *Quando la democrazia italiana era "osservata speciale": la Gran Bretagna e la questione comunista in Italia alla vigilia delle elezioni del 1976* p. 5
- M. ROSTI**, *Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura cívico-militar y de sus víctimas en Argentina* p. 22
- C. CARPINELLI**, *La "nuova" Costituzione russa e il suo codice di civiltà* p. 53
- A. BELTRAME DE MOURA, N. POSENATO**, *The Promotion of Sustainable Development in the EU's 'New Generation' Free Trade Agreements and its Impact on Third Countries* p. 78

SEZIONE SPECIALE DEMOCRACY AND RULE OF LAW IN CRISIS: NATIONAL AND EU CONTEXT COMPARED

- C. PINELLI**, *Respect for the Rule of Law as Embedded in Article 2 TEU and Protection of the Union's Financial Interests* p. 96
- E.S. TĂNĂSESCU**, *The Independence of Justice as Proxy for the Rule of Law in the EU - Case Study - Romania* p. 102
- F. PEIRONE**, *Populism and Katékon. The Two Souls of the Schmittian State* p. 123
- E. GALLINARO**, *Il nuovo regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: verso una più efficace tutela dello Stato di diritto?* p. 138
- S. GIANELLO**, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende* p. 160

CRONACHE

- C. CERAMI**, *Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention* p. 186
- M. DOMIN**, *Referendum on Early Elections in Slovakia: Constitutional Challenges in Times of Crisis* p. 196
- A. DI GREGORIO**, *Il sistema politico e costituzionale della Russia un anno dopo la Grande Riforma Putiniana: tra legislazione attuativa, chiusura identitaria e fragilità politica* p. 208
- M. ROSTI**, *L'Acuerdo de Escazú: il primo trattato sull'ambiente in vigore in America Latina* p. 223

RECENSIONI

- D. STASI**, *Riccardo Cavallo, L'Europa tra Nomos e Polemos, Utet, Torino, 2020, 214 pp.* p. 233
- J. SAWICKI**, *Martin Belov (ed.), Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment, and Political Reality, Intersentia, Cambridge, 2021, XVII-378 pp* p. 237

HANNO PUBBLICATO NEL PRESENTE NUMERO:

ALINE BELTRAME DE SOUSA, CRISTINA CARPINELLI, CAROLA CERAMI, ANGELA DI GREGORIO, MAREK DOMIN, ELISA GALLINARO, SIMONE GIANELLO, FRANCO PEIRONE, CESARE PINELLI, NAIARA POSENATO, MARZIA ROSTI, JAN SAWICKI, DANIELE STASI, ELENA-SIMINA TĂNĂSESCU, DANIELA VIGNATI

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



S
A
G
G
I

SAGGI

D. Vignati, *Quando la democrazia italiana era “osservata speciale”:
la Gran Bretagna e la questione comunista in Italia alla vigilia delle
elezioni del 1976*

M. Rosti, *Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura cívico-militar y
de sus víctimas en Argentina*

C. Carpinelli, *La “nuova” Costituzione russa e il suo codice di civiltà*

A. Beltrame de Sousa, N. Posenato, *The Promotion of Sustainable
Development in the EU’s ‘New Generation’ Free Trade Agreements
and its Impact on Third Countries*

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



**Quando la democrazia italiana era
“osservata speciale”:
la Gran Bretagna e la questione
comunista in Italia alla vigilia delle
elezioni del 1976**

D. Vignati

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Quando la democrazia italiana era “osservata speciale”: la Gran Bretagna e la questione comunista in Italia alla vigilia delle elezioni del 1976

*Daniela Vignati**

Abstract

During the spring of 1976, on the eve of Italian political elections that were expected (and feared) to be won by the Italian Communist Party, British diplomats and officers inside the Foreign Office and the Ministry of Defence were devoting a big deal of attention towards what was going on in Italy, and what the elections' outlook might bring about. Among the many issues discussed in numerous reports concerning the Italian situation, assessments diverged about the repercussions of the Communists' share of power on the Italian democratic system. Relying upon archival sources available at the National Archives in Kew (London), the essay explores the debate that took place and the dangers then envisaged for the Italian democracy.

Keywords: Historic Compromise - United Kingdom and Italy - Italian Elections of 1976 - Red scare, 1976 - British Labour Party and the Italian Communist Party.

SOMMARIO: 1. Il compromesso storico all'orizzonte. Un nuovo 18 aprile. 2. Una democrazia a rischio. L'ambasciatore a Roma lancia l'allarme. 3. Timide obiezioni. 4. Ripensamenti e revisioni. 5. Cauto realismo. 6. Il fine giustifica i mezzi? Democrazia e paradossi.

* Ricercatrice di Storia delle relazioni internazionali presso il Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici, Università degli Studi di Milano. Il testo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco.

1. *Il compromesso storico all'orizzonte. Un nuovo 18 aprile*

Il 1° maggio 1976 il Presidente della Repubblica italiana Giovanni Leone firmava il decreto di scioglimento della Camera dei Deputati e del Senato. Giungeva così a una conclusione prematura rispetto alla scadenza naturale la prima legislatura della storia repubblicana inaugurata a seguito di elezioni anticipate, e si apriva la campagna elettorale in vista delle elezioni del Parlamento convocate per il 20 e 21 giugno. Era una campagna elettorale che si avviava in un contesto politico assai convulso, avvitatosi nei primi mesi dell'anno nel rapido susseguirsi di momenti e motivi di tensione: la contrapposizione frontale tra i partiti sul tema dell'aborto, le rivelazioni del Comitato Pike sui finanziamenti statunitensi alla *Democrazia Cristiana* (DC) e lo scandalo Lockheed che minacciavano di travolgere i vertici del partito di maggioranza relativa, il frenetico rincorrersi di ipotesi di governi di unità nazionale che dava la sensazione di un sistema partitico allo sbando, mentre ancora il terrorismo di matrice eversiva non accennava a dare tregua. Era una campagna elettorale destinata a culminare con elezioni che l'ambasciatore britannico a Roma Guy Millard non esitò a definire «più cariche di incertezze e foriere di conseguenze potenzialmente più gravi per l'Italia, l'Europa e l'Occidente di qualunque altra consultazione svoltasi in questo paese nel dopoguerra»¹.

Esprimendosi in termini tanto iperbolici, Millard richiamava l'attenzione del suo Ministro (e del Ministero tutto) sul rischio, da molti osservatori considerato all'epoca assai concreto, che le elezioni politiche indette in Italia si tradussero in un significativo successo elettorale per il *Partito Comunista Italiano* (PCI), spalancandogli le porte del governo italiano. Considerazioni del tutto analoghe a quelle dell'ambasciatore britannico riecheggiavano nello stesso periodo ai vertici dei principali organismi deputati alla formulazione della politica estera nell'amministrazione statunitense guidata da Gerald Ford, e avevano già spinto il suo Segretario di Stato Henry Kissinger a manifestare aperta ostilità contro ogni forma di coinvolgimento del PCI nel governo italiano²; preoccupazioni dello stesso tenore albergavano presso il governo tedesco presieduto da Helmut Schmidt, che nel luglio successivo si sarebbe espresso in termini quasi ricattatori rispetto a una

¹ G. Millard a A. Crosland, *The Fall of the Fifth Moro Government: Italy Approaches Elections*, rapporto del 12 maggio 1976, in The National Archives, Kew (di seguito, TNA), FCO 33/2942.

² L. Cominelli, *L'Italia sotto tutela. Stati Uniti, Europa e crisi italiana degli anni Settanta*, Le Monnier, Milano, 2014, p. 208. Nell'ambito della letteratura sulle reazioni internazionali all'ascesa del PCI e al progetto del compromesso storico, il settore dedicato alla prospettiva statunitense è sicuramente il più corposo. Tra i lavori di carattere scientifico, si segnalano: U. Gentiloni Silveri, *L'Italia sospesa. La crisi degli anni Settanta vista da Washington*, Einaudi, Torino, 2009; L. Cominelli, *L'Italia sotto tutela*, cit.; F. Heurtebize, *Le péril rouge. Washington face à l'eurocommunisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014; L. Guarna, *Richard Nixon e i partiti politici italiani (1969-1972)*, Mondadori, Milano, 2015; A. Ambrogetti, *Aldo Moro e gli americani*, Edizioni Studium, Roma, 2016.

possibile inclusione dei comunisti nel governo italiano³; e apprensioni simili la prospettiva del “sorpasso” del PCI sulla DC destava nella Francia che assisteva alla crescita del *Partito Socialista* di François Mitterand il quale, pur essendo stato in grado di relegare il *Partito Comunista Francese* a una condizione ancillare, si candidava a governare insieme ad esso⁴.

A rendere plausibile la prospettiva di un tanto imminente quanto paventato accesso del PCI al governo italiano concorrevano numerosi fattori: il logoramento del centrosinistra che – intrappolato in logiche correntizie, divisioni e rivalità infra e interpartitiche – rivelava ormai seri limiti non solo nell’attuazione di un disegno riformatore ormai da tempo esauritosi, ma anche nella capacità di garantire governabilità; la crisi economica che si innestava su una profondissima frattura nella società civile, dilaniata dal terrorismo e colpita dalla cosiddetta strategia della tensione che dalla fine del decennio precedente minacciava le istituzioni democratiche e sollevava angosciosi interrogativi circa la loro tenuta; l’assottigliamento dei consensi a favore dei partiti di cui il centrosinistra era espressione e la parallela crescita del PCI, gradualmente affermatosi come forza politica credibile e competente, specie a seguito dei notevoli risultati ottenuti nelle amministrazioni locali, e segnatamente nelle Regioni istituite a partire dal 1970. Dopo l’elezione di Enrico Berlinguer alla segreteria, l’ambizione del PCI a partecipare alla guida del paese si era notevolmente consolidata, la proposta di compromesso storico formulata all’indomani del golpe cileno nell’autunno del 1973 le aveva conferito un inedito carattere di concretezza, e i risultati conseguiti in occasione delle elezioni regionali del 1975 l’avevano trasformata in legittima candidatura al governo⁵.

³ A. Varsori, *Puerto Rico (1976): le potenze occidentali e il problema comunista in Italia*, in *Ventesimo Secolo*, Vol. 7 No. 16, 2008, pp. 89-121, p. 111.

⁴ Il citato studio di Heurtebize fornisce una dettagliata analisi delle valutazioni elaborate a Washington sulla situazione politica francese (oltre che su quella italiana). Cfr. F. Heurtebize, *Le péril rouge*, cit. Il caso italiano e quello francese si sarebbero intrecciati inscindibilmente nel 1977, quando l’amministrazione Carter da poco insediata dovette elaborare una politica per l’Italia che fosse compatibile con l’interesse statunitense a sostenere il disegno di Mitterand. Cfr. O. Njølstad, *The Carter Administration and Italy: Keeping the Communists out of Power without Interfering*, in *Journal of Cold War Studies*, Vol. 4 No. 3, 2002, pp. 56-94. Sul dibattito relativo al caso Italia in Germania, si vedano: G. Bernardini, *La SPD e il socialismo democratico europeo negli anni '70: il caso dell'Italia*, in *Ricerche di Storia Politica*, Vol. 13 No. 1, 2010, pp. 3-22; Id., *The Federal Republic of Germany and the “Resistible Rise” of the Historic Compromise in Italy (1974-1978)*, in A. Varsori, G. Migani (eds.), *Europe in the International Arena during the 1970s. Entering a Different World*, Peter Lang, Bruxelles, 2011, pp. 317-337; Id., *Prove di vincolo esterno: la Repubblica Federale Tedesca e il ‘compromesso storico’ come problema internazionale*, in F. Perfetti, A. Ungari, D. Caviglia, D. De Luca (a cura di), *Aldo Moro nell’Italia Contemporanea*, Le Lettere, Firenze, 2011, pp. 531-550.

⁵ Per una ricostruzione delle vicende politiche, sociali ed economiche dell’Italia di quegli anni si rinvia allo studio di Miguel Gotor, che offre anche un quadro puntuale, aggiornato alla luce delle fonti storiografiche, documentarie e giudiziarie più recenti, sul controverso tema delle connessioni internazionali della strategia della tensione e del terrorismo. M. Gotor, *L’Italia nel Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon*, Einaudi, Torino, 2019.

Solo in apparenza del resto il contesto internazionale, ed europeo in particolare, del 1976 era meno irto di insidie rispetto a quello del 1948. Se solo un anno prima la Distensione aveva toccato il suo apogeo con la firma dell'Atto Finale di Helsinki, l'Europa meridionale e l'area mediterranea erano attraversate dall'inizio del decennio da profondi rivolgimenti da cui avrebbero potuto scaturire sensibili spostamenti degli equilibri strategici, militari e geopolitici, e che per molti aspetti contraddicevano la logica stessa della Distensione e le premesse su cui si basava: il colpo di stato in Libia che aveva privato gli Stati Uniti e la Gran Bretagna di un prezioso avamposto in Nord Africa e la decisione del governo di Malta di interrompere la collaborazione con Londra che rischiava di tradursi in un indebolimento della NATO; la crisi di Cipro che, vedendo contrapposti due paesi formalmente alleati in seno alla stessa NATO, avrebbe potuto comprometterne fatalmente la solidità; l'aggravamento delle condizioni di salute di Tito che alimentava timori che alla sua morte l'Unione Sovietica fosse tentata di intervenire ai confini con l'Italia; la fine quasi contestuale delle dittature in Grecia, Portogallo e Spagna che sembrava preludere all'affermazione delle forze socialiste e comuniste in quelle realtà⁶.

Che in una simile cornice e nella logica che dominava la Guerra fredda – di cui la Distensione era pur sempre un'espressione – gli alleati dell'Italia guardassero con apprensione alla possibile partecipazione del PCI al governo di Roma è facilmente comprensibile: nonostante lo strappo consumato con il *Partito Comunista dell'Unione Sovietica* (PCUS) dopo la repressione della primavera di Praga e la proposta dialogante di compromesso storico rivolta alla DC, il PCI era un partito che si richiamava all'ideologia alle fondamenta dello Stato sovietico, che nel corso della Guerra fredda aveva fino ad allora aderito alle posizioni dell'Unione Sovietica e partecipato alle campagne da questa promosse contro le iniziative occidentali – dal Piano Marshall alla Comunità Europea di Difesa – e che considerava Mosca «il crocevia principale della [sua] politica internazionale»⁷.

Ugualmente comprensibile è che tra gli osservatori particolarmente preoccupati per gli sviluppi della situazione italiana, e allarmati dalla prospettiva che il PCI potesse essere ammesso a partecipare al governo, vi fosse la Gran Bretagna. Da tempo superati i contrasti che avevano segnato i primi anni del dopoguerra, la Gran

⁶ I rivolgimenti che interessarono l'Europa meridionale negli anni in cui la Distensione raggiungeva il suo apogeo proprio in Europa sono al centro di una produzione storiografica in continua espansione. Cfr. tra gli altri: A. Varsori, *Crisis and Stabilization in Southern Europe during the 1970s: Western Strategy, European Instruments*, in *Journal of European Integration History*, Vol. 15 No. 1, 2009, pp. 5-14; E.G.H Pedaliu, "A Sea of Confusion": *The Mediterranean and Détente, 1969-1974*, in *Diplomatic History*, Vol. 33 No. 4, 2009, pp. 735-750; M. Del Pero, V. Gavin, F. Guirao, A. Varsori, *Democrazie. L'Europa meridionale e la fine delle dittature*, Le Monnier, Firenze, 2010; E. Di Nolfo, *The Cold War and the Transformation of the Mediterranean, 1960-1975*, pp. 238-257; in *The Cambridge History of the Cold War*, Vol. II, *Crises and Détente*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; E. Calandri, D. Caviglia, A. Varsori (eds.), *Détente in Cold War Europe. Politics and Diplomacy in the Mediterranean and the Middle East*, I.B. Tauris, London, 2016.

⁷ S. Pons, *Berlinguer e la fine del comunismo*, Einaudi, Torino, 2006, p. 25.

Bretagna aveva trovato nel governo italiano un prezioso e costante sostegno lungo l'intero, faticoso, percorso di avvicinamento alla Comunità Economica Europea e nell'Italia contava di continuare ad avere un alleato nella gestione delle politiche comuni.

Insieme alla Germania di Bonn, il Regno Unito rimaneva peraltro il principale alleato europeo della NATO e ciò, sommato alla capacità di ritagliarsi un ruolo di “consigliere” del governo statunitense anche in un momento in cui la *special relationship* attraversava un momento assai critico, garantiva che qualunque linea l'Alleanza Atlantica avesse adottato all'indomani delle elezioni nei confronti dell'Italia avrebbe risentito dell'influenza del governo di Londra. Un governo guidato all'epoca dal *Partito Laburista*, che si dalle origini della Guerra fredda si era distinto per il suo inveterato anticomunismo.

La preoccupazione “utilitaristica” per le sorti dell'Italia e il peso che la Gran Bretagna avrebbe certamente avuto nella definizione di una strategia occidentale nel caso di un'affermazione comunista motivano l'interesse storiografico a comprendere in che modo da Londra si guardasse alla vigilia delle elezioni del 1976 alla situazione italiana.

È un tema su cui la pubblicistica ha richiamato l'attenzione più di dieci anni fa, quando l'apertura agli studiosi della documentazione archivistica diede modo di accedere a fonti in precedenza sconosciute. L'ha fatto, con il merito di oltrepassare i confini di un confronto circoscritto agli ambienti accademici ma con qualche concessione al sensazionalismo, ponendo l'accento sui disegni eversivi che furono vagliati in seno al *Foreign Office* (FO) come opzione per scongiurare l'avvento (o la permanenza) al potere del PCI⁸. Da allora, la storiografia si è lentamente ma progressivamente reimpossessata della questione, che ha indagato sulla base dell'analisi sistematica delle fonti, alla luce delle quali ha potuto ridimensionare la portata di alcune delle più eclatanti rivelazioni della pubblicistica⁹.

Nel solco di questa letteratura, il presente saggio esplora i toni e i termini in cui nei mesi che precedettero le elezioni del 1976 si valutavano ai vertici del governo britannica – nella sua componente politica, burocratico-amministrativa e diplomatica – i rischi per la democrazia italiana connessi all'ascesa e all'eventuale approdo al governo italiano del PCI; di una forza politica, cioè, che aveva dato un contributo decisivo alla sconfitta del fascismo e alla fondazione della Repubblica, che rientrava pienamente nel cosiddetto arco costituzionale, ma che per le sue

⁸ È il caso in particolare di G. Fasanella, M.J. Cereghino, *Il golpe inglese. Da Matteotti a Moro: le prove della guerra segreta per il controllo del petrolio e dell'Italia*, Chiarelettere, Milano, 2011. Più misurato è invece F. Ceccarelli, *Il golpe inglese*, in *La Domenica di Repubblica*, 13 gennaio 2008.

⁹ A. Varsori, *Puerto Rico (1976)*, cit.; G. Bentivoglio, *The Two Sick Men of Europe? Britain and Italy between Crisis and Renaissance (1976-1983)*, Peter Lang, Bruxelles, 2018; Id., *Una democrazia alla prova? Il 1978 italiano visto da Londra*, in G. Bentivoglio, A. Varsori (a cura di), *Realtà e immagine della politica estera italiana. Dal centro-sinistra al pentapartito*, FrancoAngeli, Milano, 2017, pp. 121-142; D. Vignati, *Keep Calm and Carry on. La Gran Bretagna e le elezioni italiane del 1976*, in *Ventesimo Secolo*, Vol. 17 No. 43, 2018, pp. 107-125.

(sempre più flebili) affiliazioni internazionali e in ragione dell'ideologia professata era considerata – anche nella fase in cui la Distensione era la cifra della Guerra fredda e il dialogo Est-Ovest aveva raggiunto il culmine – una minaccia.

2. Una democrazia a rischio. L'ambasciatore a Roma lancia l'allarme

L'attenzione del governo britannico per le vicende interne italiane e la preoccupazione per l'ascesa del PCI risalivano almeno al 1969, quando all'ambasciatore Patrick Hancock appena giunto a Roma era stata espressamente richiesta una approfondita indagine sul partito, allora guidato da Luigi Longo, e sulle sue prospettive per l'immediato futuro¹⁰. Subentrato a Hancock da pochi mesi, nel settembre 1974 Millard aveva incentrato sull'interrogativo «*Will the Communists Join the Italian Government?*» il rapporto a cui aveva affidato un primo bilancio della sua missione a Roma¹¹. All'indomani delle elezioni amministrative del giugno 1975, che avevano colto alla sprovvista gli osservatori britannici e gettato l'ambasciata a Roma nel più profondo sconforto¹², il governo britannico aveva sviluppato – con grande discrezione, e parallelamente a iniziative analoghe ispirate da Henry Kissinger¹³ e attuate dai socialdemocratici tedeschi¹⁴ – un'azione volta a persuadere i socialisti italiani a rilanciare il centrosinistra, da sempre considerato il più efficace baluardo contro l'estensione dell'area di governo ai comunisti.

Mentre l'incapacità o l'impossibilità da parte dei socialisti italiani di assecondare la volontà dei governi alleati precipitava la fine del centrosinistra e della legislatura, che il fiacco monocolore costituito da Moro nel febbraio 1976 poteva solo differire di pochi mesi, si avviò a Londra un intenso confronto sul problema di un eventuale ingresso del partito di Berlinguer nell'esecutivo italiano.

A destare l'attenzione e ri-lanciare l'allarme sulla questione comunista – e sui riflessi interni e internazionali di un'eventuale partecipazione del PCI al governo – fu un rapporto inviato a Londra dall'ambasciatore Millard. Sin dal carattere retorico della domanda scelta come titolo-sommario della sua missiva – *Italian Communists: How Different Are They?* – Millard chiariva inequivocabilmente la sua intenzione di mettere in discussione la presunta “specificità” del PCI. Quest'ultimo aveva sapientemente costruito un'immagine di partito genuinamente convertito ai principi democratici e dedito alla costruzione di politiche in linea con quelle perseguite dalle forze socialdemocratiche; la sua accettazione della NATO e della CEE aveva contribuito a rassicurare ampi strati dell'opinione pubblica

¹⁰ Se ne trova testimonianza in P. Hancock a J. Callaghan, *Valedictory Despatch*, 14 giugno 1974, in TNA, FCO 33/2497.

¹¹ G. Millard a J. Callaghan, *Will the Communists Join the Italian Government?*, rapporto del 20 settembre 1974, in TNA, FCO 33/2494.

¹² Cfr. G. Millard al FO, telegramma No. 301 del 17 giugno 1975, in TNA, FCO 33/2723.

¹³ O. Wright a E.A.J. Fergusson (segretario privato di Crosland), lettera del 14 gennaio 1976, in TNA, PREM 16/978.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, G. Bernardini, *La SPD e il socialismo democratico europeo negli anni '70: il caso dell'Italia*, cit.

italiana, e ancor più rassicurante appariva la figura del Segretario Berlinguer, capace di presentarsi come leader affidabile e di «parlare in maniera convincente»; la reputazione di partito dai cui ranghi provenivano ottimi amministratori locali e la speculare crescente impopolarità della *Democrazia Cristiana* avevano definitivamente concorso alla diffusa convinzione che l'ingresso del PCI nel governo italiano fosse non solo inevitabile ma per taluni versi addirittura auspicabile. Sarebbe stato tuttavia un errore madornale – metteva in guardia Millard – dare credito all'autorappresentazione (oggi la si definirebbe “narrazione”) e alla retorica di Berlinguer e dei suoi. Proclamando la propria fedeltà ai principi basilari della democrazia, i comunisti italiani non facevano che replicare una tattica già ampiamente adottata dai partiti comunisti dell'Europa dell'Est, che all'indomani della seconda guerra mondiale avevano garantito la propria fedeltà alle istituzioni e ai processi propri della democrazia mentre si preparavano ad abatterli – e solo incidentalmente si può osservare come Millard riecheggiasse con questa considerazione un tema caro al Segretario di Stato americano Kissinger¹⁵. Il PCI restava un partito votato a un progetto di scardinamento del sistema costituzionale, che non aveva mai abiurato il marxismo-leninismo e aveva aderito ai principi democratici per ragioni meramente strumentali. Una volta assunto il potere, avrebbe probabilmente agito con cautela e, facendo tesoro delle esperienze di Cile e Portogallo, avrebbe evitato accelerazioni repentine e rotture eclatanti. Sarebbero state però le conseguenze innescate dalla sua presenza ai vertici dello Stato italiano – il prevedibile sbandamento dei cattolici di fronte alla collaborazione con il PCI da parte della DC, l'ulteriore indebolimento che quest'ultima avrebbe subito, un'inevitabile fuga di capitali e la conseguente crisi finanziaria che avrebbe investito il paese – a creare le condizioni ideali per una stretta autoritaria. Di qui la necessità – resa ancor più urgente dai pericoli per l'Alleanza Atlantica che sarebbero potuti discendere dalla partecipazione dei comunisti al governo italiano – di non lasciarsi irretire dal “comunismo dal volto umano” di Berlinguer e di attivarsi, per quanto possibile, al fine di aiutare gli italiani a non farsi sedurre dalla prospettiva del compromesso storico. Certo, concludeva il diplomatico britannico, erano gli italiani in ultima analisi a doversi districare dalla complessa situazione in cui si trovavano, e tuttavia il governo britannico non poteva sottrarsi al compito di fornire loro un sostegno discreto ma deciso¹⁶.

3. *Timide obiezioni*

Le osservazioni di Millard influenzarono profondamente la percezione del problema comunista a Londra – in una certa misura inevitabilmente, dal momento che l'ambasciatore era la fonte principale delle informazioni che li pervenivano – e vennero assunte come premesse da molti dei diplomatici e dei funzionari del *Foreign Office* che si confrontarono con il tema. Soprattutto, le conclusioni

¹⁵ L. Cominelli, *L'Italia sotto tutela*, cit., p. 193.

¹⁶ G. Millard a J. Callaghan, *Italian Communists: How Different Are They?*, rapporto del 23 gennaio 1976, in TNA, FCO 33/2945 e in TNA, DEFE 68/358.

dell'ambasciatore a proposito della natura del PCI e delle esiziali conseguenze che la sua eventuale inclusione nel governo italiano avrebbe determinato, argomentate in maniera più critica e rielaborate in una declinazione più sofisticata, confluirono nel documento chiave in cui furono sintetizzate le linee del dibattito in seno al *Foreign Office*: il rapporto *How Near to Power Is the PCI?* predisposto dal *Western European Department* (WED), che proponeva un'analisi della forza del PCI e delle prospettive che si sarebbero potute aprire nei mesi successivi.

A smarcarsi piuttosto sensibilmente rispetto alle fosche previsioni dell'ambasciatore a Roma furono invece, sin dalle battute iniziali del confronto, i funzionari del Ministero della Difesa (*Ministry of Defence*, MOD), che nel rapporto *NATO Reaction to the Italian Communist Party in Government* prefigurarono gli scenari suscettibili di investire l'Alleanza Atlantica qualora il PCI fosse stato ammesso al governo in Italia, e le eventuali contromisure attuabili¹⁷.

Entrambi i documenti furono il frutto di una laboriosa gestazione che coinvolse ampi *tour d'horizon* tra i più svariati organismi del FO e del MOD – dalle ambasciate nei principali paesi alleati fino all'ufficio competente per i rapporti con l'Europa dell'Est e l'Unione Sovietica, dal Dipartimento responsabile delle ricerche fino all'organismo preposto ai servizi di informazione. Mentre però il FO operò in una condizione di larga autonomia rispetto agli impulsi provenienti dai vertici politici – impegnati nella complicata crisi aperta a inizio anno dalle dimissioni del Primo ministro Harold Wilson che scatenò la lotta per la successione tra l'ex Ministro degli Esteri James Callaghan e colui che gli sarebbe succeduto alla guida del FO, Anthony Crosland – il processo interno al MOD fu attentamente “sorvegliato” e guidato dal Ministro Roy Mason, che restò estraneo alla competizione in seno al *Partito Laburista* e rimase a “presidiare” e a governare gli apparati del suo Ministero.

Prima che il Ministero della Difesa e il Dipartimento del *Foreign Office* si esprimessero, e mentre i documenti che ne avrebbero raccolto le conclusioni erano in fase di elaborazione, all'analisi proposta da Millard fecero seguito alcuni isolati interventi che, seppur destinati a restare tutto sommato marginali nell'economia del dibattito, erano piuttosto significativi. Lo erano soprattutto perché testimoniavano l'esistenza in seno alla diplomazia britannica e ai vertici degli apparati burocratici del Ministero degli Esteri di opinioni – minoritarie – assai distanti dai toni allarmistici di Millard, impermeabili ai condizionamenti di schematismi ideologici e improntate a una visione più pragmatica e realistica.

Così, il Vice Direttore del WED David Beattie – in un rapporto preparato prima che la lettera di Millard sollevasse la questione – evidenziava come i leader del *Partito Comunista Italiano*, consapevoli dei rischi di innescare una crisi interna al movimento comunista e di compromettere i rapporti con il PCUS, non avessero alcun interesse ad accelerare il percorso di graduale avvicinamento al governo. In questa chiave Beattie interpretava anche l'impatto sugli orientamenti del PCI del

¹⁷ *NATO Reaction to the Italian Communist Party in Government*, allegato a A. Hockaday (Vice Sottosegretario del MOD) a R. Sykes (Vice Sottosegretario del FO), lettera del 25 marzo 1976, in TNA, DEFE 68/358.

precedente cileno – il *golpe* contro Salvador Allende all'indomani del quale Berlinguer formulò la proposta di una collaborazione tra PCI e DC che assunse la definizione di compromesso storico – che a suo giudizio sarebbe stato strumentalmente enfatizzato dal partito, all'affannosa ricerca di un pretesto per restare all'opposizione¹⁸. Al di là della persuasività di quest'ultima affermazione, l'intervento di Beattie ridimensionava quantomeno l'urgenza impressa dall'ambasciatore a Roma al confronto e la portata del suo appello all'azione.

Così, William Roberts dell'*Atlantic Region Research Department* intervenne per affermare la specificità del PCI, richiamando l'attenzione sulla sua storia recente, che Millard pareva trascurare:

«Il fatto è che fin dal 1944-1948 la politica del PCI si è indirizzata verso una manifesta accettazione del sistema democratico. Alla fine della guerra, Togliatti ha compiuto una realistica valutazione della situazione italiana che condottò il PCI a rinunciare all'approccio rivoluzionario. Il PCI ha accettato l'estromissione dal governo di De Gasperi nel maggio 1947, malgrado fosse allora in una posizione tanto forte che avrebbe potuto indulgere alla tentazione di ordire un colpo di mano. Dopo il XX Congresso del PCUS nel 1956, Togliatti ha annunciato che il PCI avrebbe seguito la “via italiana al socialismo”. Sono ormai trascorsi molti anni da quando negli scritti del PCI è comparso un riferimento alla dittatura del proletariato (che invece è stata abbandonata da poco dal PCF). A lungo e in più circostanze i comunisti italiani hanno riaffermato il loro supporto a favore del pluralismo politico e da qualche tempo stanno sostenendo che se un futuro governo comunista dovesse subire una sconfitta alle elezioni, farebbero un passo indietro e tornerebbero a fare “opposizione leale”»¹⁹.

Roberts non si spingeva tuttavia a contestare nel merito l'analisi di Millard e la sua esortazione a diffidare della pretesa specificità dei comunisti italiani; riconosceva anzi che era pressoché impossibile stabilire quanto sincera fosse la proclamata adesione alle forme e ai principi della democrazia, con ciò di fatto introducendo un dubbio coerente con il monito di Millard e circoscrivendo il senso del suo intervento fin quasi a ridurlo a mera espressione di puntiglio nozionistico.

Ben più marcate rispetto all'impostazione di Millard erano le perplessità manifestate dal Vice Sottosegretario del *Foreign Office* Reginald Hibbert che, in un intervento in cui spostava l'analisi sul piano delle iniziative da intraprendere nell'intento di influenzare gli orientamenti dell'elettorato italiano, metteva in discussione il parallelismo tra la realtà italiana degli anni Settanta e quella dell'Europa orientale negli anni Quaranta. Hibbert raccomandava inoltre con grande insistenza che il governo britannico misurasse attentamente le critiche nei confronti del PCI: bollando come «totalmente fraudolente» le posizioni dei comunisti italiani, o impegnandosi nello sterile esercizio di cercare precedenti di dichiarazioni a favore della democrazia da parte di leader comunisti dei paesi

¹⁸ D. Beattie a A.C.M.G Brooke Turner (ambasciata a Roma), lettera del 28 gennaio 1976, in TNA, FCO 33/2945.

¹⁹ W.G. Roberts a I.F. Porter, appunto del 19 febbraio 1976, in TNA, FCO 33/2945.

dell'Europa orientale degli anni Quaranta, il governo di sua Maestà rischiava infatti – ammoniva Hibbert, lasciando trapelare tutto il proprio scetticismo sull'argomentazione di Millard – di pregiudicare la propria credibilità, specie qualora non si fosse trovata traccia di simili dichiarazioni dopo la seconda guerra mondiale²⁰.

4. *Ripensamenti e revisioni*

Il documento che più sistematicamente e meticolosamente raccolse gli spunti forniti da Millard per elaborarli in un esame articolato del PCI e in una proiezione degli effetti che la sua eventuale partecipazione al governo avrebbe potuto determinare sulle istituzioni democratiche italiane fu quello messo a punto dal WED, il Dipartimento responsabile della politica nei confronti dell'Europa occidentale. Quel rapporto – al quale gli esperti che operavano sotto la direzione di David Goodall cominciarono a lavorare sulla scorta dell'allarme lanciato dall'ambasciatore a Roma – subì nel corso delle settimane profondi rimaneggiamenti, prima di essere sottoposto nella sua versione definitiva al Ministro degli Esteri Crosland all'inizio di maggio²¹.

Nella prima stesura, il rapporto del WED assumeva quasi pedissequamente la prospettiva suggerita da Millard, suffragandola con dati diversi e rafforzandola attraverso argomentazioni inedite. Malgrado fosse stato concepito allo scopo di soppesare quanto concrete fossero le possibilità che il PCI fosse chiamato a partecipare al governo nel futuro prossimo, il documento dedicava ampi passaggi alla valutazione delle implicazioni di una simile evenienza per le sorti della democrazia in Italia. Sia che i comunisti fossero chiamati a condividere responsabilità di governo in collaborazione con la DC – dando luogo al progetto di compromesso storico propriamente detto – sia che avessero raggiunto lo stesso obiettivo grazie ad un'alleanza con il *Partito Socialista Italiano* (PSI), il loro approdo al potere sarebbe stato irreversibile e «la promessa di lasciare il potere in

²⁰ R.A. Hibbert a D. Goodall, lettera del 1° marzo 1976, allegata a R.A. Hibbert a A. Campbell, nota del 3 marzo 1976, in TNA, FCO 33/2945.

²¹ La prima versione del documento del WED datava al 24 marzo, quando fu trasmesso dal responsabile del Dipartimento, Goodall, al Vice Sottosegretario del FO Hibbert (*How Near to Power is the PCI?*, allegato a A.D. Goodall a R.A. Hibbert, lettera del 24 marzo 1976, in TNA, DEFE 68/358). Rivisto alla luce delle reazioni provocate, il documento nella sua seconda versione fu poi inviato da David Beattie (assistente di Goodall) al Vice Sottosegretario Alan Campbell il 13 aprile (*How Near to Power is the PCI?*, allegato a D. Beattie a A. Campbell, lettera del 13 aprile, *ivi*). Il giorno dopo fu discusso – insieme al rapporto del *Planning Staff* – in una riunione informale tenutasi negli uffici di Campbell, cui presero parte anche esponenti del Ministero della Difesa (Cfr. B.L. Crowe a A. Campbell, lettera del 13 aprile, *ivi*) e il 15 trasmesso dallo stesso Campbell a tutti i soggetti interessati (A. Campbell a G. Millard, lettera del 15 aprile 1976, *ivi*). Ampiamente emendato, il documento fu in seguito nuovamente discusso in un incontro presieduto il 4 maggio dal Sottosegretario permanente Michael Palliser (cfr. R.A. Hibbert a G. Millard, lettera del 6 maggio 1976, in TNA, FCO 33/2948), e infine mandato a Crosland mentre questi era in viaggio in Asia il 6 maggio (*How Near to Power Is the PCI?*, allegato a D. Beattie a E.A.J. Fergusson, lettera del 6 maggio 1976, in TNA, DEFE 68/358).

caso di sconfitta alle elezioni [sarebbe rimasta] altamente ipotetica». Non solo la partecipazione al governo del PCI avrebbe logorato la DC e il PSI e precipitato l'Italia in una crisi economico-finanziaria di portata tale da fornire il pretesto per giustificare misure autoritarie ma, aggiungevano gli esperti del WED alle considerazioni di Millard, il peso delle responsabilità di governo avrebbe verosimilmente prodotto una frattura anche all'interno del PCI stesso, con l'effetto di indebolire la leadership moderata di Berlinguer e rafforzare significativamente quelli che venivano vagamente identificati come «*hardliners*»²².

A sollevare circostanziate obiezioni e perplessità in merito a queste valutazioni apodittiche e assiomatiche fu ancora una volta Hibbert. Prendendo parte al confronto sul documento fatto circolare in seno al *Foreign Office* a fine marzo, il Vice Sottosegretario tornò a criticare, in maniera ancor più tagliente di quanto non avesse già fatto, la fondatezza del richiamo al precedente della condotta delle forze comuniste nell'Europa dell'Est degli anni Quaranta: «certamente l'esperienza dimostra che può essere fatale avere un partito comunista forte e una frontiera comune con l'Unione Sovietica. Non sono però convinto che l'esperienza dimostri che sia difficile liberarsi da partiti comunisti che condividano il potere in paesi democratici» (la sottolineatura è presente nell'originale)²³. Respingendo l'approccio distorto introdotto da Millard, Hibbert sottolineò piuttosto la necessità di discutere più approfonditamente e vagliare più accuratamente le previsioni sugli effetti che l'accesso al potere del PCI avrebbe potuto generare; in particolare, evidenziò l'opportunità di valutare l'impatto della partecipazione dei comunisti all'esecutivo italiano tenendo in considerazione che molto sarebbe dipeso dalle modalità in cui quella partecipazione si fosse concretizzata.

Le sollecitazioni di Hibbert impressero un impulso decisivo per una complessiva riconsiderazione dell'impianto dato dal WED all'analisi della situazione italiana, da cui scaturì una versione rivista di *How Near to Power Is the PCI?* che, sul nesso PCI-democrazia, sarebbe rimasta sostanzialmente inalterata nella stesura definitiva. Non fu una revisione radicale: il PCI continuava a essere descritto come un partito che, pur avendo accettato nel 1947 l'esclusione dal governo senza ricorrere all'uso della forza, poteva disporre di un'organizzazione monolitica e di una ferrea disciplina. La sua fedeltà alla democrazia non era ancora stata provata, e anzi la sua organizzazione interna (il documento non lo cita ma il riferimento è chiaramente al centralismo democratico), la natura autoritaria del marxismo-leninismo e la probabile esistenza di una fazione di intransigenti tra i suoi ranghi suggerivano che una sua eventuale ammissione al governo sarebbe stata «rischiosa» (nella versione del 13 aprile) o addirittura «pericolosa» (nella versione del 6 maggio). Un simile bilancio – in cui peraltro si coglie una stridente contraddizione tra l'accento sul carattere monolitico del PCI e l'accento alla presenza tra le sue fila di una minoranza di ortodossi – non si discostava significativamente dalle conclusioni di Millard.

²² *How Near to Power Is the PCI?*, allegato a A.D. Goodall a R.A. Hibbert, lettera del 24 marzo 1976, in TNA, DEFE 68/358.

²³ R.A. Hibbert a A. Campbell, appunto del 5 aprile 1976, in TNA, FCO 33/2946.

L'intervento di Hibbert aveva però contribuito a introdurre nell'analisi del WED sfumature e distinguo che la resero più equilibrata e al contempo meglio adatta a fornire indicazioni utili circa le contromisure da adottare. A partire dalla seconda versione, il documento del WED illustrava dunque scenari diversi e diversificati in base alle forme che la partecipazione del PCI al governo avrebbe potuto assumere. Così, da una parte gli uomini del Dipartimento di Goodall liquidavano in poche righe l'ipotesi che il PCI riuscisse a ottenere la guida del governo italiano estromettendo tutte le altre forze politiche. Era quella una prospettiva considerata «altamente improbabile», da cui sarebbe derivato uno stravolgimento degli assetti italiani ed europei di portata tale da oltrepassare sensibilmente gli obiettivi dell'analisi. Ritenevano invece meno inverosimile, ma comunque non probabile, la prospettiva di una partecipazione maggioritaria del PCI al governo italiano, che avrebbe messo seriamente in discussione la tenuta della democrazia italiana: i comunisti avrebbero in quel caso potuto accedere al controllo di dicasteri sensibili, e ciò sarebbe stato sufficiente a scatenare fughe di capitali, un'accelerazione repentina della crisi finanziaria, il logoramento della posizione moderata della DC e addirittura un irrigidimento dei settori più intransigenti del PCI stesso, che avrebbero infine preteso una svolta autoritaria nel paese. Al contrario, qualora si fosse concretizzata l'ipotesi – più realistica – di una condivisione delle responsabilità di governo da una posizione di minoranza, gli esperti del WED ritenevano ragionevole aspettarsi che il PCI si astenesse dall'intraprendere iniziative di rovesciamento delle istituzioni democratiche; addirittura, consideravano verosimile che la monolitica coesione dei comunisti ne risultasse danneggiata e che si consumasse all'interno del partito una frattura tale da pregiudicare la sua capacità di incidere sul futuro del paese²⁴. Malgrado quest'ultima riflessione – che ribaltava la prospettiva e prefigurava uno scenario favorevole se non auspicabile – fosse stata espunta dalla versione definitiva (su richiesta di Millard, che la giudicava eccessivamente e immotivatamente ottimistica²⁵), l'intervento moderatore di Hibbert ebbe l'effetto di promuovere una valutazione depurata dagli allarmismi più esasperati, alla luce della quale il compromesso storico *stricto sensu* veniva derubricato da evento tale da stravolgere gli assetti interni al sistema politico italiano a circostanza pienamente compatibile con la loro preservazione.

5. *Cauto realismo*

A più di quarant'anni di distanza dagli eventi qui descritti, Reginald Hibbert rilasciò un'interessante testimonianza che offre una preziosa chiave di lettura circa i rapporti tutt'altro che idilliaci tra gli apparati del *Foreign Office* e i vertici politici del Ministero negli anni dei governi laburisti di Wilson e Callaghan. Riflettendo in particolare sulle aspettative riposte nel processo di Distensione, Hibbert rivelò

²⁴ *How Near to Power Is the PCI?* allegato a D. Beattie a A. Campbell, lettera del 13 aprile, in TNA, DEFE 68/358.

²⁵ Millard al *Foreign Office*, telegramma No. 237 del 22 aprile, in TNA, FCO 33/2946.

l'esistenza di una profonda sfasatura tra gli orientamenti dei leader laburisti a capo del *Foreign Office* da una parte e diplomatici di carriera e funzionari dall'altra²⁶. Se – sempre secondo la testimonianza di Hibbert – solo molto faticosamente tale dicotomia fu ricomposta in una maggiore sintonia, sul caso Italia la documentazione di archivio lascia intravedere un'altra divergenza di vedute, piuttosto sensibile, tra il *Foreign Office* e il Ministero della Difesa.

Antitetiche rispetto a quelle del *Foreign Office* erano infatti le valutazioni formulate a proposito delle ricadute dell'eventuale accesso al governo del PCI dagli esperti del MOD nel rapporto *NATO Reactions to the Italian Communist Party in Government*. In quel documento – che traeva origine dalle consultazioni avviate all'inizio di marzo dal Vice Sottosegretario Arthur Hockaday²⁷ e fu trasmesso al FO e alle principali sedi all'estero nella sua versione definitiva il 25 marzo – il MOD introduceva una prospettiva sistemica e un'attenzione per gli aspetti strutturali che lo inducevano a guardare alla questione comunista in Italia con un moderato ottimismo.

Il rapporto, che in ragione delle competenze del Ministero di cui era espressione era incentrato sulla valutazione dell'impatto che l'avvento al governo del PCI avrebbe prodotto sulla NATO, premetteva una serie di considerazioni da cui discendeva la necessità di adottare una linea estremamente guardinga e di grande cautela. Era evidente che sarebbe stato oltremodo rischioso sottovalutare gli effetti sull'Alleanza Atlantica della partecipazione al governo italiano di quello che era il più grande partito comunista dell'Occidente: non solo una simile circostanza avrebbe introdotto un elemento di grottesco e messo seriamente in discussione la credibilità dell'alleanza stessa, ma un'eventuale acquiescenza rispetto alla realizzazione del compromesso storico avrebbe verosimilmente prodotto l'effetto di rafforzare l'immagine dei comunisti sia in Italia sia in altri paesi dell'Europa occidentale, con questo alterando profondamente gli equilibri politici nel continente. La ricerca di una linea morbida da parte degli alleati dell'Italia rischiava di determinare il rafforzamento delle fazioni più intransigenti del partito – «marxiste» nella definizione del MOD – e di incoraggiarle, in assenza di una reazione energica e decisa da parte dei partner dell'Italia, a promuovere un colpo di mano.

E tuttavia, il MOD attenuava sensibilmente le conseguenze logiche di tali premesse introducendo due ordini di considerazioni. Da un lato, anticipando una valutazione che avrebbe informato la revisione del documento del WED e l'approccio adottato a seguito del riorientamento dell'analisi impresso da Hibbert, suggeriva che la gravità delle ricadute dell'avvento al governo dei comunisti italiani fossero valutate sulla base delle forme che questo avrebbe assunto. Dall'altro, misurandosi con temi che in parte esulavano dagli obiettivi che il rapporto si prefiggeva e spingendosi in valutazioni apparentemente di competenza del *Foreign Office*, evidenziava una serie di ragioni che rendevano plausibile la posizione

²⁶ R.A. Hibbert, *British Policy and CSCE*, in *British Scholar*, Vol. 3 No. 1, 2010, pp. 132-138.

²⁷ Cfr. W.J.A. Wilberforce (Direttore del *Department of Defence del Foreign Office*) a R.A. Sykes, appunto del 9 marzo 1976, in TNA, FCO 33/2945.

ufficiale del PCI. Depongono a favore di questa conclusione anzitutto la storia del partito e il peso del passato sulla sua disposizione nei confronti delle istituzioni democratiche. Il considerevole numero di militanti e quello ancor più rimarchevole di elettori del PCI indicavano inoltre che si riconoscevano nella linea del partito anche cittadini dall'orientamento «genuinamente» socialdemocratico che non avrebbero in alcuno modo avallato progetti di natura rivoluzionaria. Gli analisti della Difesa sottolineavano poi come il PCI potesse contare su percentuali di consensi particolarmente significative nelle regioni del Nord Italia, nell'area più produttiva del paese, che poteva «rivaleggiare con la Gran Bretagna dal punto di vista del benessere diffuso». Eventuali misure di sovietizzazione dell'economia – destinate a peggiorare sensibilmente gli standard di vita degli italiani – avrebbero in quel contesto alienato le simpatie degli elettori; in altri termini, puntualizzavano gli esperti del MOD, «finché si [fossero svolte] libere elezioni, i danni economici [si sarebbero trasformati] in danni politici» per il PCI. Dal momento che anche i più pessimisti tra gli esperti del WED convenivano sul fatto che il PCI avrebbe continuato nel breve periodo a mantenere i presidi propri del sistema democratico – e quindi le elezioni – era evidente che l'indicazione del Ministero della Difesa si traduceva in un invito neanche troppo velato a non farsi contagiare da un immotivato allarmismo. Di più, il MOD includeva nella sua analisi un elemento che il *Foreign Office* avrebbe continuato a trascurare, richiamando l'ancoraggio solido che l'Italia aveva sia sul piano economico-commerciale sia su quello politico nella Comunità Economica Europea. Quell'ancoraggio avrebbe da un lato scoraggiato strappi da parte del PCI e dall'altro fornito ai partner europei uno strumento per garantire la democraticità delle istituzioni italiane anche qualora il *worst case scenario* si fosse realizzato.

In conclusione, notava il Ministero della Difesa, che si credesse o meno alla buona fede degli esponenti del PCI, la valutazione dei fattori di natura strutturale faceva ritenere che vi fossero i presupposti perché il PCI mantenesse un comportamento democratico anche dopo l'accesso al governo²⁸.

6. *Il fine giustifica i mezzi? Democrazia e paradossi*

Corollario delle tante analisi prodotte sul caso italiano erano le valutazioni espresse circa gli strumenti ai quali il governo britannico e quelli alleati avrebbero potuto fare ricorso al fine di scongiurare la realizzazione del compromesso storico. Sfiorate sia nella lettera di Millard che aveva avviato il dibattito sia nei rapporti del WED e del Ministero della Difesa e riprese in quasi tutti gli interventi che si erano susseguiti a commento di entrambi, le valutazioni su questo aspetto della questione costituivano il fulcro del documento predisposto dal *Planning Staff* (PS) del FO, *Italy and the Communists: Options for the West*. Era un rapporto la cui genesi fu parallela a quella del documento prodotto dal WED: elaborato alla vigilia

²⁸ *NATO Reaction to the Italian Communist Party in Government* allegato a A. Hockaday a R. Sykes, lettera del 25 marzo 1976, in TNA, DEFE 68/358.

dell'incontro convocato da Campbell a metà aprile, fu discusso in quella sede insieme al rapporto del WED, successivamente rivisto alla luce delle considerazioni emerse durante l'incontro e a seguito della sua circolazione in seno al Ministero, e infine trasmesso al Ministro degli Esteri Crosland il 6 maggio²⁹. Era un rapporto che, muovendo dall'assunto indiscusso della pericolosità del PCI, prescindeva da ogni valutazione in merito alle possibili ripercussioni sulla democrazia in Italia dell'ascesa del PCI al governo del paese e privilegiava – coerentemente con la missione dell'ufficio che lo aveva prodotto – l'esame delle possibili misure per impedire la realizzazione del compromesso storico.

Di qui il carattere operativo del documento, complementare a quello del WED.

Di qui, soprattutto, l'attenzione che esso ha suscitato in Italia sin da quando Ceccarelli, Fasanella e Cereghino ne hanno rivelato il contenuto, ponendo l'accento sulle ipotesi, inserite dal PS tra le opzioni percorribili, di promuovere un colpo di stato in Italia al fine di prevenire l'avvento al governo del PCI o di porvi termine³⁰.

Erano ipotesi – attentamente soppesate nei pro e contro dagli esperti del *Planning Staff* – che evidentemente stridevano con la preoccupazione per le sorti della democrazia italiana che – insieme alla volontà di preservare gli assetti della Guerra fredda – motivavano l'attenzione per il compromesso storico a Londra. Piuttosto lampante era la contraddizione tra la volontà dichiarata di difendere le istituzioni democratiche italiane dalla minaccia rappresentata dai progetti del PCI – così come percepiti da larghi settori del *Foreign Office* – e la disponibilità che emergeva in quello stesso *Foreign Office* a tollerare, o anche solo a prendere seriamente in considerazione, l'ipotesi di favorire disegni eversivi in Italia.

Era una contraddizione che il *Planning Staff* stesso coglieva, laddove enumerava una lunga serie di fattori che sconsigliavano di perseguire l'obiettivo di un colpo di stato, pur non sollevando obiezioni rispetto alla prospettiva di incoraggiare «misure repressive» contro il PCI³¹.

Era una contraddizione che creava un qualche imbarazzo anche al Vice Direttore del WED Beattie e al Vice Sottosegretario del Ministero Campbell, che non a caso concordarono di espungere la sezione in cui era ventilata l'ipotesi eversiva dal documento trasmesso ai governi di Francia, Germania Federale e Stati Uniti con i quali la Gran Bretagna da tempo si stava coordinando sul problema comunista in Italia³².

Era una contraddizione che non sfuggì al Ministro Crosland, il quale anzi manifestò espressamente le proprie riserve circa i suggerimenti del PS e ne impose

²⁹ *Italy and the Communists: Options for the West*, allegato a B. Crowe a A. Campbell, lettera del 13 aprile 1976, in TNA, DEFE 68/358 e a D. Beattie a E. Fergusson, lettera del 6 maggio 1976, ivi. Un'altra copia dello stesso documento conservata tra le carte del *Foreign Office* (in TNA, FCO 33/2948) era, ancora almeno fino all'aprile 2016, in parte censurata.

³⁰ F. Ceccarelli, *Il golpe inglese*, cit.; G. Fasanella, M.J. Cereghino, *Il golpe inglese*, cit.

³¹ *Italy and the Communists: Options for the West*, allegato a D. Beattie a E. Fergusson, lettera del 6 maggio 1976, in TNA, DEFE 68/358.

³² La proposta di inviare ai governi di quei paesi una versione “censurata” del documento del PS fu formulata da Beattie. Campbell la approvò annotando a margine dell'appunto ricevuto «I agree». Cfr. D. Beattie a A. Campbell, appunto del 13 maggio 1976, in TNA, FCO 33/2948.

una revisione radicale³³. Piuttosto che agli esperti del Ministero, Crosland affidò quella revisione a David Lipsey, suo collaboratore personale che proveniva dalle gerarchie del *Partito Laburista*. Nel breve volgere di pochi giorni Lipsey licenziò un'analisi assai più coerente con gli orientamenti moderatamente ottimisti del Ministero della Difesa che con i toni parossistici a tratti emersi in seno al Ministero degli Esteri³⁴, che fu pienamente avallata dal Ministro³⁵.

Poco più di due settimane dopo che Crosland ebbe diramato una nota in cui sul tema degli effetti per la democrazia italiana di un'eventuale partecipazione del PCI al governo abbracciava la "linea Hibbert" e quella prevalente nel MOD³⁶, gli esiti delle elezioni in Italia scongiurarono definitivamente il rischio del sorpasso. Con la formazione del governo della non-sfiducia (o delle astensioni), Giulio Andreotti avrebbe abilmente coinvolto il PCI nella condivisione delle responsabilità di governo, in un momento storico in cui quelle responsabilità comportavano il sostegno a misure impopolari, che avrebbero progressivamente eroso i consensi a favore dei comunisti. Parallelamente, l'ascesa di Craxi alla guida del PSI avrebbe garantito un'alternativa al compromesso storico che, una volta esauritasi la collaborazione con il PCI, avrebbe consentito alla DC di rilanciare la formula del centrosinistra nella declinazione del pentapartito.

Come aveva previsto – o auspicato? – l'ambasciatore Millard, la soluzione alla complessa situazione italiana sarebbe stata insomma ingegnosamente architettata dagli italiani stessi.

³³ Cfr. E.A.J. Fergusson a A. Campbell, appunto del 14 maggio 1976, in TNA, FCO 33/2948 e R. Hibbert a G. Millard, lettera del 27 maggio 1976, *ivi*.

³⁴ D. Lipsey a E.A.J. Fergusson, rapporto del 18 maggio 1976, TNA, FCO 33/2948.

³⁵ Per una disamina più approfondita dei termini in cui la questione di un eventuale colpo di stato fu discussa in seno al governo britannico mi permetto di rimandare a D. Vignati, *Keep Calm and Carry on*, *cit*.

³⁶ A. Crosland, note s.d., allegate a E.A.J. Fergusson a R. Hattersley, appunto del 9 giugno 1976, in TNA, FCO 33/2949.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura cívico-militar y de sus víctimas en Argentina

M. Rosti

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura cívico-militar y de sus víctimas en Argentina

*Marzia Rosti**

Abstract

Imperatives of constructing the Memory, restoring the Truth and rendering Justice to the victims of human rights violations committed during the Argentine civic-military dictatorship (1976-1983) are the main theme of this article, which traces the attitudes of the governments that succeeded one another from the transition to democracy, launched by the Radical leader Raúl Alfonsín in 1983, to the present day. Particular attention is paid to the contribution of Kirchnerism (2003-2015), to the position of the Macrist conservative government (2015-2019) and, finally, to the early initiatives of Peronist president Alberto Fernández, who took over the presidency on 10 December 2019.

Keywords: Memory – Truth – Justice – Argentina – human rights – kirchnerismo – macrismo – Peronism.

CONTENIDOS: 1. Introducción. 2. Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura durante la transición a la democracia: dos fechas importantes. 3. La época del kirchnerismo. 3.1 La presidencia de Néstor Kirchner. 3.2 La presidencia de Cristina Fernández de Kirchner. 3.3 Luces y sombras del kirchnerismo. 4. La ocasión perdida del macrismo. 5. Los inicios del mandato del peronista Alberto Fernández. 6. Conclusiones.

* Profesora titular de Historia e Instituciones de las Américas en el Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici en la Università degli Studi di Milano. El texto fue sometido a revisión por pares mediante el sistema de doble ciego.

1. *Introduzione*

Los años de la dictadura cívico-militar de 1976 a 1983 representan uno de los momentos más oscuros y trágicos de la historia reciente de Argentina y han sido objeto de análisis desde diferentes perspectivas disciplinarias¹. Estas perspectivas ofrecen una reconstrucción de las dinámicas históricas y político-institucionales, de los aspectos económicos y socioculturales, de las relaciones interregionales e internacionales, así como de las múltiples violaciones de los derechos humanos y de las medidas adoptadas por los gobiernos democráticos sucesivos, tanto para transmitir la Memoria de aquellos años, como para reconstruir la Verdad sobre el destino de las víctimas del régimen y obtener Justicia.

A esta última perspectiva está dedicado el presente artículo que –sin ninguna pretensión de exhaustividad– se propone reconstruir las medidas adoptadas por los gobiernos que se sucedieron al poder desde la transición a la democracia, iniciada por el radical Raúl Alfonsín en 1983, hasta el día de hoy. Se presta una atención especial a la contribución del kirchnerismo (2003-2015), personificado por Néstor Kirchner y Cristina Fernández que incorporan los conceptos de Memoria, Verdad y Justicia en sus agendas políticas, se ilustran a continuación las posiciones más tibias del conservador Mauricio Macri (2015-2019) y, por último, se reconstruyen las primeras iniciativas del Gobierno peronista de Alberto Fernández, Presidente desde diciembre de 2019.

En el sintético cuadro histórico y político-institucional que delinea el artículo, se recogen algunos discursos y las declaraciones más significativas de los Presidentes citados, palabras que guardan relación con la Memoria, la Verdad y la Justicia para las víctimas de la dictadura.

2. *Memoria, Verdad y Justicia de la dictadura durante la transición a la democracia: dos fechas importantes*

En la historia más reciente de Argentina hay dos fechas importantes: el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. El 24 de marzo² es el día del golpe, cuando una

¹ La bibliografía sobre la dictadura argentina es amplia, véanse al respecto: M. Novaro, *Historia de la Argentina 1955-2010*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010; M. Novaro, V. Palermo, *La Dictadura Militar 1976/1983: Del golpe de Estado a la restauración democrática*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2003; E. Rey Tristán (dir.), *Memorias de la violencia en Uruguay y Argentina. Golpes, dictaduras y exilios (1973-2006)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007; M. Franco, *Anticomunismo, sovversione e patria. Le costruzioni culturali e ideologiche precedenti alla dittatura militare nell'Argentina degli anni Settanta*, en B. Calandra (a cura di), *La guerra fredda culturale. Esportazione e ricezione dell'American Way of Life in America Latina*, Ombre Corte, Verona, 2011, pp. 134-149, y S. Carassai, *Antes que anochezca. Derechos humanos y clases medias en Argentina antes y en los incios del golpe de estado de 1976*, en *América Latina Hoy*, Vol. 54, 2010, pp. 69-96. Para una síntesis en italiano consúltese M. Novaro, *La dittatura argentina (1976-1983)*, Carocci, Roma, 2005.

² El 24 de marzo, según observa B. Calandra, «condensa una molteplicità di significati in profondo conflitto tra di loro»: durante el régimen era «solennemente celebrato dalle sfilate dei tre corpi delle forze armate [...]. Dalla seconda metà degli anni Ottanta, invece, diviene sempre più evidente la presenza di una versione antagonista, quella degli organismi di familiari delle vittime, che a questa data conferiscono una sfera di significati profondamente diversi: non più il momento spartiacque del ristabilimento dell'ordine e della lotta alla sovversione, bensì l'inizio del terrorismo di Stato. È un giorno conteso, dunque, denso di simboli,

Junta militar depuso al gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón y asumió el poder para realizar el Proceso de Reorganización Nacional, del cual se recuerdan las sistemáticas violaciones de derechos humanos y las reformas económicas³; así como se recuerda su disolución por implosión en 1982, debilitado también por la derrota en la Guerra de las Falkland/Malvinas, guerra que orientó la opinión pública nacional e internacional en contra de la dictadura y de los militares acusándoles de haber enviado a la masacre a más de 800 jóvenes militares inexpertos. El último gobierno militar dirigido por el general Bignone convocó elecciones y promulgó la Ley de Pacificación Nacional⁴.

El 10 de diciembre de 1983 marcó la salida del poder de los militares y el regreso a la democracia: durante el Día Internacional de los Derechos Humanos el radical Raúl

che [...] acuisce il senso di appartenenza o di rifiuto nei confronti del passato recente, risveglia tensioni all'appropriazione di determinati eventi». B. Calandra, *La memoria ostinata. H.I.J.O.S., i figli dei desaparecidos argentini*, Carocci, Roma, 2004, p. 49 que remite directamente a F.G. Lorenz, *¿De quién es el 24 de marzo? Las luchas por la memoria del golpe del 1976*, en E. Jelin (comp.), *Las conmemoraciones: las disputas en las fechas "in-felices"*, Serie Memorias de la represión, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002, pp. 53-101, y a P. Di Cori, *La memoria pública del terrorismo. Parchi, musei e monumenti a Buenos Aires*, en F. Remotti (a cura di), *Memoria, terreni, musei. Contributi di antropologia, archeologia, geografia*, Dell'Orso, Alessandria, 2000, pp. 81-110.

³ Con respecto al tema, véanse por ejemplo: A.G. Zarrilli, *Estado, economía y sociedad en la Argentina entre 1966 y 1983. Balance y alternativas* y J.J. Balsa, *El Estado democrático y la gobernabilidad. Sus efectos en la sociedad y la economía*, ambos ensayos en N.M. Gibril-Blacha, A.G. Zarrilli, J.J. Balsa, *Estado, sociedad y economía en la Argentina (1930-1997)*, Universidad Nacional de Quilmes Ediciones, Bernal, 2001, respectivamente, pp. 151-191 y pp. 193-247; S. Torrado, *Estructura social de la Argentina 1945-1983*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 1992; D. Azpiazu, E. Basualdo, M. Khavisse, *El nuevo poder económico en la Argentina de los años 80*, Legasa, Buenos Aires, 1986; R. Cortes Conde, G. della Paolera (dir.), *Nueva historia económica de la Argentina*, Edhasa, Buenos Aires, 2018; A.R. Pucciarelli (coord.), *Los años de Alfonsín. ¿El poder de la democracia o la democracia de poder?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006 y los textos de M. Novaro, ya citados.

⁴ *Ley de Pacificación Nacional n. 22.924*, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73271/norma.htm> y <http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/autoam02.htm>.

Sobre el tema de la transición se remite al lector a los estudios de M. Franco, entre los cuales *La «transición a la democracia» en la Argentina frente a las cristalizaciones de la memoria*, en *Caravelle*, No. 104, 2015, pp. 115-131, <http://journals.openedition.org/caravelle/1602>, y *El complejo escenario de la disolución del poder militar en la Argentina: la autoamnistía de 1983*, en *Contenciosa*, No. 2, 2014, pp. 1-17; P. Tappatá de Valdez, *El pasado, un tema central del presente. La búsqueda de verdad y justicia como construcción de una lógica democrática*, 2005, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5788/7.pdf>, y *Verdad, Justicia y Reparación: Democracia y Derechos Humanos en América Latina*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, IIDH, San José, 2011, pp. 49-83.

Para un cuadro más completo de las dictaduras del Cono Sur y de sus legados, consúltense: E. Bohoslavsky, M. Franco, M. Iglesias, D. Lvovich (comps.), *Problemas de historia reciente del Cono Sur*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, 2 voll.; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, cit., y F. Devoto, *Riflessioni e congetture sulle transizioni politiche nel Cono Sud a confronto: Argentina, Brasile, Cile Uruguay*, en F. Bertagna, L. Tedoldi (a cura di), *Transizioni in Europa e America Latina (1945-1995). Storiografia, politica, istituzioni*, Bibliion Edizioni, Milano, 2018, pp. 139-157.

Sobre Argentina, véase el significativo artículo de 1983, M. Prieto, *Unánime condena en Argentina de la ley de autoamnistía promulgada por los militares*, 25 de septiembre de 1983, https://elpais.com/diario/1983/09/25/internacional/433288818_850215.html.

Alfonsín⁵ asumió el mando presidencial y –a corto plazo– abrogó las limitaciones a los derechos civiles y a las libertades y promovió la ratificación de los principales documentos internacionales sobre derechos humanos.

Cumpliendo las promesas electorales renovadas en el discurso de asunción a la Presidencia⁶, nombró la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)⁷ que ofreció –con unos límites– una primera reconstrucción de los horrores de la dictadura en el informe *Nunca más* (1984)⁸, obtuvo que el Congreso abrogara la Ley de autoamnistía de los militares⁹ y sancionó los dos decretos 157/83 y 158/83. Por lo que concierne al primero, se ordenaba que se enjuiciaran a los dirigentes de las organizaciones guerrilleras Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) y Montoneros¹⁰ y, con respecto al segundo, se ordenaba que se procesara a los militares que integraron las tres Juntas en los siete años de dictadura, los cuales, desde abril hasta diciembre de 1985, fueron juzgados y condenados a diferentes penas entre las cuales la prisión perpetua (Videla y Massera) y unos años de detención (Viola, Lambruschini y Agosti); algunos en cambio fueron absueltos (Galtieri, Graffigna, Anaya y Lami Dozo)¹¹. Cabe destacar que, por sus propias

⁵ Alfonsín ganó las elecciones con el 52% de los votos contra el peronista Ítalo Luder que obtuvo cerca del 40%. Para más información sobre Alfonsín se remite al lector a R. Gargarella, M.V. Murillo, M. Pecheny (comps.), *Discutir Alfonsín*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010.

⁶ Fueron dos los discursos de Alfonsín el 10 de diciembre: el primero dirigido al Congreso y al país en el cual expuso su plan de gobierno y el segundo, desde el balcón del Cabildo, que se encuentra frente a la Casa Rosada, y desde donde habló a la multitud que llenaba Plaza de Mayo. Alfonsín prefirió el Cabildo al balcón de la Casa Rosada que un año antes Galtieri había utilizado para anunciar el desembarco en las Malvinas. Véanse *Mensaje presidencial del Dr. Raúl Alfonsín a la Honorable Asamblea Legislativa*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1983, http://www.elhistoriador.com.ar/documentos/raul_alfonsin/raul_alfonsin_mensaje_presidencial_10_de_diciembre_1983.php, y *Discurso de asunción de Raúl Alfonsín desde el Cabildo*, 10 de diciembre de 1983, en G. Di Meglio, G. Alvarez, *Voces de la democracia. Los discursos que hicieron la historia 1983-2013*, Aguilar, Buenos Aires, 2013 p. 36. Véanse también H. Garcete, N. Goldwaser Yankelevich (comps.), *Raúl Alfonsín por Raúl Alfonsín: discursos presidenciales ante la Asamblea Legislativa 1983-1989*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018; M.A. Vitale, M. Dagatti, *La constitución de la Argentina democrática en el discurso de asunción presidencial de Raúl Alfonsín*, en *Hallazgos*, Vol. 13 No. 26, 2016, pp. 65-91, y S. La Riffa, M.P.A. Cicogna, *Análisis de los discursos políticos de los presidentes democráticos (1983-2008). Presidencia del dr. Raúl R. Alfonsín (1983-1989)*, en el V Congreso de la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP), Buenos Aires, 28-30 de julio de 2010, 26 pp., <https://cdsa.academica.org/000-036/512.pdf>.

⁷ Integrada por personalidades independientes como Ernesto Sabato, Magdalena Ruiz Guiñazú y Graciela Fernández Meijide con la misión de relevar, documentar y registrar casos y pruebas de violaciones de derechos humanos, para fundamentar el juicio a las juntas militares.

⁸ *Nunca más. Informe de la Comisión nacional sobre la desaparición de personas*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984, <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>.

⁹ *Ley 23.040. Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la Ley de facto 22.924*, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28166/norma.htm>, sancionada el 22 de diciembre de 1983 y promulgada el 27 de diciembre de 1983. M. Prieto, *El Gobierno argentino deroga la ley de autoamnistía dictada por la anterior Junta Militar*, 29 de diciembre de 1983, https://elpais.com/diario/1983/12/29/internacional/441500412_850215.html.

¹⁰ Por ejemplo, capturado en Brasil, Mario Firmenich había sido extraditado a Argentina y condenado a prisión perpetua en 1985, mientras que varios de sus excompañeros se enfrentaban a decenas de juicios penales.

¹¹ El Juicio del Siglo (1985) en la Corte Federal de Buenos Aires se concluyó el 9 de diciembre de 1985 con una sentencia que condenaba a Videla y Massera a la prisión perpetua, a Viola a una pena de 17 años de reclusión, a Lambruschini de 8 años y a Agosti de 4 años y 6 meses y que dispuso para todos la

características, la condena a las Juntas militares realizada por un gobierno democrático constituyó un hecho sin precedentes en el mundo, que contrastó fuertemente con las transiciones negociadas que tuvieron lugar en aquellos mismos años en Uruguay, Chile, Brasil, España, Portugal y Sudáfrica.

En aquel entonces, gran parte del pueblo argentino estaba convencido de que Alfonsín seguiría el camino hacia la Memoria, la Verdad y la Justicia, pero la perspectiva de más de miles de juicios a los militares de nivel inferior¹², además de dar la idea de la dimensión de la tragedia, alimentó resistencias y tensiones por parte de las Fuerzas Armadas, que reivindicaron el rol de defensores de la patria, demostrando que –aún– no habían salido de la escena política, hecho que evidenció en cambio la fragilidad de la democracia. De hecho, Alfonsín optó por la reconciliación nacional, ofreciéndoles indemnizaciones a los familiares de los desaparecidos, pero concedió también la impunidad a los militares mediante la Ley de Punto Final en 1986 y la Ley de Obediencia Debida en 1987¹³.

A las frágiles relaciones con los militares hubo que añadir la crítica situación económica heredada de la Junta militar con una deuda externa de 35 millones de dólares, y un elevado déficit fiscal, una inflación de más del 300% y un sistema de producción nacional ineficiente. Si, al principio, Alfonsín había actuado de forma gradual para no imponer sacrificios al pueblo, ya agotado por la dictadura, y para evitar una pérdida del consenso, en junio de 1985 con el Plan Austral intervino con medidas más fuertes pero que dieron resultados positivos sólo a corto plazo¹⁴.

La desilusión con el gobierno radical se manifestó, ante todo, en 1987 durante las elecciones para la renovación parcial del Congreso nacional y de los gobiernos provinciales ganadas por los peronistas y, después, durante las elecciones presidenciales del 14 de mayo de 1989 en las que se impuso el candidato Carlos Saúl Menem del *Partido Justicialista*¹⁵. Las dos derrotas electorales y la pérdida de consenso del pueblo por la falta de soluciones a la crisis económica y por los pactos con los militares, indujeron a Alfonsín a renunciar al cargo ya el 8 de julio de 1989 –o sea cinco meses antes de que

destitución de forma permanente de la función pública. Fueron absueltos en cambio, por falta de pruebas, Galtieri, Graffigna, Anaya y Lami Dozo. Causa 13/84, <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/index.html>. Se remite a F. Bertagna, “Juicio y castigo?”. *Il processo alle Giunte militari nella transizione argentina (1983-1987)*, en F. Bertagna, L. Tedoldi (a cura di), *Transizioni in Europa e America Latina (1945-1995). Storiografia, politica, istituzioni*, cit., pp. 159-176.

¹² En línea con los tres niveles de responsabilidad de los militares: el primero hace referencia a quienes dieron las órdenes; los otros dos niveles establecidos por Alfonsín, en colaboración con unos catedráticos de Filosofía del Derecho encabezados por Carlos S. Nino, distinguían a los oficiales y jefes que habían actuado cumpliendo órdenes «en un marco de extrema confusión», de los que habían cometido excesos a raíz de las órdenes recibidas. Posibles factores atenuantes, según la regla de Alfonsín, no podían tomarse en consideración en caso de «delitos de violación, apropiación de menores y de bienes materiales». Véase de C. Nino, *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Barcelona, 2006.

¹³ La *Ley de Punto Final* n. 23.492 del 24 de diciembre de 1986 fijaba un plazo de 60 días para receptor las acusaciones contra militares en el marco de la Justicia por violación de los derechos humanos y la *Ley de Obediencia Debida* n. 23.251 del 8 de junio de 1987 absolvía a los militares de rango intermedio y menor, porque se consideró que actuaron bajo subordinación a la autoridad superior.

¹⁴ Entre las medidas del Plan Austral se recuerda el congelamiento de todos los precios y de las tarifas de los servicios públicos, el bloqueo de salarios, una reducción del gasto público y la instauración de una nueva moneda nacional, el Austral, equivalente a 1.000 pesos. M. Novaro, *Historia de la Argentina 1955-2010*, cit., p. 207, y también A. R. Pucciarelli (coord.), *Los años de Alfonsín*, cit.

¹⁵ Ganó con el 47% de votos contra el candidato radical Eduardo Angeloz que obtuvo el 37%.

terminara— dejando un importante legado, quizás poco apreciado en aquel momento: además de haber protegido la frágil democracia, «se cumplió el sueño de que un presidente democrático le entregara el poder a otro mandatario electo, algo que en líneas generales no sucedía desde 1928, y entre distintos partidos, desde 1916»¹⁶.

Menem mantuvo la política de reconciliación y reforzó la impunidad con el otorgamiento de los indultos a los militares y a los civiles, incluidos a los que habían sido procesados y condenados en 1985¹⁷.

Como consecuencia, a mitad de los años 90, solo algunos militares implicados en la dictadura tuvieron que responder ante la ley por los crímenes cometidos, mientras que, de los años de la dictadura, quedaron 30.000 desaparecidos¹⁸ (de los cuales 8.960 vieron denunciada su desaparición), centenares de fosas comunes¹⁹ y más de 340 centros clandestinos de detención documentados por la Memoria Institucional, institución que acogió la Teoría de los dos demonios para explicar el terrorismo de Estado como la ineludible respuesta al terrorismo de izquierda, despertando perplejidades en la sociedad que no reconocía entre las víctimas solo a los terroristas, sino también reconocía a la gente común²⁰.

¹⁶ M. Novaro, *Historia de la Argentina 1955-2010*, cit., p. 223.

¹⁷ El 7 de octubre de 1989 Menem firmó el primer decreto de indulto que benefició a más de 200 militares y más de 60 civiles; el 29 de diciembre de 1990 con el segundo decreto de indulto perdonó a los excomandantes Videla, Massera, Agosti, Viola y Lambruschini; también incluyó a otros militares como a Camps, Ricchieri, y Suárez Mason y de esta forma anuló las condenas de las juntas de 1985. Además, el indulto absolvió al ex líder de los Montoneros Firmenich, entre otros guerrilleros. Dando indultos a ambos lados de la “guerra”, Menem reforzó la Teoría de los dos demonios con la idea de que las acciones de los guerrilleros fueron las que contribuyeron a la violencia de Estado. E.F. Mignone, *Los decretos de indulto en la República argentina*, <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/indultos.html>.

¹⁸ El *Informe* denunció la estrategia de la desaparición: «en nombre de la seguridad nacional, miles y miles de seres humanos, generalmente jóvenes y hasta adolescentes, pasaron a integrar una categoría tétrica y fantasmal: la de los Desaparecidos. Palabra —triste privilegio argentino!— que hoy se escribe en castellano en toda la prensa del mundo», *Nunca más. Informe de la Comisión nacional sobre la desaparición de personas*, cit. Véanse de E. Crenzel (coord.), *Los Desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)*, Biblos, Buenos Aires, 2010, y *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.

¹⁹ Sobre la historia del *Equipo Argentino de Antropología Forense* (EAAF) consúltese, M. Arriagada, *I desaparecidos della dittatura argentina*, en *Antrocom Online Journal of Anthropology*, Vol. 10 No. 1, 2010, pp. 127-130.

²⁰ Ya se conocen los primeros párrafos del Prólogo en los que se escribió: «Durante la década del 70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda, fenómeno que ha ocurrido en muchos otros países. Así aconteció en Italia, que durante largos años debió sufrir la despiadada acción de las formaciones fascistas, de las Brigadas Rojas y de grupos similares. Pero esa nación no abandonó en ningún momento los principios del derecho para combatirlo, y lo hizo con absoluta eficacia, mediante los tribunales ordinarios, ofreciendo a los acusados todas las garantías de la defensa en juicio; y en ocasión del secuestro de Aldo Moro, cuando un miembro de los servicios de seguridad le propuso al General Dalla Chiesa torturar a un detenido que parecía saber mucho, le respondió con palabras memorables: ‘Italia puede permitirse perder a Aldo Moro. No, en cambio, implantar la tortura’.

No fue de esta manera en nuestro país: a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos», *Nunca más. Informe de la Comisión nacional sobre la desaparición de personas*, cit.

En la Plaza de Mayo siguieron las rondas de los jueves de las Madres²¹ y de las Abuelas²²; los Hijos por la Identidad y la Justicia, contra el Olvido y el Silencio (HIJOS)²³ empezaron las prácticas de los escraches²⁴ de aquellos que se habían colado indemnes entre las mallas de la Justicia. En Patria se celebraron los Juicios por la Verdad, o sea juicios sin condena para garantizar el derecho a la verdad de los familiares de las

²¹ Las primeras y más famosas organizaciones de mujeres comprometidas con los derechos de las víctimas de la dictadura argentina. Su creación se debe «all' esortazione di Azucena Villaflor che, nel 1977, si rivolse ad alcune donne presenti nell' anticamera del Vicariato, dopo un inutile incontro con Monsignor Grasselli, facendosi interprete del loro disagio per non riuscire a ottenere informazioni sulla sorte dei propri figli scomparsi. Le sue parole indicavano già quelli che sarebbero stati gli obiettivi e le strategie di lotta: andare in piazza, diventare sempre più numerose, apparire (in risposta alla sparizione), far sì che tutti si rendessero conto della loro presenza e obbligare il potere a dar loro una risposta. Un potere individuato nella persona di Videla che, in quel momento, ricopriva sia la carica di Presidente de la Nación sia quella di capo della Junta Militar. L' esortazione fu raccolta da alcune madri che, il 30 aprile 1977, si radunarono in Plaza de Mayo, dando origine alla nota organizzazione femminile Madres de Plaza de Mayo, il cui simbolo identificativo è appunto il luogo in cui i suoi componenti si riuniscono da allora, ogni giovedì pomeriggio, e le cui invenzioni simboliche sono famose in tutto il mondo (il fazzoletto bianco sul capo, le foto dei parenti scomparsi, le *silhouette* disegnate sull' asfalto e la marcia circolare)», cfr. M. Rosti, *Donne, diritti e potere: le Madres e le Abuelas de Plaza de Mayo*, en L. Guidi e M.R. Pellizzari (a cura di), *Nuove frontiere per la Storia di Genere*, Università degli Studi di Salerno-Libreriauniversitaria.it, Salerno, 2013, p. 403, y *Azucena Villaflor*, en <http://www.encyclopediadelledonne.it/biografie/azucena-villaflor/>. Del núcleo original de las Madres se separó, en 1986, un grupo que tomó el nombre de Madres de la Plaza de Mayo-Línea Fundadora en el que se reunieron las madres a favor de un diálogo con las renovadas instituciones, a favor de la idea de una reparación a las víctimas y de la posibilidad de volver a encontrar por lo menos los cuerpos de sus queridos. El grupo no se identificaba con el lema “aparición con vida” del núcleo original.

²² En 1978 nacieron las Abuelas de Plaza de Mayo, lideradas hoy por Estela Barnes de Carlotto. Las doce fundadoras se identificaron entre las Madres ya a partir de los primeros encuentros, ya que además de los hijos, buscaban a los nietos que dieron a luz las hijas o las nueras secuestradas embarazadas, de los cuales habían perdido el rastro. A diferencia de las Madres, las Abuelas llevaron a cabo una auténtica acción de indagación y, sobre todo, se mostraron abiertas al diálogo con las instituciones, para conseguir toda la información posible.

²³ Formada en 1995 en un clima de impunidad generalizada gracias a la iniciativa de los hijos de las personas desaparecidas, asesinadas o exiliadas durante la dictadura cívico-militar, la asociación HIJOS tiene como objetivo recordar la violencia de ese periodo y reivindicar justicia por los crímenes del pasado. Al respecto véase B. Calandra, *La memoria obstinada*, cit.

²⁴ Véanse B. Calandra, *La memoria obstinada*, cit., especialmente pp. 147 y ss. y M. Califano, *Escrache, resistenza non violenta nell' Argentina del dopo terrorismo di Stato*, en *Storicamente*, Vol. 1, 2005, pp. 1-73. Explica Calandra que «*Escrachar* vuol dire definire un obiettivo, generalmente militari di alto rango, e manifestare sotto casa sua in modo visibile e chiassoso, in modo da richiamare l' attenzione del maggior numero di persone. Gli *escraches* [...] sono preparati con cura al fine di raggiungere la più ampia risonanza. Di fronte alle case degli ex torturatori i figli marciano coi fischi e tamburi, gridano al vicinato ‘attenzione qui vive un assassino!’, distribuiscono volantini con nome, indirizzo e fotografia della persona in questione, assieme ai dettagli dei crimini commessi [...]. L' obiettivo è demolire lo scudo di anonimato che protegge i colpevoli» (p. 148).

víctimas²⁵ y, fuera del país, juicios para los ciudadanos extranjeros afectados por la dictadura, que se concluyeron –en cambio– con condenas²⁶.

Así fue como, junto a la Memoria Institucional preservada y cristalizada por la CONADEP o presente en los informes judiciales surgieron múltiples memorias individuales, colectivas, tenaces, en disputa²⁷. Dichas memorias, si bien desde el punto de vista de los contenidos coincidieron en parte con la memoria oficial, se diferenciaron de esta por los objetivos que se fijaban: no había que olvidarse de los crímenes cometidos por el régimen militar, con la esperanza de ver castigados a los responsables. Los orígenes de la reacción y las primeras manifestaciones ya se presentaron durante los años de gobierno del mismo régimen militar, cuando una parte de la sociedad argentina decidió

²⁵ A finales de los años 1990 se realizaron en las ciudades de La Plata, Bahía Blanca, Buenos Aires, Mar del Plata, Córdoba, Rosario, Mendoza, Misiones, Salta y Jujuy; actualmente solo en la ciudad de La Plata continúan. Se remite el lector a E. Andriotti Romanin, *Decir la verdad, hacer justicia: los Juicios por la Verdad en Argentina*, en *ERLACS*, No. 94, 2013, pp. 5-23, y *La Verdad como Justicia: Acción, Movilización y Creación de Oportunidades en el Juicio por la Verdad de Mar del Plata, Argentina*, en *Asian Journal of Latin American Studies*, Vol. 24 No. 4, 2011, pp. 1-19, <http://www.ajlas.org/v2006/paper/2011vol24no401.pdf>.

²⁶ En Italia se celebraron tres juicios por los desaparecidos de origen italiano en Argentina: el 6 de diciembre de 2000 fueron condenados a cadena perpetua los generales argentinos Guillermo Suárez Mason y Santiago Omar Riveros, por el secuestro y asesinato de ocho ciudadanos italianos durante la dictadura, mientras que fueron condenados a 24 años de prisión otros cinco suboficiales declarados culpables de asesinato (Juan Carlos Gerardi, Luis José Porchetto, Alejandro Puerta, Oscar Hector Maldonado y Roberto Julio Rossin). Las víctimas desaparecidas y asesinadas por los militares fueron Laura Estela Carlotto, Roberto Julio Morresi, Pedro Lucio Mazzocchi, Luis Alberto Fabbri, Daniel Jesús Ciuffo, Martino Martinu y Mario Marras, además del pequeño Guido Carlotto, separado de su madre inmediatamente después del nacimiento. La sentencia fue confirmada en apelación en 2003 y en casación en 2004.

