

La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni

di Jan Sawicki

Abstract: The Covid-19 pandemic, in Poland and Hungary, as a possible chance to intensify the illiberal change of institutions - The outbreak of the Covid-19 pandemic was an opportunity to test how different regimes react to an emergency, and this also applies to such 'illiberal democracies' as Poland and Hungary. The two cases resemble to each other even for the repercussions on electoral matters in a game of similarities and differences. The approach in these countries has proven similar in terms of democratic decay, with this ostensible difference: in enforcement of the Basic Law a state of emergency was adopted in Hungary, yet this state is in itself dubious as to the respect of certain standards. In Poland, a constitutional state of emergency which could be fully complying with the foresaid standards has been discarded, only to introduce one which has a lower level of legitimacy.

1963

Keywords: Covid-19; State of emergency; Illiberal democracies; Democratic decay; Poland; Hungary.

1. Una premessa comune ai due casi

Vi sono buone ragioni per considerare in modo unitario l'esame del modo in cui Polonia e Ungheria hanno affrontato, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, la pandemia del Covid-19. Questi due paesi, nonostante grandi differenze linguistiche e sul piano della storia remota, sono accomunati non solo dal passato relativamente recente del socialismo reale, ma anche da due connotati che li differenziano, in parte o del tutto, da molti altri stati appartenenti alla stessa area¹. Che ciò sia dovuto al caso, o che abbia invece una consequenzialità logica e temporale, Polonia e Ungheria hanno infatti condiviso, in primo luogo, le modalità consensuali e 'contrattuali' della transizione dal precedente sistema totalitario alla democrazia, con il metodo delle tavole rotonde (che ne avevano fatto un modello celebrato, quasi un paradigma di trasformazione pacifica in direzione della libertà)²; in secondo luogo, e molto più di recente, i tratti di una degenerazione illiberale che mette in discussione la *rule of law* e alcuni principi e criteri cardine del costituzionalismo, pur nella pretesa continuativa di richiamare la democrazia

¹ T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: the Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal* (2019) 20, 1140ss.

² Ampi riferimenti in A. Arato, *Post-Sovereign Constitution-Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, 2016.

come giustificazione fondante di queste ultime trasformazioni, ove per democrazia bisogna intendere la mera verifica elettorale periodica del consenso³, depurata di ogni ulteriore mediazione di quella verifica con altri fattori.

Da questo punto di vista, è pur vero che la Polonia e l'Ungheria non sono certo i due soli ordinamenti statali, di democrazia già ritenuta accettabilmente consolidata, ad aver conosciuto nell'ultimo lustro, o nell'ultimo decennio, un arretramento sul piano della separazione dei poteri, delle garanzie costituzionali o del riconoscimento e dell'applicazione diretta di alcuni diritti. Non lo sono a livello globale e ancor meno rispetto all'area geografica di riferimento. Tuttavia – e questo è causa di sgomento, se si considera quanto detto a proposito del loro ingresso nel novero delle democrazie – questi due casi colpiscono per l'intensità, per il carattere sistematico e programmato delle modalità con cui è avvenuta la negazione, se non totale quanto meno essenziale, di principi che parevano già scolpiti nei rispettivi ordinamenti. E non poteva esservi forse migliore occasione, per riscontrare quanto si è detto, della crisi sanitaria ed economica globale insorta a seguito della diffusione del virus Covid-19.

Come noto, la degenerazione illiberale nei due paesi prese le mosse dall'alterazione del funzionamento della giustizia costituzionale. Una volta reso questo istituto più compatibile o funzionale alle aspettative della maggioranza politica, si è proceduto ad una riforma – si potrebbe dire 'controriforma' – della giustizia ordinaria, che in maniera più compiuta avrebbe consentito di incidere nella sfera dei rapporti tra autorità politica e individui o cittadini, e al tempo stesso assicurato i decisori politici sul piano personale, mettendoli al riparo da conseguenze giudiziarie, sotto vari aspetti, delle proprie azioni. I cambiamenti costituzionali in corso, insomma, avevano inciso in maniera significativa sulla forma di stato, sul piano dei diritti costituzionali, sia pure con modalità diverse tra i due paesi, rispetto alle quali sarà ancora opportuno spendere qualche parola. Ma si era osservato che la parte organizzativa delle costituzioni, e in particolare la forma di governo in senso stretto, era stata toccata per ultima da queste nuove trasformazioni – e in ogni caso in modo più apparentemente marginale o meno vistoso⁴ –, almeno per quanto riguarda alcuni aspetti di base, tra cui gli istituti più tradizionali relativi ai rapporti tra gli organi statali di vertice (almeno politici), quali, ad esempio, il rapporto fiduciario tra legislativo ed esecutivo, il potere di scioglimento delle assemblee parlamentari, il nucleo più essenziale del procedimento legislativo, e ancor di più la rappresentanza politica, a cominciare dallo stesso svolgimento di consultazioni periodiche e pluraliste per il rinnovo degli organi elettivi. Come si era sempre detto, la garanzia di quest'ultimo aspetto, benché per nulla sufficiente ad assicurare di per sé il funzionamento di una democrazia 'liberale', ne avrebbe tuttavia costituito il requisito minimo

³ Si vedano ad esempio i Final Report dell'OSCE sulle più recenti elezioni in entrambi i paesi, www.osce.org.

⁴ Per P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics*, in A. von Bogdandy and P. Sonnevend (Eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford and Portland, 2015, 76, «as for the form of government, the Basic Law brings no change».

irrinunciabile⁵. Proprio la crisi epidemica in atto, in modo inatteso, rischia per diversi aspetti di rimettere in discussione anche la legittimazione elettorale di questi sistemi illiberali. E di questo si dovrà parlare.

È precisamente in relazione alla crisi di cui si discute che viene in rilievo un altro elemento molto significativo del deterioramento in senso illiberale nei due paesi, che però mette in evidenza anche una fondamentale differenza tra loro, legata al fatto che la forza politica dominante in Ungheria è continuativamente in possesso, fin dal 2010, di una maggioranza qualificata, che poi è quella che le ha consentito nel 2012 di far entrare in vigore una nuova Legge fondamentale, plasmata sulla propria esclusiva ed escludente impostazione ideologica; mentre la forza corrispondente in Polonia, dalla data della sua originaria vittoria, nel 2015, confermata nel 2019, è sempre stata priva di questa maggioranza. Da tale constatazione ne deriva un'altra che può apparire formalistica soltanto a uno sguardo politologico, o legato all'apprezzamento di situazioni di fatto, ma non certo a una disamina giuridicamente orientata, la quale non può fare a meno di analizzare la rispondenza di certe decisioni anche ad altri parametri. Si intende dire che gli stessi risultati, o risultati spesso molto simili, hanno potuto essere ottenuti nei due paesi a partire da un fondamento alquanto diverso, sul piano sia della legittimità che della legittimazione. Le trasformazioni costituzionali in Polonia, in particolare, sono avvenute in modo tacito, senza che alcuna modifica della Costituzione formale sia mai stata possibile dal 2015 in poi. E questo si ricollega direttamente al tema della disciplina costituzionale degli stati di emergenza, nei quali di fatto l'epidemia in corso si iscrive.