También se celebró el Juicio ESMA contra cinco oficiales de la Marina Argentina (Jorge Eduardo Acosta, Alfredo Ignacio Astiz, Jorge Raul Vildoza, Antonio Vanek, y Hector Antonio Febres), acusados de homicidio voluntario premeditado y agravado por la muerte de tres ítalo-argentinos (Angela Maria Aieta, Giovanni y Susanna Pegoraro). Los cinco acusados integrantes del Grupo de Tarea 3.3.2 instituido en la Escuela superior de mecánica de la armada (ESMA), fueron condenados a cadena perpetua, confirmada en febrero de 2009.

Por último, el reciente Juicio Cóndor contra los militares de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay implicados en operaciones que llevaron a la desaparición de 23 ciudadanos italianos en los años en que los regímenes sudamericanos se coordinaron en la represión de las oposiciones. Condenados en primera instancia en 2017 a penas más leves, en julio de 2019 el Tribunal de apelación bis del Tribunal de Roma cambió la sentencia imponiendo a todos los acusados la cadena perpetua, incluso a los que habían sido absueltos (sólo uno de ellos tuvo la absolución por solo uno de los cargos impugnados). Entre los condenados se recuerdan al Ministro del Interior de Bolivia, Luis Arce Gómez, al ex Presidente de Perú, Francisco Morales Bermudes, al ex Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Juan Carlos Blanco (absuelto por solo uno de los cargos imputados), y al teniente Jorge Nestor Fernández Troccoli, ya jefe del sistema de represión de la Marina militar uruguaya, único que vivió en Italia tras huir de su país (en primera instancia para él se había sentenciado la absolución). Véanse, por todas las informaciones: [www.24 marzo.it](http://www.24marzo.it); *Processo Condor, in appello ribaltata la sentenza: 24 ergastoli*, en *La Repubblica*, 8 de julio de 2019, https://www.repubblica.it/cronaca/2019/07/08/news/processo_condor_in_appello_ribaltata_la_sentenza_24_ergastoli-230722605/, y J. César, *Operazione Condor, ergastolo a 24 ex capi di Stato e agenti sudamericani*, <https://www.osservatoriodiritti.it/2019/07/10/operazione-condor-riassunto-italia-processo/>, 10 de julio de 2019; L. Rossi, *Accerchiare e soffocare il nemico. Il Plan Condor e le dittature del Cono Sud dell'America Latina*, en *Historia Magistra*, Vol. 24, 2017, pp. 73-92, y L. Rossi, F. Cantoni, *Operazione Condor: storia di un sistema criminale in America Latina*, Castelvechchi, Roma, 2018.

²⁷ Véase M. Rosti, *Il diritto per la memoria dei desaparecidos argentini*, en *Teoria politica*, No. 1, 2007, pp. 163-184, y también la ya citada B. Calandra.

responder, principalmente en forma clandestina, a la represión política apoyando y uniéndose a las actividades llevadas a cabo por asociaciones, ya presentes en el país y más específicamente dedicadas a la defensa de los derechos humanos²⁸. Se crearon nuevos centros de estudio y documentación que proveyeron asesoría jurídica a los familiares de las víctimas e intentaron divulgar información acerca del alcance de la violación de los derechos por parte del régimen, dirigiéndose también a la opinión pública internacional. A los centros se juntaron las asociaciones de familiares de víctimas del régimen, que surgieron de forma espontánea y que destacan el aspecto familiar de la movilización, rasgo que hasta el día de hoy las caracteriza. En este contexto hay que subrayar el papel predominante que las mujeres argentinas jugaron –y aún hoy siguen jugando– tanto en la movilización contra el régimen, como en la elaboración de la memoria individual, que, al encontrar confirmación y apoyo en el grupo, se hizo colectiva. Madres y Abuelas de Plaza de Mayo son el ejemplo, ya que eran esposas, madres, hermanas, tías y abuelas de esos jóvenes desaparecidos en la nada. Ellas eran muy a menudo de origen muy humilde y desprovistas de una específica sensibilidad política, pero estaban más libres, con respecto a los hombres, de las obligaciones laborales, además de gozar al principio de una cierta invisibilidad política que les garantizaba la incolumidad.

3. La época del kirchnerismo

3.1 La presidencia de Néstor Kirchner

Argentina dejó el camino para una “necesaria” reconciliación nacional durante el kirchnerismo, corriente política en el poder por doce años e identificada con los dos presidentes de la Nación que asumieron el cargo: los cónyuges Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011 y 2011-2015).

Kirchner, candidato del *Frente para la Victoria*, coalición que representaba el peronismo²⁹ de izquierda, ex gobernador de la provincia patagónica de Santa Cruz, ganó las elecciones del 27 de abril de 2003 con solo el 22% de votos, expresión de la profunda crisis de legitimidad y credibilidad de las instituciones y de los partidos políticos. Llegó a la presidencia con una frágil legitimidad y casi desconocido por la mayoría de los argentinos, él representaba en aquel momento el “nuevo rostro” de la política argentina, porque no tenía nada que compartir con la vieja clase política nacional responsable de la crisis en que se encontraba el país.

²⁸ Por ejemplo, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH) de 1937, el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) de 1974, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) de 1975, el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH) de 1976, el Movimiento Judío por los Derechos Humanos y el Centro de Estudios Legales (CELS), ambos fundados en 1978.

²⁹ Para una síntesis del peronismo, se remite al lector a: J.C. Torre (comp.), *Nueva historia argentina. Los años peronistas (1943-1944)*, Tomo VIII, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2002; C. Altamirano, *Bajo el signo de las masas (1943-1973)*, Ariel, Buenos Aires, 2001; L. Zanatta, *Il peronismo*, Carocci, Roma, 2008; G. Aboy Carlés, *El nuevo debate sobre el populismo y sus raíces en la transición democrática*, en *Colombia Internacional*, No. 82, 2014, pp. 23-50, y también A. Grimson, *¿Qué es el peronismo? De Perón a los Kirchner, el movimiento que no deja de conmover la política argentina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2019.

Néstor Kirchner eligió el discurso para la asunción del mando al Congreso, que tuvo lugar el 25 de mayo de 2003, como ocasión para presentarse a los argentinos, subrayando precisamente el hecho de representar el cambio, y la intención de querer restablecer la confianza del pueblo que lo había elegido con su voto, expresando la voluntad de seguir adelante y pasar página, consciente, junto al pueblo argentino, de formar «parte de una generación diezmada, castigada con dolorosas ausencias». Precisó

«me sumé a las luchas políticas con valores y convicciones a las que no pienso dejar en la puerta de entrada de la Casa Rosada [...] Llegamos sin rencores, pero con memoria, memoria no sólo de los errores y horrores del otro, sino también en memoria sobre nuestras propias equivocaciones. Memoria sin rencor es aprendizaje político, balance histórico y desafío actual de gestión»

y concluyó con unas palabras de gran impacto en la sociedad de aquel momento:

«No he pedido ni solicitaré cheques en blanco, vengo en cambio a proponerles un sueño: Reconstruir nuestra propia identidad como pueblo y como nación. Vengo a proponerles un sueño que es la construcción de la verdad y la justicia [...] Vengo a proponerles un sueño que es el de volver a tener una Argentina con todos y para todos [...] Vengo a proponerles un sueño: quiero una Argentina unida, quiero una Argentina normal, quiero que seamos un país serio, pero, además, quiero un país más justo»³⁰.

En efecto, este gobierno que surgió de las cenizas de la crisis política, económica y social de los años 2001-2002³¹ favoreció una mayor tutela de los derechos humanos y estableció una agenda para honrar la Memoria, reconstruir la Verdad y hacer Justicia para las víctimas de la dictadura, diferenciándose de los gobiernos que lo precedieron.

Entre las muchas medidas aprobadas, recordamos que ya durante las primeras semanas de su gestión se reunió con los principales referentes de los organismos de derechos humanos³², acostumbrados en el pasado a una relación tensa con el Estado, y debido a eso algunos hijos de desaparecidos se convirtieron en militantes de relevancia del kirchnerismo, que asumió con esta inclusión un perfil original. Otras medidas fueron el

³⁰ *Discurso de asunción del Presidente Néstor Kirchner a la Asamblea Legislativa el 25 de mayo del 2003*, <http://www.cfkargentina.com/discurso-de-asuncion-del-presidente-nestor-kirchner-a-la-asamblea-legislativa-el-25-de-mayo-del-2003/>.

³¹ A las elecciones del 27 de abril de 2003 se presentaron tres candidatos peronistas (Carlos Menem, Néstor Kirchner y Adolfo Rodríguez Súa) y tres radicales (Leopoldo Moreau, Elisa Carrió y Ricardo López Murphy). Ganadores de la primera ronda de las elecciones fueron Menem (*Alianza Frente por la Lealtad*) con el 24% de votos y Kirchner (*Frente para la Victoria*) con el 22%. Debido a estos resultados fue necesaria una segunda vuelta electoral porque –según la Constitución (arts. 97 y 98)– para que un Presidente sea electo con la primera ronda, se exige un umbral mínimo de votos del 40% para la fórmula más votada y una diferencia del 10% con la segunda. En el caso de que ambas superen el 40%, la primera opción tiene que lograr el 45% de los sufragios. Sin embargo, en 2003 no hubo balotaje, porque Menem se retiró antes por los desfavorables sondeos que revelaron la intención de los argentinos de votar al desconocido Kirchner para que él no ganara otra vez las elecciones.

³² En particular las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo. E. Andriotti Romanin, *¿Cooptación, oportunidades políticas y sentimientos? Las Madres de Plaza de Mayo y el gobierno de Néstor Kirchner*, en *Polis*, Vol. 13 No. 39, 2014, pp. 1-13, <http://polis.revues.org/10484>, y G. Carotenuto, *L'Argentina dall'impunità alla verità, giustizia e memorializzazione delle violazioni dei diritti umani*, en *Il capitale culturale. Supplementi O2*, 2015, pp. 229-246, <http://riviste.unimc.it/index.php/cap-cult>.

desplazamiento y el retiro de los militares vinculados a la represión³³; en julio el gobierno derogó el decreto 1581/01 del Presidente De la Rúa que impedía las extraditaciones de los militares involucrados en los juicios por crímenes de lesa humanidad³⁴ y, en agosto, consiguió que el Congreso aprobase la anulación de las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. Además, entre 2005 y 2007 consiguió que la Corte Suprema de la Nación considerara las leyes de impunidad como inválidas e inconstitucionales³⁵ y que se declarasen inconstitucionales los indultos a los jefes militares³⁶, permitiendo la reapertura de nuevos juicios contra centenares de militares y civiles que habían quedado hasta entonces impunes.

A estas medidas se sumaron las muchas declaraciones que revelaron la nueva política del Gobierno que dirigía la atención tanto a los derechos humanos, como a las organizaciones comprometidas con su defensa. Entre las declaraciones de Kirchner destaca, por ejemplo, el discurso pronunciado en la ONU en septiembre de 2003, cuando se declaró «hijo» de las Madres y de las Abuelas afirmando:

«La defensa de los derechos humanos ocupa un lugar central en la nueva agenda de la República Argentina. Somos los hijos de las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, y por ello insistimos en apoyar en forma permanente el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos y el juzgamiento y condena de quienes lo violen. Todo ello con la cosmovisión de que el respeto a la persona y su dignidad deviene de principios previos a la formulación del derecho positivo que reconoce sus orígenes desde el comienzo de la historia de la humanidad»³⁷.

Además con motivo del aniversario del golpe del 24 de marzo de 2004, el primero que celebró como Presidente, ordenó el retiro de los retratos de Videla y Bignone del Colegio Militar de la Nación, afirmando que «Realmente nunca hubiera querido tener que estar ante esta instancia, porque recordar el 24 de marzo de 1976 es uno de los instantes más dolorosos y más crueles que le ha tocado vivir a la historia argentina en su conjunto»³⁸,

³³ V. Torras, L. Palmás Zaldúa, M. Perelman, *Memoria, verdad y justicia como política de Estado. Análisis de políticas públicas implementadas durante los gobiernos kirchneristas (2003-2015) respecto de los delitos de lesa humanidad ocurridos en la última dictadura argentina*, en *Análisis*, No. 11, 2016, pp. 19-21.

³⁴ Con Decreto 420/03 *Derogación del Decreto 1.501/01*.

³⁵ En concreto, en 2001, el juez Cavallo declaró la «inconstitucionalidad y la nulidad insanable» de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y la Sala II de la Cámara confirmó por unanimidad el fallo dictado por el juez Cavallo y por eso ratificó la inconstitucionalidad de las dos leyes de impunidad. El 12 de agosto de 2003, la Cámara Nacional de Diputados anuló las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y el 20 del mismo mes la Cámara Nacional de Senadores finalizó su anulación. El 14 de junio de 2005, la Corte Suprema ratificó la inconstitucionalidad de las leyes, declarándolas «constitucionalmente intolerables». Corte Suprema de la Nación, *Nulidad Ley de Obediencia debida y Punto Final*, 16 de junio de 2006, partes Simón, Julio y otros. Además, en el mes de agosto de 2003 se ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad en vigencia desde 1970.

³⁶ J. Pan, G. Bardazano, D. Camaño Viera, *Inconstitucionalidad de los Indultos por Crímenes de Lesa Humanidad*, *Comentarios al Fallo “Riveros”*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 99-105, www.anuariodh.uchile.cl.

³⁷ *Palabras del Presidente Néstor Kirchner en la 58ª Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2003*, <http://www.cfkargentina.com/discurso-de-nestor-kirchner-en-la-onu-2003/>.

³⁸ *Palabras del Presidente Néstor Kirchner en el Colegio Militar de la Nación luego de ordenar el retiro de los cuadros de los presidentes de facto Videla y Bignone*, 24 de marzo de 2004,

destacando que «El retiro de los cuadros [...] marca definitivamente un claro posicionamiento que tiene el país todo, nuestras Fuerzas Armadas, nuestro Ejército y quien les habla como Presidente y como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, de terminar con esa etapa lamentable de nuestro país y que definitivamente, en todos los lugares de la Patria y de nuestras instituciones militares, esté consolidado el sistema de vida democrático, desterrado el terrorismo de Estado y apuntando a la construcción del nuevo país». Para concluir, declaró: «el 24 de marzo se convierta en la conciencia viva de lo que nunca más se debe hacer en la Patria y que ese 24 de marzo, definitivamente deje en ustedes que son el brazo armado de la Patria, la conciencia que esas armas que orgullosamente portan nunca más pueden ser direccionadas hacia el pueblo argentino»³⁹.

En 2007, con motivo de la cesión a los organismos de derechos humanos de los terrenos del ex Centro Clandestino de Detención de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)⁴⁰, se dirigió a las Madres, a las Abuelas y a los HIJOS y «como Presidente de la Nación Argentina» les pidió perdón «de parte del Estado nacional por la vergüenza de haber callado durante 20 años de democracia por tantas atrocidades»⁴¹. En este discurso –observa Andriotti– Kirchner presentó también «una inscripción de continuidad con los ideales de los jóvenes de los 70, aquellos que habían sido muertos o asesinados por la dictadura, al apelar a ellos como fundamento de sus políticas»⁴² afirmando: «sé que desde el cielo, de algún lado, nos están viendo y mirando; sé que se acordarán de aquellos tiempos; sé que por ahí no estuvimos a la altura de la historia, pero seguimos luchando

<http://www.cfkargentina.com/nelstor-kirchner-ordena-bajar-el-cuadro-del-dictador-videla-del-colegio-militar-de-la-nacion/>.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Este lugar fue el mayor centro clandestino de detención y por eso se considera paradigmático del horror y de la represión; abarca 17 hectáreas e incluye más de 20 edificios y espacios verdes. Durante el kirchnerismo se transformó en el Espacio para la Memoria y los Derechos Humanos, y muchos edificios fueron convertidos en oficinas de distintas instituciones públicas, organismos de derechos humanos, centros culturales y asociaciones de la sociedad civil, locales, regionales e internacionales. En el Espacio se realizan actividades culturales, educativas y artísticas de promoción y difusión de los derechos humanos, véase <https://www.espaciomemoria.ar/lugar/>.

La creación de “Espacios de Memoria” es una de las modalidades de la política de recuperación testimonial e histórica de predios donde se establecieron centros clandestinos de detención y otros sitios vinculados a la acción del Terrorismo de Estado. En concreto, tras dejar de destinarse al uso policial o militar, quedan como bienes desafectados que se transforman en centros de investigación, de educación y de promoción de los derechos. Otra modalidad es la “señalización”, es decir la instalación de placas o carteles de gran tamaño y visibilidad que transmiten información acerca de los sucesos ocurridos en estos lugares; se mantiene en este caso la titularidad de los lugares que quedan a las fuerzas armadas o de seguridad y no se modifica su función. V. Torras, L. Palmás Zaldua, M. Perelman, *Memoria, verdad y justicia como política de Estado*, cit., p. 9.

En todo el país son más de 40 los “Espacios de Memoria” realizados en los ex centros de detención (véase <https://www.argentina.gob.ar/sitiosdememoria/espacios>), y entre 2003 y 2015 se señalaron 129 lugares en todo el país. En 2011 se aprobó una ley específica, cfr. infra.

⁴¹ *Palabras del Presidente Néstor Kirchner en la firma del convenio de la creación del Museo de la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos*, 24 de marzo de 2004, <http://www.cfkargentina.com/museo-de-la-memoria-nestor-kirchner-en-la-esma/>.

⁴² E. Andriotti Romanin, *¿Cooptación, oportunidades políticas y sentimientos? Las Madres de Plaza de Mayo y el gobierno de Néstor Kirchner*, cit., p. 7.

como podemos, con las armas que tenemos, soportando los apretujones y los aprietes que nos puedan hacer. Pero no nos van a quebrar, compañeros y compañeras»⁴³.

Andriotti y Jelin observan cómo el Presidente quiso, de este modo, «identificarse» como miembro de su grupo político generacional «resaltando su pertenencia a la generación de militantes que lucharon por una sociedad mejor y por eso desaparecieron»⁴⁴. Al referirse a los compañeros y compañeras que no estaban se comprometió con un reconocimiento «a quienes expresaban esta voz: o sea los sobrevivientes y, sobre todo, las Madres, las Abuelas y los Hijos de los desaparecidos» y Andriotti observa que «de esta forma la orientación de su discurso replicó y reforzó “al familismo” que desde finales de la dictadura situó a los familiares como legítimos demandantes de verdad y de justicia»⁴⁵.

Desde entonces Kirchner fue considerado como un hijo por las Madres⁴⁶, que en reiteradas ocasiones por ejemplo lo definieron «uno de los hijos de los 70» o «uno de nuestros hijos»⁴⁷. Cabe destacar otro aspecto importante de estas nuevas relaciones, o sea que las Madres pasaron de «una estrategia dominante de confrontación a una de adhesión al gobierno nacional» y consideraron al Estado, desde el punto de vista instrumental, «como posibilidad [...] de nuevos recursos para las tareas y para los organismos, en tanto el apoyo al gobierno nacional garantizaba un acompañamiento económico e institucional en sus iniciativas, nunca antes obtenido»⁴⁸.

Las Madres bajo Kirchner empezaron a considerar al Estado como un nuevo espacio de resistencia y de construcción política: «la vinculación con el Estado era como parte de un proyecto político estratégico de largo plazo, desde donde fortalecer la lucha política contra un modelo de país y de sociedad, asociado a la idea de impunidad»⁴⁹.

Por fin en 2006, con ocasión del 30° aniversario del golpe de 1976, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación presentó una nueva edición del *Nunca más* que incorporaba un nuevo *Prólogo* que sustituía el que había redactado en 1983 Ernesto Sabato para la primera edición, en el que se explicaba la nueva posición del gobierno Kirchner con respecto al tema:

«Es preciso dejar claramente establecido, porque lo requiere la construcción del futuro sobre bases firmes, que es inaceptable pretender justificar el terrorismo de Estado como una suerte de juego de violencias contrapuestas como si fuera posible buscar una simetría justificatoria en la acción de particulares frente al apartamiento de los fines propios de la Nación y del Estado, que son irrenunciables.

⁴³ *Palabras del Presidente Néstor Kirchner en la firma del convenio de la creación del Museo de la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos*, cit.

⁴⁴ E. Andriotti Romanin, *¿Cooptación, oportunidades políticas y sentimientos? Las Madres de Plaza de Mayo y el gobierno de Néstor Kirchner*, cit., pp. 7-8, y E. Jelin, *Victimas, familiares y ciudadanos/as: las luchas por la legitimidad de la palabra*, en *Cadernos Pagu*, No. 29, julio-diciembre 2007, p. 54.

⁴⁵ *Ibidem e idem*, p. 55.

⁴⁶ Las Madres no participaron en el acto, pero «al día siguiente publicaron una solicitada» en *Página/12* en que agradecían al Presidente «por el día histórico» y «por demostrar con sus palabras el amor a nuestros hijos». Citado por E. Andriotti Romanin, *¿Cooptación, oportunidades políticas y sentimientos? Las Madres de Plaza de Mayo y el gobierno de Néstor Kirchner*, cit., en p. 8 que indica *Página/12*, 25 de febrero de 2004.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, p. 9.

Por otra parte, el terrorismo de Estado fue desencadenado de manera masiva y sistemática por la Junta Militar a partir del 24 de marzo de 1976, cuando no existían desafíos estratégicos de seguridad para el statu quo, porque la guerrilla ya había sido derrotada militarmente. La dictadura se propuso imponer un sistema económico de tipo neoliberal y arrasar con las conquistas sociales de muchas décadas, que la resistencia popular impedía fueran conculcadas. La pedagogía del terror convirtió a los militares golpistas en señores de la vida y la muerte de todos los habitantes del país»⁵⁰.

Las palabras del Prólogo fueron cuestionadas por parte de ex miembros de la citada CONADEP, de funcionarios y de organizaciones de derechos humanos que discreparon públicamente sobre las connotaciones políticas de la edición original y sobre la necesidad o no de añadir un nuevo prólogo al documento⁵¹.

Para concluir, se recuerda el acto simbólico representado por la inauguración del Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado en el Parque de la Memoria de Buenos Aires en noviembre de 2007. Acompañado por su esposa Cristina Fernández – ganadora de las elecciones presidenciales de octubre⁵² y que asumiría el mandato el diciembre siguiente– el Presidente Kirchner como siempre se dirigió a las «Abuelas, Madres, hermanos, hijos», subrayando la imposibilidad de construir algo «sobre la injusticia y la falta de memoria, que es fundamental tenerla»⁵³ y aseguró que Cristina⁵⁴ seguiría con su misma política, como efectivamente hizo hasta 2015, cuando terminó su segundo mandato presidencial.

⁵⁰ Fue presentado durante la Feria del Libro en Buenos Aires, cfr. Ministerio de Cultura - Presidencia de la Nación Argentina, *El Nunca más y los crímenes de la dictadura*, Cultura Argentina, 2006, p. 31, https://librosycasas.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2015/11/LC_NuncaMas_Digital1.pdf.

⁵¹ Por ejemplo, véanse O. Galak, *Controversia por el Prólogo agregado al Informe Nunca más*, en *La Nación*, 19 de mayo de 2006, y V. Ginzberg, *De los dos demonios al terrorismo de Estado*, en *Página/12*, 15 de mayo de 2006, en que el subsecretario de Derechos Humanos, Rodolfo Mattarollo declaró: «Nos pareció que era muy importante la reedición del Nunca Más, pero al mismo tiempo era muy importante ponerlo en la perspectiva del actual proceso de lucha contra la impunidad. El prólogo histórico del Nunca Más está recorrido de un extremo a otro por la doctrina de los dos demonios. Si bien sostiene que hubo un terrorismo que fue más grave que el otro, dice que hubo dos terrorismos y que uno fue la causa del otro: la llamada violencia de abajo fue la que generó la violencia de arriba, que fue peor, más condenable porque se practicaba desde el Estado, pero fue en respuesta a una violencia de abajo. Esto nos parece una falsedad». Véanse también de E. Crenzel, *Dos prólogos para un mismo informe. El Nunca Más y la memoria de las desapariciones*, en *Prohistoria*, Vol. XI No. 11, 2007, pp. 49-60, y *El Prólogo del Nunca Más y la teoría de los dos demonios. Reflexiones sobre una representación de la violencia política en la Argentina*, en *Contenciosa*, Vol. 1 No. 1, 2013, pp 1-19.

⁵² Cristina Fernández senadora del *Frente para la Victoria* en la Provincia de Buenos Aires, Primera Dama desde 2003 hasta 2007, fue la primera mujer que ganó las elecciones presidenciales en la historia del país. En 2007 obtuvo el 45,29% del consenso contra Elisa Carrió, que consiguió solo el 22,95% de votos por la *Coalición Cívica Radical*, y en 2011 obtuvo el 54,11% de las preferencias pulverizando a la oposición que no alcanzó el 17% (el socialista Hermes Binner obtuvo el 16,81% y el radical Ricardo Alfonsín el 11,14%). Cristina tuvo que enfrentarse a las críticas de la oposición que la acusaba de nepotismo, ya que se consideró que su candidatura escondía el plan de traspasarse la presidencia entre ella y el marido Néstor sin interrupciones, y la prensa acuñó el término “matrimonialismo”, para indicar a la esposa al frente del ejecutivo y al marido al frente del partido de mayoría relativa.

⁵³ *Palabras del Presidente de la Nación, dr. Néstor Kirchner durante el acto de inauguración del Monumento a las víctimas del terrorismo de estado, en el Parque de la Memoria, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 7 de noviembre de 2007, <https://www.casariosada.gob.ar/informacion/archivo/24328-blank-23701811>.

⁵⁴ Llamada así, a secas, como pasa habitualmente con las mujeres en política.

3.2 La presidencia de Cristina Fernández de Kirchner

Ya el 10 de diciembre de 2007, durante el discurso de asunción presidencial, Cristina destacó el deber que tienen de hacer que la Justicia prosiga actuando por los crímenes de la época de la dictadura:

«Tenemos la obligación desde el Ejecutivo, desde el Parlamento, desde la propia Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, de adoptar y diseñar los instrumentos que garantizando todos los derechos y garantías que otros argentinos no tuvieron, permitan finalmente enjuiciar y castigar a quienes fueron responsables del mayor genocidio de nuestra historia.

Se lo debemos a quienes fueron las víctimas; se lo debemos a sus familiares, a las Abuelas, a las Madres, se lo debemos a los sobrevivientes que no pueden seguir estando sometidos a la tortura del relato permanente de la tragedia. Y se lo debemos también a las Fuerzas Armadas, para que de una vez y para siempre, en vistas al Bicentenario, se pueda separar la paja del trigo y entonces los argentinos podamos todos volver a mirarnos a la cara»⁵⁵.

Compromiso reiterado por la Cámara de Diputados que, el 12 de mayo de 2010, aprobó por unanimidad una declaración en la que se establecía que los juicios por crímenes de lesa humanidad formaban parte de la política de Estado; el agosto siguiente, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti, al presentar el documento *Delitos de lesa humanidad. Informe sobre la tramitación de juicios*, volvió a abordar el tema y aseguró que «La decisión de llevar adelante los juicios de lesa humanidad es una decisión de toda la sociedad [...]. Los juicios de lesa humanidad no dependen de una coyuntura, ni de una elección, ni de la decisión de una persona que esté en el gobierno. Están hoy dentro del contrato social de los argentinos, y forman parte del consenso básico que tiene la sociedad»⁵⁶.

Más allá de las declaraciones, hay que subrayar el aumento efectivo de los juicios celebrados durante los dos mandatos de Cristina Fernández⁵⁷ y la nueva estrategia adoptada para acelerar el tiempo, es decir reunir los casos individuales sobre la base del

⁵⁵ *Mensaje de la Presidenta a la Asamblea Legislativa del Congreso de la Nación en su asunción del mando*, 10 de diciembre de 2007, <https://www.cfkargentina.com/asuncion-de-cristina-kirchner-10-de-diciembre-de-2007/>.

⁵⁶ V. Torras, L. Palmás Zaldua, M. Perelman, *Memoria, verdad y justicia como política de Estado*, cit., p. 22, y Centro de Información Judicial, *Juicios de lesa humanidad: para Lorenzetti, 'no hay marcha atrás'*, 11 de agosto de 2010, <https://www.cij.gov.ar/nota-4693-Juicios-de-lesa-humanidad--para-Lorenzetti---no-hay-marcha-atr-s-.html>; el documento elaborado por la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad se encuentra en <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>.

⁵⁷ De 1983 a 1987 se celebraron solo dos juicios –a los miembros de la Junta y de la Policía Bonaerense– para un total de 17 imputados; de 1988 a 2005, ya que seguía en vigor la amnistía, se celebraron únicamente juicios por delito de sustracción de menores con 23 imputados condenados; de 2005 a 2015 en cambio, se registraron 662 condenas y en diciembre de 2015, cuando Cristina concluyó el mandato, 378 personas seguían siendo investigadas y 925 estaban siendo juzgadas, la mayoría de las cuales se encontraba en estado de detención preventiva.

centro de detención o del lugar en el que fueron perpetrados violaciones y delitos. De esta forma fue posible hacer confluir a todas las víctimas y a los imputados en un único procedimiento judicial, forma que evidenciaría aún más la efectiva magnitud de los abusos⁵⁸.

Desde el punto de vista de las investigaciones, para reconstruir la Verdad y hacer Justicia, mediante el decreto 4/2010 se dispuso la desclasificación de toda la información vinculada con el accionar de las fuerzas armadas durante el régimen y de toda la información o documentación producida en otro periodo sobre el tema, para facilitar la adquisición de material por parte de los archivos nacionales y provinciales ya existentes⁵⁹ o que se iban a crear. Finalmente, se dispuso la reorganización en 2009 del Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG)⁶⁰ y, en 2015 la creación de la Comisión Bicameral de la Verdad, la Memoria, la Justicia, la Reparación y el fortalecimiento de las instituciones de la democracia⁶¹. Esta última tendría que individualizar e investigar a los actores económicos y políticos que habían apoyado al régimen cívico-militar y/o que habían sacado provecho de ello, además de tener un poder de iniciativa en materia de Memoria, Justicia y Verdad.

Completa el cuadro el renovado vínculo con las Madres y las Abuelas, mencionadas como ejemplo de determinación y de valor ya en 2007 en el discurso de asunción presidencial –«el ejemplo de unas mujeres que con pañuelo blanco se atrevieron donde nadie se atrevía y lo hicieron»– y con las cuales Cristina promovió numerosas iniciativas de memoria, como por ejemplo el 19 de mayo de 2015 la inauguración del Museo Sitio de la Memoria ESMA en el ex Casino de Oficiales⁶², que se celebró con motivo de los festejos por el 205° aniversario de la Revolución de Mayo y Cristina fue la oradora principal. Su discurso,

⁵⁸ Asimismo, se crearon muchas unidades especiales o de asistencia, grupos y comisiones para garantizar el desarrollo de las investigaciones y el avance de las causas y se aprobaron leyes de reparación económica para las víctimas y sus familiares. Para una síntesis, se remite al lector a V. Torras, L. Palmás Zaldúa, M. Perelman, *Memoria, verdad y justicia como política de Estado*, cit., pp. 11-19.

⁵⁹ Por ejemplo, en diciembre de 2003 se creó el Archivo Nacional de la Memoria (ANM), organismo dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, que cuenta con el material de la CONADEP y de otras fuentes y, en octubre 2015, el Ministerio de Defensa creó el Sistema de Archivos de la Defensa. Anteriormente, unas provincias ya habían creado archivos específicos, entre los cuales se señala el Archivo Provincial de la Memoria de Córdoba y el archivo de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPPBA). Se remite al lector a V. Torras, L. Palmás Zaldúa, M. Perelman, *Memoria, verdad y justicia como política de Estado*, cit., pp. 5-8.

⁶⁰ Creado en 1985, el BNDG constituye el archivo público y sistemático de material genético y muestras biológicas de familiares de personas secuestradas y desaparecidas durante el régimen cívico-militar. Sus datos permiten identificar vínculos biológicos entre personas que sospechan ser hijos de desaparecidos y sus familias de origen, véanse <https://www.argentina.gob.ar/ciencia/bndg> y <https://www.argentina.gob.ar/ciencia/informacion-al-ciudadano/datosgeneticos>. Con la *Ley 26.548* de 2009 el BNDG pasó a funcionar bajo la jurisdicción del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva y, en 2015, se trasladó a una sede propia. Se recuerda también el rol de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI) creada en 1992 por petición de las Abuelas de Plaza de Mayo y que funciona como una comisión técnica especializada en la búsqueda y localización de los niños desaparecidos durante el régimen.

En el ámbito de la instrucción, se señala por ejemplo el Programa Educación y Memoria de 2008 del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, que promueve tratar diversas temáticas relacionadas con los Derechos Humanos y con la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes, véase <https://www.buenosaires.gob.ar/educacion/programasymemoria>.

⁶¹ *Ley 27217* sancionada el 25 de noviembre de 2015 y promulgada el 2 de diciembre de 2015.

⁶² <http://www.museositiesma.gob.ar/prensa/>. El Sitio es parte de la lista tentativa del patrimonio de la Humanidad de UNESCO.

transmitido por la cadena nacional de radiodifusoras, se centró en la política de Derechos Humanos del Estado argentino, con especial énfasis en la de los doce años precedentes que definió como «ejemplo en el mundo», haciendo también referencia al ya mencionado discurso pronunciado por el esposo Néstor el 24 de marzo de 2007⁶³, en el cual el Presidente pedía perdón al pueblo en nombre del Estado argentino.

En este contexto, desde el punto de vista legislativo, se introdujo en julio de 2011 la Ley 26691 de Sitios de Memoria del Terrorismo de Estado que declaró sitios de memoria los lugares que funcionaron como centros clandestinos de detención, tortura y exterminio y que –según la ley– se tienen que preservar, señalar y promover por su valor testimonial y por su aporte a la investigación judicial; asimismo en la declaración del Ministerio de Cultura de la Nación se afirma que estos sitios son “lugares históricos nacionales”⁶⁴.

Por último, se deben recordar las palabras que Cristina pronunció cuando las organizaciones por los Derechos Humanos le otorgaron el premio Hacedores de la Memoria: la Presidenta reafirmó una vez más la importancia de hacer Memoria indicando cuáles son los interlocutores: «la memoria está en cada abuela, en cada madre, en cada uno de los familiares, en cada uno de los hijos y en cada uno de los 119 nietos recuperados» y consideró que los nietos recuperados que recobraron su identidad «son la exacta demostración de que la memoria no es solamente hacer justicia y verdad con el pasado, sino que es esencialmente mirar hacia el futuro para recuperar todo lo que nos arrebataron»⁶⁵.

3.3 Luces y sombras del kirchnerismo

Si bien en general el kirchnerismo hizo suyas las demandas de Memoria, Verdad y Justicia por los crímenes de las dictaduras diferenciándose de los gobiernos que lo precedieron, este no estuvo exento de críticas.

En primer lugar, se precisó que ni Néstor ni Cristina fueron «verdaderos militantes» durante la dictadura y que tampoco, con la vuelta a la democracia, promovieron los derechos humanos. De hecho, en los años 70 militaron entre los peronistas en la Universidad de La Plata⁶⁶ pero, cuando empezó la represión, huyeron a Río Gallegos, donde «amasaron» una fortuna actuando como abogados de empresas financieras; durante los siete años de dictadura no firmaron ningún *habeas corpus* para un desaparecido y,

⁶³ *Inauguración del Sitio de Memoria ESMA: Es un acto de resistencia de la memoria y de la vida*, 19 de mayo de 2015, <https://www.cfkargentina.com/cristina-kirchner-inauguracion-del-sitio-de-memoria-esma/>. Un análisis interesante sobre el evento y sobre el rol de la prensa es la de M. Dagatti, M.B. Fernández Navarro, *De abusos dinastías y festejos. La prensa argentina ante la inauguración del Sitio de Memoria ESMA*, en *Revista Mexicana de Opinión Pública*, No. 25, 2018, pp. 83-108. Hay muchas ocasiones durante las cuales Cristina ha recordado la política de los Derechos Humanos; entre estas, algunos días antes de que concluyera su mandato –el 2 de diciembre de 2015– siempre con ocasión de la inauguración del nuevo edificio de la Secretaría de Derechos Humanos, en el espacio para la Memoria, la Verdad y la Justicia (ex ESMA).

⁶⁴ Véase también la nota 40.

⁶⁵ <https://www.casosada.gob.ar/informacion/archivo/29236-la-memoria-no-es-solamente-hacer-justicia-con-el-pasado-sino-mirar-hacia-el-futuro-para-recuperar-lo-que-nos-arrebataron-afirmo-la-presidenta>, 2 de diciembre de 2015.

⁶⁶ Néstor militó en la Federación Universitaria de la Revolución Nacional y fue Vicepresidente del Centro de Estudiantes Santacruceños de La Plata; Cristina militó en la Juventud Peronista de su barrio y participó en las Mesas de Construcción Nacional de la Facultad.

luego, en los veinte años de democracia no fueron a ninguna marcha para los derechos humanos⁶⁷.

En segundo lugar, se ha observado que cuando en 2003 Néstor Kirchner asumió la presidencia de la Nación, él, que nunca había recibido a Hebe de Bonafini ni como intendente de Río Gallegos ni como gobernador de Santa Cruz, decidió “hábilmente” ampliar su escasa base social, apoderándose de una bandera prestigiosa frente a la opinión pública nacional e internacional, es decir la de la lucha para el juicio y el castigo a los culpables de los crímenes de la dictadura y la promoción de Memoria y Verdad.

Resultó por tanto fundamental encontrarse y cooptar a las dirigentes de las Madres, Hebe de Bonafini, y de las Abuelas, Estela de Carlotto, con el fin de asegurar aportes materiales a sus respectivas organizaciones. Colocando a esas dirigentes en el centro de la escena nacional, Kirchner logró que las dos organizaciones de derechos humanos con más prestigio en Argentina y a nivel internacional apoyaran al kirchnerismo.

Por el lado de la Justicia, se ha observado cómo Kirchner “sólo apoyó el proyecto” para anular las leyes de impunidad, ya presentado por la entonces diputada de *Izquierda Unida* Patricia Walsh, aunque hubiera podido bloquearlo. Pero si bien efectivamente la reapertura de los juicios contra los ex represores recibió el apoyo de gran parte de la sociedad argentina, unos sobrevivientes y los familiares de las víctimas de grupos de guerrilleros durante los años 70 cuestionaron que los exlíderes rebeldes no hubieran sido juzgados como los militares⁶⁸.

Con esta última crítica a la actuación de Kirchner nos acercamos a una perspectiva distinta y a la actividad promovida por las organizaciones de los familiares de las víctimas de la guerrilla que consideran que la Memoria de la década de 1970 es una memoria “parcial” y, por eso, proponen una “Memoria Completa”. Este concepto resignifica dos de las consignas históricamente levantadas por los organismos de Derechos Humanos –o sea Memoria y Verdad– con el fin de presentar un relato público sobre el pasado reciente cuanto más verosímil que se contrapone a la memoria de los desaparecidos y a la lucha de los organismos de derechos humanos.

Por lo que concierne también a la Justicia, algunos sectores piden justicia y reparaciones para las víctimas de la guerrilla, comparando los delitos imprescriptibles de lesa humanidad –considerados actos de terrorismo de Estado– con los delitos de las organizaciones armadas guerrilleras⁶⁹.

⁶⁷ Son declaraciones de Julio César Strassera ex fiscal del Juicio a las Juntas en respuesta a unas críticas de la Presidente Cristina sobre su rol durante la dictadura. Véanse *Los Kirchner no firmaron nunca un hábeas corpus*, en *La Nación*, 13 de diciembre de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1752030-los-kirchner-no-firmaron-nunca-un-habeas-corpus>; *En la dictadura, los Kirchner sólo hicieron plata*, en *LaPolíticaOnline*, 23 de septiembre de 2010, <http://www.lapoliticaonline.com/nota/47045/>.

⁶⁸ Se señala la actividad de las siguientes asociaciones: Familiares y Amigos de Muertos por la Subversión (FAMUS) activa de 1983 a 1991 y fundada por Eva Solari de Berdina; Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus Víctimas (CELTYYV), véanse <http://www.victimasdeargentina.com/>, fundado en 2006 por Victoria Eugenia Villarruel; Asociación de Familiares y Víctimas del Terrorismo en Argentina (AFAVITA); Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina (AFyAPPA) fundada por Cecilia Pando; Asociación de Víctimas del Terrorismo de la Argentina (AVTA) y la Agrupación Argentinos por la Memoria Completa. Entre varios textos, véase el artículo *Memoria completa y reconciliación*, en *La Nación*, 10 de abril de 2012.

⁶⁹ Se recuerda que en 2008 se presentó un proyecto, que no prosperó, para otorgar a los asesinatos a manos de la guerrilla el estatus de crimen de lesa humanidad, al respecto véase *La Justicia rechazó la reapertura de una causa contra Montoneros*, en *Página/12*, 18 de agosto de 2011.

4. La ocasión perdida del macrismo

El gobierno del Presidente Macri, cuya elección en noviembre de 2015 concluyó los trece años de kirchnerismo, marcó una clara diferencia con respecto a la posición mantenida por el kirchnerismo, ya que recibió pronto, en enero de 2016, a los representantes de los familiares de las víctimas de la guerrilla del Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus Víctimas (CELYV)⁷⁰, despertando críticas y perplejidades. A eso se sumaron la visita oficial de Obama, que justo el 24 de marzo de 2016 recorrió el Parque de la Memoria⁷¹, y la propuesta de mover del citado ESMA todos los organismos de defensa de los derechos humanos (y no sólo los que están vinculados con la Memoria de la dictadura). Pero en particular dos medidas le valieron el rechazo de los movimientos para los derechos humanos del país: la reimpresión y presentación, con ocasión del 40° aniversario del golpe, del *Nunca más* sin el tan cuestionado *Prólogo* de 2006⁷² y la polémica declaración acerca del número de los desaparecidos hecha durante una entrevista, cuando afirmó «Es un debate en el que no voy a entrar. No sé si fueron 9.000 o 30.000, si son los que están anotados en un muro [...] o muchos más. Es una discusión que no tiene sentido» y definió la dictadura como «lo peor que nos pasó en nuestra historia» y que esta «No pasa por un número, es algo horrible que pasó y que por suerte lo hemos podido superar»⁷³.

⁷⁰ En enero de 2016 fueron recibidos por el Secretario de Derechos Humanos, Claudio Avruj, en la ESMA y el encuentro suscitó polémicas. Al respecto véanse: *Otra señal que cambiemos*, en *Página/12*, 15 de enero de 2016; *El Secretario de Derechos Humanos recibió a familiares víctimas del terrorismo*, en *La Nación*, 14 de enero de 2016; *Peligrosa señal*, en *Buenos Aires Herald.com*, 17 de enero de 2016. Además, el Ministro de Justicia encontró a Cecilia Pando titular de la citada AFyAPPA (véase nota 68).

⁷¹ En la ceremonia del Parque de la Memoria, Barack Obama hizo una tibia autocrítica a la posición de los Estados Unidos en esos años, prefiriendo recordar la política de Jimmy Carter más atenta al tema de los derechos humanos violados en América Latina. También reiteró su compromiso de abrir otros archivos y desclasificar documentos para contribuir a esclarecer los años oscuros de la historia argentina y el gobierno estadounidense. L. Capuzzi, *La visita. Obama in Argentina: 'Mai più desaparecidos'*, en *Avvenire*, 24 de marzo de 2016, <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/obama-in-argentina-desaparecidos>, W. Pertot, *40 años después*, en *Página/12*, 24 de marzo de 2016, <https://www.pagina12.com.ar/diario/principal/diario/index-2016-03-24.html>, y H. Verbitsky, *Los dos 24*, en *Página/12*, 27 de marzo de 2016, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-295504-2016-03-27.html>. En cuanto a los archivos estadounidenses, se señala que unos días antes del 24 de marzo de 2021 el National Security Archive (NSA) ha publicado unos nuevos documentos. Véanse: <https://nsarchive.gwu.edu/briefing-book/southern-cone/2021-03-23/argentinans-military-coup-what-us-knew>.

⁷² La Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de Nación presentó esa nueva edición durante la última Feria del Libro explicando que era una «edición» del *Informe* «tal cual fue» y «sin aditamento ideológico», pero la iniciativa generó muchas polémicas y comentarios. Sobre el tema, véanse por ejemplo A. Dandan, *De vuelta a los dos demonios*, en *Página/12*, 12 de junio de 2012, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-301566-2016-06-12.html>; *Editan el 'Nunca más' sin los agregados del kirchnerismo: hay polémica*, en *Clarín*, 18 de junio de 2016, http://www.clarin.com/cultura/editan-agregados-kirchnerismo-polemica_0_EJRDRYRN-.html y L. Gianello, *La reimpresión del Nunca Más, 'un insulto a la memoria'*, en *Contexto. Otro Diario Digital*, 14 de junio de 2016, <http://www.diariocontexto.com.ar/2016/06/14/una-version-restauradora-del-nunca-mas/>.

⁷³ Con su referencia “al muro”, Macri hizo alusión al monumento a las víctimas del terrorismo de Estado en el Parque de la Memoria de la Ciudad de Buenos Aires. J. Rosenmberg, *Macri evitó precisar la cifra de desaparecidos y generó rechazos*, en *La Nación*, 11 de agosto de 2016; *Macri: No tengo idea si fueron 9 o*

La negación de la cantidad de víctimas del terrorismo de Estado y la reinstauración de la Teoría de los dos demonios fueron consideradas unas claras manifestaciones del negacionismo del macrismo, junto al papel que jugaron algunos medios de comunicación⁷⁴ y unas medidas relativa al sistema de la Justicia. Con respecto a este último punto, se recuerdan, muy sintéticamente y sin alguna pretensión de exhaustividad, el retiro de la Secretaría de Derechos Humanos como querellante de algunos juicios desde diciembre de 2015, el menor número de juicios celebrados y por consiguiente de las sentencias emitidas⁷⁵, el incremento de las concesiones de la prisión domiciliaria de los acusados por crímenes⁷⁶ y la demora en los últimos tres años de la aprobación de las indemnizaciones para las víctimas del terrorismo de Estado⁷⁷.

La medida más significativa y que representa un parteaguas fue sin duda el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 3 de mayo de 2017, a través del cual, por mayoría, se resolvió declarar aplicable la Ley Dos por Uno relativa a la detención por delitos comunes en un caso de delito de lesa humanidad. La Ley, que estuvo en vigor entre 1994 y 2001, tenía el objetivo de reducir la población carcelaria, compuesta en gran parte por personas que se encontraban bajo prisión preventiva y sin condena firme, e indicaba que después de los primeros dos años de prisión preventiva sin condena, la pena se computaba a razón de dos días por cada día de detención. A pesar de que la Ley no estuviera vigente desde hace 16 años y que hubiera sido aplicable solo para los delitos comunes, la Corte Suprema de Justicia decidió⁷⁸ que era aplicable en el caso de Luis Muiña, un civil ex represor, que fue detenido en 2007 y condenado en 2011 a 13 años de

30 mil desaparecidos, no tiene sentido la discusión, en *LaPoliticaonline*, 10 de agosto de 2017, y G. Carelli Lynch, *Macri y la cifra de desaparecidos: no tengo idea cuántos fueron*, en *Clarín*, 10 de agosto de 2016.

⁷⁴ Valeria Thus señala cómo el 23 de noviembre de 2015, el día después de que Macri ganara las elecciones, el primer editorial de *La Nación* titulado *No más venganza* sostuvo que la elección del nuevo gobierno era un momento propicio para terminar con las mentiras de los años 70 y también exhortó a que se liberaran a los militares ancianos que estaban en la cárcel. Siguiéron otros editoriales, entre los cuales la estudiosa recuerda: el del 24 de marzo de 2016 *A 40 años del último golpe de Estado*; el del 3 de abril de 2016 *Los derechos humanos kirchneristas*; el del 28 de octubre de 2016 *Un símbolo emblemático de la mentira*; el 19 de noviembre de 2016 *Venganza no es justicia* y el del 7 de febrero 2017 *La discusión por el día de la memoria*. Véase V. Thus, *Negacionismo y políticas públicas. ¿Encarna Argentina un negacionismo estatal?*, en *Revista Crítica Penal y Poder*, No. 13, 2017, nota 18, p. 199.

⁷⁵ El *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina. Diagnóstico 2018* de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad publicado en 2018, indica una tendencia decreciente entre 2014 y 2016 (de 25 en 2013 a 20 en 2016), que se había invertido en 2017 llegando a 27, y que volvió a decrecer en 2018, cuando se registraron solo 17 sentencias (p. 9), https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/LESA_informe-estadistico-anual-2018.pdf. Se vea, A. Dandan, *Un diagnóstico que preocupa*, en *Página/12*, 2 de abril de 2016, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-297561-2016-04-22.html>.

⁷⁶ Cfr. V. Thus, *Negacionismo y políticas públicas. ¿Encarna Argentina un negacionismo estatal?*, cit., p. 53.

⁷⁷ En lo relativo a la demora, unas organizaciones de derechos humanos presentaron una denuncia penal contra el Presidente y subrayaron que solo después de los resultados de las PASO –o sea de las elecciones primarias que se celebraron en agosto de 2019 para definir a los candidatos a las presidenciales de octubre–comenzaron a acelerarse, cfr. S. Caram, *Macri fue denunciado por demorar las indemnizaciones a las víctimas de la dictadura*, en *Página/12*, 10 de octubre de 2019.

⁷⁸ La sentencia fue aprobada por tres de los cinco miembros del máximo tribunal: Elena Highton de Nolasco, Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz. El Presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda, votaron en contra, considerando que en casos de crímenes de lesa humanidad no puede aplicarse el beneficio de rebaja de pena.

prisión por haber formado parte de un grupo paramilitar que torturó a varias personas en 1976, y redujo por tanto la pena de Muiña, que ya gozaba de libertad condicional por haber cumplido dos tercios de su condena el año antes. No tardaron las manifestaciones de protesta⁷⁹ en varias ciudades del país organizadas por las asociaciones de derechos humanos, de los familiares de las víctimas y de la sociedad civil en general y –a nivel institucional– las críticas llegaron tanto de la oposición como de los máximos referentes del macrismo que empezaron a tomar distancia y se expresaron en los medios en contra de la sentencia, a medida que crecía la indignación por el fallo, mientras el mismo Macri se refería a la Ley cuestionada definiéndola una Ley «desafortunada» y aclaró: «Siempre estuve en contra porque estoy en contra de cualquier herramienta que está a favor de la impunidad y más aún cuando se quiere usar para delitos de lesa humanidad»⁸⁰.

El peligro que centenares de militares y policías presos sin condena firme hubieran podido pedir el beneficio de la Ley Dos por Uno y acceder a la libertad condicional, una vez cumplidos los dos tercios de la pena impuesta, hizo que el Congreso aprobara –en solo dos días y por unanimidad– una Ley⁸¹ que redujo la aplicación del Dos por Uno y prohibió ese beneficio en casos de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y acotó su aplicación a quienes estuvieron presos durante la vigencia de la Ley (1994-2001).

A pesar de que Macri se felicitó por la medida muy rápida tomada por el Congreso, durante su mandato el Presidente no supo aprovechar la oportunidad de condenar –desde la derecha conservadora– de una vez y para siempre los métodos aberrantes que marcaron la historia argentina, más bien, promovió una política que alimentó divisiones y suscitó críticas a veces incluso por parte de miembros de su gobierno o de su color político.

5. Los inicios del mandato del peronista Alberto Fernández

Por último, una breve mención a la presidencia del peronista Alberto Fernández⁸², ganador de las elecciones presidenciales del 27 de octubre de 2019 a las que se presentó

⁷⁹ Por ejemplo, en Buenos Aires hubo una movilización masiva (por lo menos de 400.000 personas), véase C.E. Cué, *Masiva marcha en Argentina contra la sentencia favorable a los represores*, en *El País*, 11 de mayo de 2017, https://elpais.com/internacional/2017/05/10/argentina/1494431965_661817.html.

⁸⁰ Al conocerse el fallo, los voceros del gobierno declararon la voluntad de respetar las sentencias de la Corte en cuanto máximo tribunal e hicieron hincapié en el hecho de que ellos –a diferencia del kirchnerismo– se mantenían “independientes” del Poder Judicial. Pero a medida que crecía la indignación por el fallo, los máximos referentes del macrismo empezaron a tomar distancias y se expresaron en los medios en contra de la sentencia. Por ejemplo, el Ministro de Justicia Germán Garavano declaró que «Un fallo de 2x1 en ningún escenario me parece bueno» y que el beneficio no hubiera tenido que aplicarse para delitos de lesa humanidad, pero que las decisiones de la Corte Suprema había que cumplirlas y no cuestionarlas. Más categórico fue el jefe de Gabinete Marcos Peña declarando que el 2x1 «es un símbolo de impunidad en la Argentina». *Qué es el 2x1, el polémico fallo de la Corte Suprema que favorece a ex represores y que pone de acuerdo a Macri y Kirchner en Argentina*, 10 de mayo de 2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39876510>.

⁸¹ *Ley 27.362 Conductas delictivas. Delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra*, 10 de mayo de 2017, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274607/norma.htm>. Se precisa que la Corte rechazó la solicitud de aplicación de la *Ley Dos por Uno* en otros casos.

⁸² Definido un “camaleón” de la política argentina por haber pasado transversalmente por todos los círculos de poder de los últimos 30 años, desde la derecha peronista de Menem y Cavallo hasta la llamada “transversalidad” de Néstor Kirchner, fue Jefe de gabinete del primer gobierno kirchnerista para luego salir de manera conflictual por las críticas a la política económica y a las alianzas de Cristina, con la cual luego

con la coalición *Frente de Todos*, junto con Cristina Fernández, que volvió a la escena política, candidata para el cargo de Vicepresidente⁸³.

El 10 de diciembre de 2019 Fernández asumió el mando con una ceremonia perfecta, casi ejemplar en una América Latina caracterizada en aquellos meses por tensiones y protestas. En su discurso a la Asamblea legislativa inmediatamente destacó la importancia de esa fecha para la memoria colectiva y el papel fundamental de Raúl Alfonsín, que fue artífice de la transición a la democracia y hacia el cual siempre ha mostrado una gran admiración⁸⁴:

«El 10 de diciembre de cada año, no es un día cualquiera en nuestra memoria colectiva. Hoy celebramos el momento en que la Argentina toda sepultó la más cruel de las dictaduras que hemos debido soportar. Ese día, hace treinta y seis años, Raúl Alfonsín asumía la Presidencia, nos abría una puerta hacia el respeto a la pluralidad de ideas y nos devolvía la institucionalidad que habíamos perdido»⁸⁵.

El discurso también abordó los múltiples aspectos de la preocupante crisis social y económica heredada del macrismo con una llamada a la unidad del país para la construcción de un Nuevo Contrato de Ciudadanía Social que sea Fraternal («porque ha llegado la hora de abrazar lo diferente») y Solidario («porque en esta emergencia social, es tiempo de comenzar por los últimos, para después llegar a todos»), subrayando también la necesidad de diálogo entre sus componentes políticos, económicos y sociales, para demoler los muchos muros («muros del rencor y del odio, del hambre, del despilfarro de nuestras energías productivas») que a lo largo de los años han dividido a los argentinos e impedido la coexistencia y el respeto de las diferencias y de la pluralidad de ideas. Un deseo este último con el que el Presidente quiso diferenciarse de la administración anterior de Cristina Fernández, caracterizada sobre todo en los últimos períodos por sus rasgos populistas, personalistas y por una fuerte polarización de la sociedad.

También dio espacio al tema del terrorismo de Estado y a los imperativos de Memoria, Verdad y Justicia cuando afirmó que:

se alió, en las elecciones de 2019, contra Macri. Cfr. E. Guanella, *Sconfitto Macri. Argentina: tornano i peronisti, il difficile viene ora*, 28 de octubre de 2019, <https://www.ispionline.it/it/publicazione/argentina-tornano-i-peronisti-il-difficile-viene-ora-24267>.

⁸³ Elegido con el 48,10% de los consensos se impuso desde la primera vuelta sobre el Presidente saliente Mauricio Macri, que volvió a presentarse con la formación política *Juntos por el Cambio* y que obtuvo el 40,37% de los votos.

⁸⁴ Fernández formó parte del gobierno de Alfonsín en cuanto fue designado en 1985 como subdirector general de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía. Cfr. E. Anguita, D. Cecchini, *El difícil momento político en que Alberto Fernández se sumó al equipo de Raúl Alfonsín*, 7 de diciembre de 2018, <https://www.infobae.com/sociedad/2019/12/07/el-dificil-momento-politico-en-que-alberto-fernandez-se-sumo-al-equipo-de-raul-alfonsin/>.

El 31 de marzo de 2020 al cumplirse un nuevo aniversario del fallecimiento de Alfonsín, ocurrido en 2009, Fernández en un acto de homenaje destacó que el Presidente «gobernó respetando la vida, la libertad y la justicia». Véase, por ejemplo, *En medio de la pandemia. El recuerdo de Alberto Fernández a Raúl Alfonsín en medio de la crisis por el coronavirus*, en *El Clarín*, 31 de marzo de 2020, https://www.clarin.com/politica/recuerdo-alberto-fernandez-raul-alfonsin-medio-crisis-coronavirus_0_gtJO-UQXK.html.

⁸⁵ *Palabras del Presidente de la Nación, Alberto Fernández, en su acto de asunción, en el Congreso de la Nación*, 10 de diciembre de 2019, <https://www.caserosada.gob.ar/informacion/discursos/46596-palabras-del-presidente-alberto-fernandez-en-su-acto-de-asuncion-ante-la-asamblea-legislativa>.

«Tenemos la responsabilidad de asumir como políticas de Estado otros imperativos morales irrevocables de la sociedad argentina. Desde 1983 la sociedad ha trabajado para el Nunca Más al terrorismo de Estado, para lograr Memoria, Verdad y Justicia. Los primeros avances se lograron desde 1983 y luego se retomaron muchos otros desde 2003. Y se impidió colectivamente cualquier retroceso en esta materia. Estamos orgullosos como sociedad de tener hoy Fuerzas Armadas comprometidas con la democracia.

Hoy es el Día Internacional de los Derechos Humanos. Y hoy, otra vez, la Argentina vuelve a comprometerse con el respeto a los derechos del hombre y a levantar ese compromiso como bandera inculdicable en cualquier país del mundo»⁸⁶.

Por último, reiteró la importancia del respeto por la democracia que –al final de su mandato en 2023– cumplirá 40 años «de vigencia ininterrumpida», deseándose –en el cierre del discurso– de poder demostrar aquel día «que Raúl Alfonsín tenía razón. Espero que entre todos podamos demostrar que con la democracia se cura, se educa y se come», citando una de las expresiones más conocidas del mismo Alfonsín cuando asumió el poder⁸⁷.

Desde los primeros meses de su mandato, Fernández ha podido darse cuenta de lo complejo que es el tema de la dictadura, de su legado y de sus múltiples facetas. En efecto, ya en febrero de 2020 tuvo que enfrentar dos polémicas. Una primera cuando prometió impulsar una Ley contra el negacionismo de la dictadura similar a la vigente en Francia⁸⁸ y una segunda cuando hizo unas declaraciones que parecían minimizar los crímenes cometidos durante aquel periodo⁸⁹. Resulta muy interesante observar cómo las organizaciones de derechos humanos del país, la sociedad civil, el mundo intelectual y político se dividieron al respecto.

En el primer caso, varios dirigentes políticos, referentes de los derechos humanos y expertos constitucionalistas criticaron la iniciativa de una Ley contra el negacionismo por considerar que no iba a traer buenos resultados⁹⁰. Entre ellos, el mismo premio Nobel de

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem* y con respecto a Alfonsín: *Con la democracia se come. Discurso de Raúl Alfonsín en 1983*, en <https://www.youtube.com/watch?v=bixoElb3ppQe>.

⁸⁸ E. Febbro, *Alberto Fernández prometió trabajar en una ley contra el negacionismo*, en *Página/12*, 7 de febrero de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/246067-alberto-fernandez-prometio-trabajar-en-una-ley-contra-el-neg>.

⁸⁹ *Alberto Fernández y la innecesaria polémica sobre los crímenes de la dictadura argentina*, 25 de febrero de 2020, <https://actualidad.rt.com/actualidad/344035-alberto-fernandez-innecesaria-polemica-crimenes-dictadura-argentina>.

⁹⁰ Por ejemplo, el ex Ministro y Secretario de Cultura de la Nación, Pablo Avelluto, aseguró a través de su cuenta Twitter que en la Argentina «nadie niega la historia», pero consideró necesario «poder revisar nuestro pasado con toda libertad»; el ex funcionario se sumó a la referente de los derechos humanos Graciela Fernández Mejjide, quien remarcó que en el país no existe un negacionismo de la dictadura ya que, si bien puede que haya algunas personas que afirman que no se cometieron crímenes durante la dictadura, ese no es un tema de debate en la sociedad. Entre los juristas, el abogado constitucionalista Daniel Sabsay remarcó que «obligar a sostener un número de víctimas para no incurrir en delito de negación», implica «la imposición de una verdad única que viola la libertad de pensamiento». Por último, el legislador porteño del *Frente de Izquierda Unidad*, Gabriel Solano, aseguró que «al negacionismo se lo combate política e ideológicamente, no con prohibiciones estatales». *Dirigentes políticos y referentes de los derechos humanos cuestionaron el proyecto de Alberto Fernández para prohibir el negacionismo*, 8 de febrero de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/02/08/dirigentes-politicos-y-referentes-de-los-derechos-humanos-cuestionaron-el-proyecto-de-alberto-fernandez-para-prohibir-el-negacionismo/>.

la Paz Adolfo Pérez Esquivel fue muy crítico porque afirmó que, para evitar que se pusieran en duda los crímenes de lesa humanidad cometidos en el país tras el último golpe de Estado, se debe utilizar «la memoria para iluminar el presente y despertar las conciencias en las nuevas generaciones [...] las leyes se pueden incumplir o ignorar [...] lo más importante es la educación, la conciencia y tener en claro que no hay pueblos si no hay memoria [...] El negacionismo no es algo nuevo, lamentablemente. Pasó con los armenios, el Holocausto y ahora sucede con los desaparecidos. Siempre sucede lo mismo: se cuestiona un número para que se dude sobre un contenido»⁹¹ y, a su vez, Pérez Esquivel pidió «revisar» las formaciones de las Fuerzas Armadas y de Seguridad para evitar que en esas instituciones «se reivindicque a la dictadura».

En contrapartida, hubo referentes de los derechos humanos que defendieron la iniciativa del Gobierno, como las Abuelas de Plaza de Mayo, que pusieron de relieve el hecho de que ya en marzo de 2019 habían presentado un anteproyecto de ley precisamente con la misma finalidad y, especialmente, la Presidenta Estela de Carlotto declaró que «Negar una realidad significa borrar la historia y querer cambiarla. La historia es una sola y la tienen que contar los que la vivieron y tienen buena intención de que se diga la verdad»⁹². En la misma línea, la referente de Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora, Nora Cortiñas, celebró la medida impulsada por Alberto Fernández.

Estas posiciones cambiaron debido a la segunda polémica, cuando el Presidente con ocasión de la despedida de un contingente del Ejército que partía hacia Chipre en Misión de Paz, declaró que «Toda la Argentina debe dar vuelta una página, una página que nos distanció mucho tiempo por la conducta de algunos»⁹³ y dirigiéndose a las Fuerzas Armadas precisó que quienes hoy las integran son hombres y mujeres nacidos en democracia, y que muchos de ellos han trabajado en pos de la institucionalidad.

Estas palabras –y sobre todo la exhortación a “voltar página”– han sido criticadas por unas organizaciones que han llegado a acusar a Fernández de negacionismo, las mismas Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora y la Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos, para mencionar algunas; otras, en cambio, lo han apoyado, como la misma Estela Carlotto, que declaró que «De los militares de la dictadura no hubo inconductas, sino algo muy preparado y premeditado», y que «dar vuelta la página», como exhortó Fernández, no significa olvidar, y que el discurso fue, sobre todo, una manera de alentar a los jóvenes militares nacidos y formados en la democracia⁹⁴. Hebe de Bonafini, por su parte, consideró en un comunicado en nombre de la Asociación Madres de Plaza de Mayo que el Presidente en su discurso, se estaba refiriendo a las Fuerzas Armadas nuevas, que ya no tienen nada que ver con la dictadura: «Las Madres comprendemos lo que dijo el Presidente. Y estamos de acuerdo con reconocer y reivindicar a esas nuevas Fuerzas Armadas, porque si no nunca las vamos a tener de nuestro lado, al lado del pueblo»⁹⁵.

A la muy dura reacción de Nora Cortiñas (Presidenta de Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora), que declaró: «Rechazo totalmente todas las expresiones del Presidente. No tenía ninguna necesidad de expresarse así. Pienso que es un negacionista. No podemos

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ G. Fuentes, *Alberto Fernández y la innecesaria polémica sobre los crímenes de la dictadura argentina*, cit.

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

aceptar dar vuelta la hoja ni cerrar la exigencia de que se abran los archivos y que nos digan qué pasó con todos y cada uno de los detenidos/desaparecidos»⁹⁶ y pidió una rectificación pública, Fernández contestó muy pronto presentando sus disculpas desde su cuenta de Twitter:

«Veo que no usé las palabras pertinentes. Disculpas por ello. No quiero que nadie dude de mi compromiso en favor de la Verdad y la Justicia. A lo largo de mi vida, como hombre de derecho que soy, siempre bregué porque impere la ley y el castigo como forma de reparar los delitos de lesa humanidad que se han cometido en perjuicio de los habitantes de nuestra Patria. No quiero pasar por distraído ante la queja justa. Que un error mío no nos divida. Que nadie dude en qué lugar estoy parado. Que nadie crea que niego el horror vivido. Como siempre debemos estar unidos para que el ‘nunca más’ que pregonamos sea ‘nunca más’ en la Argentina»⁹⁷.

Parece que ha vuelto la sintonía con ocasión del 24 de marzo de 2020, que ha sido un aniversario distinto por la emergencia Coronavirus, debido a la cual se cancelaron las manifestaciones que se celebran cada año durante el Día de la Memoria, Justicia y Verdad. El Presidente Alberto Fernández en sus mensajes a la Nación ha subrayado que, a pesar del aislamiento preventivo y obligatorio que «nos impide marchar» al cumplirse 44 años del golpe de Estado, eso no impide que «Este 24 de marzo, movilizados, con la memoria, recordamos a los 30.000 que desaparecieron, y seguimos desde casa, reclamando exactamente lo mismo: memoria, verdad y justicia»⁹⁸.

Ante la imposibilidad de realizar la tradicional marcha, los organismos de derechos humanos organizaron la original iniciativa denominada *pañuelazo blanco*, o sea muchos ciudadanos colgaron en los balcones los pañuelos blancos, símbolo de las Madres de Plaza de Mayo, con inscripciones como «nunca más» o «son 30.000», en referencia a los desaparecidos.

Además, en una audiencia sin público, por las medidas de aislamiento obligatorio, el 27 de abril de 2020 el Tribunal Federal Oral de Mar del Plata dictó la sentencia de condena de los imputados del proceso conocido como Subzona 15, o sea un área de operaciones de las fuerzas de la represión con eje en la ciudad de Mar del Plata y sus alrededores⁹⁹.

⁹⁶ Nora Cortiñas realizó estas declaraciones el 24 de febrero a La Retaguardia FM, cfr. *Alberto Fernández pidió disculpas por sus dichos sobre los militares: ‘Que nadie crea que niego el horror vivido’*, 24 de febrero de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/02/24/alberto-fernandez-pidio-disculpas-por-sus-dichos-sobre-los-militares-que-nadie-crea-que-niego-el-horror-vivido/>.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Fernández, sobre el 24 de marzo: ‘Recordamos exactamente lo mismo, esta vez, lo hacemos desde casa’*, 24 de marzo de 2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202003/444009-fernandez-sobre-el-24-de-marzo-el-aislamiento-nos-impide-marchar-pero-no-nos-impide-recordar.html>.

Entre las iniciativas se señala *Sonidos de la memoria* una producción realizada con material del acervo documental del Archivo Nacional de la Memoria, cfr. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/sonidos-de-la-memoria>. En Italia, se señala la iniciativa *Archivo desaparecido* promovido en 2019 por el Centro di Giornalismo Permanente y en particular por los periodistas Alfredo Sprovieri, Elena Basso y Marco Mastrandrea. El objetivo es el de archivar tanto las historias de los italianos –o de los de origen italiano– desaparecidos durante las dictaduras latinoamericanas de los años 70, como las historias de los exiliados que llegaron a Italia. Véase <https://www.produzionidalbasso.com/project/archivio-desaparecido/>.

⁹⁹ *Les a humanidad: Condenas en la megacausa ‘Subzona 15’*, 27 de abril de 2020, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/lesa-humanidad-condenas-en-la-megacausa-subzona-15>.

Desde junio de 2020, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación ha impulsado la reanudación de los juicios de manera remota, en cuanto fundamentales para la construcción de una Argentina con Memoria, Verdad y Justicia¹⁰⁰.

Quisiera concluir con una breve referencia a las conmemoraciones por el 45° aniversario del 24 de marzo, que se han vuelto a celebrar en el contexto de la pandemia por Coronavirus.

Entre las iniciativas, cabe señalar la campaña *Plantamos Memoria en los Parques Nacionales*¹⁰¹, que tiene como objetivo la plantación de 30.000 árboles, que corresponden al número de desaparecidos en todo el país, invitando al mismo tiempo a compartir en las redes sociales fotos y vídeos de las iniciativas individuales¹⁰². Se señala además la campaña global *Argentina te busca*, dirigida a los jóvenes nacidos durante el periodo del régimen –en Argentina en cautiverio y/o llevados al extranjero– y que tengan dudas sobre su identidad, animándoles a que se hagan, de forma absolutamente confidencial, una prueba de ADN¹⁰³.

Por lo que concierne a las iniciativas presenciales, dada la imposibilidad de realizar, por segundo año consecutivo, la tradicional marcha, se desplegaron en Plaza de Mayo los

Eran 40 imputados por 272 víctimas; los jueces condenaron a 35 acusados que formaron parte del Ejército, de la Fuerza Aérea, de la Armada y de la Prefectura, y entre ellos a tres médicos. 28 de ellos recibieron la pena de prisión perpetua, otros siete recibieron condenas de entre 7 y 25 años de prisión y cinco resultaron absueltos.

¹⁰⁰ Al respecto véase <https://www.argentina.gob.ar/noticias/agenda-de-juicios-de-lesa-humanidad> y <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/juicios>.

¹⁰¹ Entre los promotores, además del Gobierno (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/plantamos-memoria-en-los-parques-nacionales>), encontramos: las Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora, las Abuelas de Plaza de Mayo, la APDH y el CELS, los Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, HIJOS Capital, APDH La Matanza, el MEDH, la Asociación Buena Memoria, la Comisión Memoria, Verdad y Justicia Zona Norte, los Familiares y Compañeros de los 12 de la Santa Cruz, la Fundación Memoria Histórica y Social Argentina, y la Liga Argentina por los Derechos Humanos.

Al respecto, véanse: *Todas las actividades por el 24 de marzo*, en *Página/12*, 24 de marzo de 2021, <https://www.pagina12.com.ar/331438-todas-las-actividades-por-el-24-de-marzo>; Agencia EFE, *Argentina conmemora en silencio 45 años del golpe que dio paso a la dictadura*, 24 de marzo de 2021, <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/argentina-conmemora-en-silencio-45-anos-del-golpe-que-dio-paso-a-la-dictadura/20000013-4496203>; *Se plantaron árboles en la Ex Esma para homenajear a los detenidos desaparecidos*, en *Hoy en la noticia*, 24 de marzo de 2021, <https://diariohoy.net/politica/se-plantaron-arboles-en-la-ex-esma-para-homenajear-a-los-detenidos-desaparecidos-158955>; A.M. De Luca, *Argentina, “Piantiamo la Memoria”: 30mila alberi a 45 anni dal golpe genocida che sconvolge quel Paese*, en *La Repubblica*, 24 marzo 2021, https://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2021/03/24/news/argentina_piantiamo_la_memoria_30mila_alberi_a_45_anni_dal_golpe_genocida_a_che_sconvolge_quel_paese-293643646/. Se señala la adhesión del pueblo de Olmedo en Cerdeña, que quiso resaltar el hilo que une a los emigrantes argentinos de Olmedo con los emigrantes argentinos de toda Cerdeña, *Olmedo. Manifestazione “Plantamos Memoria” - a 45 anni dal golpe in Argentina, in memoria dei 30.000 desaparecidos*, en *Sardegna Reporter*, 23 marzo 2021, <https://www.sardegna-reporter.it/2021/03/olmedo-manifestazione-plantamos-memoria-a-45-anni-dal-golpe-in-argentina-in-memoria-dei-30-000-desaparecidos/381214/>.

¹⁰² Posts etiquetados con los hashtags #PlantamosMemoria, #45AñosDelGolpeGenocida y #Son30Mil, se remite al lector a <https://www.marchavirtual.com.ar/>.

¹⁰³ Promovida en Italia por el Ministerio de Asuntos Exteriores argentino, por la CONADI y por las Abuelas, para más informaciones se remite al lector al Consulado General en Roma (<https://croma.cancilleria.gob.ar/>) y también a L. Capuzzi, *Argentina. Alla ricerca dei figli dei desaparecidos tra le due sponde dell’Atlantico*, en *Avvenire*, 24 de marzo de 2021, <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/24marzo2021>.

13 paños con las fotos de los 30.000 desaparecidos para ser luego sacudidos durante algunos minutos por un centenar de personas al grito de «¡30 mil compañeros detenidos desaparecidos presentes! ¡Ahora y siempre!»; se repitió la consigna por tres veces¹⁰⁴.

El Presidente Fernández participó en la ceremonia en homenaje a los trabajadores desaparecidos, organizada por la Casa de la Militancia-HIJOS¹⁰⁵, que funciona en el Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (ex ESMA), evidenciando en su discurso cómo «el 24 de marzo empezó la mayor tragedia de la sociedad argentina y que no debemos olvidar nunca», que en aquel momento «se produjo un quiebre moral en la condición democrática argentina que nunca debemos olvidar ni dejar de repudiar. Porque allí nos pasó la peor tragedia: la de perder la democracia, la de vernos sometidos a la voluntad de los dictadores y que se vayan la vida de miles de personas, hombres y mujeres argentinos y argentinas»¹⁰⁶. Manifestó además la importancia de recordar puntualmente entre los trabajadores «a quienes fueron parte del movimiento obrero que han dejado su vida en esa lucha, [...] que buscaban una sociedad más igualitaria, mejores derechos, mejores condiciones de vida. Mejor acceso a las necesidades básicas del ser humano»¹⁰⁷. Recurriendo a la estrategia del kirchnerismo que se reconocía en una clase, o grupo de la sociedad, Fernández se ha identificado con los trabajadores y con los que luchan por la extensión de los derechos humanos y sociales que se han recordado, afirmando: «pertenezco a un movimiento político que amplía derechos y considero que cada vez que se ampliaron derechos hubo una mejor sociedad»¹⁰⁸. Destacó además el hecho de que cinco integrantes de su gabinete son hijos de desaparecidos, subrayando cómo «la lucha de sus padres no fue en vano»¹⁰⁹ y lo fundamental que es «[...] tener en claro que lo genocidas vinieron a terminar con la paz. Y entender que los negacionistas quieren sembrar odio. Nosotros con memoria queremos sembrar amor»¹¹⁰. Se dirigió luego a las Madres presentes en el evento, declarando: «cada 24 de marzo recordemos francamente el horror que vivimos. Si yo siento el amor y el respeto que siento por las Madres es porque las vi ese año tener el coraje que la inmensa mayoría de la sociedad argentina no tuvo, me incluyo. Ellas solas se pararon ante el poder

¹⁰⁴ A. Bullentini, *Los rostros de los desaparecidos pasaron por Plaza de Mayo*, en *Página/12*, 24 de marzo de 2021, <https://www.pagina12.com.ar/331515-los-rostros-de-los-desaparecidos-pasaron-por-plaza-de-mayo>.

¹⁰⁵ Organizada por la tarde del 20 de marzo por HIJOS-Capital y la agrupación Intersindical Derechos Humanos, que integran la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA); en el marco del evento se realizó un panel denominado *La clase obrera y el proceso de Memoria, Verdad y Justicia en la Argentina*.

¹⁰⁶ Alberto Fernández: 'El 24 de marzo empezó la mayor tragedia de la sociedad argentina que no debemos olvidar nunca', 20 de marzo de 2021, <https://www.casarsada.gob.ar/slider-principal/47625-alberto-fernandez-el-24-de-marzo-empezo-la-mayor-tragedia-de-la-sociedad-argentina-que-no-debemos-olvidar-nunca>.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Acto en el ex ESMA. Para Fernández, 'el 24 Marzo empezó la mayor tragedia de la historia argentina'*, 20 de marzo de 2021, <https://www.telam.com.ar/notas/202103/548094-alberto-fernandez-exesma-acto-homenaje-trabajadores-desaparecidos.html>.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

a reclamar lo que veíamos que pasaban y algunas, como Azucena Villaflor, dejaron su vida en el intento»¹¹¹.

Finalmente, se señala la participación de Cristina en el acto de apertura de un Espacio para la Memoria en Las Flores, en la provincia de Buenos Aires, durante el cual aprovechó la ocasión brindada por las conmemoraciones del 24 de marzo para criticar la conducta del gobierno Macri, con una clara referencia incluso a la familia del ex Presidente. Cristina ha observado cómo el hecho de que hubo una parte de la sociedad argentina que apoyó el golpe es un aspecto bien sabido y de cómo esta obtuvo beneficios del modelo económico impulsado por el régimen, sin tener que responder ante la Justicia ya que –en concreto– no violó derecho humano alguno. Esta parte de la sociedad es la que recientemente ha incorporado la clase política del gobierno de Macri, considerado responsable de la crisis financiera del país y del restablecimiento de las relaciones con el FMI. Con sus palabras Cristina ha indicado tanto las responsabilidades de la actual crisis económica, como el vínculo de la clase política de Macri con la época de la dictadura – «necesitaron de la desaparición y la tortura para imponer un modelo económico»– y ha asegurado que el gobierno del *Frente de Todos* «tiene la clara voluntad de pagar la deuda externa. Somos el único espacio político que nunca endeudó a la Argentina y pagó las deudas de todos los otros gobiernos». Y en un transparente mensaje al FMI ha afirmado que «no es un problema de subjetividades, es un problema de que no podemos, no tenemos la plata» para pagar en estas condiciones¹¹².

6. Conclusiones

Entre las páginas de un ensayo, si bien la reconstrucción no es exhaustiva, es posible sacar algunas conclusiones.

En primer lugar, en los primeros años de la transición a la democracia guiada por el radical Alfonsín afloraron la Memoria y la Verdad de los horrores de la dictadura y se emprendió también el camino de la Justicia por las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, las resistencias y los resentimientos de los militares que reivindicaron el papel de defensores de la patria pusieron en dificultad la frágil democracia y demostraron que las Fuerzas Armadas aún no habían abandonado la escena. El temor de que pudieran volver al poder llevó a Alfonsín a detener los caminos de la Memoria, Verdad y Justicia, que se cristalizaron en los años 90 durante la presidencia de Menem.

En segundo lugar, sólo desde 2003 con el kirchnerismo se volvió a afrontar y a reflexionar con una fuerza y una determinación sin precedentes sobre los temas de la Memoria y la Verdad de la dictadura y a obtener Justicia para las violaciones de los derechos humanos. De hecho, el Gobierno supo captar la necesidad tanto de las generaciones que vivieron la época de la dictadura, de la transición y del olvido, como de las nuevas generaciones que no comprendían las razones del olvido y del silencio.

En conjunto, durante todo el periodo del kirchnerismo (2003-2015), hubo la promoción de numerosas iniciativas impulsadas por el gobierno, por los familiares de las

¹¹¹ Alberto Fernández: 'El 24 de Marzo empezó la mayor tragedia de la sociedad argentina que no debemos olvidar nunca', cit.

¹¹² Cristina Kirchner sobre el 24 de marzo: 'necesitaron de la desaparición y la tortura para imponer un modelo económico', en *Página/12*, 25 de marzo de 2021, <https://www.pagina12.com.ar/331544-cristina-kirchner-sobre-el-24-de-marzo-necesitaron-de-la-des>.

víctimas y por los sobrevivientes para la búsqueda de la Verdad, para la promoción de la Memoria y para hacer Justicia. Con respecto a este último tema, por razones de exhaustividad, recordamos muy brevemente los resultados conseguidos. Tras la anulación y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad y de los indultos a los jefes militares, la mayoría de los líderes militares responsables enfrentaron juicios y fueron condenados¹¹³ y entre ellos se destacan los juicios y las condenas del primero y del último Presidente de la Junta militar, respectivamente, Jorge Videla y Reynaldo Bignone. Videla, condenado a prisión perpetua en 2010, murió en 2013¹¹⁴; Bignone entre 2010 y 2017 fue condenado a tres cadenas perpetuas, a las que se sumaron 7 condenas a penas de prisión superiores a 15 años, murió en 2017¹¹⁵.

Hay además un tercer aspecto interesante, o sea que tanto las generaciones viejas como las nuevas no aceptaron las posiciones más tibias del conservador Macri (2015-2019) e hicieron que el peronista Fernández se diera cuenta de cómo el legado de la dictadura es un tema delicado y con múltiples facetas. Efectivamente cabe destacar el cambio que han experimentado las viejas generaciones las cuales, si en un primer momento se adaptaron a un clima de olvido y de silencio, ahora ya no lo aceptan y se han alineado a la acción de a las nuevas generaciones.

Eso evidencia que cualquier futuro Presidente deberá tener en cuenta que los argentinos nunca aceptarán revisionismos de uno de los momentos más oscuros de la historia, ni tampoco desvíos con respecto al tan esperado camino de Verdad, Memoria y Justicia.

¹¹³ Según datos oficiales actualizados a noviembre de 2015, entre 2006 y 2015 hubo 142 juicios y 632 condenados, www.derhuman.jus.gov.ar. Sobre el tema la bibliografía es amplia y se remite al lector a: G. Andreozzi (comp.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Cara o Ceca, Buenos Aires, 2011; R.L. Lorenzetti, A.J. Kraut, *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en Argentina. Crímenes de lesa humanidad*, Sudamericana, Buenos Aires, 2011; G. Carotenuto, *Todo cambia. Figli di desaparecidos e fine dell'impunità in Argentina, Cile e Uruguay*, Le Monnier, Firenze, 2015.

¹¹⁴ En 2010 Videla recibió condena firme por diferentes delitos que afectaron a 317 víctimas, mientras que los crímenes que afectaron a otras 1.322 quedaron en el camino de procesos judiciales cuya conclusión – respecto al dictador– se vio frustrada por su deceso: en 2013 en efecto solo la más antigua sentencia de 1985 había adquirido firmeza. Cfr. *Videla murió condenado en tres causas y procesado en otras 21 por casi 1300*, 17 de junio de 2013, www.fiscales.gob.ar, y H. Verbitsky, *La solitudine di Videla*, en *Internazionale*, 24 de mayo de 2013, pp. 20-22.

¹¹⁵ El general Reynaldo Bignone, junto a otros oficiales de la Junta fue condenado el 20 de abril de 2010 a 25 años de cárcel por sustracción de recién nacidos, detención ilegal, tortura y asesinato de miles de personas en el centro clandestino de detención de Campo de Mayo, del cual fue comandante desde 1976 hasta 1978.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



La “nuova” Costituzione russa e il suo codice di civiltà

C. Carpinelli

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

La “nuova” Costituzione russa e il suo codice di civiltà

*Cristina Carpinelli**

Abstract

The 2020 amendments of the Russian Constitution opened a new legal and political course, without betraying the spirit of the 1993 Constitutional Charter. The original structure was left untouched, along with its strong presidential connotation. Given the several elements of continuity in the reformed text, it would be inappropriate to speak of a “paradigm shift”. Its “innovative” element, though, consists of a unique combination of principles contained in the Constitution, an architecture – developed during Putin’s twenty years of government – whose pillars are the primacy of sovereign democracy and the affirmation of parameters of civilization, which form the immanent substance of the development strategy of contemporary Russia.

Keywords: Russian Constitution – Sovereign democracy – State-civilization – Orthodox Church – Authoritarianism – Power Vertical.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L’azzeramento dei mandati presidenziali. 3. La nazionalizzazione delle *élites*. 4. Il primato della Costituzione russa sul diritto internazionale. 5. Ridistribuzione di competenze fra gli organi costituzionali. 6. La dimensione sociale: il *social welfare*. 7. La dimensione valoriale: Dio, patria e famiglia. 8. La dimensione geografica: relazioni tra centro e periferia. 9. Conclusioni.

* Componente del Comitato Scientifico del CeSPI (Centro Studi Problemi Internazionali) e socio di AISSECO (Associazione Italiana Studi di Storia dell’Europa Centrale e Orientale). Collabora con la Fondazione Feltrinelli ed è membro del Consiglio Culturale della Casa della Cultura di Milano. Il testo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco.

1. Introduzione

L'essenza della “nuova” Costituzione russa deve essere colta alla luce della comprensione del nucleo fondamentale del concetto russo di “democrazia sovrana”. Un termine che rimanda a una logica del potere e a particolari meccanismi di riproduzione del potere stesso, al modo in cui le istituzioni sono utilizzate per mantenere il monopolio del potere.

La tesi sulla democrazia sovrana, come teoria e prassi politica, è stata formulata da Vladislav Surkov (ai tempi in cui era vicedirettore dell'Amministrazione presidenziale della Federazione Russa) in uno dei suoi principali lavori teorici *Nacionalizacija buduščego*¹, scritto all'indomani della “rivoluzione arancione” del 2004-2005 in Ucraina. È stata, in seguito, “rimodulata”, nel contesto dei nuovi assetti interni e internazionali, pur mantenendo inalterato il suo nucleo centrale (la Russia deve seguire un percorso “unico” e “originale” di democrazia), come appare evidente in diversi articoli apparsi in anni recenti sulla stampa russa, non da ultimo quello pubblicato nel 2019 dal quotidiano *Nezavisimaja gazeta* dal titolo *Vladislav Surkov: Dolgoe gosudarstvo Putina*².

Anche il libro *Suverenitet* di Nikita V. Garadža³ aiuta a comprendere, attraverso una raccolta selezionata di scritti, la concezione ideologica di Stato e politica della classe dirigente russa. Tuttavia, proprio nei contributi teorici di Surkov sono rintracciabili le radici metastoriche, finanche religiose, del pensiero giuridico, della visione socio-culturale e della geopolitica della Russia putiniana, che costituiscono i fondamenti della “neo-Costituzione” russa. A partire dal valore che l'ideologo russo conferisce all'epicentro “conservatore” (in contrapposizione a quello liberale), che ha come suoi valori-base l'ordine, la stabilità, la continuità del potere, il paternalismo di Stato, il patriottismo, la nazionalità (*narodnost'* – intesa come carattere nazionale russo), la difesa degli interessi nazionali. Altro punto chiave del pensiero di Surkov è che al mondo possono convivere più varianti di democrazia, e ogni paese ha il diritto di scegliere quella che meglio si adatta alla sua consolidata tradizione storica. Ecco, dunque, che nella visione occidentale sono i diritti e le libertà individuali e il sistema di *checks and balances* dei poteri, alla base della democrazia e dell'organizzazione della società. Diritti e libertà che sono “inalienabili”, che preesistono allo Stato, il cui compito è quello di tutelarli. Nella concezione russa, «la nazionalità, qualunque cosa significhi, antecede la statualità e ne predetermina la sua forma»⁴. Angela Di Gregorio, nel saggio *La Russia e le*

¹ V. Surkov, *Nacionalizacija buduščego. Paragrafy pro suvereniju demokratiju* [Nazionalizzazione del futuro. Paragrafi per una democrazia sovrana], in *Ekspert*, No. 43, 2006, https://expert.ru/expert/2006/43/nacionalizacija_budushego/. Si usa in questo saggio per nomi e parole russe la traslitterazione scientifica.

² V. Surkov, *Vladislav Surkov: Dolgoe gosudarstvo Putina* [Vladislav Surkov: il lungo Stato di Putin], in *Nezavisimaja gazeta*, online, 11.02.2019, https://www.ng.ru/ideas/2019-02-11/5_7503_surkov.html.

³ N. Garadža, *Suverenitet* [Sovranità], Evropa, Moskva, 2006. Segnalo, inoltre, che la rivista *Limes* ha dedicato un numero sull'argomento: *La Russia sovrana*, No. 3, 2010.

⁴ V. Surkov, *Vladislav Surkov: Dolgoe gosudarstvo Putina*, cit.

elezioni europee, approfondisce ulteriormente tale concezione laddove, descrivendo la posizione ideologica di Surkov sul putinismo, si sofferma sul significato che l'ideologo del Cremlino attribuisce alla nozione di “popolo profondo” (speculare a quella americana di *deep state*):

«Il popolo profondo è una massa indistinta, una forza invincibile di gravitazione culturale che unisce la nazione e trascina verso la terra madre l'*élite*. Il popolo dunque precede la statualità, ne predetermina la forma e i governanti cercano di essere in sintonia con esso. Di conseguenza, “la capacità di ascoltare e comprendere il popolo, di vedere attraverso di esso, nella sua profondità e di agire di conseguenza, questa è la principale caratteristica positiva dello Stato di Putin. Esso è adeguato al popolo, gli va incontro, e dunque è efficace e duraturo”»⁵.

In Russia, i diritti soggettivi astratti e universali non sono riconosciuti. I diritti (e le libertà) esistono, ma sono subordinati allo Stato, che può circoscriverli, se non reprimerli, quando esigenze superiori lo esigono. Se in Occidente, la *rule of law* ha tra i suoi fini quello di garantire libertà e diritti, in Russia, al contrario, essa serve prioritariamente a prevenire il caos e il disordine sociale nell'interesse primario della collettività. Da questo impianto (che non esaurisce la sostanza dell'idea russa di democrazia sovrana, la quale è molto più complessa e articolata) discendono alcuni degli emendamenti che hanno modificato a fondo la Costituzione russa.

2. L'azzeramento dei mandati presidenziali

Innanzitutto, la Costituzione russa azzerava il numero dei mandati ricoperti dal Presidente in carica dopo la riforma costituzionale, consentendo con ciò la rielezione alla presidenza di Putin. Quale sarà poi il futuro incarico di Putin è ancora troppo presto per saperlo: Capo di Stato, Capo del Consiglio di Sicurezza, Capo del Consiglio di Stato? – quest'ultimo organo investito di un superpotere dalla “neo-Constituzione” russa, avendo tra i suoi compiti quello di definire gli indirizzi fondamentali di politica interna ed estera della Federazione Russa (FR) e di individuare le aree prioritarie di sviluppo socio-economico del paese. Dunque, in senso dell'azzeramento dei mandati è il rafforzamento della posizione presidenziale all'interno dell'ordinamento, ma anche e soprattutto quello di garantire la continuità dell'attuale sistema di potere: il “putinismo”. Afferma Surkov:

«La grande macchina di Putin si sta consolidando e si sta preparando per un lavoro lungo, difficile e interessante. La sua manifestazione come piena potenza è così avanti, al punto che la Russia, ancora per molti anni, sarà lo Stato di Putin, proprio come la Francia odierna si definisce ancora la quinta Repubblica di de Gaulle, la Turchia (nonostante che al potere ci siano là adesso gli anti-kemalisti) fa ancora affidamento alle Sei Frecce di Atatürk, mentre gli Stati Uniti tuttora richiamano simboli e valori dei semi-legendari “padri fondatori”»⁶.

⁵ A. Di Gregorio, *La Russia e le elezioni europee*, in *federalismi.it*, 05.06.2019, p. 13.

⁶ V. Surkov, *Vladislav Surkov: Dolgoe gosudarstvo Putina*, cit.

L'enfasi di Surkov sullo Stato "durevole" di Putin può essere interpretata alla luce della necessità di disseminare nel paese idee persuasive su un sistema che mostra, al contrario, sempre più segnali di debolezza strutturale. Su questo aspetto pone l'accento Stefano Caprio, che nel suo libro *Lo zar di vetro* sottolinea come proprio lo sforzo di rappresentare il leader russo come "Putin eterno" ne segni in realtà il declino e getti un'ombra sul futuro del putinismo⁷.

Il concetto di democrazia sovrana si coniuga bene con uno dei diritti storici supremi della Russia: essere forte – come si può leggere nell'epitaffio sulla lastra di bronzo posta ai piedi del monumento dedicato a Pëtr Stolypin, inaugurato a Mosca nel 2012. Per questo motivo,

«La riforma "costituzionalizza" i valori costanti richiamati da Putin e dal suo partito "Russia Unita": *deržavnost'* (grande potenza) e *gosudarstvenničestvo* (Stato forte), il cui combinato è l'idea che la Russia sia destinata ad essere una grande potenza se imperniata su uno Stato forte, oppure a non esistere affatto»⁸.

La forza dello Stato russo è direttamente e logicamente collegata all'imperativo della sua sopravvivenza. Collocando la sua analisi in un'ampia prospettiva storica, l'accademico Andrei P. Tsygankov, nel libro *The Strong State in Russia: Development and Crisis*⁹, spiega la forte tradizione statale russa utilizzando un approccio funzionale, secondo cui questa tradizione non va rintracciata nella cultura ma nelle esigenze pratiche di sopravvivenza di uno Stato esteso su una steppa altamente insicura. Principi e boiardi in lotta non furono in grado di unire la Russia, esponendola a continue turbolenze. Solo un potere saldamente centralizzato sarebbe stato capace di mobilitare e indirizzare le risorse necessarie per garantire la sopravvivenza del paese, imperativo ulteriormente acuito – secondo il Gerschenkron¹⁰ – dalla sua arretratezza economica. Toccò agli zar, instaurando un sistema autocratico, provvedere alla costruzione di uno Stato forte, che si è evoluto ed è sopravvissuto nel corso dei secoli¹¹.

⁷ Cfr. S. Caprio, *Lo zar di vetro. La Russia di Putin*, Jaca Book, Milano, 2020; M.B. Bagnoli, *Modello Putin. Viaggio in un Paese che faremmo bene a conoscere*, People, Busto Arsizio, 2021.

⁸ C. Carpinelli, *Quo vadis Russia? Tra crisi sanitaria e riforma costituzionale*, in *La Nostra Città Futura*, 12.05.2020 (Rivista online della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli), <https://fondazionefeltrinelli.it/quo-vadis-russia-tra-crisi-sanitaria-e-riforma-costituzionale/>.

⁹ A.P. Tsygankov, *The Strong State in Russia: Development and Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

¹⁰ Cfr. A. Gerschenkron, *Modelli e problemi dello sviluppo economico russo: 1861-1958*, in *Il problema storico dell'arretratezza economica*, Einaudi, Torino, 1974, pp. 115-144.

¹¹ Un'altra opinione riguardo al concetto di "Stato forte" in Russia è quella di Markku Veli Kangaspuro. Cfr. *The Dilemma of the Perception of the Strong State of Russia and the Demand for Modernization in Authoritarian Modernization in Russia*, edited by Vladimir Gel'man, Routledge, 2018, pp. 39-54. L'autore, supportato dai dati emersi da alcune indagini d'opinione condotte dal *Levada Center* (2015), sostiene che l'offerta da parte del regime di Putin di uno "Stato forte" è più simbolica (politica) che reale, e che non soddisfa le richieste materiali della popolazione (più *social welfare*; migliori standard di vita). Tuttavia, nonostante questa "incongruenza", il regime incontra,

Nel solco di quest'idea, uno Stato forte ha tra i suoi obiettivi quello di garantire una stabilità interna di lungo periodo per evitare “strappi politico-istituzionali”. Ciò è possibile prevenendo qualsiasi crisi e salvaguardando la continuità del sistema di potere. Putin glorifica Pietro il Grande, fondatore della Russia moderna, ed è attratto da Sergej Witte, Ministro delle Finanze sotto gli Imperatori Alessandro III e Nicola II, che con “pugno di ferro” avviò un grande piano di industrializzazione nel paese. A lui si deve l'avvio della realizzazione della Transiberiana. Putin segue le orme del Primo Ministro dello Zar Nicola II, Pëtr Stolypin, che ha realizzato le sue riforme agrarie liberali, senza rinunciare ai tradizionali metodi dispotici di governo. Soprattutto, particolarmente evocativa dal punto di vista putiniano è l'esortazione del Primo Ministro, rivolta ai deputati in una seduta alla terza *Duma*, a individuare come prioritaria, per rendere l'Impero russo competitivo, la stabilità interna ed estera di lungo periodo contro qualsiasi velleità di insurrezione:

«Date allo Stato vent'anni di pace interna ed estera e non riconoscerete la Russia di oggi. [...] Loro (i socialisti rivoluzionari, n.d.a.) hanno bisogno di grandi sconvolgimenti, noi abbiamo bisogno di una Grande Russia»¹².

Impossibile non accostare queste parole al richiamo ostinato di Putin alla stabilità del paese, brandita come un mantra a difesa del disordine mondiale e delle vulnerabilità di cui soffre la Russia. Per il Presidente, la Russia avrebbe esaurito la sua quota di rivoluzioni e ora ha bisogno di uno sviluppo evolutivo e ordinato, che assicuri l'armonia interetnica e interreligiosa, la crescita economica e sociale¹³. In un discorso rivolto ai deputati della *Duma* sul tema della riforma costituzionale, Putin ha dichiarato:

«È chiaro perché, nel corso dei lavori di proposta di modifica della Costituzione, è sorta la questione, discussa sempre più attivamente, di come si sarebbe dovuta configurare la più alta istituzione del potere statale in Russia, e cioè l'istituzione del potere presidenziale. Dopo tutto, è il Presidente il garante della Costituzione, o per dirla più semplicemente, il garante della sicurezza del nostro Stato, della sua stabilità interna e del suo sviluppo evolutivo»¹⁴.

per il momento, le aspettative dei russi sul ruolo dello “Stato forte”, che derivano anche dal bisogno di una narrazione sulla storia gloriosa del proprio paese e di assicurare alla Russia una posizione competitiva all'interno della comunità internazionale. La convinzione che l'ordine, la stabilità e il controllo siano più importanti della democrazia per affermare uno “Stato forte” è opinione ampiamente condivisa.

¹² A.P. Aksakov, *Vysšij podvig* [La suprema impresa], SPB, Izd-vo Vserossijskogo nacional'nogo kluba, 1912. Cfr. anche A.P. Aksakov, *Vysšij podvig*, in *Russkaja Gosudarstvennost'*, http://gosudarstvo.voskres.ru/heald/stolypin/stlp_02.htm. Suggestisco, inoltre, la lettura del libro di G. Gigliano, *La Russia contemporanea. Un profilo storico (1855-2005)*, Carocci editore, Roma, 2013 (nuova edizione).

¹³ Cfr. *Putin zajavil, čto Rossii nužna evolucija, a ne revoljucij* [Putin ha dichiarato che la Russia ha bisogno di evoluzione, e non di rivoluzione], in *TASS*, 10.03.2020, <https://tass.ru/politika/7938089>.

¹⁴ *Ibidem*.

La Russia di Putin mantiene la sua profonda anima europea, ma è legata anche al suo polmone orientale. È uno Stato transcontinentale, esteso per un quarto in Europa e per tutto il resto in Asia, che nei secoli ha costruito le sue fondamenta ispirandosi all'Europa liberale democratica, con il suo peculiare sistema giuridico-politico e la sua organizzazione statale, ma allo stesso tempo assimilando elementi propri dell'Asia dispotica, soggetta all'arbitrio di un tiranno. Ecco perché, sullo sfondo di un regime russo sempre più autoritario, è possibile intravedere l'impronta dello spirito autocratico orientale.

Posta a cavallo tra due continenti, senza però identificarsi totalmente né con l'uno né con l'altro, la Russia è un "terzo termine", un mondo a parte. Dagli anni Ottanta del secolo scorso, vi è stato nel paese un risveglio della dottrina geopolitica dell'eurasiatismo, grazie a Lev Gumilëv (il filosofo della storia che tuttora ispira Putin¹⁵), oggi sostenuta e rielaborata dal Club di Izborsk (fondato alla fine del 2012). Ai fini nostri, tuttavia, particolarmente suggestiva è la tesi proposta da Gennadij Tjun'dešev (professore di Storia dell'Università della Chakasija) nel suo libro *Velikij Chan Batyj – osnovatel' Rossijskoj gosudarstvennosti*¹⁶, pubblicato nel 2013 e che qui viene richiamato, poiché ha riscosso grande successo in Russia. Secondo l'autore, la Russia attuale non si sarebbe mai liberata dell'influenza dei tatars, da cui avrebbe ereditato la base della sua civiltà e organizzazione statale.

«L'Orda d'Oro ha introdotto in Russia lo spirito imperiale, e il Batu Khan è stato il vero fondatore della statualità russa. [...] La mentalità dei russi è principalmente asiatica. Anche se la popolazione è di ceppo europeo, solo una piccola minoranza ragiona con parametri europei'. Per questo, secondo lo studioso tataro, 'è così difficile per i russi imparare a essere liberi, e hanno bisogno sempre di una mano forte che li guidi. [...] Nella Duma russa tutti votano sempre come vuole il presidente, come avveniva nel kurultáj di Gengis Khan. [...]'. Sempre secondo il parere dello studioso, 'Sono le idee confuciane adottate da Gengis Khan a essersi diffuse in Russia: la famiglia come cellula della società, l'intoccabilità del capo dello Stato, la verticale del potere tanto cara a Putin'. Lo spirito tataro sarebbe molto evidente nell'esercito, e nelle sue cerimonie d'iniziazione (nonnismo), e nel campo giuridico, dove regna l'arbitrio dei potenti e i decreti presidenziali valgono più della Costituzione»¹⁷.

La stessa visione geopolitica del consigliere ideologo di Putin, Vladislav Surkov, riflette – per lo storico tataro – le condizioni geopolitiche sotto il dominio dei mongoli, quando ogni potenza straniera era considerata un nemico da annientare¹⁸.

¹⁵ Cfr. C. Clover, *Lev Gumilev: passion, Putin and Power*, in *Financial Times*, online, 11.03.2016, <https://www.ft.com/content/ede1e5c6-e0c5-11e5-8d9b-e88a2a889797>.

¹⁶ G. Tjun'dešev, *Velikij Chan Batyj – osnovatel' Rossijskoj gosudarstvennosti* [Il Grande Batu Khan – fondatore della statualità Russa], Izd. Minusinsk, 2013.

¹⁷ V. Rozanskij, *Putin, Heir to the Mongol Grand Khans*, in *AsiaNews.it*, 21.04.2018, <http://www.asianews.it/news-en/Putin,-heir-to-the-Mongol-Grand-Khans-43688.html>.

¹⁸ *Ibidem*.

La tesi suggerita da Gennadij Tjun'dešev, per quanto suggestiva, risulta, però, sommaria. Non considera il fatto che il costituzionalismo in Russia dal XVIII al XX secolo sia stato condizionato dalla “potente immigrazione” delle idee occidentali: a partire dall'Illuminismo giuridico, quale sua prima scaturigine, sino alla formulazione di progetti costituzionali tra loro concorrenti (il liberalismo conservatore e il liberalismo insurrezionale che s'impongono nel XIX secolo), conducendo simultaneamente la Russia sulla soglia delle riforme e su quella della rivoluzione. Le riforme di Pietro il Grande portano alla nascita dello Stato moderno in Russia e all'affermazione dell'autocrazia legale. Esse cominciano a far conoscere le leggi, anche se imposte con la violenza e con metodi tirannici, e testimoniano di una vera e propria ondata di influenze occidentali e di rottura con la tradizione moscovita o bizantina. Il regno di Pietro I «accelerò enormemente l'irreversibile processo di occidentalizzazione, sostituendo alla scelta individuale e al caso, in precedenza prevalenti, la politica e il controllo dello Stato»¹⁹. I successivi nodi cruciali della storia istituzionale in Russia sono le “grandi riforme” di Alessandro II²⁰, la rivoluzione del 1905 e l'istituzione della Duma, le riforme agrarie di Stolypin sotto lo Zar Nicola II, infine, le due rivoluzioni del 1917 e le prime elezioni libere a suffragio universale dell'Assemblea Costituente²¹.

Tuttavia – come sottolinea Markku Veli Kangaspuro – le riforme attuate non sono state in grado di traghettare interamente la Russia verso un percorso di sviluppo di tipo europeo:

«Non v'è dubbio che la modernizzazione in Russia sia stata condotta dall'alto verso il basso, a partire dai metodi amministrativi delle riforme di Pietro il Grande sino al Piano di Putin – la modernizzazione della Russia nel ventunesimo secolo. Le lezioni dalle grandi riforme di Alessandro II (come l'emancipazione dei servi, 1861) sino alle riforme di Sergei Witte negli anni '90 dell'Ottocento sono tutte collegate alla severa riluttanza dei governanti ad attuare una più ampia modernizzazione sociale e politica. Le idee di democratizzazione: riforme liberali e sviluppo costituzionale, sostenute dai cadetti, non hanno acquisito la forza per essere realizzate. Il ministro delle Finanze, Sergei Witte, ha guidato la Russia sulla via di una modernizzazione ristretta, puntando sullo sviluppo industriale, gli investimenti esteri e la rapida crescita dell'economia. Anche la guerra di Crimea ha allontanato l'opinione pubblica russa dall'Europa verso l'idea di una civiltà russa unica con legami e responsabilità speciali nei confronti del mondo slavo [...], che somiglia in qualche modo alle discussioni sorte in Russia negli ultimi dieci anni»²².

¹⁹ N.V. Riasanovsky, *Storia della Russia. Dalle origini ai giorni nostri*. Bompiani, Milano, 1992, pp. 244-245.

²⁰ Le più significative: l'istituzione dell'autogoverno locale (*zemstvo*), l'avvio della riforma giudiziaria, la riorganizzazione del sistema scolastico e dell'esercito, la soppressione della punizione corporale, l'abolizione della servitù della gleba e l'attenuazione della censura.

²¹ R. Valle, *Genealogie del costituzionalismo in Russia dal XVIII al XX secolo*, in *Giornale di storia costituzionale*, Vol. 1 No. 33, 2017.

²² M.V. Kangaspuro, *The Dilemma of the Perception of the Strong State of Russia and the Demand for Modernization*, cit., p. 41. Per Sergej Gavrov, l'uso del modello liberale di modernizzazione fu abbandonato con la tragica morte dello Zar Alessandro II. In seguito, i processi di trasformazione

3. La nazionalizzazione delle élites

La Costituzione russa rafforza la “nazionalizzazione delle élites”. È introdotto il divieto di possedere una cittadinanza straniera o un permesso di soggiorno in un altro Stato per il Presidente del Governo, ministri, parlamentari, governatori di regione e giudici. Stessa regola è applicata al candidato alla presidenza, che dovrà dimostrare, inoltre, di risiedere in Russia da almeno 25 anni (e non più 10 anni), e che non potrà svolgere più di due mandati consecutivi. Il consolidamento del potere dello Stato ha luogo anche attraverso la nazionalizzazione delle élites e l’eliminazione o la marginalizzazione di ciò che Vladislav Surkov definisce l’“aristocrazia offshore”. La natura dell’élite è una componente chiave nell’ideologia russa di Stato sovrano. Solo con la “nazionalizzazione” delle élites si può ottenere una democrazia correttamente orientata a perseguire gli interessi nazionali (*nationally-minded elite*). E proprio la “democrazia sovrana” punta all’ipertrofia del ruolo delle nuove élites capaci di dare risposte concrete immediate senza passare attraverso le pastoie delle regole imposte dalla democrazia liberale²³.

La “nazionalizzazione delle élites” incide profondamente sull’equilibrio di potere all’interno della classe dirigente russa. E si lega perfettamente alla volontà del regime di Putin di preservare l’indipendenza del paese da perniciose influenze esterne. Attraverso il meccanismo di selezione delle élites, si formano delle “guide intellettuali e morali”, cui va il compito di fortificare la società russa contro un mondo esterno ostile²⁴. Gli eventi in Ucraina del 2013-2014, che hanno diviso quel paese in due antitetiche rappresentazioni dell’identità nazionale (dove la faglia non sta nelle diverse appartenenze etnico-linguistiche, quanto piuttosto nell’uso di diversi parametri di civiltà) hanno accelerato il “naturale” spostamento delle élites russe verso la formazione di un’idea nazionale più aderente al momento storico.

4. Il primato della Costituzione russa sul diritto internazionale

La Costituzione russa sancisce la preminenza della Carta costituzionale sulle disposizioni dei Trattati internazionali, ribadendo la primazia delle leggi dello Stato russo e dei popoli costituenti la Federazione Russa. Questo concetto è un punto chiave della democrazia sovrana, che afferma la superiorità delle leggi interne rispetto alle norme internazionali, allontanandosi definitivamente

del paese si sono evoluti in una direzione diversa, cedendo alla mentalità arcaica dei russi, restii a qualsiasi forma di rinnovamento. Cfr. S. Gavrov, *Modernizacija vo imja imperii. Sociokul’turnye aspekty modernizacionnyh processov v Rossii* [Modernizzazione nel nome dell’impero. Gli aspetti socio-culturali del processo di modernizzazione in Russia], Editorial URSS, Moskva, 2004, pp. 130-167.

²³ Cfr. A. Salomoni, *Teorie della sovranità nell’età di Putin*, in *DPCE online*, Vol. 44 No. 3, 2020, p. 13, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1102/1058>.

²⁴ V. Morozov, *“Nacionalizacija elit” i ee posledstviya dlja rossijskoj vnešnej politiki* [La nazionalizzazione dell’élite e le sue conseguenze per la politica estera russa], in *PONARS Eurasia*, 06.2013, <https://www.ponarseurasia.org/node/6355>.

dall'“internazionalismo” di matrice el'ciniana, il cui scopo era integrare la Russia nell'ordine liberale occidentale. La democrazia sovrana rivendica il principio della “non interferenza negli affari interni da parte di entità straniera”. La “non interferenza negli affari interni” non è, certo, un principio nuovo e non è unicamente russo. Esso sta alla base dell'idea westfaliana di “eguale sovranità” degli Stati nazionali e, contrariamente all'assetto internazionale post-westfaliano, critica gli “eccessi” della difesa universale dei diritti dell'uomo, in nome dei quali alcuni paesi si sentono autorizzati ad interferire nelle scelte interne di altri o, in *extrema ratio*, ad intervenire (anche militarmente), adducendo “scopi di tipo umanitario”.

A protezione della sovranità statale, è previsto, inoltre, il divieto di azioni volte ad alienare parte dei territori della FR. Questa norma della Costituzione è stata inserita su proposta dell'attore e regista russo Vladimir Maškov (componente del gruppo di lavoro istituito per preparare gli emendamenti alla Costituzione della Federazione Russa)²⁵, con lo scopo di vietare nel futuro ad altri Stati la possibilità di sottrarre territori russi come la Crimea e le contese Isole Curili. È chiaramente una scelta sovranista, che rivendica la strenua difesa della propria terra, immortalata ogni anno nel mito polisemico della Grande Guerra Patriottica, che oltre ad avere una funzione di unificazione, legittima, allo stesso tempo, l'aspirazione della Russia a svolgere un ruolo centrale sullo scacchiere mondiale.

5. Ridistribuzione di competenze fra gli organi costituzionali

Altro punto nodale della Costituzione russa è la volontà dichiarata di procedere ad una redistribuzione delle competenze del Presidente e delle due Camere del Parlamento. Con la riforma costituzionale, il Parlamento assume un ruolo più attivo. Può approvare la candidatura del *premier* e quelle dei vice primi ministri e dei ministri federali. Inoltre, la Camera alta (il Consiglio della Federazione) può proporre al Presidente la revoca dei giudici federali (“disonorevoli”), eleggere i vertici della Corte Suprema e Costituzionale e, in alcuni casi, su proposta del Presidente, rimuovere dal loro incarico i giudici (inclusi i presidenti) delle due Corti apicali. A sua volta, la Corte Costituzionale può invalidare le leggi votate dal Parlamento prima della promulgazione (cosiddetto esame preventivo di costituzionalità), esercitando dunque un ulteriore controllo sull'organo legislativo. Da una lettura attenta del testo costituzionale emerge chiaramente, tuttavia, come la figura del Presidente non solo debba restare preminente, ma addirittura uscirne rafforzata. Il Presidente ha la facoltà di impugnare in via preventiva le leggi (costituzionali, ordinarie, e dei soggetti federati) dinanzi alla Corte Costituzionale. A lui è attribuito un maggiore controllo sull'esecutivo, con la possibilità, in alcuni casi, di rimuovere i ministri federali (inclusi i dirigenti degli organi federali del potere esecutivo) scelti e nominati, su parere del Consiglio Federale, direttamente dalla sua persona, e che si occupano di gestire i settori chiave dell'azione di governo

²⁵ La composizione del gruppo di lavoro (in tutto 75 nomi) era eterogenea. Facevano parte del gruppo di lavoro non solo costituzionalisti, ma anche registi, musicisti, atleti ed esponenti del mondo della cultura e della scienza russa.

quali la difesa, la sicurezza dello Stato, gli affari interni, la giustizia, gli affari esteri, la gestione delle emergenze e dei disastri naturali e la sicurezza pubblica. Il Capo di Stato continua a nominare il *premier* e può, inoltre, imporre il candidato *premier*, senza indire nuove elezioni, nel caso in cui la Duma per tre volte voti a sfavore della persona indicata dal Cremlino per la guida del Governo (oppure, può sciogliere la *Duma* e andare a nuove elezioni, nel caso in cui risultino vacanti oltre un terzo delle cariche dei membri dell'esecutivo). Le riunioni del Governo sono presiedute dal Presidente, che ne esercita la direzione generale. *Rebus sic stantibus*, questo organo non è altro che il mero esecutore della volontà presidenziale. Al Presidente è garantita l'immunità ed è senatore a vita alla scadenza della carica. Può, infine, proporre alla Camera alta la rimozione dal loro incarico dei giudici, nominare e revocare il Procuratore generale e i suoi sostituti (e altri procuratori), indebolendo l'autonomia del potere giudiziario, già lesa dalla progressiva erosione nel tempo del sistema di pesi e contrappesi. A proposito degli equilibri (squilibri) tra organi costituzionali, nel suo saggio *Equilibri dei poteri, "stabilità interna" e immagine internazionale della Russia*, Alessandro Vitale puntualizza come sia «difficile comunque che il Parlamento acquisti un ruolo *supra et contra legem*. La redistribuzione delle competenze del Presidente e delle due Camere del Parlamento è inoltre solo apparente»²⁶.

Parlare in Russia di “democrazia di facciata” non ha alcun senso. Il principio della separazione dei poteri è da lungo tempo disatteso. E, in un regime di democrazia “controllata”, come quello russo, non poteva essere altrimenti. Roberto Valle, ha osservato a questo proposito:

«Con l'ascesa al potere di Putin, si è affermata la “nazionalizzazione del futuro” ed è stato forgiato un modello piramidale di società con alla base la maggioranza dei cittadini e al vertice l'*élite* politica ed economica: il vertice della “verticale del potere” (*vertikal' vlasti*) è il Presidente. Essendo un fautore del *deržavničestvo* (Stato potenza), Putin ha instaurato una sorta di autocrazia elettiva che, con l'idea di “democrazia sovrana” (*suverennaja demokratija*), ha definito il proprio orizzonte ideologico»²⁷.

La difesa della sovranità statale – sostanza della democrazia sovrana – poggia sulla costruzione di un sistema di rapporti di potere, che ha tra i suoi pilastri una presidenza forte e istituzioni deboli. Tutto è verticalmente integrato sotto il

²⁶ A. Vitale, *Equilibri dei poteri, “stabilità interna” e immagine internazionale della Russia*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD-DIS)*, Vol. 2 No. 1, 2020, p. 251. Si veda inoltre A. Di Gregorio, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento della Costituzione della Russia del 14 marzo 2020*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD-DIS)*, Vol. 2 No. 1, 2020.

²⁷ R. Valle, *Le metamorfosi dello Stato russo e dei suoi imperi. Dalla Rus' di Kiev alla Federazione Russa*,

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bg_LgQjNJFoJ:https://web.uniroma1.it/disp/sites/default/files/allegati/metagosu-vlast.doc+&cd=2&hl=it&ct=clnk&gl=it.

Presidente. Dichiara B. Višnevskij, editorialista di *Novaja gazeta* e deputato del partito *Jabloko* all'Assemblea Legislativa di San Pietroburgo:

«Putin afferma [...] che ‘il nostro paese con il suo vasto territorio, la sua complessa struttura nazionale-territoriale, la diversità delle tradizioni culturali e storiche non può esistere stabilmente sotto la forma di una repubblica parlamentare e deve rimanere una forte repubblica presidenziale’. Ed è necessario che il presidente conservi il diritto di ‘determinare i compiti e le priorità delle attività di governo, nonché il diritto di rimuovere dall’incarico il presidente del Governo, i suoi vice e i ministri federali, in caso di adempimento improprio delle funzioni o per motivi di ‘perdita di fiducia’, così come ‘il presidente dovrebbe mantenere la guida diretta delle forze armate e dell’intero sistema delle forze dell’ordine’»²⁸.

È il caso anche di rilevare come nella Russia di Putin non vi sia spazio effettivo per una competizione elettorale leale. Pur in presenza dei requisiti minimi di una democrazia elettorale pluralistica, le elezioni parlamentari, che rimangono, al pari di quelle delle democrazie liberali, la principale fonte di legittimazione per il potere, non risultano “libere e imparziali”, spesso macchiate da manipolazioni (brogli) ed eterodirette dai *mass media* statali, che detengono il monopolio dell’informazione. Neppure la riforma elettorale del 2015, che ha introdotto una maggiore flessibilità di voto (abbassamento della soglia di sbarramento e reintroduzione del sistema elettorale misto, possibilità per i candidati indipendenti di partecipare alle elezioni), ha posto un freno alle limitazioni al pluralismo politico. Attualmente risultano, di fatto, premiati lo schieramento politico del Governo in carica, *Russia Unita (Edinaja Rossija)* e la cosiddetta opposizione di sistema: i liberal-democratici del *Liberal’no-Demokratičeskaja Partija Rossii* (LDRP), i comunisti del KPRF – *Kommunističeskaja Partija Rossijskoj Federacii* (KPRF), i membri di Russia Giusta (*Spravedlivaja Rossija*), che hanno candidature forti in grado di vincere nei collegi uninominali, e strutture ben organizzate di supporto a livello federale. Non da ultimo, si è assistito nel paese all’arbitraria decisione della Commissione elettorale di cancellare dalle liste elettorali per il rinnovo degli organi periferici dello Stato alcuni candidati indipendenti, con il chiaro obiettivo di escludere dagli spazi istituzionali l’opposizione extraparlamentare.

Lo Stato sovrano rivendica il centralismo politico. V. Surkov è attratto dal razionalismo politico del francese illuminista François Guizot e dal decisionismo politico del giurista tedesco Carl Schmitt. Ciò che lo attira è il loro “antirivoluzionarismo”, l’idea schmittiana di democrazia come “identità tra governanti e governati”, e quella di Guizot, secondo cui la sovranità non deve derivare dal popolo (dagli elettori) ma da *élites* nazionali responsabili e competenti che, incarnando la suprema ragione, non possono che ottenere la fiducia popolare.

²⁸ B. Višnevskij, *Tranzit k samomu sebe. Konstitucionnaja reforma ne menjaet Sistemu i eë glavnogo arhitekatora* [Transito a sé stesso. La riforma costituzionale non cambia il Sistema e il suo principale artefice], in *Novaja gazeta*, online, 15.01.2020, <https://novyagazeta.ru/articles/2020/01/15/83465-tranzit-k-samomu-sebe>.

«In questa miscela di vena antidemocratica alla Guizot e di antiliberalismo alla Schmitt, le elezioni non sono un mezzo per esprimere interessi diversi e contrastanti, ma servono solo a dimostrare l'identità tra governanti e governati. Non sono, quindi, un meccanismo di rappresentanza della volontà popolare, quanto uno strumento per legittimare il potere di fronte al popolo. La precisazione schmittiana di democrazia come "identità" e non come "rappresentanza" non consente di porre un netto distinguo tra democrazia e dittatura. E questo, agli occhi dei teorici della democrazia del Cremlino, è un vantaggio. Infine, la definizione di sovrano di Schmitt come colui che decide sullo stato d'eccezione si adatta perfettamente al ruolo quasi metafisico che ha la figura del Presidente nel sistema politico russo»²⁹.

6. La dimensione sociale: il social welfare

La Costituzione riserva una parte del suo articolato alla questione sociale (il salario minimo non deve essere inferiore al livello di sussistenza; indicizzazione regolare obbligatoria per le pensioni; elargizione di indennità, *bonus* e di altri *social benefits*; assicurazione sociale obbligatoria, ecc.).

Per quale ragione la Carta costituzionale ha introdotto diritti sociali già fissati a livello legislativo? Sicuramente, un obiettivo era raccogliere più consensi possibili al momento della consultazione popolare di approvazione della riforma costituzionale. Una consultazione dal chiaro significato simbolico: in caso di esito positivo del voto, la riforma sarebbe stata "benedetta" dalla volontà popolare. Tuttavia, un altro obiettivo, meno esplicito, per cui questi diritti sono ora garantiti a livello costituzionale, era quello di ribadire, con la massima legge dello Stato, l'approccio "benevolo" del Governo russo al sistema di *social welfare*, più correttamente declinato come approccio paternalistico di Stato. La riforma delle pensioni, per ovviare alla crisi demografica, la diminuzione dei finanziamenti statali nei settori della sanità e dell'istruzione, hanno senz'altro incrinato un certo modello di vita, rompendo un patto sociale durato per lunghi decenni. Inoltre, il modello di finanziamento dell'assicurazione sociale obbligatoria prevede attualmente che gli assistiti siano liberi di scegliere la propria assicurazione in un contesto competitivo di mercato. E che i lavoratori possano investire i propri conti individuali in pensioni integrative. Tutti segnali che mostrano come i dispositivi di *welfare* siano sempre più orientati al mercato. Eppure non va scordato che l'impianto di *social welfare* russo resta ancora incardinato su meccanismi propri del modello sovietico di Stato sociale (ad eccezione dell'introduzione del sussidio di disoccupazione). Il sistema socio-sanitario poggia su uno schema assicurativo di finanziamento dell'assistenza (e previdenza) fornita dallo Stato, che prevede criteri di distribuzione "universale" (a pioggia) dei trasferimenti sociali, e non è soggetto a tassazione (altro discorso è la qualità e la disponibilità dei servizi che variano notevolmente fra le diverse regioni). La possibilità ventilata qualche anno fa di adottare un sistema di co-

²⁹ C. Carpinelli, *Democrazia sovrana della Russia: una nuova idea o una sfida all'Occidente?* in *Cassandra (Rivista trimestrale di cultura e politica)*, No. 1, 2011, https://www.academia.edu/6739419/Democrazia_sovrana_della_Russia.

pagamento, in base al quale i pazienti avrebbero dovuto pagare una quota simbolica delle loro spese mediche, con la parte sostanziale della spesa che sarebbe rimasta a carico dello Stato, è stata per il momento accantonata. Lo stesso sistema pensionistico non prevede aliquote per i lavoratori (se non per quelli autonomi), ma solo aliquote versate dai datori di lavoro. In questo modo, lo Stato subordina a sé i cittadini, elargendo paternalisticamente dall'alto assegni vitalizi e *social benefits*, non stimolando nell'individuo un'assunzione di responsabilità che gli deriva dal contribuire, attraverso un sistema di tassazione, alla costruzione della propria futura pensione e, più in generale, alla realizzazione del *social welfare*. Un sistema di *welfare* che piace molto a una larga fetta di popolazione russa ancora legata a una mentalità sovietica³⁰.

Per concludere. Non è certo il caso qui di rispolverare la legge dei vasi comunicanti del fisico fiammingo Stevino, ma è chiaro che se vengono compressi i diritti civili e le libertà politiche, dovranno allora aumentare i diritti sociali e le prestazioni assistenziali, se – per stare dentro la metafora – non si vuole rischiare la rottura del “contenitore” e la fuoriuscita del liquido. Ragion per cui, dal primo gennaio 2021 ha preso avvio la riforma dell'assistenza sanitaria di base (territoriale) che prevede uno stanziamento di 500 miliardi di rubli dal bilancio federale e 50 miliardi di rubli dai bilanci regionali³¹. E dal primo febbraio 2021 sono state indicizzate (con un incremento del 4,9%) le pensioni sociali mensili a milioni di invalidi, veterani di guerra, eroi dell'Unione Sovietica e della Russia (con un Fondo di stanziamento previsto intorno ai 435 miliardi di rubli)³². Sarà in grado lo Stato nel tempo di mantenere tali *standard* di spesa necessari ad erogare servizi e a perequare milioni di pensioni? Questo dipenderà da diversi fattori: esogeni (stabilità dei mercati finanziari internazionali, oscillazione dei prezzi del petrolio, ecc.) ed endogeni (recessione economica da COVID-19, persistenza di un'economia stagnante, ecc.), che potrebbero costringere il Governo centrale a prelevare i fondi necessari alla nuova espansione economica direttamente dal Fondo Nazionale per il Welfare (*Fond nacional'nogo blagosostojanija Rossii*, FNBR), alimentato quest'ultimo dai proventi dell'*export* di idrocarburi direttamente depositati in questo Fondo sovrano, che detiene attualmente circa l'11% del PIL del paese.

³⁰ Sul tema del *social welfare*, rimando a due interessanti contributi: *Buyng Support? Putin's Popularity and the Russian Welfare State*, in *Foreign Policy Research Institut*, February 2018, <https://www.fpri.org/wp-content/uploads/2018/02/SokheyRPE2.pdf>; *Russian versus European welfare attitudes: Evidence from Round 8 of the European Social Survey*, in *European Social Survey ERIC*, November 2018, https://www.europeansocialsurvey.org/docs/findings/ESS8_pawcer_welfare.pdf.

³¹ Cfr.: *Reforma pervičnogo zvena zdravoochranenija v RF startuet 1 janvarja 2021g.* [La riforma dell'assistenza sanitaria di base nella Federazione Russa prende avvio dal 1° gennaio 2021], in *interfaks*, 17.12.2020, <https://www.interfax.ru/russia/741790>.

³² In *Fakty. Efir ot 29.01.2021 (22.00) – Rossija 24*, <https://www.youtube.com/watch?v=qBliPnhkc-Y&t=2656s>.

7. La dimensione valoriale: Dio, patria e famiglia

La Costituzione protegge “Dio, patria e famiglia”: il matrimonio è un’Unione tra un uomo e una donna; la lingua russa è la lingua del «popolo che costituisce lo Stato»; lo Stato ha il dovere di onorare la memoria dei custodi della patria e di difendere la verità storica, di preservare l’identità culturale panrusa, la diversità etnoculturale e linguistica dei popoli della Russia, e di indicare la fede in Dio come valore ricevuto dagli antenati. Il riferimento a Dio nella Carta costituzionale è stato fortemente voluto dal patriarca russo Kirill, che ha avuto una parte centrale nella definizione della nuova architettura costituzionale russa. Alla Chiesa ortodossa è, infatti, sempre più riservata una posizione di favore, che ha finito con il dar vita in Russia all’antico sodalizio bizantino tra *Sacerdotium* e *Imperium*³³. In occasione delle varie investiture ufficiali a Presidente, Putin ha ricevuto una benedizione speciale da parte del Patriarca di Mosca, che ha celebrato un *moleben* (rito liturgico di impetrazione di grazie) nella cattedrale dell’Annunciazione di Mosca. Putin e la Chiesa ortodossa sono strettamente legati e operano congiuntamente per la realizzazione del progetto politico di Mosca. K. Zatulín, deputato di *Edinaja Rossija* (Russia Unita) alla *Duma*, in un intervento alla sessione di apertura del Consiglio mondiale del popolo russo (2004), aveva dichiarato:

«Il mondo ortodosso non sopravvivrà senza una Russia forte, ma la Russia non potrà recuperare uno status di potenza mondiale autonoma se non si metterà alla testa del mondo ortodosso, se non deciderà di fare affidamento sulla sua principale e unica forza: l’ortodossia. Questi assiomi devono essere fatti propri anche dall’élite politica della Russia. Il mondo ortodosso è un progetto non solo ecclesiastico e culturale, ma anche politico»³⁴.

Nessun personaggio pubblico è oggi in grado di acquisire legittimità politica senza giustificare le sue scelte politiche come supremo interesse della nazione, e senza menzionare il suo attaccamento alla madrepatria e alla fede cristiana ortodossa.

L’art. 14 della Costituzione russa stabilisce la separazione tra Chiesa e Stato. Tuttavia, aver introdotto nella Legge fondamentale il dovere dello Stato di indicare la fede in Dio come valore ricevuto dagli antenati evidenzia come la politica debba essere filtrata attraverso una lente morale e religiosa. Come sottolinea Giovanni Codevilla, nel saggio *La laicità dello Stato nella revisione costituzionale della Federazione di Russia*, «si rinnova tacitamente in tal modo tra il patriarca e il Presidente quel contratto a prestazioni corrispettive che è tipico del giurisdizionalismo: da un lato il patriarca garantisce la legittimazione della sovranità dello Stato e dall’altro Putin concede una posizione privilegiata alla Chiesa»³⁵.

³³ Suggestisco la lettura del libro di G. Codevilla, *Chiesa e Impero in Russia. Dalla Rus’ di Kiev alla Federazione Russa*, prefazione di Sante Graciotti, Jaca Book, Milano, 2011.

³⁴ A. Roccucci, *L’ortodossia cemento delle Russie*, in *Limes*, No. 3, 2010, p. 97.

³⁵ G. Codevilla, *La laicità dello Stato nella revisione costituzionale della Federazione di Russia*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni e Società (NAD-DIS)*, Vol. 2 No. 1, 2020, p.

Tuttavia, nell'ambito di questa "sinfonia" (che rievoca l'idea imperiale russa, secondo cui "chi negava lo zar rinnegava anche la chiesa e viceversa"), il regime di separazione dei due ordini – spirituale e materiale – (che assicura la laicità dello Stato e l'autonomia della Chiesa ortodossa) si va affievolendo. Al posto della pacifica coesistenza dei due ordini si dà appunto vita a «una collaborazione privilegiata tra l'Ortodossia e il pubblico potere, in cui la prima rivendica e ottiene il *favor iuris* del secondo»³⁶.

Per restaurare la "Grande Russia", Putin si è impegnato a fondo nella ricostruzione dell'identità russa, assegnando alla tradizione religiosa russa (Chiesa cristiana ortodossa) un nuovo spazio politico-sociale, rinnovando valori e ideali di stampo zarista rimasti sepolti per secoli e, allo stesso tempo, recuperando sentimenti e simboli legati alla cosmogonia sovietica. Con il recupero dell'ortodossia, la nuova ideologia di Stato lega la Russia odierna a quella imperiale zarista, facendo propria anche l'idea di potenza e faro di civiltà dell'URSS, depurata, però, quest'ultima, dall'orrore delle grandi repressioni di massa e dalla Rivoluzione bolscevica che ne fu alla base. Putin celebra ogni anno la vittoria della Seconda Guerra Mondiale in chiave patriottica (non a caso chiamata Grande Guerra Patriottica), contro qualsiasi forma di revisionismo storico³⁷ (e suggella ciò nella neo-Costituzione: «lo Stato ha il dovere di onorare la memoria dei custodi della patria e di difendere la verità

244. Cfr. anche l'opera monumentale dello stesso autore: G. Codevilla, *Storia della Russia e dei Paesi limitrofi. Chiesa e Impero*, Jaca Book, Milano, 2016. Nei quattro volumi, di cui è composta l'opera, l'autore introduce, fra i vari argomenti, quello della "sinfonia dei poteri", che costituisce l'architave permanente della vita e delle relazioni tra Stato e Chiesa nel corso dell'intero arco della vita russa preso in considerazione, seppure diversamente declinata nelle varie fasi storiche che si susseguono.

³⁶ *Ibidem*. Sul tema rapporto Stato-Chiesa, consiglio la visione del film di Andrej Zvjagincev *Leviathan* (2013), un'epopea popolare di accusa al sistema di corruzione Stato-Chiesa, che per il regista tiene la Russia e le sue istituzioni in una morsa di ghiaccio.

³⁷ Chiaro è il riferimento alla risoluzione del Parlamento europeo del 19.09.2019 sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa. Cfr.: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_IT.html. La questione della rilettura della Seconda Guerra Mondiale, in chiave antisovietica, era già stata sollevata anni prima dalle autorità russe. In occasione delle celebrazioni del 70° anniversario della vittoria della Grande Guerra Patriottica (2015), il portavoce del Ministero degli Esteri russo, Aleksandr Lukaševič, aveva espresso la ferma condanna di Mosca a utilizzare il 70° anniversario della fine della Seconda Guerra Mondiale per attaccare la Russia: «Il rappresentante dell'Unione Europea ha affermato che la guerra avrebbe portato a molti paesi europei non la libertà, ma nuovi crimini contro l'umanità. [...] A questo proposito, esprimiamo la nostra indignazione e fermo disaccordo nei confronti di questo giudizio pseudo-legale, arbitrario e blasfemo. Ci rammarichiamo che l'Unione Europea abbia nuovamente seguito l'esempio di alcuni dei suoi Stati membri, ossessionati da aspirazioni antirusse, e si sia permessa un'interpretazione assolutamente inaccettabile degli eventi che sono associati alla Seconda Guerra Mondiale». In: *MID raskritikoval ES za popytki ispol'zovat' jubilej Pobedy dlja napadok na Rossiju* [Il Ministero degli Esteri ha criticato l'UE per aver tentato di utilizzare l'anniversario della Vittoria per attaccare la Russia], in *interfaks*, 05.03.2015, <https://www.interfax.ru/russia/428157>. Su questo argomento, suggerisco la lettura dell'articolo del Presidente Putin sulla storia della Seconda Guerra Mondiale, pubblicato dalla TASS: *Stat'ja Vladimira Putina ob istorii Vtoroj mirovoj Vojny. Pol'nyj tekst* [Articolo di Vladimir Putin sulla storia della Seconda Guerra mondiale. Testo completo], in TASS, 18.06.2020, <https://tass.ru/politika/8765179>.

storica» – art. 67.1, paragrafo 3), e l’artefice di quella vittoria, Stalin. Il richiamo di Putin, in più occasioni, alla figura dello statista sovietico svolge un ruolo importante di restaurazione di una “ideologia dello Stato centralizzato e forte”. La Russia putiniana ha costruito una storiografia che non respinge il periodo sovietico *tout court*, ma lo incorpora in una più ampia metanarrazione della storia russa tesa a riplasmare un’identità nazionale, in cui molti possano ritrovarsi: essa unisce lo stemma russo (con l’Aquila bicipite, che guarda a Occidente e a Oriente), il nastrino zarista di San Giorgio, le lapidi in memoria dell’ammiraglio Aleksandr Kolčak, dei generali Anton Denikin e Nikolaj Denisov, e dell’ufficiale dell’esercito russo, Michail Drozdovskij³⁸, i film “L’ammiraglio” di Andrej Kravčuk (2008) e “Stalingrad” di Fëdor Bondarčuk (2013), l’inno sovietico con la vecchia musica e nuove parole, la bandiera tricolore che coincide con la nascita negli anni Novanta degli istituti democratici, le icone russe, i santini di Stalin, la bandiera rossa che sventola nel Giorno della Vittoria e nelle parate militari. Pezzi di storia, una volta antitetici, sono messi insieme. Un’operazione di alchimia, a cui i politologi russi hanno dato il nome di “rinascimento nazionale e tradizionale”. Putin ha affermato:

«Se pensiamo che i simboli delle epoche precedenti, inclusa l’era sovietica, non debbano essere usati, allora dovremmo ammettere che le esistenze dei nostri genitori siano state inutili e senza significato, che essi abbiano vissuto invano»³⁹.

Lo scopo di tutto ciò è ricostruire una memoria nazionale volta a dare continuità alla storia russa, a partire dalla riabilitazione degli zar, da cui vanno, tuttavia, espunti la Rivoluzione russa e il bolscevismo che non sono stati altro che tragici incidenti di percorso⁴⁰.

8. La dimensione geografica: relazioni tra centro e periferia

Un altro punto centrale della Costituzione è il richiamo a «preservare l’identità culturale panrusa, la diversità etnoculturale e linguistica dei popoli della Russia». Riemerge qui sottesa l’idea che una grande entità multiethnica possa esistere solo se

³⁸ È sorprendente, ma coerente con Putin, anche la rilettura della Prima Guerra Mondiale e degli eventi che seguirono. Nel 2012 è stata reintrodotta nei manuali di storia la Prima Guerra Mondiale, ridotta in precedenza a guerra imperialista dello zar, o a preludio alla rivoluzione del 1917. Una grande guerra che – secondo il Presidente Putin – è stata cancellata immeritabilmente dalla memoria storica per motivi ideologici e politici. Il 1° agosto 2014, presso la Collina degli Inchini di Mosca – luogo storico della guerra contro Napoleone del 1812 e parco monumentale dedicato fino a quel momento esclusivamente alla vittoria sui nazisti del 1945 – è stato inaugurato il primo monumento ai caduti del 1914-18. Il 1° agosto di ogni anno si celebra in Russia, su quella Collina, la “Giornata della Memoria” dei caduti della Prima Guerra Mondiale.

³⁹ M. Valle, *Vite straordinarie/Vladimir Putin, un rivoluzionario conservatore al Cremlino*, in *SECOLO d’Italia*, online, 03.05.2016, <https://www.secoloditalia.it/2016/05/vite-straordinarie-vladimir-putin-rivoluzionario-conservatore-cremlino/>.

⁴⁰ Dal 2005 si celebra in Russia la “Giornata dell’Unità nazionale” (4 novembre), commemorata fino al 1917 nell’Impero russo. Sostituisce il 7 novembre che in epoca sovietica e fino al 2004 glorificava la Rivoluzione russa d’Ottobre.

governata da un centro di potere forte. Applicare un sistema politico di matrice occidentale significherebbe scatenare dispute geopolitiche e secessioni armate. La Russia ha sempre avuto, e sempre avrà, bisogno dell'“uomo forte” per le enormi dimensioni del paese e la pluralità di lingue e culture. La minaccia della disintegrazione di un grande paese multietnico e multinazionale, come quello russo, è stata sempre la più grande preoccupazione di tutti i grandi capi di Stato russi – già dai tempi degli zar. Per questo, l'esercizio di un potere, in grado di garantire l'“integrità” territoriale (bene supremo della nazione), è anche la preoccupazione di Putin, che individua nella persona del Presidente (come lo fu lo Zar durante il periodo imperiale e il Partito Comunista in epoca sovietica) il vero custode dell'unità del paese, contro qualsiasi tentativo di divisione. Nel saggio *Tempi e modi rituali della revisione costituzionale di Putin. Continuità e varianti?* Mario Ganino afferma:

«La visione imperiale russa riprese dalla concezione a sua volta imperial-territoriale bizantina quella del carattere sacrale della terra, “unitaria e indivisibile”, mentre dall'Orda d'Oro e dalla dominazione mongola vennero assimilati i modelli organizzativi del potere assoluto, che a sua volta garantivano più facilmente l'esercizio di un potere volto ad assicurare il bene supremo dell'“unità”. Questa impronta iniziale [...], ha trovato realizzazione e sviluppo nelle diverse fasi storiche e forme di Stato della Russia. Pertanto, il mantenimento della visione “unitarista” è divenuto funzionale a contenuti diversi, addirittura opposti, come l'assolutismo, il centralismo democratico e il ruolo guida del partito nel socialismo del regime sovietico, la “democratizzazione” guidata dall'alto e infine la formulazione costituzionale di un indirizzo politico unitario che rende sempre più precaria la divisione (orizzontale e verticale) e la collaborazione dei poteri. [...] La funzione, anzi la missione, “unitarista” essenziale è stata attribuita all'organo detentore stabilmente dell'indirizzo politico del vasto paese: Zar, Partito comunista, Presidente nelle varie formulazioni costituzionali [...] al quale furono sempre forniti, nei vari adattamenti, i meccanismi utili per realizzarla da parte loro, dagli inizi della Storia della Russia ad oggi»⁴¹.

Appena eletto Presidente, Putin aveva istituito nel maggio 2000 i distretti federali per spezzare il prevalere dei localismi e assicurare la superiorità degli interessi generali del paese. Successivamente ha pensato di far fronte al problema introducendo la “verticale esecutiva”, con la quale ha ridotto l'autonomia dei soggetti federati. La nuova Costituzione rafforza ulteriormente la centralizzazione del potere, con un maggiore controllo sui diversi livelli dell'organizzazione territoriale. Per quanto riguarda la parte della Costituzione dedicata ai soggetti federati, ciò che sorprende è

⁴¹ M. Ganino, *Tempi e modi rituali della revisione costituzionale di Putin. Continuità e varianti?* in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD-DIS)*, Vol. 2 No. 1, 2020, p. 188. Cfr. anche: M. Ganino, *I tratti fondamentali dell'ordinamento costituzionale della Russia negli anni trascorsi dalla fine dell'URSS*, in C. Filippini (a cura di), *La Comunità di Stati Indipendenti a più di vent'anni dalla dissoluzione dell'URSS*, Maggioli editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, pp. 69-91.

«Il continuo riferimento delle norme alla sovranità della Federazione, al suo carattere unitario, all’invulnerabilità del territorio e dei suoi confini e il richiamo alla storia millenaria della Russia: all’enfasi su tali aspetti non fa riscontro una disciplina puntuale delle relazioni tra Centro e soggetti federati, né procedure codificate per la risoluzione dei conflitti»⁴².

Inoltre, se è vero che i governatori regionali avranno un ruolo più attivo nel Consiglio di Stato (ora costituzionalizzato e non più mero organo di consultazione), d’altro canto i soggetti federati vedono ridimensionate le loro prerogative con l’impugnazione da parte del Presidente, in via preventiva, delle loro leggi dinanzi alla Corte Costituzionale e la nomina, su iniziativa del Presidente stesso (sentito il Consiglio della Federazione), dei procuratori regionali.

Tra i vari livelli di organizzazione territoriale previsti, vi è quello dell’autogoverno locale. Con la riforma costituzionale, gli organi dell’autogoverno locale e gli organi del potere statale sono ora inclusi in un “unico sistema unitario di potere pubblico”, ridimensionando il ruolo di autonomia degli enti periferici. «Così, gli organi dell’autogoverno locale, anziché essere inseriti nel sistema delle relazioni federali, vengono posti in rapporto diretto con il potere centralizzato»⁴³, in controtendenza rispetto alla Costituzione del 1993, che teneva ben distinti i due livelli di esercizio della funzione pubblica, avendo voluto ripristinare la formula prerivoluzionaria dello *zemstvo* (forma di autogoverno locale introdotta in Russia nel 1864). Questa formula prevedeva una sufficiente autonomia e indipendenza dallo zar e dal governo centrale, anche quando lo Zar Alessandro III (Ministro delle Finanze, Sergej Witte) decise di effettuare una revisione delle riforme del predecessore Alessandro II (sovrano illuminato), riducendo i poteri dell’autogoverno locale e rafforzandone il controllo a livello centrale.

La verticale del potere non è solo una politica di integrazione volta a mantenere la stabilità interna dello Stato multietnico e religioso, ma è anche funzionale al piano di modernizzazione (2019-2024)⁴⁴, lanciato l’anno dopo la rielezione di Putin a Presidente (2018), che richiede per la sua realizzazione un’economia che sia strettamente amministrata dal centro, allo scopo di superare le nette disparità geografico-territoriali in termini di livelli di sviluppo. In realtà, secondo Nikolaj Petrov del *Carnegie Moscow Center*, non potranno mai affermarsi nel paese né la democrazia né un’economia forte senza decentralizzazione e federalismo. Potrà esserci una visibile efficacia sul breve termine, ma a lungo termine il sistema prima

⁴² *Le costituzioni federali di civil law. La Federazione di Russia*, in *MinervaWeb*, No. 60 (Nuova Serie), 2020, https://www.senato.it/4800?newsletter_item=12901&newsletter_numero=1101#.

⁴³ A. Vitale, *Equilibri dei poteri, “stabilità interna” e immagine internazionale della Russia*, cit., p. 253.

⁴⁴ Punti essenziali del piano sono: la creazione di un’economia diversificata basata su alta tecnologia, innovazione e manifattura “made in Russia”; cospicui investimenti nelle infrastrutture con un riammodernamento, almeno nelle grandi città, di strade, ferrovie, aeroporti; miglioramento dei livelli di istruzione, in particolare con una ripresa della tradizione russa negli studi scientifici (fisica, matematica, informatica e medicina), progetti spaziali dell’agenzia Roskosmos.

o poi mostrerà tutta la sua inefficienza, con l'instaurazione di una "stabilità instabile" basata sulla personalità del Presidente⁴⁵.

Intanto, l'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha messo in luce, come afferma Angela Di Gregorio nel saggio *L'emergenza Coronavirus in Russia. Poteri, fonti, responsabilità*⁴⁶, l'opacità degli intrecci tra livello federale e regionale dal punto di vista delle responsabilità. Nella Russia odierna, dove di solito il centro decide e le regioni obbediscono, il Presidente ha delegato alle autorità locali la gestione della situazione d'emergenza, cercando di preservare la sua immagine di "garante della stabilità del paese", e scaricando su altri le "colpe" dell'eventuale insorgere di conflitti sociali per il tipo di misure di stretta sorveglianza adottate, e degli eventuali insuccessi nel contenimento della pandemia. Allo stesso tempo, il difficile compito di limitare la crisi economica da ridotta attività imprenditoriale «[...] è stato lasciato nelle mani del Governo federale sotto l'occhio minaccioso del Presidente Putin»⁴⁷. Ma i governatori stanno già preparando il conto al Governo centrale, a causa delle cospicue perdite fiscali. Di solito alle regioni sono attribuite alte percentuali di spesa relative all'assistenza sociale, sanitaria e all'istruzione (indubbio retaggio della politica sovietica di *welfare*, che ha avuto la sua massima espansione ai tempi di Brežnev), che sono assegnate secondo indici di virtuosità, ma più spesso secondo il requisito della condiscendenza dei governatori locali nei confronti delle scelte politiche federali – effetto quest'ultimo della progressiva centralizzazione del bilancio federale voluta da Putin per avere il controllo sulle risorse economiche regionali. Tuttavia, la crisi da COVID-19 sta mettendo a seria prova la capacità del bilancio federale, poiché le regioni stanno cercando di accaparrarsi maggiori risorse extra dal Governo federale (rispetto a quanto già avviene in tempi di normalità, con l'evidente conseguenza di stimolare non una politica di sviluppo del territorio ma una crescente politica di deficit), tramite trasferimenti di bilancio, sussidi, compensazioni e stanziamenti vari, che saranno difficili da ottenere, con il rischio di sollevare tensioni sociali.

«Infine, la "sovranità da coronavirus", così è stata battezzata la devoluzione delle misure anti-COVID-19, ha messo in luce i limiti delle relazioni tra centro federale e regioni che da Mosca possono distare oltre sette ore di volo. Oppure vicine-ma-lontane, come l'europea Kaliningrad, stretta tra Lituania e Polonia, sempre meno dispiaciuta della sua anomalia geografica. La Repubblica di Cecenia e l'oblast' di Čeljabinsk hanno chiuso i propri confini amministrativi, noncuranti delle indicazioni moscovite, quella di Carelia e il Territorio di Zabajkal hanno bloccato i collegamenti

⁴⁵ N. Petrov, *The Essence of Putin's Managed Democracy*, in *Carnegie Endowment for International Peace*, <https://carnegieendowment.org/2005/10/18/essence-of-putin-s-managed-democracy-event-819>.

⁴⁶ A. Di Gregorio, *L'emergenza Coronavirus in Russia. Poteri, fonti, responsabilità*, in *DPCE online*, Vol. 43 No. 2, 2020, p. 14, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/989/963>.

⁴⁷ *Idem*, p. 1.

ferroviari interregionali, tutti o quasi hanno chiesto agli “untori” della capitale di non farsi vedere per qualche tempo»⁴⁸.

Da ultimo, vale la pena ricordare che se in epoca sovietica il collante ideologico usato per tenere insieme etnie e nazionalità tra loro assai diverse fu il comunismo (finché fu possibile credere nel comunismo), nella Russia odierna è la Chiesa ortodossa che si pone come il perno del sistema di coabitazione di etnie e religioni diverse, quale si è venuto storicamente determinando fin dai tempi dell’Impero bizantino. Sostiene il patriarca Kirill:

«Proprio la Russia, che ha coscienza di essere ortodossa, è capace di tenere unite culture differenti. Nel corso dei secoli la Russia ha elaborato un meccanismo di coesistenza di religioni e culture differenti, le quali condividono gli stessi valori civili, ma conservano la propria particolarità religiosa»⁴⁹.

9. Conclusioni

L’anno 2012 segna una svolta significativa per la Russia, con la rielezione di Putin a Presidente e con un vero e proprio giro di vite in senso autoritario nella politica dopo le proteste di piazza del 2011.

Il 12 settembre 2012, Vladimir Putin, rivolgendosi ai giovani di Krasnodar, aveva affermato:

«Noi dobbiamo costruire il nostro futuro su un solido pilastro. E questo pilastro è il patriottismo [...]. È il rispetto verso la nostra storia e le nostre tradizioni, verso i valori spirituali delle nostre genti, verso la nostra cultura millenaria e l’esperienza unica della coesistenza di centinaia di popoli e di lingue sul territorio della Russia»⁵⁰.

Durante la campagna per le elezioni presidenziali del 2012, i discorsi di Putin s’ispirarono chiaramente agli opuscoli di propaganda di V. Lepechin, membro del *Club Zinov’ev* e promotore della Russia come “Stato-civiltà”⁵¹. Il concetto di “Stato-civiltà” sostituisce, ampliandolo, quello di “democrazia sovrana”, acquisendo un significato chiave nel pensiero nazionale russo come ideologema di base. La Russia è uno “Stato-civiltà, che non oscura la cultura, le tradizioni, la religione e i sacri valori della famiglia del popolo russo, la cui missione è diversa da quella della civiltà occidentale, secolarizzata, aperta al globalismo, al

⁴⁸ M. De Bonis, O. Moscatelli, *Non tutte le Russie sono di Putin*, in *Limes*, No. 5, 2020, p. 46.

⁴⁹ A. Roccucci, *L’ortodossia cemento delle Russie*, cit., pp. 93-94.

⁵⁰ *Graždanskoe i patriotičeskoe vospitanie* [Educazione civica e patriottica], in *OmGMU*, <http://omsk-osma.ru/vneuchebnaya-i-social-naya-rabota/grazhdanskoe-i-patrioticheskoe-vospitanie>.

⁵¹ V.A. Lepechin, V.JU. Bel’skij, S.A. Beljakov, e altri, *Civilizacija aktivov: koncept programmy civilizacionnyh preobrazovanij dlja prezidenta Rossijskoj Federacii* [La civiltà degli attivisti: un concetto del programma di trasformazione della civiltà per il Presidente della Federazione Russa], Nauka, Moskva, 2012; V.A. Lepechin, V.JU. Bel’skij, S.A. Beljakov, e altri, *Ot “novoj Rossii” k evrazijskoj civilizacii* [Dalla “nuova Russia” alla civiltà eurasiatica], M., Nauka, 2012.

multiculturalismo, ad ogni forma di variante dello stilema eterosessuale, all'individualismo e al materialismo consumistico, ecc.⁵².

In un suo intervento al *Club Valdaj* (19 settembre 2013), Putin aveva sostenuto: «Proprio dal modello di Stato-civiltà derivano le particolarità del nostro assetto statale»⁵³. Questa è, tuttora, una frase ricorrente nei discorsi del Presidente, il cui contenuto indica una svolta sempre più netta verso un'idea di Stato e di politica. Un'idea incoraggiata dal Patriarca di Mosca Kirill, il quale in un discorso tenuto il 31 ottobre 2013 al XVII Consiglio mondiale del popolo russo aveva affermato che «La Russia è uno Stato-civiltà, con il suo proprio corredo di valori, le sue leggi di sviluppo sociale, il suo modello di società e di Stato, il suo sistema di coordinate storiche e spirituali»⁵⁴.

Il concetto russo di Stato-civiltà si nutre di più contributi di pensiero. Attinge al conservatorismo del filosofo cristiano esistenzialista Nikolaj Berdjaev (discepolo di Dostoevskij), che è uno dei riferimenti canonici della cultura putiniana. Putin nel suo discorso di fine anno all'Assemblea Federale del 2013, aveva dichiarato:

«Sappiamo che ci sono sempre più persone nel mondo che sostengono la nostra posizione in difesa dei valori tradizionali; alla base del fondamento spirituale e morale della civiltà, in ogni nazione e per migliaia di anni, ci sono i valori delle famiglie tradizionali, della vera vita umana – compresa la vita religiosa – l'esistenza materiale ma anche la spiritualità. Naturalmente questa è una posizione conservatrice. Ma parlando con le parole di Nikolaj Berdjaev, l'ottica del conservatorismo non impedisce il movimento in avanti verso l'alto, ma impedisce il movimento all'indietro verso il basso, nell'oscurità caotica, e un ritorno a uno stato primitivo»⁵⁵.

Attinge, inoltre, alla tradizione del pensiero religioso russo del filosofo Ivan Il'in, così come al rinascimento spirituale di inizio Novecento del poeta, critico letterario e filosofo, Vladimir Solov'ëv. Nel gennaio 2014 i governatori regionali, i principali funzionari del Governo e i dirigenti del partito *Edinaja Rossija* avevano ricevuto dall'Amministrazione presidenziale (come speciale regalo di Capodanno)

⁵² V. Lepehin, *L'Occidente vede nella Russia un nemico perché ha dei valori "sbagliati"*, in *Zinoviev Club*, 18.03.2016, <http://it.zinovievclub.com/main/20160318/19983.html>. Cfr. anche: V. Lepechin, *Čem konkretno ruskije ljudi otličajutsja ot evropejcev* [In che cosa concretamente i russi si differenziano dagli europei], in *RIA Novosti*, 30.04.2015, https://ria.ru/zinoviev_club/20150430/1061874906.html.

⁵³ *Vystuplenie Vladimira Putina na zasedanii kluba "Valdaj"* [Intervento di Vladimir Putin alla riunione del club "Valdaj"], in *Rossijskaja gazeta*, online, 19.09.2013, <https://rg.ru/2013/09/19/stenogramma-site.html>.

⁵⁴ *Vystuplenie Svjatejšego Patriarcha Kirilla na otkrytii XVII Vsemirnogo russkogo narodnogo sobora* [Intervento di Sua Santità il Patriarca Kirill all'apertura del XVII Consiglio mondiale del popolo russo], in *Russkaja Pravoslavnaja Cerkov'*, 31.10.2013, <http://www.patriarchia.ru/db/text/3334783.html>.

⁵⁵ *Poslanie prezidenta RF Vladimira Putina Federal'nomu Sobraniju* (12 dicembre 2013) [Discorso del presidente della Federazione Russa Vladimir Putin all'Assemblea Federale], in *Konsul'tantPljus*, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_155646/.

le opere di questi tre grandi pensatori russi: *I nostri compiti* di Il'in, la *Filosofia della disegualianza* di Berdjaev e la *Giustificazione del Bene* di Solov'ëv (primo volume di una trilogia incompiuta)⁵⁶. In queste opere, la tradizione russa è sviluppata nelle sue linee essenziali: idealismo tedesco, panslavismo, cristianità ortodossa.

Dopo la riunificazione della Crimea alla Russia (marzo 2014), il concetto di “Stato-civiltà” ha assunto sempre più l'aspetto di “ideologia della civiltà russa-panrussa”, intesa come civilizzazione culturale-geografica, sovra-etnica⁵⁷. Alla base di questa ideologia vi è l'esperienza storica, socio-culturale e di diverso tipo che appartiene all'antica Rus' e alla Russia, connessa alla priorità di un'elevata spiritualità e al disprezzo per il “vitello d'oro”. Vi è chiaramente in essa una buona dose di immaginazione, che richiama il mito di “Mosca terza Roma”, con l'invito (rivolto ai “veri” russi) a non abiurare la vera fede, a non cedere alle mode occidentali, a non minare l'unità dello Stato, per non ripetere gli errori della seconda Roma (Bisanzio). È, in buona sostanza, la lettura della Russia contemporanea attraverso il prisma della vicenda bizantina, da cui la Russia deve ereditare come insegnamento quello di seguire un proprio percorso di civiltà e di non rincorrere il paradigma occidentale⁵⁸. L'approccio di civiltà (*civilizacionnyj podchod*), nella

⁵⁶ Per chi è interessato a questo tema, suggerisco la lettura di: E. Šuman, *Franzuskij filosof: Čto tvoritsja v golove u Vladimira Putina* [Il filosofo francese: Cosa sta succedendo nella testa di Vladimir Putin], in *DW.com*, 14.06.2016, <https://www.dw.com/ru/французский-философ-что-творится-в-голове-у-владимира-путина/a-19319607>; M. Široki, *Idejnye istočniki Vladimira Putina, i kuda on klonit* [Le fonti ideologiche di Vladimir Putin, e dove vuole arrivare], in *InoSMI.ru*, 17.05.2016, <https://inosmi.ru/social/20160517/236549241.html>; P.R. Grenier, *Distorting Putin's Favorite Philosophers*, in *Consortium News*, online, 27.03.2015, <https://consortiumnews.com/2015/03/27/distorting-putins-favorite-philosophers/>; P. Robinson, *Putin's philosopher*, in *Irrussianity*, 22.12.2014, <https://irussianity.wordpress.com/2014/12/22/putins-philosopher/>; A. Barbashin, H. Thoburn, *Putin's Brain. Alexander Dugin and the Philosophy Behind Putin's Invasion of Crimea*, in *Foreign Affairs*, online, 31.03.2014, <https://www.foreignaffairs.com/articles/russia-fsu/2014-03-31/putins-brain>; P. Robinson, *The Putin Book Club*, in *CÉPI*, 03.04.2014, <https://www.cepicps.ca/2014/04/03/the-putin-book-club-2/>; M. El'čaninov, “*V golove Vladimira Putina* [Nella testa di Vladimir Putin], in *Geđmep*, online, 16.06.2014, <http://gefter.ru/archive/12530>.

⁵⁷ Si propone di ricomprendere sotto la definizione di civiltà russa-panrussa: tutti i cittadini della Federazione Russa, indipendentemente dalla nazionalità, dal credo religioso e dal luogo in cui vivono; tutti i russi e i russofoni, indipendentemente dal luogo in cui vivono e dalla loro cittadinanza; lo spazio della Federazione Russa e degli altri paesi alleati della Russia, i cui cittadini condividono gli obiettivi e i valori di civiltà della Russia e dei russi e desiderano esprimersi in russo e unirsi alla cultura russa.

⁵⁸ La “lezione di Bisanzio” aveva acceso una discussione serrata, portando alla grande frattura tra slavofili (interpreti di una visione neo-conservatrice e russa del futuro del paese) e occidentalisti (sostenitori di idee liberali e filooccidentali), tra fautori del modello europeo e di quello asiatico. Tichon Ševkunov, abate del monastero Sretenskij di Mosca (e padre spirituale del Presidente Putin), è il teorico attuale della “terza Roma in Russia”, suggestiva riproposizione storica secondo cui Bisanzio sarebbe crollata in mano ai musulmani per la corruzione e il tradimento dell'Occidente e, quindi, il suo spirito sarebbe rinato nella Russia ortodossa. Cfr. *The fall of an empire - the Lesson of Byzantium (full documentary)*, <https://www.youtube.com/watch?v=AlWYRnB0C0o>. Cfr. anche: *La lezione di Bisanzio*, in *Limes*, No. 1, 2008, pp. 57-58; A. Tikhon, *Everyday Saints and Other Stories*,

prospettiva eurasiatica, rifiuta l'idea del valore assoluto della civiltà occidentale e propone una visione pluralistica della storia umana e una visione multipolare delle relazioni internazionali.

Il Club di Izborsk è il *think-tank* moscovita⁵⁹, con una certa influenza sul Cremlino, che propugna questo approccio di civiltà, il quale incorpora anche l'idea della costruzione di un Impero eurasiatico che si estenda da Lisbona a Vladivostok in un unico grande spazio strategico, secondo lo schema della “Grand Europe” di Jean Thiriart⁶⁰; dunque, affermazione dello Stato forte e assolutista non solo sul piano giuridico-politico, ma anche su quello geo-politico. Aleksandr Dugin, teorico della “Quarta Teoria Politica” e membro permanente del Club di Izborsk, riprende ricorrentemente nei suoi discorsi temi quali Terra e Mare (titolo di un famoso scritto di Schmitt). Uno dei suoi lavori più importanti *I fondamenti della geopolitica* (1997)⁶¹ richiama proprio da vicino le idee del giurista e filosofo politico Carl Schmitt. La spazialità è una dimensione imprescindibile per la politica (Carl Schmitt), che per la Russia significa capacità di tutelare la propria area di influenza nello spazio ex sovietico. La spazialità, intesa come paradigma di sicurezza di carattere territoriale, ben si accosta alla difesa del principio di sovranità a livello internazionale⁶². E sebbene non si possa riconoscere a Dugin il ruolo di ideologo del Presidente (Putin ha sempre enfatizzato il suo approccio pragmatico, scevro da ideologie, in politica estera), quest'ultimo gode oggi della stima e considerazione di una cerchia di politici molto vicini al Presidente, soprattutto dopo gli eventi in Ucraina (con l'annessione della Crimea alla Russia), tale da essersi accreditato il titolo di “eminenza grigia” della politica estera del Cremlino.

Il codice di civiltà russa (inteso anche come paradigma geopolitico) si prefigge l'obiettivo di rappresentare la nuova strategia di sviluppo della Federazione Russa, deputata a diventare negli anni a venire il *leitmotiv* della politica interna ed estera della *leadership* russa. Una strategia che rivendica pure una visione messianica sintetizzabile nella «formulazione ideologica “La Russia è come l'Arca di Noè”». Una formulazione considerata oggi dai vertici dell'*élite* politica come una tendenza

Pokrov Publications, 2012 (translated by Julian Henry Lowenfeld); *Ras-Putin il fantasma bizantino*, in *La Stampa*, online, 25.03.2008, <https://www.lastampa.it/cultura/2008/03/25/news/ras-putin-il-fantasma-bizantino-1.37110635>.

⁵⁹ Membri permanenti di questo Club sono anche l'archimandrita Tichon, il filosofo della destra radicale, Aleksandr Dugin, e l'attuale stretto consigliere personale del Presidente sulle questioni dell'integrazione eurasiatica, Sergej Glaz'ev, noto tra le altre cose per aver scritto il libro *Genocid. Rossija i novyj mirovoj porjadok* [Genocidio: la Russia e il Nuovo Ordine Mondiale], Astra sem', Moskva, 1997, in cui imputa la caduta del tasso di natalità non solo al collasso economico della Russia negli anni Novanta, ma anche ai fautori delle politiche familiari dell'Occidente dissoluto, il cui scopo era mettere in ginocchio la Russia.

⁶⁰ Cfr. Y. Sauveur, *Jean Thiriart e la “Grande Europe”*, in *Eurasia* online, 24.09.2019, <https://www.eurasia-rivista.com/jean-thiriart-e-la-grande-europe/>.

⁶¹ A. Dugin, *Osnovy geopolitiki* [I fondamenti della geopolitica], Arktogeja, Moskva, 1997.

⁶² A. Roccucci, “Democrazia sovrana” e soggettività geopolitica. *Il dibattito sulla sovranità in Russia nel primo decennio del XXI secolo*, in *Parole-Chiave*, Vol. 1, 2020, p. 173.

importante»⁶³, e che per i suoi paladini meritava di essere inclusa come un punto fondamentale nella Costituzione da riformare⁶⁴.

La cultura politica istituzionale del paese è condizionata da un passato profondo e da tendenze che oscillano tra statalismo (controllo e partecipazione statale nei settori strategici dell'economia) e privatizzazione su larga scala di distinti settori dell'intera economia e tra modernizzazione e tradizione, dove il primo termine rimanda non solo ai “progetti spaziali dell'agenzia Roskosmos”, ma anche a un progressismo sociale, inteso come estensione sul vasto territorio russo dei diritti sociali e dei servizi resi dallo Stato (erede dell'esperienza del socialismo sovietico), mentre il secondo pone l'accento su una Russia “non arretrata”, che non difende nostalgicamente il passato, essendo certamente “protettrice dei valori tradizionali ma nell'ambito dello sviluppo innovativo contemporaneo”. Vale, tuttavia, la pena osservare come la modernità venga in questo modo confinata entro una dimensione monca, in cui sia, appunto, possibile, affermare la “validità dei valori eterni”.

La “nuova” Costituzione russa non è altro che la più alta manifestazione di un *mix* complesso di fattori e tendenze, maturato gradualmente nell'arco del ventennio putiniano, dove, tuttavia, gli elementi di discontinuità presenti non alterano “totalmente” lo spirito generale dell'impianto originario del 1993⁶⁵, sicché parlare di cambiamento di paradigma risulta del tutto inappropriato. Ciò che, invece, risulta segnatamente nuovo, è proprio la singolare combinazione dei principi contenuti nella Costituzione basata sul primato della democrazia sovrana e sull'affermazione di un set di valori “anti-occidentali”, che formano la sostanza immanente del codice di civiltà della Russia odierna.

⁶³ V. Polovinko, A. Torop, D. Kozlova, *Proizošlo nepoprazimoe. Storonniki teorii zagovora Zapada protiv Rossii tože rešili menjat' Konstituciju* [Qualcosa di irreparabile è successo. Anche i teorici della cospirazione dell'Occidente contro la Russia hanno deciso di cambiare la Costituzione], in: *Novaja gazeta*, online, 20.02.2020, <https://novyagazeta.ru/articles/2020/02/20/84013-kazhdoy-pravki-po-pare>.

⁶⁴ *Ibidem*. Queste riflessioni erano emerse nel corso del dibattito sulla riforma della Costituzione.

⁶⁵ Cfr. A. Di Gregorio, *Putin's Constitutional Reform and the Consolidation of Authoritarianism: A Need for Stability in a Time of Heavy World Transformation*, in *Osservatorio NAD*, 13.03.2020, <http://nad.unimi.it/putins-constitutional-reform-and-the-consolidation-of-authoritarianism-a-need-for-stability-in-a-time-of-heavy-world-transformation/>.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



The Promotion of Sustainable Development in the EU's 'New Generation' Free Trade Agreements and its Impact on Third Countries

A. Beltrame de Moura

N. Posenato

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

The Promotion of Sustainable Development in the EU's 'New Generation' Free Trade Agreements and its Impact on Third Countries

Aline Beltrame de Moura^{*}
Naiara Posenato^{**}

Abstract

This paper aims to analyse how the so-called 'new generation' European Union trade agreements can impact sustainable development policy of third countries, verifying whether such agreements are endowed with effective instruments that guarantee the implementation of the international commitments assumed with the aim to improve environmental and labour standards. In this sense, the presence of a specific dispute resolution instrument for the chapter on "Trade and Sustainable Development", distinct from the one provided for the commercial part, on one hand highlights the relevance of the differentiated treatment granted to such issues. On the other hand, it also denotes the fragility of a system based solely on cooperation, which does not provide for the direct imposition of any type of sanction. Given this scenario, the purpose of this study is to reflect on the limitations and potential of 'new generation' trade agreements concerning the promotion of sustainable development in third countries and the possible ways to overcome the challenges inherent in building an economical sustainable society.

Keywords: Sustainable Development – Free Trade Agreement – European Union – Third Countries.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. New Generation of Free Trade Agreements and the Promotion of Sustainable Development. 3. Trade and Sustainable Development. 4. Dispute Resolution.

1. Introduction

^{*} Professor of Private International Law and European Union Law at the Federal University of Santa Catarina (UFSC). Coordinator of the Center of Research in Private International Law UFSC/CNPq and of the Jean Monnet Network "Bridge Project" and the Jean Monnet Module UFSC. This research was developed with the financial support of the CAPES-PriNT/UFSC Project. The essay was submitted to double blind peer-review.