Il caso vuole che le Costituzioni di entrambi i paesi, quella polacca del 1997 e quella ungherese del 2011, contengano una disciplina analitica apposita degli stati di emergenza, diversamente da altre esperienze contemporanee, anche della stessa area, ove si rinvencono spesso norme frammentarie e inserite in altri contesti (sebbene ve ne sia qualcun altro, la Commissione di Venezia, in un suo Parere relativo al nuovo ordinamento ungherese, ha accostato questi due casi alla sola Legge fondamentale tedesca come modificata dal 1968⁶). Se nel caso polacco vi sono sette articoli (228-234) entro un apposito capitolo XI, la Legge fondamentale magiara del 2011 contiene una disciplina ancora più minuziosa sugli "stati giuridici speciali" con alcuni articoli estremamente densi (48-54) ai quali, con il sesto emendamento del giugno 2016, si è aggiunto un articolo 51/A relativo allo "stato di minaccia terroristica". È vero che, come la stessa Commissione di Venezia ha dato atto nel citato Parere, tale capitolo sugli stati di emergenza «appears to be

⁵ Proprio con riferimento a questi paesi ha osservato R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 913, che «questi regimi, che mantengono il principio dell'elettività delle cariche politiche, non si trasformano in stati autoritari, ma il tasso di democraticità dell'ordinamento viene ridotto in modo significativo», per concludere che «si rifiutano i limiti al potere di decisione imposti da istituzioni non legittimate da un voto popolare e si cerca di imporre all'ordinamento un carattere monista, fondato su un unico circuito, quello politico elettorale. L'idea è che la volontà degli eletti debba comunque prevalere, con una riproposizione permanente del principio di maggioranza, quale modalità pressoché unica e svincolata da possibili controlli di assunzione delle decisioni pubbliche».

⁶ *Opinion 621/2011*, CDL-AD (2011)016, §134.

generally in line with the European standards»⁷, in quanto ammette la restrizione di diritti costituzionali al fine di proteggere altri valori costituzionali in una misura assolutamente necessaria e nel rispetto del principio di proporzionalità (ma nella formulazione dell'organo consultivo del Consiglio d'Europa non ci sono considerazioni esplicite relative a limiti temporali). Vero poi che analogo apprezzamento è stato dato anche dalla dottrina del paese di riferimento in un primo commento alla nuova costituzione ove si afferma che le disposizioni riproducono in gran parte quelle contenute nella Costituzione 'provvisoria' del 1989⁸ (in realtà la vecchia carta socialista del 1949, quasi completamente emendata). Ma in questo stesso contributo si riconoscono esservi delle differenze significative di dettaglio rispetto alla regolazione precedente⁹.

Soprattutto per comparazione con la Polonia, va allora osservato che la disciplina analitica ungherese dei singoli stati di minaccia alla sicurezza nazionale o non fa alcun riferimento oppure è piuttosto vaga quanto ai termini temporali degli stessi. Inoltre, posto che caratteristica comune a tutti gli stati di emergenza, nel nome della protezione di altri beni supremi, è quella di limitare temporaneamente la fruizione di alcuni diritti costituzionali, e di rafforzare i poteri degli organi esecutivi a scapito del legislativo, è il caso di osservare che, stando a un'interpretazione letterale del testo, nei molteplici "stati giuridici speciali" ungheresi, diversi – da caso a caso – sono gli organi per così dire privilegiati e diverso è il coinvolgimento del Parlamento (per esempio il caso della crisi nazionale – imminente pericolo di attacco armato da parte di forze straniere – o quello dell'emergenza – atti armati tesi a sovvertire l'ordine nazionale – prevedono che sia quest'ultimo, prima di autolimitarsi, a dichiarare la relativa crisi). Nella pandemia con cui oggi conviviamo, l'articolo che è stato considerato pertinente – ma non senza dissensi dottrinali – è invece il 53, definito «stato di pericolo estremo». E questo viene attivato dal solo governo, senza alcuna menzione, almeno nella Legge fondamentale, del Parlamento o di altri soggetti. È d'altra parte significativo che, come norma generale riferita a tutte le emergenze regolate nelle disposizioni precedenti, si stabilisca (art. 54, terzo comma) che «ogni stato di eccezione deve essere revocato dall'autorità che lo ha legittimamente introdotto, allorquando non sussistano più le condizioni per il suo mantenimento». Per diretta volontà del costituente ungherese, dunque, l'esecutivo revoca ciò che l'esecutivo ha dichiarato. Se la legge di attuazione dovesse prevedere qualche limite, o l'intervento di qualche altro organo o soggetto, sarebbe un 'di più' che il legislatore ha voluto concedere, non essendo costretto a farlo da un costituente che con esso in gran parte coincide, non tanto per il numero ridotto di anni che ancora ci separa

⁷ Paragrafo 137 del Parere.

⁸ B. Szabolcs Gerencsér, *Special Legal Orders*, in A. Zs. Varga, A. Patyi, B. Schanda (Eds.), *The Basic (Fundamental) Law. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, Dublin, 2015, 308.

⁹ A. Vedaschi, *La disciplina degli stati di eccezione*, in G. F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, osserva (p. 169) che una delle caratteristiche del nuovo testo è quella di compattare e ordinare la disciplina dell'eccezione costituzionale, entro una valutazione complessivamente positiva della stessa (specie in base alla considerazione che una previsione espressa di questi 'stati' li sottrae alla «possibilità del pericoloso appello alla necessità, intesa come fonte in senso lato»).

dall'adozione della Legge fondamentale, quanto per il fatto che la maggioranza è sempre stata impersonata finora dalla stessa forza politica, peraltro piuttosto monolitica.

Se dunque si raffronta questo impianto normativo con quello della Costituzione polacca, e in particolare con il suo art. 232 concernente le calamità naturali e i disastri tecnici, si riscontra anche qui un'autoassunzione di poteri da parte del Consiglio dei ministri, con l'aggiunta però che tale condizione può essere proclamata per un periodo non superiore a trenta giorni, e che la sua eventuale proroga può solo avvenire previa autorizzazione della Dieta (*Sejm*)¹⁰. L'assemblea politica nazionale è la sola che può dunque autorizzare un'estensione temporale, e in assenza di questo si deve intendere che lo stato di calamità decada da solo, ripristinandosi il regolare funzionamento di leggi e istituzioni 'ordinarie'. In questi pochi tratti si potrebbe condensare la differenza essenziale tra uno stato di emergenza che possa dirsi 'democratico' nei limiti del possibile, previsto da una Costituzione che a quei valori intendeva ispirarsi, e uno che viene regolato da una carta della quale non da oggi, e ad opera di opinioni tanto autorevoli quanto assortite, si percepiscono punti di attrito significativi con alcuni valori liberali fondamentali.

Al tempo stesso, però, è ben noto che sono molto simili orientamenti e ispirazioni ideali dei due governi in carica nei rispettivi paesi, i quali si appoggiano l'un l'altro anche in diverse controversie in sede europea. Se così è, diventa difficile ritenere casuale il fatto che lo stato di emergenza previsto da una Costituzione liberaldemocratica sia stato deliberatamente pretermesso e disapplicato da un governo di diverso orientamento, negli aspetti e con le conseguenze che si diranno, e che invece sia adoperato quello previsto da una Legge fondamentale dalle carenti previsioni liberali. Nel caso (o caos) polacco attuale, si è creato un paradosso per cui, di fatto, il vero stato d'eccezione è il rifiutarsi di proclamarlo, imponendo la finzione di un'artificiale normalità che è smentita dalle misure di contenimento della pandemia¹¹ (di cui si darà cenno nel par. 3.2) ma che si spiega in realtà con l'esigenza di svolgere le elezioni presidenziali a tutti i costi¹² – pur con modifiche fondamentali, introdotte all'ultimo minuto per innegabili esigenze di sicurezza –, nel timore che un loro rinvio, con l'aggravarsi della situazione economica, comporterebbe il rischio di perderle per il Presidente in carica (si anticipa che secondo l'art. 228, settimo comma, della Costituzione, durante tutti gli stati di eccezione viene sospeso ogni tipo di consultazione pubblica elettiva o deliberativa, mentre è disposta la proroga delle cariche da rinnovare fino alla cessazione dell'emergenza stessa). Nel caso ungherese si assiste invece alla piena applicazione

¹⁰ Diversamente dal caso ungherese, insomma, le proroghe sono concesse (o meno) allo stato di emergenza in sé, non ai provvedimenti ad essa ricollegati.

¹¹ In generale, per aggiornamenti accurati sulla prevenzione e il controllo del Covid-19 nei due paesi, https://en.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemic_in_Poland e https://en.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemic_in_Hungary.