^{**} Aggregate Professor of Comparative Law at University of Milan. Co-coordinator of the Latin American Center of European Studies (Laces-UFSC/BR). The essay was submitted to double blind peer-review.

The EU trade policy was significantly reshaped with the Treaty of Lisbon in 2007, guided by much broader objectives than the mere progressive abolition of the trade and investment restrictions. Although the EU has combined economic interests, political values, and other norms in its external relations, it has not indicated any priority among these objectives. The architecture of the EU's new external action creates the legal basis that enables the coordination of the Common Commercial Policy with other foreign policies, as well as pursuing non-commercial objectives through trade¹.

The Lisbon Treaty clarifies the division of powers amongst the EU and the Union Member States and the Art. 3 (e) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provides the exclusive competence of the EU to legislate over the Common Commercial Policy. It means that it is the EU, and not the Member States, that legislates over trade matters and concludes international trade agreements, except for agreements covering mixed responsibility issues, that can be concluded by the Council only after all Member States ratified it².

In the field of international trade agreements, the first issue elaborated by the European Court of Justice (ECJ) through advisory opinion procedure concerns the nature and division of EU competence. In the Opinion no. 1/94³, the CJEU favoured the Communities' possibility to sign international trade agreements annexed to the World Trade Organization (WTO) constitutive agreements. Further on, Opinion no. 2/15⁴ holds great importance as it defines the EU's exclusive competence over international trade matters, following the extended new definition provided by the 2007 Treaty of Lisbon on the common commercial policy. The issue was first raised in light of the EU-Singapore Free Trade Agreement⁵, being then submitted to analysis of the CJEU.

Indeed, the Treaty of Lisbon introduced a series of significant changes in the EU foreign policy, preserving many of the changes previously proposed by the unsuccessful Treaty that aimed to establish a European Constitution in 2004⁶. Amongst those, the Council's decision-making process reform and the enlargement of powers of the European Parliament regarding the conclusion of international trade agreements.

¹ S. Gstöhl, D. Hanf, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context*, in *European Law Journal*, Vol. 20 No. 6, 2014, p. 736.

² For encompassing matters beyond the trade of industrial goods, the "new generation" FTAs are generally defined as mixed agreements. For a more detailed analysis of this typology, see: C. Hillion, P. Koutrakos (eds.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, Hart Publishing, London, 2010.

³ CJEU, Opinion No. 1/94 according to art. 228 (6) of the CE Treaty "Competence of the Community to negotiate international agreements in matters of services and intellectual property protection", 15 November 1994.

⁴ CJEU, Opinion No. 2/15, according to art. 218 (11), CJEU "European Union-Singapore Free Trade Agreement – 'new generation' Agreement negotiated after the entry into force of the EU and FEU Treaties – Competence to negotiate agreements", 16 May 2017.

⁵ T. Von Danwitz, *Les accords externes de l'Union Européenne en matière commerciale et la contribution de la Cour de Justice (Les dossiers européens: actualités)*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, No. 2, 2018, p. 204.

⁶ M. Cremona, *The Draft Constitution Treaty: External Relations and External Action*, in *Common Market Law Review*, Vol. 40 No. 6, 2003, pp. 1347-1366; S. Kurpas, *The Treaty of Lisbon - How much 'Constitution' is left? An Overview of the Main Changes*, in *CEPS Policy Brief*, No. 147, 2007, pp. 1-9.

The general procedure for the EU to adopt international agreements, including those of commercial nature, is provided by article 218 of the TFEU. It is one of the provisions whose physiognomy was most altered since the European Communities' creation in the 1950s. Suffice to say that in 1957, article 228 of the then TCEE comprised only two subparagraphs, whereas nowadays, it has eleven. This alteration made it possible to introduce substantial changes that, to a large extent, recognized the practice of the Community institutions and the consolidated jurisprudence of the CJEU⁷. Regarding trade agreements, the aforementioned provision approximates the procedures for concluding trade agreements to those adopted in the general procedure⁸, following the path previously proposed in the constitutional treaty.

The prominent role of trade agreements lies precisely in the fact that it is through them that the EU manages its trade relations with third countries, being then designed to create better trade opportunities and overcome related barriers. Free Trade Agreements (FTAs) are often used as an indispensable economic tool by the EU in the internal market and are essential to its external policy. Yet, these are not the only instruments the European integration process disposes of in international trade⁹. There are also Association Agreements¹⁰, Partnership and Cooperation Agreements¹¹, Economic Partnership Agreements that support the development of trade partners in African, Caribbean, and Pacific States¹², as well as other bilateral instruments¹³ that vary according to its content.

The impact of these agreements to its signatories is verified through significant numbers extracted from the already existing commercial relations and their effects in other affected areas, such as the generation of jobs. According to the latest Commission Report on Implementation of Free Trade Agreements for 2018¹⁴, 39% of the EU trade in goods with third countries is covered by preferential trade agreements, including those with Japan, Singapore, and Vietnam. If the EU-Mercosur¹⁵ political agreement, announced on June 28, 2019, was also considered, this figure would increase to 41%. The EU trading partners make proper use of the preferences, reaching an average usage rate of 87%. Besides, a study¹⁶ found that 36 million jobs in the EU rely on exports to third

⁷ M. Cienfuegos Mateo, *Los procedimientos de celebración de acuerdos Internacionales por la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, JM Bosch editor, Barcelona, 2017, p. 35.

⁸ *Idem*, p. 149.

⁹ A. Van Waeyenberge, P. Pecho, *Free Trade Agreements after the Treaty of Lisbon in the Light of the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *European Law Journal*, Vol. 20 No. 6, 2014, p. 750.

¹⁰ Agreements with Greece in 1961 and with Turkey in 1963.

¹¹ Agreement with Russia in 1994. Besides Russia, the EU concluded seven other agreements of Partnership and Cooperation or agreements of an enhanced partnership with non-EU member States: Armenia, Azerbaijan, Kazakhstan, Kirgizstan, Uzbekistan, and Turkmenistan. For an updated list of the Agreements with Russia, Transcaucasia, and Central Asia, see: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r17002>.

¹² The Yaoundré Convention of 1963, providing cooperation with 18 African States.

¹³ Agreement with Switzerland in 1999 for the free movement of people.

¹⁴ *Report of the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Regions Committee on the application of free trade agreements*, 1st of January 2018 – 31st of December 2018 [SWD (2019) 370 final], published on 14 October 2019, p. 4 and p. 7.

¹⁵ On the impact of commercial relationships of the EU and Mercosur, and specially for Brazil, see: A.B. de Moura, *O impacto do Acordo Mercosul-União Europeia para o Brasil*, in *Revista Consultor Jurídico*, julho-2019, available at: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-03/aline-moura-impacto-acordo-mercosul-ue-brasil>.

¹⁶ EU Exports to the world and its effects on labor. Available at:

countries and that jobs related to this type of export increased by 66% between 2000 and 2017.

Considering this data, it appears that there is a high rate of preferential trade agreements use by exporters, a fact that has a major impact on the EU economy, and this application stems from the Common Commercial Policy adopted with the Lisbon Treaty, which redefined several of its parameters. To better understand the legal and political effects of ‘new generation’ free trade agreements on relations with third countries and its objective of promoting the EU non-economic values, this paper will then present an in-depth analysis of this issue.

2. New Generation of Free Trade Agreements and the Promotion of Sustainable Development

The so-called ‘new generation’ agreements are regional agreements established by numerous States, which are not necessarily neighbouring countries in the geographical meaning but have some similarities regarding economic policies¹⁷. The will of the European Union to bolster such initiative was officially presented in the statement “Global Europe: Competing in the world”¹⁸ in 2006. On its basis, one of the main objectives of the Commission was to surmount the stagnated multilateral negotiations amongst WTO countries and focus on the defence and competitiveness of their own enterprises¹⁹.

The commercial strategy “Global Europe” ended the 1999 “Lamy Doctrine”, which had levied a moratorium over new free trade bilateral agreements, favouring the multilateral commercial round. The new strategy aimed at enduring the EU competitiveness by opening its market to emerging ones, signing free trade agreements, assuring that «the fundamental economic criteria for the new FTA must be their market potential (size and economic growth) and the level of protection against EU interest in exporting matters (custom law and technical barriers) ». Amongst potential partners, the Commission indicated the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)²⁰, Southern Common Market (Mercosur)²¹, Gulf Cooperation Council (GCC)²², South Korea, India, Russia, and China²³.

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157516.pdf.

¹⁷ M.R. Calamita, *La clausola ISDS negli accordi commerciali di ultima generazione dell’Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, No. 2, 2017, p. 311.

¹⁸ *Communication from the Commission of 6 December 2006 “Global Europe: Europe’s trade defense instruments in a changing global economy - A Green Paper for public consultation”*, COM (2006) 763 final.

¹⁹ M.R. Calamita, *La clausola*, cit., p. 312.

²⁰ ASEAN was created on August 8th, 1967. It is a regional integration organization aimed at promoting economic development and political stability in the region. Currently, its members are Brunei Darussalam, Cambodia, Singapore, Philippines, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar (Burma), Thailand, and Vietnam.

²¹ It is a regional integration organization created on March 26th, 1991, and it comprises Brazil, Argentine, Uruguay, and Paraguay.

²² Founded on May 25th, 1981, the GCC is an economic integration organization that unites the Gulf States like Oman, United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, Bahrain, and Kuwait.

²³ European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Social and Economic Committee and the Committee of the Regions, Global Europe:*

The multilateral agenda based on WTO works/projects was indeed the focus of European trade policy from 1999 to the middle 2000s. However, the evolution of the international economy, the positioning of some of its main rivals, the emergence of new commercial powers from emerging markets, and the disappointment with the Doha Round situation triggered political shifting in some EU preferential trade agreements²⁴.

The EU free trade agreement policies and its objectives established in “Global Europe” 2006 were later confirmed by the “Trade, Growth and World Affairs” Communiqué in 2010²⁵. This document prescribes a significant liberalization of goods and services, including investments, and rolls out numerous rules envisaging a better application of norms and international standards, such as those from WTO²⁶. The Commission presents significant changes in its positioning, mainly because it conceives a noteworthy place for regional and bilateral trade agreements, fostering a focus shifting that was before traditionally exclusive for multilateral agreements²⁷.

In addition to that, with an eye on one of the EU goals of achieving a role consistent with its economic power to lead foreign affairs and global governance, the Commission also emphasizes that it is necessary to foster specific commercial arrangements and promote human rights, environmental protection, and labour rights, as well as good governance, including fiscal matters²⁸.

In 2017, the European Commission published a slew of proposals, recommendations, and political documents to announce the debut of a new era for the EU trade policies. The Commission carries out an account of the Commercial and Investment Strategy entitled “Commerce for all”²⁹ from 2015. It strengthens the EU position in the ‘global value chain’, responds to the CJEU Advisory decision No. 02/2015 on Free Trade Agreement with Singapore, as well as regulates the imbalance between the values and interests that the EU must espouse and bolster in its commercial relations with the world³⁰.

The EU Common Trade Policy’s lynchpin lingers exactly on the promotion of non-economic values, which one can encounter in the ‘new generation’ agreements. The mention of the EU foreign affairs in article 3 (5) of the Treaty on EU (TEU) contains a special reference to commerce and sustainable development. Putting aside some commitments such as peace promotion, security, human rights protection, solidarity, and

Competing in the World: A Contribution to the EU’s Growth and Jobs Strategy, COM (2006) 567 final, p. 10.

²⁴ S. Woolcock, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s: A Reorientation towards Commercial Aims*, in *European Law Journal*, Vol. 20 No. 6, 2014, pp. 720-722.

²⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 9 November 2010 “Trade, Growth and World Affairs – Trade Policy as a core component of the EU’s 2020 strategy” COM (2010) 612 final.

²⁶ S. Woolcock, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s*, cit., p. 723.

²⁷ A. Antimiani, L. Salvatici, *Regionalism versus Multilateralism: the case of the European Union Trade Policy*, in *Journal of World Trade*, Vol. 49 No. 2, 2015, p. 256.

²⁸ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 9 November 2010 “Trade, Growth and World Affairs - Trade Policy as a core component of the EU’s 2020 strategy”*, COM (2010) 612 final, pp. 17-18.

²⁹ G. Adinolfi, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell’ambiente nella politica commerciale dell’Unione europea*, in *Rivista Eurojus*, May 2017. Available at: <http://rivista.eurojus.it/allaricerca-di-un-equilibrio-tra-interessi-economici-e-tutela-dellambiente-nella-politica-commerciale-dellunione-europea/>.

³⁰ *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, 2018, p. 373.

mutual respect amongst peoples, it is possible to see the emergence of the objectives of fostering «free and equitable trade» and the «development of a sustainable planet», which become «a component piece in the common trade policy» according to the CJEU³¹.

This rule is similar to article 21 of the Treaty on EU, which includes sustainable development to the goals of the EU foreign affairs, and to its paragraph (2), letters *d*, *e*, and *f*, that makes express reference to the promotion of sustainable development in economic, social and environmental plans of developing countries. These rules also refer to underpinning integration of all countries to the world economy by progressively eliminating obstacles to international commerce; and to the contribution for the development of international measures in order to preserve and enhance the quality of the environment and sustainable management of natural resources in global scale, with the purpose to ensure sustainable development. In ties with that are articles 9 and 11 TEU, which require social and environmental protection in all policies and activities of the EU «with the purpose to foster sustainable development».

According to the EU Parliament in its observation on the authorization of trade negotiations with Singapore, the goal is by all odds the promotion of ‘new generation’ agreements. That means an agreement that comprises beyond the classical elements of this kind of agreement, such as reducing tariff and non-tariff obstacles to the trade of goods and services, «other relevant aspects, even essential ones, to trade»³².

Certainly, the EU common trade policy and the ‘new generation’ free trade agreements nowadays are inserted in a critical conjecture. Pursuing issues, such as ‘mundialization’, the challenge of *Brexit*, and the US new trade strategy, the CJEU has also contributed to clarifying some matters. It always guides itself by acknowledging the importance of such treaties to the EU to achieve economic growth and prosperity and allow a crucial regulation of various economic, social, and political interests existing in the EU through legal instruments³³.

Indeed, the CJEU’s decisions point out some non-commercial matters that can be discussed in an international agreement. Fundamental rights can also be foreseen in trade and investment agreements, as stated in the CJEU Advisory Opinion No. 01/17³⁴ by demand of Belgium on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada, concerning the EU Charter of Fundamental Rights and freedom of enterprise, property rights, and social rights³⁵.

Regarding the Sustainable Development Goals, the already mentioned CJEU Advisory Opinion No. 02/15 ruled that the social protection of labour and environmental protection are part of the EU Common Trade Policies³⁶. Therefore, beyond the classical elements of trade agreements, such as reducing tariffs and non-tariff barriers levied upon goods and services, the ‘new generation’ agreements include rules deemed relevant under other aspects, which are essential for commercial exchange³⁷.

³¹ CJEU, *Advisory Opinion* No. 02/15, para. 147.

³² CJEU, *Advisory Opinion* No. 02/15, para. 140.

³³ T. Von Danwitz, *Les accords externs de l’Union Européenne*, cit., p. 203.

³⁴ CJEU, *Advisory Opinion* from Oct. 13th, 2017.

³⁵ T. Von Danwitz, *Les accords externs de l’Union Européenne*, cit., p. 203.

³⁶ CJEU, *Advisory Opinion* No. 02/15, para. 147.

³⁷ T. Von Danwitz, *Les accords externs de l’Union Européenne*, cit., p. 204.

Regarding that, the EU makes use of FTA's in order to emphasize international standards in areas of deeper integration, with the aim to warrant that the rules developed in the main markets of its partners be consistent with EU standards. Hence, these agreements have two particular aspects that merit attention. On the one hand, they envisage to a certain extent the 'export' of EU fundamental values to EU's partners, thus enhancing the constitutional rights of non-EU citizens. On the other hand, they provoke internal impacts, for protecting their own citizens by establishing criteria as a precondition to more ambitious trade liberalization³⁸.

The adoption of this new EU trade policy reflects on third countries and can spur positive and negative impacts. Although it may sound positive that the EU stimulates its partners to ratify the UN or the International Labour Organization (ILO) conventions and engage in domestic civil society organizations, it also imposes a commercial agenda, especially on economically and politically weaker countries, which interferes in many domestic issues. Therefore, EU trade policy generally became more responsible, yet not necessarily more liberal³⁹.

In this path, it is relevant to those willing to export and sell within the EU territory to observe European regulations' strictness on labour and environmental protection. Even for those that belong/come from third countries, products must be in accordance with the EU rules, such as Directive (EU) No. 2019/904 on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment, which will enter into force in July 2021 and impose stiff conditions for the movement of goods, including those imported from third countries. The legal basis for these obligations can be found in the "Trade and Sustainable Development" (TSD) Chapter, featured in all EU trade agreements of the 'new generation', which will be discussed further.

3. Trade and Sustainable Development

The "Trade and Sustainable Development" (TSD) chapters in EU trade agreements, which are typical for the 'new generation' ones, represent an endeavour to integrate social and environmental aspects to the trade policy goals. This chapter has its own characteristics and encompasses three matters: i) commitments to implement key ILO conventions and multilateral environmental agreements; ii) commitments to not reduce labour and environmental standards, in order to improve trade and attract investments (non-regression clause); and iii) obligations on sustainable management of natural resources, suppression of illegal commerce (e.g. threatened species) and cooperation by means of social responsibility of enterprises and ethical trading initiatives⁴⁰.

When implementing labour and environmental protection, the EU trade policy indicates a global approach of trade factors and sustainable development, which until then were conceived separately. Thus, economic, and social growth, as well as environmental protection, are understood as interdependent concepts and become part of sustainable

³⁸ S. Gstöhl, D. Hanf, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements*, cit., p. 735.

³⁹ *idem*, p. 748.

⁴⁰ *Editorial Comments*, cit., p. 384.

development, which support each other and contribute to the establishment of a welfare state for present and future generations⁴¹.

Hence, the TSD Chapter is not independent of the trade policy, meaning that it creates new and separate obligations; it is, in fact, a part of it, ensuring that «trade [between parties] occurs in respect to obligations from international conventions on matters like social and environmental protection, to which they are parties»⁴². Considering this trade policy, the CJEU binds fair trade to sustainable development, and the latter is defined based on specific multilateral conventions on the main labour rights and environmental protection.

The CJEU Advisory Opinion No. 02/2015 analysed the TSD Chapter, from the point of view of competence distribution and its legal fundamentals, clarifying the material concept of the EU trade policy. As presented by the Advocate-General⁴³, the CJEU could have declared that the obligations of this Chapter are merely accessories and punctual to the main relevant goals of the agreement or that they represent sufficiently independent obligations to demand a separate legal base. Instead, the Court chose to redefine the scope and objectives of the EU trade policy pursuant to general goals that guide all external action and to article 207(1) of the EUFT, meaning that the common trade policy is conducted «accordingly to» the principles and objectives of the Unions' external actions⁴⁴.

In this sense, the EU free trade agreements' content reveals their immediate trade objectives and includes strategic trade interests, which seek to entice rules from trade and international investment systems to guarantee that the EU set of rules be consistent with international tendencies⁴⁵.

Pursuant to the 'new generation' agreements, trade must foster sustainable development. Thus all involved countries must endeavour to bolster trade and economic influxes while ensuring dignifying labour and environmental protection, especially in order to stimulate: i) the development and use of voluntary regimes related to the sustainable production of goods and services, as well as enhanced voluntary activities on social issues by enterprises, some of which can be found in the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) guidelines for multinational corporations; ii) integration of sustainable issues in decisions related to consuming in public and private sectors; and iii) creation, establishment, maintenance or improvement of goals and rules of environmental performance⁴⁶.

According to what has been established by the UN Human Rights Charter, observance to democratic principles and human rights must guide the parties' domestic and international policies and is an essential element in the EU trade agreements; moreover, when they are not preceded by political and cooperation dialogue⁴⁷.

⁴¹ Art. 22.1 (1) from Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada from 2016.

⁴² CJEU, *Advisory Opinion* No. 02/15, para. 152.

⁴³ Conclusions of the General-Advocate Eleanor Sharpston, presented on 21 Dec. 2016.

⁴⁴ *Editorial Comments*, cit., p. 384

⁴⁵ S. Woolcock, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s*, cit., p. 724.

⁴⁶ Art. 22.3 (2), CETA.

⁴⁷ S. Woolcock, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s*, cit., p. 730. That was the case of the Agreement with Colombia and Peru, where art. 1 prescribes human rights without any Agreement

The way rights and obligations related to sustainable development appear and how they are inserted in those agreements are unique. In general, these commitments are connected to the parties' obligations to effectively apply certain multilateral treaties that have been negotiated by other international organizations, regarding labour rights and environmental protection, which create new obligations directly emerging from the trade agreement.

Therefore, either the agreements are generally related to other international commitments⁴⁸ or they mention specific international instrument⁴⁹, which may be thoroughly enumerated and also include the duty to ratify and apply environmental treaties that have already been signed by the parties⁵⁰.

By comparing the provisions on sustainable development in the EU 'new generation' agreements signed with its trade partners, one can see similarities and particular remarks, depending on the analyzed country.

The EU trade agreement with Colombia and Peru from 2012⁵¹, which Ecuador later joined in 2016⁵², establishes several particular provisions to the parties, in order to respect labour and environmental norms⁵³, including some items dedicated to «biological diversity», «trade in forest products», «trade in products» and «climate change»⁵⁴. Interestingly, it is the only agreement that mentions labour migration in the TSD Chapter. Under article 276, entitled «migrant workers», countries may seek «equality of treatment in respect of working conditions, to eliminate any discrimination in respect thereof to any workers, including migrant workers legally employed in their territories».

Further reference to migration in the 'new generation' agreement is only found in the FTA signed with Central America in 2012, with the following States: Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, and Panama. Although it is not allocated in the TSD chapter, migration issues are encompassed in a broader sense in the «Institutional framework» and «Social Development and Social Cohesion»⁵⁵. These chapters regulate the idea of migration by the movement of workers and the protection of refugees. Besides, it establishes the obligation to the parties to effectively implement eight ILO conventions and other eight treaties on environmental matters, that the Agreement thoroughly lists⁵⁶.

on Political Dialogue and Cooperation. In this case, there is no monitoring mechanism, thus the problem is addressed by the general trade committee.

⁴⁸ Art. 22.1 (3, c), CETA.

⁴⁹ Art. 13.5 (3) of the EU-Korea Agreement. It expressly mentions the UNFCCC, the Kyoto Protocol, and the Bali Plan of Action; arts. 267 (2, b), 269, and 270 of the EU-Colombia, Peru and Ecuador Agreement from 2012; arts. 285.1, 286, and 287 from the Agreement with Central America 2012; arts. 12.2, 12.3 and 12.6 of the EU-Singapore agreement 2019; arts. 16.3 (2) and 16.4 (4) of the EU-Japan agreement 2019; arts. 13.2, 13.4 and 13.5 of the EU-Vietnam agreement 2016.

⁵⁰ S. Gstöhl; D. Hanf, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements*, cit., p. 743.

⁵¹ Free Trade Agreement between EU and Colombia and Peru (JO L 354 de 21.12.2012).

⁵² Protocol of Accession of Ecuador to the EU-Colombia and Peru agreement (JO L 356 de 24.12.2016, pp. 3-1456).

⁵³ The art. 269 (3) of the EU-Colombia, Peru and Ecuador agreement prescribes that the main conventions of the ILO must be ratified and effectively implemented.

⁵⁴ Arts. 272-275 of the EU-Colombia, Peru and Ecuador agreement.

⁵⁵ Arts. 19-49 of the EU-Central America Agreement.

⁵⁶ Art. 286.2 prescribes the respect to the ILO Conventions No. 138, 182, 105, 29, 100, 111, 87, and 98.

Art. 287 establishes that parties shall commit to the following multilateral agreements: Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer from 1987, Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, Stockholm Convention on persistent

In addition to that, it includes two provisions related to «trade in forest products» and «trade in products»⁵⁷.

The 2012 agreement with Korea, the EU's first one with an Asian country, establishes the duty for the parties to implement ILO conventions already signed and to ratify those that have not yet been signed. On environmental matters, parties compromise to achieve the final goal of the United Nations Framework Convention of Climate Change and Kyoto Protocol, as well as to observe Bali Action Plan's guidelines⁵⁸. In this agreement, one cannot find specific provisions on certain areas of environmental protection, and there is only one generic provision on «trade favouring sustainable development»⁵⁹.

In the free trade agreement between EU and Singapore in 2019, parties commit to guarantee that trade would respect international convention obligations concerning labor and environmental protection matters, envisaging the effective implementation of the principles and rights therein⁶⁰, while referring to the ILO conventions ratified by the parties⁶¹ and to the UNFCCC goals and its Kyoto and Paris Protocols⁶². Besides, the agreement establishes specific provisions on «trade in timber and timber products» and «trade in fish products»⁶³.

Particularly, the agreement with Vietnam in 2020 makes clear that sustainable development goes on a pair with economic and social development and environmental protection, and that these three aspects «constitute three interdependent issues which underpin each other»⁶⁴. In respect to international duties, the parties stress their commitment to endeavour to ratify the main ILO Conventions that they have not ratified yet. In the environmental field, the TSD chapter states its own provisions to regulate matters on «climate change», «biological diversity», «sustainable management of forests and trade in forest products», «trade and sustainable management of living marine resources and aquaculture products», «trade and investment favouring sustainable development»⁶⁵, which include a myriad of international treaties to be duly observed by the parties.

The FTA with Japan mentions duties derived from ILO⁶⁶ and from international treaties on environmental matters, while similar to the Agreement with Vietnam, are rolled out on the following items: «trade and investment favouring sustainable development», «biological diversity», «sustainable forest management and trade in forest

organic pollutants, Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Convention on Biological Diversity, Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, UNFCCC Kyoto Protocol; and ratify until the date of entry into force of the FTA with the EU the Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade.

⁵⁷ Arts. 289 and 290 of the EU-Central America Agreement.

⁵⁸ Arts. 13.4 (3) and 13.4 (3) of the EU-Korea Agreement.

⁵⁹ Art. 13.6 of the EU-Korea Agreement.

⁶⁰ T. Von Danwitz, *Les accords externs de l'Union Européenne*, cit., p. 204.

⁶¹ Art. 12.3 of the EU-Singapore Agreement.

⁶² Art. 12.6 (3) of the EU-Singapore Agreement.

⁶³ Arts. 12.7 and 12.8 of the EU-Singapore Agreement.

⁶⁴ Art. 13.1.3 of the EU-Vietnam Agreement.

⁶⁵ Art. 13.6 of the EU-Vietnam Agreement.

⁶⁶ Art. 16.3 (2) of the EU-Japan Agreement.

products», «trade and sustainable management of living marine resources and aquaculture products»⁶⁷.

In a broader view, the FTA with Canada in 2017⁶⁸ states that the parties intend to endorse the application of the respective labour and environmental laws and respect international agreements on labour and environmental issues. Nonetheless, it does not impose any specific duty related to compliance with a specific international treaty as it is in the other trade agreements. Albeit apparently hasty, both issues are deeply regulated along two dedicated chapters entitled “Trade and Labour”, “Trade and Environment”, which follow the traditional chapter entitled “Trade and Sustainable Development”⁶⁹. By displacing labour and environmental provisions to specific chapters, negotiators point out a distinguished position compared to the other ‘new generation’ agreements. The TSD Chapter brings principles of sustainable development and prescribes, in a broader view, the guidelines that are better explained in the labour and trade chapters.

The FTA announced in 2019 between the EU and Mercosur, a Latin-American integration process involving Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay, is still being subjected to a legal and technical revision of its texts. The agreement signed with Mercosur is the most significant that the EU has ever negotiated, considering the economic point of view. Mercosur and the EU represent together 25% of the global GGP, equivalent to € 19 tri, and a market demand of 773 million people. The EU is currently the second major Mercosur’s partner, after China, and Mercosur is the 8th main extra regional partner of the EU. Pursuant to the European Commission data⁷⁰, the total amount of bi-regional trade in products and services was around € 122 bi in 2018. To make it feasible to comprehend, European enterprises will save more than € 4 bi per year in customs duties, which is four times bigger than the FTA signed with Japan in 2018⁷¹.

The Agreement with Mercosur also encompasses a TSD chapter, which prescribes commitments to international treaties on labour and environmental issues, as well as matters on «trade and climate change», «trade and biodiversity», «trade and sustainable forest management», «trade and sustainable management of living marine resources and aquaculture products», in which the Sustainable Development Goals of the UN 2030 Agenda are constantly mentioned.

The environmental issue has been a constant in critics from European governments and foreign institutions, majorly due to fires in the Amazon region and the Brazilian negligence towards the Paris Agreement⁷². A report prepared by the London School of Economics in July 2020⁷³ analysed more deeply the impact that the environmental issues

⁶⁷ Arts. 16.5-16.8 of the EU-Japan Agreement.

⁶⁸ Art. 22.1 (3, c) of the EU-CETA.

⁶⁹ Arts. 22,23 and 24 of the EU-CETA respectively.

⁷⁰ EU and Mercosur reach agreement on trade. Available at:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_3396?fbclid=IwAR3Be_1CVRoXUpPqq2xVdKCsC6F2B5ZBOHEF2MfZdqX7Rfryd-etNBELTg.

⁷¹ A. B. de Moura, *O impacto do Acordo Mercosul-União Europeia para o Brasil*, cit.

⁷² Three European Parliaments (Austrian, Netherland, and that from the Belgium region of Wallonia) already declared that they will not ratify the agreement.

⁷³ Sustainability Impact Assessment (SIA) in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and Mercosur. Draft Final Report, London School of Economics and Political Science (LSE), July 2020. The European Commission generally recurred to private firms to have SIA’s elaborated for its trade agreements and published it on the Commission’s website.

have over the agreement. In accordance with the report, Brazil, Uruguay, and Paraguay have great weight in the sector of clean energy production⁷⁴, whereas data from 2004 and 2012 show that, while Brazil considerably reduced the rate of deforestation, there has been an increase of the agricultural production. This indicates that agriculture and meat production are not obstacles to forest protection; however, the latter hinges even more on public policies' effectiveness⁷⁵. Data also point out that there was an increase in logging in Brazil from 2012 to 2018, followed by a significant increase of +29, 5% in 2019, which has been superior to the annual rate of deforestation registered in any last decade year. Nevertheless, it rested below rates registered in any year from 1988 to 2008⁷⁶. The report limited itself to examine the macroeconomic impacts of the future trade agreement but did not raise any specific environmental problems, such as the numerous environmental initiatives announced in the communication "The European Green Deal"⁷⁷ by the Commission at the end of 2019⁷⁸.

The EU Ombudsman has presented a complaint questioning the Commission's leading of the negotiations with Mercosur⁷⁹. The main argument is that the EU announced an agreement without any adequate environmental evaluation and concluded it after analysing out-of-date info on potential social, economic, and environmental impacts of the agreement. The question still lingers uncertain, and it is necessary to wait until the following outcomes to analyse the future of the EU-Mercosur Agreement, whose negotiations commenced more than 20 years ago.

After a systematic review of the 'new generation' agreements presented above, all but that with Canada prescribe duties, so the parties adopt or change their legislation and their domestic policies, according to relevant international rules and to the agreements to which they are parties, explicitly mentioning a list of multilateral treaties on labour and environmental issues. Notwithstanding that, CETA is the only agreement with specific chapters dedicated to trading under labour and environmental perspectives. Except for the one with Korea, all the analysed agreements contain provisions of specific environmental matters, such as climate change, biological diversity, forest management, and fishery. Hence, it is observable that these agreements are flexible according to different levels of protection, in accordance with particularities and especial needs of each country to adapt to the minimum required international standards of sustainable development.

Lastly, regarding the EU-Mercosur Agreement, there is not one single common commitment to improving the protection of the environment in either the EU or in the Mercosur countries to guarantee 'sustainable development'. Furthermore, no sanctions

⁷⁴ According to the Report (p.77), in 2014, 73% of the energy production in Brazil was renewable, 91% in Uruguay and 100% in Paraguay. Argentina produced 32%, but even more than in the EU, where the rate is 29%.

⁷⁵ Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and Mercosur. Draft Final Report, 2020, cit., p. 15.

⁷⁶ *Idem*, p. 78.

⁷⁷ European Commission. Communication from the Commission the European Green Deal Commission. COM (2019), Brussels, 2019.

⁷⁸ L. Kramer, *A Lost Opportunity? The Environment and the EU-Mercosur Trade Agreement*, in C. Derani; A.B. de Moura, P. G. Noschang (eds), *Regulamentação europeia sobre água, energia e alimentos para a sustentabilidade ambiental*, EMAIS, Florianópolis, 2020, p. 11.

⁷⁹ The initiative has the support of Federação Internacional de Direitos Humanos, ClientEarth, Fern, Veblen Institute and La Fondation Nicolas Hulot pour la Nature et l'Homme.

are foreseen should the international environmental agreements listed in the Agreement not be implemented. Thus, as conceived under the Agreement, the sustainable development is nothing else than «business as usual»⁸⁰ and the Parties missed the opportunity to elaborate an innovative and effective ‘new generation’ of free trade agreement.

4. *Dispute Resolution*

Considering that the TSD Chapter complements but does not replace the controlling mechanisms prescribed by the international agreement, any dispute related to the interpretation and application of this Chapter refrains from arbitral tribunals provided by trade agreements⁸¹. Thus, the Chapter enjoys a relative autonomy comparing to the other trade provisions, adopting a cooperative approach and including its own instruments⁸², as the enduring of capacities, incentive measures, monitoring and dialogue⁸³.

The TSD Chapter’s implementation is typically monitored by a specialized Committee composed of high representatives of the parties. In some cases, dialogues with civil society are established through advisory groups formed by independent organizations of civil society, which represent equally distributed environmental, labour and commercial organizations, as well as other groups of interest. This can be found in the Agreements with Korea⁸⁴ and Colombia, Peru and Ecuador⁸⁵. In addition to that, a meeting of civil society, composed by all civil society organizations, must take place from time to time, with the aim to establish a dialogue on the agreement’s sustainable development aspects.

Notwithstanding the possibility of sanction-based application as an alternative to bolster the TSD Chapter, the European Commission strongly objected it. The Commission argues that a sanction-based application that the USA and Canada spur protects domestic producers against unfair competition (‘social dumping’). The EU, in its turn, would rather adopt an approach that allows conditions for an equitable competition based on multilateral standards in order to combine the two key elements of fair trade⁸⁶.

Therefore, it is not feasible to apply any sanction in non-observance cases of the provisions contained in the mentioned chapter. For instance, the infringement does not allow countermeasures, except for the only case where the trade agreement refers to an

⁸⁰ L. Kramer, *A Lost Opportunity? The Environment and the EU-Mercosur Trade Agreement*, cit., p. 12.

⁸¹ G. Adinolfi, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell’ambiente nella politica commerciale dell’Unione europea*, cit.

⁸² A. Semertzi, *The Preclusion of Direct Effect in the Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, 2014, p. 1141.

⁸³ Arts. 23.11 and 24.16 of the EU-CETA; Arts. 13.16 and 13.17 of the EU-South Korea Agreement; Arts. 12.15-12(17) of the EU-Singapore Agreement; Art. 284 of the EU-Colombia, Peru and Ecuador Agreement; Art. 297 of the EU-Central America Agreement.

⁸⁴ Art. 13.12(5) and 13.13 of the EU-South Korea Agreement from 14 May 2011.

⁸⁵ Art. 282 of the EU-Colombia, Peru, and Ecuador Agreement.

⁸⁶ In this view, fair trade can simply mean following the rules, but these rules are no more limited to the WTO provisions. They have a broader scope and include provisions projected to guarantee equitable conditions and criteria that derive directly or indirectly from general international law and multilateral conventions on labour rights or environment. Certainly, the balance between the different dimensions of free and equitable trade will hinge on the EU’s interests and will be arranged according to its trade partners, which vary in terms of economic development and political views. See: *Editorial Comments*, 2018, pp. 385-386.

international treaty that encompasses commercial restrictions against the wrongdoer, as in the case of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer from 1987⁸⁷. Moreover, any party that may not be in accordance with it must bring out a plan of action, and the Trade and Sustainable Development Sub-Committee shall monitor its implementation⁸⁸.

The combination of broadly established standards and a weak mechanism of coercion, mainly grounded on consultative procedures, can be qualified as the most recent outcome of the ‘legal inflation’ in the FTA’s⁸⁹. Nonetheless, in the long term, it can help monitor and progressively promoting the end of these goals through a slow though constant political process of awareness of governments, civil society, and trade community. The Commission’s position goes in ties with the idea of «allowing civil society, including its social partners, to perform their role regarding the application [of the TSD Chapter]»⁹⁰.

Albeit the absence of any sanction originated directly from the TSD Chapter, the CJEU has already declared that the infringement of any provision on labour and environmental protection allows the injured party to «end the trade liberalization brought on by other provisions of the agreement or to discontinue it»⁹¹, based on the international custom law written down in article 60 (1) of the Convention on the Law of Treaties from 1969⁹², which is plainly applicable to EU relations with third countries⁹³.

In conclusion, the ‘new generation’ agreements are an important regulation tool when considering the globalization process, allowing the EU to face the challenges created by the different levels of social and environmental protection without resorting to multilateral treaties. The celebration of such agreements allows the prevention of the social model typical for western society against all attempt to initiate a «Race to the bottom», also known as «course *vers le bas*»⁹⁴.

⁸⁷ Art. 4 of the Montreal Protocol on Control of trade with non-Parties, which prescribes that parties shall prohibit importation of controlled substances from any country that is not party to the Protocol, as well as refrain from providing subsidies, aid, credits, guarantees or insurance programmes for the export to States not party to this Protocol of products, equipment, plants, or technology that would facilitate the production of controlled substances. G. Adinolfi, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell’ambiente nella politica commerciale dell’Unione europea*, cit.

⁸⁸ S. Woolcock, *EU Policy on Preferential Trade Agreements in the 2000s*, cit., pp. 729-730.

⁸⁹ S. Gstöhl, D. Hanf, *The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements*, cit., p. 744.

⁹⁰ *Report of the Commission to the EU Parliament, Council, Social and Economic Committee and to the Committee of regions on the application of free trade agreements*, 1 Jan. 2018-31 Dec. 2018 [SWD (2019) 370 final], p. 29.

⁹¹ CJEU, *Advisory Opinion* No. 02/15, para.161.

⁹² Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.

⁹³ For more details on the applicability of custom law to the Union’s foreign affairs that are stated in the Vienna Convention, see CJEU, *Judgment Brita*, C-386/08 of 25 Feb. 2010; CJEU, *Judgment Council/Frente Polisário*, C 104/16 of 21 December 2016.

⁹⁴ T. Von Danwitz, *Les accords externes de l’Union européenne*, cit., p. 207.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

SEZIONE SPECIALE

**DEMOCRACY AND RULE OF LAW IN CRISIS:
NATIONAL AND EU CONTEXT COMPARED**



SEZIONE SPECIALE
DEMOCRACY AND RULE OF LAW IN CRISIS:
NATIONAL AND EU CONTEXT COMPARED

C. Pinelli, *Respect for the Rule of Law as Embedded in Article 2 TEU and Protection of the Union's Financial Interests*

E.S. Tănăsescu, *The Independence of Justice as Proxy for the Rule of Law in the EU- Case Study - Romania*

F. Peirone, *Populism and Katékon. The Two Souls of the Schmittian State*

E. Gallinaro, *Il nuovo regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: verso una più efficace tutela dello Stato di diritto?*

S. Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Respect for the Rule of Law as embedded in Article 2 TEU and Protection of the Union's Financial Interests

C. Pinelli

ISSN: 2612-6672

Respect for the rule of law as embedded in Article 2 TEU and protection of the Union's financial interests

*Cesare Pinelli**

Abstract

The defence of common values, and of the rule of law in particular, has become an issue of major concern for EU institutions. The emergency caused by the COVID-19 pandemic brought the EU to adopt a wide-ranging package of financial aids. Within this package, the hypothesis of linking the disbursement of EU funds to the respect for the rule of law in the Member States re-emerged. Rule of law deficiencies, indeed, are believed to disrupt the very functioning of the Union's legal order, based as it is on mutual legal interdependence and mutual trust among its Members.

Keywords: Rule of Law – Conditionality – Next Generation EU – Article 7 TUE.

* Full Professor of Public Law, Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza – Università di Roma. Substitute member of the Venice Commission of the Council of Europe. The essay was submitted to double blind peer-review.

It is widely held among scholars that the defence of the ‘common values’, and of the rule of law in particular, as embedded in Article 2 TEU, is not adequately pursued by the EU institutions *vis-à-vis* what has been called «the purposeful destruction of the rule of law inside EU Member States»¹, starting from Hungary and Poland.

Measures laid down in Article 7 TEU give national governments, as represented in the Council (‘alert procedure’) or in the European Council (‘nuclear option’), the task of protecting ‘common values’ from violations perpetrated by a Member State within its own jurisdiction. For some scholars, it is precisely for this reason that Article 7 has not served the purpose for which it was conceived, since it leaves the defence of values which should not be subject to negotiation up for political bargain.

It is true that the Article 7 mechanism is deemed to be complementary to the classic infringement procedure provided for by Article 258 TFEU for the purpose of defending those values, and that some steps have recently been taken in that direction. Overall, the reluctance of European political rulers to confront the challenge of the breach of common values results however clearly, and it is likely to endanger the endurance of EU constitutionalism. Some commentators even believe that, as the EU left Hungarian Prime Minister to develop into an autocrat during the last decade, it is now too late for a radical turnaround – which an intergovernmental solution would provide.

Against such background, attention should be driven to the recent EU attempts at circumventing the current stalemate affecting the enforcement of Article 7 TEU, by linking the disbursement of EU budget funds, or of cohesion funds, to the respect for the rule of law in the Member States. A 2017 Commission document concerning the reform of EU budget already held that:

«Upholding EU core values when developing and implementing EU policies is key. There have been new suggestions in the public debate to link the disbursement of EU budget funds to the state of the rule of law in Member States. Respect for the rule of law is important for European citizens, but also for business initiatives, innovation and investment, which will flourish most where the legal and institutional framework adheres fully to the common values of the Union. There is hence a clear relationship between the rule of law and an efficient implementation of the private and public investments supported by the EU budget»².

On the other hand, the ‘new suggestions’ that the Commission seemed then to endorse would launch a conditionality mechanism in an unexplored field, that of the rule of law crisis. Conditionality would then exert a different function from that of its macroeconomic version, which was deemed crucial in order to contrast the Eurozone financial crisis in the last decade.

¹ J.-W. Müller, *Reflections on Europe’s ‘Rule of Law Crises’*, in P.F. Kjaer, N. Olson (eds.), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro*, Rowman & Littlefield, London, 2016, p. 162.

² European Commission, *Reflection paper on the future of EU finance*, 28 June 2017, p. 22, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f9c0e27-6519-11e7-b2f2-01aa75ed71a1>.

Furthermore, in its 2018 proposal to protect the Union's budget in the case of generalised deficiencies regarding the rule of law in the Member States, the European Commission refers to deficiencies in the administration of justice that «affect or risk affecting the principles of sound financial management or the protection of the financial interests of the Union» (Art 3.1).

Two years later, the emergency caused by the COVID-19 pandemic brought the EU to adopt a wide-ranging package, which combines the future Multiannual Financial Framework (MFF) and a specific Recovery effort under Next Generation EU (NGEU). Within this package, the hypothesis of linking the disbursement of EU budget funds to the respect for the rule of law in the Member States re-emerged.

In the European Council's Conclusions of 21 July 2020, it was stated in this respect (A24) that:

«The Union's financial interests shall be protected in accordance with the general principles embedded in the Union Treaties, in particular the values of Article 2 TEU. The European Council underlines the importance of the protection of the Union's financial interests. The European Council underlines the importance of the respect of the rule of law».

The wording was meant to put the Union's financial interests on an equal footing to the rule of law, in spite of Article 2 TEU.

However, such approach appeared too cautious to the European Parliament. On 23 July 2020, the EP Resolution affirmed:

«The EP [...] strongly regrets the fact that the European Council significantly weakened the efforts of the Commission and Parliament to uphold the rule of law, fundamental rights and democracy in the framework of the MFF and the Next Generation EU (NGEU) instrument; reconfirms its demand to complete the co-legislator's work on the Commission's proposed mechanism to protect the EU budget where there is a systemic threat to the values enshrined in Article 2 of the TEU, and where the financial interests of the Union are at stake; stresses that, to be effective, this mechanism should be activated by a reverse qualified majority; underlines that this mechanism must not affect the obligation of government entities or of Member States to make payments to final beneficiaries or recipients; underlines that the Rule of Law Regulation will be adopted by co-decision».

This statement forced the Council to change its plans, and to negotiate an agreement with the EP. Meanwhile, on 30th September 2020, the European Commission published the first annual rule of law report, which monitors both positive and negative developments relating to the rule of law in all Member States. «Serious concern» was there raised for how judicial independence was ensured both in Hungary and in Poland, adding that, for the former, judicial independence was one of the issues raised in the Article 7 procedure initiated by the EP, and that Poland's justice reforms of 2015 led the Commission to launch the same procedure, which is still being considered by the Council.

In a plenary debate on 5th October 2020, MEPs welcomed the annual rule of law report, although calling for more action on enforcement, being convinced that

monitoring alone would not bring back judicial independence in Poland or in Hungary.

On 5th November 2020, Parliament negotiators reached a provisional agreement with the Council Presidency on a legislation establishing a mechanism that would allow the suspension of budget payments to a Member State who violated the rule of law, ensuring that it would not only apply to cases of corruption and fraud, but that it would also cover breaches of fundamental values such as freedom, democracy, equality and respect for human rights, including the rights of minorities.

The decision on the suspension will have to be made by the Council on the proposal of the European Commission. Nonetheless, this procedure cannot be referred to the rules of the EU budget, like those of the NGEU, since they need to be approved unanimously. Hence the Hungarian and Polish governments' threat of vetoing the NGEU's approval, despite the fact that these two countries would be among the main beneficiaries of the NGEU funding.

For the moment, we do not know whether such blackmail will once again succeed. What we might examine is the feasibility of the new mechanism³.

According to some commentators, linking the budget to the rule of law conditionality would create a paradox, whereby a national government's infringement of the rule of law would come at the expense of its most disadvantaged citizens⁴. But the agreement reached between the EP and the Council takes into account such an objection, by relying on an EP resolution of April 2019, which required that Member States execute MFF projects even if they have not received the corresponding transfers from the EU budget due to a rule of law breach.

It is further argued that, rather than linking the budget to the respect for the rule of law, it might be useful to reinforce existing instruments such as the European Public Prosecutor Office (EPPO), which can investigate, prosecute, and bring to judgment such crimes against the EU budget as fraud, corruption or serious cross-border VAT fraud⁵.

This approach neglects the crucial point of the issue. The damages which some Member States might provide to the EU's financial interest are relevant for the issue only to the extent that they have been committed by violating the values mentioned in Article 2 TEU, namely, those that the Treaty of the Union presumes to be «common to the Member States», and on which, as it solemnly states, «the Union is founded». Therefore, a Member State contravening such values would endanger the legitimacy of EU decision-making as a whole, and possibly question the lawfulness of subsequent EU decisions. Rule of law deficiencies are believed to disrupt the very functioning of the Union legal order, based as it is on mutual legal interdependence and mutual trust among its members⁶.

³ The essay has been submitted to this Journal in December 2020.

⁴ D. Gros, S. Blockmans, F. Corti, *Rule of Law and the Next Generation EU Recovery*, in *CEPS*, 15 October 2020, <https://www.ceps.eu/rule-of-law-and-the-next-generation-eu-recovery/>.

⁵ *Ibidem*.

⁶ See C. Hillion, *Overseeing the Rule of Law in the European Union. Legal Mandate and Means*, in *European Policy Analysis*, Vol. 1, 2016, p. 2.

It is also objected that judiciary independence, whose violation lies at the core of the alleged charges to the Hungarian and Polish governments, is far from exhausting the sense of the rule of law. The objection is *per se* correct, but it neglects that ideologies seeking to destroy EU basic values

«[...] are now quite entrenched, making ‘autocratic legalism’ a strategy for dealing with EU law itself. No longer are rule of law issues temporary and isolated deviations from a norm of compliance, which had been presumed. Instead, non-compliance with European values has become a principled *ideological choice* of several governments»⁷.

Recent circumstances have confirmed this perspective. The deep controversy raised by the agreement that aimed at introducing the rule of law conditionality reveals that the EU is confronted with a constitutional challenge that goes far beyond a single government’s expediency.

⁷ K.L. Scheppele, D.V. Kochenov, B.Grawoska-Moroz, *EU Values are Law after All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 39, 2020, pp. 3-121.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



The Independence of Justice as Proxy for the Rule of Law in the EU - Case Study - Romania

E. Simina Tănăsescu

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

The independence of justice as proxy for the rule of law in the EU - Case study - Romania

*Elena Simina Tănăsescu**

Abstract

The concept of rule of law has been addressed as a formal or as a substantive notion. Although it does not enjoy a generally accepted academic definition and its practical transposition varies according to the implementing State, it is a founding value and a functional necessity for the European Union. However, the recent case law of the ECJ on this matter seems to narrow down the concept of rule of law to one of its elements, namely the independence of justice. This is due to the specific context in which the ECJ had to develop the standard, and which is linked to the rule of law backsliding noticed over the past few years in Hungary and Poland and, to some extent, in Romania. In the specific case of Romania, the ECJ displayed a moderate stance, possibly due to the fact that an institutionalised monitoring of the rule of law has been in place since 2007.

Keywords: Rule of law – independence of justice – Romania.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. Rule of law as an abstract concept. 3. Rule of law and the independence of justice. 4. Rule of law in the European Union: from value to legal standard. 5. Rule of law and democratic backsliding within the EU. 6. Why the independence of justice matters. 7. Rule of law and independence of justice in Romania. 7.1 Independence of justice – Romanian legal framework. 7.2 Independence of justice – Romanian legal and institutional reforms. 7.3 Independence of justice – preliminary questions of Romanian courts. 7.3.1 Primacy of EU and the specifics of the Mechanism of Cooperation and Verification instituted by Decision 2006/928/EC. 7.3.2 Judicial organisation and disciplinary regime of magistrates. 7.3.2.1 Disciplinary regime of magistrates. 7.3.2.2 Composition of courts specialised in the fight against corruption. 8. Conclusion.

* Full Professor of Constitutional and European Law, University of Bucharest, Judge of the Constitutional Court of Romania. The essay was submitted to double blind peer-review.

1. Introduction

Rule of law is a broad interdisciplinary concept that can difficultly be encapsulated in a general or universally accepted academic definition. To start with, the very label of the concept varies according to the different languages that use it: rule of law, *Etat de droit*, *Rechtsstaat* etc.¹. These various designations reflect different contents in various environments and according to different legal traditions. Then, the abstract concept of rule of law seems to lack the proper content and the logical consistency needed in order to acquire a scientific definition that would rely mainly on descriptive characteristics – that distinguish it from any other scientific concept already known – and not on exclusively prescriptive objectives set forth by the human intellect. Finally, in practise, the concept has migrated from one State to another, and, in the process, it has acquired new meanings², although a common denominator can be inferred from all particular cases acknowledged worldwide.

In recent years, the concept of the rule of law has become crucial for the legal system of the European Union (EU). While it has to be acknowledged that the rule of law has been an implicit core value of the EU ever since the creation of the community of States³, the concept has gradually developed into a principle opposable to the EU institutions and, finally, into a fully-fledged legal standard imposable by the Court of Justice of the European Union (ECJ) on Member States⁴. This evolution has been accelerated by what has been spelled out in 2013 by Viviane Reding, Vice-President of the European Commission and Justice Commissioner as “rule of law crisis”⁵. In her speech she referred to «the Roma crisis in France in summer 2010; the Hungarian crisis that started at the end of 2011; and the Romanian rule of law crisis in the summer of 2012». Subsequent evolutions in other Member States have put the rule of law, and particularly the independence of justice, at the forefront of the legal and judicial debate within the EU⁶. They have also contributed to a fresh analysis of the EU scope of powers and to the development of an innovative approach by the ECJ of its competence to interpret and validate EU law. Since the reversal of democratic transitions or the backsliding of established democracies has often started with the systematic demolition of independent courts, it is the principle of the independence of justice that became the core of arduous judicial debates within the EU. Based on legal instruments developed by the Council of Europe and various institutions of the EU, particularly on articles 19 TEU and article 47 of the Charter of Fundamental Rights, the ECJ declared the independence of justice to be

¹ L. Heuschling, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.

² E. Carpano, *Etat de droit et Droits européens*, L’Harmattan, Paris, 2005.

³ According to the European Court of Justice «The Community is based on the Rule of Law, in as much as neither its Member States nor its Institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty». See Case 294/83, *Parti Ecologiste “Les Verts” v. Parliament*.

⁴ «The main sense of the RoL (rule of law – *n.n.*) thereby achieved at the layer of the European Union revolves around the value of legality including judicial review as a tool *vis à vis* non-compliance». See G. Palombella, *The EU’s Sense of the Rule of Law and the Issue of its Oversight*, EUI Working Paper Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Vol. 125, 2014, p. 2.

⁵ V. Reding, *The EU and the Rule of Law – What Next?*, 4 September 2013, speech /13/677, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_677.

⁶ L. Pech, S. Platon, *Judicial Independence Under Threat: The Court of Justice to the Rescue*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55 No. 6, 2018, pp. 1827-1854.

a vital element of the rule of law and underlined its importance as core value and legal principle defining EU integration as prescribed by article 2 TEU.

In the specific case of Romania, the events of the summer of 2012 have been considered rather a “constitutional crisis”⁷ than a systemic backsliding of the rule of law. Given the fact that since its accession to the EU, *i.e.*, since the 1st of January 2007, Romania – together with Bulgaria – is subject to a mechanism of cooperation and verification (MCV) meant to monitor the fulfilment of specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption, strict enforcement of the EU *acquis* in the particular area of justice and rule of law has been systematically supervised by the European Commission. Until 2017-2018 this has been considered sufficient to guarantee adherence to the fundamental values and principles of the EU. However, following the general elections of December 2016, a rather populist executive supported by a similar majority in Parliament triggered a swift attack on the independence of the judiciary through legislative amendments, institutional reforms and the weakening of the criminal or integrity legal framework. Regular reports issued in the framework of the MCV started to reflect the situation on the ground and to mention possible systemic threats to the rule of law and the independence of justice. Parliamentary elections of December 2020 have changed the political majority and managed to put in place an executive which placed high on its agenda the reversal of most judicial reforms undertaken during 2017-2018.

Although the rule of law backsliding in Romania has been weaker and of a shorter duration than those observed in other EU Member States, Romanian courts capitalised on the experience gained by the ECJ with regard to the protection of the rule of law and started to address preliminary questions pertaining to the compliance of Romanian judicial reforms with EU *acquis* on judicial independence. At the cut-off date of this paper only one of these cases had been decided by the ECJ⁸, while opinions of the Advocate General are available in all of them. From all the above one can infer that the stance taken by the EU with regard to Romania may be alleviated by the fact that the MCV is still in place and the dimensions of the backsliding have been lesser than in other Member States, but significant deviations from what it has now become a fully-fledged EU *acquis* in the area of rule of law are and will continue to be sanctioned.

2. Rule of law as an abstract concept

Rule of law is an abstract notion. From an analytic point of view, the concept of rule of law has been addressed either as a purely formal notion, or as a formal and procedural one, or as a substantive and even teleological notion.

Thus, in what has been labelled as a “thin” or legalistic conception of the rule of law, the notion has been defined as a set of formal values that compel the human conduct through the governance of rules⁹. Those rules are enacted by the State and they pertain to

⁷ B. Iancu, *Separation of Powers and the Rule of Law in Romania. The Crisis in Concepts and Contexts*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart/C.H. Beck, Oxford/Munich, 2015, pp. 153-170.

⁸ On May 18th, 2021, the ECJ ruled in Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*. A brief analysis of this decision is provided in the final section of this paper.

⁹ L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.

formal aspects that legitimate power – such as non-retroactivity, publicity, universality of reach or non-discrimination – making possible the compliance of human conduct with laws. Joseph Raz created a metaphor where the rule of law is viewed as a sort of “sharpener” of the law, enhancing its effectiveness¹⁰. By formally expressing power through laws which can be enforced either benevolently or by the State power, laws acquire the capacity to subject human behaviour in a more efficient way. However, according to this conception, the rule of law can be used as an instrument in order to better achieve political goals irrespective of the content or substance of those goals. And courts may find themselves in situations where the adage *dura lex, sed lex* becomes a mere tool for imposing power rather than containing or constraining it.

This possible outcome has been perceived as a weakness of the formal theory on the rule of law and it has been addressed by other scholars¹¹ via a formal and procedural approach of the concept. In this conception, the rule of law refers not only to formal constraints objectively imposed on power and which make it legitimate, but it also refers to procedural commitments which imply a subjective attitude of the human subject. Namely, human conduct is subjected to rules expressed in formal laws not only because those laws are formally enacted in a valid manner, but also because the human subject is committing her/himself to those laws and may adjust its conduct while being aware of laws and able to challenge them, including in front of neutral and impartial courts through a due process and abiding by formal procedures. Again, courts are an intrinsic element of the rule of law, a component that is able not only to increase the effectiveness of laws, but also to allow the human beings to legally challenge those laws.

In what has been considered as a “thick” or substantive approach of the concept of rule of law, the notion has been defined as not merely a set of formal and/or procedural values, but also as an array of institutional arrangements stemming from normative commitments¹², many of them associated with liberal democracy. Given the fact that even this substantive approach can be distorted or misused for ends which are discriminatory or otherwise unjust, some scholars¹³ have appended it with an additional nuance, including a teleological approach to the rule of law. In this conception, the rule of law is a functional notion, defined as a set of arrangements meant to temper power and not only to limit or enable it. However, by tempering power, the rule of law still contributes to enhancing its legitimacy, although such an outcome is relying on context. But by tempering power the rule of law creates the possibility for the human being to manifest itself in the context of power, thus allowing human conduct to become the main purpose of the rule of law. By acknowledging that, if treated superficially, the rule of law can be manipulated and transformed into its contrary, such substantive or teleological approaches require a genuine vision of the concept of the rule of law. At the same time, by accepting that even a substantive conception of the rule of law can be misinterpreted, the teleological approach accepts that it functionally remains dependent on specific social,

¹⁰ J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in J. Raz (ed.), *The Authority of Law: Essays on law and morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 210-229.

¹¹ J. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1964; J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, Working paper no. 08-50, 2008, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005.

¹² T. Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010.

¹³ M. Krygier, *Tempering Power*, in M. Adams, A. Meuwese, E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

political, historical and/or legal and institutional contexts. As long as the rule of law is not internalised into acts and attitudes in everyday life there is still a danger that it may be present as a superficial form to be formally enforced by the State. The role of courts depends on this contextual and functional approach.

To sum up, the concept of rule of law is an “essentially contestable concept”¹⁴, *i.e.*, a concept with descriptive and prescriptive content over which there is a lack of widespread agreement. However, any attempt to describe rule of law or to identify its main elements or vital characteristics cannot ignore courts and their role for the protection of human rights.

3. Rule of law and the independence of justice

Rule of law is valued not only for formal, procedural, or substantive reasons embedded in the Constitution or for the institutional arrangements made in order to guarantee it. Rule of law is valued rather for its main outcome, namely that State power is less arbitrary and can even become less coercive and be more predictable and more impersonal. In other words, rule of law creates a mutual bond among human beings and between them and State power and it allows for the mitigation of the asymmetry that political power intrinsically involves making possible the free manifestation of the human being. The ultimate guarantor of this freedom of the human being is a judicial system able to defend «rights, liberties and legitimate interests». In order to perform this function, the judicial system needs judicial independence.

It is worth noticing that the independence of justice represents a core pillar of the concept of rule of law, irrespective of the thin or thick approach taken with regard to the notion and regardless of the legal tradition in which the abstract concept is implemented and put into practice.

In this context, the independence of justice means rather the independence of the judiciary and it represents a distinct idea from that of the separation of powers, which anyway refers to the division and blending of powers within a State. The independence of the judiciary raises issues such as the ability of the judicial system (courts and judges) to perform their activity free of influence or control by other actors, whether governmental or private. This means that the judiciary is no longer a tool meant to ensure that the division between the legislative and the executive is well functioning, but it represents an empowering instrument in the hands of the human beings who are able both to contribute and to challenge the legislative and the executive, thus contributing to legitimizing power. In other words, the judiciary has the important function of protecting human rights. Therefore, in all enumerations of the characteristic elements of the rule of law an independent justice, both as an institution (judicial system) and as an activity (functioning of the judiciary), remains of outmost importance and is dealt with separately from the issue of the independence of justice as one of the branches of the State power.

Against this background it has to be mentioned that the independence of justice also includes the independence of judges, considered as individuals performing the function of justice within the judicial system. It encompasses their protection and insulation from

¹⁴ «The Rule of Law is a much celebrated, historical ideal, the precise meaning of which may be less clear today than ever before». See R.H. Fallon, Jr., “*The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional Discourse, in *Columbia Law Review*, Vol. 1 No. 97, 1997, p. 1 *et seq.*

any influences that may originate either inside the judicial system or outside it, that is from influences coming from the legislative or the executive. While judges and the judicial system are not and should not be insulated from society and while justice as an activity remains essentially a public service and the judiciary remain accountable ultimately to the human beings whose rights it has to defend, the protection of judges from influences or pressures coming from the political sphere is an integral part of the independence of the judiciary.

4. Rule of law in the European Union: from value to legal standard

With this theoretical framework in mind, one has to notice that the transposition of the intellectual concepts into legal norms and everyday practice takes its own path. Various legal instruments at international and national level mention the rule of law as a defining value for the political entities they address, but the content of the rule of law thus referred to is not spelled out in those documents. The third paragraph of the Preamble of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 affirms that «it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law». At national level, number of constitutions, particularly those adopted during democratic transitions, identify the rule of law as a fundamental characteristic of the State they govern and stop there, without further detailing the concept.

In the European continent the standard of the rule of law has been developed in various instruments issued by the Council of Europe and particularly by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). In fact, the Venice Commission was established in May 1990 as an advisory body to the Council of Europe on constitutional matters in order to help States to align with European standards «in the fields of democracy, human rights and the *rule of law*». The most prominent tool developed by the Venice Commission to this date remains the *Rule of Law Checklist*¹⁵ which is not an obligatory legal document, but rather a descriptive list attempting to identify «common features of the Rule of Law/*Rechtsstaat/Etat de droit*» and meant as an instrument allowing «to evaluate the state of the rule of law in single States». The case law of the European Court of Human Rights is also relevant for a complete overview of the European legal standard regarding the rule of law.

As for the States which have created an integrated European community, the rule of law has been mentioned for the first time in a legal instrument concomitantly with the birth of the European Union. In 1992 the preamble of the Treaty of Maastricht referred to the confirmation by the Member States of «their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law», whereas the Treaty itself endowed the Court of Justice with «jurisdiction in actions brought by a Member State, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of this Treaty or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers». Article 6 of

¹⁵ Rule of law checklist, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), CDL-AD (2016)007rev.

the Treaty of Amsterdam¹⁶ provided rule of law constitutional ambit both at EU level and at the level of the Member States. Since the Treaty of Lisbon, article 2 of the Treaty on European Union¹⁷ makes the rule of law a core founding value of the European Union, while article 21 TEU¹⁸ declares it a guiding principle that has «inspired its own creation, development and enlargement», which is why the EU is also considering the same values and legal standards for its external action and cooperation and development policies. Likewise, rule of law has been a condition for the accession of new members to the EU since the Copenhagen criteria established in 1993¹⁹.

The case law of the Court of Justice of the European Union (ECJ) starts to mention the rule of law a bit later. Until the beginning of the years 2000 it was mainly the parties or Advocates General who invoked the rule of law²⁰. The Court of Justice itself started to refer to the legal standard of the rule of law only in 2007 in *Segi*²¹ and *Gestoras Pro Amnistía*²².

From all the above it can be safely inferred that rule of law represents a core value for the community of States joined in the European Union, as well as for each individual Member State, and a prerequisite for any enlargement process. This conclusion is supported by the gentle swap undertaken by the rule of law from the preambles of various EU founding treaties into their substantive matter, and further reinforced by the use of the concept in the case law of the ECJ by the Court itself, thus accomplishing an almost unnoticed transformation from a value into a legal standard²³.

¹⁶ Article 6, para. 1, TEU then provided that «the Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, as well as the rule of law, principles which are common to the Member States».

¹⁷ Article 2 TEU: «The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail».

¹⁸ Article 21 TEU: «The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law».

¹⁹ Detailing articles 6 and 49 TEU, which set out the conditions and principles imposed to any State aspiring to become an EU member, a number of standards known as “Copenhagen criteria” – because they have been established by the Copenhagen European Council in 1993 – are the filter imposed to all enlargement processes since 1993.

²⁰ S. Platon, *Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 2 No. 55, 2019, p. 310.

²¹ Case C-355/04 P, *Segi and Others v. Council of the European Union*.

²² Case C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía and Others v. Council of the European Union*.

²³ K. Lenaerts, *New Horizons for the Rule of Law within the EU*, in *German Law Journal*, Vol. 21 Special Issue 1, *20 Challenges in the EU in 2020*, January 2020, pp. 29-34, available at: www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/new-horizons-for-the-rule-of-law-within-the-eu/C60C39F5025ECD2070A6761EDE79959B.

5. Rule of law and democratic backsliding within the EU

However, within the EU, the concept acquired a new function once the phenomenon of rule of law backsliding²⁴ has been identified towards the beginning of the 2010s, based on developments noticed particularly in Hungary and Poland, but also, to some extent, in Romania especially after 2016²⁵. Most relevant were judicial reforms performed in those States, which have been perceived by EU institutions as seeking to reduce the independence of the respective national judicial systems and, in some cases, also to jeopardize the independent functioning of constitutional courts. It has to be mentioned that these are States that have joined the EU after 2004, in a context where article 49²⁶ of the TEU creates a clear correlation between rule of law and accession conditionalities, which implies that full respect of the rule of law had to be established prior to their EU accession.

Furthermore, for Bulgaria and Romania a special mechanism for cooperation and verification (CVM) has been developed in order to assess *ex-post*, meaning after their accession to the EU, their progress in the areas of judicial reform and the fight against corruption and, in addition in Bulgaria, against organized crime²⁷. It is interesting to note that, among the explanations provided for the establishment of this original post-accession arrangement, which – so far – has not been duplicated in subsequent enlargements, the first one refers to the fact that the «European Union is founded on the rule of law» and that implies «for all Member States the existence of an impartial, independent and effective judicial and administrative system properly equipped, *inter alia*, to fight corruption»²⁸.

Nevertheless, when confronted with a series of “rule of law crises” in several States that joined the supranational organisation after 2004, the EU could no longer merely refer to the rule of law as core value and founding principle and had to delve into its legal system and devise the rule of law as a mandatory legal standard in order to reflect its functional necessity for the Union.

A precedent existed in the sense that democracy and rule of law had already been challenged even prior to 2004 in one EU Member State. The specific context created by the surprising and momentous results of the 1999 parliamentary elections in Austria brought to power a right-wing coalition government that included a controversial right-

²⁴ M. Blauburger, R.D. Kelemen, *Can Courts Rescue National Democracy? Judicial Safeguards against Democratic Backsliding in the EU*, in *Journal of European Public Policy*, Vol. 24 No. 3, 2017, pp. 321-336; D. Kochenov, P. Bard, *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU – The Pitfalls of Over-emphasizing Enforcement*, Working Paper No. 1, July 2018, available at: https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf.

²⁵ E.S. Tănăsescu, *Criminal Policy or Criminal Politics?*, available at: <https://iacl-aidc-blog.org/2017/02/16/analysis-criminalpolicy-or-criminal-politics/>.

²⁶ Article 49 TEU: «Any European State which respects the values referred to in article 2 and is committed to promoting them may apply to become a member of the Union. The European Parliament and national Parliaments shall be notified of this application. The applicant State shall address its application to the Council, which shall act unanimously after consulting the Commission and after receiving the consent of the European Parliament, which shall act by a majority of its component members. The conditions of eligibility agreed upon by the European Council shall be taken into account».

²⁷ See Decision (2006/928/EC) for Romania and Decision (2006/929/EC) for Bulgaria.

²⁸ See the first and the third whereas of Decision (2006/928/EC).

wing party. Article 7²⁹ of the TEU proved its limits rather quickly. Initially designed as a political mechanism meant to deal *ex-post* with such situations through the imposition of political sanctions, article 7 refers in a broad manner to breaches to all or any of the values stated in article 2 TEU and it remains a rather formal device. The experiment of 1999 proved the need for the design of an *ex-ante* (preventive) mechanism for the same purpose, but this has been neglected over the following revisions of the EU treaties. The inadequacy of article 7 to a series of “rule of law crises” in some EU Member States, particularly in Eastern Europe, became noticeable upon hesitations and attempts to enforce it against Hungary and Poland during the 2010s³⁰.

Therefore, the EU developed a range of initiatives in order to address the issue of breaches to the rule of law both from a preventive and a corrective perspective³¹. In order to address what it has considered to be “systemic threats to the rule of law” the European Commission has launched in 2013 an EU Justice Scoreboard³² as «a tool to promote

²⁹ Article 7 paragraphs 1-3 TEU provides: «1. On a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in article 2. Before making such a determination, the Council shall hear the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure. The Council shall regularly verify that the grounds on which such a determination was made continue to apply.

2. The European Council, acting by unanimity on a proposal by one third of the Member States or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in article 2, after inviting the Member State in question to submit its observations.

3. Where a determination under paragraph 2 has been made, the Council, acting by a qualified majority, may decide to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council. In doing so, the Council shall take into account the possible consequences of such a suspension on the rights and obligations of natural and legal persons.

The obligations of the Member State in question under the Treaties shall in any case continue to be binding on that State».

³⁰ While EU institutions draw the political consequences of the 1999 experiment with article 7 TEU and Austria and preferred to act with significant self-restraint from then onwards, activating it rather late (2017), legal scholarship continued to vigorously support its enforcement with regard to Hungary and Poland. See e.g. D. Kochenov, L. Pech, *Better Late Than Never?*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 24, 2016, p. 1062; L.F.M. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 129-143; S. Carrera, P. Bard, *The European Parliament Vote on Article 7 TEU against the Hungarian Government. Too Late, Too Little, Too Political?*, CEPS, 14 September 2018, available at: www.ceps.eu/ceps-publications/european-parliament-vote-article-7-teu-against-hungarian-government-too-late-too-little/.

³¹ Their effectiveness has already been questioned by the doctrine. See e.g. D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11 No. 3, 2015, pp. 512-540; M. Waelbroeck, P. Oliver, *La crise de l'Etat de droit dans l'Union européenne: que faire?*, in *Cahiers de droit européen*, 2017, pp. 299-342; *Hague Journal on the Rule of Law* – Special Issue on the Crisis of Constitutional Democracy in Central and Eastern Europe, Vol. 10 No. 1, April 2018; A. Di Gregorio (ed.), *The Constitutional Systems of Central-Eastern, Baltic and Balkan Europe*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019.

³² See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The EU Justice Scoreboard – A tool to promote effective justice and growth (COM/2013/0160 final).

effective justice and growth» and in 2014 a Rule of Law Framework³³ meant to set out «a new framework to ensure an effective and coherent protection of the rule of law in all Member States [...] before the conditions for activating the mechanisms foreseen in article 7 TEU would be met». In an attempt to standardise the concept of rule of law, in 2014 the Commission identified six principles which «define [...] the substance of the rule of law», namely the principle of legality, which essentially presupposes the existence of a transparent, responsible, democratic and pluralist legislative procedure; the principle of legal certainty; the prohibition of arbitrariness of the executive power; the independence and impartiality of the courts; the principle of effective judicial review, including respect for fundamental rights; and finally equality before the law. It then proceeded to implement them in an overall evaluation. As a result, a first annual report on the situation of the rule of law within the EU has been issued in 2020³⁴. Last in a long list of legal and institutional attempts to promote and protect the rule of law within the European Union is the recent linking of the EU budget to the respect of rule of law³⁵, already challenged in front of Court of Justice by Hungary and Poland. All these initiatives have further contributed to the transformation of the rule of law from a value and a legal standard into a fully-fledged legal norm, including deterrent sanctions in case they would be necessary. In a nutshell, at the level of EU, the fortified enforcement of the rule of law became the antidote to democratic backsliding.

Along with other EU institutions, the ECJ has also been involved in the transfiguration of the rule of law from a value into a legal norm and into a corrective to democratic decay. Be it through the infringement procedure or through preliminary questions, the ECJ spread-out its realm as to encompass the judicial protection of rule of law with regard to EU institutions³⁶ and with regard to Member States³⁷. However, it is interesting to note that the relevant case-law of the ECJ does not refer to the legal standard of the rule of law in a comprehensive manner, nor does it take the previous approach that equated rule of law with legality, certainty, predictability, *i.e.* with the emphasis upon «a community of people and States based on the rule of law»³⁸ as it used to be the case until the democratic backslide knocked in. As of recently, the case law of the ECJ with regard to the rule of law in the context of democratic decay narrows down the concept to one of its elements. For the time being, it is essentially the principle of the independence of justice, under its various forms and shapes, which has been mobilized by the ECJ. This focus stems from the context of the relevant case law: it is essentially this aspect of the rule of law that is

³³ See Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A new EU Framework to strengthen the Rule of Law (COM/2014/0158 final).

³⁴ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union (COM/2020/580 final).

³⁵ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

³⁶ See *e.g.*, Case C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Parliament and Council*; Case C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company v Her Majesty's Treasury and Others*.

³⁷ See *e.g.*, Case C 286/12, *Commission v. Hungary*; Case C-619/18 R, *Commission v. Poland*; Case C-192/18, *Commission v. Poland*; Joined Cases C-83/19, 127/19 C-291/19, C-355/19 and C-397/19 *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*.

³⁸ See *e.g.*, Case 6/44 *Flaminio Costa v. Enel* or Case 294/83, *Parti Ecologiste "Les Verts" v. Parliament*.

currently at issue in Hungary and Poland and that has concentrated a lot of attention in Romania as well, mainly between 2017 and 2019.

6. *Why the independence of justice matters*

Judicial independence is important not only because it is considered a shield against external and internal influences, be they political, social, ideological, financial *etc.*, but also because it is considered a guarantee of the impartiality of justice with a view to the greater and general scope of justice, namely fidelity to law and not to State power or human will. Since the independence of justice stems from the constitutional traditions of EU Member States as one of the core values of any democratic system of government, until the “systemic threats to the rule of law” it was assumed that inside the EU breaches to this foundational principle are not conceivable. Moreover, adjusting the independence of the judicial system to fit a certain political context or to achieve a specific (individual or subjective) goal means tampering not only with the judicial independence, but also with the rule of law. Such approaches were deemed implausible within the EU.

However, the reversal of democratic transitions or the backsliding of established democracies has often started with the systematic and deliberate demolition of independent institutions, among which courts rank first. Indeed, recent alterations of the classical concept of rule of law have questioned the principle of the independence of justice and the very role assigned to courts in constitutional democracies³⁹. Courts are supposed to constrain power in order to limit its potential for arbitrary and enable it to manifest itself in legitimate ways. In a State governed by the rule of law the judiciary should protect the separation of powers as enshrined by the fundamental law. That means that courts have to make sure that nor the legislative neither the executive can assume and monopolize popular sovereignty and that both powers have to respect fundamental rights. Therefore, it is a common expectation that courts would be able to act in ways which allow for the survival of the rule of law and prevent the exercise of power from derailing into various harmful transfigurations. If the legislative or the executive manage to impose their views on the judiciary, the impact of courts on democracy is void of meaning and the confidence of citizens in the role, importance and independence of justice is in danger. Although it has been argued that «opposing popular regimes in the long run is not an option»⁴⁰ and courts cannot ignore popular beliefs, courts cannot afford to ignore or disrespect law even more than public opinion⁴¹. The power of the judiciary relies as much in the rationality of the legal arguments which support judicial decisions as in the people’s consent to obey the law and that is something which stems from the substantive concept of the rule of law. Therefore, attacks on the independence of the judiciary are a serious threat to the rule of law. The Hungarian and Polish cases being rather well-known by

³⁹ L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017, pp. 3-47.

⁴⁰ J. González-Jácome, *In Defense of Judicial Populism: Lessons from Colombia*, in *International Journal of Constitutional Law*, 03-05-2017, available at: www.icconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/2017.

⁴¹ E.S. Tănăsescu, *Can Constitutional Courts Become Populist?*, in M. Belov (ed.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, pp. 305-320.

now, I will endeavour to quickly examine the Romanian situation, which has its own peculiarities.

7. Rule of law and independence of justice in Romania

7.1. Independence of justice – Romanian legal framework

According to the Constitution (article 124), in Romania justice shall be rendered in the name of the law and justice shall be one, impartial, and equal for all. Judges shall be independent and subject only to the law. Article 126 of the Constitution provides that justice shall be administered by the High Court of Cassation and Justice, and the other courts of law set up by the law, while the jurisdiction of courts and the procedure shall be stipulated only by law. The Romanian judiciary is regulated through two laws, law no. 304/2004 dealing with judicial organization and law no. 303/2004 dealing with the statute of magistrates. Judicial proceedings are regulated by the civil procedural code and the criminal procedural code. Separately, law no. 317/2004 regulates the Romanian judicial council (Superior Council of Magistracy – CSM), a corporatist autonomous body in charge with the management of human resources and disciplinary procedures against magistrates (judges and prosecutors). These three laws have replaced previous ones adopted early in the democratic transition of Romania (1992) and have been revised significantly rather soon after their coming into force, in 2005, and then again in 2018.

The Constitution only mentions the independence of judges and not judicial independence. However, article 1 of the Constitution declares Romania «a democratic and social State, governed by the rule of law, in which human dignity, the citizens' rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and shall be guaranteed». It also provides that «the State shall be organized based on the principle of the separation and balance of powers – legislative, executive, and judicial – within the framework of constitutional democracy». And article 21 of the Constitution guarantees free access to justice, unrestricted by any law, to all persons in the defence of their «rights, liberties and legitimate interests», while all parties are «entitled to a fair trial and a solution of their cases within a reasonable term».

7.2. Independence of justice – Romanian legal and institutional reforms

All prerequisites for the respect of rule of law and judicial independence seem to be in place. And, for what it's worth, Romanian judicial reforms initiated in 2017 by a populist majority in Parliament and its supporting Government have not gone as far as those in Hungary or Poland. Nevertheless, the rule of law backsliding which manifested shortly but intensely all along the legislative mandate of 2016-2019, culminated in 2018 with a

general assault on the independence of the judiciary through legislative amendments⁴², institutional reforms⁴³ and the weakening of the criminal or integrity legal framework. In a nutshell, judicial reforms in Romania focused, *inter alia*, on the creation of a special prosecutorial section meant to investigate crimes accomplished by magistrates coupled with the diminishing of powers of the prosecutorial section dealing with the fight against corruption, the personal liability of magistrates for judicial errors as well as the patrimonial liability of the State for miscarriages of justice. Also, the legal procedures for the appointment of the chief prosecutor of the newly created special section meant to investigate crimes accomplished by magistrates have been revised by Government immediately after their approval by Parliament in order to make possible the designation of a specific person. Civil society, an important fraction of the magistrates, parliamentary opposition and the President of Romania used all available instruments in order to stop or limit the damages. Challenging judicial reforms in front of the Constitutional Court, the use of presidential veto, requests for opinions from Venice Commission or GRECO, requests of preliminary rulings by national judges asking the ECJ to clarify the compliance of different national reforms with EU law or pressure made by EU and other regional and international bodies represented complex resilient practices. I have detailed the political and constitutional context of that general assault elsewhere⁴⁴. Following the general elections of December 2020, a different parliamentary majority has set forth to reverse the tide and correct – to the extent where this is still possible – the wrongs already done, so far with mitigated success.

Still, in 2019 Romanian courts have addressed number of preliminary questions⁴⁵ to the ECJ concerning the respect of rule of law and judicial independence. Until the cut-off date of this contribution the Advocate General has presented his opinion in most of the cases concerning the independence of justice in Romania. Although some of these cases are still pending, one has been decided by the ECJ on the 18th of May 2021. While the details of each case may be of interest for a seasoned lawyer, this paper will not delve into their specifics, but rather attempt to summarize the main issues at stake.

7.3. Independence of justice – preliminary questions of Romanian courts

In short, preliminary questions coming from Romania face the ECJ with two broad types of queries. The first one has to do with the primacy of EU law, an old but still interesting subject. In essence, Romanian judges want to know whether EU law takes precedence over national law not only with regard to the judiciary, but also as far as the legislative and the executive are concerned when they design and implement national policies. And in particular, Romanian judges needed guidance on the nature, legal value and effects of the MCV mechanism and of the periodic reports adopted on its basis,

⁴² B. Selejan-Gutan, *Failing to Struggle or Struggling to Fail? On the New Judiciary Legislation Changes in Romania*, in *VerfBlog*, 31-01-2018, available at: <https://verfassungsblog.de/failing-to-struggle-or-struggling-to-fail-on-the-new-judiciary-legislation-changes-in-romania/>.

⁴³ B. Selejan-Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, in *VerfBlog*, 22-02-2019, available at: <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>

⁴⁴ E.S. Tănăsescu, *Romania: From Constitutional Democracy to Constitutional Decay?*, in V. Besirevic (ed.), *New Politics of Decisionism*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, pp. 177-191.

⁴⁵ See in particular cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-379/19, C-397/2019, C-547/19, C-811/19, C-840/19.

especially in the light of a recent case law of the Romanian Constitutional Court. The second question relates to some institutional innovations brought by the recent judicial reforms and validated by the Constitutional Court, particularly to the creation of a special prosecutorial section for the investigation of magistrates, as well as to the composition of courts' panels specialised in the fight against corruption.

The first question is not new in itself, but it allows the ECJ to go beyond its classical case law on issues of validity and interpretation of EU law. Also, its novelty stems from the fact that it has been framed from a perspective that is specific only to Bulgaria and Romania, since they are the only two Member States enjoying a post EU accession mechanism of cooperation and verification (MCV) regarding the rule of law. The second question is not new either, since the ECJ has already dealt with similar issues, within the context of rule of law, be it in relation with judicial reforms undertaken in Hungary or Poland or with regard to the legal status of prosecutors in other Member States. The first answers of the ECJ to the preliminary questions addressed by Romanian courts are expected during the first half of 2021 and, without going into prospective law, it seems reasonable to expect similar responses to those already provided to other national courts in comparable situations.

Thus, from the onset, it has to be mentioned that national institutional arrangements within the judicial systems of Member States are a substantive matter where competences have not been explicitly conferred upon the EU. However, even when Member States exercise their residual competence, they should make certain that their actions do not impede the fulfilment of EU's tasks. In practical terms, this means not only that Member States cannot disregard EU values, but also that they should assist the EU in fulfilling its own competences. Therefore, while in accordance with article 4 TEU the Union has to respect the «fundamental structures, political and constitutional» as well as «their essential State functions», it cannot allow disrespect to core values and foundational principles of article 2 TEU. The more so since the EU system of competences is complex, flexible, teleological, and evolving. In the absence of competence in matters of judicial organisation, the EU action in this area may be based on competence in terms of guaranteeing the rule of law⁴⁶. Therefore, while the principle of conferral governs the limits to EU competences and judicial organisation remains firmly within the remit of Member States, the independence of justice within Member States may have relevance for the EU from several perspectives: the necessary uniform interpretation and application of EU law if it is meant to remain a normative system with precedence over national legal systems, the principle of effective judicial protection of rights bestowed upon European citizens by the EU law, the principle of mutual confidence of courts and, last but not least, the possibility of courts to address preliminary questions to the ECJ without any interference. All these arguments are to be found in the seminal case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, where the ECJ took the precaution to specify that «in the fields covered by EU law» EU law protects the independence of national courts. Therefore, the ECJ ruled that Member States have to make sure that national courts «meet the requirements essential to effective judicial protection» of which the principle of judicial independence is an integral part. The argument being of general nature, there are

⁴⁶ See *supra* K. Lenaerts.

no reasons to believe it will not be continued by the ECJ, including in the answers that will be provided to Romanian courts.