¹² A. Kustra-Rogatka, *The Constitution as a Bargaining Chip. Covid-19, Presidential Elections in Poland and a Constitutional Amendment Bill Under Consideration*, *Verfassungsblog.de*, 21 Apr 2020.

di quello stato, con dubbi di un suo abuso incostituzionale¹³, i quali però non dovrebbero essere sopravvalutati se si considera quanto sopra constatato e se si tiene presente l'attuale situazione politica del paese.

2. L'Ungheria e i pieni poteri a Orbán. Aspetti problematici di una possibile "Koronadiktatúra"

2.1 Il quadro delle competenze costituzionali

Quasi ovunque nel mondo il contenimento del Coronavirus ha determinato limitazioni almeno parziali ad alcune libertà civili e in molti luoghi si è assistito ad alterazioni più o meno gravi dei rapporti tra poteri nonché del quadro costituzionale delle competenze. Bisogna però distinguere tra errori o stati di necessità reali, attenuati i quali il sistema precedente può essere richiamato in vita, e situazioni di natura diversa. Queste ultime possono verificarsi quando un ordinamento rappresentativo, già in sofferenza per derive di tipo illiberale, piuttosto che essere colto di sorpresa, malvolentieri, da una minaccia mortale cui far fronte, è il primo a cogliere nell'evento impreveduto l'occasione insperata¹⁴ per portare a termine un'operazione autoritaria che altrimenti sarebbe stata più difficile da compiere.

È parso evidente a moltissimi osservatori che, in Europa, questo sia soprattutto il caso dell'Ungheria. Il riferimento ovvio è alla legge cardinale approvata in via definitiva lo scorso 30 marzo dal Parlamento, o Assemblea nazionale (*Országgyűlés*), con la consueta schiacciante maggioranza – stavolta 137 a favore e 53 contrari – che da dieci anni a questa parte accompagna fasti e trionfi del partito Fidesz, consentendogli di scrivere *ex novo* costituzioni, adeguarle istantaneamente alle esigenze del momento, approvare decine di leggi cardinali (*sarkalatos törvények*), eleggere una moltitudine di personalità alle più disparate cariche nelle autorità amministrative, nel giudiziario e in altre istituzioni di garanzia, e infine ripristinare persino con maggiore forza normativa disposizioni già invalidate da un giudicato costituzionale.

L'occasione è quella nota a tutti. Il fondamento costituzionale, come già accennato, è lo «stato di pericolo estremo» di cui all'articolo 53 della Legge fondamentale del 2011, pensato per fronteggiare situazioni derivanti da disastri naturali e incidenti industriali. È opportuno in primo luogo esaminare brevemente il contenuto dell'art. 53, sia per sé considerato sia per valutare la coerenza con esso

¹³ Il più grave dei quali pare quello che consente di estendere *ex ante*, e fino alla durata dello stato di emergenza, l'efficacia dei decreti governativi emanati durante il suo vigore, come rilevato da T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism at Work. The First Two Weeks of COVID-19 in Hungary and Poland*, in *Verfassungsblog.de*, 31 Marzo 2020. Effettivamente ciò può apparire «quite disturbing», come ivi si è detto, ma l'incidenza concreta dello scostamento dalla previsione costituzionale – del cui contenuto si dirà nel paragrafo seguente – andrebbe misurata a partire da una capacità della schiacciante maggioranza parlamentare di esprimere autonomia dal governo che essa esprime, ciò che appare almeno indimostrato negli ultimi dieci anni.

¹⁴ K.L. Scheppele, *Orban's Emergency*, *Verfassungsblog.de*, 29 March 2020.

di tutte le misure successivamente adottate.

Da questo punto di vista, si ripete che lo stato di pericolo estremo viene constatato e dichiarato direttamente dal governo – diversamente per esempio dallo stato di difesa preventiva o da quello di minaccia terroristica, che devono essere dichiarati dal Parlamento – il quale è anche competente a dichiararlo cessato, come si ricava implicitamente dal fatto che – quarto comma dello stesso art. 53 – con tale cessazione perdono efficacia i decreti governativi ad esso riconducibili, e più esplicitamente dal già citato art. 54, terzo comma.

Muovendo da queste basi costituzionali, una parte consistente degli osservatori più qualificati ha messo in dubbio la legittimità giuridica di tutte le azioni intraprese in Ungheria dallo scorso mese di marzo. La prima obiezione mossa in dottrina è quella che nega che una pandemia possa, anche in senso estensivo, rientrare nell'ampia categoria di «disastri naturali» richiamati dall'art. 53 LF¹⁵, costituendone insomma un presupposto di fatto. Non si entra qui nel merito di un'interpretazione così restrittiva, che non sembra del tutto condivisa neanche a livello di definizione giuridica¹⁶ a livello internazionale. Ci si limita a osservare che, se deve essere accolta nei suoi termini così rigidi, e dato che mancano evidentemente nella Legge fondamentale riferimenti alternativi più accettabili e pertinenti, questa interpretazione porta alla conseguenza di non ammettere affatto che una pandemia, anche acuta, possa essere oggetto di una disciplina straordinaria, anche se a tempo limitato, o in alternativa a quella di affermare che tale attività normativa debba essere priva di una copertura costituzionale, anche se minima. Astraendo un momento dal caso ungherese, per entrare in una questione più generale, questo indurrebbe a chiedersi se sia preferibile che un ordinamento costituzionale liberaldemocratico contempli stati di emergenza, al fine di poterli 'governare', in concreto, in un modo che sia raffrontabile con l'ispirazione della costituzione, o sia meglio che essi non esistano affatto per non invogliare i governanti a cercare scuse per avvalersene, con il rischio però che essi trovino nella necessità, o in argomenti analoghi, la giustificazione per autoattribuirsi poteri non regolati e non giustificati a un livello superiore.

Per l'ulteriore attuazione dello stato di pericolo, l'art. 53 dispone l'adozione di una legge cardinale – una delle tantissime di cui è costellata Legge fondamentale – come disciplina generale di tutti i singoli provvedimenti puntuali, i quali a loro volta consistono in decreti governativi. Poiché molte controversie sull'argomento si sono scatenate da anni, e si sono rinnovate in occasione della recente crisi epidemica, si vuole in primo luogo richiamare la legge cardinale ungherese in quanto fonte del diritto¹⁷, per poi menzionare in concreto quelle che si è ritenuto

¹⁵ V.Z. Kazai, *La nature autoritaire du régime d'Orbán confirmée par sa réponse à la pandémie*, blog:juspoliticum.com.

¹⁶ Peraltro lo stesso B. Szabolcs Gerencsér, *Special Legal Orders*, cit., 310, nell'ambito di un lungo elenco esemplificativo, aveva citato «mass disease» come possibile causa dell'introduzione formale di un tale stato.

¹⁷ Ampiamente analizzata da M. Mazza, *The Hungarian Fundamental Law, the New Cardinal Laws and European Concerns*, in *Acta Iuridica Hungarica*, 54, No. 2 (2013), 140-ss.

1970

opportuno usare o adottare nel caso di specie. In sé, questo tipo di fonte normativa non ha nulla di controverso e si presenta simile, per diversi aspetti, alla categoria delle leggi organiche presenti in paesi come Francia o Spagna. Fin dal momento della transizione democratica, le leggi cardinali ungheresi, previste per la disciplina integrativa di organi costituzionali o per questioni relative a diritti fondamentali, erano espressione di, o comunque puntavano, ad una visione consensuale della politica, il cui rovescio della medaglia era la scarsa fiducia reciproca tra un blocco di partiti molto giovani, privi di esperienza e poco radicati da un lato, e gli eredi di un partito che invece aveva governato il paese per decenni in condizioni non democratiche dall'altro. Affiancate a un sistema elettorale quasi maggioritario, queste leggi ne costituivano quasi un naturale contraltare, perché il quorum per la loro approvazione – due terzi dei presenti votanti, anziché dei deputati come per la revisione costituzionale – si presumeva dovesse comunque implicare la formazione di un più vasto consenso¹⁸, superiore a quello che sarebbe stato sufficiente a sorreggere un governo. Ma il loro significato, come quello di altri istituti, è radicalmente mutato dopo che una singola forza politica, Fidesz del premier Viktor Orbán, è giunta di fatto a possedere da sola la maggioranza qualificata¹⁹. Quello che era stato simbolo di partecipazione e coinvolgimento, dal 2010 si è tramutato in uno strumento di predominio ed esclusione, una fortezza in cui il partito dominante si è asserragliato allo scopo di costruirsi una posizione non contendibile, una sorta di assicurazione contro i rischi derivanti dalla possibilità in futuro di perdere la maggioranza²⁰. Al tempo stesso, però, onestà intellettuale impone di riconoscere che le leggi cardinali non sono una novità introdotta dalla Legge fondamentale del 2011, bensì un altro istituto che è stato mantenuto in vita nelle sue forme preesistenti piegandolo però a una strumentalizzazione come è tipico dell'*abusive constitutionalism*, che però qui non ha neanche dovuto ricorrere a modelli stranieri falsamente imitati per trarre in inganno una parte di elettori e i partner europei²¹.