7.3.1. Primacy of EU and the specifics of the Mechanism of Cooperation and Verification instituted by Decision 2006/928/EC

With regard to the first issue, iteratively raised in a first batch of preliminary questions⁴⁷ addressed by Romanian courts to the ECJ, which relates to the primacy of EU law, the concern was not so much the binding value of the *Commission's Decision 2006/928/EC 13 December 2006 establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Romania to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption* but rather the nature and legal effects of the MCV mechanism as such, and particularly of the periodic reports adopted on its basis. The ECJ has been specifically asked whether the recommendations contained in the Commission's yearly reports are binding on Romanian authorities.

In his opinion, delivered in September 2020, the Advocate General Michal Bobek made clear that, while Decision 2006/928/EC and the mechanism of cooperation and verification is compulsory for Romanian authorities, the reports and the recommendations therein do not enjoy binding value although «they are to be duly taken into consideration by that Member State». Thus, according to article 4 of the Decision 2006/928/EC, the addressees of such reports are the concerned Member States and therefore the consequences of non-compliance, «beyond the possibilities to declare and sanction a potential infringement through the ordinary means of EU law, may also lead to important effects on the participation of Romania in the internal market and on the area of freedom, security and justice». However, since the periodic reports issued by the Commission are meant for the attention of the Council and of the European Parliament, they do not enjoy the same status as the Decision 2006/928/EC and the mechanism set forth by it. Therefore, in the opinion of the Advocate General, national judges cannot rely on the recommendations contained in MCV reports in order to set aside the application of provisions of national legislation that they deem contrary to such recommendations.

The decision of the ECJ on this specific question was awaited with great interest particularly against the case law of the Romanian Constitutional Court which, in decisions no. 104/2018 and no. 682/2018, ruled that «since the meaning of Decision 2006/928/EC establishing a Cooperation and Verification Mechanism has not been clarified by the Court of Justice of the European Union as regards its content, character and temporal limit and whether all these are circumscribed to the provisions of the Treaty of accession [...], that Decision cannot be considered as a reference norm for the judicial review». As a result, the Romanian Constitutional Court refused to make any further reference to Decision 2006/928/EC and considered that the legislator is within its margin of appreciation, as provided by the “constitutional identity” corroborated with national sovereignty, whenever it is making laws that regulate the substance matter of topics covered by the MCV.

Such a position seems difficult to be upheld in the future, at least as far as the legal nature and binding value of the Decision 2006/928/EC and the MCV are concerned,

⁴⁷ See Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*.

particularly in the light of the recent ECJ decision *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*, delivered on the 18th of May 2021 and which clearly asserts the binding nature of those EU legal instruments and their direct effect. Nevertheless, the Romanian Constitutional Court may lawfully continue to refuse to refer to these EU legal instruments as norms of reference for the constitutionality review it performs, although if it decided to turn to a substantive approach towards the concept of the rule of law it would have to acknowledge the correlation between article 1 para. 3⁴⁸ of the Romanian Constitution, which states that Romania is a State governed by the rule of law, and the substantive matter of Decision 2006/928/EC.

On the other hand, ordinary courts of Romania, which are also ordinary courts implementing EU law, find themselves in a totally different situation. Indeed, in a masterpiece decision, the ECJ has managed not to follow the relativity displayed by the Advocate General with regard to the recommendations formulated in the regular reports of the Commission in the framework of the MCV and, while underlining the guiding value of regular reports and recommendations for legislative, executive and judicial authorities of Romania to establish the mandatory character of both Decision 2006/928/EC and MCV, as well as of the benchmarks they provide⁴⁹. The ECJ also obliged regular courts to ensure the full effect of all above mentioned legal instruments, including by leaving, if necessary, unapplied, on their own authority, any contrary provision of national law, even subsequent, without having to request or await the prior elimination of it by legislative means or by any other constitutional process.

Thus, while avoiding to enter in a blunt conversation with the Romanian Constitutional Court, the ECJ simply made use of its classical teleological method of interpretation and, in paragraph 249 of its decision *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*, established that «as regards Decision 2006/928/EC, which is more precisely referred to by the considerations of the Constitutional Court [...], that decision imposes on Romania to achieve as soon as possible the benchmarks it sets out. As long as these objectives are formulated in clear and precise terms and are not subject to any conditions, they have direct effect». The ECJ has managed to reach two objectives with only one strike: it clarified the nature and legal effects of the original legal instrument which is the MVC, and it made binding and enjoined direct effect to the benchmarks fixed by the MCV. By the same token, based on its usual teleological approach, the ECJ has put forward a substantive approach of the rule of law, thus also creating a potential mandatory character

⁴⁸ Article 1, paragraph 3 of the Romanian Constitution provides: «(3) Romania is a democratic and social State, governed by the rule of law, in which human dignity, the citizens’ rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and shall be guaranteed».

⁴⁹ Para. 178 of the ECJ decision *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*: «Decision 2006/928 falls, as regards its legal nature, its content and its effects over time, within the scope of the Accession Treaty. This decision is, as long as it has not been repealed, binding in all its elements for Romania. The benchmarks set out in its annex aim to ensure that this Member State respects the value of the rule of law set out in article 2 TEU and are binding on that Member State, in the sense that the latter is required to take the appropriate measures to achieve these objectives, taking due account, under the principle of sincere cooperation set out in article 4 (3) TEU, of the reports drawn up by the Commission on the basis for the said decision, in particular the recommendations made in the said reports».

for the recommendations made by the European Commission in its regular reports⁵⁰. And without overtly confronting the Romanian Constitutional Court and its *in statu nascendi* doctrine on “constitutional identity”, the ECJ has *de facto* succeeded to considerably reduce the margin of appreciation of Romanian authorities and oblige them to comply with the substance matter of the MCV. From now on, benchmarks of the MCV are to be considered as EU *acquis*, irrespective of the various positions that may be held internally by national authorities.

7.3.2. Judicial organisation and disciplinary regime of magistrates

The second broad question raised by Romanian courts concerns judicial reforms pertaining to judicial organisation. Among other issues, all relevant for judicial independence, the most sensitive ones touch upon the creation of a special disciplinary regime for magistrates⁵¹ and the composition of panels of courts dealing with the fight against corruption⁵². While the disciplinary regime of magistrates has been seriously altered by the judicial reform of 2018⁵³, the composition of courts’ panels specialised in the fight against corruption is the result of a re-evaluation made by the Romanian Constitutional Court, particularly in decisions no. 685/2018⁵⁴ and no. 417/2019, of the *status quo* resulting from a series of previous reforms.

7.3.2.1. Disciplinary regime of magistrates

Unfortunately, the disciplinary regime of magistrates is becoming a regular feature in front of the ECJ⁵⁵. The opinion of the Advocate General Michal Bobek brings no news in this area when it states that while EU law does not impose a specific model of judicial organisation or disciplinary regimes, the independence of justice means that the national legislation «must provide the necessary guarantees in order to prevent any risk of that disciplinary regime being used as a system of political control of the content of judicial decisions». Going into the details of each case, the Advocate General explained why the

⁵⁰ With regard to the legal effects of the reports drawn up by the Commission on the basis of Decision 2006/928, the second paragraph of the operative part of the ECJ’s decision *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”* specifies that they formulate demands with regard to Romania and address “recommendations” to that Member State with a view to achieve the benchmarks. «In accordance with the principle of sincere cooperation, Romania must take due account of the said requirements and recommendations» and must refrain from adopting or maintaining measures in the areas covered by the benchmarks which could compromise the outcome of the requirements and recommendations prescribed.

⁵¹ Cases C-379/19, C-397/2019, C-811/19, C-840/19.

⁵² Cases C-357/19, C-547/19, C-379/19, C-811/19, C-840/19.

⁵³ B. Selejan-Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, in *VerfBlog*, 22-02-2019, available at: <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>.

⁵⁴ See E.S. Tănăsescu, *Romania – Another Brick in the Wall Fencing the Fight against Corruption*, in *VerfBlog*, 19-03-2019, available at: <https://verfassungsblog.de/romania-another-brick-in-the-wall-fencing-the-fight-against-corruption/>.

⁵⁵ See Advocate General’s Opinion in Cases C-487/19 *W.Ž.* (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court – Appointment) and C-508/19 *Prokurator Generalny* (Disciplinary Chamber of the Supreme Court – Appointment) and in Case C-791/19 *Commission v. Poland* (Disciplinary regime for judges).

interim appointment of Romanian Chief Judicial Inspector and the establishment of a specific prosecution section with exclusive competence for offences committed by judges and prosecutors are contrary to EU law. This follows the line already set in cases concerning judicial reforms undertaken in Poland and it may be fair to expect similar decisions with regard to Romania. Needless to say, the Romanian Constitutional Court had previously validated all these reforms, albeit from the perspective of the national Constitution and not from the perspective of their compliance with EU law.

Here as well the ECJ has taken a nuanced and slightly different view than the Advocate General. In the third paragraph of the operative part of its decision *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* the ECJ ruled that «the legal framework governing the organization of justice in Romania, such as the one relating to the *ad interim* appointment to managerial posts of the Judicial Inspectorate and the establishment of a section of the public prosecution responsible for investigating crimes committed against within the judicial system, fall within the scope of Decision 2006/928, so that they must comply with the requirements arising from Union law and, in particular, from the value of the rule of law set out in article 2 TEU». But while the *ad interim* appointment of the chief inspector of magistrates was found to be in breach of EU law (fourth paragraph of the operative part of the same decision), the creation of a special prosecutorial section for the investigation of magistrates was left for the examination of national courts. In particular national courts are required to examine whether such an institutional novelty is justified by objective and verifiable requirements drawn from the good administration of justice and whether it is accompanied by guarantees against its utilisation as an instrument of political control, able to undermine their independence or to prevent them from fulfilling their competence as agents of EU law enforcement (fifth paragraph of the operative part of the same decision).

By placing the legal framework regarding the organization of justice in Romania under the scope of Decision 2006/928 and not acknowledging it as an area where the EU only has residual competences, as it had explicitly done previously, in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, the ECJ has emphasized once more the specificity of the MCV, its legally binding effects and the limits of the margin of appreciation that Romanian authorities enjoy when legislating in the substantive matter covered by Decision 2006/928. Building upon its own case law pertaining to appointments in the judicial systems of Member States and the disciplinary regime of magistrates⁵⁶ the ECJ found that an *ad interim* appointment of the chief inspector of magistrates which appears to have been “custom made” could contradict relevant EU *acquis* but made its judgement dependent on the specific national context (para. 205-206). However, the creation of a special prosecutorial section for the investigation of magistrates could also represent an additional guarantee for the independence of magistrates provided it did not «allow complaints to be introduced in an abusive manner, *inter alia* for the purpose of interfering in sensitive ongoing cases, including complex and high-profile cases related to high-level corruption or organized crime» (para. 218). Since the ECJ noted that «practical examples drawn from the activities of the SIIJ are such as to confirm the realization of the risk [...] that this section is akin to an instrument of political pressure» (para. 219) it summoned

⁵⁶ See judgements in cases C-216/18 PPU, Minister for Justice and Equality; C-619/18, Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court); C-192/18, Commission v. Poland (Independence of ordinary courts); C-824/18, A.B. and others (Appointment of judges to the Supreme Court – Appeal).

national courts to consider that its creation is a breach to EU law unless it is justified by an objective *raison d'être* which it will serve exclusively.

As for the personal liability of judges for damages caused by a miscarriage of justice, the ECJ concurred with the Constitutional Court that it can only be compatible with EU law in so far as it is limited to exceptional cases and framed by objective and verifiable criteria taking into account requirements drawn from the sound administration of justice as well as guarantees aimed at avoiding any risk of external pressure on the content of judicial decisions.

However, on the patrimonial liability of the State for damages caused by a miscarriage of justice, while the ECJ adopted an identical stance with the one pertaining to the personal liability of judges (*i.e.*, it has to be limited to exceptional cases and framed by objective criteria drawn from a sound administration of justice), the Romanian Constitutional Court has recently ruled differently. In a decision taken in March 2021 but expected to be published after the cut-off date of this contribution, the Constitutional Court decided that the State is liable not only in cases of miscarriage of justice, but also in case pre-trial custody has been imposed during criminal proceedings that ended-up through an acquittal, a cessation or a dismissal for any other cause of the criminal prosecution, thus expanding the scope of State liability beyond mere miscarriages of justice⁵⁷. It has to be acknowledged that on the topic of the patrimonial liability of the State a judicial dialogue between the ECJ and the Romanian Constitutional Court was not possible due to the timing of their respective decisions.

7.3.2.2. Composition of courts specialised in the fight against corruption

As for the composition of courts' panels specialised in the fight against corruption, an issue which has been raised only in Romania, the Advocate General found, in April 2021, that, in principle, the EU law does not prevent a national constitutional court from observing that judicial panels have not been established lawfully. Nevertheless, if the case involves the financial interests of the EU, the situation should be examined carefully and, in case the requirement is merely formal, fulfilling such a requirement would be superfluous and it would represent a breach of EU law, particularly of article 325 (1) TFEU. In fact, the Advocate General went a step further and noted that the ECJ should find that a particular ruling of the Romanian Constitutional Court (no. 417/2019) does violate EU law (article 325, para. 1, TFEU). Analysing the substantive matter of that decision of the Romanian Constitutional Court he considered it to be unlawful insofar as the composition of the panels would be declared unlawful only due to the formal lack of specialization of those judges in corruption cases while the same judges were acknowledged to be specialised in criminal law. Together with the fact that, as a result of that decision, numerous first-instance corruption cases dealt with between April 2003 and January 2019 would have to be reviewed and retried, the practical consequences of such a decision based on thin formal grounds appeared problematic because of the effects brought upon the financial interests of the EU. A decision of the ECJ on this matter is still awaited.

⁵⁷ See press release of 3rd March 2021, available at: www.ccr.ro/comunicat-de-presa-3-martie-2021/.

8. Conclusion

Rule of law and independence of justice are core values of the EU and have an important position on the agenda of EU institutions. In recent years the ECJ had to take an active stance in the definition of these legal standards. It is a fact that the recent case law of the ECJ on this subject has been concentrated on judicial independence, most probably because such have been the cases and questions brought in front of it by the Commission and/or the Member States. However, the independence of justice is only one of the elements of the rule of law. It remains to be seen whether the diffusion of the rule of law across the EU and Member States will be followed by its thickening, *i.e.*, whether the relevant ECJ case law will include other constitutive elements and foundational principles of the rule of law than judicial independence. For the time being, the ECJ has made clear that ensuring respect for the rule of law within the EU legal order is not exclusively a judicial task and that it equally concerns EU institutions and Member States, and within these last ones the legislative and the executive as well as the judiciary. Such rulings of the ECJ are to be expected in all areas where the EU has even limited powers. This brings the ECJ closer to the substantive approach of the concept of rule of law, while allowing it to continue to refer to article 2 TEU. Therefore, in order to respond to this requirement and fully transpose the EU *acquis* on the rule of law, Member States cannot simply attempt to fix some of their national “rules” but need to revise the entire rationale of their legal systems and rebalance them as to get attuned to the substantive meaning of this multifaceted concept. It follows that formalistic adjustments of the legal framework pertaining to the organisation and functioning of national judicial systems may not be enough and an entire new legal culture has to be implemented by all national authorities.

Nevertheless, in areas that are not governed by the EU law, the challenge to the rule of law remains wide open and entirely within the remit of concerned Member States. In the case of Romania (and Bulgaria) the unprecedented rule of law monitoring mechanism has long been considered a safeguard against rule of law backsliding, until it has been challenged. Therefore, it has been even more puzzling to observe how backsliding can happen, albeit in a contracted manner, even where safeguards and monitoring are in place. This has been done while concerned national authorities were voicing queries about the long-term effectiveness of MCV, questioning its very continuation since its initial, technical and narrow, objectives had been since long achieved. Indeed, number of regular reports issued by the European Commission before 2017 started to mention the term “irreversible reforms”, the main target for both the Commission and Romania on the subject matters that were submitted to this special monitoring. In addition, the uniqueness of the MCV allowed the concerned States to express doubts with regard to the possibility that breaches to the rule of law or independence of justice in other Member States might get out of sight simply because of the lack of an adequate monitoring tool. In that sense, the first annual report on the situation of the rule of law within the EU, which for Bulgaria and Romania has replaced the MCV reports for 2020, has been a useful exercise in order to have a transversal image of the rule of law across all EU Member States. Nevertheless, in order to reach the full lift of the MCV clear safeguards need to be put in place, as the short-lived but intense assault on the rule of law of 2017-2019 has revealed.

From all the above one can infer that the stance taken by the EU with regard to Romania may be alleviated by the fact that the MCV is still technically in place, as well

as by the reality that the dimensions of the backsliding have been lesser than in other Member States, but significant deviations from what it has now become a fully-fledged EU *acquis* in the area of rule of law are and will continue to be sanctioned, including via the case law of the ECJ.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Populism and Katékon. The Two Souls of the Schmittian State

F. Peirone

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Populism and *Katékon*. The Two Souls of the Schmittian State

*Franco Peirone**

Abstract

In the past decade, populist movements have vindicated another form of democracy that, from the perspective of constitutional law, is rooted in the claim of identity rather than representation. This has also resulted in a general rejection of the political and legal forms that are at the basis of the liberal constitutional form of government. However, the state as a system of rules that enables order – a *nomos* – has not been questioned and it still performs its function of emancipator and restrainer. Carl Schmitt seems to have best synthesized these two concepts by resorting, on the one hand, to the concept of identitarian democracy, a type of democracy based on the identity between rulers and ruled, and, on the other hand, to the *Katékon*, the form of political power that prevents the eruption of chaos. It is where these two elements meet that a bi-dimensional framework for political action, based on time and space, emerges.

Keywords: Populism – Identity – Democracy – *Katékon* — State.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. Clarifying the concept: the Populism. 3. Populism and Schmitt's Identitarian Democracy. 4. On Government of Men and Angels. 5. Approaching the *Katékon*. 6. The teleological horizon of the *Katékon*. 7. Conclusions.

* Lecturer in European and National Constitutional Law, Public Law Department, Maastricht University. The essay was submitted to double blind peer-review.

1. Introduction

This article aims to offer a constitutional law interpretation of the nature of populism and its counter-force, based on Carl Schmitt's elaboration on the matter. The vague nature of populism, its characteristics, critical points, and limits, might be better understood through the prism of his works on democracy and the state. Interestingly, Carl Schmitt might be considered both as the herald of populism, for coining the concept of identitarian democracy, and as the framer of the state capable of resisting populism, as drawing upon the notion of *Katékón*.

The first connection – Schmitt as a forerunner of populism – is, of course, rather obvious. Schmitt's conception of democracy, based on the identity rule between rulers and ruled, is well known, and stems from one of his most famous works¹. This identitarian conception of democracy has been held as a viable alternative democratic paradigm to that of liberal, pluralistic, constitutional, and parliamentary democracy². Its influence was felt far beyond the academic world³.

Together with other Schmittian legal categories – the state of exception, the friend/foe distinction, the geo-political space and the existential legal order –, be they inventions or re-elaborations, the concept of identitarian democracy has been acclaimed for his profundity but has nevertheless not been well received; particularly it has been held to be the evil twin of democracy itself⁴. Then, it comes as no surprise that, with the rise of populist movements in the 2010's, Schmitt's works saw a substantial revival and he is now considered one of the sinister fathers – be it the most sophisticated one – of this political trend⁵.

The second connection – Schmitt's elaboration on the *Katékón*, the force which prevents the fragmentation of the order – is, by contrast, much more controversial. The notion of the *Katékón* is pretty obscure, because of both the content of the notion itself, which is grounded in theology, and the author's interpretation, which is rather evanescent. Moreover, Schmitt addressed this legal concept in less known and more fragmented texts, and it has been generally labeled as shorthand for an amalgam of his anti-modernism and anti-positivism.

However, I do believe that this evasive concept could be utilized in order to gain a better understanding of the Schmittian concept of the legal order, and to find a better contextualization of the relationship between democracy and the state.

¹ C. Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (E. Kennedy ed. transl.), The MIT Press, Cambridge, 2000.

² C. Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (G. Schwab ed. transl.), The MIT Press, Cambridge, 2005; *Political Romanticism* (G. Oakes ed. transl.), The MIT Press, Cambridge, 1986; *Theory of Partisan* (G. Ulmen ed. transl.), Telos Press, New York, 2007.

³ As Muller puts it «thought on Schmitt was safely contained within the universities. Yet Schmittian thought was not». See J-W. Muller, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Yale University Press, Yale, 2013, p. 206.

⁴ K. Kovacs, *Parliamentary Democracy by Default: Applying the European Convention on Human Rights to Presidential Elections and Referendums*, in *Ius Cogens*, No. 2, 2020.

⁵ D. Kelly, *Carl Schmitt's Political Theory of Dictatorship*, in J. Meierhenrich, O. Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, Oxford, 2017; L. Vinx, *The Incoherence of Strong Popular Sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 No. 1, 2013.

The resulting framework forms part of the oscillation that Schmitt experienced between the radical impulses of identitarian democracy and the conservative structure of the *Katékón* in a restless movement in search of a synthesis⁶. The complexity of Schmitt's legal thought then appears as a viable tool for analyzing the current wave of populism in politics and, at the same time, the resilience of the notion of the state as emancipator and restrainer of powers⁷.

2. Clarifying the concept: The Populism

It must first be established what exactly constitutes the concept of populism. The literature, political and legal, on this topic has become overwhelming in just one decade⁸. My tentative definition relates to a constitutional law understanding of the term and to its connection with democracy and the state, both of which are at the core of this article.

The notion was first used to describe the trend of late XIX century Russian intellectuals who were seeking a connection with the people and attempted better to understand their way of living⁹. The notion of populism had a nationalistic tone from its inception, since in Russia this movement had a clear pan-Slavic ethnic and religious connotation, as opposed to the socio-political trend that saw in approaching the Western world the ultimate destiny of the country¹⁰. Populism was therefore an intellectual and cultural movement. It was led by élites, who, different from other élites¹¹, were looking – or thought they were looking – at the real people. Those who were detached from artificial constructs such legislative assemblies and opinion circles, living with their authentic needs and customs. In the populists' view, such organic mass of human experience should have inspired the external and internal political action of the Russian Empire.

Modern populism, despite the different circumstances and the development over the past century of human institutions such as democracy, still has the same structure and

⁶ G. Balakrishnan, *The Enemy: An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Verso Books, London, 2000, p. 221.

⁷ C. Schmitt, *Sound State and Strong Economy* (R. Cristi ed. transl.), in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, University of Wales Press, Cardiff, 1998.

⁸ Among the many: S. Hardt, A.W. Heringa, T. Nguyen, *Populism and Democracy*, Eleven International Publishing, De Haag, 2020; G. L. Neuman, *Human Rights in a Time of Populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020; F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; M. Revelli, *The New Populism*, Verso Books, New York, 2019; E. Roger, G. Matthew (eds.), *National Populism: The Revolt against Liberal Democracy*, Pelican, London, 2018; C. Mudde, C. R. Kaltwesser (eds.), *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017; J-W. Müller, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016; C. De La Torre, *The Promise and Perils of Populism: A Global Perspective*, University of Kentucky Press, Lexington, 2015; D. Albertazzi, D. McDonnell (eds.), *Twenty-First Century Populism. The Spectre of Western European Democracy*, London, Palgrave Macmillan, 2008; F. Panizza, *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso Books, New York, 2005; P. Taggart, *Populism. Concepts in the Social Sciences*, Open University Press, London, 2000.

⁹ The original American populism emerged in the same years and, similarly, was centered around the discontent of American farmers in the West and in the South *vis-à-vis* the 'plutocrats' and 'aristocrats' in Washington and who looked for another type of government which might overcome the pitfalls of representative democracy, see N. Pollack, *The Populist Mind*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1967, p. 337.

¹⁰ L. Canfora, *Gramsci in carcere e il fascismo*, Salerno Editore, Roma, 2012.

¹¹ L. Canfora, *Il mondo di Atene*, Editore Laterza, Roma, 2018.

objectives: culturally, to live organically with the people when they work, live and express themselves, taking distances from cultural élites.

For this reason, populism might be described as a moralized approach to politics that praises a homogeneous group of people against a corrupt elite and minorities that cannot be part of such an undifferentiated collectivity¹². From a legal-political perspective, populism has the aim of removing politicians and other intermediaries – élites again – who stand between the people and power, and of relying only on the will of the people in order to decide what course of action the state should take. The cultural perspective clearly has significant implications for the legal-political one, and the other way around. It is not negligible, for instance, that populism rejects the inclusive, but elitist, political language known as ‘political correctness’. By rejecting this specific political language, as opposed to the common one, populism appears as the political form that aims to bridge together rulers and ruled under the paradigm of identity. This seems to be the very core of the populist claim: that rulers and ruled are the same, that any distinction between them in terms of status (class, power, wealth, but also language, education, background) and actions (language again, but also values, lifestyle, feelings, behaviors) must be rejected¹³. Not surprisingly, this is the same claim, at large, of democracy¹⁴.

Populism, in fact, emanated from the promise of democracy itself: mainly, that is the people who should rule. Even in the most restrained and limited conceptions of democracy, and in their concrete applications, it is the people’s will who rules, or should rule, no matter how it might look¹⁵. But while democracy implies a relation between the rulers and the ruled in terms of identity, populism goes even further by interpreting this (necessary) identity in terms of immediate presence.

Generally, in a democracy, only conditioned powers are allowed to exist: the sovereign – that it is inevitably the people in a democratic regime – must always remain absent from the sphere of politics¹⁶.

Since sovereign power is not immanent to the political community but rather transcends it, it must be represented. According to populists, however, the people are a present, living constituent power, the only one that possesses sovereignty. Following this

¹² The hereby research on populism is theoretical and not empirical – and non-evaluative too –, and therefore it does not investigate whether the populist movement or regimes actually pursue the goals they believe in or claim to believe in. Regarding the opportunistic and power-grapping approach of populism see G. Halmai, *Populism, Authoritarianism and Constitutionalism*, in *German Law Journal*, Vol. 20 No. 3, 2019, p. 296; K.L. Scheppele, *The Opportunism of Populist and the Defense of Constitutional Liberalism*, in *German Law Journal*, Vol. 20 No. 3, 2019, p. 314.

¹³ It is not a random choice that exactly in populist movements is popular the ideal of binding instructions to the parliament by the electors (as well as other tools such as prohibition of more than two legislatures for parliament members, direct consultation with the people for taking political decisions, decrease of parliamentary salary, prohibition of party public financing and so on): they are all consequences of the paradigm of identity between rulers and ruled.

¹⁴ L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 12 No. 1, 2016, p. 6.

¹⁵ According to Bobbio populism arises from the broken promises of democracy: that the people truly never rule. See N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Bari, 1969.

¹⁶ E.W. Böckenförde, *The Constituent Power of the People. A Liminal Concept of Constitutional Law*, in M. Kunkler (ed.), *Ernst-Wolfgang Böckenförde, Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, Oxford University Press, Oxford, 2017; A.J. Jacobson, B. Schlink (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, Berkley, 2000.

populist line of thought, then, political institutions that mediate, dilute and fragment this conception of sovereignty should be removed. In fact, in the populist understanding, there are no institutions; there are only the people¹⁷.

Populism then institutionalizes the undetermined character of the people: not the people in general are sovereign, but the current people, who exist here and now. It is an immanentization of the ideal of popular sovereignty: the sovereign – the people – is contingent and immediate. This cult of immediacy conveys the omnipresence of the ruler whose power cannot be mediated by parliamentary deliberations, political agreements or media communications, which, as *mediators*, all breach the identity between rulers and ruled and therefore do not fit in the populist equation of the sovereign-the people¹⁸.

This explains why so many populists are inimical to, or at least skeptical of, human rights. Human rights prevent political groups from arrogating sovereignty by ensuring that the sovereign cannot be identified with any particular interest advocated in society: they embody the distinction between transcendence and immanence of political power. The human rights mediation determines a political community where the individual does not have to directly confront the generality, whereas for populists, the identity between the rulers and the ruled demands the full concentration of the generality *vis-à-vis* an individual¹⁹. For populists, minorities are not welcome either, since they do not fit the identity paradigm. In their view, they can still exist but they are not entitled to any particular legal entitlement or protection. Consequently, populist regimes have a tendency to repudiate norms of tolerance and openness, and attack institutional checks and balances that protect such minorities²⁰.

¹⁷ R. Howse, *Epilogue: In Defense of Disruptive Democracy. A Critique of Anti-populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17 No. 2, 2019, p. 653.

¹⁸ There has been a significant proliferation of academic definitions of the populist claim to represent the people and then the only legitimate public power: *Constitutionalism Capture* (J.W. Muller); *Constitutional Regression* (T. Ginsburg); *Constitutional Populism* (G. Halmai); *Constitutional Riot* (J. Balkin); *Abusive Constitutionalism* (D. Landau); *Authoritarian Constitutionalism* (M. Tushnet); *Stealth Authoritarianism* (O. Varol); *Autocratic Legalism* (K.L. Scheppele); *Democratic Backsliding* (N. Bermeo); *Democracy Decay* (T. Daly). Despite their differences in names and contents, all these reflections point out that populist movements have a tendency to occupy the space above the law (the constitutional level) by presenting the people as a permanent constituent power; that their political action is mostly exercised in an authoritarian style, with little respect for legal and institutional rules; that their understanding of democracy is anti-pluralist and anti-liberal, in a world, identitarian.

¹⁹ M. Canovan, *Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy*, in Y. Meny, Y. Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave, London, 2002, p. 25; P. Taggart, *Populism and the Pathology of Representative Politics*, in Y. Meny, Y. Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, cit., p. 62; M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, Vol. 47 No. 1, 1999, p. 2; N. Urbinati, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, Vol. 5 No. 1, 1998, p. 110.

²⁰ In the wake of World War II liberal constitutionalism emerged as a default architectural choice for political systems across Europe and North America, and then spread out around the world. This type of government setting generally provides for a written constitution that enumerates individual rights, the existence of a rights-based judicial review, a high threshold for constitutional amendments, a commitment to periodic democratic elections, a system of checks and balances and fidelity to the rule of law. In a word dominated by limited-liberal democracy by a structural purview and constitutionalism-liberalism by a content purview, populism represents an illiberal democratic response to an undemocratic liberal framework. Populism is always anti-liberalism, as a moralized form of anti-liberalism: it rejects liberalism both in economic and political sense.

Populism, generally, does not demand the suppression of the whole system of separation of powers, but rather calls for their rebalancing: if legislation is *deliberare* and the executive is *agere*²¹, they generally favor the executive over the legislative branch of government, the latter of which they blame for its complex procedure but not for the function it expresses²². The branch of government that populists are most critical of is the judiciary. This is because of its adjudicative function, which may obstruct the legislative and executive branches in their functioning (then addressing both constitutional and ordinary courts). Another reason is the judiciary non-democratic nature, which does not fit with the sovereign-people equation²³.

3. *Populism and Schmitt's Identitarian Democracy*

In this article, I argue that there are clear links between populism, as briefly described above, and Schmitt's notion of democracy. Even though he was not the strongest proponent of democracy, Schmitt did believe that after the First World War, democracy was the only legitimate source of power for a political entity. According to him, "the dominant concept of legitimacy is in fact democratic"²⁴.

For Schmitt, democracy has to be understood as an attempt to establish an identity between the rulers and the ruled, the government and the governed, and the state and the people in the search of homogeneity in and of the community²⁵. In his full acceptance of the democratic regime, he believed such an identitarian regime was more consistent and integral to the concept of democracy than the liberal-constitutional state that restricted the democratic power by enacting anti-majoritarian institutions.

In fact, Schmitt noted that two different forms of power might establish and maintain a state: representation and identity. To him, representation was a discursive, inter-subjective, fundamentally elective and artificial form of power. Against it, he expressed his preference for the identity form, which he considered more genuine; and where the full identity between the rulers and the ruled – such as in Ancient Athens – was not possible, the identification of the ruled with the rulers would have still been an acceptable form. This was connected to Schmitt's idea of a monolithic and not pluralistic democracy, with its people at its basis, idealized in one substantial each other's oneness called homogeneity. Since he imagined the people to be homogeneous and considered democratic power to be the only legitimate source of power, there could not be any representation, dilution or delegation of power, but only the pure expression of that power through acclamation and referenda. In particular, the people «can only engage in acts of acclamation, vote, say yes or no to questions» as posed to them from above²⁶. As such, the people «cannot counsel, deliberate, or discuss»²⁷.

²¹ S. Issacharoff, *The Corruption of Popular Sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol 18 No. 4, 2020, p. 1109.

²² J.W. Muller, *The People must be Extracted from within The People*, in *Constellations*, Vol. 21 No. 4, 2014, p. 483.

²³ C. Mudde, C.R. Kaltwesser (eds.), *Populism: a Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 116.

²⁴ C. Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, cit., p. 21.

²⁵ *Idem*, p. 24.

²⁶ C. Schmitt, *Constitutional Theory* (J. Seitzer ed. transl.), Duke University Press, Durham, 2008, p. 34.

²⁷ C. Schmitt, *Legality and Legitimacy* (J. Seitzer ed. transl.), Duke University Press, Durham, 2004, p. 93.

Schmitt's conception of democracy is therefore against the ideal of a deliberative parliament, where public opinion would be able to crystalize and guide state action. In fact, he questioned the whole ideal of a rational public opinion that should agree to the best or most truthful arguments rather than to power, will or interest-based demands. Schmitt rejected this: he argued, «the essence of political life is to be understood as a pure decision not based on reason and discussion [...] an absolute decision created out of nothingness»²⁸.

Therefore, tools for creating, debating, and circulating ideas are, in Schmitt's view, not essential, nor are the corollary rights of freedom of opinion, speech, press and manifestation. Such freedoms are not so important as they are in a representative democracy: the whole system of freedom of speech, assembly, the press, the public meeting, parliamentary immunities, and privileges presupposed a deliberative vision of parliamentary practice²⁹. Most of these rights were protected on the basis of their contribution to parliamentary debate that is not relevant in the Schmittian identitarian democracy. Because the people are homogeneous, there is no need for a melting pot of different opinions; since there are no delegated powers, there is no need for a free press which checks and controls abuses; there is no point for representation, because there is only will. Individuals do not need to form their own ideas because the people's own ideas are internal: paraphrasing St. Augustine, *in interiore populi habitat veritas*.

This political form may as well imply the necessity of marginalization of minorities that fall outside the identity paradigm on which democracy rests. In contrast to representative democracy, identitarian democracy embraces intense, life-threatening crises where minorities are expelled from the collective body of the people by making the people even truer to themselves and keeping their homogeneity intact³⁰.

4. On Government of Men and Angels

Populism nowadays finds in Schmitt's identitarian democracy a viable model: both populism and identitarian democracy aim at substituting the relationship of trust between rulers and ruled, which characterizes representative democracy, with the one of identity. In particular, they equally contrast the concept and implications of accountability that is at the basis of representative democracy. The emphasis on accountability values that is inherent to representative democracy emanates, more intimately, from the pessimistic conception of human nature.

Accordingly, men, especially politicians, are not angels and so they must be bound as much as possible³¹. It is on this pessimistic conception of human nature that the modern tradition of representative democracy was built on³².

²⁸ C. Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, cit., p. 28.

²⁹ B. Scheuerman, *Is Parliamentarism in Crisis? A Response to Carl Schmitt*, in *Theory and Society*, Vol. 24 No. 1, 1995; W.E. Scheuerman, *Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism*, in *The Review of Politics*, Vol. 58 No. 2, 1996.

³⁰ C. Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, cit., p. 9.

³¹ L. Miotto, *From Angels to Humans: Law, Coercion, and the Society of Angels Thought Experiment*, in *Law and Philosophy*, 2020, p. 2.

³² M. Oakshott, *The Politics of Faith and the Politics of Skepticism*, Yale University Press, New Haven, 1996, p. 21.

Accordingly, the existence of democracy and public power is nothing more than the second best – or the least worst – option in government of men. As stated by Madison³³, if men were angels, no government would be necessary (and therefore no democracy would be needed). Considering the human nature, however, a government must exist, because men are evil, and incapable of doing well by themselves. The least bad option is therefore to have a (democratic) government, whose powers have been constrained and slowed-down, and that is least intrusive as possible in human affairs. This because, following Madison, the government itself is the greatest of all reflections on and of human nature, and therefore, is evil per se³⁴. If we had to govern angels, neither external nor internal controls on government would be necessary. But because of men, there must be a government, and such a government must be bound, limited and representative.

Bound, in order to prevent the rulers to do excessive harm to the ruled by abusing the powers given to the former by the latter; limited, because it is still preferable to have the harm done by men in their individual capacity rather than through the means of government, or at least, this will reduce the harm done to property owners; and representative, because the better and wealthier men would be the most apt to use public power and resist its temptations. Populism might accept this pessimistic understanding of human nature, and even the necessity though not desirability of government, but it comes to different conclusions: because men are bad, especially politicians, it is better to extract them from the people, who instead are inherently good, every time it is not possible to have the people directly ruling themselves. The most natural and immediate way to make sure that rulers do not betray or neglect the ruled, populists argue, is the bring them under the paradigm of identity. The concept of identity imposes a form of accountability on politicians in terms of deprivation of a specific political language, a margin of political appreciation and any long-term strategy that could not be immediately appreciated and approved by the people.

5. *Approaching the Katékon*

As established thus far, Schmitt seems to be the most relevant constitutional law scholar in the field of populism; no other scholar has expressed so clearly, in terms of identitarian democracy, the aspirations and the structure of populism, and its anchorage to democracy itself.

However, Schmitt is also the legal thinker of a structured and complex state, based on legal rules, even if mostly of existentialistic type, that seems at odds with the populist idea³⁵. Moreover, Schmitt never adhered to a Soviet-style nihilistic conception of the law, nor to a *volkisch* palingenesis of the law in name of the people pure will³⁶. Certainly,

³³ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers* (C. Rossiter, C. R. Kesler eds.), Signet Classics, New York, 2003, p. 322.

³⁴ Schmitt linked atheism and skepticism to the government “For [Dostoyevsky’s] basically anarchistic (and thereby, also, atheistic) instincts, every political power was something wicked and inhuman”, C. Schmitt, *Römischer Katholizismus und Politische Form*, Klett-Cotta, Köln, 1925, p. 54.

³⁵ Muller describes Schmitt’s constitutional theory as «a brilliant conservative effort in deconstructing and containing mass democracy». See J-W. Muller, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, cit., p. 31.

³⁶ R. Sharlet, *Stalinism and Soviet Legal Culture*, in R.C. Tucker (ed.), *Stalinism: Essays In Historical Interpretation*, Routledge, London, 1977, pp. 158-160.

Schmitt was never wholly detached from the German tradition of thinking about the legal nature of the state³⁷. For him, the state was inextricably linked to the law: it is an institution created and constituted by rules, which are the way to explicate sovereignty at its basis³⁸. The Schmittian state, therefore, is mostly a *nomos*.

What role has the state in the Schmittian identitarian democracy framework? It seems that the state has both emancipatory and restraining functions: liberating the energies of democracy by taking political-existential decisions, but also restraining its inherently disruptive force. As such, the Schmittian state is created through a decision, temporally contingent, and does not allow any other conflicting decision during its lifetime: there shall be no other state as long as there is such a state.

The state is therefore made of a continuous and internal democratic struggle: resorting to another Schmittian concept, it lives in a permanent state of exception. This perpetual tension, which Schmitt accepts as an inherent element of politics, especially in democracies, makes the state live in a peculiar condition: it cannot ever rest in peace. By never being at peace, the state prevents the *bellum omnium contra omnes*³⁹ by ensuring a form of political order wherein everyone gives back his original (unlimited) power on the world to the state, sublimating the inter-subjective conflicts into a higher, political dimension⁴⁰.

Because individuals living in it have to mediate with it, compromise with it and deal with it, the state takes up the role of the great mediator, where the continual democratic struggle takes place within its framework and boundaries. The state is therefore the creator and guardian of the mundane peace⁴¹. The political form of the state dilutes then the natural violence of democracy throughout the principle of representation of political instances, diverging from the populist principle of mere identity⁴².

To understand the nature of such a state and its function in Schmitt's thought, as well as its relationship with the ideal of identitarian democracy, it may be useful to refer to the theological concept of *Katékon*⁴³, the temporal power that withholds the appearance of the Antichrist⁴⁴. Schmitt has referred to and re-interpreted this concept from a constitutional law perspective, in line with the classic authors⁴⁵, describing the *Katékon*

³⁷ R. Howse, *Europe and the New World Order*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19 No. 1, 2006.

³⁸ N. Bhuta, *The Mystery of the State. State Concept, State Theory and State Making in Schmitt and Oakeshott*; M. Loughlin, *Nomos*; L. Vinx, *Carl Schmitt's Defence of Sovereignty*, in D. Dyzenhaus, T. Poole (eds.), *Law, Liberty and State: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

³⁹ N. Bobbio, *Democracy and the International System*, in D. Archibugi, D. Held (eds.), *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Polity, Cambridge, 1995, p. 17.

⁴⁰ Schmitt believes then that Hobbes wrote *Leviathan* as a form of political action in an attempt to counteract the anarchy brought about by the religious fanaticism and sectarianism that destroyed the Commonwealth during the Puritan Revolution.

⁴¹ C. Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol* (G. Schwab, E. Hilfstein eds. transl.), University of Chicago Press, Chicago, 2008.

⁴² C. Schmitt, *The Leviathan in Political Theory of Thomas Hobbes* (G. Schwab ed. transl.), Greenwood Press, Westport, 1996.

⁴³ M. Cacciari, *Il Potere che frena*, Milano, Adelphi, 2013; M. Maraviglia, *La penultima guerra. Il Katékton nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Edizioni Universitarie, Napoli, 2006; M. Nicoletti, *Trascendenza e Potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia, 1990.

⁴⁴ 2 Ts 2, 1-12 (2,7)

⁴⁵ Tertullian, *Apology XXXII*, 1: "And it is this, that we are of opinion that the conflagration of the universe

as the political form that prevents the dissolution of the existing order. For him, the lawlessness and the absence of order represented the realm of the Antichrist: by contrast, a legal order was a concrete historical force that upheld the maintenance of truth through the tireless efforts of mankind.

The first appearance of the concept of *Katékon* dates back to two lesser-known works *Land und Meer* and *Beschleuniger wider Willen*⁴⁶. Both were written twenty years later the works on identity and democracy, in a very different context, where Schmitt's concern was no longer how to exploit the energies of the will of the people *vis-à-vis* the constraints imposed by alien forces – such as the Treaty of Versailles – but rather how to frame a restraint against the disruptive forces that wanted to annihilate and eradicate the past in the name of a new world order, such as the United States and the Soviet Union. Later, in *Nomos of the Earth* Schmitt comes back to the *Katékon*, giving it a full account within his political theology, as a historical concept that preserves the monolith of Christianity and holds back the end of history⁴⁷.

For him, the *Katékon* is indeed a given concrete political power acting in the world, which arrests the explosion of chaos and, as such, is a necessary element of Christian theology⁴⁸. Interestingly, Schmitt describes the *Katékon* not only as a restraining and preventing force, but also transformative power that safeguards what it destroys, enacting a new form of what was once old, like the German-Roman Empire and the Catholic Church did in the Middle Ages with regard to the former Roman and Pagan traditions. The *Katékon*, therefore, beyond refraining and preventing, means also preserving and re-comprehending.

The Schmittian *Katékon* is therefore very similar to the Hobbesian Leviathan: it is a god, but mortal⁴⁹. It means that it strives for perpetuity but is not eternal. The *Katékon* occupies a certain space and time, exercising a containing force that prevents and restrains any internal element that trespasses its boundaries, being delirious and compromising its political form. It might expand and enlarge its boundaries, as a result of political struggle and of decisions taken within, but it does need boundaries.

Thus, the Schmittian state might be described as a *Katékon* to the identity claims that populism fosters. The concept of a *Katékon* is at odds with the principle of identity between rulers and ruled, since there cannot be any restraint when the restrainer is identical to the restrained.

However, the *Katékon* is by no means merely a keeper of the order. By preventing and refraining the chaos, the *Katékon* owns it, so that the chaos shall not fully manifest itself:

which is now at hand, and is likely to flame out in the conclusion of this century, and to be such a horrid scene of misery, is retarded by this interposition of the Roman prosperity; and therefore we desire not to be spectators of dissolving nature; and while we pray for it to be deferred, we pray for the subsistence of the Roman Empire”.

⁴⁶ C. Schmitt, *Beschleuniger wider Willen oder: Problematik der westlichen Hemisphäre*, in *Das Reich*, 19 April 1942, now in C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (G. Maschke ed.), Duncker & Humblot, Berlin, 1995; however, Schmitt himself vindicated that the first elaboration of the theory of *Katékon* dates back to a letter of him to Pierre Linn in 1932. C. Schmitt, *Glossarium* (P. Dal Santo ed. transl.), Giuffrè, Milano, 2001.

⁴⁷ C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (G.L. Ulmen ed. transl.), Telos Press, New York, 2003, pp. 13; 40.

⁴⁸ *Idem*, p. 49.

⁴⁹ *Idem*, p. 59.

the *Katékon* is the prison of the chaos. The *Katékon* is then inhabited by impulses and disorders of the civil war. However, since it permits to such a disorder to live within, by giving a limited time and space to the chaos emersion, it actually prevents its apocalyptic manifestation. Therefore, the *Katékon* contrasts the chaos, but in doing so it must endorse part of its nature too⁵⁰. Thus, by refraining populism, the state-*Katékon* also contains and comprehends it – popular sovereignty is an essential part of the state authority. As the mortal god that contains and equalizes all individuals, it represents them by containing them.

In what way, then, the state-*Katékon* is different from the liberal state? Could it be that Schmitt, after thirty years of complex legal and political thinking, simply revisited his original anti-parliamentarian ideas and concluded that, in the end, a representative-liberal state was the only viable option for political entities? No, not every state – and, surely, not the liberal state – is a *Katékon*. In order to qualify as a *Katékon*, the state has to be an empire (a *Reich*): a political entity capable of exercising a significant force in both the crucial dimensions of time (*Epoch*, as a temporal arch for human interactions) and space (*Raum*, as a territorial basis for its political orientation). For being a *Katékon*, such a state has to move further its boundaries, to have a growing authority in order to not lose its imperial authority (*autorictas* derives from *augere*, to expand and increment). Its imperial authority is therefore connected to its proactive energy: it has to increment its energy because its essence is production and conservation altogether⁵¹.

Therefore, the state-*Katékon* must have *potestas* and *autorictas*. Without the latter, its power would be exclusively an executive power, as it was in the XIX century liberal state: a *Staat* and not a *Reich*, and therefore not a *Katékon*. The task of the state-*Katékon* is to hold back the advance of universalism, to delay the realization of world unity, which for Schmitt is the negation of the political action, and therefore of the human condition. Without a teleological horizon, the state and its public power would be lost, meaningless, errant, in a word, delirious.

For Schmitt the only remedy to such a meaningless, non-political world (the realm of the Antichrist) is the recognition of, and unequivocal obedience to, the *Katékon*: and that is why there must be a teleological horizon for such power.

6. On the Teleological Horizon of the *Katékon*

Despite its crucial role in history, the *Katékon*, in the form of the state or another political form, does not have any divine authority. According to Schmitt, the *nomos* of the *Katékon* is not the eternal Truth, whose not even an iota should fall down.

The *Katékon* cannot claim any true authority in the theological sense: it may *regere* (to reign) but cannot *imperare* (to lead) towards a final goal. Its power is ultimately temporal. Accordingly, the *Katékon* is a mortal and temporary political form, and one should be able to name the *Katékon* for every circumstance. Schmitt believed in the

⁵⁰ M. Cacciari, *Dell'Inizio*, Adelphi, Milano, 1990, p. 624.

⁵¹ R. Cavallo, *Il Katékon nella teologia politica di Carl Schmitt: forza che frena o forza che trasforma?*, in *Democrazia e Diritto*, No. 3, 2008.

uninterrupted succession of historical *Katékon*: it is possible, then, that the *Katékon* in the past was not the state and will not be the state in the future either, but will instead take an entirely different form⁵².

A political form, however, might vest the role of *Katékon* insofar as its *potestas* is sustained by *autorictas*, meaning that the *Katékon* can perform its function only if it has a credible, teleological horizon. In the *Nomos of the Earth*⁵³ Schmitt points out that the *Katékon* teleological horizon prevents and restrains, on this earth, the eruption of chaos and disorder, in order to protect something of value. This might have been, in the past, the Catholic Church or the German-Roman Empire, which have ensured the continuity between the ancient world and the Middle Ages, so that the legacy of the Classic and Christian world would not be lost in the advent of new times.

Sometimes even minor institutions or characters can fulfill the role of the *Katékon*, like the Habsburg Emperors Franz Joseph, who prevented, through his efforts and long life, the dissolution of the Austrian-Hungarian Empire, a bulwark of the XIX century European order, or Rudolph II who, because of his flamboyant and accommodating character, managed to delay the outbreak of the Thirty Years War, and so the division of Germany⁵⁴. In any case, the *Katékon* – better, each *Katékon*⁵⁵ for each crucial time and space⁵⁶ – has always the aim of preventing the eruption of chaos.

However, exactly because of Schmitt's adherence to Christian theology, the *Katékon* too has to fall in the end and let the disorder emerge. Schmitt equates then the realm of the Antichrist on earth to a hubristic period of peace in which all meaningful difference is eliminated⁵⁷. The Christian conception of history does not accept the myth of the eternal and cyclical return: it is rather teleological. From a Christian theological perspective of human history, once the disorder has emerged, for a given time the *Katékon* will contain it. The Antichrist will therefore prevail on the *Katékon*, which will brutally dismissed, but in the end, Christ will return and conclude human history.

Therefore, ultimately the fall of the *Katékon* is not only inevitable but also necessary for the achievement of human salvation. By preventing the advent of disorder, the *Katékon* also prevents the *Eschaton*, the end of all the things and the coming of the Truth. That is why, once its restraining function has been performed, the *Katékon* has to

⁵² Schmitt admitted that Europe, as a political entity, could have been in the future a *Katékon* against the dominion of the technique imposed by the United States and the Soviet Union. C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, cit., p. 317.

⁵³ C. Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, cit., p. 44.

⁵⁴ C. Schmitt, *The Grossraum Order of International Law with a Ban on Intervention for Spatially Foreign Powers: A Contribution to the Concept of Reich in International Law*, in *Writings on War* (M. Nunan ed. transl.), Polity Press, Cambridge, 2011, p. 75.

⁵⁵ Interesting examples noted by Schmitt are the Byzantine Empire, which prevented the Islam to conquer Southern Europe for almost thousand years; Marshal Pilsudski, which retarded the umpteenth division of Poland during his rule; and President Masaryk, who anchored the Czechoslovakia to Western Europe after the First World War. See M. Ojakangas, *A Philosophy of Concrete Life: Carl Schmitt and the Political Thought of Late Modernity*, Peter Lang, Bern, 2006, p. 35.

⁵⁶ A *Katékon* might then have a different size and role according to the time and space that it intervenes it, from centuries to few years, from enormous continental space to single territory. C. Schmitt, *Glossarium*, cit., p. 91.

⁵⁷ J. Meierhenrich, O. Simons, H. Oliver, *A Fanatic of Order in an Epoch of Confusing Turmoil: The Political, Legal, and Cultural Thought of Carl Schmitt*, in J. Meierhenrich, O. Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, cit.

disappear, to be dismissed⁵⁸. Interestingly, the *Eschaton* begins with the triumph of the forces of disorder and culminates with the appearance of the Antichrist⁵⁹, whose treacherous capacity is exactly to manifest himself as Christ without actually being Him. The Antichrist is indeed a (false) substitute for Christ, but not His opposite: he is a living false truth⁶⁰. Thus, returning to our Schmittian interpretation of populism and *Katékon*, the self-decision of populism that makes immanent what should be transcendent, namely sovereignty, it is false truth of self-assertion.

Here populism actually acts like the Antichrist: a living sovereign, a perpetual constituent power, which aims to manifest itself as the truth. Populism therefore wants to exist as a pure form of political power without any mediation, representation, or boundaries, as they have been all settled by the state-*Katékon*, which instead tries to retard, infinitely but unsuccessfully, the moment when the current immanent people coincide with the sovereign people.

7. Conclusions

The concluding remarks open the door to another question, namely *if* the state, as we have understood it for the last two centuries, still has a teleological horizon, if it still is a plausible *Katékon* vis-à-vis the forces of different natures, which aims to get rid of the current legal order.

The answer to this question goes beyond the scope of this contribution. This article had the more limited ambition of casting a light on the character of the political trend labeled ‘populism’ and of assessing the resistance and durability of the limits – in the sense of boundaries – to such a political attitude, which have been found in the Schmittian concept of *Katékon*.

Nowadays, what appears relevant in the *Katékon* concept, more than who embodies it, is the function it expresses in political-legal terms: by retarding the end of all the things, it enables a time – to be intended as the temporal endurance of a certain set of shared understanding of human interactions – and a space – intended as a large space with sufficient cultural hegemony where a political idea might irradiate and unify – that is eminently political, allowing men to decide on their existential basic conditions of living together: *Katékon* and identitarian democracy then, might go together⁶¹.

⁵⁸ 2 Ts 2, 1-12 (2,8).

⁵⁹ The enemy to which 2 Ts 2 refers and, whom the Messiah will eliminate, is not called the evil but rather than *a-nomos*. W. Horbury, *Antichrist among Jews and Gentiles*, in M. Goodman (ed.), *Jews in a Graeco-Roman World*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 117.

⁶⁰ What were for Schmitt the forces of chaos? The neutral and de-politicizing notions of liberalism, Marxism, globalization, and pacifism: they actually appeared to him as demoniac entities, self-proclaiming values good once for all, which do not know distinction or differentiation, and enacting a World State with ‘power over each race, people, language and nation’ (Ap 13,7). Such forces seem to be – in the Schmittian thought – the Antichrist, whose function is the world pacification and whose structure is *a-nomic*, deprived of a *nomos* which it is always partition of the earth. Schmitt was clearly concerned for ‘the end of history’ in the aftermath of World War II. See C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, Greven Verlag, Köln, 1950, p. 90. Still, he believed that the course of history was not yet ended. See E. De Vries (ed.), *Alexandre Kojève - Carl Schmitt Correspondence*, in *Interpretations*, Vol. 29 No. 1, 2001, p. 91.

⁶¹ M. Nicoletti, *Il Katéchon (2Ts 2,6-7) e l'Anticristo*, in *Politica e Religione*, 2008/2009, p. 15.

Schmitt's famous assertion that «the concept of the state presupposes the concept of political»⁶² also works the other way round: the political exists in the framework of the state; but while the *political* is a permanent condition of human life, the state is only a temporary framework for politics, just like the *Katékon*. The fact that in the same author, it is possible to find both the most classic claim of populism and the most lucid interpretation of the function of the state proves once more the richness and complexity of Carl Schmitt's legacy.

⁶² C. Schmitt, *The Concept of Political* (G. Schwab ed. transl.), Chicago University Press, Chicago, 1996, p. 19.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Il nuovo regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: verso una più efficace tutela dello Stato di diritto?

E. Gallinaro

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Il nuovo regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: verso una più efficace tutela dello Stato di diritto?

*Elisa Gallinaro**

Abstract

On 16 December 2020 the Regulation on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget was finally approved, after having been long-awaited by scholars to test the adequacy of the response of European institutions to the rule of law crisis that is severely affecting some EU countries. From a substantive perspective, the paper aims at highlighting some elements that, albeit crucial for the functioning of the instrument, do not seem to be sufficiently defined in the final text. Moreover, since the European Council conclusions of 10 and 11 December 2020 seem to introduce some ex-post amendments to the Regulation, the paper will investigate – through a comparative analysis of the two texts – if that is the case and if the scenario can be considered as a breach of EU law by the European Council. Finally, taking into consideration the principles governing conditionality mechanisms, a preliminary assessment of the effectiveness of the Regulation as an instrument to safeguard the rule of law within the EU legal order will be developed.

Keywords: European Union – Rule of law – Conditionality – Multiannual financial framework.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il contesto da cui origina la proposta di Regolamento della Commissione sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri. 2.1 La tutela dei principi fondamentali dell'Unione europea e le difficoltà applicative dell'art. 7 TUE. 2.2 La proposta di Regolamento della Commissione sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri. 2.3 L'utilizzo dei meccanismi di condizionalità all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. 3. Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: un compromesso al ribasso? 4. Le conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020. 5. La posizione di Commissione europea e Parlamento europeo sulle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre. 6. Conclusioni.

* Dottoranda in Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano. Il testo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco.

1. Premessa

Il 16 dicembre 2020 il Regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione¹ è stato finalmente approvato, dopo essere stato a lungo atteso dalla dottrina per testare, nuovamente, l'adeguatezza della risposta delle Istituzioni europee alla crisi dello Stato di diritto che sta gravemente interessando alcuni Paesi dell'Unione europea.

Infatti, nel contesto dei negoziati che hanno portato all'approvazione del Quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021-2027², sin dal principio particolare attenzione era stata posta non solo sulla capacità dell'Unione europea di fornire un significativo segnale di coesione e compattezza, promuovendo una risposta comune idonea ad attenuare l'impatto socioeconomico dell'emergenza sanitaria conseguente alla pandemia di COVID-19, ma anche sulla reciproca interferenza, nel progetto di integrazione europea, tra i profili prettamente economici/finanziari e quelli che si caratterizzano per un più ampio respiro politico, quale la rilevanza del principio dello Stato di diritto³. Più specificamente, nel pacchetto di misure volte ad alleviare le conseguenze economiche dell'emergenza pandemica in atto negli Stati membri attraverso uno specifico piano per la ripresa – il c.d. *Next Generation EU*⁴ – costituiva un aspetto particolarmente innovativo la proposta (*ex art. 322 TFUE*) di un Regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione⁵, nella quale si prospettava l'attribuzione all'Unione della facoltà di adottare «opportune misure», quale la sospensione o la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti e il divieto di assumerne di nuovi, in caso di «carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto di uno Stato membro».

La versione definitiva del suddetto Regolamento, tuttavia, ha suscitato in dottrina reazioni fortemente discordanti: da un lato⁶ l'approvazione del Regolamento è stata considerata, di per sé, un risultato positivo e tutt'altro che scontato, alla luce della

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *GUUE* L 433/1 del 22 dicembre 2020.

² Il QFP è disciplinato dall'art. 312 TFUE. Per una ricostruzione esaustiva circa la procedura legislativa volta alla sua adozione nonché con riguardo al rapporto tra il QFP e il bilancio annuale dell'Unione, cfr. S. Cafaro, *art. 312 TFUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2014, pp. 1472-1474. Il QFP 2021-2027 è stato approvato con il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, in *GUUE* L 433/1 del 22 dicembre 2020.

³ Sul concetto di «Stato di diritto» e sulla sua evoluzione storica, cfr. R. Bin, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, pp. 1149-1162.

⁴ Le diverse misure proposte, più volte integrate per potenziarne l'efficacia, sono ricondotte a unità nella Comunicazione della Commissione europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM (2020) 456 def., 27 maggio 2020.

⁵ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, COM (2018) 324 def., 2 maggio 2018.

⁶ C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, Vol. 1, 2021, pp. 214-217.

minaccia, avanzata nel corso dei negoziati⁷ da Ungheria e Polonia, di esercitare il proprio “diritto di veto”⁸ sull’intero pacchetto del QFP 2021-2027 nel caso in cui tra le misure in adozione vi fosse stata inclusa la *rule of law conditionality*; dall’altro lato⁹, sono state rilevate numerose criticità sia su taluni aspetti sostanziali del Regolamento, ritenuti frutto di un compromesso “al ribasso” rispetto alla proposta iniziale, sia sulle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre¹⁰ che ne hanno accompagnato l’adozione e che sembrano, *de facto*, modificare la portata del Regolamento stesso.

Nonostante attualmente le sorti del Regolamento appaiano incerte, essendo pendenti i giudizi di annullamento promossi da Ungheria e Polonia l’11 marzo 2021¹¹, pare utile sin

⁷ Per un approfondimento in merito ai negoziati che hanno portato all’approvazione del QFP 2021-2027, cfr. C. de la Porte, M. Dagnis Jensen, *The Next Generation EU: An Analysis of the Dimension of Conflict behind the Deal*, in *Social Policy Administration*, Vol. 55, 2021, pp. 388-402.

⁸ Ai sensi dell’art. 312 TFUE, il QFP viene adottato all’unanimità dal Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo, sicché l’opposizione tanto di quest’ultimo quanto di un singolo Stato membro ostano al proseguimento della procedura legislativa.

⁹ L. Pech, S. Platon, K.L. Scheppele, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 13/12/2020, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>.

¹⁰ Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni*, EUCO 22/20, 11 dicembre 2020.

¹¹ Rispettivamente, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*; si vedano i relativi ricorsi in *GUUE* C-138/24 del 19 aprile 2021. Le censure formulate dai due Stati membri sono molto simili, investendo entrambe l’individuazione dell’art. 322 TFUE quale base giuridica, il rapporto tra il nuovo meccanismo di condizionalità e la procedura di cui all’art. 7 TUE, la conformità ad alcuni principi fondamentali dell’ordinamento dell’Unione e, infine, sia pur con differenti finalità, specifiche norme del Regolamento. Quanto al primo profilo, secondo l’Ungheria (1° motivo) la menzionata disposizione del TFUE si limiterebbe a disciplinare le modalità di adozione dei regolamenti che recano regole finanziarie relative, in particolare, all’esecuzione del bilancio, mentre il Regolamento 2020/2092 non conterrebbe tale tipo di regole. Similmente, la Polonia contesta che sulla base di tale norma possano essere definite le circostanze nelle quali i principi che concretano lo Stato di diritto debbano ritenersi violati da parte di uno Stato membro e le conseguenti misure che le istituzioni dell’Unione possono attuare, sia pur ai fini della protezione del bilancio UE, lamentando altresì la natura sanzionatoria di dette misure, asseritamente non riconducibili a meccanismi di condizionalità (1° e 2° motivo). Con riferimento all’art. 7 TUE, entrambi gli Stati membri ritengono che il Regolamento introduca in via surrettizia un procedimento parallelo a quello ivi disciplinato, determinandone l’elusione e la violazione; di conseguenza, il Regolamento violerebbe parimenti l’art. 269 TFUE, che stabilisce la competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi sulla legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell’articolo 7 del TUE (2° motivo ric. Ungheria, 5° e 6° motivo ric. Polonia). Nel ricorso della Polonia tale censura viene circostanziata dall’affermazione per la quale la contrarietà al diritto primario consisterebbe nell’aver definito il concetto di Stato di diritto, di cui all’art. 2 TUE, in un atto di diritto secondario, evocando così il principio di attribuzione. È tuttavia l’Ungheria a istituire un collegamento tra la violazione di tale principio (art. 5, par. 2, TUE) – oltre che di quelli di ripartizione delle competenze (art. 4, par. 1, TUE) e dell’equilibrio istituzionale (art. 13, par. 2, TUE) – e la violazione dell’art. 7 TUE. Diversamente, nel ricorso della Polonia l’art. 7 TUE torna nuovamente in evidenza nelle argomentazioni relative a un ulteriore profilo di illegittimità: concreterebbe infatti uno sviamento di potere (11° motivo) l’adozione di un regolamento che si dichiara volto a proteggere il bilancio dell’Unione, ma che in realtà sarebbe finalizzato a eludere sia i requisiti formali per l’avvio della procedura posta dal TUE a garanzia del rispetto dei principi dello Stato di diritto sia i requisiti sostanziali per l’avvio della procedura di infrazione cui all’art. 258 TFUE. Il contrasto del Regolamento con i principi che circoscrivono le competenze dell’Unione e delle sue Istituzioni viene invece ricondotto dalla Polonia al primo motivo di ricorso, relativo all’assenza di una valida base giuridica, quale suo ulteriore sviluppo, rilevandosi in aggiunta che il Regolamento arrecherebbe pregiudizio alle prerogative riconosciute agli Stati membri nell’assolvimento di funzioni per essi essenziali (art. 4, par. 2, TUE), in particolare, quelle volte a garantire l’integrità territoriale,

d'ora approfondire tali rilievi, per anticipare le criticità che potrebbero presentarsi nella sua prima applicazione, e per verificare se, almeno in parte, questo nuovo strumento potrà effettivamente aprire nuove prospettive per una più efficace tutela del principio dello Stato di diritto nell'Unione europea. A tale fine, muovendo da una breve ricognizione delle ragioni all'origine dell'adozione del regolamento, l'attenzione si focalizzerà dapprima sulla proposta presentata dalla Commissione, anche in rapporto alla prassi precedente relativa ai meccanismi di condizionalità nell'Unione europea, per poi rivolgersi al testo definitivo e, infine, alle menzionate conclusioni del Consiglio europeo e alle reazioni che queste hanno suscitato da parte della Commissione e del Parlamento europeo.

2. Il contesto da cui origina la proposta di Regolamento della Commissione sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri

2.1. La tutela dei principi fondamentali dell'Unione europea e le difficoltà applicative dell'art. 7 TUE

Come noto, la codificazione dei valori posti a fondamento dell'UE di cui all'art. 2 TUE¹² è il punto di arrivo di un lungo processo di ampliamento del raggio d'azione e degli obiettivi dell'Unione, nel quale, accanto ad una progressiva estensione delle competenze e delle politiche perseguite, si è approfondito il fondamento politico e ideale del progetto di integrazione, e si è sviluppato un ricco insieme di principi ispirati alle «eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa»¹³. A tal proposito, si è rilevato che l'*acquis communautaire* sarebbe un insieme frammentato se detti principi generali non

a mantenere l'ordine pubblico e a proteggere la sicurezza nazionale (7° motivo). Rimanendo dell'ambito delle doglianze relative alla violazione di principi fondamentali, in tutti e due i ricorsi assumono una valenza autonoma quelle concernenti il principio di certezza del diritto, motivate attraverso considerazioni d'ordine generale dall'Ungheria (3° motivo) e con riferimento a singole disposizioni del Regolamento dalla Polonia (9° motivo). Infine, mentre quest'ultima aggiunge motivi a supporto della domanda di annullamento dell'atto lamentando il mancato rispetto di ulteriori principi generali dell'ordinamento – di proporzionalità e sussidiarietà (3° motivo, in relazione al Protocollo n. 2, e 10° motivo, con riguardo all'art. 5, par. 4 TUE), di parità di trattamento tra gli Stati membri (art. 4, par. 2, TUE), specificamente, con riferimento alle modalità di accertamento delle violazioni dello Stato di diritto, a discapito di quelli di piccola e media dimensione (8° motivo) – e deduce altresì, al medesimo fine, la violazione dell'art. 296 TFUE, ravvisando un difetto di motivazione, l'Ungheria dedica la parte finale del ricorso (dal 4° al 9° motivo) a motivare in maniera puntuale le domande di annullamento di specifiche disposizioni del Regolamento (art. 4, par. 1, lett. h, art. 5, par. 2 e 3, art. 6, par. 3 e 8), proposte in subordine. Nonostante si ravvisi quindi una differente strategia processuale, è probabile che i due ricorsi vengano riuniti.

¹² Art. 2, TUE: «L'Unione europea si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze». Sulla rilevanza dell'art. 2 TUE all'interno del sistema dei Trattati dell'Unione, nonché in merito alla possibilità di ricorrere a meccanismi di tipo giurisdizionale in caso di violazione dei valori ivi enunciati, cfr. L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, No. 19, 2020, pp. iv-xxvi.

¹³ Preambolo TUE.

conferissero unitarietà al sistema, contribuendo alla sua autonomia e coerenza interna¹⁴, e che l'art. 2 TUE contenga una "clausola di omogeneità", ovvero che il nucleo di valori comuni in esso espresso costituisca il collante fra gli Stati membri¹⁵.

Proprio al fine di garantire una maggior tutela di tali valori fondamentali, con il Trattato di Amsterdam¹⁶ è stata introdotta all'art. 7 TUE una procedura di controllo sulla condotta degli Stati membri che può portare all'adozione di sanzioni sospensive di diritti inerenti alla qualità di membro dell'Unione in caso di «rischio di violazione grave» o di violazione «grave e persistente» degli stessi. Detto meccanismo, definito «nuclear option»¹⁷, è però risultato inefficace, sia per difficoltà inerenti alle regole procedurali – in primis, gli alti quorum decisionali – sia per l'evidente scarsa propensione alla sua attivazione da parte degli Stati membri¹⁸. A tale riguardo è stata coniata l'espressione "dilemma di Copenaghen"¹⁹, rilevandosi un'incongruenza²⁰ nel fatto che l'Unione, molto rigida circa il rispetto da parte dei Paesi candidati all'adesione di valori e standard comuni – ivi inclusi i principi democratici e lo Stato di diritto²¹ – non sia in grado poi di condizionare il godimento dei diritti inerenti allo *status* di Stato membro all'osservanza dei principi fondamentali dell'Organizzazione.

L'inefficacia del meccanismo *ex art. 7 TUE* è rilevante soprattutto alla luce della situazione politica attuale in alcuni Stati membri – Ungheria e Polonia in particolare – a riguardo della quale si è evocata una vera e propria «crisi dello Stato di diritto»²², peraltro

¹⁴ G. Strozzi e R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 219.

¹⁵ E. Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 96.

¹⁶ Trattato sull'Unione europea (TUE), versione consolidata del Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea e i trattati che istituiscono le Comunità europee, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997.

¹⁷ J. Barroso, *State of the Union 2012 Address*, discorso pronunciato dinanzi alla sessione plenaria del Parlamento europeo del 12 settembre 2012, SPEECH/12/596.

¹⁸ Una ampia ricostruzione critica del dibattito dottrinale scaturito dalle difficoltà applicative del meccanismo di cui all'art. 7 TUE, sotto il profilo tanto procedurale quanto politico-istituzionale, è delineata in D. Kochenov, *Article 7: A Commentary on a much Talked-About "Dead" Provision*, in A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski e M. Schimdt (Eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlin, 2021, pp. 127-154.

¹⁹ V. Reding, *Safeguarding the Rule of Law and Solving the "Copenhagen dilemma": Toward a New EU-Mechanism*, discorso pronunciato nella sessione plenaria del Consiglio degli Affari Generali del 22 aprile 2013, SPEECH/13/348, p. 3.

²⁰ D. Kochenov, *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 43.

²¹ È questo il c.d. "criterio politico", definito dal Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993 in vista dell'allargamento dell'Unione a Est, nonché dell'ammissione di Cipro e Malta.

²² Per un inquadramento della situazione dello Stato di diritto all'interno dell'Unione europea cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sullo Stato di diritto 2020*, COM(2020) 580 def., 30 settembre 2020. Redatta nell'ambito del meccanismo europeo per lo Stato di diritto, la relazione è basata sull'analisi di quattro elementi fondamentali: il sistema giudiziario, il quadro anticorruzione, il pluralismo dei media e altre questioni istituzionali relative al bilanciamento dei poteri. Alla parte generale, si aggiungono 27 capitoli, dedicati alle valutazioni dell'Istituzione in merito al rispetto di tale principio da parte dei singoli Stati membri. Il capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Polonia è disponibile all'indirizzo:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0320&from=EN> e quello sulla situazione dello Stato di diritto in Ungheria all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal->

ulteriormente aggravatasi nel corso dell'emergenza pandemica²³. Circa l'incidenza che la violazione sistematica di tale principio fondamentale dell'UE determina sul processo di integrazione, la Commissione ha evidenziato che «la fiducia di tutti i cittadini dell'Unione e delle autorità nazionali nel funzionamento dello Stato di diritto è particolarmente cruciale per l'ulteriore sviluppo dell'UE come spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne»²⁴; questa valutazione è senz'altro condivisibile, considerando come, per esempio, l'assenza di indipendenza delle autorità giudiziarie in uno Stato membro possa incrinare la fiducia sulla quale si fonda il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie che costituisce il cardine della cooperazione giudiziaria in materia civile²⁵ e penale²⁶.

2.2. La proposta di Regolamento della Commissione sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri

La crescente preoccupazione per la crisi dello Stato di diritto è stata raccolta e condivisa dalle istituzioni europee che, negli ultimi anni, hanno suggerito l'utilizzo di meccanismi estremamente diversificati tra loro al fine di garantire una maggior tutela all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione di tale principio fondamentale UE²⁷.

content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0316&from=EN. In dottrina, data la grande rilevanza della questione, tanto sotto il profilo politico-costituzionale interno degli Stati membri quanto sotto quello del diritto dell'UE, per le conseguenze giuridiche e politiche che riverbera sul processo d'integrazione europea, la crisi dello Stato di diritto è stata oggetto di estensiva indagine. *Ex multis*, si vedano, A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski e M. Schimdt (Eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, cit., e, in esso, le ricostruzioni dell'evoluzione illiberale della Polonia e dell'Ungheria proposte, rispettivamente, da M. Wiacek, *Constitutional Crisis in Poland 2015-2016 in the Light of the Rule of Law Principle*, pp. 15-34, e B. Bako, *Hungary's Latest Experiences with Article 2 TEU: The Need for "Informed" EU Sanctions*, pp. 35-72; M. Elósegui, A. Miron, I. Motoc (Eds.), *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer International Publishing, Cham, 2021, nel quale si segnala in particolare il contributo di D. Spielmann, *The Rule of Law Principle in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, pp. 3-20, incentrato sull'analisi della giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo e sul suo ruolo nell'emersione del principio dello Stato di diritto all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

²³ L. Benko, *The Battle for the Compliance with the Rule of Law in the European Union is not over yet*, in *AIES Fokus*, Vol. 5, 2021, pp. 1-4; K. Kovács, *Hungary and the Pandemic: A Pretext for Expanding Power*, in *VerfBlog*, 11/03/2021, <https://verfassungsblog.de/hungary-and-the-pandemic-a-pretext-for-expanding-power/>; J. Sawicki, *La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in *DPCE Online*, Vol. 43, No. 2, 2020.

²⁴ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2014) 158 def., 11 marzo 2014.

²⁵ Art. 81 TFUE: «L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali».

²⁶ Art. 82 TFUE: «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».

²⁷ Un quadro esaustivo a riguardo è ricostruito in M. Dani, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, Vol. 1, 2021, pp. 210-214 e in R. Manko, *Protecting the Rule of Law in the EU. Existing Mechanisms and Possible Improvements*, European Parliament Research Service, PE 642.280, novembre 2019. Tra i meccanismi di natura diplomatica o politica, mette conto ricordare il c.d. "meccanismo per lo Stato di diritto", volto a promuovere, muovendo dalla relazione sullo Stato di diritto della Commissione, un dialogo con cadenza annuale tra le Istituzioni

Nessuno di questi, tuttavia, è parso offrire una soluzione pienamente soddisfacente né con riguardo all'attuale *impasse* relativa a flagranti violazioni né in funzione preventiva rispetto all'emergere di simili casi in futuro.

Muovendo da tale consapevolezza, la Commissione presentava nel 2018 la proposta di Regolamento volta ad introdurre nel QFP 2021-2027 un regime di condizionalità finalizzato a ricollegare l'erogazione dei fondi europei al rispetto dello Stato di diritto; ricordando che l'Unione è una comunità di diritto e che i suoi valori costituiscono la base stessa della sua esistenza, giustificava quindi la necessità di inserire siffatta *rule of law conditionality*, sostenendo che il rispetto dello Stato di diritto è «un presupposto essenziale per soddisfare i principi di una sana gestione finanziaria²⁸, sanciti dall'art. 317 TFUE» e che «l'economia europea prospera perlopiù laddove il quadro giuridico e istituzionale [degli Stati membri] rispecchia appieno i valori comuni dell'Unione». Ciò si deve, in particolar modo, al fatto che le carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri «si ripercuotono sul buon funzionamento delle autorità pubbliche e sull'effettivo controllo giurisdizionale e, pertanto, possono nuocere gravemente agli interessi finanziari dell'Unione»²⁹.

Al fine di tutelare il bilancio dell'Unione, nella proposta era prospettata l'introduzione di una procedura in cui il ruolo chiave sarebbe stato ricoperto dalla Commissione stessa, la quale, all'esito di una fase istruttoria simile a quella prevista nella procedura

europee e gli Stati membri in merito a tale principio fondamentale dell'UE; tra i rimedi giurisdizionali, si ricorda il ricorso alla procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, in relazione a inadempimenti del diritto UE da parte di Ungheria e Polonia ricollegabili all'erosione dello Stato di diritto sul piano interno (cfr. per es., C-286/12, *Commissione c. Ungheria*; C-192/18, *Commissione c. Polonia*). Con riferimento a tale prassi, cfr. M. Carta, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, No. 2, 2019, pp. 311 ss., che sottolinea come, sebbene la procedura d'infrazione sia risultata essere il meccanismo più efficace tra quelli di cui le Istituzioni europee si sono avvalse al fine di sopperire alle difficoltà applicative dell'art. 7 TUE, essa non possa essere considerata una soluzione di carattere generale per sanzionare la violazione dei valori fondamentali UE, di cui all'art. 2 TUE. Infatti, mentre il meccanismo *ex art. 7 TUE* può essere avviato anche sulla base di atti nazionali adottati in settori di esclusiva competenza interna degli Stati membri che, ciononostante, violino o rischiano di pregiudicare gravemente i principi fondamentali dell'UE, la procedura d'infrazione, per stessa definizione dell'art. 258 TFUE, può essere attivata solo per l'inadempimento di obblighi previsti nei Trattati o da atti di diritto derivato. Ciò implica che, attraverso la procedura d'infrazione, la Corte di giustizia non possa pronunciarsi in relazione a «violazioni che travalichino singole situazioni e assumano le dimensioni di un problema sistematico» (Commissione, COM (2003)606, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del trattato sull'Unione europea. Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, 15 ottobre 2013), a differenza della procedura *ex art. 7 TUE*.

²⁸ Il principio di sana gestione finanziaria è stato definito dall'art. 2, n. 59 del Regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 luglio 2018 che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 come «l'esecuzione del bilancio secondo i principi di economia, efficienza ed efficacia». Circa le modalità attraverso cui le istituzioni mirano a garantire detto principio, cfr. J. Lacny, *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?*, in A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski, M. Schimdt (Eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, cit., pp. 276 ss.

²⁹ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, cit.

d'infrazione *ex art. 258 TFUE*³⁰, avrebbe proposto, nel caso avesse ravvisato carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto suscettibili di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione³¹, «opportune misure»³²; queste sarebbero state infine approvate dal Consiglio utilizzando il meccanismo della c.d. *reversed qualified majority*³³, in base al quale per determinarne il rigetto sarebbe stato necessario un pronunciamento negativo a maggioranza qualificata entro un mese dalla presentazione della proposta da parte della Commissione.

La proposta di Regolamento ha trovato un immediato e fermo supporto da parte della dottrina. In primo luogo, è stata accolta con favore l'idea di fondo della condizionalità, riassunta nell'espressione “hit offending nations by the wallet”³⁴, essendo considerato «intollerabile»³⁵ che i Paesi membri nei quali sono state rilevate criticità sistematiche circa il rispetto dello Stato di diritto siano tra i principali beneficiari dei fondi dell'Unione europea: la Polonia, infatti, è stata la maggiore beneficiaria complessiva nel QFP 2014-2020, ottenendo 86 miliardi di euro dai vari Fondi strutturali e di investimento europei³⁶; l'Ungheria risulta, invece, il principale destinatario di fondi europei pro capite, avendo ricevuto 25 miliardi di euro dai vari Fondi strutturali e di investimento europei nel QFP 2014-2020³⁷. Inoltre, ponendosi nella prospettiva dell'“effetto utile”, si è ritenuto che il meccanismo proposto, sebbene non idoneo a sostituire l'art. 7 TUE e la funzione a esso attribuita nell'ordinamento giuridico dell'UE, avrebbe potuto perlomeno sopperire ad alcune carenze da questo evidenziate, introducendo un incentivo economico al rispetto dello Stato di diritto. A tal riguardo, è bene chiarire che già nella proposta era evidente come lo scopo principale del Regolamento non coincidesse con quello della specifica procedura prevista dall'art. 7 TUE per sanzionare la violazione dei valori fondamentali dell'UE, risultando più limitato, e come il suo meccanismo di azione si discostasse altresì da quello delle altre misure a cui le istituzioni UE sono ricorse al medesimo fine di garantire effettività all'art. 2 TUE: infatti, nel nuovo strumento la violazione dello Stato

³⁰ In tale fase, la Commissione avrebbe preso in considerazione varie fonti, interne (sentenze della Corte di giustizia, relazioni della Corte dei conti) ed esterne all'Unione, quali eventuali raccomandazioni di altre organizzazioni internazionali.

³¹ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, cit., art. 3, dove è disposto un elenco esemplificativo di tali casi.

³² *Idem*, art. 4: la sospensione dell'approvazione di uno o più programmi o di una loro modifica; sospensione degli impegni; riduzione degli impegni; riduzione dei prefinanziamenti; interruzione dei termini di pagamento; sospensione dei pagamenti.

³³ Su cui il Servizio giuridico del Consiglio aveva espresso dubbi circa la sua compatibilità con i Trattati: Consiglio dell'Unione europea, Servizio giuridico, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, parere JUR 13593/18 INIT, 25 ottobre 2018.

³⁴ F. Heinemann, *Going for the Wallet? Rule-of-law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics*, Vol. 53 No. 6, 2018, pp. 297-301.

³⁵ R. Daniel Kelemen e K.L. Scheppele, *How to Stop Funding Autocracy in the EU*, in *Verfassungsblog*, 10 settembre 2018, <https://verfassungsblog.de/how-to-stop-funding-autocracy-in-the-eu/>.

³⁶ Commissione europea, *European Structural and Investment Funds: Country Factsheet – Poland*, 19/05/2016, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/factsheets/2016/european-structural-and-investment-funds-country-factsheet-poland.

³⁷ Commissione europea, *European Structural and Investment Funds: Country Factsheet – Hungary*, 19/05/2016, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/factsheets/2016/european-structural-and-investment-funds-country-factsheet-hungary.

di diritto non è sanzionata in via diretta; la *rule of law conditionality* è formulata perlopiù quale misura a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, con specifico riguardo alla corretta esecuzione del suo bilancio. Solo indirettamente, quindi, il Regolamento potrebbe avere anche un effetto deterrente in relazione alla violazione dei valori fondamentali dell'Unione, stimolando i Paesi membri a rispettare lo Stato di diritto pur di ricevere i fondi UE.

D'altra parte, già a una prima lettura della proposta, il *focus* sulla protezione del bilancio dell'Unione e l'individuazione dell'art. 322 TFUE come base giuridica³⁸ per l'adozione del Regolamento potevano essere considerati un *escamotage* per eludere, restando strettamente entro i confini delle competenze dell'Unione, la riluttanza di alcuni Stati membri ad accettare una forma di controllo da parte delle Istituzioni europee su questioni considerate di rilevanza puramente interna, nonché le complesse procedure di revisione dei Trattati la cui attivazione si sarebbe invece resa necessaria al fine di rafforzare, a livello di normativa primaria, il meccanismo di tutela dei principi fondamentali ivi previsto.

2.3. L'utilizzo dei meccanismi di condizionalità all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea

La valutazione della proposta della Commissione non può prescindere da una sua contestualizzazione, all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, nel quadro del sempre più frequente ricorso a meccanismi di condizionalità³⁹ nelle politiche europee, tanto nelle relazioni esterne quanto in quelle interne.

Inizialmente, la condizionalità è stata applicata nel contesto delle relazioni esterne dell'Unione, in modo particolare negli accordi internazionali con cui l'UE ha subordinato la concessione di aiuti umanitari o di preferenze commerciali a Paesi terzi al loro rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani, in linea con quanto sancito dall'art. 21 TUE⁴⁰.

³⁸ Circa l'individuazione dell'art. 322 TFUE come base giuridica del Regolamento, la quale, come *supra* riportato, è poi divenuta uno dei motivi alla base dell'impugnazione dell'atto da parte di Ungheria e Polonia, è interessante notare che anche il Governo italiano, nella Relazione ex art. 6 della legge n. 234 del 2012, pubblicata il 17 dicembre 2018 (disponibile sul sito del Senato all'indirizzo <http://notes9.senato.it/web/docuorc2004.nsf/3e6f3c4fe8473afc12576ab0043eda1/ec38f44d29cabbd1c12582830064cf0d?OpenDocument>), relativa all'aggiornamento della sua posizione negoziale in merito alla proposta della Commissione europea sulla *rule of law conditionality*, aveva espresso dubbi, giacché «l'art. 322 consente di definire soltanto regole finanziarie sulle modalità e sull'esecuzione del bilancio» e, pertanto, appariva inappropriata rispetto alla finalità di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione di fronte alla violazione dello Stato di diritto degli Stati membri.