Quanto ai decreti governativi previsti dall'art. 53 della Legge fondamentale, essi hanno due caratteristiche fondamentali, contrastanti con le fonti ordinarie previste in generale dall'ordinamento magiaro: la provvisorietà (terzo comma), che

¹⁸ Così anche nell'interpretazione allora datane dalla Corte costituzionale (sent. 5/1990).

¹⁹ Z. Pozsár-Szentmiklósy, *Supermajority in Parliamentary Systems – A Concept of Substantive Legislative Supermajority: Lessons From Hungary*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58 No. 3 (2017), 287.

²⁰ Alludono a questo M. Bánkuti, G. Halmai, K. L. Scheppele, *From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in G.A. Tóth (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, 2012, 238, quando affermano che «[i]n fact, the primary constraints on power in the new constitution are those imposed on future governments that might want to disagree with the current one. They are not constraints on what the current government can do».

²¹ Usando la tecnica di incrociare istituti stranieri su un humus nazionale che dà luogo a quegli ibridi che sono andati sotto l'efficace espressione di *Frankenstate* (K.L. Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate. Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, 26, 2013, 559; Id., *Not Your Father's Authoritarianism: the Creation of the "Frankenstate"*, in *APSA. Newsletter of the European Politics and Society Section of the American Political Science Association*, Winter 2013, 5).

ne limita l'efficacia a quindici giorni salvo che il governo stesso sia abilitato dal Parlamento a prorogarli (ma ancora, questa eventuale estensione non è soggetta a sua volta a limiti temporali); e la forza di legge (secondo comma), riscontrabile a partire dal fatto che essi possono «sospendere l'applicazione di alcune leggi» come «derogare a disposizioni normative in vigore» (si deve presumere anche a carattere legislativo). In linea di principio, pare quindi che tali decreti debbano possedere una forza di legge in qualche misura attenuata, dal momento che potrebbero solo stabilire eccezioni o sospensioni provvisorie delle leggi in vigore, e non sarebbero quindi abilitati a modificarne il contenuto in modo permanente, innovando l'ordinamento. Fintantoché esista un Parlamento democraticamente legittimato, che possa esercitare un controllo su tali atti, il comparatista sa che non vi sono eccessivi addebiti da muovere a un tale regime normativo. Semmai, ciò che si può rimproverare, non tanto ai titolari del potere attualmente in Ungheria, quanto allo stesso testo costituzionale, è di non aver previsto una drastica delimitazione per materia, o per oggetto, a carico dei decreti in discussione, in modo da impedire che l'autorità politica approfitti di una situazione di emergenza – anche oggettiva e innegabile, oltreché non voluta – per introdurre misure che vanno molto al di là dello scopo. Né la Legge fondamentale né la legge cardinale da essa prevista hanno stabilito quei limiti per materia o per oggetto che sarebbero doverosi in un ordinamento ispirato agli ideali del costituzionalismo. E poiché il governo ha adottato, nel corso delle settimane, diverse decine di decreti al riguardo, alcuni dei quali hanno provocato allarme internazionale anche giustificato per l'esuberanza del loro oggetto²², una volta di più si vuole qui sostenere che il vero problema non è quello di muovere addebiti al governo in carica per aver privato il Parlamento dei suoi poteri, ma semmai alla Legge fondamentale di aver autorizzato un simile sviluppo (ammesso ancora che sia possibile distinguere, in Ungheria, i ruoli del governo e delle forze costituenti).

Lo stato di pericolo estremo, dunque, può essere revocato dal solo governo. Ed è quest'ultimo a stabilire quando non sussistano più le condizioni per il suo mantenimento, con valutazione non soggetta ad apprezzamento di altri soggetti né a scadenze temporali quand'anche rinnovabili. Anche ad immaginare una sostanziale alterità di indirizzo politico tra legislativo ed esecutivo, il che è in genere evento raramente riscontrabile nelle forme di governo parlamentari contemporanee – e lo è a maggior ragione in una situazione come quella ungherese – il ruolo del Parlamento in questa situazione può essere, nel migliore dei casi, quello di un comprimario, per non dire un petente, che rivolge istanze al vero decisore. È dunque la costituzione, o meglio Legge fondamentale, ad aver stabilito in generale l'indeterminatezza nel tempo dei 'pieni poteri' conferibili all'esecutivo (come risulta confermato dal fatto che anche in materia di immigrazione persiste uno stato di eccezione dal 2015, nonostante il fenomeno in parola sia stato in gran parte ridimensionato), e questo si ritiene possa essere uno spunto per più ampie

²² Sull'insieme dei provvedimenti delle ultime settimane si vedano G. Halmai e K.L. Scheppele, *Don't Be Fooled by Autocrats!*, in *Verfassungsblog.de*, 22 Apr 2020; con replica polemica di D. Karsai, *Let's not fool ourselves, either!*, sullo stesso Blog, 27 Apr 2020.

considerazioni, ai fini comparativi, di quelle che si possono fare in queste righe, sia rispetto ai vari ordinamenti sia rispetto a diversificate ipotesi di emergenza in un singolo sistema statale.

2.2 Gli strumenti normativi per l'attuazione in concreto dell'emergenza

La legge cardinale che in un primo momento era stata ritenuta pertinente per il caso della pandemia è la legge CXXVIII del 2011 sulla protezione dalle catastrofi, ove si trova un riferimento esplicito alle epidemie virali. Su queste premesse il governo ha dichiarato lo stato di pericolo estremo, con il decreto 40/2020 dell'11 marzo. Ma alcuni decreti settoriali d'urgenza, adottati in forza di questo provvedimento, hanno fatto in modo che si rendesse necessario un nuovo fondamento per il potere normativo emergenziale. Il 30 marzo 2020 il Parlamento ha approvato, e il presidente della Repubblica immediatamente promulgato, un'altra legge (in gran parte) cardinale *ad hoc*, la legge XII del 30 marzo 2020 sulla protezione dal coronavirus²³ (*A koronavírus elleni védekezésről*, legge che si autoqualifica cardinale, per numerose disposizioni, ai sensi del suo stesso art. 9).

Innanzitutto occorre dire qualcosa sulle innovazioni penalistiche della legge. Essa prevede due nuove fattispecie criminose, destinate a durare anche al di là della cessazione dello stato di pericolo. La prima è quella che, istituendo l'art. 322 A del codice penale, punisce con un numero variabile da uno a otto anni di reclusione, a seconda di varie circostanze, l'ostacolo o l'impedimento di misure per l'isolamento epidemiologico o la quarantena di persone che potrebbero diffondere malattie infettive, o l'ostacolo all'implementazione di misure fitosanitarie e veterinarie per bloccare la diffusione delle stesse patologie. Ma è la seconda misura che provoca maggiore allarme. Essa, modificando l'art. 337 del codice penale, sanziona con pene detentive da uno a cinque anni chiunque, «di fronte a un grande pubblico», diffonda notizie false o verità distorte in merito a una emergenza, in modo suscettibile di creare un grave allarme, o tenga comportamenti tali da impedire od ostacolare l'efficace protezione generale contro tali stati di emergenza. Va considerata intanto la formulazione ampia e piuttosto vaga di questi reati, tale da consegnare molta discrezionalità soprattutto alla pubblica accusa, già nota in Ungheria per i suoi legami oltremodo stretti con l'attuale esecutivo. C'è poi da temere che quest'ultima modifica dia la stura alla definitiva intimidazione di ciò che resta di un sistema di informazione indipendente, dato che persino parte di quello privato, in Ungheria, è stato reso molto 'collaborativo' grazie a concentrazioni oligarchiche e alla regolazione del mercato pubblicitario.

Si passa poi ad esaminare gli aspetti organizzativi della legge. In primo luogo essa – art. 3, terzo comma – ratifica i decreti adottati a seguito della proclamazione dello stato di pericolo e prima dell'entrata in vigore della legge stessa; con il primo comma, autorizza poi il governo a estendere l'applicazione dei decreti per tutta la durata dello stato di pericolo, ciò che in effetti – per quelli già adottati – non pare vietato dalla Legge fondamentale, la quale al comma 3 dell'articolo 53 stabilisce la

²³Qui nella traduzione in italiano di Cristiano Preiner.

durata quindicinale dei decreti deliberati dal governo ma non fissa limiti temporali espliciti alla proroga concessa dal Parlamento; ma pone dubbi per quanto attiene agli atti adottati in futuro. La legge riserva però al Parlamento – secondo comma art. 3 – la facoltà di revocare l'autorizzazione prevista al primo comma, prima che lo stato di emergenza sia a sua volta revocato. A tal proposito, vi sarebbe da chiedersi che senso possa avere uno stato di emergenza a tempo indefinito entro il quale l'esecutivo sia abilitato a prendere misure straordinarie le quali possono esser lasciate decadere dal legislativo senza che quest'ultimo abbia però il potere di sospendere o porre fine allo stato di emergenza stesso. Da questo punto di vista potrebbe esservi una contraddizione nel testo della LF, che la legge cardinale prova a risolvere con un discutibile accorgimento pratico. La circostanza, mai da nessuno smentita, per cui compete al solo governo l'ultima parola in merito alla revoca di questo stato di eccezione che da esso è stato introdotto, e senza limiti temporali, circoscrive il peso e il significato di una disputa legale che si è trasformata in una prolungata *querelle*²⁴, andandosi anche ad appuntare sul fatto che l'articolo 3 della qui citata legge XII del 2020 è privo, per volontà della stessa legge (art. 9), dello status di legge cardinale, e dunque sarebbe modificabile a maggioranza relativa dal Parlamento, consentendo quindi all'assemblea legislativa di negare con (presunta) maggiore facilità la proroga dell'efficacia dei decreti governativi di emergenza, mentre il precedente art. 2, che integra l'art. 53, secondo comma, della Legge fondamentale come norma attributiva generale della competenza ad emanare decreti, possiede quello status, e dunque può essere abrogato solo da due terzi dei deputati votanti, consentendo all'esecutivo di ripristinare a piacimento norme che (sempre in astratta e improbabile ipotesi) siano state lasciate decadere dal legislativo.

Per quanto riguarda i rapporti con il Parlamento, la legge XII si limita genericamente a statuire – art. 4 – un obbligo di informazione 'regolare' da parte del governo, da riferirsi alla sua sede plenaria, come *a contrario* si ricava dal fatto che, in assenza di sedute parlamentari, i soggetti da informare obbligatoriamente sarebbero il solo speaker e i presidenti dei gruppi parlamentari. Da questo punto di vista, la norma pare neutra, nel senso che non determina di per sé la sospensione di alcuna attività parlamentare, ma neanche prevede un coinvolgimento continuo o rafforzato dell'assemblea elettiva durante o a causa dello stato di emergenza.

²⁴ Avviatasi con i contributi già citati in nota 22, essa è proseguita con la controreplica di G. Halmay e K.L. Scheppele, *Orbán is Still the Sole Judge of his Own Law*, *Verfassungsblog.de*, 30 Apr 2020, ove ci si dilunga sull'astratta ipotesi che, per esempio, il governo reiteri o riproduca all'infinito, ogni 15 giorni, le disposizioni di un decreto concretamente adottato che consente l'accesso ai dati personali di ogni cittadino ungherese in violazione del regolamento europeo generale per la protezione dei dati (EU GDPR, n. 2016/679), decreto di cui si immagina che il Parlamento potrebbe volere l'abrogazione o la decadenza. La polemica, secondo chi scrive, coglie più nel segno ove critica, per esempio, la presenza di militari in ogni ospedale e in circa 150 aziende ritenute strategiche, una presenza sempre inserita per decreto, e che consente alle forze armate di raccogliere un'enorme mole di dati, non solo dei dirigenti e dipendenti aziendali ma persino dei loro clienti, la cui utilità al fine di contenere la pandemia è quanto meno dubbia; o dove si riferisce alle già citate norme penali – e dalla loro integrazione regolamentare – che sarebbe tale da intimidire anche il personale degli ospedali, i quali mai avrebbero il coraggio di riferire davanti a una telecamera casi particolarmente gravi.

Nelle intenzioni dichiarate del legislatore, l'ipotesi restrittiva dell'informazione quasi confidenziale dovrebbe essere limitata ai periodi fuori sessione, o a una situazione in cui la diffusione del virus fosse così grave da determinare un impedimento duraturo di un numero elevatissimo di parlamentari; ma non si può essere certi che non siano tentate operazioni opache tramite i decreti di attuazione, a cui è lasciato eccessivo spazio, senza tenere conto di autolimitazioni compiacenti da parte del Parlamento stesso, che sono già in atto. Analoghe considerazioni possono essere riferite alla Corte costituzionale, di cui l'art. 5 cerca di assicurare la massima operatività possibile, anche prevedendo strumenti di comunicazione elettronici da remoto e deroghe procedurali che vengono comunque rimesse all'autonomia regolamentare del suo presidente (ma non del collegio). Ovviamente questa constatazione di tipo normativo prescinde da ogni valutazione in merito al ruolo della Corte costituzionale ungherese in seguito alle trasformazioni che hanno avuto luogo da un decennio a questa parte.

Si osserva poi che l'art. 6 dispone in materia elettorale, stabilendo la sospensione e il rinvio a dopo la cessazione dello stato di pericolo di tutti i procedimenti elettorali e referendari già in atto, ma anche di quelli non ancora indetti (le elezioni politiche a scadenza naturale dovrebbero svolgersi nella primavera del 2022), mentre l'art. 8 stabilisce che la decisione in merito all'eventuale abrogazione della legge potrà esser presa a seguito della cessazione della situazione straordinaria. Ma è il governo a decidere su quest'ultimo aspetto. Stando al tenore letterale della legge, quindi, ben due questioni importanti, concernenti i diritti politici fondamentali dei cittadini e la possibilità per il Parlamento di legiferare, sia pure su un aspetto specifico, sono vincolate e subordinate a una decisione governativa, che per volontà della Costituzione non ha limiti di tempo. Non è poi possibile sottrarsi all'impressione che, se il Parlamento dovesse decidere di abrogare la legge prima che l'esecutivo abbia constatato la cessazione dell'allarme – ipotesi comunque alquanto astratta – esso potrebbe compiere un atto che è quanto meno irrilevante dal punto di vista costituzionale, in quanto il già citato art. 54 LF attribuisce all'esecutivo il potere di revocare lo stato di pericolo estremo, e addirittura illecito nella prospettiva del legislatore 'cardinale' (al più, in questa astratta e irrealistica ipotesi, il Parlamento si assumerebbe la responsabilità di rimuovere l'attuazione legislativa di una norma costituzionale).

A questo punto occorre chiedersi: il governo ungherese, e il premier Viktor Orbán, puntano veramente a spogliare il Parlamento di ogni residuo potere legislativo o di controllo, e a tempo indefinito? Possono essere interessati a usare il pretesto di una pandemia angosciante, che potrebbe cronicizzarsi nel tempo forse anche con effetti contenuti, per sospendere a discrezione, di fatto cancellare, persino gli ultimi resti di una democrazia di facciata, o puramente elettorale?