³⁹ In termini generali, la condizionalità è stata definita da A. Baraggia, *The New Regulation on the Rule of Law Conditionality: A Controversial Tool with Some Potential*, in *IACL-AIDC Blog*, 22 dicembre 2020 come «a way for a subject to exercise power not purely through coercion, but through building consent or obedience via the control of resources». Cfr. anche per un inquadramento in merito all'uso dei meccanismi di condizionalità nell'Unione europea, in considerazione anche della *rule of law conditionality* introdotta con il Regolamento 2020/2092.

⁴⁰ «L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: [...] b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale». Cfr. per un'accurata ricostruzione delle modalità attraverso le quali l'Unione promuove i propri valori fondamentali e, in particolar modo, lo Stato di diritto nell'ambito delle proprie relazioni esterne, nonché dei meccanismi di condizionalità impiegati a tal fine, T.P. Holterhus, *The Legal Dimensions of Rule of Law Promotion in EU*

Una chiara esemplificazione di questa politica, definita del “carrot-and-stick”⁴¹, si rinviene nell’Accordo di Cotonou⁴², istitutivo di un partenariato tra l’UE e settantanove Stati dell’Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP). Dopo aver ribadito all’art. 9 che «il rispetto dei diritti dell’uomo, i principi della democrazia e lo Stato di diritto, sui quali si fonda il partenariato ACP-UE, ispirano le politiche interne e internazionali delle parti e costituiscono gli elementi essenziali del presente accordo», l’Accordo prevede, all’art. 96, una procedura di consultazione e la possibilità di adottare «misure appropriate» in caso di violazione dei suddetti diritti e principi; queste, in conformità al diritto internazionale, devono risultare proporzionate alla violazione, e possono comprendere la sospensione dell’applicazione dell’Accordo, totale o parziale, nei confronti della parte inadempiente⁴³.

Tale meccanismo ha trovato applicazione quindici volte⁴⁴; tra queste, risulta esemplare il caso dell’azione intrapresa nei confronti della Guinea-Bissau nel 2011, a seguito di un colpo di Stato che aveva fatto sorgere numerose preoccupazioni circa il rispetto dello Stato di diritto nel Paese; a causa dell’esito negativo delle consultazioni avviate dal Consiglio con le autorità nazionali della Guinea-Bissau⁴⁵, venne sospesa l’erogazione di larga parte dei finanziamenti in corso ai sensi dell’Accordo; la sospensione si estese sino a marzo 2015 e venne rimossa solo a seguito delle libere elezioni tenutesi nel Paese nel 2014 e del conseguente ripristino dell’ordine costituzionale.

Foreign Policy: EU Treaty Imperatives and Rule of Law Conditionality in the Foreign Trade and Development Nexus, in *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 9, 2018, pp. 71-108.

⁴¹ L. Bartels, *Human Rights Conditionality in the EU’s International Agreements*, Oxford Scholarship Online, 2012, pp. 1-2.

⁴² Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell’Africa, dei Caraibi e del Pacifico e la Comunità europea e i suoi Stati membri, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, in *GUUE* L 317 del 15/12/2000.

⁴³ Come noto, la possibilità di sospendere l’applicazione del trattato in conseguenza di un inadempimento dello stesso è prevista, a livello di diritto internazionale consuetudinario, dal principio *inadimplenti non est adimplendum*, codificato all’art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tale principio incorpora un’idea di «reciprocità negativa» (H. Waldock, *Second Report on the law of treaties*, in *YILC*, 1963, vol. II, Law of Treaties – Agenda item 1, p. 73), per la quale la sostanziale violazione di disposizioni essenziali per l’oggetto e lo scopo del trattato da parte di una delle parti legittima l’altra parte o le altre parti a sospenderne l’esecuzione o a estinguerlo, parzialmente o totalmente. L’accordo di Cotonou, prevedendo che le azioni adottate in reazione all’inadempimento debbano essere ad esso proporzionate, richiama altresì il principio di proporzionalità, che secondo Riphagen (W. Riphagen, *Preliminary Report on the content, forms and degrees of international responsibility – Part 2 of the draft articles on State Responsibility*, in *YILC*, 1980, vol. II, parte I, p. 112, par. 27) «seem to govern all legal consequences of an internationally wrongful act». In particolare, posta in correlazione con il principio *inadimplenti non est adimplendum*, la proporzionalità implica (B. Simma e C.J. Tams, *art. 60*, in O. Corten e P. Klein (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 1374) che le parti si devono astenere dal sospendere o estinguere un trattato, se la violazione materiale che ha provocato tale reazione era «of a trivial nature». L’unanime riconoscimento della validità di detti principi non ha evitato l’emergere di difficoltà nella prassi circa la valutazione della proporzionalità delle misure adottate a seguito di una violazione di disposizioni pattizie; cfr. sul punto, D. W. Greig, *Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1994, pp. 295 ss.

⁴⁴ Consiglio dell’Unione europea e Consiglio europeo, *Consultation procedure (art. 96)*, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/cotonou-agreement/article-96-cotonou-agreement>.

⁴⁵ Consiglio dell’Unione europea, *Council decision concerning the conclusion of the consultations with the Republic of Guinea-Bissau under Article 96 of the partnership agreement between the members of the African, Caribbean and the Pacific group of States of the part, and the European Community and its Member States, of the other part*, Interinstitutional file 2011/0178 (NLE), 13 luglio 2011.

Solo successivamente la prassi della condizionalità ha trovato spazio nei rapporti interni tra l'Unione e gli Stati membri portando all'introduzione delle cosiddette "spending conditionalities" nei regolamenti disciplinanti il bilancio dell'Unione. Nel QFP 2014-2020, per esempio, vincoli di condizionalità erano previsti sia nei meccanismi di coesione (Fondo europeo di sviluppo regionale, Fondo sociale europeo e Fondo di coesione), sia in quelli attinenti ai settori dell'agricoltura e alla pesca (Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca) e altresì in quelli relativi agli affari interni (Fondo asilo, migrazione e integrazione e il Fondo per la sicurezza interna), con lo scopo principale di garantire un uso efficiente delle risorse erogate⁴⁶.

A seguito della proposta della Commissione di inserire una clausola di condizionalità legata più specificamente al rispetto dello Stato di diritto all'interno del QFP 2021-2027, la dottrina si è interrogata se già vi fossero, all'interno del QFP 2014-2020, strumenti giuridici attraverso i quali poter sospendere l'erogazione di fondi europei ai Paesi membri in caso di violazione di tale principio fondamentale. In modo particolare, si è fatto riferimento al Regolamento recante disposizioni comuni sui Fondi⁴⁷, secondo il quale gli Stati membri devono stabilire dei sistemi nazionali di gestione e di controllo dei Fondi strutturali e di investimento europei con lo scopo di garantire che le risorse siano spese conformemente al diritto dell'Unione e ridurre al minimo il rischio di una loro dispersione⁴⁸. Qualora siano rilevate gravi carenze relative al funzionamento di tale sistema di gestione e controllo, la Commissione può sospendere «la totalità o una parte dei pagamenti intermedi a livello di priorità o di programmi operativi»⁴⁹. Con riguardo a tale meccanismo si è sostenuto che le violazioni sistematiche dello Stato di diritto da parte di uno Stato membro potrebbero essere classificate come «gravi carenze relative al funzionamento di tale sistema di gestione e controllo del programma operativo» e che, conseguentemente, la Commissione avrebbe già potuto, nel corso del QFP 2014-2020, sospendere l'erogazione di fondi in tali casi⁵⁰.

Questa lettura estensiva dei poteri attribuiti alla Commissione, tuttavia, non risulta persuasiva. Vi osta anzitutto il dato testuale, poiché nel Regolamento recante disposizioni comuni n. 1303/2013 non viene mai espressamente menzionata la violazione dello Stato di diritto come condizione per la sospensione dei pagamenti dei Fondi strutturali e di

⁴⁶ Tali meccanismi sono sommariamente descritti in L. Mańko, M. Sapała, *Protecting the EU Budget against Rule of Law Deficiencies*, European Parliamentary Research Service, PE 630.299, giugno 2020, p. 3. Nonostante il ricorso a meccanismi di condizionalità sia stato significativamente esteso nel QFP 2014-2020 rispetto al periodo precedente, la Corte dei Conti europea ha ritenuto che sia difficilmente verificabile se essi siano risultati efficaci come strumenti di incentivo ad una spesa dei fondi europei maggiormente conforme al principio di sana gestione finanziaria da parte degli Stati membri. A tal proposito, cfr. Corte dei conti europea, *Ex ante Conditionalities and Performance Reserve in Cohesion: Innovative but not yet Effective Instruments*, Special report, n. 15, 2017.

⁴⁷ Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, in *GUUE* L 347/320 del 20 dicembre 2013.

⁴⁸ *Idem*, artt. 72-74.

⁴⁹ *Idem*, art. 142.

⁵⁰ R. Daniel Kelemen, K.L. Scheppele, *How to Stop Funding Autocracy in the EU*, cit.

investimento europei. Alla luce di questo, nella prospettiva di una interpretazione soggettiva che valorizzi la volontà degli Stati, è altresì arduo sostenere che i paesi membri – molti dei quali esplicitamente contrari a ogni forma di controllo su questioni che ritengono estranee alla cooperazione nell’ambito dell’Unione – abbiano accettato una previsione implicita in tal senso, senza sollevare la questione della mancanza di competenza della Commissione in merito; un tale comportamento remissivo risulterebbe infatti contraddittorio nel raffronto con quello tenuto nel complesso negoziato che ha introdotto – in questo caso esplicitamente – una forma di condizionalità legata al rispetto dello Stato di diritto nel QFP 2021-2027.

In conclusione, appare assai più convincente l’opinione per la quale proprio il fatto che non fosse prevista nel QFP 2014-2020 una condizionalità di spesa legata al rispetto dello Stato di diritto ha reso necessaria la proposta della Commissione relativa all’introduzione della *rule of law conditionality*⁵¹.

3. Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione: un compromesso al ribasso?

L’approvazione del Regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione ha posto fine allo stallo nei negoziati relativi all’intero pacchetto del QFP 2021-2027 generato dalla contrarietà di Ungheria e Polonia all’inserimento nello stesso della *rule of law conditionality*. Ciò è stato possibile grazie ad un compromesso con i due paesi riflesso, oltre che nella versione finale del Regolamento, anche nelle conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020⁵², che ha determinato un deciso ridimensionamento della portata del meccanismo di condizionalità inizialmente proposto dalla Commissione. Significativa in tal senso è la rimozione dal titolo del Regolamento del rimando alle «carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto». Nonostante, quindi, a livello strettamente procedurale non siano stati apportati emendamenti sostanziali rispetto alla proposta della Commissione, se non in merito alla maggioranza con la quale verranno approvate le misure proposte dalla Commissione sulla base del Regolamento all’interno del Consiglio⁵³, vi è chi ha ritenuto che le aspettative iniziali siano state disattese⁵⁴.

Detta critica trova supporto andando a esaminare le condizioni per l’applicazione del meccanismo di condizionalità. Risulta infatti necessario che si verifichi una violazione dello Stato di diritto di portata tale da «compromettere o rischiare di compromettere *in modo sufficientemente diretto* la sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o la

⁵¹ M.J. Rangel de Masquita, *European Union Values, Rule of Law and the Multiannual Financial framework 2021-2027*, in *ERA Forum*, Vol. 19, 2018, p. 288.

⁵² Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni*, cit.

⁵³ Inizialmente, come già riportato, era previsto nel Consiglio il ricorso all’insolita procedura di voto per maggioranza qualificata inversa; nella versione definitiva è stata aggravata la maggioranza necessaria all’approvazione delle misure all’interno del Consiglio, essendo ora necessario il raggiungimento della maggioranza qualificata.

⁵⁴ Cfr. par. 1, *This Is not a Victory for the Rule of Law*”, in L. Pech, S. Platon, K.L. Scheppele, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, cit.

tutela degli interessi finanziari dell'Unione»⁵⁵. La necessità di un nesso di causalità diretto tra la violazione dello Stato di diritto e le conseguenze negative sul bilancio dell'Unione è ribadita anche nelle conclusioni del Consiglio europeo⁵⁶, nelle quali si precisa altresì che la semplice constatazione di una violazione dello Stato di diritto non è sufficiente per attivare il meccanismo⁵⁷. Questo non può che essere considerato un passo indietro rispetto all'iniziale proposta della Commissione, che ometteva di qualificare il collegamento tra la «carezza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in uno Stato membro» e il rischio di compromissione che ne deriverebbe per «i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione»⁵⁸. A fronte di tale aggiunta, per di più, il Regolamento tralascia di chiarire le circostanze nelle quali la Commissione e il Consiglio possono ritenere sussistente il menzionato nesso di causalità diretta; ciò, se può lasciare un utile margine di discrezionalità alla Commissione e al Consiglio, non pare soddisfare pienamente le esigenze sottese al principio di certezza del diritto.

Ulteriormente, nella versione definitiva del Regolamento, non solo viene omessa la definizione di «carezza generalizzata riguardante lo Stato di diritto» che figurava all'art. 2 della proposta della Commissione⁵⁹, ma l'elencazione delle condizioni che potrebbero portare all'adozione di misure ai sensi dell'art. 4 – che la Commissione aveva proposto come meramente esemplificativa⁶⁰ – appare essere chiusa e tassativa⁶¹, riducendo così significativamente il campo applicativo della *rule of law conditionality*. Ad essa, infatti, si potrà ricorrere solo qualora comportamenti specifici e predeterminati concretino una violazione del principio dello Stato di diritto e non già solo in presenza di carenze generalizzate. Questo è confermato anche dalle conclusioni del Consiglio europeo, nelle quali, ribadito che «i fattori di attivazione stabiliti nel regolamento vanno letti e applicati come un elenco chiuso di elementi omogenei e non devono essere aperti a fattori o eventi di diversa natura»⁶², si precisa che il Regolamento non si applica in caso di carenze generalizzate.

A una riduzione ulteriore del potenziale applicativo del Regolamento n. 2020/2092, concorre la sua qualificazione come strumento sussidiario rispetto ad altre procedure di tutela del bilancio previste nella legislazione dell'Unione⁶³, tra cui, come riportato nelle

⁵⁵ Art. 4, Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, cit. (corsivo aggiunto).

⁵⁶ Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni*, cit., lett. e: «il nesso di causalità tra tali violazioni e le conseguenze negative per gli interessi finanziari dell'Unione dovrà essere sufficientemente diretto e debitamente accertato».

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, cit., art. 3.

⁵⁹ *Idem*, art. 2, lett. b: «prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto».

⁶⁰ *Idem*, art. 3.

⁶¹ Cfr. l'art. 3 par. 2 del Regolamento.

⁶² Lett. f, Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni*, cit.

⁶³ Par. 17, preambolo Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, cit., lett. f.

Conclusioni del Consiglio europeo⁶⁴, quelle previste dal Regolamento recante disposizioni comuni⁶⁵ e dal Regolamento che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione⁶⁶ nonché la procedura di infrazione. È bene chiarire, tuttavia, che la sussidiarietà del meccanismo di condizionalità non è basata su un rapporto di subalternità rispetto alle altre citate procedure ma su una valutazione di maggiore o minore efficacia ai fini della protezione degli interessi finanziari dell'Unione, da effettuarsi caso per caso. Nuovamente, fa dubitare della conformità del Regolamento al principio della certezza del diritto il fatto che non siano stati stabiliti in modo chiaro i criteri sulla base dei quali la Commissione – cui viene lasciata un'ampia discrezionalità in merito – opererà la scelta tra l'una e l'altra procedura. Inoltre, né nel Regolamento né nelle conclusioni del Consiglio europeo viene in questo punto menzionata la tutela dello Stato di diritto, la cui violazione viene quindi parificata a quelle, di diversa natura, previste dalle altre procedure, che potrebbero allo stesso modo pregiudicare la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari.

4. Le conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020

Alle criticità appena evidenziate si aggiungono quelle che attengono specificamente ai contenuti peculiari delle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, che sembrano volte a incidere *ex post* sulla disciplina adottata col Regolamento. Preliminarmente, è necessario sottolineare che ciò rappresenterebbe una violazione del diritto UE, che esclude il Consiglio europeo dall'esercizio del potere legislativo⁶⁷, riservandogli, tra gli altri, il compito di individuare gli orientamenti e le priorità politiche generali dell'UE⁶⁸. L'obbligo per le altre istituzioni di tenere nella dovuta considerazione le conclusioni del Consiglio europeo⁶⁹ nell'espletamento di tutte le loro funzioni non può

⁶⁴ *Idem*, lett. *d*.

⁶⁵ Cfr. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti*, COM (2018) 375 def., 29 maggio 2018; l'iter di approvazione per il QFP 2021-2027 è attualmente in corso.

⁶⁶ Regolamento (UE, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, cit.

⁶⁷ Art. 15, TUE.

⁶⁸ Come noto, sebbene una delle principali funzioni del Consiglio europeo sia quella di definizione degli orientamenti generali delle politiche UE, l'istituzione che riunisce i Capi di Stato e di governo svolge numerosi altri compiti, tra cui l'individuazione degli interessi e obiettivi strategici nella PESC (art. 26, par. 1, TUE), il coordinamento delle politiche economiche (art. 121, par. 2, secondo comma, TFUE) e dell'occupazione (art. 148 TFUE). Prende inoltre parte, a vario titolo, a numerose procedure attinenti alla *membership* all'UE, tra cui quella di ammissione di nuovi Stati membri (art. 49 TUE), di recesso (art. 50 TUE) e a quella prevista dall'art. 7 TUE per la violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori UE. Per una ricostruzione completa a riguardo delle funzioni del Consiglio europeo, cfr. W. Wessels, *The European Council*, Palgrave Macmillan, London and New York, 2016 e, in particolare, il capitolo "*The Role of the European Council within the EU Architecture*", pp. 67-106.

⁶⁹ Le conclusioni del Consiglio europeo non sono disciplinate dai Trattati UE e rientrano tra gli atti atipici dell'Unione, definiti anche «fuori nomenclatura o non nominati», la cui natura non risulta pertanto pienamente definita. Le conclusioni sono volte, principalmente, a esplicitare le posizioni dell'istituzione e, nonostante abbiano un valore essenzialmente politico e non *stricto sensu* vincolante, ad esse è attribuita

pertanto pregiudicare l'autonomia decisionale che i Trattati istitutivi riconoscono loro; conseguentemente i contenuti di un atto legislativo non possono essere predeterminati dal Consiglio europeo in maniera vincolante né, tantomeno, da questo modificati successivamente.

Qualora con le conclusioni del 10-11 dicembre 2020 il Consiglio europeo abbia effettivamente mirato ad «emendare», *de facto*, il Regolamento 2020/2092, sarebbe probabilmente ravvisabile una violazione dei principi di attribuzione delle funzioni e di leale collaborazione tra le Istituzioni europee sanciti dall'art. 13 TUE⁷⁰.

Il Servizio giuridico del Consiglio europeo ha emesso l'11 dicembre 2020, immediatamente a seguito del *summit*, un'opinione⁷¹ con la quale ha ribadito la conformità delle conclusioni ai Trattati e al testo del Regolamento relativo ad un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. In essa, viene sottolineato che le finalità principali delle conclusioni sono state quelle di sbloccare la procedura legislativa volta all'adozione del QFP 2021-2027 e di affrontare le preoccupazioni espresse da taluni paesi membri in relazione al meccanismo di condizionalità legato al rispetto dello Stato di diritto. Secondo il Servizio giuridico del Consiglio europeo, pertanto, le conclusioni sarebbero volte a garantire un'intesa comune sulle modalità applicative del Regolamento, di cui dovrebbero essere considerate un mero strumento interpretativo.

Nondimeno, l'analisi comparata delle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre e del Regolamento n. 2020/2092 fa emergere nelle prime elementi innovativi rispetto al secondo, cui non si potrebbe pervenire neppure attraverso una interpretazione estensiva. Le principali criticità affiorano dalla lettera *c* delle conclusioni⁷², nella quale: si rende noto che la Commissione adotterà linee guida sulle modalità con le quali darà applicazione al Regolamento, precisandosi che queste saranno sviluppate in stretta consultazione con gli Stati membri; ulteriormente, si introduce, *ex novo*, una sorta di condizione sospensiva dell'applicazione del Regolamento, differendo la possibilità di proporre misure sulla base del meccanismo di condizionalità da parte della Commissione

grande rilevanza nell'individuazione degli orientamenti dell'azione dell'UE e nell'articolazione delle politiche dell'Organizzazione e, pertanto, finiscono per influenzare notevolmente le procedure legislative, sebbene, come sopra riportato, formalmente il Consiglio europeo non eserciti funzioni legislative; a riguardo, F. Michea, *Le rôle du Conseil européen après Lisbonne – Lecture critique des traités modifiés*, in *Revue du marche commun et de l'Union Européenne*, No. 555, 2012, p. 83, utilizza significativamente l'espressione «atti precursori di norme legislative».

⁷⁰ Art. 13, par. 2, TUE: «Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale collaborazione».

⁷¹ Consiglio europeo, Servizio giuridico, *Part I of the Conclusions of the European Council of 10 and 11 December 2020 – Conformity with the Treaties and with the Text of the Regulation on a General Regime of Conditionality for the Protection of the Union Budget*, parere JUR 13961/20, 11 dicembre 2020.

⁷² «Al fine di garantire che tali principi siano rispettati, la Commissione intende elaborare e adottare linee guida sulle modalità con cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la propria valutazione. Tali linee guida saranno elaborate in stretta consultazione con gli Stati membri. Qualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza. Il presidente della Commissione informerà il Consiglio europeo in modo esaustivo. Fino alla messa a punto di tali linee guida la Commissione non proporrà misure a norma del regolamento».

fino all'adozione delle menzionate linee guida; infine, si prevede che queste siano messe a punto dopo la pronuncia della Corte di giustizia su di un eventuale ricorso per annullamento (la cui proposizione da parte di Ungheria e Polonia risultava probabile già momento dell'adozione delle conclusioni), così che la Commissione possa tenere conto degli altrettanto eventuali rilievi della Corte⁷³.

È difficile comprendere come questo intervento additivo possa conciliarsi con la previsione relativa all'applicazione del Regolamento a decorrere dal 1° gennaio 2021 disposta dal suo art. 10, che, diversamente, non lascia spazio ad alcun differimento. Anzitutto, è necessario segnalare che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non dispiegano automaticamente un effetto sospensivo; solo la Corte può, qualora ritenga che le circostanze lo richiedano, disporre la sospensione dell'atto impugnato in via cautelare, ai sensi dell'art. 278 TFUE, in presenza di una istanza in tal senso da parte del ricorrente⁷⁴. Conseguentemente, la sospensione di cui alle conclusioni del Consiglio europeo risulta lesiva delle prerogative tanto della Corte di giustizia, quanto di Ungheria e Polonia, nonché, più in generale, dell'interesse legittimo alla sana gestione finanziaria dell'Unione.

Al di là di valutazioni strettamente giuridiche relative alla possibilità di sospendere l'applicazione di un Regolamento attraverso un atto non vincolante, quale le conclusioni del Consiglio europeo, ulteriori motivi di preoccupazione riguardano gli effetti che queste riverberano sull'efficacia del meccanismo di condizionalità in relazione all'entità del ritardo che si determinerà. Quanto alle tempistiche, occorre preliminarmente rilevare che la durata media dei procedimenti dinanzi alla Corte è di 14,4 mesi⁷⁵; posto che solo successivamente la Commissione elaborerà le linee guida e che per tale adempimento, non è stabilito alcun termine né nelle conclusioni del Consiglio europeo né, ovviamente, nel Regolamento, non pare azzardato paventare il pericolo che l'attesa del *dies a quo* per l'applicazione di questo si possa protrarre a lungo.

Peraltro, ciò potrebbe significare che nel momento in cui la Commissione potrà effettivamente proporre l'adozione di misure sulla base della *rule of law conditionality* queste si rivelino inutili, in quanto la maggior parte dei fondi potrebbe già essere stata spesa. Detto esito appare plausibile in considerazione del fatto che il *Next Generation EU*, che integra il QFP 2021-2027, ha come scopo principale quello di alleviare l'impatto socioeconomico della pandemia da COVID-19 e, conseguentemente, il capitale liquido di cui gli Stati membri potranno disporre grazie ad esso – che verrà erogato nella fase iniziale del ciclo di bilancio – verrà presumibilmente tempestivamente investito.

L'urgenza di garantire un'immediata applicazione del meccanismo di condizionalità al fine di permettere un controllo, sin dalle prime fasi implementative del QFP 2021-2027, sulle modalità di spesa dei fondi UE negli Stati membri e verificarne la compatibilità tanto al principio della sana gestione finanziaria quanto a quello dello Stato di diritto, risulta ancor più evidente considerando che nel 2022 in Ungheria si terranno le

⁷³ Come rilevato *supra*, par. 1, successivamente i due summenzionati Stati hanno proposto ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE.

⁷⁴ Sulla sospensione dell'atto impugnato cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, M. Condinanzi, *Art. 278 TFUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1379.

⁷⁵ Non essendo ancora stata pubblicata l'edizione 2020, il dato è tratto da Corte di giustizia, *Panoramica dell'anno. Relazione annuale 2019*, maggio 2020, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/it/.

prossime elezioni parlamentari; è stato infatti rilevato che il governo guidato da Viktor Orbán potrebbe replicare il medesimo programma di spesa (definito di «frontloaded absorption»⁷⁶) attuato in vista del precedente appuntamento elettorale, quando la maggior parte delle risorse attribuite al paese con il QFP 2014-2020 era stata utilizzata già nel 2018, andando a cofinanziare con fondi europei il 95% degli investimenti pubblici⁷⁷.

5. La posizione di Commissione europea e Parlamento europeo sulle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre

Ai fini di una valutazione degli effetti delle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre assumono particolare interesse le reazioni della Commissione, che vede limitati i suoi poteri di controllo, e del Parlamento europeo, che potrebbe considerare lese le proprie prerogative di co-legislatore.

Ai sensi dell'art. 15 TUE, il Presidente della Commissione è un membro del Consiglio europeo e, conseguentemente, ciò significa che anche la Presidente von der Leyen ha potuto prendere parte ai negoziati che hanno portato all'elaborazione delle suddette conclusioni. Peraltro, al punto 3 delle stesse, si legge: «Il Consiglio europeo accoglie con favore l'intenzione della Commissione di adottare una dichiarazione [...], in cui si impegnerà ad applicare gli elementi di cui al punto 2 che rientrano nell'ambito delle sue competenze nell'applicazione del regolamento»⁷⁸. Ciò corrisponde ad un'implicita accettazione da parte della Commissione ad attenersi al contenuto delle conclusioni e, in particolare, per quanto è di sua competenza, ad adottare le linee guida sulle modalità applicative della *rule of law conditionality* e ad attendere il giudizio della Corte sul ricorso per annullamento presentato da Ungheria e Polonia prima di iniziare a proporre misure ai sensi del Regolamento. In altri termini, la Commissione ha assunto una posizione prudente, consapevole che, probabilmente, qualora non avesse accolto il compromesso sintetizzato nelle conclusioni, la contrarietà mostrata nel corso dei negoziati da parte di taluni Stati membri avrebbero potuto portare ad un definitivo stallo delle trattative a riguardo del meccanismo di condizionalità.

Coerentemente, nel discorso tenuto alla sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 dicembre 2020⁷⁹, la Presidente von der Leyen si è espressa in linea con quanto già affermato dal Servizio giuridico del Consiglio europeo in relazione alla portata meramente esplicativa delle conclusioni del Consiglio europeo, sostenendo che esse non apportano modifiche al meccanismo di condizionalità, né a livello normativo né a livello applicativo. Nello specifico, nel discorso la Presidente ribadisce che la Commissione avrebbe adottato, in qualsiasi caso, linee guida relative alle modalità con le quali intende esercitare il ruolo attribuitole dal Regolamento e, preso atto delle diffuse preoccupazioni circa un potenziale ritardo nell'applicazione della *rule of law conditionality*, in risposta alle stesse afferma che il Regolamento si applica dal 1° gennaio 2021, sicché ogni

⁷⁶ L. Pech, S. Platon, K.L. Scheppele, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, cit.

⁷⁷ J. Lacny, *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?*, cit., p. 275.

⁷⁸ Punto 3, Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020) – Conclusioni*, cit.

⁷⁹ Ursula von der Leyen, *Speech by President von der Leyen at the European Parliament plenary on the conclusions of the European council meeting of 10-11 December 2020*, 16 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2442.

inadempimento che avverrà a partire da quel momento sarà oggetto di attenzione da parte della Commissione. Rassicura quindi che «No case will be lost» e, qualora venissero rilevate criticità, – aggiunge – verranno senza indebiti ritardi avviate le consultazioni con lo Stato membro che si ritiene possa aver violato lo Stato di diritto portando ad una lesione degli interessi finanziari dell'Unione.

Infine, mette conto rammentare che nella medesima occasione la Presidente von der Leyen ha altresì manifestato l'intenzione della Commissione di difendere, assieme al Parlamento europeo, la validità del Regolamento dinanzi alla Corte di giustizia, auspicando inoltre che il Parlamento decida di chiedere una procedura accelerata⁸⁰.

Quest'ultimo, nel corso della medesima sessione plenaria, ha raccolto tale invito, ma ha anche adottato una risoluzione⁸¹ fortemente critica sia nei confronti delle conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre sia verso la scelta della Commissione di attenervisi. Quanto alle prime – il cui contenuto è giudicato «superfluo» giacché il Consiglio europeo, *ex art. 15 TUE*, non esercita né funzioni legislative né interpretative – se ne sostiene la natura di mera dichiarazione politica, evidenziando che non possono essere ritenute vincolanti dalla Commissione nella fase applicativa degli atti legislativi. In relazione invece alla Commissione, viene ricordato che, in base all'art. 17 TUE, par. 8, essa è responsabile dinanzi al Parlamento europeo⁸², il quale dispone di numerosi strumenti giuridici per assicurarsi che adempia agli obblighi ad essa incombenti in virtù dei Trattati, citando a tal proposito il ricorso in carenza *ex art. 265 TFUE*⁸³. Altresì, si mette in rilievo che il Regolamento è entrato in vigore il 1° gennaio 2021 e che l'attivazione del meccanismo di condizionalità in esso previsto non è assoggettata all'elaborazione di linee guida giacché il testo concordato sarebbe sufficientemente chiaro.

Successivamente, il 25 marzo 2021 il Parlamento europeo ha adottato un'ulteriore risoluzione relativa all'applicazione del meccanismo di condizionalità legato allo Stato di

⁸⁰ Sebbene la Corte di giustizia non fornisca statistiche relative alla durata media dei procedimenti accelerati *ex artt. 133-136* del suo Regolamento di procedura nelle relazioni annuali, è stato stimato (cfr. S. Law, *Expedited Procedures: Court of Justice of the European Union*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019) che questi tendenzialmente si concludano in un lasso di tempo variabile da tre a nove mesi.

⁸¹ Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2020 sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027, l'accordo interistituzionale, lo strumento dell'Unione europea per la ripresa e il regolamento sullo Stato di diritto*, P9-TA (2020) 0360, 16 dicembre 2020.

⁸² Si rammenta che ai sensi dell'art. 234 TFUE, il Parlamento europeo può votare una mozione di sfiducia nei confronti della Commissione che, se approvata, obbliga i membri della Commissione a dimettersi collettivamente (ciò si ricollega al principio di collegialità della Commissione, per il quale le competenze attribuite all'Istituzione spettano collettivamente a tutti i suoi membri ed è, dunque, collettiva la loro responsabilità di dinanzi al Parlamento). Questo significativo potere di controllo politico del Parlamento europeo sulla Commissione, ritenuto piuttosto innovativo nell'ambito delle organizzazioni internazionali (O. Porchia, *Art. 234 TFUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 1234-1235), è da considerarsi come una misura di *extrema ratio*, tant'è vero che, nella prassi, non ha mai trovato applicazione. Ciononostante, nel 1999, di fronte alla prospettiva di approvazione di una mozione di sfiducia da parte del Parlamento europeo, la Commissione Santer si dimise collettivamente. Per un'accurata ricostruzione della vicenda, cfr. A. Topan, *The Resignation of the Santer-Commission: The Impact of "Trust" and "Reputation"*, in *European Integration online papers*, Vol. 6, No. 14, 2002, <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2002-014.pdf>.

⁸³ Sul ricorso in carenza in generale, anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. M. Condinanzi e R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 146-164.

diritto⁸⁴, nella quale si è espresso con toni ancor più aspri in relazione, in particolar modo, al mancato ricorso della Commissione ai poteri istruttori di cui essa dispone in base al Regolamento e dei quali, come appena rilevato, ha dichiarato di volersi avvalere immediatamente. Più precisamente, in tale seconda risoluzione il Parlamento esorta la Commissione ad esercitare il proprio ruolo di controllo, in conformità a quanto previsto dall'art. 5 del Regolamento⁸⁵ e manifesta «delusione» in merito al fatto che la Commissione non abbia ancora inviato a nessuno Stato membro le notifiche necessarie al fine di avviare una consultazione, nonostante – asserisce – si siano già verificate violazioni dello Stato di diritto tali da poter compromettere la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione e – in relazione al carattere sussidiario del meccanismo di condizionalità – non vi siano, allo stato attuale, altre procedure che permettano di tutelare più efficacemente gli interessi finanziari dell'Unione.

Con riguardo alle linee guida, il Parlamento, sollecitando la sua consultazione prima dell'adozione, ne chiede la finalizzazione entro il 1° giugno 2021; qualora ciò non avvenisse e se, entro tale data, la Commissione non avrà iniziato a dare applicazione al meccanismo di condizionalità legato al rispetto dello Stato di diritto «il Parlamento considererà che ciò costituisca una carenza» e proporrà conseguentemente un ricorso *ex art.* 265 TFUE. Alla luce della gravità di una tale minaccia, è ragionevole presumere che la Commissione si atterri alla scadenza indicata, al fine di preservare l'equilibrio interistituzionale; come *supra* ricordato, si deve peraltro considerare che il Parlamento europeo ha il diritto di votare su una mozione di censura della Commissione⁸⁶, e ciò viene ribadito nella stessa risoluzione del 25 marzo 2021. D'altra parte, qualora la Corte di giustizia decidesse effettivamente di adottare il procedimento accelerato, la decisione sui ricorsi per annullamento presentati da Ungheria e Polonia potrebbe arrivare in tempo utile per essere comunque tenuta nella debita considerazione nelle linee guida, nonostante il termine del 1° giugno 2021.

6. Conclusioni

Pur tenendo in considerazione la necessità di attenersi agli stringenti limiti relativi alle competenze dell'Unione e le complessità negoziali che hanno infine portato all'approvazione del Regolamento, l'analisi svolta supporta l'orientamento critico che vi ravvisa il frutto di un compromesso “al ribasso” rispetto all'iniziale proposta della Commissione; è innegabile infatti che questa delineasse un meccanismo più incisivo nella tutela dello Stato di diritto all'interno dell'ordinamento giuridico UE.

Ciò non significa che il nuovo strumento sia privo di utilità; in mancanza di una prassi applicativa, tuttavia, una valutazione prognostica della sua efficacia come ulteriore

⁸⁴ Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092, il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto*, P9-TA(2021)0103, 25 marzo 2021.

⁸⁵ Art. 5, Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, cit.: «La Commissione verifica se è stato rispettato il diritto applicabile e, se necessario, adotta tutte le opportune misure per proteggere il bilancio dell'Unione».

⁸⁶ Considerando D, Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092, il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto*, cit.

strumento a disposizione delle Istituzioni europee nel contrasto all'attuale crisi dello Stato di diritto può essere svolta solo in astratto, sulla scorta dei parametri che vengono generalmente utilizzati a tal fine per i meccanismi di condizionalità, che attengono, in particolare, ad alcune caratteristiche delle condizioni che gli Stati sono chiamati a rispettare per ottenere il beneficio o evitare la sanzione. Per dimostrarsi efficaci, queste devono essere: a) formulate in modo chiaro e preciso; b) percepite come legittime dalle parti a cui si rivolgono⁸⁷.

Per quanto riguarda il primo parametro, è intuitivo che dalla chiarezza e dal grado di predeterminazione dei contenuti delle condizioni dipenda il loro valore informativo⁸⁸, grazie al quale le parti a cui sono rivolte possono comprendere quali politiche devono porre in essere al fine di adempiervi⁸⁹; per altro verso, la previsione di condizioni riduce la discrezionalità in capo agli organi competenti ad adottare decisioni sulla base del meccanismo di condizionalità. In modo particolare, con riferimento all'ordinamento giuridico dell'UE, la Corte di giustizia ha affermato che «la normativa comunitaria deve essere certa e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. Questa necessità di certezza del diritto s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone»⁹⁰. Come evidenziato nel dare conto dei contenuti sostanziali del Regolamento, nella sua formulazione finale pare si sia lasciato un eccessivo margine di discrezionalità in capo a Commissione e Consiglio in merito, ad esempio, alla valutazione della sussistenza di un nesso di causalità tra le violazioni del principio dello Stato di diritto e il pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione. In ragione di ciò, al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, l'adozione di linee guida da parte della Commissione appare senz'altro necessaria, giacché queste permetteranno di comprendere gli orientamenti dell'Istituzione quanto alle modalità attraverso le quali intende dare applicazione al Regolamento. Sebbene, quindi, la loro elaborazione potrebbe determinare un ritardo nell'applicazione del meccanismo di condizionalità, ciò potrebbe, nel lungo termine, portare ad un incremento della sua efficacia.

Con riferimento invece alla legittimità della condizione posta, in dottrina si è sostenuto che quando i meccanismi di condizionalità vengono percepiti come un attacco mirato ad alcuni specifici Stati, pur rivolgendosi a un più ampio gruppo, si può determinare nell'opinione pubblica un incremento del supporto pubblico ai governi di tali Paesi, innestandosi il cosiddetto «rally 'round the flag effect»⁹¹. In linea generale, tra i fattori

⁸⁷ Per un approfondimento a riguardo, cfr. M. Blauberg, V. van Hüllen, *Conditionality of EU Funds: An Instrument to Enforce EU Fundamental Values?*, in *Journal of European Integration*, Vol. 43 No. 1, 2021, pp. 1-16.

⁸⁸ Cfr. F. Schimmelfennig, U. Sedelmeier, *Governing by Conditionality. EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, Vol. 11, No. 4, 2004, pp. 661-679, che richiamano altresì l'ulteriore requisito, attinente però al procedimento di verifica del rispetto delle condizioni, della celerità nell'accertamento e nell'applicazione delle sanzioni eventualmente previste.

⁸⁹ U. Sedelmeier, *Europeanisation in New Member and Candidate States*, in *Living Reviews in European governance*, Vol. 1 No. 1, 2011.

⁹⁰ Sentenza del 15 dicembre 1987, causa 352/85, *Irlanda c. Commissione*, par. 18, ECLI: ECLI:EU:C:1987:546.

⁹¹ J. Galtung, *On the Effects of International Economic Sanctions. With Examples from the Case of Rhodesia*, in *World Politics*, Vol. 19, 1967, pp. 378-416.

che possono contribuire a mettere al riparo un meccanismo di condizionalità dal sospetto di essere stato ideato quale strumento *ad hoc* contro alcuni Stati membri, nel contesto dell'Unione europea, è stata identificata la posizione di imparzialità delle istituzioni coinvolte nell'adozione delle misure, cui si collega la loro equa possibilità applicativa nei confronti di tutti gli Stati membri⁹². A tal fine, si può ritenere che potrebbe esplicare il medesimo effetto anche una valutazione di validità in sede giurisdizionale dell'atto che introduce il meccanismo. In tale prospettiva, una eventuale pronuncia della Corte di giustizia di rigetto dei ricorsi per l'annullamento del Regolamento proposti da Ungheria e Polonia potrebbe quindi portare beneficio alla percezione di legittimità della *rule of law conditionality* anche nell'opinione pubblica di quegli stessi Stati membri. Ecco quindi che, sotto entrambi i profili, qualora effettivamente il giudizio dei Giudici di Lussemburgo andasse nella direzione di confermare la validità del nuovo regolamento, l'attenzione che dedicheranno ai menzionati ricorsi, motivando adeguatamente la loro decisione, risulterà decisiva ai fini dell'effettività del nuovo Regolamento, andando a costituire una più solida base per l'azione della Commissione – *in primis*, nella definizione dei contenuti delle sue linee guida – e, più in generale, per l'applicazione del meccanismo di condizionalità da esso istituito.

⁹² M. Blauburger, V. van Hüllen, *Conditionality of EU Funds: An Instrument to Enforce EU Fundamental Values?*, cit., p. 7.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende

S. Gianello

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende

*Simone Gianello**

Abstract

This essay focuses on the use of preliminary reference to the European Court of Justice pursuant to art. 267 TFEU in order to protect the independence and autonomy of National judiciaries, in particular within Member States such as Hungary and Poland. In the first part, the author looks at two specific cases in which the possibility for national judges to refer to the Court of Justice was limited by the action of the two illiberal governments. Secondly, also in relation to the decisions of the Brussels Court on the subject, the analysis focuses on the need to protect the preliminary reference in the context of judicial cooperation and on the role of European institutions, in particular the Commission, in doing so.

Keywords: Art. 267 TFEU – Rule of Law – Poland – Hungary – European Commission.

SOMMARIO: 1. Fattispecie diverse a fronte di un medesimo *vulnus*. 2. Potenzialità e limiti del rinvio pregiudiziale nel tutelare l'indipendenza dei giudici. 3. Le limitazioni introdotte da Polonia e Ungheria e la *doverosa* risposta delle istituzioni europee. 4. Riflessioni conclusive.

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca. Il testo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco.

1. *Fattispecie diverse a fronte di un medesimo vulnus*

Lo scorso 15 aprile, l'Avvocato Generale Priit Pikamäe ha presentato le proprie conclusioni nel caso *IS*¹. Si trattava di un rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267, secondo comma, TFUE dal Tribunale Centrale Distrettuale di Pest (*Pesti Központi Kerületi Bíróság*) concernente un procedimento penale promosso a carico di un cittadino svedese. Prima di entrare nel merito della questione sottoposta al vaglio dei giudici europei, lo stesso Pikamäe si è posto il seguente interrogativo, al contempo emblematico e ricco di significato:

«Come stabilire se la decisione sollecitata sia necessaria per consentire al giudice del rinvio di ‘emanare la sua sentenza’ ai sensi dell’art. 267, secondo comma, TFUE? [...] La questione non è certo inedita, ma ha assunto una rilevanza del tutto particolare nel contesto delle molte, troppe controversie per asserite violazioni dello Stato di diritto e dell’indipendenza dei giudici trattate dalla Corte di Giustizia o pendenti dinanzi ad essa. È giocoforza constatare che sono regolarmente sottoposte alla Corte questioni pregiudiziali talvolta equivalenti ad altrettante richieste di aiuto da parte dei giudici nazionali incerti o persino preoccupati per l’esercizio di procedimenti disciplinari e alle quali si deve rispondere rispettando l’ortodossia di questo singolare rimedio giurisdizionale costituito dal rinvio pregiudiziale»².

Una riflessione che per quanto possa apparire tecnica ad un primo sguardo, disvela, in verità, una più ampia e profonda problematica: il sistematico tentativo – *in primis* proveniente dai paesi riconducibili nell’alveo delle democrazie illiberali quali Ungheria e Polonia che dell’attacco all’indipendenza della magistratura hanno fatto la propria cifra caratteristica – di impedire ai componenti del proprio ordinamento giudiziario di instaurare un dialogo diretto con la Corte europea a tutela delle proprie istanze allorché a livello domestico, come sovente accade, non residuino altre vie per perseguire efficacemente i medesimi obiettivi³.

Nel quadro di una più articolata domanda, il Tribunale di Pest, *inter alia*, si è rivolto ai giudici sovranazionali chiedendo loro se potesse considerarsi rispettosa

¹ Causa C-564/19.

² Conclusioni dell’Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *IS*, 15 aprile 2021, p.to. 1.

³ Sulla questione si vedano, fra gli altri, L. Pech, P. Wachowiec, *A Letter to European Commission*, in *VerfBlog*, 28 marzo 2021; A. Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27 No. 1, 2020, pp. 105 ss. Da ultimo, con un particolare *focus* sulle vicende polacche, sia concesso un rinvio a S. Gianello, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in *Federalismi.it*, No. 8, 2020, pp. 135 ss. Diffusamente, invece, sul processo involutivo in atto in Ungheria e Polonia, J. Sawicki, *L’erosione ‘democratica’ del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall’Europa centro-orientale*, FrancoAngeli, Milano, 2020 e M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. 21 No. 1, 2019, pp. 167 ss.

del disposto di cui all'art 267 TFUE la possibilità che l'organismo giurisdizionale di ultima istanza di un paese membro quale l'Ungheria, nell'ambito di un procedimento volto ad uniformarne la giurisprudenza, potesse qualificare come illegale l'ordinanza di rinvio emanata da un giudice di grado inferiore – senza tuttavia pregiudicarne gli effetti – a sua volta finalizzata ad avviare un procedimento pregiudiziale⁴. Per quanto, al momento in cui si sta scrivendo, non sia stata pronunciata alcuna decisione da parte dell'organo di giustizia eurounitario, nondimeno, le conclusioni dell'Avvocato Generale si rivelano assai utili tanto in chiave prognostica, quanto in ragione del loro porsi in aderente continuità con una giurisprudenza della Corte sempre più in via di consolidamento.

Ancorché l'art. 267 TFUE non osti a procedure nazionali che astrattamente consentano di sottoporre ai normali mezzi di impugnazione (anche) i provvedimenti di rinvio pregiudiziale⁵, secondo l'Avvocato Pikamäe, l'esito di un tale ricorso non può «limitare la competenza in capo a detto giudice, conferitagli dall'art. 267 TFUE di adire la Corte se ritiene che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad esso pendente, siano sorte questioni relative all'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione per le quali è necessaria una pronuncia della Corte»⁶. In special modo,

⁴ Ai fini di un miglior inquadramento della fattispecie principale, giova ricordare come a seguito del deposito del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di Pest, in forza di quanto previsto dall'art. 668 del Codice di procedura penale ungherese, il Procuratore Generale ha proposto un «ricorso nell'interesse della legge» avanti alla Kúria ed avverso l'ordinanza di rinvio. Quest'ultima, con la decisione Bt.III.838/2019/11, resa il 10 settembre 2019, ha sostanzialmente accertato l'illegittimità della predetta ordinanza in ragione del fatto che delle tre questioni pregiudiziali formulate, le ultime due non fossero rilevanti ai fini definitivi della controversia, mentre la prima violava, *de facto*, lo scopo stesso del rinvio pregiudiziale, non essendo diretta ad ottenere un'interpretazione del diritto europeo, bensì ad appurare che la normativa nazionale indubbiata fosse contraria ad esso. A seguito del verdetto e riprendendone i contenuti, veniva avviato un procedimento disciplinare nei confronti del magistrato rimettente. Procedimento, ad onor del vero, in seguito archiviato. Ad ogni modo, in conseguenza di tali eventi, lo stesso giudice di prime cure ha integrato la propria richiesta pregiudiziale aggiungendo la domanda di cui si è detto *supra* ed una quinta questione volta a comprendere se il principio di indipendenza dei giudici (art. 19, par. 1, secondo comma TUE e l'art. 47 della Carta) debba essere interpretato nel senso che esso confligge con la eventualità che possa essere attivata un'azione disciplinare nei riguardi di un giudice per il solo fatto di avere promosso un rinvio pregiudiziale. Per alcune considerazioni a margine della vicenda, si rimanda a P. Bárd, *The Kúria's Judgement on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, in *VerfBlog*, 23 settembre 2019, la quale sottolinea come, sebbene la decisione della Corte di ultima istanza ungherese non avesse la capacità di impedire *ipso iure* di mantenere inalterato il rinvio *ex art. 267*, secondo comma TFUE, al contempo ed in ragione degli accadimenti susseguitisi a stretto giro, fosse evidente la sua propensione a ingenerare un vero e proprio “chilling effect”, vieppiù destinato a produrre i propri effetti anche al di là della singola fattispecie ivi considerata.

⁵ Come stabilito dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, 16 dicembre 2008, p.to 96, la valutazione sulla rilevanza e sulla necessità della questione pregiudiziale rimane in via di principio nell'esclusivo ambito di responsabilità del giudice che ha operato il rinvio. Di conseguenza, incombe su detto organo «trarre le conseguenze di una sentenza pronunciata in secondo grado contro la decisione che dispone il rinvio pregiudiziale e, in particolare, concludere che occorre mantenere immutata, modificare o revocare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale».

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *IS*, 15 aprile 2021, p.to. 41.

«il dialogo pregiudiziale [...] non rientra in una relazione triangolare che comprende un organo giurisdizionale, diverso dalla Corte e dal giudice del rinvio, il quale possa effettuare un'autonoma valutazione della rilevanza e della necessità del rinvio pregiudiziale, per poi dichiararne l'illegittimità perché dette caratteristiche non sussistono»⁷. Verrebbe, d'altronde, compromessa l'efficacia del diritto dell'Unione se un giudice di più alto grado potesse impedire l'instaurazione dialogica fra Corte europea e giudice del rinvio, ancor più se ciò, come nel caso *de quo*, risultasse all'esito di un'analisi sostanziale delle ragioni per le quali la rimessione è stata eseguita: prevenire una possibile verifica da parte della Corte di Giustizia sulla conformità al diritto dell'Unione della normativa nazionale. Simile prassi comporta il concreto rischio che un giudice nazionale, benché possa trovarsi a nutrire dubbi di analogia portata, «preferisca astenersi dal porre questioni pregiudiziali alla Corte per evitare una dichiarazione di illegittimità della decisione che dispone il rinvio pregiudiziale e la sospensione del procedimento principale, suscettibile di compromettere la validità della futura decisione di merito»⁸. In tali evenienze, secondo l'indicazione dell'Avvocato Generale, in ossequio al principio del primato del diritto comunitario, la Corte dovrebbe rispondere al giudice nazionale affermando il suo diritto/dovere di disapplicare tali norme e le consequenziali decisioni giudiziarie emesse dall'organo di più elevato grado⁹.

Mutatis mutandis, analoghe sollecitazioni provengono da un'altra vicenda di indiscusso rilievo, riguardante l'ordinamento polacco. Il riferimento è alla decisione della Corte di Giustizia nel caso *A.B. et al.*¹⁰ la quale, nonostante la portata delle questioni ad oggetto del *decisum*, concernenti, nuovamente, profili relativi all'indipendenza del potere giudiziario, ha suscitato una minor attenzione da parte della dottrina, allorché posta in comparazione con altre decisioni pregresse¹¹.

⁷ *Idem*, p.to. 47.

⁸ *Idem*, p.to. 48.

⁹ Con riferimento, invece, alla quinta questione sollevata, concernente l'azione disciplinare nei confronti del giudice del rinvio per aver leso il prestigio della professione ed essere venuto meno ai propri obblighi, avendo proseguito nelle sue funzioni di organo giudicante stante il sopravvenire di un'asserita causa di ricasazione in ragione di talune sue censure mosse nei riguardi di alcuni membri della magistratura, secondo l'Avvocato Generale, risulterebbe inammissibile, esulando dall'ambito del procedimento principale e finendo per assumere una portata prevalentemente consultiva. Tuttavia, stante la gravità di quanto accaduto, rimarrebbe ferma la possibilità, rimessa nelle mani della Corte di Giustizia, di optare per un suo esame congiunto con la quarta questione. Per quanto la risoluzione della stessa, *stricto sensu*, non sia funzionale alla definizione nel merito della controversia principale, vi contribuisce in maniera indiretta, fornendo al giudice ungherese che ha iniziato il procedimento gli strumenti interpretativi, fondati sul diritto dell'Unione, che consentirebbero di risolvere una questione (di diritto interno) di natura procedimentale, strettamente collegata all'emissione della decisione finale. Qualora questa chiave ermeneutica venisse fatta propria dalla Corte del Lussemburgo, l'esito sarebbe necessariamente legato alle sorti della risoluzione della quarta questione. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *JS*, 15 aprile 2021, p.ti 98-100.

¹⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021.

¹¹ Il rimando è alle sentenze della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-619/18, 24 giugno 2019; Grande sezione, Causa C-192/18, 5 novembre 2019 e Grande Sezione, Cause riunite C-

La controversia ha tratto la sua origine da una serie di impugnative presentate dinanzi alla Corte Suprema Amministrativa (*Naczelny Sąd Administracyjny*) da parte di altrettanti giudici rispetto a delibere emesse dal Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*) con le quali quest'ultimo aveva deciso di non proporre al Capo dello Stato la loro nomina a posti vacanti presso la Corte Suprema (*Sąd Najwyższy*), sottoponendo, di contro, altre candidature. In forza dell'art. 44, par. 1, *ter* della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura una sua delibera, qualora non impugnata da tutti i partecipanti alla procedura, sarebbe diventata definitiva nella parte comprendente la decisione di presentare la proposta di nomina di un giudice alla Corte Suprema, così come nella parte contenente la decisione di non presentare la proposta di nomina, nei confronti dei partecipanti alla procedura che non avessero proposto ricorso. L'eventuale annullamento della decisione di non proporre la candidatura sarebbe equivalso all'ammissione *ex se* del candidato, sempreché alla data della decisione la procedura non si fosse conclusa con l'indicazione di altri giudici, che non avevano proposto ricorso. Dubitando della capacità dello strumento di impugnazione sì concepito di rispettare il principio dello Stato di diritto e gli standard europei che stabiliscono il diritto ad un ricorso e ad una tutela giurisdizionale effettiva (art. 2 TUE in combinato con art. 4, par. 3, terzo comma, TUE, nonché art. 19, par. 1, TUE, art. 47 della Carta e art. 267, terzo comma, TFUE) la Corte Suprema amministrativa ha rinviato la questione al giudice europeo ai sensi dell'art. 267, secondo comma, TFUE¹².

Nelle more del giudizio, il 25 marzo del 2019, il Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał Konstytucyjny*) è intervenuto dichiarando l'illegittimità dell'art. 44, par. 1, *bis* della legge in parola che attribuiva alla Corte Suprema Amministrativa la funzione di decidere tali ricorsi sulla base del fatto che tale competenza non trovava giustificazione, né in virtù della natura delle cause, né delle caratteristiche proprie dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che i procedimenti pendenti fondati su tale normativa dovessero andare incontro a estinzione. Il successivo intervento legislativo di "adeguamento" del 26 aprile 2019 ha previsto che *pro futuro* detto contenzioso avrebbe dovuto incardinarsi dinanzi alla Corte Suprema, purtuttavia rimanendo esclusa la possibilità di proporre ricorso in controversie individuali concernenti la nomina presso la Corte Suprema stessa e aggiungendo che i ricorsi nei procedimenti individuali riguardanti la nomina alla carica di giudice presso detto organo non definiti alla data di entrata in vigore della novella legislativa si sarebbero estinti *ope legis*. Dunque, la stessa possibilità di attendere e dare seguito

585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 19 novembre 2019. Parimenti, si pensi alla successiva ordinanza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-719/19 R, 8 aprile 2020.

¹² Secondo il giudice del rinvio, tra coloro i quali avrebbero dovuto impugnare la delibera al fine di impedire che essa potesse diventare definitiva, vi erano anche i partecipanti alla procedura la cui candidatura era stata proposta dal Consiglio Nazionale della Magistratura e che, pertanto, non avrebbero avuto alcun interesse a presentare ricorso. In assenza di una impugnativa congiunta il procedimento sarebbe proceduto senza alcuna possibilità di sospensiva, dunque, rendendo inefficace qualunque successivo ricorso che, al più e in caso di accoglimento, avrebbe potuto produrre effetti concreti solo nell'ipotesi in cui la procedura dinanzi al Consiglio Nazionale della Magistratura non fosse giunta a conclusione.

alla decisione del Giudice europeo investito ai sensi dell'art. 267 TFUE sarebbe venuta meno. Pertanto, integrando la propria precedente richiesta con una domanda supplementare, la Corte Suprema Amministrativa ha sollevato la questione circa la compatibilità con il diritto europeo – in special modo con il combinato disposto degli artt. 2, 4, par. 3 e 19 par. 1, TUE, nonché con l'art. 47 della Carta e con l'art. 267 TFUE – di una normativa che rimuova dall'ordinamento la competenza di quest'ultima a risolvere le impugnazioni nei confronti delle delibere del Consiglio Nazionale della Magistratura e al tempo stesso estingua i procedimenti non ancora conclusi con l'effetto di impedire un controllo giurisdizionale delle decisioni dell'istituzione di autogoverno della magistratura e, soprattutto, privare tale organo giurisdizionale della possibilità di adire effettivamente la Corte di Giustizia mediante un rinvio pregiudiziale.

Limitatamente a quest'ultimo aspetto, secondo i giudici europei, in linea di principio è consentito ad un paese membro apportare modifiche interne riguardanti la ripartizione delle competenze giurisdizionali, anche quando da ciò possa derivare il venire meno della competenza dell'organo giurisdizionale che aveva provveduto a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Lo stesso dicasi qualora l'attività emendativa riguardi disposizioni di ordine sostanziale dalle quali possa discendere la cessazione della materia del contendere ad oggetto del giudizio principale. Ciò che, invece, non può essere consentito senza che si concretizzi una violazione del combinato disposto dell'art. 267 TFUE e dell'art. 4, par. 3, terzo comma, TUE, è «apportare alla propria normativa nazionale modifiche che abbiano l'effetto specifico di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla Corte e di impedire così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande, nonché di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro domande analoghe»¹³.

La decisione ultima spetterà al giudice del rinvio. Nondimeno, nel farlo, potrà tenere in considerazione, fra gli altri aspetti, il fatto che le autorità polacche hanno attuato nel corso dell'ultimo periodo diverse iniziative volte a limitare la proposizione di domande pregiudiziali riguardanti l'indipendenza dei giudici¹⁴,

¹³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 95. Anche l'Avvocato Generale Evgeni Tanchev nelle sue conclusioni aveva ritenuto che «*quantomeno alla luce del contesto* – in cui la Corte è stata adita negli ultimi anni in relazione a numerose asserite violazioni dello Stato di diritto e dell'indipendenza del potere giudiziario in Polonia [...] la Corte dovrebbe statuire che l'art. 267 TFUE osta a una normativa nazionale, quale la legge del 26 aprile 2019, in quanto ha *imposto l'estinzione ipso iure di procedimenti* quali quelli pendenti dinanzi al giudice del rinvio, *escludendo* al contempo *il trasferimento del controllo giurisdizionale sui ricorsi ad altro giudice nazionale o la reintroduzione dei ricorsi dinanzi ad altro giudice nazionale*. Inoltre, agendo in tal senso, il legislatore polacco ha ignorato le pronunce della Corte costituzionale che hanno chiarito la necessità del controllo giurisdizionale delle delibere del KRS [Consiglio Nazionale della Magistratura] come quelle di cui trattasi nel procedimento principale». Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 17 dicembre 2020, p.to. 52.

¹⁴ Paradigmatiche risultano le modifiche apportate dalla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario approvata dal *Sejm* il 23 gennaio 2020 (c.d. *Muzzle law*) all'art. 107, par. 1 della legge sui Tribunali ordinari, ovvero alla disposizione nella quale confluiscono le fattispecie passibili di essere inquadrate come illeciti disciplinari. Quest'ultima norma, già nella sua precedente versione

ovvero a mettere (nuovamente) in discussione le decisioni emanate da coloro i quali avevano proceduto a tali rinvii. Così della circostanza per la quale penda dinanzi al Tribunale costituzionale un ricorso (K 7/18) presentato in data 5 ottobre 2018 dal Ministro della Giustizia volto a far accertare l'eventuale contrarietà al testo costituzionale dell'art. 267 TFUE nella parte in cui consente al giudice nazionale di formulare questioni pregiudiziali sull'interpretazione dei Trattati, sulla validità e sulla interpretazione di atti delle istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione in materia di sistema, forma e organizzazione del potere giudiziario, nonché riferibili a procedimenti instaurati dinanzi alle autorità giudiziarie della Polonia¹⁵. Da ultimo, sarà da tenere in debita considerazione la scelta oculata del legislatore polacco il quale, contravvenendo alle indicazioni del Tribunale costituzionale secondo cui i ricorsi come quelli presentati nel procedimento principale avrebbero dovuto ottenere comunque responso da un diverso giudice al quale dette impugnative avrebbero dovuto essere trasferite, ovvero prevedere la possibilità di riproporli dinanzi diverso giudice, ha escluso definitivamente qualsiasi possibilità attuale o futura di un loro esame.

Anche in questo caso, come in quello precedente, qualora il giudice del rinvio reputasse che l'*intentio del conditor iuris*¹⁶ sia consistita nell'inibire il giudice del

aveva spinto la Commissione a deferire la Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia (Causa C-791/19) sul presupposto che la loro determinazione eccessivamente ampia avrebbe potuto condurre all'attivazione di procedimenti disciplinari nell'ipotesi in cui un giudice avesse ritenuto di sollevare un rinvio pregiudiziale. La nuova formulazione rafforza tale possibilità attraverso l'inserimento di nuove voci come, ad esempio, il compimento o l'omissione di atti che possano impedire od ostacolare in modo significativo il funzionamento di un organo giudiziario (par. 1, p.to 2), o la realizzazione di azioni che pongano in discussione l'esistenza del rapporto ufficiale di servizio di un giudice, l'efficacia della sua nomina o il mandato costituzionale di un organo della Repubblica (par. 1, p.to 3). Per ciascuna ipotesi, ai sensi del successivo art. 109, par. 1 a), salvo il fatto si risolva in una violazione di lieve entità, la sanzione comminabile consiste nel trasferimento e finanche nella rimozione definitiva dall'incarico. Al contempo, come altresì evidenziato dai giudici europei, la sottoposizione dei rinvii pregiudiziali dai quali è scaturita la decisione della Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, del 26 marzo 2020, ha dato avvio a indagini preliminari volte all'eventuale esperimento di procedimenti disciplinari a carico dei magistrati che avevano rivolto la questione alla Corte. Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 101. Per una ricostruzione dal carattere riepilogativo degli eventi succedutisi in Polonia dal 2015 ad oggi, si veda S. Moretti, *La riforma del sistema giudiziario polacco e le risposte del Consiglio d'Europa: un quadro dal 2015 ad oggi*, in *Questione Giustizia*, 15 maggio 2021.

¹⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.ti 100 e 102. Sull'ultimo aspetto, si rimanda alla lettura degli scritti di S. Biernat, M. Kawczynska, *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxemburg Court*, in *VerfBlog*, 26 ottobre 2018, G. Repetto, *Incroci davvero pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti Comparati*, 7 novembre 2018 e J. Sawicki, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio AIC*, No. 3, 2019, p. 18. Il testo dell'istanza presentata dal Ministro della Giustizia è reperibile all'indirizzo:

<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%207/18>.

¹⁶ La Corte aggiunge che i richiamati elementi e le considerazioni cui si è fatto cenno «possono rivelarsi altrettanti indizi che, per la loro convergenza e, quindi, per il loro carattere sistematico

rinvio dal mantenere la propria domanda pregiudiziale, impedendo così alla Corte europea di pronunciarsi ed escludendo altresì la possibilità che un diverso giudice possa in futuro ripresentare analoghe questioni pregiudiziali, sarà tenuto a disapplicare le disposizioni nazionali, senza attenderne la previa rimozione legislativa o l'espletamento di altro procedimento costituzionale. Neppure norme di tale rango, ivi comprese quelle costituzionali, infatti, possono opporsi al primato del diritto dell'Unione¹⁷.

2. Potenzialità e limiti del rinvio pregiudiziale nel tutelare l'indipendenza dei giudici

Il rinvio pregiudiziale, in virtù di quanto previsto ai sensi dell'art. 267 TFUE, facoltizza i giudici nazionali, finanche obbligandoli allorché si tratti di organi rispetto alle cui decisioni non sia previsto internamente ulteriore gravame, di rivolgersi alla Corte di giustizia, nell'ipotesi in cui nutrano dubbi circa l'interpretazione dei Trattati o di un atto giuridico dell'Unione, nonché sulla validità di quest'ultimo¹⁸. A dispetto della sua originaria conformazione di strumento dal carattere prevalentemente "tecnico", di supporto all'attività ermeneutica degli organi giurisdizionali nazionali funzionale a consentire l'emissione di una decisione nell'ambito del giudizio principale sottoposto al loro vaglio, «the preliminary reference procedure has evolved far beyond its *original* scope, to become both the guarantor of the constitutional integrity of the EU legal system and the engine of the integration process»¹⁹.

Per riprendere le parole della Corte di Giustizia, il procedimento del rinvio pregiudiziale costituisce la «chiave di volta»²⁰ del sistema giurisdizionale europeo giacché, instaurando un dialogo fra il giudice nazionale e quello sovranazionale,

appaiano idonei a poter chiarire il contesto nel quale il legislatore polacco ha adottato la legge del 26 aprile 2019». Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 106. *Conf.* L. Pech, *Polish Ruling Party's "Fake Judges" before the European Court of Justice. Some Comments on (decided) Case C-824/18 AB and (pending) Case C-132-20 Getin Noble Bank*, in *EU Law Analysis*, 7 marzo 2021.

¹⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 148. In dottrina, fra gli altri, sul primato del diritto eurounitario e sulle conseguenze in caso di sua violazione, S. Drake, *The Principle of Primacy and the Duty of National Bodies Appointed to Enforce Law to Disapply Conflicting National Law: An Garda Síochána*, in *Common Market Law Review*, No. 57, 2020, pp. 557 ss. e M. Dougan, *Primacy and Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, No. 56, 2019, pp. 1459 ss.

¹⁸ Cfr. M. Broberg, *Preliminary Reference as a Means for Enforcing EU Law*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 99. Diffusamente, sullo strumento in parola, M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, nonché *passim* J. Basedow, *The Judge's Role in European Integration. The Court of Justice and Its Critics*, in H.W. Micklitz, B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 65 ss.

¹⁹ S. Bartolini, *The Urgent Preliminary Ruling Procedure: Ten Years On*, in *European Public Law*, Vol. 24 No. 2, 2018, p. 213.

²⁰ *Ex multis*, Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, Parere n. 2/13, 18 dicembre 2014, p.to 176.

mira ad assicurare l'unità interpretativa del diritto dell'Unione e, a tal obiettivo, contribuisce ad istituire «una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati»²¹. La salvaguardia stessa dell'integrità dell'ordinamento istituito dai Trattati non può prescindere, *pro quota*, dalla cooperazione fra il livello nazionale e quello comunitario²² la quale, a sua volta, si fonda sul presupposto indefettibile per cui ciascun paese membro condivide un comune patrimonio valoriale, come indicato dall'art. 2 TUE²³. Sicché, perché detto meccanismo possa operare efficacemente, ai singoli giudici deve essere riconosciuta la più ampia facoltà di adire la Corte nel momento in cui dinanzi al loro magistero sia sorta una controversia la cui definizione impone pregiudizialmente una risoluzione ad opera dei giudici di Bruxelles riguardante l'interpretazione o la verifica della validità di un atto dell'Unione²⁴. Ciò deriva da un duplice ordine di fattori: in primo luogo, il giudice del rinvio è il solo ad avere piena contezza della vicenda sottoposta al suo giudizio, dunque dei fatti che la informano e, pertanto, avrà l'onere di assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale. In secondo luogo, nell'ambito della «cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri fra i giudici nazionali [il rinvio pregiudiziale] è in particolare inteso ad evitare che, in un qualsiasi Stato membro, si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie»²⁵. Pertanto, sullo stesso giudice nazionale incaricato, nell'ambito della propria competenza, di dare attuazione al diritto dell'Unione graverà l'obbligo di dare piena efficacia a tali norme «disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria»²⁶.

Mutando la direzione della prospettiva, ovvero focalizzando l'attenzione sulla funzione della Corte di Giustizia anziché su quella del giudice di uno Stato membro, ne consegue che «le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale [...] è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che la richiesta di interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà

²¹ Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, Parere n. 1/09, 8 marzo 2011, p.to 84.

²² Diffusamente, sull'argomento, S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, Vol. 2 No. 1, 2017, pp. 75 ss.

²³ Valori, come efficacemente espresso da L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, No. 19, 2020, p. IV-V, i quali possono essere definiti non soltanto come fondamentali, bensì come «fondanti dell'Unione, veri pilastri della costruzione europea». *Ad adiuvandum*, G.M. Salerno, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, No. 19, 2020.

²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-234/17, *XC et al.*, 24 ottobre 2018, p.ti 42-43.

²⁵ Corte di Giustizia, Quarta Sezione, Causa C-458/06, *Skatteverket*, 12 giugno 2008, p.ti 22-23.

²⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C- 614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 34.

effettiva o con l'oggetto del procedimento principale»²⁷. In altri termini, prendendo in prestito categorie proprie del nostro giudizio di costituzionalità, quando la questione difetti di rilevanza, ponendosi come meramente ipotetica.

Nel riflettere la «decentralized architecture»²⁸ del sistema di cooperazione giudiziaria istituito alla base dell'ordinamento europeo, considerato ulteriormente come difettino disposizioni *ad hoc* che consentano ai singoli di accedere direttamente al giudice eurounitario, l'istituto del rinvio previsto a norma dell'art. 267 TFUE fa sì che ciascun organo giurisdizionale nazionale sia *de facto* investito della cruciale funzione di «gatekeeper»²⁹, di tramite in grado di trasferire le istanze individuali alle aule di giustizia comunitarie³⁰.

Nel corso del tempo, in virtù di tali presupposti, siffatto meccanismo ha finito per ampliare la portata dei *petita* rivolti in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, accentuando, inoltre, il «tono costituzionale» dei medesimi³¹. Dietro la richiesta interpretativa dei rinvii, sovente e neppure troppo velatamente, si è la celata la proposizione di una domanda volta all'accertamento dell'asserita (in)compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto dell'Unione. Benché la stessa Corte di Giustizia abbia avuto modo di precisare la diversità intrinseca insista in un suo giudizio emesso all'esito di un procedimento di infrazione azionato dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 258 TFUE (o da un paese membro *ex art.* 259 TFUE)³², e di una decisione pronunciata in forza dell'art. 267 TFUE³³, è

²⁷ Corte di Giustizia, Seconda Sezione, Causa C-49/18, *Escribano Vindel*, 7 febbraio 2019, p.to 25.

²⁸ C. Lacchi, *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, in *Common Market Law Review*, No. 53, 2016, p. 682.

²⁹ N. Wahl, L. Prete, *The Gatekeepers of Article 267 TFUE: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Ruling*, in *Common Market Law Review*, No. 55, 2018, p. 512.

³⁰ Cfr. A. Turmo, *A Dialogue of Unequals – the European Court of Justice Reasserts National Courts' Obligation Under Article 267(3) TFEU*, in *European Constitutional Law Review*, No. 15, 2019, p. 353.

³¹ Cfr. P. Van Elsuwege, F. Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, No. 16, 2020, p. 14. Parimenti, anche secondo C. Tovo, *Constitutionalising the European Court of Justice: The Role of Structural and Procedural Reform*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 10 No. 2, 2018, pp. 448-449, la Corte di Giustizia «is more and more frequently seized to solve not only horizontal conflicts of power among the EU institutions but also the vertical conflicts of competence and power arising between the EU and its Member states». In aggiunta, a sostegno del medesimo approccio, K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 36 ss., nonché M. Blauberger, *National Responses to European Court Jurisprudence*, in *West European Politics*, Vol. 37 No. 3, 2014, pp. 461-462.

³² Per alcune considerazioni sull'utilizzo del procedimento di inadempimento infra-statale come possibile istituto di tutela dello Stato di diritto, si veda D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism: The Case for Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *Jean Monnet Working Paper Series*, No. 11, 2015, <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-11-Kochenov.pdf>.

³³ Facendo proprie le parole di una sua recente sentenza, «il compito della Corte deve essere distinto a seconda che sia adita di un rinvio pregiudiziale [...] o di un ricorso per accertamento di inadempimento. Mentre, infatti, nell'ambito del ricorso per inadempimento, la Corte deve verificare se la misura o prassi nazionale contestata dalla Commissione o da uno Stato membro sia – in generale

difficile non osservare come, per riprendere le parole di Koen Lenaerts, seppur indirettamente, la richiesta d'interpretazione delle norme eurounitarie è stata adoperata da parte delle corti nazionali «in relation to the assessment of national measure *vis-à-vis* Community law»³⁴. In particolare, ove si consideri la portata *erga omnes* dell'interpretazione fornita dal giudice europeo, si comprende in misura ancora maggiore come una sua decisione, e prim'ancora la stessa sottoposizione della questione, miri ad espandersi oltre i confini della singola controversia *ab origine* instaurata dinanzi al giudice del rinvio, vincolando qualunque istituzione nazionale, incidentalmente chiamata a darvi attuazione e, in special modo, ciascun (altro) organo giurisdizionale il quale, in caso di rilevato contrasto tra la norma interna e quella sovranazionale, sarà chiamato a disapplicare la prima al fine di assicurare il primato dell'ordinamento europeo³⁵. In tal senso, dunque, «from the perspective of individuals, a preliminary ruling provides a judicial, albeit indirect, review of the acts of Member States for conformity with the EU law. In fact, although the ECJ's rulings do not have the authority to review the compatibility of national law with EU law, their result often is that the national court sets aside national rules which prevent individuals from exercising their right under EU law»³⁶.

e senza che sia necessaria l'esistenza dinanzi ai giudici nazionali di un contenzioso a ciò afferente – contraria al diritto dell'Unione, il compito della Corte, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, è, per contro, quello di assistere il giudice del rinvio nella soluzione della controversia concreta dinanzi ad esso pendente [...]. Sebbene non le spetti pronunciarsi, nell'ambito del procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, la Corte è invece competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti a quest'ultimo diritto che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa di cui è investito». Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.ti 29-30. In aggiunta, si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Gerard Hogan, Causa C-869/19, *Repubblika*, 17 dicembre 2020, p.ti. 27-28.

³⁴ K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, No. 44, 2007, p. 1643.

³⁵ *Idem*, p. 1642. Analogamente si veda M. Broberg, *Judicial Coherence and the Preliminary Reference Procedure*, in *Review of European Administrative Law*, No. 2, 2015, pp. 10-11 per il quale l'interpretazione della Corte di Giustizia, in quanto propriamente finalizzata ad assicurare la coerenza dell'ordinamento giuridico europeo, assume carattere autoritativo per ciascun giudice, il quale sarà obbligato «to apply not only the operative part of a preliminary ruling, but also its *ratio*». Sul rinvio pregiudiziale come strumento di armonizzazione della prassi giurisdizionale nell'ambito dell'ordinamento europeo, L.T. Pascariu, *The Reference for a Preliminary Ruling. CJEU Recommendations*, in *Logos Universality Mentality Education Novelty Section Law*, Vol. 5 No. 1, 2017, p. 48.

³⁶ C. Lacchi, *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, cit., p. 689. Secondo P. Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963: A View from Within*, in P. Maduro, L. Azoulay (eds.), *The Past and the Future of EU Law: The Classic of EU Law Revisited*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 7, il rinvio pregiudiziale, «managed with great care by the Court (always emphasizing that in the framework of the preliminary ruling it is not its task, but the task of national judge to solve the conflict between national law and Community law) – will effectively become the infringement procedure for the European citizen». Cfr. T. Pavone, R.D. Kelemen, *The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and National Courts Revisited*, in *European Law Journal*, No. 25, 2019, p. 353. Secondo gli Autori, l'attribuzione

Il dispiegarsi di questa tendenza, in particolar modo nel corso degli ultimi anni, lo si è potuto apprezzare in riferimento al tentativo di salvaguardare l'autonomia dei sistemi giudiziari – da parte degli stessi giudici – allorché posta sotto attacco dalla scure delle riforme attuate nel contesto degli assetti illiberali, su tutti, quelli di Polonia e Ungheria. Una propensione che – guardata in controtelaio – disvela la ricerca di dispositivi di autotutela che possano, almeno in parte, sopperire alle carenze dei canali caratterizzati da una maggiore ortodossia. Non potendo qui soffermarsi sulle manifeste problematiche legate al (dis)funzionamento del meccanismo di cui all'art. 7 TUE, ci si riferisce in particolare ad una certa ritrosia della Commissione ad agire ai sensi dell'art. 258 TFUE, deferendo rapidamente le controversie alla Corte di Giustizia, in luogo di un'opposta inclinazione segnata dalla confidenza nella possibilità che dette problematiche possano, in prima battuta, risolversi mediante un confronto dialogico anche in assenza di segnali di arretramento da parte delle autorità governative³⁷.

Per quanto si possa apprezzare – se non altro in relazione al fine – l'apertura verso un innovativo impiego dell'art. 267 TFUE, è altresì doveroso constatare come le decisioni della Corte di Giustizia, analizzate retrospettivamente, si rivelino in tinte chiaroscurate, a dimostrazione del fatto che il rinvio pregiudiziale possa al più considerarsi come uno strumento complementare dell'azione istituzionale di inadempimento, non anche un suo completo surrogato³⁸. Per un verso, infatti, l'occasione del giudizio di *reference* ha consentito ai giudici europei di ampliare e

della facoltà di rinviare la questione interpretativa alla Corte di Giustizia da parte dei giudici nazionali di qualsiasi livello, non consente solo di contestare diffusamente l'azione politica della maggioranza, bensì permette di evitare la sedimentazione di filoni giurisprudenziali contrastanti con il diritto europeo in quanto frutto dell'opera degli organi giurisdizionali di grado superiore, essendo anche questi vincolati al rispetto del verdetto proveniente dalla Corte europea.

³⁷ In proposito, è opportuno un richiamo alle riflessioni di L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 24 marzo 2021, p. 25 i quali, prendendo a parametro di riferimento il contesto polacco, ricordano come a fronte di un numero crescente di richieste pregiudiziali inoltrate alla Corte di Giustizia da parte degli stessi membri dell'ordinamento giudiziario nazionale, al momento, nonostante il progressivo deterioramento delle condizioni entro cui essi sono chiamati ad operare, risultino essere stati attivati solamente quattro procedimenti di infrazione ex art. 258 TFUE. Si tratta delle cause C-192/2018 (riduzione dell'età di pensionamento dei giudici dei Tribunali ordinari) C-619/18 (riduzione dell'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema), C-719/19 (responsabilità disciplinare dei giudici e indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema) al momento pendente dinanzi alla Corte di Giustizia e, da ultimo, dell'azione lanciata il 3 aprile 2020 e deferita alla Corte di Giustizia solamente il 31 marzo 2021 con l'annessa richiesta di misure *ad interim* concernente *lato sensu* la recente disciplina introdotta dalla c.d. *Muzzle Law*. Cfr. P. Wachowiec, E. Rutynowska, M. Tatala, *Rule of Law in Poland 2020: International and European Responses to the Crisis*, Civil Department Forum (FOR), Warsaw, 2020. Per quanto concerne, invece, i rinvii pregiudiziali attualmente in attesa di essere risolti, a titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, di vedano le cause C-487/19, C-508/19, C-748/19, C-55/20, C-132/20, C-491/20 e C-671/20. In generale, sul procedimento di infrazione, L. Prete, B. Smudres, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, No. 58, 2021, pp. 285 ss. e L.W. Gormeley, *Infringement Proceedings*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, cit., pp. 65 ss.

³⁸ Cfr. P. Bárd, *The AG Opinion in the IS case*, in *VerfBlog*, 20 aprile 2021.

specificare la portata dei riferimenti normativi sottesi ai concetti di indipendenza, inamovibilità e imparzialità che debbono essere garantiti da ciascun paese membro ai componenti del proprio ordine giudiziario in forza dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, così perché possa essere salvaguardato il diritto ad un ricorso effettivo sulla base di quanto disposto dall'art. 47 della Carta³⁹. Così facendo, i giudici europei forniscono i canoni ermeneutici applicabili da ciascun giudice all'interno dei confini dell'Unione europea. Per un altro, tuttavia, la Corte ha cercato di evitare eccessive spinte in avanti, limitandosi ad un più contenuto *self restraint*, almeno per quanto concerne la diretta applicabilità degli effetti connessi alle sue pronunce. In passato non sono mancati casi nei quali, all'esito del suo *iter* argomentativo, la Corte di Giustizia ha indicato apertamente al giudice del rinvio il proprio compito di disapplicare o meno la normativa nazionale sottoposta al suo scrutinio⁴⁰. *Ex adverso*, rispetto ai fatti connessi all'autonomia dei giudici dal potere politico – sul punto pare si possa affermare come la decisione di maggior rilievo sia rappresentata dalla vicenda *A.K.* – benché nel quadro di un impianto motivazionale dal quale è trasparita in maniera abbastanza netta la contrarietà della normativa interna a quella sovranazionale, la scelta finale è ricaduta sulla decisione di affidare al tribunale del rinvio il compito di valutare se in concreto vi fossero le condizioni affinché si potesse procedere ad una sua disapplicazione. Come è stato attentamente sottolineato in dottrina, la «sostanziale decisione di non decidere [...] fornito al governo polacco uno strumento propagandistico non indifferente [...]. Il potere politico è stato dato un appiglio per sostenere che la presunta violazione del diritto europeo non era stata accertata dall'unico soggetto competente a farlo, e che pertanto essa è stata dichiarata tale solo come frutto di un'arbitraria interpretazione da parte di alcuni giudici»⁴¹. Diverso, probabilmente anche se in assenza di una effettiva controprova fattuale, sarebbe stato il caso in cui la Corte, facendo proprie

³⁹ Fra queste, si ricordano Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-216/18 PPU, *LM*, 25 luglio 2018 e Grande Sezione, Cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 19 novembre 2019. Seppur non riferita (direttamente) alla Polonia, tuttavia, è doveroso menzionare anche la pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018.

⁴⁰ Si vedano, fra le altre, le decisioni della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, p.to 51 e Seconda Sezione, Causa C-497/18, *Carlos Escribano Vindel*, 7 febbraio 2019, p.to 73 ove la Corte ha espressamente affermato che le misure nazionali non si ponevano in violazione del principio di indipendenza dei giudici, così come definito ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Al contrario, nella decisione della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 36 i giudici sono giunti ad affermare il dovere del tribunale del rinvio, al fine di garantire la piena efficacia dell'art. 267 TFUE, di disapplicare qualora necessario le disposizioni nazionali al centro della controversia principale posto che, nell'interpretazione fornita dalla Corte di ultima istanza bulgara, erano incompatibili con il diritto dell'Unione.

⁴¹ J. Sawicki, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, No. 3, 2020, p. 192.

le conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev⁴², avesse optato per una dichiarazione diretta di incompatibilità. In detta evenienza, è possibile che gli equilibri dello scontro tra la giurisdizione nazionale, la Corte di Giustizia e il governo polacco avrebbero assunto una differente conformazione. Non più uno scontro infra-nazionale fra l'autorità politica e quella giurisdizionale, bensì europeo, fra quest'ultima, l'esecutivo di Varsavia e, soprattutto, il massimo organo giudiziario europeo⁴³.