I fatti ormai storici ci dicono che da un decennio la presa di Orbán e del suo partito sul paese è incontrastata, per lo meno nella misura in cui il fenomeno politico sappia incidere sulla vita degli esseri umani. E questo è avvenuto in un Parlamento in cui Fidesz ha costantemente mantenuto la maggioranza di oltre due

terzi dei seggi, senza che sia pervenuta dall'assemblea alcuna 'sorpresa', alcun intralcio lungo il percorso politico del premier, come mero effetto di quell'alterità di organi di cui si diceva prima, per cui ciascun soggetto ha i suoi compiti e poteri, a prescindere dal colore politico. Questo non è mai avvenuto, e allora bisogna chiedersi perché sarebbe necessario impedire al Parlamento di creare quei 'problemi' che sembra più che mai improbabile esso abbia intenzione o sia in grado di creare. La risposta è in parte arrivata dallo stesso Orbán, in un'intervista radiofonica all'emittente pubblica *Kossuth Rádió* in cui ha dichiarato che in effetti non c'è nulla di concreto che egli possa fare grazie al peculiare stato di emergenza che è quello di pericolo estremo, e che non avrebbe potuto fare diversamente, solo che quello stato gli consente di fare le stesse cose più rapidamente (e forse persino su questo ci sarebbe da obiettare). Anche per quanto riguarda il processo elettorale, non sembra che ci possa essere un reale, immediato interesse a sopprimerlo e soffocarlo *tout court*. A dispetto delle recenti elezioni amministrative, che hanno fatto discutere per il successo delle opposizioni democratiche a Budapest e in altre città, tutto lascia l'impressione che Fidesz mantenga a livello nazionale una salda maggioranza attuale e potenziale. Se anche si vuole parlare di democrazia pur di mera apparenza o 'facciata' – senza entrare in alcuna disputa in questa sede al riguardo – non si vede perché Fidesz dovrebbe privarsi della soddisfazione di condire con un continuativo, periodico bagno di legittimazione popolare, o magari populista, le sue ambizioni assolute.

Eppure, proprio a questo punto scattano i dubbi su uno stato di emergenza a tempo indeterminato. L'indeterminatezza nel tempo, infatti, è ciò che rende possibile che lo stato possa essere revocato se rimangono in piedi quelle certezze che si celano dietro i (presunti) veri motivi della sua introduzione; mentre è possibile mantenere l'emergenza in vigore se quelle certezze (consenso elettorale, docilità del Parlamento) dovessero venir meno, cercando continui nuovi pretesti che purtroppo non sarà improbabile trovare. E proprio per questo, anche solo a scopo prudenziale, chiunque abbia a cuore le basi del costituzionalismo è giusto che mantenga il più alto livello di diffidenza e di allarme possibile.

3. Elezioni presidenziali forzate in tempo di Coronavirus. In Polonia uno stato di emergenza di fatto e fuori dall'ordine costituzionale

In tempo di pandemia, una delle prime decisioni di quasi tutti gli ordinamenti almeno formalmente democratici è quella di sospendere i procedimenti elettorali o referendari e rinviarli a dopo che l'emergenza sia cessata, o almeno sia tenuta in parte sotto controllo. Questo è il caso persino dell'Ungheria, il cui tasso di democraticità secondo canoni riconosciuti è sempre più messo in discussione ovunque. La Costituzione polacca del 1997 contiene alcuni articoli che disciplinano gli stati di emergenza, sebbene con minore precisione di quella ungherese, e uno di questi – il 232 – contiene i presupposti di fatto e le limitazioni all'esercizio dei relativi poteri. È precisamente di questo strumento che il governo polacco, di Mateusz Morawiecki, non ha inteso usufruire, per le ragioni che saranno spiegate.

Cosa succede se uno Stato, che fa parte dell'Unione europea, deve svolgere elezioni presidenziali regolarmente programmate in una data in cui, verosimilmente, il virus Covid-19 dovrebbe raggiungere il culmine della propria diffusione? La risposta al quesito dipende da quale sia lo Stato in questione. Se si tratta della Polonia del 2020, può essere paradossale. Le esigenze della democrazia liberale e costituzionale possono e devono essere sacrificate sull'altare di una democrazia puramente nominale e formale, che a questo punto rischia di diventare fittizia persino sugli ultimi due aspetti. Ma questa democrazia nominale non può scomparire perché serve a rinnovare la legittimazione di un partito e di un governo che hanno beneficiato di anni di crescita economica ininterrotta facendo spesa pubblica oltre le proprie possibilità, e che ora temono, per i prossimi mesi, la distruzione dell'economia nazionale con fallimenti a catena di imprese, licenziamenti di massa e una crisi conseguente delle finanze statali. Non potendosi negare il nucleo minimo formale di legittimazione elettorale al potere, è indispensabile quindi svolgere le elezioni subito ad ogni costo. Ogni mese che passa, infatti, potrebbe mettere in evidenza l'impreparazione del governo all'emergenza sia sul piano economico che su quello sanitario, esponendo anche il presidente in carica a un rischio sul piano elettorale. A questo si aggiunge il vantaggio indebito per l'*incumbent*, il quale, essendo il presidente in carica è l'unico che possa svolgere campagna elettorale con il pretesto di concordare provvedimenti e coordinare le attività del governo, mostrarsi sui luoghi più colpiti dalla pandemia, mentre i rappresentanti delle opposizioni si vedono gravemente penalizzati sotto questo aspetto. Il paradosso è dunque che, nella situazione attuale, sono stati i candidati delle opposizioni a invocare il rinvio delle elezioni presidenziali già indette per il 10 maggio, e a rivolgersi al governo perché introduca lo stato di calamità naturale, senza il quale le elezioni non possono essere rinviata; uno stato che, secondo l'art. 232 della Costituzione, può durare fino a trenta giorni ma è prorogabile previa autorizzazione del *Sejm*, e impone di sospendere ogni tipo di votazione pubblica fino a 90 giorni dalla sua cessazione ('combinato disposto' con l'art. 228, settimo comma), mentre la legge di attuazione dello stato di calamità naturale, che consentirebbe di far fronte all'emergenza nel modo più corretto risale al 2002. Per contro è il partito di governo (PiS, "Diritto e giustizia") a voler procedere con le elezioni (a margine di tutto ciò: tutti sanno dai sondaggi che le opposizioni, nella situazione di emergenza attuale, hanno buone probabilità di perdere, e il presidente in carica, Andrzej Duda, di essere confermato).

Fin quando le dimensioni dell'epidemia potevano sembrare in Polonia (almeno a qualcuno) trascurabili, l'orientamento dominante era quello di far svolgere le elezioni come se nulla fosse accaduto. Per orientamento si intende quello personale di Jarosław Kaczyński, il leader del PiS e il vero capo politico nazionale benché non ricopra alcuna carica statale all'infuori di quella di deputato, ma senza la cui volontà nessuna sostanziale decisione politica può essere presa. Quando ciascuno ha dovuto prendere atto che l'aggravamento del contagio era inevitabile, si è affacciata improvvisamente l'idea delle elezioni per corrispondenza,

dal momento che la sospensione del relativo processo era improponibile per le ragioni politiche già dette.

3.1 *L'avventura del voto integrale per corrispondenza*

In una prima legge del 31 marzo per fronteggiare il versante economico dell'emergenza, era stato inserito il voto per corrispondenza limitato ai soggetti posti in quarantena obbligatoria e agli ultrasessantenni in quanto individuati – già con qualche arbitrarietà almeno per quanto riguarda il criterio anagrafico – come categorie a rischio. Le rimostranze sempre più diffuse nel mondo politico, in quello accademico, negli opinion-makers, rispetto all'indifferenza per i rischi imposti al resto della popolazione, hanno indotto molto rapidamente il PiS a tornare sui suoi passi e a generalizzare in forma obbligatoria il voto per corrispondenza, una facoltà cui lo stesso partito era sempre stato ostile, e che esso aveva rimosso dalla legislazione elettorale appena due anni prima, con l'argomento tra l'altro che questa modalità di espressione del voto diminuiva le garanzie sul piano della segretezza e della fedeltà dello scrutinio.