Un ulteriore (possibile) limite dell'art. 267 TFUE, individuabile soprattutto in una prima fase e che sembra parzialmente affievolirsi in prospettiva, riguarda i criteri sulla base dei quali la Corte pondera *prima facie* la ricevibilità della richiesta pregiudiziale. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte, «la circostanza che alcune questioni pregiudiziali rivestano un'importanza particolare non può di per sé bastare a giustificare che la Corte debba rispondervi [...]. Il procedimento pregiudiziale presuppone che al giudice del rinvio sia richiesta [...] una pronuncia che possa tenere conto della sentenza pregiudiziale»⁴⁴. Laddove «risulti che la questione posta manifestamente non è più pertinente ai fini della soluzione di tale controversia, la Corte deve dichiarare il non luogo a statuire»⁴⁵. Per altro verso, deve «sussistere tra la suddetta controversia e le disposizioni del diritto dell'Unione di cui è chiesta l'interpretazione un collegamento tale per cui detta interpretazione risponde ad una necessità oggettiva ai fini della decisione che deve essere adottata dal giudice del rinvio»⁴⁶. Ciò significa che non ogni procedimento potrà essere usato quale canale di comunicazione fra la giurisdizione nazionale e quella europea e ciò vale in particolare allorché venga invocato quale parametro interpretativo l'art. 47 della Carta⁴⁷. Quest'ultimo, infatti, letto in combinato disposto con il successivo art. 51 della Carta – che limita il margine di applicazione dello strumento alla sola attuazione del diritto comunitario da parte degli organi e delle istituzioni dell'Unione – nel prescrivere il principio di tutela giurisdizionale effettiva, presuppone che la persona che lo invochi si avvalga, nel caso di specie, di diritti o libertà direttamente garantiti dal diritto dell'Unione⁴⁸. D'altro canto, come il caso *Miasto Łowicz* appena richiamato insegna, anche in presenza di una normazione contraria al diritto dell'Unione, dacché suscettibile di esporre i giudici nazionali al

⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 27 giugno 2019, p.to 157.

⁴³ J. Sawicki, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, cit., p. 193.

⁴⁴ Corte di Giustizia, Terza Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-522/18, *DS*, 29 gennaio 2020, p.ti 26-27.

⁴⁵ *Idem*, p.to 28.

⁴⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, 26 marzo 2020, p.to 48. Analogamente, Corte di Giustizia, Ottava Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-623/18, *Prokuratura Rejonowa w Ślubicach*, 6 ottobre 2020.

⁴⁷ *Passim*, M. Safjan, D. Düsterhaus, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 33 No. 1, 2014, pp. 3 ss.

⁴⁸ *Ex plurimis*, Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-245/19 e 246/19, 6 ottobre 2020, p.to 55.

pericolo di essere sottoposti a un procedimento disciplinare per aver adito la Corte dell'Unione mediante rinvio pregiudiziale, la difettosità della connessione con le vicende alla base dei procedimenti principali ha portato alla dichiarazione di irricevibilità del rinvio⁴⁹. Una tesi che trova suffragio qualora giustapposta alle vicende *A.K.*, e *A.B. et al.*, dove i giudizi principali erano stati instaurati proprio da giudici che invocavano una lesione dei loro diritti come garantiti dall'ordinamento europeo⁵⁰.

A fronte di una simile impostazione restrittiva, purtuttavia, alcuni significativi segnali di apertura possono essere individuati nel più recente *case law* della Corte. In *Repubblika*, per esempio, i giudici europei hanno riconosciuto la ricevibilità di un rinvio pregiudiziale promosso nel corso di un procedimento principale a sua volta iniziato a fronte di un'*actio popularis* ove il soggetto ricorrente (un'associazione il cui scopo è la promozione dello Stato di diritto all'interno dei confini nazionali) chiedeva fosse dichiarata la contrarietà del sistema maltese di nomina dei giudici al disposto congiunto degli artt. 19, par. 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta⁵¹. Secondo la Corte, ogni Stato membro ha il dovere di garantire che i propri organi giurisdizionali, i quali possono trovarsi a dover statuire sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti della tutela giurisdizionale effettiva, come previsto dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Ne consegue, pertanto, che la suddetta disposizione è destinata a trovare applicazione nel contesto di un ricorso avente ad oggetto «la contestazione della conformità al diritto dell'Unione di disposizioni del diritto nazionale asseritamente idonee ad incidere sull'indipendenza dei giudici»⁵². Benché la non invocabilità di una prerogativa prevista direttamente dal diritto dell'Unione non abbia assistito alla possibilità di ampliare il *thema decidendum* anche all'art. 47 della Carta, è comunque vero che lo stesso dovrà pur sempre essere tenuto in giusta considerazione ai fini dell'interpretazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE⁵³. Ove a ciò si aggiunga, in definitiva, come da quest'ultimo derivi a carico

⁴⁹ Per un'analisi critica della vicenda, S. Platon, *Preliminary Reference and Rule of Law: Another Case of Mixed Signals from the Court of Justice Regarding the Independence of National Courts: Miasto Łowicz*, in *Common Market Law Review*, No. 57, 2020, pp. 1843 ss.

⁵⁰ P. Bárd, *The Kúria's Judgement on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, cit.

⁵¹ M. Leloup, *The ECJ Rules on the System of the Appointment of Judges in Malta*, in *VerfBlog*, 21 aprile 2021, ha sostenuto come alla luce della decisione del Giudice europeo, essenzialmente, «every national court can, pure and simple, enquire the Court about any aspect of the domestic judicial organization, even when this aspect stems from the Constitution».

⁵² Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.to 39.

⁵³ *Idem*, p.to 46. Concetto ribadito nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-791-19, 6 maggio 2021, p.to 69, secondo cui esiste una sorta di «passerella costituzionale tra l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e l'articolo 47 della Carta, e la giurisprudenza vertente sui medesimi inevitabilmente si interseca, considerato che dette disposizioni condividono fonti di diritto in comune. Pertanto, i diritti rientranti in ciascuna di esse sono destinati a sovrapporsi e l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE include anche, ma non solo, l'obbligo di avvalersi di giudici indipendenti ed imparziali». Inoltre, si consideri che laddove la Carta contenga al proprio interno diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della stessa va inteso nel senso di assicurare la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest'ultima e i

degli Stati membri un «un obbligo di risultato chiaro e preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento all'indipendenza che deve caratterizzare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione»⁵⁴, si comprende come dalle ultime decisioni della Corte si possa inferire una percettibile distensione delle condizioni entro le quali possa, *rectius* potrà, essere invocata, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la salvaguardia dell'indipendenza e dell'imparzialità delle autorità giudiziarie nazionali.

3. Le limitazioni introdotte da Polonia ed Ungheria e la doverosa risposta delle istituzioni europee

Quanto sin qui osservato dovrebbe contribuire a chiarire meglio la capacità potenziale racchiusa nel meccanismo previsto dall'art. 267 TFUE, specialmente quando ad oggetto del rinvio siano poste questioni dotate di un elevato grado di sensibilità politica – quali l'indipendenza dell'ordinamento giudiziario – di creare le condizioni affinché il governo di un paese membro sia posto, ancorché in conflitto con il proprio disegno riformatore, nella posizione «to give up its current policy and initiate legislative reforms or involve different types of financial risks, such as state liability for infringement of EU law»⁵⁵.

Al tempo stesso non risulta difficile intuire perché nel corso dell'ultimo periodo, nella cornice ordinamentale di Polonia ed Ungheria in particolar modo, siano aumentate le iniziative precipuamente indirizzate a recidere le vie del dialogo fra i giudici nazionali e quello europeo. Le due fattispecie con le quali si è aperto questo contributo costituiscono la plastica rappresentazione – seppur parziale – di come si

corrispondenti diritti salvaguardati dalla CEDU. Poiché l'art. 47 della Carta corrisponde all'art. 6, par. 1, CEDU, significa che allorché posto in applicazione, la Corte dovrà sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47 della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Cfr. Corte di Giustizia, Prima Sezione, Causa C-38/18, *Gambino e Hyka*, 29 luglio 2019, p.to 39. Un esempio concreto è individuabile nella sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson e HG*, 26 marzo 2020 dove, nel ricostruire la portata definitoria dell'espressione “costituito per legge” riferita alla figura del giudice, la Corte si è rifatta alla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU. All'uopo, si veda L. Pech, *Dealing with 'Fake Judge' Under EU Law: Poland as a Case Study in Light of the Court of Justice's Ruling of 26 March in Simpson and HG*, in *Reconnect*, working Paper No. 8, maggio 2020, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/RECONNECT-WP8.pdf>. Sul rapporto fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di protezione dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale si rimanda a R. Spano, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, Early View, 2021, pp. 13 ss.

⁵⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 146. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tanchev, Causa C-508/19, *M.F.*, 14 aprile 2021, p.to 21.

⁵⁵ K. Leijon, *National Courts and Preliminary References: Supporting Legal Integration, Protecting National Autonomy or Balancing Conflicting Demands?*, in *West European Politics*, Vol. 22 No. 3, 2021, p. 4.

possa creare un contesto tale da dissuadere⁵⁶ i singoli componenti dell'ordinamento giudiziario dal trasferire in sede europea, in assenza di adeguati strumenti interni, la risoluzione di un conflitto che, lungi dal poter essere ricondotto ad una dinamica meramente intestina, punta dritto al cuore del processo di integrazione europeo, al principio dello Stato di diritto e alla salvaguardia del patrimonio valoriale di cui all'art. 2 TUE.

La necessità di garantire il “lineare” funzionamento del rinvio pregiudiziale, rimettendone l'attivazione alla sola e libera decisione del giudice avanti al quale pende la controversia principale, d'altro canto, è già stata ribadita in più occasioni dalla Corte di Giustizia. Come stabilito in *Melki*, è inconciliabile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto europeo per il fatto che sia negato al giudice, competente a darvi attuazione, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme eurounitarie⁵⁷. L'efficacia del diritto europeo rischierebbe di essere compromessa qualora, per esempio, «l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale [...] di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'art. 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di consentirgli di

⁵⁶ Approfonditamente sulla questione, L. Pech, *The Concept of Chilling Effect. Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU*, Open Society Foundation, marzo 2021, https://www.opensocietyfoundations.org/publications/the-concept-of-chilling-effect#publications_download. Un utile esempio è fornito dalla richiesta formulata dal Ministero della Giustizia polacco e diretta ai Presidenti delle Corti Distrettuali e delle Corti di Appello con la quale veniva imposto loro di comunicare «the list of ruling issued by Common Courts concerning, in any way, the status of judge appointed by the President of the Republic on a proposal of the National Council of the Judiciary composed as 2018, in particular those ruling concerning disqualification of these judges from hearing case, invalidity of the proceedings, improper or unlawful composition of a Court, the issuing of a ruling by an unauthorized person, or the question of law (at least a case number and the date of the ruling are required)». Si veda Ministry of Justice, Department of Personnel and Common and Military Courts Organization, DKO-VII.50006.10.2020, Warsaw, 20 febbraio 2020. In precedenza, lo stesso Dipartimento del Ministero guidato da Zbigniew Ziobro aveva inviato un'ulteriore comunicazione ai medesimi destinatari con cui, in questo caso, si chiedeva «not to respond to request of foreign judicial authorities concerning legislative changes in the justice system as well as related to individuals (in particular those subject of European arrest warrants). Please refer the foreign judicial authorities to the Ministry of Justice in due course or demand that correspondence be conducted officially via relevant Ministries». Ministry of Justice, Department of Personnel and Common and Military Courts Organization, DKO-784-9/19, Warsaw, 13 settembre 2020.

⁵⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki*, 22 giugno 2010, p.to 44. Si veda anche Corte di Giustizia, Procedimento C-312/93, *Peterbroeck*, 14 dicembre 1995, p.to 13.

giudicare se una norma nazionale sia o meno compatibile con quest'ultimo»⁵⁸. Similmente, in *Cartesio*, i giudici dell'Unione hanno sancito l'incompatibilità della legislazione nazionale sul rinvio pregiudiziale nella parte in cui, consentendo di appellare limitatamente la decisione relativa al rinvio, pregiudicava l'autonoma competenza del giudice che lo aveva disposto. Riformandone la decisione, ossia rendendola priva di effetti e ordinando al giudice che ha emanato tale deliberazione di riprendere la trattazione del procedimento sospeso, il giudice dell'appello avrebbe potuto impedire a quello del rinvio di esercitare la facoltà di adire la Corte⁵⁹. Allo stesso modo, non corrisponde al diritto dell'Unione una normazione che imponga al giudice del rinvio di dichiararsi incompetente con riguardo al procedimento principale di cui è investito per il solo fatto di aver esposto il contesto di fatto e diritto del procedimento stesso all'interno della domanda pregiudiziale, vedendosi vieppiù sottoposto per tali ragioni ad un'azione di responsabilità per illecito disciplinare. Una regolamentazione di questo genere, comportando concretamente il rischio che un giudice preferisca optare per astenersi dal proporre un rinvio pregiudiziale in modo da evitare di vedersi sottrarre la competenza e infliggere sanzioni disciplinari, evidentemente lede le prerogative ad esso riconosciute dall'art. 267 TFUE e, pertanto, l'efficace cooperazione fra la Corte e i giudici statali, che rappresenta il fondamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale⁶⁰.

La possibilità che l'azionamento dell'art. 267 TFUE sia condizionato dal pericolo di sanzioni nei confronti del magistrato rimettente, è stata oggetto di altre decisioni con cui la Corte ha stigmatizzato il concretizzarsi di una simile possibilità. Per esempio, nella vicenda *RH*, i giudici europei hanno avuto modo di ribadire come, oltre al principio di inamovibilità o la percezione da parte degli stessi giudici di una retribuzione adeguata all'importanza delle funzioni di cui sono investiti, il crisma dell'indipendenza richiede che il loro regime disciplinare «presenti le garanzie necessarie per evitare qualsiasi rischio di utilizzo di un siffatto regime come sistema di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie [...]». Costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici il fatto di non essere esposti a sanzioni disciplinari per l'esercizio di una facoltà, come quella di trasmettere alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale, o di scegliere di attendere la risposta a una simile domanda prima di pronunciarsi nel merito della causa al loro esame, e che rientra nella loro esclusiva competenza»⁶¹. Quest'ultimo principio, in seguito, è stato oggetto di un ulteriore e generalizzato chiarimento nel già menzionato procedimento *Miasto Lowicz*. Una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale di avvalersi di una facoltà, qual è il rinvio

⁵⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki*, 22 giugno 2010, p.to 45.

⁵⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, 16 dicembre 2008, p.to 95.

⁶⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 25.

⁶¹ Corte di Giustizia, Prima Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-8/19 PPU, *RH*, 12 febbraio 2019, p.to 47.

pregiudiziale, inerente al sistema di cooperazione fra i giudici nazionali e la Corte europea. Non possono essere ammesse disposizioni dalle quali possa derivare per i giudici nazionali anche solo «il rischio di esporsi a procedimenti disciplinari per il fatto di aver adito la Corte mediante un rinvio pregiudiziale [...]. La mera prospettiva di poter essere, se del caso, oggetto di procedimenti disciplinari per il fatto di aver proceduto ad un siffatto rinvio o di aver deciso di mantenerlo successivamente alla sua introduzione è atta a pregiudicare l'effettivo esercizio, da parte dei giudici nazionali interessati, della facoltà e delle funzioni»⁶² loro attribuite dall'art. 267 TFUE.

In via analogica, ed in aggiunta, può essere utile un richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia con cui ha condannato la Francia – a seguito di un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE esperito dalla Commissione – per la violazione, in questo frangente, dell'art. 267, terzo comma, TFUE, in ragione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del *Conseil d'État*, in qualità di organo rispetto alle cui decisioni non è prevista alcuna impugnativa giurisdizionale⁶³. Eccezion fatta per le condizioni a suo tempo dettate nel caso *CILFIT*, ovvero che la questione sia irrilevante, che la disposizione ad oggetto della richiesta di rinvio sia già stata attenzionata dall'interpretazione della Corte europea, oppure che l'evidenza del suo contenuto non lasci adito a dubbi ermeneutici⁶⁴, l'obbligo di adire la Corte ha «l'obiettivo di evitare che in un qualsiasi Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme del diritto dell'Unione»⁶⁵. Ovviamente, nell'occasione si è trattato di un mancato rinvio pregiudiziale ad opera della Corte di ultima istanza amministrativa francese non dettato da problematiche connesse alla sua indipendenza od autonomia rispetto al potere politico. Cionondimeno, rappresenta un importante segnale a dimostrazione dell'importanza rivestita dallo strumento del rinvio pregiudiziale, al punto da spingere, in quel caso, la Commissione ad attivarsi contro il paese membro a causa di una trasgressione compiuta da una sua istituzione costituzionalmente indipendente⁶⁶.

⁶² Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, del 26 marzo 2020, p.to 58.

⁶³ A commento della decisione, C. Fasone, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *Diritti Comparati*, 3 dicembre 2018, nonché D. Sarmiento, *Judicial Infringements at the Court of Justice. A brief Comment on the Phenomenal Commission/France (C-416/17)*, in *Kluwer International Tax Blog*, 11 ottobre 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/10/11/judicial-infringements-court-justice-brief-comment-phenomenal-commissionfrance-c-41617/?print=pdf>.

⁶⁴ Corte di Giustizia, Procedimento 283/81, *CILFIT*, 6 ottobre 1982, p.to 21.

⁶⁵ Corte di Giustizia, Quinta Sezione, Causa C-416/17, 4 ottobre 2018, p.to 109. Ad ulteriore conferma del contenuto, Corte di Giustizia, Seconda Sezione, Causa C-160/14, *João Felipe Ferreira da Silva e Brito et al.*, 9 settembre 2015, p.to 44.

⁶⁶ Un aspetto su cui la Corte aveva già auto modo di esprimersi in passato, ad esempio, in Corte di Giustizia, Causa C-129/00, 9 dicembre 2003, p.to. 29. Cfr. E. Turičnik, *Preliminary Reference Procedure – The Right, the Duty and the Exception*, in *Journal of International and European Law, Economics and Market Integrations*, Vol. 1 No. 1, 2014, pp. 14 ss. Secondo L. Prete, B. Smulders, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, cit., p. 289, per quanto la condanna fosse derivata

Ribaltando l'ordine dei fattori, pare non sia possibile intravedere fondate motivazioni che giustifichino – anche solo in via di principio – il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice di uno Stato membro in quanto astrattamente impeditogli, come in Ungheria, da un sistema normativo che attribuisce ad un organo giurisdizionale di grado superiore la possibilità di dichiarare l'illegittimità della sua decisione; ovvero, come in Polonia, suscettibile di sottoporre il magistrato che propenda per il rinvio alla “spada di Damocle” di vedersi destinatario di un procedimento disciplinare⁶⁷, nonché funzionale a sottrargli la competenza nel procedimento principale, dunque la possibilità di poter attendere e dare attuazione al verdetto europeo. La stessa Corte di Giustizia, aggiungendo un ulteriore tassello nel mosaico della sua giurisprudenza, richiamando l'art. 49 TUE, ha tenuto a ribadire come la partecipazione all'Unione europea sia stata, per ciascun paese membro, il frutto di una scelta libera e della volontaria adesione ai valori comuni previsti all'art. 2 TUE. Dunque, un impegno profuso al loro rispetto e alla loro promozione⁶⁸. Ne consegue, *per tabulas*, l'obbligo riferito a ciascuno di essi di non modificare la propria normativa «in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'art. 19 TUE [...]. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adozione qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici»⁶⁹.

La possibilità, scevra da condizionamenti, di proporre un rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, nel momento in cui maturi un dubbio interpretativo riferito al diritto dell'Unione, costituisce un affidabile termometro del grado di indipendenza del singolo giudice, nonché del sistema giudiziario *tout court*. Una condizione non negoziabile la cui difesa, come si è avuto modo di dire *supra*, rappresenta un dovere primario delle istituzioni dell'Unione e, in particolare, della Commissione europea nel suo ruolo di “Guardiano dei Trattati”. Ciò, in quanto la sola prospettiva che un giudice nazionale possa subire pressioni o essere sottoposto a procedimenti sanzionatori, non mina nella sua essenza la sola procedura di *reference*, bensì «le vere e proprie basi della stessa Unione»⁷⁰.

da una violazione prettamente tecnica del Consiglio di Stato, non come un'aperta opposizione dello stesso rispetto al ruolo dello strumento di matrice europea, «at the same time, the judgment was given at a time when the ECJ rendered many decisions emphasizing the key contribution given by the national courts to the European project, and defending their independence against external pressure».

⁶⁷ Cfr. N. Piscivino, *C'era una volta la separazione dei poteri a Varsavia: i provvedimenti provvisori come argine all'erosione dello Stato di diritto in Polonia? (nota a Commissione c. Polonia, causa C-791/19)*, in *Osservatorio AIC*, No. 1, 2021, pp. 22-23.

⁶⁸ Aspetto messo in luce anche da S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, No. 2, 2018, pp. 297-298.

⁶⁹ Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.ti 63-64. Sul principio di “non regressione”, si vedano anche D. Kochenov, A. Dimitrovs, *The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, in *VerfBlog*, 28 aprile 2021.

⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-791/19, 6 maggio 2021, p.to 132.

4. *Riflessioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in ultimo, sorge l'interrogativo su quale sia la strada da intraprendere affinché si possa riuscire nell'intento di fornire una efficace risposta a questa (ulteriore) tendenza in atto, in grado di incidere in modo ulteriormente regressivo sul grado di autonomia ed indipendenza degli organismi giurisdizionali in Polonia e Ungheria.

Il riscontro empirico della sofisticazione e, soprattutto, della rapidità con cui gli ordinamenti illiberali hanno dimostrato di sapersi muovere nel corso degli ultimi anni rende alquanto difficile l'esercizio di ricerca della "via maestra" in grado di approntare una efficace soluzione a problematiche indubbiamente complesse. In un contesto istituzionale all'interno del quale, completato il processo di *capture* dei rispettivi organi di giustizia costituzionale, le forze politiche hanno concentrato la propria attenzione sull'obiettivo di un progressivo e tentacolare controllo dell'autorità giudiziaria, il ricorso alla Corte di Giustizia in forza dell'art. 267 TFUE è sembrato poter svolgere, dalla parte dei giudici nazionali, un prezioso contributo a tutela della propria indipendenza. Una risposta sicuramente importate e purtroppo imperfetta, come dimostrato dalle vicende succedute alla decisione resa nei riguardi della Sezione Disciplinare della Corte Suprema in *A.K.*, allorché il combinato disposto dell'operato del Ministero della Giustizia, del Tribunale costituzionale e, infine, del legislatore, hanno di fatto reso inattuabile il verdetto del giudice europeo, per di più limitando le possibilità di rivolgersi nuovamente alla Corte in futuro.

La fragilità insita nello strumento in parola, ad ogni modo, non deve condurre a pensare che esso abbia esaurito la sua funzione, rivelando una connaturata fallacia nel contrapporsi agli attacchi direzionati avverso l'autonomia della magistratura. Al contrario, ciò disvela al tempo stesso le sue potenzialità e il bisogno di protezione. A proposito del primo aspetto, infatti, urge una presa di consapevolezza maggiore della Corte europea che si riveli nella dimostrazione di ancor più coraggio nelle decisioni che attengono al ruolo ed alla funzione dei giudici. Una minor reticenza, anche alla luce di quanto emerso in talune conclusioni degli Avvocati Generali che, come mostrato, non hanno mancato di "suggerire" interventi più diretti della Corte, indicando al Tribunale del rinvio non solo il principio di diritto applicabile al caso concreto, bensì la soluzione stessa della fattispecie. Si riconosce, certamente, come un simile *modus procedendi*, in specie considerando l'ambiente all'interno del quale il provvedimento sarebbe destinato a produrre i propri effetti, rischierebbe di "esporre" la Corte, che finirebbe per spingersi al limite delle proprie competenze, e certamente della propria giurisprudenza. È pur vero, però, che in passato decisioni simili, pur in contesti differenti, sono state prese e la non convenzionalità della sfida lanciata dalle democrazie illiberali giustifica interventi al limite della convenzionalità stessa.

Ancor prima, però, la possibilità di ricorrere all'utilizzo del rinvio pregiudiziale in quanto tale deve essere salvaguardata e lo strumento che, allo stato attuale della

normazione europea, sembra essere maggiormente adatto allo scopo è rappresentato dall'azione per inadempimento *ex art. 258 TFUE*, rimessa nelle mani della Commissione europea. Seppur con alcuni ritardi connessi all'esercizio della procedura di infrazione nei riguardi della Polonia, tra le diverse violazioni oggetto di contestazione di cui alla procedura C-791/19 – attualmente pendente dinanzi ai giudici europei – si può individuare l'essere venuta meno agli obblighi incombenti in forza dell'art. 267 TFUE, consentendo che il diritto degli organi giurisdizionali di sottoporre alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale possa essere limitato a causa della eventualità che venga avviato un procedimento disciplinare a loro danno. Le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Evgeni Tanchev non lasciano dubbi circa la contrarietà della disciplina polacca rispetto agli standard imposti dal diritto dell'Unione. Nel frattempo, però, la situazione del sistema giudiziario polacco, complice l'approvazione della c.d. *Muzzle Law* (o legge “museruola”), è andata incontro ad ulteriore compromissione. Ration per la quale, almeno per quanto riguarda quest'ultimo punto, nel deferire alla Corte il quarto procedimento di infrazione lanciato a suo tempo il 3 aprile del 2020, la Commissione ha chiesto l'adozione di misure provvisorie e, in particolare, «to suspend the provision preventing Polish judges from directly applying certain provision of EU law protecting judicial independence, and from putting references for preliminary rulings on such questions to the Court of Justice as well as the provision qualifying action taken by judges in that respect as disciplinary offences»⁷¹.

Questa peculiare dinamica dimostra come neppure la messa in moto dell'art. 258 TFUE, considerato isolatamente e a determinate condizioni, ovvero a fronte di una deliberata scelta del paese inadempiente di non conformarsi all'eventuale sentenza di condanna della Corte di Giustizia, possa dirsi risolutiva. Per questo, risulta ancor più urgente che la Commissione, nel proseguire lungo quell'«approccio strategico per le procedure d'infrazione riguardanti lo Stato di diritto, esigendo ove necessario un procedimento accelerato e l'applicazione di misure provvisorie»⁷², ponga la dovuta attenzione anche al suo seguito. Ovvero, come richiesto a norma dell'art. 260, par. 2, primo comma, TFUE, sovrintenda all'effettiva esecuzione delle decisioni della Corte di Giustizia e, in caso contrario, si rivolga nuovamente ai giudici europei chiedendo loro di comminare una somma forfettaria, ovvero una penalità allo Stato in questione sinché non assuma tutte le misure che del caso sono richieste⁷³. Se vi è un insegnamento che può essere tratto dalle vicende polacche ed

⁷¹ Commissione europea, Press release, *Rule of Law: European Commission Refers Poland to the European Court of Justice to Protect Independence of Polish Judges and Asks for Interim Measures*, 31 marzo 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1524.

⁷² Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione (COM(2019) 343 final)*, 17 luglio 2019, p. 15.

⁷³ L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, cit., p. 39.

ungheresi è che solo in presenza di un approccio olistico è possibile traguardare qualche risultato positivo.

Per concludere, un'ultima considerazione, suggerita da un recente contributo di Daniel Sarmiento⁷⁴. Riprendendo le pronunce in tema di mandato di arresto europeo riguardanti la Polonia – tanto la vicenda *LM*, quanto la più recente *L&P*⁷⁵ – l'Autore ha evidenziato come nel caso la Corte fosse giunta alla conclusione che le riforme adottate dal paese membro fossero di portata tale da escludere automaticamente la possibilità di considerare i membri dell'ordinamento giudiziario nazionale “autorità giudiziaria emittente” ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, si sarebbero prodotti effetti a cascata nei confronti dell'intero sistema giudiziario. Uno su tutti, nessun organo giurisdizionale dello Stato membro avrebbe potuto essere ancora considerato una “giurisdizione” ai fini dell'applicazione di altre disposizioni del diritto dell'Unione quali l'art. 267 TFUE.

Uno dei presupposti perché un giudice sia nelle condizioni di riferire alla Corte di Giustizia è costituito dal fatto che possa effettivamente essere considerato un organo giurisdizionale indipendente⁷⁶. Il meccanismo del rinvio pregiudiziale e l'indipendenza di coloro i quali possono farne utilizzo rappresentano, dunque, i due lati di una medesima medaglia. Un motivo in più, l'ennesimo, perché la Commissione si adoperi senza indugio a garantire l'autonomia del sistema giudiziario all'interno di Polonia e Ungheria, così la possibilità per i loro giudici di rivolgersi alla Corte. Il rischio, qualora ciò non accadesse, è che in un prossimo futuro sia proprio la Corte di Giustizia a dover negare la ricevibilità di un loro ricorso, non potendo più considerarli una “giurisdizione” ai sensi del diritto dell'Unione.

⁷⁴ D. Sarmiento, *Europe's Judiciary at the Crossroads*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 28 No. 1, 2021, p. 5.

⁷⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L&P*, 17 dicembre 2020.

⁷⁶ Fra le altre, Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-274/14, *Banco de Santander SA*, 21 gennaio 2020, p.to 51 e Quinta Sezione, Causa C-503/15, *Ramón Margarit Panicello*, 16 febbraio 2017, p.to 27.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



C
R
O
N
A
C
C
H
E

CRONACHE

C. Cerami, *Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention*

M. Domin, *Referendum on Early Elections in Slovakia: Constitutional Challenges in Times of Crisis*

A. Di Gregorio, *Il sistema politico e costituzionale della Russia un anno dopo la Grande Riforma Putiniana: tra legislazione attuativa, chiusura identitaria e fragilità politica*

M. Rosti, *L'Acuerdo de Escazú: il primo trattato sull'ambiente in vigore in America Latina*

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention

C. Cerami

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention

*Carola Cerami**

Abstract

On 20 March 2021, Turkey withdrew from the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence ('Istanbul Convention') with a presidential decree. President Erdoğan's decision and the way in which it was carried out has led to great discontent both within the country and on the international scenario. The main aim of this analysis is to explore the meaning, impact and aftermath of the Turkish government's decision. The article is divided into two parts: the first part analyses the scope and purposes of the Istanbul Convention, and the second part explores Turkey's increasing authoritarianism over the last decade, which offers the framework to interpret its decision to withdraw.

Keywords: Europe – Turkey – Women – Human Rights – Violence.

CONTENTS: 1. Introduction 2. The Istanbul Convention: scope and purposes 3. Turkey: from signature to withdrawal (2011-2021) 4. Conclusions.

* Adjunct Professor in Public Diplomacy in the Digital Era, University of Pavia and Director of the International Center for Contemporary Turkish Studies (ICCT), Milan. The article was peer-reviewed by the Editorial Board.

1. Introduction

«The Republic of Turkey withdraws from the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No. 210) done at Istanbul on 11 May 2011, pursuant to Article 80 thereof»¹.

This declaration, contained in a verbal note from the Permanent Representation of Turkey to the Council of Europe, registered at the Secretariat General on 22 March 2021, formalised Turkey's decision to withdraw from the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, known as the 'Istanbul Convention'². Turkey was the first country to sign the Convention in 2011 and subsequently to ratify it on 12 March 2012. Ten years later, the decision to withdraw came through a decree, signed by President Erdoğan on 20 March 2021, without any parliamentary debate³. President Erdoğan's decision and the way in which it was carried out led to great discontent both within the country and abroad.

In Turkey, the decision sparked the immediate reaction of civil society: thousands of women took to the streets in defence of the Convention, expressing their growing dissent towards the President and his party⁴. Women's rights activists, lawyers and opposition politicians denounced Erdoğan's decree, insisting that Turkey cannot legally be taken out of an international convention ratified by Parliament with a Presidential decree⁵.

There were also negative reactions in Europe and on the international scenario. The High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Josep Borrell Fontelles, said: «We cannot but regret deeply and express incomprehension towards the decision of the Turkish government to withdraw from this Convention [...]. This decision risks compromising the protection and fundamental rights of women and girls in Turkey [...]. We therefore cannot but urge Turkey to reverse its decision»⁶. Council of Europe leaders reacted to Turkey's announcement with a joint statement: «We thus deeply regret the decision of the President of Turkey to withdraw from this Convention widely supported in the

¹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/210/declarations>.

² On 20 March 2021, Turkey unilaterally withdrew from the Istanbul Convention. Article 80 of the Istanbul Convention permits any party to denounce it by notifying the Council of Europe. <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>.

³ The Turkish President's decision concerning Turkey's withdrawal from the Istanbul Convention that was taken on the basis of the Presidential Decree No. 9 was published in the Official Gazette on 20 March 2021.

⁴ E. Yalcinalp, *Turkey Erdogan: Women Rise Up Over Withdrawal from Istanbul Convention*, BBC Turkish, Istanbul, 26 March 2021.

⁵ N. Semercioglu, *Turkey's Withdrawal from the Istanbul Convention*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 22 April 2021, at: <http://www.icconnectblog.com/2021/04/turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention/>.

⁶ Statement by High Representative/Vice-President Josep Borrell on Turkey's withdrawal of the Istanbul Convention: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/95380/turkey-statement-high-representativevice-president-josep-borrell-turkey%E2%80%99s-withdrawal-istanbul_en.

country, without any parliamentary debate [...]. We therefore call on the Turkish authorities not to weaken the international system to protect women against violence put in place by the Istanbul Convention»⁷. Even US President Joe Biden, in an official and timely statement, strongly expressed his disappointment: «Turkey’s sudden and unwarranted withdrawal from the Istanbul Convention is deeply disappointing [...]. This is a disheartening step backward for the international movement to end violence against women globally»⁸.

The main aim of this article is to analyse the meaning, impact and aftermath of the Turkish government’s decision. The analysis is based on the following questions: why is the Istanbul Convention so important and what are its main purposes? Why did Erdoğan decide to withdraw Turkey from the Convention and what path has the country taken in recent years that led to such a change?

2. *The Istanbul Convention: scope and purposes*

The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (‘Istanbul Convention’) was an important development to protect women against violence. It was also significant in the development of international law. The Istanbul Convention requires States to protect women against violence⁹. The goals it proposes are broad, ambitious and relevant, as defined in art. 1: «a) protect women against all form of violence, and prevent, prosecute and eliminate violence against women and domestic violence; b) contribute to the elimination of all forms of discrimination against women and promote substantive equality between women and men, including by empowering women; c) design a comprehensive framework, policies and measures for the protection of and assistance to all victims of violence against women and domestic violence; d) promote international co-operation with a view to eliminating violence against women and domestic violence; and e) provide support and assistance to organisations and law enforcement agencies to effectively co-operate in order to adopt an integrated approach to eliminating violence against women and domestic violence»¹⁰.

According to the Convention, violence against women «is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women» (art. 3).

⁷ <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/-/2449202>.

⁸ Statement by President Biden on Turkey’s withdrawal from the Istanbul Convention: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/21/statement-by-president-biden-on-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention/>.

⁹ J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova, *Introduction. The Istanbul Convention as a Response to Violence against Women in Europe*, in J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova (eds.), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, London and New York, 2020, p. 1. The Convention was adopted by the Committee of Ministers and opened for signature in Istanbul on 11 May 2011; it entered into force on the 1st of August 2014.

¹⁰ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>.

The specific forms of violence mentioned in the Convention are the following: physical and psychological violence, coercion and arbitrary deprivation of liberty, sexual violence and harassment, stalking, forced marriages, female genital mutilation, abortion and forced sterilisation, and sexual crimes committed in the name of so-called ‘honour’ (artt. 33-42)¹¹. Furthermore, it is established that the implementation of the Convention by the contracting parties «shall be secured without discrimination on any ground such as sex, gender, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth, sexual orientation, gender identity, age, state of health, disability, marital status, migrant or refugee status, or other status» (art. 4 point 3).

The Convention offers guidance to States and their respective national authorities to give an adequate multidisciplinary response to violence through the four pillars (four Ps): prevention of violence, protection of survivors and reparation, prosecution of perpetrators, and integrated and co-ordinated policies¹². These four Ps constitute the structure of the Convention itself, its meaning and its aims¹³.

Finally, as an international instrument, the Convention promotes and provides a legal basis for international cooperation in the protection of victims, in the investigation and prosecution of crimes covered by the Convention and in the enforcement of judgments (art. 62)¹⁴. The Convention also establishes a specific monitoring mechanism (‘GREVIO’) in order to ensure effective implementation of its provisions by the parties (artt. 66-68).

The Istanbul Convention has already had a remarkable impact in Europe, which is supported by the implementation and monitoring system of the Convention¹⁵. Yet a decade after its birth, the Convention was overwhelmed by disinformation campaigns and unexpectedly became a battleground between progressive and conservative forces¹⁶. Particularly in Central and Eastern Europe, the Convention has received strong political resistance; it has been seen as a threat to traditional family structure and ‘family values’ and has become the target of nationalist, conservative and populist rhetoric¹⁷.

Turkey also fits into this scenario. The Turkish government, despite initial enthusiasm, expressed growing opposition to the provisions of the Convention over

¹¹ *Ibidem*.

¹² <https://womenlobby.org/IMG/pdf/ic-2.pdf>.

¹³ <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/council-of-europe-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence>.

¹⁴ J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova, *Introduction. The Istanbul Convention as a Response to Violence against Women in Europe*, cit., pp. 8-10.

¹⁵ *Idem*, p. 11.

¹⁶ <https://www.gmfus.org/blog/2021/04/30/istanbul-convention-framework-crisis>.

¹⁷ M. de La Baume, *How the Istanbul Convention Became A Symbol of Europe’s Cultural Wars. The Effort to Reduce Violence Against Women, Once Relatively Uncontroversial, Has Become A Proxy for Growing European Political Divisions*, in *Politico*, 12 April 2021 <https://www.politico.eu/article/istanbul-convention-europe-violence-against-women/>.

the last few years, and finally reached the recent decision to withdraw. Turkey will officially exit the Convention on the 1st of July 2021.

3. Turkey: from signature to withdrawal (2011-2021)

In order to understand Turkey's decision to withdraw, we need to reconstruct the path of increasing authoritarianism that it has taken over the last decade.

In 2011, President Erdoğan presented Turkey's participation in the Istanbul Convention as proof of the government's attention to the defence of women and human rights. Until then, the Turkish government, led by the *Justice and Development Party* (*Adalet ve Kalkınma Partisi*, AKP) since 2002, had aspired to present itself as a 'model' of compatibility between Islam, democracy, and secularisation, in a period of significant economic growth and rising 'soft power' potential in foreign policy¹⁸. This was the framework that allowed Erdoğan's government to sign the Istanbul Convention.

However, shortly thereafter, some important changes began to take place, both in internal and external relations. The AKP's third electoral victory made the party's leadership even more 'self-confident', not least because it further increased the concentration of political power in AKP's hands. The party exercised tight control over the economy, the civil service, the judiciary and the media. Meanwhile, the party's interest in completing the process of internal democratisation diminished.

At the same time, some events were destined to have a strong impact on the Turkish government. The so-called 'Arab Springs' created new challenges for Turkey's emerging soft power potential. Turkey's excessive involvement in the internal dynamics of countries in the Mediterranean and Middle East, along with its inability to play the role of a reliable regional mediator, weakened Turkey's ability to present itself as a 'model' of Islamic-democratic compatibility¹⁹.

On the domestic front, the events of Gezi Park, and the protest movement of Taksim Square in 2013 were the most visible signs of growing dissatisfaction within the country. The repressive behaviour of the Turkish police, along with Erdoğan's growing authoritarianism, fuelled discontent within Turkish civil society, which unsuccessfully sought pluralism and democracy, respect for minorities, individual freedom, the preservation of public spaces, freedom of press and speech, and non-interference in the religious choices of citizens²⁰.

From that moment on, Erdoğan defined and consolidated his own authoritarian path. On 10 August 2014, Erdoğan, who had previously been the Prime Minister of the Turkish Republic, won the Presidential elections with the aim of replacing

¹⁸ C. Cerami, *Rethinking Turkey's Soft Power in the Arab World: Islam, Secularism, and Democracy*, in *Journal of Levantine Studies (JLS)*, Vol. 3 No. 2, 2013.

¹⁹ Z. Öniş, *Turkey and the Arab Spring: Between Ethics and Self-Interest*, in *Insight Turkey*, Vol. 14 No. 3, 2012.

²⁰ C. Cerami, *Il movimento di protesta turco e la "battaglia delle idee": cittadinanza, spazi pubblici e democrazia*, in B. Airò, M. Zaccaria (a cura di), *I confini della cittadinanza nel nuovo Medio Oriente*, Viella, Roma, 2015.

parliamentary democracy with a presidential system. Turkey moved towards a form of ‘illiberal democracy’, in which, although the formal institutions of democracy existed, they were led by a majority (whose constituent element is religious conservatism) that monopolised power²¹. The 2016 coup attempt and the purge that followed allowed Erdoğan to take greater control of the armed forces, the economy, the bureaucracy, the judiciary and the media. The constitutional referendum in 2017 and the presidential elections in 2018 brought a new system of power to Turkey: the Head of State acquired almost unlimited powers and the office of prime minister was eliminated. Erdoğan also forged an electoral alliance with the ultra-nationalist far-right MHP party. Meanwhile, faced with a growing economic crisis and a gradually more aggressive foreign policy, he defined an increasingly authoritarian, Islamist and conservative agenda.

This is the scenario that led to a series of criticisms of the Istanbul Convention, and that resulted in the decision to withdraw from the treaty. Women’s rights have become the latest battleground in Erdoğan’s war to obtain the support of the more conservative electorate²². Islamic and conservative religious groups are close to President Erdoğan and necessary in difficult times. The government defends its position by arguing that the Convention had become a divisive element within Turkish society. The text is accused of questioning the values of the ‘traditional’ family and of promoting LGTB culture, in reference to a semantic controversy linked to the concept of ‘gender’.

On 22 March 2021, Turkey’s Communication Directorate published a statement providing the ‘official’ reasons for withdrawal:

The Istanbul Convention, originally intended to promote women’s rights, was hijacked by a group of people attempting to normalize homosexuality – which is incompatible with Turkey’s social and family values. Hence the decision to withdraw. Turkey is not the only country who has serious concerns about the Istanbul Convention. Six members of the European Union (Bulgaria, Hungary, Czechia, Latvia, Lithuania and Slovakia) did not ratify the Istanbul Convention. Poland has taken steps to withdraw from the Convention, citing an attempt by the LGBT community to impose their ideas about gender on the entire society²³.

The ‘official’ motivation offered by the Turkish government has opened up a further field of controversy, attracting not only the protests of women and women’s movements but also those of the entire LGBT community and a growing segment

²¹ Z. Öniş, *Monopolizing the Centre: The AKP and the Uncertain Path of Turkish Democracy*, in *International Spectator*, Vol. 50 No. 2, 2015.

²² L. Boulton, *Erdogan Sacrifices Women’s Protection in Appeal to Conservatives. Turkey’s President Seeks to Boost His Power as The Economy Suffers Under His Mismanagement*, in *Financial Times*, 25 March 2021.

²³ <https://www.iletisim.gov.tr/english/duyurular/detay/statement-by-the-directorate-of-communications-on-turkiyes-withdrawal-from-the-istanbul-convention>.

of Turkish civil society²⁴. President Erdoğan decided to ride the wave of the unprecedented campaign against the ratification of the Istanbul Convention on the basis of the so-called ‘war of gender’, used by right-wing and religious fundamentalists, and conservative groups²⁵. Yet this motivation seems to be misplaced in the light of the Convention text²⁶. The Istanbul Convention is the Council of Europe’s key international treaty to combat violence against women and domestic violence and has served as a model to protect women more effectively, increase funding to support victims, and create help lines and shelters. Turkey’s withdrawal from the Istanbul Convention and its justification for doing so have the potential to strengthen the disinformation campaign in Central and Eastern Europe²⁷. Erdoğan therefore fits into this political debate, fuelling the controversy and using women’s rights as a ‘bargaining chip’ to gain support from the more conservative electorate, in a moment of political, economic, and social difficulties.

The year 2023 will mark the centenary of the Turkish Republic and a double date: the presidential and legislative elections that Erdoğan cannot afford to lose. He will use all his cards to strengthen his conservative electorate. Meanwhile, femicide and domestic violence in Turkey are at an alarming level. According to the World Health Organisation, nearly 40% of women in Turkey experience violence at partners’ hands, compared to around 25% in Europe²⁸. The 2021 data, marred by the COVID-19 pandemic, records a further escalation of domestic violence against women, due to movement restrictions, social isolation, and economic insecurity²⁹. As writer and women’s rights activist Elif Şafak wrote, by withdrawing from the Istanbul Convention, the Turkish government defies rule of law, human rights and gender equality, and wages war against women³⁰.

4. Conclusions

²⁴ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/03/turkey-targeting-of-lgbti-people-to-justify-quitting-convention-on-combating-violence-against-women-is-dangerous/>.

²⁵ K. Sekowska-Kozłowska, *The Istanbul Convention in Poland: between the ‘war on gender’ and legal reform*, in J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova (eds.), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, cit.

²⁶ According to art. 3 c), gender is defined as «socially constructed roles, behaviors, activities and attributes that a given society considers appropriate for women and men». For a legal discussion of the issue, see: J. Niemi, A. Verdu Sanmartin, *The Concept of Gender and Violence in the Istanbul Convention*, in J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova (eds.), *International Law and Violence against Women. Europe and the Istanbul Convention*, cit.; V.R. Scotti, *The Debate on the Istanbul Convention in Turkey: A Populist Reinterpretation of the Principle of Gender Equality*, IACL-AIDC Blog, 18 February 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/gender/2021/2/18/the-debate-on-the-istanbul-convention-in-turkey-a-populist-reinterpretation-of-the-principle-of-gender-equality>.

²⁷ <https://www.gmfus.org/blog/2021/04/30/istanbul-convention-framework-crisis>.

²⁸ A.J. Yackley, *Turkey Withdraws from Treaty Protecting Women Against Violence. Erdoğan Issues Decree to Leave Pact That Aimed to Reduce High Rates of Domestic Abuse*, in *Financial Times*, 20th March 2021.

²⁹ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/03/turkey-targeting-of-lgbti-people-to-justify-quitting-convention-on-combating-violence-against-women-is-dangerous/>.

³⁰ https://twitter.com/Elif_Safak, 20 March 2021.

During the plenary session of the European Parliament, which opened on 26 April, the President of the European Commission Ursula von der Leyen commented on the meeting between the EU and Turkey held on 6 April (dominated by the controversy that arose following the sofa-gate)³¹. Von der Leyen's speech was an opportunity to talk about the importance of the Istanbul Convention ('a groundbreaking legal text and an inspiring document'), and the revival of the values of equality and gender equality.

As also recalled by von der Leyen herself, ten years after the birth of this important treaty, even in Europe some countries have not yet ratified the Convention, as well as the EU itself as a whole:

I used the meeting in Ankara to reiterate my deep concerns about Turkey withdrawing from the Convention. The withdrawal of one of the founding members of the Council of Europe is a terrible signal. To be credible, however, we must not only criticise others. To be credible, we also have to act at home [...]. Several EU Member States have still not ratified the Convention. And others are thinking about quitting. This is not acceptable. Violence against women and children is a crime. We must call it a crime and it must be punished as such. This is why I want the EU itself to join the Istanbul Convention. This remains a priority for my Commission³².

For the European Union, defending women's rights and fighting violence in all its forms is a battle of civilisation, which does 'not only concern the status of women, but the status of democracy'³³ and the most authentic essence of European values, in search of a form of interaction that is participatory, inclusive, and oriented towards the aspiration of an 'open society'. A society in which everyone – regardless of race, nationality, gender, or sexual orientation – can enjoy the benefits of freedom.

Erdoğan's choice has added a further element of confrontation with and distrust of Europe. However, the battle of Turkish women is also a European battle, in which the role and participation of civil society is crucial. Civil society groups remain an important component of democratic resilience and the EU should support prodemocracy movements in the face of authoritarianism.

In recent years, the EU has focused on maintaining interest-based relations with Turkey, centred on migration, the economy, and foreign and security policy. However, a sustainable positive agenda should include not only interest-driven issues, but also rule-based relationships and societal dimensions that consider the

³¹ 'Sofa-gate' is the diplomatic incident that relegated the President of the Commission Ursula von der Leyen to the sofa, while the President of the European Council Charles Michel took a seat next to the Turkish leader Erdoğan. See: A.J. Yackley, M. Peel, *EU-Turkey in Blame Game Over 'Sofa Gate' After Ursula Von Der Leyen Left Standing. Dispute Over Protocol Prompts Charges of Sexism at Meeting*, in *Financial Times*, 8 April 2021.

³² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_1965.

³³ *Ibidem*.

multiplicity of political and social actors³⁴. The EU's failure to express a clear policy of condemnation of Turkish authoritarianism strengthens the assertiveness of Turkey. Above all, the ambiguous European attitude ignores an important segment of Turkish civil society that claims European support and determination in condemning Turkey's authoritarianism. The EU shouldn't limit itself to a 'realpolitik' policy towards Turkey, ignoring European founding values and its own democratic, inclusive and pluralist nature.

³⁴ N. Arisan-Eralp, S. Aydın-Düzgit, A. Eralp, E. Fuat Keyman, Ç. Nas, *Turkey-EU Relations Before the March Summit: The Way Forward?*, in *IPC Policy Brief*, March 2021, p. 4, <https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20210323-23035184.pdf>.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Referendum on Early Elections in Slovakia: Constitutional Challenges in Times of Crisis

M. Domin

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Referendum on early elections in Slovakia: Constitutional challenges in times of crisis

*Marek Domin**

Abstract

In 2020, the tenth democratic and free elections after the fall of the communist regime in Slovakia resulted in a broad coalition government, which obtained its mandate mainly to fight corruption. However, the global pandemic of COVID-19 has fundamentally changed priorities. Indeed, growing dissatisfaction with the governance of the state in early 2021 has led to the organization of a referendum on early parliamentary elections. The article draws attention to the constitutional problems associated with holding such a referendum in the conditions of the Slovak Republic, not only in general, but also, and especially, in times of crisis.

Keywords: constitutionality – COVID-19 – early elections – elections – referendum – Slovakia.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. Parliamentary elections and national referendum in Slovakia. 3. Problems of a referendum on early elections in general. 4. Problems of a referendum on early elections in times of crisis. 5. Conclusions.

* Associate professor of Constitutional Law at the Comenius University in Bratislava, Slovakia. External advisor of the Constitutional Court of the Slovak Republic. The article was peer-reviewed by the Editorial Board.

1. Introduction

In 2020, the tenth democratic and free elections after the fall of the communist regime in Slovakia resulted in a broad coalition Government (four very different political parties, including conservatives, liberals and also populists)¹, which obtained its mandate mainly to fight corruption. Although the governing coalition appears to have achieved some success in that field, the global pandemic of COVID-19 has fundamentally changed priorities.

After a relatively mild beginning, the pandemic situation in Slovakia deteriorated significantly, especially at the turn of 2020 and 2021, which resulted in Slovak hospitals reaching full capacity. Therefore, not only opposition forces, political parties *Smer – Sociálna demokracia* (*Direction – Social Democracy*) and *Hlas – Sociálna demokracia* (*Voice – Social Democracy*), but also experts and the general public had started to rebuke the Government of the Slovak Republic (hereinafter referred to as the ‘Government’) for failing to manage the State in times of crisis. The problem was not only the poor communication of restrictive measures, but also selection and frequent changes thereof, which often gave an impression that the Government was working by the method of trial and error. Also, other problems were raised up, such as cases concerning doubts about the authenticity of the final university theses of both Boris Kollár, the Speaker of the National Council of the Slovak Republic (hereinafter the ‘National Council’ or the ‘Slovak Parliament’) and Igor Matovič², the Prime Minister himself. Growing dissatisfaction with the administration of the Country during the crisis in early 2021 resulted in efforts of the two most relevant opposition political parties³ to hold early parliamentary elections. Instead of elections in 2024, they demanded that elections take place in the autumn of 2021.

As the bill proposing a constitutional act which would shorten the Slovak Parliament’s running term- did not pass, the opposition came up with an initiative to reach early parliamentary elections by a referendum. The referendum on shortening the parliamentary term leading to early elections is nothing new in Slovakia, despite the fact that the Constitution does not explicitly mention that possibility. Since the establishment of an independent State in 1993, two such referendums have been held. The first in 2000, the second in 2004. However, none

¹ Namely, *Obyčajní ľudia a nezávislé osobnosti* (*Ordinary people and independent personalities*); *Sme Rodina* (*We are the family*), *Sloboda a solidarita* (*Freedom and solidarity*) and *Za ľudí* (*For the people*).

² On 1 April 2021, Igor Matovič was replaced as Prime Minister by Eduard Heger, former Minister of Finance.

³ These opposition political parties are *Smer – Sociálna demokracia* (*Direction – Social Democracy*), led by former Prime Minister Robert Fico (Prime Minister in 2006-2010, 2012-2016 and 2016-2018), and *Hlas – Sociálna demokracia* (*Voice – Social Democracy*), led by other former Prime Minister Peter Pellegrini (Prime Minister from 2018 to 2020), which was created only in September 2020 by the split of the first of mentioned parties.

of these referendums was successful, whereby, as we explain below, the validity of the vote presupposes the participation of an absolute majority of all eligible voters⁴.

From the Constitution of the Slovak Republic (hereinafter referred to as the ‘Constitution’) point of view⁵, the referendum on early elections is more than problematic, despite the fact that it has already taken place twice. In addition, holding a referendum and consequently parliamentary elections in the time of crisis caused by the pandemic raises further constitutional issues. Therefore, the aim of this article is to briefly draw attention to the constitutional problems associated with holding a referendum on early elections in the conditions of the Slovak Republic, not only in general, but also in times of crisis specifically.

2. Parliamentary elections and national referendum in Slovakia

Before addressing the problematic aspects of the referendum on early elections, it is appropriate to provide the non-Slovak reader with basic information about constitutional and legal regulation of parliamentary elections and national referendum in Slovakia.

The foundations of the constitutional regulation of parliamentary elections, elections to the National Council, can be found in the first section of the fifth chapter of the Constitution (Articles 73 to 92) devoted to legislative power. The National Council is the supreme representative and sole legislative body of the Slovak Republic consisting of 150 deputies elected for a four-year term. All citizens of the Slovak Republic older than 18 years have the right to elect Members of the National Council. The right to be elected belongs to citizens older than 21 years of age with a permanent residence in the Country. Details on obstacles to exercise the right to vote and the right to be elected are governed⁶, on the basis of a constitutional blanket norm, by the Electoral Act⁷. The Electoral Act regulates electoral system too, as the Constitution remains silent on this issue. Members of the Slovak Parliament are elected through a proportional electoral system with bound candidates’ lists. Candidates’ list can only be submitted by registered political parties or their coalitions, and only by parties or coalitions that payed an election deposit of EUR 17,000 and meet the minimum number of members. All 150 seats in the National Council are distributed in a single national constituency. An electoral quota system, namely the Hagenbach-Bischoff electoral quota, is used for the distribution.

⁴ The 2000 referendum was attended by 20.03% of citizens entitled to vote. Participation in the second referendum was slightly higher, namely 35.86%. The slightly higher turnout in the second referendum was probably because it took place on the same day as the first round of election of the President of the Slovak Republic.

⁵ Constitution of the Slovak Republic, no. 460/1992 Coll. as amended till date.

⁶ For more details on obstacles in exercising the right to vote in Slovakia as one of the persistent problems of the right to vote, see M. Domin, *Thirty Years of Democratic and Free Elections in Slovakia: Can really Everyone Vote?*, in *Acta Universitatis Danubius*, Vol. 16 No. 3, 2020, pp. 7-20, <https://dj.univ-danubius.ro/index.php/AUDJ/article/view/590/921>.

⁷ Act no. 180/2014 Coll. on the Conditions for Exercising the Right to Vote, as amended till date.

As regards the referendum, the Constitution envisages several types thereof. In addition to the referendum at the municipality level and another one at the self-governing region level, the Constitution refers to a national referendum regulated in the second section of the fifth chapter (Articles 93 to 100). Involving a national referendum in the part of the Constitution regulating legislative power suggests that this referendum is considered, in addition to the activities of the National Council, to be the second possible way of exercising legislative power⁸. All citizens of the Slovak Republic who have the right to elect Members of the National Council are eligible to participate in the national referendum. Organizational details are left to the Electoral Act. However, the Constitution governs the subject of the referendum and who and under what conditions can call it. In accordance with Art. 93 par. 2, a referendum may decide on important issues of public interest⁹. However, the following paragraph 3 adds that «No issues of fundamental rights and freedoms, taxes, levies and the State budget may be decided by a referendum». The referendum is called by the President of the Slovak Republic (hereinafter referred to as the ‘President of the Republic’). Nevertheless, the President of the Republic can only do so, if the National Council or a group of at least 350,000 citizens ask them to call a referendum. Even before the referendum is called, the President of the Republic may apply to the Constitutional Court of the Slovak Republic (hereinafter referred to as the ‘Constitutional Court’) to examine the compliance of the subject of the referendum with the Constitution. If the conclusion is the inconsistency of the subject of the referendum with the Constitution, the referendum cannot be called and held. Therefore, the President of the Republic calls a referendum only if all formal and material conditions are met. If so, the President of the Republic is obliged to declare a referendum¹⁰. For the results of the referendum to be valid, the participation of an absolute majority of all citizens entitled to vote is required. The proposal adopted in the referendum is subsequently to be promulgated by the National Council in the same way as a law, it means in the Collection of Laws.

3. Problems of a referendum on early elections in general

The institute of national referendum belongs, together with the position of the President of the Republic, to the most problematic parts of the Slovak constitutional system. The key issues of the referendum are related to the question, whether or not

⁸ That conclusion was even repeatedly confirmed by the Constitutional Court of the Slovak Republic, namely in its decisions II. ÚS 31/97 of 1997 and PL. ÚS 24/2014 of 2014.

⁹ Article 93 par. 1 of the Constitution presupposes a referendum confirming a constitutional act on the entry of the Slovak Republic into a State union with other States or on the withdrawal from such a union. However, this type of referendum, referred to by the Slovak constitutional doctrine as the so-called mandatory referendum, has never been used in practice. Also the 2003 referendum on the accession of the Slovak Republic to the European Union was held under the Art. 93 par. 2, thus, as a referendum on other important issues of public interest.

¹⁰ The same opinion in M. Giba *et al.*, *Ústavné právo*, Wolters Kluwer, Bratislava, 2019, p. 211 or J. Drgonec, *Ústavné právo hmotné*, C.H. Beck, Bratislava, 2018, p. 257.

the Members of the National Council (hereinafter also referred to as the ‘MPs’), for whom the Constitution determines the prohibition of imperative mandate, are bound by the results of a referendum, as well as how to force MPs to reflect the will of citizens expressed in the referendum in the legal order. However, the following lines abstract to a certain extent from the above-mentioned problems and focus only on the question of constitutionality of a referendum on early parliamentary elections.

The fundamental problem of a referendum on early parliamentary elections lies in the fact that the Constitution does not mention it at all. On the one hand, the Constitution does not explicitly prohibit it, for example in the calculation referred to in Art. 93 par. 3., on the other hand, the Constitution does not explicitly allow the referendum in question either. The wording of a law, all the more so the wording of a constitution, cannot cover everything, but as a matter of fact, the Slovak constitutional regulation of the referendum is not sufficient. However, holding a referendum on early parliamentary elections, due to the absence of explicit regulation, may contradict various other provisions and principles of the Constitution.

Due to the insufficient wording of the Constitution, controversy about the constitutionality and admissibility of holding a referendum on early elections has arisen and persisted among Slovak constitutional law experts, despite the fact that such a referendum has already taken place twice, as we have mentioned. Therefore, the following lines will briefly present basic arguments of both groups, advocates and opponents of a referendum on early elections¹¹.

Perhaps the most common argument for stating that a referendum on early parliamentary elections is contrary to the Constitution is the one saying that such a referendum would essentially be the referendum on fundamental rights and freedoms, which is explicitly prohibited by the Art. 93 par. 3 of the Constitution. This argument was already presented in 2004 by Ernest Valko and Katarína Babiaková¹² with regard to the then held referendum on early elections. In connection with the forthcoming referendum in 2021, this argument was repeated

¹¹ Other constitutional problems, such as the enforceability of its results, are linked to the referendum on early election. For details, see M. Kajla, *Referendum o predčasných parlamentných voľbách v podmienkach Slovenskej republiky (Referendum on early parliamentary elections in Slovak Republic)*, in *Studia Iuridica Cassoviensia*, Vol. 7 No. 1, 2019, pp. 21-29, https://sic.pravo.upjs.sk/ecasopis/72019-1/2_kajla_referendum_o_predcasnych_parlamentnych_volbach.pdf.

¹² See E. Valko, K. Babiaková, *Fenomén predčasných parlamentných volieb a referenda (The phenomenon of early parliamentary elections and referenda)*, in *Justičná revue*, Vol. 56 No. 3, 2004, pp. 291-298.

by Eduard Barány¹³ and especially by Vincent Bujňák¹⁴. The logic of this so-called human rights argument lies in the fact that shortening the Parliament's term otherwise than explicitly envisaged by the Constitution (dissolution of the National Council by the President of the Republic) or by the decision of the members of Slovak Parliament themselves, violates Art. 30 par. 4 of the Constitution, which guarantees the right of citizens to equal access to elected and other public offices. Therefore, MPs serving for a term shortened by a referendum would not be able to exercise their electoral programmes in the same way as MPs who would serve for the full term. Following the above-mentioned, Bujňák adds that the acceptance of a referendum on early parliamentary elections could lead to even greater excesses. If we accepted referendum question on shortening the term of the entire National Council, what would prevent the acceptance of a question leading to expiration of the mandate of a particular Member of the National Council for the specific way in which they have voted in parliamentary debate¹⁵?

Advocates of the constitutionality of a referendum on early elections, such as Tomas Ľalík¹⁶, also accept the inadmissibility of the outlined question concerning the duration of the mandate of a particular Member of the National Council. However, Ľalík considers deprivation of mandate of all deputies acceptable as a result of the referendum on early elections, because restriction of the rights of MPs, if any at all, would be only mediated and institutional, not individual¹⁷. However, general principles of the Constitution, in particular the principle of the sovereignty of the people and the principle of democracy, speak in favour of the constitutional acceptability of a referendum on early parliamentary elections. The above-mentioned principles expressed in the first chapter of the Constitution (Art. 1 and Art. 2) suggest that all power in the State begins and ends with the people (citizens) and therefore the people cannot be considered just as an object of public power, but, on the contrary, as its subject¹⁸. According to advocates of the constitutionality of a referendum on early elections, the nature of representative democracy in general and the nature of a mandate of MPs in particular, should also support their conclusions. Namely, a Member of the National Council, as well as any other representative of a public authority, is only a representative of citizens and exercises public power only because it has been entrusted to them for a limited period of time by citizens, especially through elections. As Ľalík aptly points out, a representative

¹³ See E. Barány, *Protipandemické opatrenia, ústavné limity a ľudské práva (Anti-pandemic measures, constitutional limitations and human rights)*, in *Slovenské národné noviny*, 22 February 2021, <https://snn.sk/news/protipandemicke-opatrenia-ustavne-limity-a-ludske-prava/>.

¹⁴ See V. Bujňák, *Predčasné voľby. Prečo skrátenie volebného obdobia referendom nie je ústavné (Early elections. Why shortening parliament's term is unconstitutional)*, in *Postoj*, 22 February 2021, <https://www.postoj.sk/72745/preco-skratenie-volebneho-obdobia-referendom-nie-je-ustavne>.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ See T. Ľalík, *Prečo je skrátenie volebného obdobia referendom ústavné (Why is the shortening of the Parliament's term through referendum constitutional)*, in *Postoj*, 24 February 2021, <https://www.postoj.sk/72915/preco-skratenie-volebneho-obdobia-referendom-je-ustavne>.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

cannot be more than the one he represents. The possibility of early parliamentary elections following a referendum could ultimately strengthen the responsibility of MPs, which should be present at all times, and not just every four years when regular parliamentary elections are held.

The third possible approach, but probably not the last, is an approach that can be described as a systemic one. It was presented in 2008¹⁹ and recently further developed by Marián Giba²⁰. He points out that in the Constitution one can find both arguments for and against a referendum on early elections. However, he arrives at conclusion that the referendum on early elections is contrary to the ‘spirit’ of the Constitution, more specifically, it is contrary to the constitutional system of the Slovak Republic that can be described as a parliamentary form of government²¹. Giba emphasizes, and one can only agree with this, that early elections should be an exceptional way out of crisis and not a tool for reviewing or denying the results of previous elections²². The possible establishment of the referendum on early elections practice would be dangerous, as it would lead to relativization of the importance of parliamentary elections as such. Why would voters attach any special importance to elections if they knew that their results would not be ‘valid’ for four years, but could be changed in a relatively short time, thanks to a referendum? The sketched relativization of the significance of elections could ultimately be understood as an interference with fundamental rights and freedoms, specifically with the suffrage. However, it would not be the interference with the right of MPs but with a voting right.

The efforts of opposition political parties to change the balance of political forces in Parliament, which we are witnessing in Slovakia even today, are understandable, but they are not compatible with how the parliamentary form of government should work. It must not be forgotten that a change in the balance of forces in the Slovak Parliament is conceivable even without elections. The Constitution provides MPs with various tools to do so²³.

¹⁹ M. Giba, *Referendum o predčasných voľbách: niekoľko úvah (Referendum on early elections: some considerations)*, in *Mil'niky práva v stredoeurópskom priestore 2007*, Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Bratislava, 2008, pp. 572-579.

²⁰ M. Giba, *Referendum o predčasných voľbách alebo rozklad suverenity ľudu pod zámkou jej výkonu (Referendum on early elections or decay of people's sovereignty under the pretext of its exercise)*, in *Denník N*, 26 February 2021, <https://dennikn.sk/2287699/referendum-o-predcasnych-voľbach-alebo-rozklad-suverenity-ludu-pod-zamienkou-jej-vykonu/>.

²¹ In Slovak literature, one can also find a certain relativization of the conclusion that the Slovak Republic is a parliamentary form of government. However, a key feature of the parliamentary form of government, the formation of the Government based on the results of parliamentary elections, holds valid.

²² M. Giba, *Referendum o predčasných voľbách: niekoľko úvah (Referendum on early elections: some considerations)*, in *Mil'niky práva v stredoeurópskom priestore 2007*, Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Bratislava, 2008, p. 574.

²³ For example, MPs could by an obstruction achieve the reason prescribed by the Constitution for the dissolution of the National Council by the President of the Republic (inability to pass resolutions lasting more than three months). Another possibility lies in the adoption of a Constitutional Act on shortening the term of the Slovak Parliament. Although this solution is also not explicitly envisaged

4. Problems of a referendum on early elections in times of crisis

The admissibility is not the only issue of a referendum on early elections, which should be held in the current times of crisis. The constitutional system of the Slovak Republic, through the Constitutional Act on the Security of the State (hereinafter referred to also as the ‘Constitutional Act’)²⁴, allows to declare war, the state of war, the exceptional state or the state of emergency in times of crisis. The threat to human life and health due to a pandemic is specifically the reason for declaring the state of emergency, which has been declared twice in Slovakia due to the COVID-19 pandemic. For the first time the state of emergency lasted from March 2020 to June 2020, for the second time it was declared with effect from 1 October 2020 and continues to this day²⁵. The Constitutional Act on the Security of the State during the state of emergency allows a broader restriction of fundamental rights and freedoms than at the time of standard constitutional regime. This possibility has been used in practice by the Slovak Government. In the following lines, we will briefly look at how the state of emergency, or even another crisis situation, could affect the practical implementation of a referendum on early elections and subsequent parliamentary elections.

Restrictions on fundamental rights and freedoms that may occur during the state of emergency or other crisis are understood by the Constitutional Act on the Security of the State as the maximum acceptable. Therefore, restrictions on rights other than those expressly mentioned in the Constitutional Act are not permissible. At the same time, the rights which the Constitutional Act provides for a possible restriction can be restricted only to the extent and for the time necessary. In other words, the restrictions must be in accordance with the principle of proportionality. As the Constitutional Act does not mention the restriction of the right to vote in a referendum or a referendum itself at all, the conclusion must be that a declaration and holding of a referendum, regardless of its subject, is possible even during the state of emergency or other crisis.

Yet, in the case of elections, the situation is different. The Constitutional Act on the Security of the State presupposes that during war or the state of war²⁶ it is permissible not to call and therefore not to hold elections, including parliamentary elections. However, the Constitutional Act speaks of the possibility of not calling

by the Constitution and is criticized by constitutional lawyers, from a systemic point of view, it is more acceptable than shortening the term by a referendum. Namely, such a solution requires a consensus of three fifths of the Members of the National Council to shorten their term and to achieve early elections.

²⁴ Constitutional Act no. 227/2002 Coll. on the Security of the State in Time of War, State of War, Exceptional State and State of Emergency, as amended till date.

²⁵ At least until 1 March 2021, when these lines are written.

²⁶ It is not clear whether a restriction on the right to vote consisting in the non-holding of elections is possible even in the event of the exceptional state. Although the Constitutional Act on the Security of the State does not mention this possibility among the measures permitted at the time of the exceptional state, the opposite can be deduced from its final provisions.

elections «during regular election terms», suggesting that the possibility of not calling and not holding elections and thus restricting the voting right only applies to regular elections. However, such an interpretation would be contrary to the essence of the restriction in question. Not only regular elections but any elections could contribute to the spread of COVID-19 and negative consequences associated with it. Therefore, one can incline to the conclusion that the possibility of not voting also applies to early elections, that is to say, to elections that do not take place in the end of regular parliamentary terms. However, this does not apply at the time of emergency state. Therefore, according to the Constitutional Act, elections are to be held even during the state of emergency.

If there is a political will to avoid a referendum on early elections, which cannot be completely ruled out in the conditions of Slovak political culture, one can see the solution in the restriction of other fundamental rights and freedoms important for the initiation and practical conduct of the referendum. In connection with a petition aimed at obtaining signatures to require a referendum, the Slovak Ministry of the Interior reminded that during the state of emergency, government-imposed restrictions of freedom of residence and movement in the form of curfew apply²⁷. Participation in a petition aimed at collecting signatures for the request for a referendum is not among the permitted exceptions for that curfew. However, the proposed approach would be in conflict with the Constitutional Act on the Security of the State and with the Constitution. It would mean a restriction on the right to petition and, ultimately, the right to take part in a referendum. But the Constitutional Act does not allow restricting one fundamental right as a result of formal restriction imposed to another. However, such a procedure, which would make it possible to prevent any activity of people, in extreme cases also participation in early elections as such, is clearly inadmissible in a state governed by the rule of law. Finally, the Slovak Republic is also proclaimed the State governed by the rule of law²⁸. The basic principles of the rule of law, which form the common legacy of not only European democracies, must always apply, even in times of ‘bad weather’, which means also in crisis due to pandemic.

5. Conclusions

The article tried, especially focusing on a non-Slovak reader, to summarize the current controversies regarding the possibility of holding a referendum on early parliamentary elections in Slovakia. As it is clear from the above lines, there are relevant arguments in favour of both the conclusion on the constitutionality of the referendum and the opposite one. The only entity empowered to decide authoritatively on this dispute is the Constitutional Court. As we have already said, the Constitution entrusts it with the power to decide on the conformity of the subject

²⁷ It should be added that various exceptions exist for that curfew: a trip to work, a trip to purchase food or medicines etc.

²⁸ Article 1 par. 1 of the Constitution states that «the Slovak Republic is a sovereign, democratic State governed by the rule of law».

of a referendum with the Constitution. An unavoidable precondition, however, is that the President of the Republic turns to the Constitutional Court after receiving the request for a referendum²⁹.

Whatever decision the Constitutional Court arrives at, it will almost certainly become the target of criticism, either by the governing coalition or by opposition political parties³⁰. Although such criticism must be taken into account, as constitutional law and politics are close, the ideal solution would be to amend the wording of the Constitution to consider a referendum on early elections. The author of this article favours the possibility of the Constitution allowing a referendum on early parliamentary elections. However, there is a need to ensure that such preconditions are met, which would reduce the chance of abusing this institute in the competition of political forces. Namely, a referendum on early elections should be used only if it appears to be a really inevitable and effective way out of a constitutional political crisis. One option would be to set particularly strict conditions for initiating such a referendum (more than just 350,000 signatures for the request of a referendum). Another solution could be to determine that such a referendum cannot be held, for example, earlier than 1 or 2 years after the last parliamentary elections and later than a year before the next ones. Abuse of a referendum on early elections could also be prevented by a measure based on the prohibition of the repeated referendum during one term of Slovak Parliament in the event of failure of the previous one (invalidity or negative result).

Controversy over the admissibility of a referendum on early elections would probably not have arisen at all if the level of political culture in Slovakia was higher. Under ideal conditions, a strong criticism of the ruling representatives in a substantial part of the society, reflected in the high number of signatures on the petition calling for a referendum on early elections, should lead to the end of the term of political representatives and to new elections by their own action. Unfortunately, in Slovakia, such an approach is something so far comparable to films in Sci-Fi genre.

Regarding the connection of a referendum on early elections with the ongoing COVID-19 pandemic, it is still to be added that although the Constitutional Act on the Security of the State does not preclude holding a referendum or election during the state of emergency, it is worth considering whether this solution would be a good one. Yet, this is not the case if the inability of political representatives to

²⁹ So far, the Constitutional Court decided on the constitutionality of the subject of a referendum only in 2014. The referendum in question, called the referendum on family, was finally held in 2015. However, it consisted of three instead of the original four questions, because one of questions was declared unconstitutional. For more details see. M. Rybár, A. Šovčíková, *The 2015 Referendum in Slovakia*, in *East European Quarterly*, Vol. 44 No. 1-2, 2016, pp. 79-88, https://politicalscience.ceu.edu/sites/politicalscience.ceu.hu/files/attachment/basicpage/1096/mare_krybar_0.pdf.

³⁰ However, it is sad if academics are the target of criticism of political parties for commenting on the issue of constitutionality of the referendum in question. An example of such inappropriate involvement of academics in political rivalry is, for example, the press conference of representatives of the political party *Smer – Sociálna demokracia*, which took place on 23 February 2021.

manage the State in times of crisis exceeds a tolerable level. However, it is questionable whether this has already happened in Slovakia.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



**Il sistema politico e costituzionale della
Russia un anno dopo la Grande Riforma
Putiniana: tra legislazione attuativa,
chiusura identitaria e fragilità politica**

A. Di Gregorio

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Il sistema politico e costituzionale della Russia un anno dopo la Grande Riforma Putiniana: tra legislazione attuativa, chiusura identitaria e fragilità politica

*Angela Di Gregorio**

Abstract

The contribution takes stock of the intense legislative activity occurred in the last year in Russia. This has taken place against the background of a “frozen” political regime which is deeply concerned about the activity of “non-systemic” opposition and “foreign agents”, and increasingly aggressive in international relations.

Keywords: Russia – foreign agents – elections – freedom of gathering – xenophobia.

SOMMARIO: 1. I provvedimenti di attuazione della riforma costituzionale e la restrizione delle libertà civili e politiche nell'imminenza del rinnovo della *Duma* di Stato. 2. Il messaggio presidenziale del 21 aprile 2021 e la contrapposizione crescente con l'Occidente. 3. Sclerotizzazione del potere e paranoia identitaria.

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Il testo è stato referato internamente a cura della Direzione.

1. I provvedimenti di attuazione della riforma costituzionale e la restrizione delle libertà civili e politiche nell'imminenza del rinnovo della Duma di Stato

Il 2021 rischia di essere ricordato per la Russia come un anno ancor peggiore del 2020, nonostante la pandemia più o meno sotto controllo (anche grazie alla brevettazione ed alla produzione di diversi vaccini) e l'avvenuta approvazione della Grande Riforma Putiniana¹. Numerose sono le preoccupazioni per il regime, sia sul fronte interno che internazionale, e ciò genera comportamenti particolarmente repressivi, in particolare sotto il profilo dell'esercizio delle residue libertà civili e politiche.

Per quanto riguarda la materia costituzionale, vi è stata una massiccia attività di adeguamento della normativa e delle istituzioni alla Grande Riforma Putiniana del 2020. Si tratta di modifiche ad oltre cento tra leggi costituzionali e ordinarie federali, ad innumerevoli atti sublegislativi nonché ad una miriade di atti dei soggetti federati, solo per citare le trasformazioni più importanti². Alcune di queste modifiche sono di limitato respiro perché le relative innovazioni o erano già contenute nella legislazione (dal momento che, come già osservato³, la riforma ha costituzionalizzato molti aspetti presenti nella legislazione, nella giurisprudenza e nella prassi politica) o si è trattato di cambiamenti di denominazioni o di forma (ad es. senatori invece che membri del Consiglio della Federazione) oppure, ancora, si è trattato di modifiche puramente riproduttive del testo della riforma (si veda l'adeguamento dei codici per introdurre la superiorità della Costituzione sulle decisioni di organi inter-statali contrastanti con la Costituzione). In altri casi, invece, si è approfittato di questo massiccio lavoro di adeguamento per estendere il contenuto delle modifiche costituzionali, come ad esempio nella modifica della legge costituzionale sulla Corte costituzionale dove si è inserito il divieto di pubblicare sul sito della Corte le opinioni dissenzienti dei giudici e di criticare pubblicamente le decisioni della Corte⁴, oppure nell'eliminazione, con la riforma

¹ L'ampia riforma costituzionale ratificata dalla "votazione panrussa" il 1 luglio 2020.

² Si vedano le statistiche riportate in B. Noble, N. Petrov, *From Constitution to Law: Implementing the 2020 Russian Constitutional Changes*, in *Russian Politics*, No. 6, 2021.

³ A. Di Gregorio, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento della Costituzione della Russia del 14 marzo 2020*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritti, Istituzioni e Società*, Vol. 2 No. 1, 2020. Si vedano anche M. Ganino, *Tempi e modi rituali della revisione costituzionale di Putin. Continuità e varianti*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritti, Istituzioni e Società*, Vol. 2 No. 1, 2020 e C. Filippini, *L'introduzione in Russia del procedimento di modifica della Costituzione in deroga*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, No. 2, 2020.

⁴ La modifica della legge costituzionale sulla Corte costituzionale del 9 novembre 2020 è stata la più ampia di tutte. Oltre all'adeguamento alle disposizioni della riforma costituzionale (in particolare, la Corte acquisisce diverse nuove competenze, ma è chiamata ad agire su impulso del Presidente o di altri organi ed è chiaramente divenuta ancor più uno strumento del potere) si è agito ulteriormente sulla sua composizione, introducendo – a seguito della diminuzione del numero dei giudici da 19 a 11 – una riduzione della collegialità e della trasparenza. Infatti, si abbassa il *quorum* decisionale e si rende più frequente la discussione in camera di consiglio. Inoltre viene eliminato

della legge costituzionale sul sistema giudiziario, delle corti costituzionali dei soggetti della Federazione, nell’inserimento di garanzie di immunità aggiuntive per gli ex Presidenti nella relativa legge federale (l’immunità si estende agli atti commessi al di fuori delle funzioni presidenziali). L’opera di adeguamento normativo peraltro non è ancora terminata perché si ritiene che alcune modifiche relative ad aspetti identitari e culturali verranno inserite più a ridosso delle elezioni della *Duma*⁵.

La maggior parte dei “pacchetti” legislativi di attuazione costituzionale – prevalentemente di iniziativa presidenziale – è stata presentata e rapidamente approvata dall’Assemblea federale nella sessione autunnale, e precisamente tra settembre e dicembre del 2020. Un primo gruppo di ben otto progetti di legge, presentato il 22 settembre, ha riguardato il funzionamento di alcuni organi includendo, tra le altre cose, la nuova legge costituzionale sul Governo, la modifica alle leggi costituzionali sulla Corte costituzionale e sul Plenipotenziario per i diritti umani, modifiche alle leggi federali sul potere giudiziario (in particolare, per prevedere le nuove modalità di revoca dei giudici), sulla procura (per introdurre le nuove modalità di nomina e revoca dei procuratori), sulla sicurezza, sul Servizio federale di sicurezza, sull’*intelligence* estera. Il secondo pacchetto, presentato il 14 ottobre, include sei progetti di legge di cui cinque modificano una serie di codici federali al fine di prevedere la superiorità della Costituzione su atti e decisioni di organismi internazionali in caso di contrasto e il sesto è la legge sul Consiglio di Stato (organo prima disciplinato solo da un editto presidenziale che peraltro era molto più dettagliato). Il terzo pacchetto, presentato il 31 ottobre, contiene due provvedimenti che riguardano la composizione della camera alta con l’introduzione dei senatori a vita (gli ex Presidenti). Il quarto, presentato il 30 novembre, contiene due progetti riguardanti le restrizioni per i pubblici funzionari in merito a cittadinanza, residenza e conti correnti all’estero. Ai quattro pacchetti di iniziativa presidenziale si sono aggiunte ulteriori iniziative parlamentari, in particolare modifiche alla legge sulle garanzie per gli ex Presidenti, la legge federale sul primo territorio federale Sirius, modifiche al codice penale ed al codice degli illeciti amministrativi per punire chi viola o incita alla violazione dell’integrità territoriale, modifiche alla legge sul contrasto all’estremismo per adeguare il concetto di attività estremista al nuovo testo costituzionale. Tutti questi disegni di legge sono stati approvati rapidamente e promulgati tra novembre e dicembre del 2020 (con l’opposizione, quasi sempre, del partito comunista)⁶.

l’obbligo di rispondere entro tempi certi ai ricorsi. Le modifiche introdotte nella composizione e nel funzionamento della Corte, unite all’aumento delle competenze, renderanno ancor più difficile il suo funzionamento. A ciò si aggiunge l’eliminazione delle corti costituzionali dei soggetti (parte delle loro competenze ricadrà sulla Corte costituzionale federale) producendosi in futuro una ulteriore contrazione delle garanzie costituzionali.

⁵ B. Noble, N. Petrov, *From Constitution to Law: Implementing the 2020 Russian Constitutional Changes*, cit.

⁶ Per approfondimenti si rinvia a I. Galimova, *L’approvazione delle leggi di attuazione della riforma costituzionale e le altre iniziative della Duma alla fine del 2020*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, No. 3, 2020.

Ulteriori e importanti modifiche legislative sono intervenute nel corso del 2020 per limitare ulteriormente le libertà politiche (di voto, riunione, associazione) sia in considerazione delle proteste innescate dal caso Navalnyj sia in vista delle elezioni della *Duma* del settembre 2021. L'obiettivo è quello di contrastare sempre più l'opposizione "non sistemica" e le ONG. Si tratta di una serie di provvedimenti che si aggiungono ad altri analoghi presentati negli anni scorsi e che intervengono sulle stesse leggi, in particolare sulla legge del 19 giugno 2004 (e successive modificazioni) «Sulle riunioni, raduni, dimostrazioni, cortei e picchetti» e sulla legislazione elettorale (legge quadro sulle elezioni, legge sulle elezioni della *Duma*, ma anche codice degli illeciti amministrativi nella parte riguardante le contestazioni dei risultati o dei procedimenti elettorali).

I provvedimenti approvati tra il 23 maggio e il 31 luglio 2020 hanno ristretto il diritto di voto passivo impedendo la candidabilità per cinque anni dalla revoca o estinzione della pena delle persone condannate per reati non solo gravi ma anche di media gravità. Tra questi rientra la violazione ripetuta delle regole di organizzazione e svolgimento delle manifestazioni pubbliche⁷. Si sono introdotte ulteriori limitazioni per i candidati indipendenti, ad esempio regole più severe per la raccolta delle firme per potersi registrare (mentre i candidati di partiti già rappresentati nelle assemblee a livello federale, regionale o locale sono esonerati dalla raccolta delle firme). Si sono inoltre agevolate tutte le modalità di voto (voto elettronico, voto per corrispondenza, voto anticipato, voto al di fuori del seggio elettorale) e si è consentito il voto su tre giorni invece che su uno solo. Si tratta di misure già introdotte per agevolare lo svolgimento della "votazione panrusa" del primo luglio 2020 (in quell'occasione si consentì di votare per una intera settimana), quando si era in contesto di pandemia, e che vengono estese agli altri tipi di votazioni e rese strutturali con l'obiettivo di rendere l'esercizio del diritto di voto più sicuro, più accessibile e "comodo". Ciò rischia tuttavia di rendere ancor meno controllabili le procedure elettorali. Una ulteriore modifica alla legge elettorale per la *Duma*, approvata il 26 maggio 2021 e in vigore dal 4 giugno, prevede il divieto di partecipare alle elezioni della *Duma* per le persone che hanno preso parte all'attività di organizzazioni estremiste e terroriste per tre o cinque anni (a seconda del ruolo rivestito) dalla sentenza di scioglimento della relativa organizzazione (si ritiene che tale misura comporterà ulteriori restrizioni alle attività delle organizzazioni che fanno capo a Navalnyj)⁸.

Tra la fine del 2020 e la prima metà del 2021, si sono introdotte ulteriori restrizioni alle libertà fondamentali di stampa, espressione, parola, riunione,

⁷ Per commenti sulle modifiche del maggio 2020 vedi E. Schulmann, *The Russian Parliament and the Pandemic*, in PONARS *Eurasia Policy Memo*, No. 690, gennaio 2021.

⁸ Il 9 giugno il Tribunale di Mosca ha dichiarato "organizzazioni estremiste" la Fondazione per la lotta alla corruzione, la Fondazione per la tutela dei diritti dei cittadini, entrambe istituite da Alexej Navalnyj, e le loro sezioni regionali. Tali soggetti non potranno diffondere informazioni, compiere operazioni finanziarie né partecipare alle elezioni o organizzare manifestazioni. <https://meduza.io/feature/2021/06/10/sud-priznal-struktury-navalnogo-ekstremistskimi-organizatsiyami-zasedanie-dlilos-12-chasov-a-reshenie-sudya-vynes-za-20-minut>.

associazione e di voto, in connessione con il famigerato *status* di “agente straniero”, introdotto per la prima volta nel 2012 con una modifica alle leggi «Sulle organizzazioni senza scopo di lucro» e «Sulle organizzazioni sociali». Si tratta di uno *status* che, nonostante le rassicurazioni delle autorità (inclusa una decisione della Corte costituzionale dell’8 aprile 2014⁹) circa l’assoluta neutralità dell’etichetta, che sarebbe riferita solo alla trasparenza sui finanziamenti ricevuti dall’estero, introduce un evidente discredito tramutatosi, negli ultimi mesi, in accusa di potenziale danno agli interessi nazionali russi.

Lo *status* di “agente straniero”, che si concretizza nell’esistenza di appositi registri in cui vengono elencati gli agenti stranieri, nell’obbligo di identificarsi con una apposita “etichetta” in tutti i documenti e i materiali utilizzati e diffusi, e nell’obbligo di rendicontazione periodica dei finanziamenti esteri ricevuti e delle modalità del loro utilizzo, è stato progressivamente esteso dalle ONG ad altri soggetti (ai *media* nel 2017, alle persone fisiche nel 2020) con la previsione di sanzioni, in caso di inottemperanza agli obblighi di legge, sempre più severe¹⁰. Più di recente agli obblighi si sono aggiunti una serie di divieti collegati espressamente all’attività politica. Nella legge del 30 dicembre 2020 si rafforza il controllo sulle associazioni o sui singoli sostenuti con finanziamenti dall’estero che intendono partecipare ai processi politici in Russia. Inoltre, si chiarisce il concetto di attività politica: tale attività può essere svolta anche nel processo di osservazione dello svolgimento di manifestazioni pubbliche, elezioni, del funzionamento di partiti politici, etc. Si introduce un nuovo e specifico registro delle persone fisiche che «negli interessi di una fonte straniera» partecipano all’attività politica e raccolgono informazioni sull’attività tecnico-militare dello Stato. Tali soggetti hanno precisi

⁹ Secondo la Corte, i criteri previsti dalla legge per attribuire alle ONG la qualifica di “agenti stranieri” sarebbero chiari ed andrebbero considerati cumulativamente. L’obbligo della ONG di provvedere alla comunicazione di inizio della propria attività a fini di registrazione avrebbe lo scopo di consentire la massima trasparenza. In tal modo sarebbero chiare fin dall’inizio le fonti di finanziamento estero per quelle ONG che svolgono attività politica e che, influenzando la pubblica opinione, intendono incidere sulle decisioni della politica statale. Non importa in tal caso se la ONG sia a supporto o contraria alle politiche dello Stato. La regolamentazione legislativa di per sé non indicherebbe dunque un’ingerenza dello Stato nell’attività di queste associazioni. La definizione di “agenti stranieri” inoltre non vorrebbe dire che la legge intende attribuire a tali associazioni una qualifica di tipo negativo, come se fossero pericolose per la società e per lo Stato. I tentativi di rinvenire nella definizione di “agente straniero” un significato negativo deriverebbero dagli stereotipi sovietici e non avrebbero alcun fondamento di diritto costituzionale. Non è tuttavia escluso che gli sponsor stranieri cerchino di strumentalizzare le ONG per i propri interessi. In tal modo la legge impugnata difenderebbe la sovranità statale e gli interessi pubblici. Inoltre le ONG non sono state private della possibilità di far ricorso in giudizio per tutelare i propri diritti. Per un commento si rinvia a A. Di Gregorio, *La giurisprudenza costituzionale della Russia nel biennio 2014-2015*, in *Giurisprudenza costituzionale*, No. 5, 2016.

¹⁰ Tra queste, sanzioni amministrative, congelamento dei conti, etc. Sul sito del Ministero della Giustizia sono reperibili i registri degli “agenti stranieri”, rispettivamente riferiti ai *media* stranieri che svolgono le funzioni di agenti stranieri (<https://minjust.gov.ru/ru/documents/7755/>) ed alle ONG russe che svolgono le funzioni di agenti stranieri (<http://unro.minjust.ru/NKOForeignAgent.aspx>). Tali elenchi includono importanti siti di informazione indipendenti (tra cui Meduza) o associazioni per la tutela dei diritti umani (Nasiliyu.net, Memorial, Levada-Center, Golos, etc.).

obblighi di rendicontazione e non possono ricoprire uffici pubblici né essere ammessi a segreti di Stato. Le modifiche della legislazione elettorale approvate il 20 aprile 2021 introducono i concetti di «candidato persona fisica che esercita le funzioni di agente straniero» e di «candidato affiliato a persona che esercita le funzioni di agente straniero», stabilendo le procedure per informare gli elettori dell'esistenza di tale *status*, ed anche le regole per la candidabilità di tali persone da parte delle associazioni elettorali e per lo svolgimento della propaganda elettorale. Analogamente si chiede trasparenza sui finanziamenti elettorali dei cittadini inclusi nell'elenco delle persone fisiche che svolgono le funzioni di agente straniero. Ulteriori modifiche del 30 aprile 2021 introducono la responsabilità amministrativa per i *media* russi, inclusi i siti web, che diffondono materiali di *media* stranieri che svolgono le funzioni di “agente straniero” e/o di persone fisiche russe che svolgono funzioni di agente straniero senza indicare espressamente che queste notizie o materiali sono stati creati e diffusi da un *media* straniero o una persona fisica russa che svolge le funzioni di agente straniero essendo inclusa negli speciali elenchi a ciò dedicati.

Il 30 dicembre 2020 sono state approvate ulteriori restrizioni alla legge sulle manifestazioni pubbliche (attraverso due distinte leggi di modifica, n. 497 e n. 541) per sottoporre all'obbligo di autorizzazione preventiva anche i picchettaggi svolti da persone singole (finora unica tipologia di manifestazione pubblica consentita senza previa autorizzazione) che siano in qualche modo collegati. Inoltre, si introducono ulteriori restrizioni riguardanti i giornalisti che seguono le manifestazioni, le fonti di finanziamento utilizzabili per le manifestazioni, le modalità di propaganda delle manifestazioni.

Altre restrizioni hanno riguardato il funzionamento del web (dopo la grande ondata di restrizioni introdotte negli anni precedenti¹¹), con disposizioni che puniscono i *social media* stranieri (inclusi *Twitter*, *Facebook*, *Youtube*) colpevoli di bloccare i contenuti dei *media* russi sulle loro piattaforme (modifica della legge «Sulle misure di influenza sulle persone che partecipano alla violazione dei diritti e libertà fondamentali della persona, dei diritti e libertà dei cittadini della FdR»). Il 30 dicembre è entrata in vigore anche una modifica del codice penale per punire più ampiamente e severamente la diffamazione (con pene detentive, prima non previste). La punizione riguarda anche le calunnie diffuse sui siti web e colpisce commenti o post offensivi diretti a gruppi indeterminati di persone. Viene qualificata come calunnia anche l'accusa ingiustificata di commissione di un reato

¹¹ Nel corso del 2019 sono stati adottati tre “pacchetti” legislativi restrittivi della libertà del web indicati convenzionalmente come legge contro le *fake news*, legge che punisce la diffamazione delle autorità e il vilipendio della nazione e dei suoi simboli, e legge sull'internet sovrano o sovranista (ru.net). La logica generale dei tre pacchetti legislativi è chiara: si vuole controllare ancor di più la rete in vista dei prossimi importanti appuntamenti elettorali. Le restrizioni alla libertà della rete sono iniziate comunque fin dal 2003, all'epoca essendo giustificate dalla necessità di contrastare il terrorismo. Nel 2008 è stato introdotto con editto presidenziale il Servizio federale per la supervisione delle comunicazioni o *Roskomnadzor* per vigilare sui contenuti dei *media*. All'irrigidimento dei controlli si è accompagnata l'estensione dei motivi per i quali un'informazione può essere considerata illegale.

sessuale (norma “anti mee too”)¹². È in discussione alla *Duma* un’ulteriore modifica al codice penale¹³ al fine di dichiarare «non gradita sul territorio della FdR» una ONG straniera o internazionale in caso di svolgimento di attività che minacci le basi dell’ordinamento costituzionale, la sicurezza o la difesa dello Stato. I cittadini russi non possono partecipare all’attività di queste ONG neanche fuori dei confini della Russia. Nella nota esplicativa al disegno di legge si parla, tra le altre cose, di organizzazioni terroristiche come l’ISIS¹⁴.

Merita di essere menzionata, per la possibilità di influire sulla libertà della ricerca scientifica ed accademica (sotto il profilo, in particolare, della divulgazione pubblica delle ricerche) nonché sulla collaborazione internazionale in questi ambiti, una modifica alla legge sull’istruzione entrata in vigore il 1 giugno 2021, che specifica cosa si intende per «attività di divulgazione pubblica», da chi possa essere svolta (con la preferenza per gli organi pubblici) e quali sono i limiti di questa attività¹⁵.

Per quanto riguarda le elezioni della *Duma* e la necessità di blindarle con una serie impressionante di provvedimenti che agiscono pesantemente sul diritto di voto (soprattutto passivo e in collegamento con lo *status* di “agente straniero”), sullo svolgimento del voto (incluse restrizioni agli osservatori elettorali) e sullo scrutinio nonché sulle libertà collegate come la libertà di manifestazione e protesta e di propaganda elettorale, vanno fatte alcune riflessioni. Dal punto di vista politico queste elezioni non muteranno gli equilibri esistenti, essendo la *Duma* un organo completamente asservito alle logiche del potere nonostante la sua apparente valorizzazione nella riforma costituzionale del 2020¹⁶. La *Duma*, come tutte le altre principali istituzioni politiche federali o regionali, è una cinghia di trasmissione, un esecutore fedele dei messaggi presidenziali, come si vede dalla celerità che ha dimostrato nel tradurre in pratica la riforma costituzionale. Tuttavia, un po’ come avveniva nel periodo sovietico, le elezioni rivestono un ruolo simbolico, devono dimostrare l’adesione popolare ai partiti “di regime” (Russia unitaria e gli altri tre

¹² Cfr. C. Filippini, *Cronache costituzionali all’estero. Russia*, in *Quaderni costituzionali*, No. 4, 2020, p. 263.

¹³ Art. 284¹: «Svolgimento dell’attività di una organizzazione non governativa straniera o internazionale, nei cui confronti sia stata presa la decisione che qualifica come non gradita l’attività svolta sul territorio della FdR». L’articolo introduce la responsabilità penale (e relative sanzioni che vanno da semplici multe alla detenzione fino a due anni) per la partecipazione all’attività ed alla dirigenza di queste ONG.

¹⁴ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1165661-7>.

¹⁵ Le implicazioni pratiche di queste limitazioni risulteranno chiare solo dopo l’adozione di norme attuative. Per un commento vedi <http://www.settimananews.it/educazione-scuola/russia-un-bavaglio-agli-accademici/>.

¹⁶ La lettura incrociata delle diverse innovazioni della riforma rivela l’ulteriore indebolimento delle camere, del Governo, del Primo Ministro e delle corti di fronte ad un evidente rafforzamento del Presidente. Per una sintesi dei contenuti della riforma si rinvia a: A. Di Gregorio, *La réforme constitutionnelle en Russie et la consolidation de l’autoritarisme: un besoin déclaré de stabilité en période de fortes transformations mondiales*, in *Lettre de l’Est*, No. 20, 2020 e Id., *Russia*, in *2020 Global Review of Constitutional Law*, in corso di pubblicazione.

partiti dell'opposizione "sistemica")¹⁷. C'è poi il timore delle proteste, e delle diverse articolazioni della società civile, che negli ultimi 20 anni si sono attivate proprio in concomitanza ai cicli elettorali. Tra l'altro, a partire dal 2018 il tasso di dissenso popolare è aumentato, riguardando anche temi sociali molto sentiti, come la riforma delle pensioni o le questioni ambientali, oltre che le restrizioni per la pandemia (anche in luoghi periferici) e il sostegno ad alcune figure politiche o a giornalisti *anti-establishment*.

I rimedi per addomesticare le proteste e per produrre i risultati elettorali sperati sono ormai del tutto collaudati, oltre che esportati nei paesi vicini (vedi il caso bielorusso) o persino in alcuni ex satelliti come l'Ungheria. Si tratta di restringere il perimetro delle proteste autorizzate e del dissenso (agendo soprattutto su tre tipi di legislazione: sulle manifestazioni pubbliche, sulle ONG, sui *media*, ma anche sulla legislazione di contrasto all'estremismo) rendendo ogni manifestazione esterna a tale perimetro illegittima e dunque da reprimere. Ovviamente in tempi di pandemia l'introduzione di nuovi divieti è stata più agevole e si è scivolati senza soluzione di continuità dalla fase emergenziale a quella ordinaria.

2. Il messaggio presidenziale del 21 aprile 2021 e la contrapposizione crescente con l'Occidente

L'irrigidimento nazionalista e sovranista espresso chiaramente nel testo della riforma costituzionale si abbina al progressivo peggioramento delle relazioni internazionali, che è costante perlomeno dal 2014 (annessione della Crimea). Le occasioni sono state diverse: l'elezione del Presidente Biden (Putin è stato tra gli ultimi a congratularsi) e la fermezza del nuovo Presidente USA nelle relazioni internazionali (ha definito Putin un assassino), la questione bielorusse e quella ucraina, il caso Navalnyj, lo scandalo delle spie russe in Italia, l'inasprimento delle relazioni (con relative guerre diplomatiche) con i paesi baltici, la Polonia e la Repubblica ceca, le sanzioni statunitensi ed europee e le contro-sanzioni della Russia, etc. Nel 2019 la *Duma* ha istituito una apposita commissione di inchiesta per accertare le intromissioni straniere nel processo elettorale russo e nel maggio del 2021 si è giunti ad approvare un primo elenco di "paesi nemici" che include per ora solo USA e Repubblica ceca. Ma i toni sono sempre più aspri.

Il confronto con il cosiddetto "campo occidentale" è continuo e ciò riguarda anche alcuni degli ex satelliti dell'URSS (molte delle iniziative della UE sono dovute alle pressioni di Polonia e paesi baltici). Al contrario, si rafforza l'asse con i paesi asiatici mentre si usa il *soft power* grazie alla vendita dei vaccini (anche ad alcuni paesi europei, come l'Ungheria; in Slovacchia un tentativo analogo ha provocato una crisi di governo) ma anche l'*hard power*, attraverso l'ingerenza attiva in alcuni conflitti locali (vedi la mediazione per il Nagorno-Karaback, oltre i

¹⁷ Per un paragone tra le elezioni dei tempi sovietici e le attuali elezioni della *Duma* vedi R. Smith, *Information Wars, Opposition Coordination, and Russia's 2021 Duma Election*, in *Russian Analytical Digest*, No. 266, 8 April 2021.

casi di Ucraina e Bielorussia) o più distanti come Siria, Libia, e da ultimo, nel conflitto arabo-israeliano.

Nell'ultimo messaggio presidenziale alle camere del 21 aprile¹⁸ ci sono passaggi inquietanti nella parte riguardante le relazioni con i paesi occidentali, anche se il messaggio esordisce con la precisazione che sarà dedicato in particolare alle questioni "interne". Le urgenze da affrontare sono in effetti molte (lotta alla pandemia, riforme economiche, supporto a famiglie e giovani, difesa dell'ambiente). Vi è anche l'occasione per rinnovare la fedeltà ai valori "tradizionali" insieme a quelli sociali (rispetto della patria, riscrittura dei manuali scolastici, solidarietà, volontariato) mentre solo la parte finale del messaggio è dedicata alle relazioni internazionali ed alla difesa.

La lotta alla pandemia è dipinta come un grande sforzo collettivo di solidarietà unito alle straordinarie capacità tecnico-scientifiche del paese, dimostrate dal rapido approntamento dei vaccini. La solidarietà si è manifestata attraverso le azioni di milioni di volontari (vedi l'iniziativa panrusa "Noi insieme" che ha riunito i rappresentanti di diverse professioni ed età). Secondo le parole del Presidente, «nel corso di tutta la storia il nostro popolo ha vinto, ha superato le prove grazie alla propria unità. E anche ora per noi al primo posto ci sono la famiglia, l'amicizia, l'aiuto reciproco, la compassione, la coesione. I valori morali e religiosi, dei quali ci si dimentica già in una serie di paesi, da noi al contrario sono diventati più forti. E noi patrocineremo e difenderemo sempre questi valori».

Al supporto sociale è dedicata un'ampia parte del messaggio, che si intreccia con i valori familiari («La preservazione del popolo della Russia è la nostra suprema priorità nazionale. Questa priorità è stabilita da tutte le disposizioni della rinnovata Costituzione sulla tutela della famiglia, sul ruolo importantissimo dei genitori nell'educazione dei figli, sul rafforzamento delle garanzie sociali, sullo sviluppo dell'economia, dell'istruzione e della cultura»). Infatti si promettono tutele ancor più rafforzate alle donne con figli, soprattutto in caso di disagio materiale, prevedendosi bonus federali anche per il terzo figlio (fino a 3 anni). Anche in questo caso, il Presidente trova un aggancio ai valori costituzionali rinnovati: «le disposizioni sullo sviluppo demografico, la tutela della famiglia e dell'infanzia sono indicate nella rinnovata Costituzione della Russia e devono trovare applicazione pratica nell'attività di tutti i livelli di potere». Si promette un sostegno all'istruzione ed all'educazione dei giovani. A questo proposito, Putin ritiene importante che i giovani vengano educati ai valori del rispetto degli antenati ed all'amore della patria, nonché allo sforzo di contribuire al suo sviluppo. I ragazzi devono conoscere la storia patria e la sua cultura multinazionale, le conquiste nella sfera della scienza e della tecnologia, della letteratura e dell'arte. Tuttavia il Presidente nota delle lacune preoccupanti nei manuali scolastici, nei quali addirittura non si fa cenno alla battaglia di Stalingrado. Da qui la promessa di potenziare i fondi per l'istruzione e la cultura (incluso l'aumento del numero di borse di studio per accedere all'università). Molto spazio nel messaggio viene dedicato alle questioni climatiche

¹⁸ <http://www.kremlin.ru/events/president/news/65418>.

ed alla tutela dell'ambiente, con l'intenzione di perfezionare la legislazione sull'inquinamento ambientale obbligando le aziende che inquinano a pagare una specifica tassa di risanamento ambientale. L'intenzione è di intraprendere nuove politiche energetiche, farmaceutiche e climatiche che fungano da potente stimolo ad una modernizzazione complessiva di tutti i settori economici e sociali e che creino nuovi posti di lavoro.

Un accenno alle imminenti elezioni della *Duma* viene fatto nel rivolgere un ringraziamento a tutte le forze sociali costruttive del paese per il loro sforzo patriottico nel periodo della pandemia che ha consentito di «assicurare la stabilità del sistema statale e politico della Russia». In vista della preparazione delle prossime elezioni della *Duma* questo atteggiamento, «che ci unisce tutti intorno a compiti comuni», viene definito come particolarmente importante.

La parte del messaggio sulle relazioni con i paesi esteri (tradizionalmente l'ultima parte del messaggio è dedicata a questi temi) ha suscitato molto sconcerto internazionale per l'atteggiamento aggressivo, accusatorio e provocatorio nei confronti dei paesi occidentali. Secondo il Presidente, la Russia avrebbe un approccio fortemente aperto e collaborativo nell'arena internazionale, con l'obiettivo di assicurare la pace e la sicurezza. La Russia però ha i propri interessi che verranno sempre perseguiti nel rispetto del diritto internazionale, come fanno gli altri Stati: «se qualcuno rifiuta di comprendere questa cosa evidente, e non vuole condurre il dialogo, sceglie un tono egoistico e pretenzioso, allora la Russia troverà sempre il modo di perseguire la propria posizione». La politica delle sanzioni economiche, politicamente motivate, non avrebbe avuto risultati. Putin rivela che i servizi segreti russi sono venuti a conoscenza di un fatto grave e pericoloso, ossia un tentativo di organizzare un colpo di Stato in Bielorussia e di assassinare il Presidente Lukašenko. Si tratta di azioni che non sarebbero state condannate dal «cosiddetto Occidente in generale». Azioni analoghe sarebbero state tentate in passato nei confronti di Maduro in Venezuela e di Janukovič in Ucraina. A prescindere dai rapporti politici con il Presidente bielorusso, Putin ritiene che un tentativo di colpo di Stato sia un atto grave che avrebbe potuto comportare molti morti. Sono pervenute notizie di tentativi di bloccare Minsk, le sue infrastrutture e il rifornimento energetico, un tentativo di massiccio attacco cibernetico. I *leader* occidentali, secondo Putin, si ostinano a rifiutare le innumerevoli proposte russe di intraprendere un dialogo internazionale nella sfera della sicurezza informatica e cibernetica. Invece di perseguire il dialogo i paesi occidentali accusano la Russia di coinvolgimento in tutte le cose più nefande. Nonostante questo, afferma Putin, «non vogliamo bruciare i ponti. Ma se qualcuno prende le nostre buone intenzioni per indifferenza o debolezza ed intende bruciare o persino far saltare questi ponti deve sapere che la risposta della Russia sarà asimmetrica, rapida e dura. Gli organizzatori di qualunque provocazione, che minacci gli interessi radicati della nostra sicurezza, si pentiranno di quello che hanno fatto come mai si sono pentiti di qualcosa». Come vediamo si tratta di parole durissime. Putin aggiunge che «abbiamo pazienza, responsabilità, professionalità, sicurezza di sé nella propria convinzione di essere nel giusto e buon senso nell'adozione di qualunque decisione. Ma spero che a

nessuno venga in mente di oltrepassare la cosiddetta linea rossa nei confronti della Russia. E dove ciò dovesse avvenire lo valuteremo noi stessi in ciascun caso concreto».

3. Sclerotizzazione del potere e paranoia identitaria

La violazione della legalità costituzionale è ogni giorno più evidente, come si evince anche dal modo in cui è stata adottata la riforma del 2020, che è indicativo della trasformazione del regime putiniano in un sistema sostanzialmente autoritario. Il successivo percorso di attuazione della riforma conferma che il parlamento asseconda la macchina presidenziale, essendo l'iniziativa della quasi totalità delle riforme proveniente dagli uffici dell'amministrazione presidenziale.

Dal punto di vista della gestione del potere rimangono irrisolti alcuni nodi politici fondamentali come le sorti della presidenza e le intenzioni di Putin. Quest'ultimo non ha ancora sciolto la riserva sulla sua ricandidatura. In attesa di decidere, si è assicurato una serie di possibili opzioni: eventuale ricandidatura (per ulteriori due mandati anche non consecutivi), seggio senatoriale, immunità rafforzata, partecipazione al Consiglio di Stato (organo peraltro configurato dalla legge attuativa del dicembre 2020 quale mero supporto alle funzioni del Presidente in carica). Il Presidente ha "accettato" l'emendamento Tereškova per porre fine al balletto di intrighi sulla successione presidenziale in atto tra i componenti più stretti della cerchia decisionale, o meglio per procrastinarlo. Altra conseguenza della riforma, e del più generale progetto di "risistemazione" politica che la accompagna, è la ristrutturazione della composizione delle *élites*. Ciò riguarda non solo la cosiddetta "nazionalizzazione" delle *élites* (divieto di avere la cittadinanza o la residenza all'estero e di avere conti all'estero per i supremi funzionari di ogni livello) ma anche una serie di importanti sostituzioni a partire da quella del premier (Medvedev si è dimesso subito dopo l'annuncio della riforma costituzionale ed attualmente riveste la carica di vicepresidente del Consiglio di sicurezza). Nel novembre 2020, prima ancora dell'adeguamento dei regolamenti parlamentari, si è proceduto ad un rimpasto ministeriale applicando (in maniera creativa) le nuove disposizioni costituzionali sulla formazione del governo "ordinario" (ossia quello concordato tra Presidente e *Duma*) così sostituendo una serie di ministri. Il procedimento è stato caratterizzato da una maggiore visibilità in sede parlamentare delle candidature presentate dal *premier*, con un sistema che ricorda le audizioni al Senato americano. Altre sostituzioni hanno riguardato i vertici di una serie di organi vicini al Presidente (ad esempio i servizi di sicurezza interni ed esteri, alcune commissioni, etc.) nonché il procuratore generale e due dei vice presidenti della Corte suprema, oltre che una serie di governatori regionali (destituiti per "perdita di fiducia" da parte del Presidente, o fatti arrestare: il caso più noto è quello di Sergej Furgal, ex governatore esponente del partito liberal-democratico e politico molto amato del Territorio di Chabarovsk). Sembra essersi trattato di un riequilibrio tra diversi pezzi delle *élites*, una sorta di "divisione delle sfere di influenza" nel cerchio più vicino al Presidente per redistribuire incarichi e prebende. Un surrogato

del principio della divisione dei poteri, ormai definitivamente svuotato di contenuto con l'inserimento del principio dell'“unità del potere pubblico” nel testo costituzionale. L'accentramento era già presente nella prassi e nella legislazione (si veda la cosiddetta “verticale esecutiva”) ma finora l'autogoverno locale non vi era stato formalmente inserito¹⁹. Anche in questo caso, come in molti altri (principio di laicità, divisione dei poteri, principio di eguaglianza, superiorità dei trattati internazionali sulle leggi in contrasto, etc.), la riforma viola gli stessi principi costituzionali contenuti nel capitolo 1 del testo del 1993, che si era voluto sottrarre al procedimento di revisione ordinaria facendone una sorta di “super Costituzione”.

Per quanto riguarda la “retorica di regime”, questa sembra tramutarsi in un'ossessione identitaria, sovranista ed antioccidentale che ricorda i tempi peggiori del periodo sovietico. Il tutto in una *escalation* continua, che diventa paranoia in una guerra di spie che sono però spesso maldestre (come si vede nei tentativi di boicottare le elezioni ovunque o di attaccare con la guerra cibernetica).

Tra i provvedimenti di natura “ideologica” con chiara impronta antioccidentale si inserisce la modifica al Codice penale (all'art. 3541) del 5 aprile 2021 che punisce come reato di riabilitazione del nazismo azioni quali la pubblica diffusione di informazioni manifestamente false sui veterani della Grande Guerra Patriottica, la diminuzione del loro onore e dignità, l'offesa della memoria dei difensori della patria. La pena può arrivare fino a cinque anni di detenzione. Si tratta di un provvedimento che segue le disposizioni costituzionali riguardanti alcuni elementi identitari come la tutela della memoria dei difensori della Patria²⁰ che a loro volta si pongono in tono polemico rispetto alla Risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 «Sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa»²¹. Quest'ultima ha equiparato nazismo e stalinismo attribuendo la responsabilità dello scoppio della Seconda guerra mondiale congiuntamente all'URSS ed alla Germania (patto Ribbentrop-Molotov), accusando l'attuale leadership russa di fomentare una narrativa di esaltazione del passato totalitario senza condannare espressamente il regime sovietico e senza punirne i crimini²².

¹⁹ Lo svuotamento del principio di autonomia dell'autogoverno locale risale perlomeno all'adozione della legge del 2003. Attualmente solo sette sindaci di capoluoghi di soggetto sono eletti direttamente dai cittadini, tutti in città distanti dal centro, ma anche questi subiscono pressioni, o addirittura arresti. Sull'argomento, estesamente, C. Filippini, *Autonomie ed autogoverno locale in Russia*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁰ Art. 67¹, c. 3: «La Federazione di Russia onora la memoria dei difensori della Patria, garantisce la protezione della verità storica. Non è consentito sminuire il significato delle azioni eroiche del popolo nella difesa della Patria».

²¹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_IT.pdf.

²² Sempre in risposta a queste accuse è in discussione un progetto di legge che modifica la legge del 19 maggio 1995 «Sulla perpetuazione della Vittoria del popolo sovietico nella Grande Guerra Patriottica del 1941-1945» inserendo un articolo dedicato al «Divieto di identificazione pubblica delle finalità, decisioni ed azioni della dirigenza dell'URSS, del comando e dei militari dell'URSS con le finalità, decisioni ed azioni della dirigenza della Germania nazista, del comando e dei militari della Germania nazista e dei paesi dell'Asse durante la seconda guerra mondiale, di negare il ruolo decisivo del popolo sovietico nell'annientamento della Germania nazista e della missione umanitaria dell'Unione sovietica nella liberazione dei paesi europei».

Nel peggioramento di tutti gli indicatori di democraticità della Russia²³ pesano una serie di sviluppi internazionali ma anche la sclerotizzazione del potere e le lotte intestine nell'*entourage* del Presidente. La pandemia ha ulteriormente complicato le condizioni sociali ed economiche, ma i rimedi che il regime post-sovietico conosce sono sempre gli stessi: perpetuazione del potere ad ogni costo, compattamento e fidelizzazione delle *élites*, retorica conservatrice con l'appoggio dell'ortodossia, enfasi sui diritti sociali per accontentare il popolo sofferente. Non è casuale che su questi ultimi, e sui valori conservatori, si sia insistito particolarmente, accarezzando la pancia popolare più tradizionalista per occultare il rafforzamento del potere presidenziale.

A ben guardare, le forze dell'opposizione "non sistemica" sono poche, disorganizzate e facilmente controllabili con strumenti di repressione anche legislativa. Le proteste dei governi e dell'opinione pubblica internazionale sembrano non scalfire, almeno per ora, lo zoccolo duro del supporto al regime. Il merito però non è solo della propaganda e della repressione. Ha un peso importante anche l'atavico disinteresse popolare per le libertà, unito al classico nichilismo giuridico russo.

Per quanto riguarda le difficoltà dell'attuale sistema politico, un certo affanno è evidente perlomeno dal 2018, poco dopo il rinnovo del quarto e ultimo (all'epoca) mandato presidenziale. La successione presidenziale, in un sistema come quello russo, organizzato dunque secondo reti clientelari e neo-patrimoniali e soprattutto in maniera non trasparente e con fenomeni di corruzione e conflitti di interesse, non è un problema che riguarda solo il titolare della presidenza. Non si tratta di garantire solo il futuro di Putin ma anche della fitta rete di clientele che saldano insieme le *élites* putiniane. Le strategie di Navalnyj e dell'opposizione "non sistemica" hanno avuto il pregio di mostrare ai russi non più le rituali violazioni dei diritti umani di tipo autocratico ma il corrotto sistema di potere e di ricchezze e di distribuzione delle risorse dello Stato²⁴ provocando un colpo terribile all'immagine di Putin. Si è mostrata inoltre la debolezza degli apparati di sicurezza (si ricorda la registrazione della telefonata con uno degli agenti che avrebbe dovuto uccidere Navalnyj), cosa forse ancora più pericolosa.

Due sono gli aspetti principali che condizionano le istituzioni della Russia: la vocazione imperiale e la sindrome della sicurezza/accerchiamento da cui scaturisce la diffidenza per lo straniero. Sono aspetti che attraversano la storia russa nei secoli e che ritroviamo anche nella Grande Riforma Putiniana e nella sua attuazione. Basta osservare le parole chiave della riforma: territorio, conservazione, identità, patria, famiglia, religione. Nell'oscillazione ciclica tra prevalere dei temi nazionalisti-slavofili e nell'attrazione (incerta) per le insegne del progresso occidentale ci troviamo oggi in uno dei punti più bassi raggiunti nella diffidenza per lo straniero che genera paranoia e chiusura.

²³ Si vedano i vari barometri della democrazia come Freedomhouse, Varieties of democracy, Democracy Reporting International, International Idea, etc.

²⁴ Vedi ad esempio: A. Andreas Heinemann-Grüder, *Will Putin's Regime Survive?*, in *Russian Analytical Digest*, No. 266, 8 April 2021.

Nel vuoto ideologico della Russia post-sovietica e nella contestazione globale dei valori dell'Occidente liberale, tornano gli slogan di un conservatorismo di maniera, che fatica a costruire un messaggio coerente ed appetibile soprattutto per le nuove generazioni, che non possono avere nostalgia del passato sovietico nonostante i racconti dei nonni e che si proiettano in un mondo globalizzato. Non si è trovato di meglio che condannare la decadenza morale dell'Occidente in difesa di una famiglia tradizionale che non esiste più in Russia da tempo cercando di risvegliare il patriottismo e il solidarismo di derivazione sovietica abbinandoli alla rigenerazione morale grazie al supporto delle religioni tradizionali del paese (la sola ortodossia non è più sufficiente). Se la denuncia della decadenza dell'Occidente rientra in una tradizione slavofila, come da alcuni sostenuto²⁵, e sembra riprendere l'idea di Mosca "Terza Roma", la contrapposizione tra russi buoni e europei ed americani cattivi non sembra oggi sufficiente a compattare il popolo russo che al di là delle sue radici tradizionali e della sua abitudine alla subordinazione al potere accentrato, conserva anche qualche attitudine rivoluzionaria contro l'immobilismo e la sclerotizzazione. Quando la misura sarà colma non è dato ancora dirlo ma potrebbe anche essere a breve.

²⁵ B. Lhotellier, *Le 'manifeste' de K. Bogomolov: une plateforme idéologique pour le pouvoir russe?*, in *Regard sur l'Est*, <https://regard-est.com/le-manifeste-de-k-bogomolov-une-plateforme-ideologique-pour-le-pouvoir-russe>.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



L'Acuerdo de Escazú: il primo trattato sull'ambiente in vigore in America Latina

M. Rosti

ISSN: 2612-6672



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

L'Acuerdo de Escazú: il primo trattato sull'ambiente in vigore in America Latina

*Marzia Rosti**

Abstract

The Escazú Agreement, the first environmental treaty to order that signatory States render available all information on the projects which may have an environmental impact, guarantees that citizens participate in decisional processes and adopt measures to protect defenders of indigenous environments and peoples, entered into force on 22 April 2021. Building on these premises, the paper reports some data with the aim of briefly tracing the framework in which environmental activists work. These, together with indigenous peoples, oppose the extractivist development model adopted by the region's government in the last twenty years, which has had – and still has – a significant impact on the environment, has increased social conflicts, and triggered a violence spiral against environmentalists and some indigenous communities, thus transforming Latin America into the most dangerous place for those who protect the environment.

Keywords: Acuerdo Escazú – Latin America – environment – environmentalism – indigenous peoples – extractivism.

* Professore Associato di Storia e Istituzioni delle Americhe presso l'Università degli Studi di Milano. Il testo è stato revisionato internamente a cura della Direzione.

Il 22 aprile 2021, in occasione della Giornata Mondiale della Terra, è entrato in vigore fra gli undici Stati dell'America Latina che lo hanno ratificato¹ l'*Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, più noto come *Acuerdo de Escazú*, dalla località in Costa Rica dove è stato firmato il 4 marzo 2018².

Il documento costituisce a livello regionale il primo trattato sull'ambiente, in quanto si propone di realizzare i tre pilastri del Principio 10 della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente del 1992³, cioè informazione, partecipazione e giustizia ambientale, ed è il primo documento giuridicamente vincolante nato dalla successiva Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile del 2012, più nota come Conferenza Rio+20, che contiene disposizioni sia sui difensori dell'ambiente sia sui popoli indigeni.

L'*Acuerdo* è stato promosso dalla Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ed è stato redatto dal 3 marzo 2012 al 4 marzo 2018, ovvero da quando, in occasione della Conferenza Rio+20, i paesi latinoamericani si sono impegnati con grande entusiasmo a realizzare il citato Principio 10 con la redazione di un documento specifico, la cui stesura si è conclusa nel marzo 2018, quando poi è stato adottato dai 24 Stati dell'area. Il successivo processo di ratifica previsto dal settembre 2018 al settembre 2020 non ha invece registrato la grande partecipazione dei governi, in quanto le 11 ratifiche necessarie, perché potesse entrare in vigore sono state raggiunte oltre la scadenza, cioè solo nel novembre 2020, consentendo comunque all'*Acuerdo* di entrare in vigore il 22 aprile 2021. Restano però le

¹ È stato ratificato da Argentina, Bolivia, Ecuador, Messico, Nicaragua, Panama, Uruguay, Antigua e Barbuda, Guyana, Saint Kitts e Nevis, Saint Vincent e Grenadine, Bahamas. Cfr. <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>; G. Trucchi, 22 aprile. *Giornata della Terra. Pochi paesi hanno ratificato l'Accordo di Escazú*, 23 aprile 2021, <https://www.peacelink.it/latina/a/48430.html>; C. Nalegach, P. Astroza, *La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú*, in *Documentos de Trabajo*, n. 40, 2020, pp. 1-30, in https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/12/DT_FC_40.pdf.

² *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambiental en América Latina y el Caribe*, 2018, <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>.

³ «Principio 10: Il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli. Al livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità, ed avrà la possibilità di partecipare ai processi decisionali. Gli Stati faciliteranno ed incoraggeranno la sensibilizzazione e la partecipazione del pubblico rendendo ampiamente disponibili le informazioni. Sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo». *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo*, Rio de Janeiro, 3-14 giugno 1992, <https://www.isprambiente.gov.it/files/agenda21/1992-dichiarazione-rio.pdf>.

importanti assenze di Brasile, Colombia e Cile, quest'ultimo promotore dell'iniziativa nel 2012⁴.

Il principale obiettivo dell'*Acuerdo* è enunciato nell'articolo 1, che prevede che gli Stati firmatari debbano garantire «[...] la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible». A tal fine ogni Stato dovrà mettere a disposizione dei cittadini le informazioni di carattere ambientale «de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible» (art. 6).

Per quanto riguarda i difensori dell'ambiente⁵, si dovrà garantire un «entorno seguro y propicio en el que [...] puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad» e dovranno essere adottate misure non solo adeguate ed efficaci per riconoscere, proteggere e promuovere i loro diritti, ma anche appropriate, efficaci e opportune per prevenire, indagare e sanzionare gli attacchi, le minacce e le intimidazioni che ricevono o potrebbero ricevere⁶.

⁴ Per un'analisi delle posizioni dei governi firmatari e non, si rinvia all'interessante sito <https://tierraderesistentes.com/es/> e anche a C. Nalegach, P. Astroza, *La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú*, in *Documentos de Trabajo*, n. 40, 2020, pp. 1-30 *op. cit.*

⁵ I difensori dell'ambiente rientrano nella più ampia categoria dei difensori dei diritti umani, che si ritiene siano tutte le persone che «individualmente ed in associazione con altri» promuovono e lottano «per la protezione e la realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali a livello nazionale e internazionale». Questa definizione è tratta dall'art. 1 dalla *Dichiarazione sul diritto e la responsabilità degli individui, dei gruppi e degli organi della società di promuovere e proteggere le libertà fondamentali e i diritti umani universalmente riconosciuti* adottata dalle Nazioni Unite l'8 marzo 1999, più nota come *Dichiarazione sui Difensori dei Diritti Umani*. Nel testo non compare l'espressione e neppure la definizione di 'difensore dei diritti umani', benché il termine sia stato utilizzato durante i lavori per la sua stesura. I difensori vengono infatti identificati in base alla loro attività, come ha precisato nel 2004 l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani.

Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender a los Derechos Humanos - Folleto informativo n. 29*, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>; P. Wille, *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, historia y proceso de elaboración*, 19 dicembre 2018, https://www.coljuristas.org/sala_de_prensa/articulo.php?id=175; P. Wille, J. Spannagel, *The History of UN Declaration on Human Rights Defenders: its genesis, drafting and adoption*, 11 marzo 2019, <https://www.universal-rights.org/blog/the-un-declaration-on-human-rights-defenders-its-history-and-drafting-process/>.

⁶ *El pionero Acuerdo de Escazú, protector de los defensores del medio ambiente, entra en vigor en el Día de la Madre Tierra*, 22 aprile 2021, <https://news.un.org/es/story/2021/04/1491182>; T. De Miguel, *El Acuerdo de Escazú entra en vigor para frenar los asesinatos de ecologistas en Latinoamérica*, in *El País*, 23 aprile 2021, <https://elpais.com/mexico/2021-04-23/el-acuerdo-de-escazu-entra-en-vigor-para-frenar-las-balas-contralos-defensores-del-medio-ambiente-en-latinoamerica.html>.

Infine, rispetto ai popoli indigeni⁷, l'*Acuerdo* specifica che ciascuna parte firmataria dovrà assicurare «a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad [...] incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos» sia l'accesso alle informazioni di carattere ambientale sia l'assistenza necessaria «para formular sus peticiones y obtener respuesta» (art. 5 c. 4). I popoli indigeni vengono inoltre menzionati nell'articolo 7 (Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales), che specifica al punto 15 che «En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales».

Mai come in questi ultimi anni è emersa la necessità di tutelare i difensori dei diritti umani e, in particolare, coloro che sono impegnati nella difesa dell'ambiente, dei popoli indigeni e delle loro terre e forse l'*Acuerdo de Escazú* costituisce un

⁷ Sono considerati indigeni quei popoli e quelle comunità che oggi vivono in Paesi indipendenti e che discendono «dalle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica cui il Paese appartiene, all'epoca della conquista, della colonizzazione o dello stabilimento delle attuali frontiere dello Stato, e che, qualunque ne sia lo status giuridico, conservano le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche, ovvero alcune di esse» (art. 1, punto 2, *Convenzione ILO 169 sui popoli indigeni e tribali in Stati indipendenti* del 1989). Si stima che siano oltre 400 milioni di persone distribuite in almeno 80 paesi e che rappresentino 5.000 culture e parlino 6.700 lingue delle 7.000 esistenti. Il 10% dei popoli indigeni vive nel continente latinoamericano – costituendo circa il 9,8% della popolazione totale pari a 58 milioni di individui – secondo differenti situazioni in termini demografici, territoriali, sociali e politici, che vanno dalle popolazioni in isolamento volontario sino a comunità inserite in contesti urbani Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*, 2020, p. 13,

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion>; Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Los pueblos indígenas de América Latina – Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial*, 2020,

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45664-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-agenda-2030-desarrollo-sostenible>; Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT. Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, 2019, p. 58, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_735627/lang-es/index.htm.

Per quanto riguarda la distribuzione nella regione, Bolivia (62,2%), Guatemala (41%), Perù (24%) e Messico (15,1%) risultano gli Stati con la percentuale maggiore di popolazione indigena; seguono Panamá (12,3%), Cile (11%), Ecuador e Honduras (7%), Colombia (3,4%), Argentina (2,4%), Uruguay (2,4%), Costa Rica (2,4%), Venezuela (2,7%) e Paraguay (1,8%), Brasile (0,5%). Banco Mundial, *Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI. Primera Década*, 2015, p. 22, <http://documents.worldbank.org/curated/en/541651467999959129/pdf/98544-WP-P148348-Box394854B-PUBLIC-Latinoamerica-indigena-SPANISH.pdf>; Del Popolo, F. (a cura di), *Los pueblos indígenas en América (Abya Yala). Desafíos para la igualdad en la diversidad*, CEPAL, 2017, pp. 133 e ss.; Organizzazione delle Nazioni Unite, *State of the World's Indigenous Peoples (SOWIP)*, <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/state-of-the-worlds-indigenous-peoples.html>; Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, 2014, p. 43,

https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/37050/S1420783_es.pdf.

primo passo in questa direzione, soprattutto in America Latina, che risulta essere per loro la regione più pericolosa.

Infatti, i dati più recenti forniti del Relatore Speciale per i Difensori dei Diritti Umani delle Nazioni Unite Mary Lawlor indicano che, dal 2015 al 2019, sono stati assassinati 1.323 difensori in almeno 64 paesi, cioè in un terzo degli Stati membri delle Nazioni Unite, e che l'America Latina è l'area geografica più interessata dal fenomeno con 933 omicidi. Nel solo 2019 in 35 paesi si è registrato almeno l'omicidio di un difensore per un totale di 281 vittime, cui si aggiunge il clima intimidatorio in cui essi vivono con le loro famiglie e la mancanza di efficacia dei meccanismi per la loro protezione, benché siano stati creati in alcune nazioni (Brasile, Colombia, Honduras, Guatemala e Messico)⁸.

A confermare la pericolosità dell'America Latina si aggiungono i dati forniti da alcune ong. Dal rapporto *Defender el mañana* di Global Witness⁹ del luglio 2020 risulta che, nel 2019, siano stati uccisi 212 difensori dei diritti umani ed emergono inoltre alcuni aspetti importanti.

In primo luogo, che più dei due terzi degli omicidi siano avvenuti in America Latina: infatti, 8 paesi dell'area figurano tra i primi dieci per numero di vittime, con la Colombia come prima nazione, seguita dalle Filippine e poi dal Brasile, Messico, Honduras, Guatemala, Venezuela, India e Nicaragua. In secondo luogo, Colombia e Honduras sono le due nazioni in cui l'incremento degli omicidi è stato considerevole: la Colombia è passata da 24 nel 2018 a 64 nel 2019, 14 dei quali sono riconducibili al tema della sostituzione delle coltivazioni illegali nel quadro dell'attuazione degli Accordi di pace del 2016¹⁰, e l'Honduras, che negli anni ha

⁸ Asamblea General Naciones Unidas, *Última Advertencia: los defensores de los derechos humanos, víctimas de amenazas de muerte y asesinatos. Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Mary Lawlor*, 24 dicembre 2020, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SRHRDefenders/Pages/priorities-sr.aspx>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*, 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>.

⁹ Global Witness, *Defender el mañana. Crisis climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*, 2020, <https://www.globalwitness.org/es/defending-tomorrow-es/>.

¹⁰ Somos Defensores, *La sustitución voluntaria siembra la paz. Agresiones a personas defensoras de derechos humanos y población campesina vinculadas a cultivos de uso ilícito*, 2021, <https://somosdefensores.org/>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia*, 2019, <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>. La pericolosità della Colombia per i difensori dei diritti umani è stata denunciata anche dal Relatore speciale sulla situazione dei difensori dei diritti umani dell'ONU Michel Forst, dopo la sua missione nel paese dal 20 novembre al 3 dicembre 2018, suscitando una dura reazione del Presidente colombiano Iván Duque che, oltre a contestare quanto descritto da Forst, gli ha impedito di svolgere una seconda missione nel 2019. Cfr. Consejo de Derechos Humanos, *Visita a Colombia. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, 26 dicembre 2019, <https://undocs.org/es/A/HRC/43/51/Add.1>; «Querían borrar por completo mi informe»: Relator de la ONU sobre el Gobierno, in *Semana*, 29 febbraio 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/michel-forst-relator-de-la-onu-habla-del-desaire-del-gobierno-colombiano/654179/>; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos acerca de su visita a Colombia*.

favorito gli investimenti per sfruttare le risorse naturali senza tenere in considerazione le ricadute sull'ambiente e sulla popolazione, è passato da 4 vittime del 2018 a 14 nel 2019¹¹. Il caso più noto è l'omicidio di Berta Cáceres che risale al 2 marzo 2016, in quanto leader del popolo indigeno Lenca che si era opposta al progetto Agua Zarca, che prevedeva la costruzione di una diga idroelettrica sul fiume sacro Gualcarque¹², e che per il suo impegno aveva ricevuto nel marzo 2015 il *Goldman Environmental Prize*, cioè il premio più prestigioso assegnato annualmente agli attivisti per l'ambiente¹³. Il notevole incremento delle vittime in Honduras ha fatto sì che risulti essere il paese più pericoloso per i difensori dei diritti, avendo registrato più omicidi *pro capite*¹⁴, seguito da Colombia, Nicaragua, Guatemala e Filippine.

Un terzo aspetto da considerare è il profilo delle vittime che operavano soprattutto nella difesa della terra e dell'ambiente contro l'espansione della «minería e industrias extractivas» (50 vittime), molte erano donne (più di 1 su 10 vittime) e il 40% apparteneva a comunità indigene. Su quest'ultimo punto emerge che – fra il 2015 e il 2019 – più di un terzo degli attacchi fatali siano stati rivolti proprio contro i popoli indigeni e i loro *leader*, benché essi rappresentino solo il 5% della popolazione mondiale e in America Latina circa il 9,8% di quella dell'area. A ciò si aggiunge un quarto aspetto che è la criminalizzazione e la diffamazione di cui sono vittime i difensori stessi e che li rende più vulnerabili e, infine, l'impunità e la corruzione diffuse, che ostacolano l'identificazione sia degli esecutori materiali sia dei mandanti degli omicidi, delle intimidazioni e delle violenze di cui sono vittime¹⁵.

Comentarios formulados por el Estado, 27 gennaio 2020, <https://undocs.org/es/A/HRC/43/51/Add.4>.

¹¹ Global Witness, *Defender el mañana. Crisis climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*, 2020, <https://www.globalwitness.org/es/defending-tomorrow-es/>.

¹² Global Witness, *Enemigos del Estado. De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*, 2019, <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>;

Somos Defensoras, *Defensoras. Voces de vida y resistencias*, 2020, <https://somosdefensores.org/>; Front Line Defenders, *Global Analysis 2018*, 2019, <https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/global-analysis-2018>. N. Lakhani, Lakhani, *Chi ha ucciso Berta Cáceres?*, Capovolte, Alessandria, 2021.

¹³ Il *Goldman Environmental Prize* viene assegnato ogni anno a sei attivisti appartenenti a diverse aree geografiche del pianeta, che si sono distinti per il loro impegno quotidiano in difesa dell'ambiente, <https://www.goldmanprize.org/>.

¹⁴ 1 ogni milione di abitanti.

¹⁵ Global Witness (2020) ritiene di aver individuato la responsabilità delle «fuerzas estatales» in 37 omicidi e di sospettare la «participación de actores privados como sicarios, bandas criminales y guardias de seguridad privados». Sugli ostacoli all'attività dei difensori e sull'impunità, cfr. M. Forst, *World Report on the situation of Human Rights Defenders*, 2018, <https://www.protecting-defenders.org/sites/protecting-defenders.org/files/UNSR%20HRDs-%20World%20report%202018.pdf>. Inoltre, si segnalano le seguenti pubblicazioni della Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, 2019, <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>; *Segundo Informe sobre*

Il quadro è stato confermato alla fine del 2020 da Front Line Defenders che nel suo rapporto evidenzia come 263 dei 331 omicidi, cioè l'80%, siano stati commessi in America Latina¹⁶ e che fra i primi sei Paesi al mondo per numero di morti, cinque appartengano a quest'area: Colombia (177), Honduras (20), Messico (19), Brasile (16) e Guatemala (15). Inoltre, il 69% delle 331 vittime complessive e il 40% delle 263 vittime latinoamericane era impegnato nella difesa dell'ambiente e delle terre dei popoli indigeni¹⁷.

Occorre ricordare, infine, come la condizione dei difensori dei diritti umani in America Latina sia peggiorata nel 2020 con la diffusione del COVID-19. Nel contesto della pandemia infatti, da un lato, i difensori dei diritti umani hanno spesso colmato il vuoto lasciato dalle istituzioni, informando le popolazioni locali sul rischio rappresentato dal virus e fornendo loro cibo, dispositivi medico-sanitari e assistenza. Dall'altro lato, però, la pandemia li ha indeboliti, poiché hanno dovuto fronteggiare non solo il pericolo del contagio, ma anche un aumento della violenza sia nei loro confronti, perché privi dei meccanismi di difesa e di protezione, sia nei confronti delle popolazioni che avrebbero dovuto difendere. L'emanazione di leggi restrittive della libertà personale e la dichiarazione dello stato di emergenza in alcuni paesi hanno poi limitato i loro spostamenti e la loro attività, mentre ha consentito a governi, a imprese e anche alla criminalità organizzata di sgomberare a volte con la violenza gli abitanti di alcuni territori strategici per le risorse naturali o per i traffici illeciti¹⁸.

la situación de las defensoras y los defensores de Derechos Humanos en las Américas, 31 dicembre 2011, <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>;

Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de Derechos Humanos, 31 dicembre 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>; *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*, 2019,

<http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>.

¹⁶ Sarebbero 264 nel continente Americano, suddivisi in 263 in America Latina e 1 in Canada, cfr. Front Line Defenders, *Global Analysis 2020*, 2021,

https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/fl_d_global_analysis_2020.pdf, p. 20.

¹⁷ Front Line Defenders, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ *Idem*, pp. 21-22.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



R
E
C
E
N
S
I
O
N
I

RECENSIONI

D. Stasi, *Riccardo Cavallo, L'Europa tra Nomos e Polemos*, Utet, Torino, 2020, 214 pp.

J. Sawicki, *Martin Belov (ed.), Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment, and Political Reality*, Intersentia, Cambridge, 2021, XVII-378 pp.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Riccardo Cavallo, *L'Europa tra Nomos e Polemos*, Utet, Torino, 2020

D. Stasi

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>

**Riccardo Cavallo, *L'Europa tra Nomos e Polemos*,
Utet, Torino, 2020, 214 pp.**

*Daniele Stasi**

Il titolo del volume di Riccardo Cavallo *L'Europa tra Nomos e Polemos* indica una differenza, quella appunto tra *nomos* e *polemos*, che l'Autore approfondisce mediante un'analisi di alcuni concetti della tradizione filosofica e giuridica europea, in particolare quelli di Stato e quello di sovranità, da cui dipenderebbe, a suo parere, il destino dell'Europa – in realtà dell'Unione Europea – quale progetto politico in grado di affrontare quelli che egli definisce i “marosi della globalizzazione”: l'approfondirsi delle disuguaglianze sociali, la subordinazione della politica all'economia, la progressiva privatizzazione della sfera pubblica e l'indebolirsi, se non addirittura lo scomparire, della sovranità in quanto potere ultimo – o efficace nel dare legittimità ad ogni altro – di fronte a un ordinamento mercatorio internazionale (p. 144) di tipo neoliberale.

L'ordine neoliberale tenderebbe a scardinare il *nomos* in quanto possibilità di regolare lo spazio economico europeo, annullando le differenze dal punto di vista giuridico-formale all'interno delle realtà nazionali, lasciando spazio alle disparità sostanziali e di carattere materiale tra i cittadini e fra le varie regioni del Vecchio continente. L'ordine neoliberale parrebbe sfigurare l'identità europea che per Cavallo coincide con quella che possiamo definire modernità giuridico-politica, ossia con la progressiva separazione di ambiti – o differenziazione – tra la politica e il diritto che la crisi dello Stato sovrano, quale strumento in grado di regolare i rapporti tra le due cerchie, sembra inesorabilmente far eclissare, pregiudicando quelle magnifiche sorti e progressive cui erano legati l'allargamento dei diritti e, in generale, lo sviluppo sociale. Nelle sue linee generali, l'argomentazione e le tesi sostenute da Riccardo Cavallo si articolano sulla falsariga di altri autori, che egli cita abbondantemente, assertori di un ritorno a un modello di “Stato nazionale del benessere” o di “democrazia economica” a livello continentale quale pilastri su cui, dopo la crisi economica degli ultimi anni e la pandemia, rifondare il progetto europeo secondo un'ottica alternativa a quella neoliberista che ha contrassegnato fin ora l'impianto dei Trattati europei e il connubio tra “banche e governi” che sembra determinare la politica dell'UE.

La crisi dell'identità europea coinciderebbe, sotto questo profilo, con la decadenza della modernità politica e giuridica che Cavallo analizza nelle due parti che compongono il suo denso saggio, dal titolo rispettivamente *Un giurista nell'inferno della politica e Theatrum Europaeum*. Soprattutto nella prima parte, Cavallo si confronta, con acribia storico-filologica, con l'opera di Carl Schmitt e dei suoi epigoni – fra cui Gianfranco Miglio – e di altri autori il cui pensiero politico-giuridico è descritto seguendo in molti punti la griglia interpretativa schmittiana.

* Professore associato di Storia delle dottrine politiche presso l'Università di Foggia. Contributo referato internamente a cura della Direzione.

La fortuna di Schmitt, che Cavallo più volte definisce *maudit*, presso la cultura progressista italiana, segnatamente post o neomarxista, è stata oggetto di diversi studi e critiche che hanno messo in luce la matrice antiliberal e antiborghese della riflessione del giurista tedesco quale originale punto di convergenza con l'elaborazione dottrinale di alcuni pensatori che, per dirla con Luhmann, si trovano a dover navigare tra i vulcani spenti del marxismo. Il pensiero negativo che accomunerebbe gli autori della Rivoluzione conservatrice e il marxismo, entrambe correnti ideologiche critiche del senso comune borghese (p. 17), non sembra tuttavia reggere all'esame delle contraddizioni dell'opera di Schmitt che Cavallo effettua con ricchezza di rimandi e approfondimenti. La comune critica antiborghese non può, detto altrimenti, confondere né le metodologie di analisi né le contrapposizioni valoriali di partenza per ragioni, come sottolineato da Zarka (p. 89), di carattere storico, politico e concettuale. Anche la cosiddetta "autonomia del politico", che dovrebbe costituire uno dei frutti più maturi delle riflessioni che prendono le mosse dal pensiero di Schmitt, non sembra tenere adeguatamente conto del processo di neutralizzazione descritto dal *Kronjurist* del nazismo, per il quale la riaffermazione del potere sovrano rimane legata in ultima analisi al concetto di stato d'eccezione che nella differenziazione tra diritto e politica, propria della modernità, sembra appannarsi o perdere presa. Le pagine dedicate da Cavallo all'analisi schmittiana riguardanti la crisi weimeriana, in particolare il ricorso al presidenzialismo quale antidoto alla frammentazione partitica e al disordine giuridico e politico, aprono uno squarcio sul dibattito – oggetto della riflessione dell'Autore già in altre pubblicazioni – intorno ai poteri dello Stato che anticipa l'ascesa del nazismo. La questione della sovranità e della separazione dei poteri è ricorrente nell'analisi di Cavallo che alle pagine 108 e 109 del volume sostiene che: «[...] le suggestioni kelseniane – che riducono la sovranità ad un insieme di relazioni logico-giuridiche – sono diventate quasi una sorta di *idem sentire* nella riflessione di molti studiosi contemporanei che, di fronte all'inesorabile crepuscolo degli Stati nazionali, vedono finalmente realizzarsi la *civitas maxima* dimenticando che, come Schmitt aveva lucidamente intuito, l'affermarsi del globalismo giuridico va di pari passo con l'egemonia economico-militare dell'Occidente». Inoltre: «Misurarsi con la dimensione concreta della sovranità a livello europeo, cioè con l'insieme dei rapporti di forza e di potere, vuol dire invece mettere a frutto la lezione schmittiana sulla sovranità, concependo l'Europa come quella entità politica sovrana che sia in grado, da un lato, di fronteggiare l'egemonia planetaria degli *States* e, dall'altro, dimostrarsi all'altezza delle impegnative sfide storiche che l'attendono in un contesto globale». Al di là della forse troppo sbrigativa identificazione del globalismo giuridico con l'egemonia economica e culturale dell'Occidente, l'Autore non specifica quale dovrebbe essere, parafrasando Otto Kirchheimer, «il soggetto della sovranità» cui il concetto di egemonia alternativa al neoliberalismo in quanto dimensione politica «senza né sponde né fari» dovrebbe collegarsi. Tale scelta caratterizza altresì le parti del volume dedicate alla Germania quale «minaccia per gli equilibri del Vecchio continente» (p. 152); all'ideologia dei diritti umani che diviene la quinta colonna della «volontà di potenza dell'Occidente» (p. 168) e all'illusione giuridicista per cui il diritto non sarebbe uno strumento sufficiente nella soluzione dei conflitti e nella costruzione della pace (p. 163). Se si volesse concordare con l'Autore circa l'insufficienza del diritto formale, o comunque di una certa idea di diritto, ai fini della risoluzione dei conflitti su scala globale, risulta nondimeno non del tutto superfluo chiedersi quale politica oppure, per riprendere il punto precedente, quale

soggetto dovrebbe riempire il vuoto lasciato dall'illusione giuridicista. Il lettore potrebbe essere portato a ritenere che la "socialdemocrazia assertiva" costituisca per Cavallo la soluzione delle questioni che contrassegnano lo stato dell'Unione Europea, il suo ruolo internazionale e i suoi rapporti con i singoli Stati. A pagina 177 tuttavia l'Autore afferma che la proposta di Crouch, che sembrerebbe andare in questa direzione, appare insufficiente.

«Uno dei tratti politici salienti di tale forza sta, a detta di Crouch, in una moderna riforma del mercato del lavoro che, tenendo conto della sua continua e rapida trasformazione, possa garantire sia le imprese, sia i lavoratori mediante il ricorso a forme contrattuali che mantengono la flessibilità e al tempo stesso dovrebbero (il condizionale è d'obbligo) riconoscere al lavoratore un grado elevato di sicurezza occupazionale (*flexsecurity*). In estrema sintesi, la debole e contraddittoria proposta di Crouch si limita, per molti versi, ad auspicare, di fronte alla vocazione predatoria del capitalismo finanziario, una specie di *lifting* del suo volto pauroso e cadente per renderlo *cool* e attraente».

Nella situazione politica continentale tutto pare compromesso dall'ordoliberalismo a trazione tedesca (p. 188) per cui l'Europa diverrebbe «un campo di battaglia» tra *sovrano* ed *europismo*, paragonati da Cavallo a *dottrine politiche* da cui dipenderebbe il futuro dell'UE (p. 186). Sotto quest'ultimo profilo, è quasi assente nella pur ricca e rigorosa esposizione di Cavallo uno sguardo alle «realità altre» dell'Europa: quei paesi centro-orientali cui nella situazione attuale dovrebbe meglio attagliarsi la categoria di "sovrano" e la cui fisionomia e storia politica potrebbero chiarire, se analizzate più attentamente, il carattere sostanzialmente paradossale di quest'indirizzo. Si tratterebbe, come Cavallo accenna nelle ultime pagine del volume, di comprendere come la nazione divenga il soggetto su cui il cosiddetto sovrano – definizione cui sarebbe preferibile quella di nazionalismo populista – si è sviluppato in questi paesi in seguito alla crisi del progetto europeo nato dalle ceneri del nazionalismo e sulla scorta del costituzionalismo antifascista. Uno sguardo alle "realità altre" dell'Europa avrebbe probabilmente costituito l'occasione per specificare alcune parti dell'impianto analitico e alcune scelte terminologiche del saggio che rimane, proprio a causa di questa scelta, concentrato su un'idea di Europa in cui le realtà marginali pressoché scompaiono di fronte a una specie di *logos* incarnato dalla forza politica ed economica della Germania. Un *logos* a cui la riflessione e l'opera di definizione concettuale dell'Autore rimangono sostanzialmente collegate. Per usare il linguaggio metaforico caro a Riccardo Cavallo, una tale visione dell'Europa rischia di poter essere paragonata all'osservazione del fondo di un pozzo da parte di un soggetto che cercando di stabilirne la profondità vede sulla superficie dell'acqua, in ultima analisi, solo l'immagine di se stesso.

Le conclusioni del volume, in larga parte condivisibili, rappresentano un punto di partenza per esaminare la situazione del progetto europeo in rapporto ai suoi principi costitutivi e alla differenza tra *nomos* e *polemos* che ne risulta essere parte consustanziale.

3 • 1 • 2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI,
GIURIDICI E STORICO-POLITICI

NAD

Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società



Martin Belov (ed.), *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment, and Political Reality*, Intersentia, Cambridge, 2021

J. Sawicki

ISSN: 2612-6672

<https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/index>

Martin Belov (ed.), *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies. Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality*, Intersentia, Cambridge, 2021, XVII-378 pp.

*Jan Sawicki**

L'opera collettanea che viene presa in considerazione si inserisce in un filone ormai consolidato di studi consacrati alle più recenti insidie al costituzionalismo e, in particolare, al ricco versante delle "democrazie illiberali". Questo volume si distingue, tuttavia, per il suo eclettismo e il taglio forse quanto mai interdisciplinare, non limitandosi l'analisi a incrociare il diritto costituzionale con la scienza politica, ma aggiungendovi numerosi apporti di impostazione filosofica, di storia del diritto e storia del pensiero politico.

Ragioni di ordine concettuale sono quelle che hanno probabilmente imposto di dividere i quindici contributi del volume entro cinque blocchi tematici, ma va detto subito che la ricchezza di molti dei singoli apporti è tale da superare gli spazi un po' angusti in cui essi sono stati confinati. Tra questi, non potendosi svolgere una pedissequa compilazione che segua i capitoli e le parti secondo l'ordine con cui sono presentati, si è scelto di dare la prima parola al saggio del curatore Martin Belov, *The Role of Fear Politics in Global Constitutional 'Ernstfall': Images of Fear under COVID-19 Health Paternalism*, che attira l'attenzione per la determinazione delle tesi contenute e l'efficacia della forza polemica. È difficile trovare, almeno tra i costituzionalisti, un contributo più univoco di questo nel denunciare la deformazione del costituzionalismo a livello globale imposta in poco più di un anno dalle misure di emergenza adottate per fronteggiare la crisi pandemica: una deformazione che non è dato sapere quanto sia irreversibile, ma che secondo l'Autore presenta rischi di mostrarsi duratura, è capace di instaurare un *crisis management constitutionalism* che può rivelarsi la negazione del costituzionalismo stesso. Per quanto anche altrove siano state espresse critiche e preoccupazioni, è raro trovare inquadrata, come nel saggio in discussione, l'immagine più nitida di un «Leviatano sanitario» imposto da – o con il pretesto di – una «pandemia di moderata intensità» (p. 188) e capace di minacciare, ben al di là degli assetti istituzionali democratici o dei rapporti tra poteri, gli stessi diritti umani fondamentali. Per rimanere in metafore e immagini familiari a Hobbes, stando a questa chiave di lettura siamo stati costretti a subire un *pactum subiunctionis* senza neanche aver potuto sottoscrivere un *pactum unionis*. Secondo l'Autore nella lotta alla pandemia non vi è stato alcun reale bilanciamento tra principi, non è stato applicato nessun test di proporzionalità tra il diritto alla salute da un lato ed ogni altro diritto, *tout court*, dall'altro: semplicemente il primo ha fatto premio, in modo incontrastato, su tutto il resto. D'altra parte, viene rilevato che

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Contributo referato internamente a cura della Direzione.

regimi di emergenza più o meno disciplinati a monte sono fioriti pressoché ovunque, senza fare distinzioni tra democrazie consolidate, illiberali, sistemi autoritari o compiute dittature. Questo, in particolare, sembra un rilievo condivisibile, che sfida le democrazie e smentisce una *vulgata* che presume una sorta di indimostrata eccellenza dei regimi autoritari con riferimento agli stati di eccezione motivati con il virus (e anzi, si potrebbe aggiungere che proprio qualche paese autoritario si è contraddistinto per un approccio decisamente allentato rispetto alla pandemia: un orientamento che anche nei paesi liberi è stato condiviso da formazioni populiste di stampo autoritario, che si sono poste in contrapposizione alle maggioranze democratiche muovendo da una polemica libertaria). Qualunque valutazione di merito si possa dare soggettivamente delle strategie contro il COVID-19, va riconosciuto che è acuta e non convenzionale l'osservazione per cui gli indirizzi prescelti in diversi ordinamenti si somigliano tra loro e prescindono dalla considerazione se le rispettive costituzioni possiedano o meno norme sugli stati di emergenza o se i parlamenti siano stati più o meno coinvolti, in un'azione che l'Autore considera, in blocco, espressione di una biopolitica preventiva, opprimente e intrusiva.

Il saggio, che si è così sintetizzato, proprio per l'univocità della tesi sostenuta, può costituire spunto per una sua rivisitazione critica (alla quale qui si può appena accennare). L'ipotesi che si vuol formulare, che ovviamente non può essere verificata, non disponendosi di una dimensione parallela, è quella di un mondo democratico che non abbia reagito affatto alla pandemia o lo abbia fatto in modo estremamente più blando. Non si sfiorano qui neanche gli aspetti medico-sanitari, per limitarsi solo ai profili politici e giuridici di una strategia opposta a quella sopra riassunta, quella che in ipotesi avrebbe fatte salve le libertà civili del mondo democratico. A fronte di conseguenze, comunque non trascurabili in termini del sacrificio di vite umane, viene da chiedersi se la reazione delle opinioni pubbliche non sarebbe stata tale da richiamare i propri governi a forme di responsabilità per la loro inazione, e se questo non avrebbe determinato contraccolpi sulle istituzioni tali da sottoporre comunque a prova, sia pure diversamente, la credibilità e la stabilità della democrazia.

L'idea che il COVID-19 possa essere utilizzata come strumento per accelerare la tendenza verso un aperto autoritarismo, negli ordinamenti che sono già illiberali, è confermata nel seguente saggio di Tímea Drinóczi e Agnieszka Bień-Kacała, *Democracy and Human Rights in Illiberal Constitutionalism*, che si inserisce in una ormai consolidata tradizione di studi comuni alle due Autrici sull'involuzione anticostituzionale in Polonia e in Ungheria.

Sul degrado di molte democrazie contemporanee si sofferma invece Angela Di Gregorio (*The Degeneration of Contemporary Democracies as a New Phenomenology of Constitutional Transition*), che prende le mosse dal fenomeno citato nel titolo per operare un'indagine critica a tutto campo sull'apparato di strumenti teorici utilizzati dagli studiosi, che siano giuristi o scienziati politici, per comprenderne e classificarne le specifiche sfaccettature, muovendo anche dalla constatazione che gli studi nordamericani sull'argomento sono più risalenti nel tempo di quelli europei. Il proposito è quello di mettere ordine in alcuni concetti, rispetto ai quali viene notata una maggiore flessibilità, dal punto di vista lessicale, nell'interpretazione del termine *constitutionalism* da parte della dottrina di lingua inglese (Tushnet, Bellamy) rispetto a quella dell'Europa continentale. La categoria di "democrazia illiberale" viene criticata soprattutto per il fatto di restituire un'immagine statica, che non tiene conto delle differenze tra sistemi che sono

sempre stati stabilmente ibridi e altri che, partendo da (apparenti?) posizioni iniziali di stabilità democratica, hanno poi sofferto un declino di questi valori: si tratta dunque di un'immagine che, inadatta com'è a cogliere evoluzioni diacroniche anche molto diverse tra loro, rischia di creare confusione e indurre a errori di interpretazione di alcuni fenomeni che possono coesistere nel mondo contemporaneo. A proposito di questi ultimi si propongono, dunque, definizioni come quelle di democrazie “degradata” o “degenerate” come categoria intermedia. Messo in evidenza come probabilmente il più recente ciclo delle transizioni verso la democrazia vada considerato come esaurito, insieme alla *transitology* cui aveva dato luogo, il saggio si conclude con l'esortazione a non cedere a un pessimismo acritico dato che, da un lato, neanche tutti i paesi dell'area ex comunista in particolare hanno conosciuto questa degenerazione, dall'altro anche i paesi che ne sono i campioni (in quest'area soprattutto Polonia e Ungheria) non hanno ancora detto l'ultima parola circa l'irreversibilità di questo degrado.

Il denso saggio di Paul Blokker, *Populism, constituent power and constitutional imagination*, è un esempio, di tipo contrario, nel senso di una possibile compatibilità tra populismo e costituzionalismo. A prescindere da divergenze lessicali in merito al significato da dare a questa seconda espressione (che forse sono alla base di alcune incomprensioni), lo studio di quest'ultimo Autore conferma la sua propensione, molto opportuna, a mettere in rilievo un aspetto spesso trascurato dei populismi, o almeno di molte tra le espressioni concrete del fenomeno, ovvero del loro legame con il potere costituente. Il problema è considerato molto critico soprattutto nei paesi già socialisti dell'Europa centro-orientale, in cui il recente ritorno alla democrazia viene fatto coincidere con l'instaurazione di un costituzionalismo che, con qualche forzatura, viene definito privo di precedenti storici nella regione, e addirittura *alien* rispetto alle sue tradizioni. Si aderisce dunque all'idea, che Andrew Arato di recente ha veicolato meglio di tutti, per cui i populistici costruiscono la propria politica costituzionale e costituente a partire da un'idea di “popolo” che è unitaria, non pluralista ed esclusiva. Questa versione populista della costituzione può apparire in determinati contesti più attraente perché fa affidamento sul crollo nella fiducia nel diritto come tale, e nelle sue istituzioni non elettive, di risolvere i problemi, e crea l'illusione che un potere rivoluzionario illimitato possa anche portare emancipazione. Al centro di questa visione – che non può essere inquadrata come “costituzionalismo”, se per tale si intende qualsiasi forma di limitazione del potere espresso dal principio maggioritario – si colloca, secondo Blokker, una duplice sfiducia: quella nella neutralità del diritto e quella che prende di mira la collocazione internazionale e sovranazionale del paese interessato dal processo populista, che si era affermata nei processi costituenti all'indomani della Seconda guerra mondiale. Al contrario, il luogo in cui si devono affermare le prospettive di riscatto del popolo, secondo questa visione, è esclusivamente nazionale, ed è in ciò che “populismo” finisce per coincidere di norma con “nazionalismo”.

Il tema dei legami, o meglio ancora della reciproca incompatibilità, tra costituzionalismo e populismo è ulteriormente sviluppato in due saggi che si concentrano ciascuno su un caso nazionale, quello italiano e quello polacco. L'accostamento tra i due casi, anche nell'impaginazione, è pertinente perché – al di là delle diverse impostazioni degli Autori – consente di mettere a fuoco due diverse manifestazioni del populismo in tempi recentissimi, la prima delle quali, quella italiana, è stata più attenuata e meno capace di alterare la funzionalità della Costituzione in senso formale (nonostante alcuni

innegabili punti di attrito potenziale), mentre la seconda ha prodotto effetti ben più devastanti, probabilmente anche per il fatto che la qualifica di “populista” per le forze che ne sono protagoniste si dimostra oltremodo inadeguata, potendo queste essere inquadrare come forze nazionaliste e apertamente autoritarie, e avendo esse trovato nel populismo solo un momento e un pretesto iniziale per rendersi attraenti sul piano elettorale in attesa di svelare il proprio vero volto.

Monica Bonini (*Law, Revolution and Populism in Italy. The Path from Constitutional Resentment to Constitutional Renaissance*), rivolgendosi a un lettore non esperto di cose italiane, risale alle radici del costituzionalismo repubblicano del secondo dopoguerra, mettendo in relazione alcuni dei suoi principi fondamentali con le norme relative alla rappresentanza politica e ai partiti politici e fornendo un’interpretazione restrittiva del referendum abrogativo che, invece, attraverso l’uso della tecnica manipolativa, a suo avviso è stato deformato per piegarlo, specie nella materia elettorale, a uno scopo propositivo che a sua volta viene considerato corresponsabile di una complessiva degenerazione. In parallelo a ciò, si ripercorre la storia del populismo italiano nello stesso periodo, osservando come le sue tendenze plebiscitarie, insieme alla continua esaltazione del *leader* nel suo rapporto immediato con la popolazione, sia difficilmente conciliabile con gli aspetti rappresentativi, ma anche partecipativi, su cui si fonda la democrazia costituzionale italiana. La valutazione d’insieme si aggrava se si assume che il novero delle forze ritenute populiste viene considerato in senso particolarmente estensivo, non limitandosi – come molti, convenzionalmente, fanno – a quelle che hanno governato dal 2018, ma dovendo essere esteso per lo meno a tutte le formazioni di estrazione post-fascista dal 1946 al giorno d’oggi, senza differenze né soluzione di continuità.

Il contributo di Przemyslaw Tacik, *Polish Constitutionalism under Populist Rule. A Revolution without a Revolution*, è costruito su un robusto apparato teorico. Un’acuta premessa è quella per cui a una sovrabbondanza di studi (interdisciplinari) sul populismo, quasi essa fosse una moda, corrisponde una considerazione per la democrazia liberale che la dà per scontata, come se non fosse nel suo ambito che tutti i populismi sono esplosi quale risposta o reazione a problemi che invece, per definizione, le appartengono. L’emersione del populismo è interpretata come una «rivoluzione senza rivoluzione», cioè un processo politico in cui alcuni cambiamenti di sistema radicali vengono sottorappresentati sul piano simbolico. Le immagini schmittiane di dittatura commissaria e dittatura sovrana, espressioni rispettivamente di potere costituito e costituente, sono richiamate per applicarle, aggiornate, a involuzioni illiberali come quella della Polonia. In assenza di fatti simbolici come potrebbe essere l’adozione di una nuova costituzione formale o un’espressa rivoluzione nelle sue manifestazioni classiche, si ha una commistione e reciproca perturbazione (*disturbance*) di atti espressione di potere costituito e di potere costituente, i secondi più o meno dissimulati nelle forme del primo, che costituiscono quella che viene definita «rivoluzione senza rivoluzione», evidentemente considerata non meno dirompente nella sostanza ma più impalpabile nella forma. Distanziandosi da ogni formalismo giuridico, questo è il mutamento che sistemi politici stabilizzati con populistici al potere potrebbe introdurre, e la cui essenza rivoluzionaria starebbe proprio nel soppiantare con quanto sopra descritto l’idea che costantemente si ripete – e che in Polonia viene spesso espressa – di una continua violazione della costituzione formalmente in vigore. Si tratta, secondo l’analisi, di situazioni di persistente violazione strutturale della costituzione, che durano molto a

lungo fino a creare effettivamente un altro regime, nel quale – sembra potersi intuire – è inutile continuare a parlare di violazione di una norma, fosse pure fondamentale, perché essa non c'è più, essendo soppiantata da un'altra. La «rivoluzione senza rivoluzione» coincide dunque precisamente con l'uso di un *pouvoir constitué* che non vuole assumere le responsabilità di *pouvoir constituant*, anche se pretende di esercitarlo in pratica. Calando questo discorso nella situazione attuale della Polonia, si mette a confronto quanto è stato realizzato in alcuni anni di governo con il progetto di costituzione presentato dal partito *Diritto e giustizia* nel 2005, imbevuto di valori nazionali e comunitari, in aperto contrasto con quella del 1997 e mai adottato per insufficiente consenso parlamentare. Tuttavia, molte delle politiche attuate sono molto più conformi a quell'abbandonato progetto, facendo concludere all'Autore che lo stato di eccezione descritto da Agamben sia l'immagine più vicina alla «rivoluzione senza rivoluzione» attualmente vissuta dalla Polonia.

Quanto l'idea stessa di costituzionalismo si ponga in antitesi inconciliabile con il populismo, secondo la dottrina dominante in Europa, è messo in mostra dal saggio di Gianmario Demuro, *Between Law and Revolution. Is Populism Constitutional?*, in cui risulta chiara la risposta all'interrogativo retorico contenuto nel titolo. Populismo e costituzionalismo, secondo l'Autore, si stanno, infatti, fronteggiando l'un l'altro in una battaglia finale. Traendo spunto da una riflessione di Rosanvallon, si argomenta che il populismo sovrano va considerato come violazione dell'identità costituzionale di ogni Stato, mostrando fiducia in una dimensione europea della *rule of law* nazionale. Ad essere valorizzato in questo saggio è però l'elemento dei diritti sociali, la cui assenza o incapacità di affermarsi rischia di vanificare i vincoli europei che servono a sconfiggere le semplificazioni di quell'ossimoro che va sotto il nome di “democrazie illiberali”.

Simile è l'impostazione di Carlo Alberto Ciaralli, che accentua il ruolo delle tecnocrazie, soprattutto sovranazionali, nell'affermazione dei populismi, dato che esse svelano una sostanziale inutilità della politica (nazionale) democratica nel risolvere i problemi dei cittadini, che ne determina anche l'irresponsabilità. Il contributo mette i lettori a conoscenza della versione italiana del populismo, ove in realtà negli ultimi anni due formazioni populiste con distinta base elettorale, in linea di principio tra loro alternative, si sono confrontate ma anche in parte misurate insieme al governo. Il rimedio viene individuato nel rafforzamento della democrazia rappresentativa e dei corpi intermedi, insieme a una maggiore prossimità delle istituzioni sia nazionali sia sovranazionali.

Il volume contiene ancora alcuni contributi relativi a specifici profili di illiberalismo a livello costituzionale. Agnieszka Bień-Kacała, Anna Tarnowska e Wojciech Włoch si soffermano su *Representative Democracy in the Times of Populism. The Case of Parliament as a Delegated Power*, ove muovono da alcuni presupposti teorici per mettere in dubbio che il Parlamento polacco, nel suo funzionamento attuale, sia ancora un'istituzione rappresentativa. Zoltan J. Toth, in *Rule of Law vs. Democracy: With Special Regard to the Case of Hungary*, svolge un'accurata indagine teorica sui significati delle espressioni di democrazia e *rule of law* per calarli nella problematica interrelazione che la Corte costituzionale ungherese vi ha individuato. Zoltán Pozsár-Szentmiklósy, *The Invisible Separation of Powers and the Control of Central Political Power: Lessons from Hungary, Moldova and Romania*, individua l'originale categoria concettuale di «invisible separation of powers», formata da istituti giuridici costituzionali già consolidati ma che

strutturalmente non erano e non sono finalizzati alla separazione dei poteri, per osservare come – in modo forse non intenzionale, o in una sorta di eterogenesi dei fini – questi istituti possono svolgere una funzione moderatrice del potere maggioritario in alcuni ordinamenti ove la limitazione di quest’ultimo, per i più vari motivi, rischia di soffrire: gli strumenti individuati sono le modifiche costituzionali non formali o tacite, le modifiche costituzionali incostituzionali e i referendum nazionali, mentre i casi di studio per la conferma o la parziale falsificazione della tesi sono Ungheria, Moldavia e Romania.

Il volume contiene inoltre quattro saggi a vario contenuto interdisciplinare, sparsi entro diverse sue parti anche se parzialmente accomunabili tra loro. Julia Wesołowska, *Law and Emotions: Insights for the Study of Anti-Constitutional Populism*, adopera la categoria della corrente di pensiero che viene identificata con le prime parole del titolo del saggio per esaminare il contesto emotivo ed emozionale delle scelte politiche e giuridiche, spesso trascurato dai giuristi, in particolare quando queste tendono al populismo. Vi sono poi due saggi riferiti a correnti storiche di pensiero o di azione politica, quello di Eoin Daly, *The People and the Lawgiver in Political Foundings*, esamina il pensiero politico di Rousseau per metterlo in relazione con l’attività del suo allievo Robespierre. Wojciech Engelking, invece, esamina le origini del populismo russo prerivoluzionario dei *Narodniki* per mettere in rilievo quanto vi sia in comune, al di là del tempo e degli eventi trascorsi nel frattempo, con la struttura autoritaria dello Stato edificata da Putin. Infine, Marcin Kilanowski (*Radical Democracy and Revolutionary Reform: Looking for Solutions in Times of Democratic Disruption*) cerca di individuare in un maggiore solidarismo sociale, insieme a impegno civico ed educazione politica, gli strumenti adatti per fronteggiare le minacce attuali alla democrazia costituzionale.

Come la stessa introduzione del curatore Martin Belov afferma, il volume intende fornire una risposta multidisciplinare alla crisi che il costituzionalismo di derivazione liberale si trova ad affrontare negli ultimi anni, che affonda le radici in cause molteplici (non ultima quella tecnologica e quella legata alla c.d. infodemia), e riporta un discreto successo nel suo proposito originario, che era quello di offrire una chiave di lettura spassionata, libera da pregiudizi e priva di moralismi – ma non cinica – delle recenti esplosioni di radicalismo, populismo, reazioni di rigetto illiberali all’innesto di istituzioni liberali. Sempre nell’introduzione si rileva un’interessante analogia con il campo di indagine di costituzionalisti e scienziati politici nel ventennio interbellico, quando essi furono sfidati a dare rapide risposte alla crescita incontenibile di regimi autoritari e totalitari, e si aggiunge a questo l’immagine inquietante della fine di una seconda *belle époque*, quella che ha coinciso con il passaggio tra gli ultimi due secoli e il primo decennio di quello nuovo. Bisogna solo sperare che questa volta il contributo degli intellettuali impegnati abbia maggiore successo pratico di quello ottenuto quasi un secolo fa.