Una prima votazione persa a metà giornata del 6 aprile 2020 al *Sejm* (228 voti a favore, altrettanti contrari e 3 astenuti) non ha tuttavia fatto perdere d'animo il partito, com'è tipicamente nel suo stile. In serata è stata presentata una nuova proposta di legge, in gran parte riproduttiva di quella precedente ma formalmente diversa. Discussa e messa ai voti in tempi rapidissimi, nonostante modifiche regolamentari di eccezione²⁵ che distribuiscono i deputati in varie sale oltre a quella plenaria, e rallentano i tempi dello scrutinio elettronico, la proposta è stata approvata nella notte con 230 voti contro 225. Questa volta "Diritto e giustizia" è riuscito a far rientrare in parte il dissenso della piccola formazione "*Porozumienie*", guidata dall'ex ministro Jarosław Gowin, nel gruppo parlamentare che porta l'acronimo del PiS, e ha imposto così un testo che è passato all'esame del Senato²⁶.

Nel merito delle innovazioni sostanziali, esse sono veramente corpose. Benché la legge sia stata alla fine pubblicata senza trovare applicazione – per i motivi che saranno esposti dopo –, si ritiene opportuno descrivere cosa essa ha potuto stabilire. Prima di esaminare gli aspetti relativi alle modalità di espressione del voto, si spende qualche parola sull'apparato di coloro che sarebbero stati preposti allo scrutinio. Le tradizionali sezioni elettorali, o commissioni elettorali

²⁵ Si tratta della sezione IIIA del regolamento della Dieta, (art. 198 lettere a-m) approvata il 26 marzo 2020, che consente tra l'altro ai deputati di effettuare votazioni elettroniche da remoto – e limita i tempi di intervento degli oratori – per fronteggiare i tre stati di emergenza previsti dalla Costituzione e lo stato epidemiologico previsto dalla legge 5 dicembre 2008 sulla prevenzione e il contenimento delle infezioni e delle malattie infettive (di cui si dirà in seguito). La sezione III A è però destinata a perdere efficacia il 30 giugno 2020.

²⁶ Per inciso, nell'ambito di costume ormai piuttosto abituale non si è tenuto conto del fatto che: a) l'intera materia elettorale è soggetta in Polonia a un apposito [codice](#), quello attuale risalente al 2011, e questo tipo di strumenti normativi sono sottratti dai [regolamenti parlamentari](#) al procedimento legislativo accelerato che invece è stato applicato alla proposta di legge in questione; b) una risalente giurisprudenza del Tribunale costituzionale, ma anche quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Ekoglasnost c. Bulgaria*, 30386/05), proibisce di approvare modifiche sostanziali della legislazione elettorale almeno sei mesi prima che essa possa trovare applicazione.

di sezione (*obwodowe komisje wyborcze*), nel numero di 27.400 alle ultime elezioni politiche, formate con il coinvolgimento degli enti locali e che in un quarto di secolo hanno dato prova di affidabilità, sarebbero state sostituite da un numero molto più ristretto di sezioni elettorali comunali i cui membri avrebbero dovuto essere indicati dai candidati di riferimento alle stesse elezioni presidenziali secondo un criterio paritario (ma molto e inusuale spazio, al riguardo, veniva lasciato ai regolamenti di attuazione). Per inciso, già nel gennaio 2018, con effetto dal novembre 2019, erano state demolite le basi di un'amministrazione elettorale completamente indipendente, che fin dal 1991 erano state considerate una *best practice* sul piano comparativo. Con effetti dalla fine dello scorso anno, infatti, i nove membri della Commissione elettorale nazionale (*Państwowa Komisja Wyborcza*) non sono più selezionati in ragione di tre ciascuno tra i giudici della Corte suprema, del Tribunale costituzionale e del Supremo tribunale amministrativo, ma devono essere eletti in ragione di uno tra i membri del Tribunale costituzionale, uno del Supremo tribunale amministrativo e sette deputati del *Sejm*. Con un accorgimento molto ricorrente nei nuovi sistemi illiberali, si è usato il pretesto della 'democratizzazione' per politicizzare la composizione di un organo di garanzia assicurando al partito dominante una posizione solida, se non di predominio, entro lo stesso.

La proposta di legge precisava al suo articolo uno di costituire una deroga alla disciplina generale delle elezioni presidenziali, contenuta negli artt. 287-327 del codice elettorale, la quale rimane in vigore. L'art. 3 costituiva il cuore di questa disciplina elettorale speciale. L'«operatore indicato» nella legge 23 novembre 2012, recante «Diritto postale» (*Prawo pocztowe*) – in sostanza la Posta polacca, o *Poczta Polska* – era incaricato (art. 3, primo comma) di tutte le operazioni necessarie a recapitare presso il domicilio di ogni elettore, possibilmente nella casella postale, il «plico elettorale» (*pakiet wyborczy*) necessario per le operazioni di voto, che si sarebbero dovute compiere tra le 6 e le 20 della giornata per cui le elezioni sono indette. Il plico (terzo comma) è costituito da una busta principale, dalla scheda elettorale su cui esprimere il voto, da un foglio recante istruzioni, da un altro foglio con dichiarazione precompilata attestante che l'elettore ha votato in modo personale e segreto, dichiarazione che però l'elettore deve completare aggiungendo la propria sottoscrizione, i dati anagrafici e il codice PESEL (all'incirca è l'equivalente del codice fiscale italiano), e infine deve contenere due buste da restituire. Una volta espresso il voto, l'elettore avrebbe dovuto inserire la scheda in una busta più piccola, che avrebbe dovuto sigillare, e avrebbe dovuto inserire poi quest'ultima, insieme alla dichiarazione compilata e firmata, nella busta più grande. L'elettore (art. 5) avrebbe dovuto poi di persona – «o con l'intermediazione di un'altra persona», non meglio precisata – recapitare quest'ultima busta presso una «cassetta postale» appositamente predisposta dalla Posta in ciascuno dei 2477 comuni di cui è composto il paese²⁷. I membri di ciascuna commissione elettorale comunale avrebbero dovuto (art. 5, commi 4 e 5)

²⁷ Senza considerare le dimensioni di ogni comune, almeno stando alla legge: solo Varsavia, per 1.700.000 abitanti, avrà una cassetta per ogni quartiere di cui è composta.

aprire la busta principale, inserire in un'urna le buste più piccole, ancora chiuse, contenenti la scheda elettorale, dopo aver accertato che fosse presente la dichiarazione validamente sottoscritta, che doveva essere archiviata a parte.

Le commissioni elettorali di sezione, già formate per legge, sarebbero state sciolte di diritto. La composizione delle commissioni elettorali comunali 'straordinarie' era definita dall'art. 10 della proposta di legge. Al fine di dare riguardo al peso demografico dei singoli comuni, è stato previsto un criterio di proporzionalità regressiva, da un minimo di tre a un massimo di 45 componenti per ciascuna commissione comunale, con possibilità di ricorrere al sorteggio ove il numero dei candidati sia superiore a quello dei componenti. Le attività necessarie alla formazione di queste commissioni sarebbero state affidate a commissari a ciò delegati dal 'voivoda', che nell'ordinamento polacco rappresenta il governo centrale all'interno di ciascuno dei sedici voivodati (*województwa*), con poteri sostanzialmente prefettizi. In definitiva il processo elettorale è stato sottratto nei suoi aspetti principali alla Commissione elettorale nazionale e affidato all'esecutivo. Sarebbe spettato ai commissari definire le sedi di ogni commissione elettorale comunale (art. 12). Ma le autorità municipali avrebbero avuto l'obbligo di mettere a disposizione le sedi necessarie. Inoltre avrebbero dovuto predisporre e mettere a disposizione di tutti i membri di ciascuna commissione elettorale, in quantità sufficiente, (art. 12, comma 5) i «mezzi di protezione personale necessari a fronteggiare l'epidemia Covid-19». Questa norma rileva se si considera che moltissimi sindaci, non solo quelli legati alle opposizioni (prevalenti soprattutto nelle principali città), avevano espresso ostilità all'organizzazione della stessa consultazione, temendo per i rischi sanitari, subendo anche pressioni e minacce da parte di esponenti del partito dominante. Sono state previste sanzioni penali fino a tre anni di detenzione (art. 18) per chi si impossessi della scheda elettorale o della dichiarazione altrui o le presenti alterate o contraffatte nella casella postale, mentre è stato soggetto a sanzione pecuniaria chi apra senza averne diritto il plico elettorale o le buste elettorali di ritorno.

Molti dubbi sono stati espressi con riferimento alla reale libertà e segretezza del voto, dal momento che la legge lasciava spazi per abusi soprattutto domestici, quanto meno teorici, senza contare numerose difficoltà frapposte agli elettori residenti all'estero. Sono state poi create le basi per contestazioni legali dei risultati, la cui validità è in Polonia dichiarata dalla Corte suprema (art. 129 Cost.), ma proprio questa è nell'occhio del ciclone per le modifiche alla sua composizione: ad accertare la validità delle elezioni dovrebbero essere i giudici della sezione di controllo straordinario e degli affari pubblici, di nuova istituzione e interamente composta di giudici selezionati – sia pur indirettamente – dal PiS.

Infine, un'altra norma di rilievo (art. 20, secondo comma) è quella che prevede la possibilità, qualora sia stato dichiarato sul territorio nazionale lo stato di epidemia, di rinviare ad altra data lo svolgimento delle elezioni presidenziali già indette con precedente decreto, a condizione che tale data rientri nei termini previsti dalla Costituzione.

Ora, poiché la Costituzione, all'art. 128, stabilisce che le elezioni

presidenziali devono essere indette per una data non anteriore a 100 e non successiva a 75 giorni prima della scadenza del mandato del presidente in carica, e poiché in concreto tale scadenza avverrà il prossimo 6 agosto, ne consegue che vi sarebbero stati i tempi costituzionali per svolgere le elezioni anche il 17 maggio, anziché il 10 maggio, data già scelta fin dallo scorso febbraio, con l'avvio conseguente di tutti i relativi procedimenti ormai molto avanzati. A parte il fatto che si è citato pretestuosamente un rispetto formalistico per la Costituzione, nel momento in cui implicitamente si prevede di farne un uso quanto meno arbitrario – col rinvio *in extremis* di un termine già formalizzato –, fornendo in tal modo un esempio fulgido del c.d. *illiberal constitutionalism*, vi è da chiedersi il perché di una tale previsione.

Essa era dovuta ad altre implicazioni, giuridiche e al tempo stesso politiche. Tutte le iniziative di legge, approvate dalla camera 'bassa', devono essere trasmesse al Senato, che può esaminarle, per modificarle, respingerle o rinviarle invariate al *Sejm*, entro il termine di trenta giorni dalla data in cui l'iniziativa gli è pervenuta. Nelle ultime elezioni politiche, dell'ottobre 2019, il cartello informale delle opposizioni democratiche, centriste e di sinistra, è riuscito a conquistare al Senato una risicata maggioranza (51 contro 49, tenendo conto di alcuni indipendenti in entrambi gli schieramenti). Anche se una sua riezione può essere superata a maggioranza dei voti dal *Sejm*, era stato messo già in conto che il Senato avrebbe usato tutto il tempo a sua disposizione per 'riflettere'. Ciò è avvenuto, con il voto contrario del Senato il 5 maggio. Ma ragioni politiche qui non meritevoli di lunga menzione – la riappacificazione del citato Gowin con Kaczyński – hanno portato comunque la Camera bassa a riapprovare la legge il giorno successivo e lasciarla promulgare. Intanto, nella disattenzione generale, il 17 aprile è entrata in vigore una norma che paralizza, anche se a tempo determinato, le attività della Commissione elettorale nazionale²⁸ impedendole, qualora non fosse entrata in vigore a sua volta la legge sulle elezioni per corrispondenza, anche di svolgere alcune attività preparatorie per procedere con le elezioni secondo il metodo ordinario il 10 maggio. Si tratta dell'articolo 102 di una legge omnibus sulle misure per ammorbidire le conseguenze economiche del Covid-19, il c.d. secondo 'scudo-anticrisi'.

3.2 Il fallimento delle elezioni per corrispondenza e le mancate (per ora) elezioni presidenziali

Ma le elezioni il 10 maggio non si sono comunque potute svolgere, per insormontabili difficoltà tecniche (nonostante l'immediata emanazione dei regolamenti non c'è stato il tempo materiale per la formazione delle commissioni elettorali) e con un danno erariale dovuto alla stampa di trenta milioni di schede

²⁸ Un'ennesima dimostrazione di come la macchina delle innovazioni illiberali, in Polonia come altrove, opera in continuazione e non conosce rallentamenti neppure durante la diffusione di un virus pandemico, che anzi si confermano occasione per piccoli salti di qualità, per quanto quasi impercettibili agli osservatori esterni, non avendo connotati violenti e ammantandosi della legalità formale e della 'democrazia' intesa come prevalenza pura della maggioranza

rimaste inutilizzate. Sono ora in discussione le responsabilità penali e penali-costituzionali sia per il mancato svolgimento, in assoluto, delle elezioni, sia per le attività preparatorie poste in essere, e quasi portate a termine, in totale assenza di un'autorizzazione legislativa²⁹. La Commissione elettorale nazionale, constatata «l'impossibilità di votare per dei candidati» - ma ricordato anche di essere stata impossibilitata a svolgere il proprio ruolo istituzionale -, ha stabilito di applicare per analogia una norma del codice elettorale che comporta che elezioni siano di nuovo indette, e il processo elettorale ricominci, nell'ipotesi del tutto improbabile che non si siano presentati candidati, togliendo così d'imbarazzo la Corte suprema, che non dovrà pronunciarsi su eventuali ricorsi, dal momento che questi possono solo riguardare solo «l'elezione del Presidente» e non le elezioni presidenziali in generale³⁰.

Su queste premesse, la ritrovata concordia di maggioranza - con la collaborazione di una parte delle opposizioni - ha permesso l'avvio di una nuova proposta di legge per svolgere le elezioni presidenziali del 2020 con una formula 'ibrida', con le sezioni tradizionali come norma e la possibilità alternativa di esprimere il voto per corrispondenza come eccezione per chiunque ne faccia richiesta alle autorità competenti entro dodici giorni dalla data del voto. Per l'amministrazione del processo elettorale è ripristinato il ruolo della Commissione elettorale nazionale. Si riconoscono 'diritti acquisiti' dei candidati già presentati, esentandoli dalla raccolta delle firme che sarebbe altrimenti doverosa, ma è consentita la presentazione di nuovi candidati³¹ (ciò che dovrebbe consentire alle opposizioni di sostituire in corsa candidati che hanno logorato le proprie chance per avere invitato gli elettori a boicottare le elezioni di maggio).

In effetti, la legge «sui criteri particolari per le elezioni presidenziali indette per l'anno 2020, inclusa la possibilità di voto per corrispondenza» è stata promulgata il 2 giugno scorso, dopo un iter abbastanza simile a quello della legge precedente, ma con una minore pausa di 'riflessione' da parte del Senato, che questa volta è stato più collaborativo. La possibilità di presentare nuovi candidati, sia pure con pochissimi giorni per la raccolta delle centomila firme necessarie, è quella che ha consentito alla Piattaforma civica-Coalizione civica, il primo gruppo parlamentare di opposizione, di sostituire il proprio candidato 'in corsa', presentando il sindaco di Varsavia Rafał Trzaskowski in luogo della deputata Małgorzata Kidawa-Błońska, che aveva indebolito le proprie chance per aver denunciato i rischi di una consultazione elettorale durante il picco della pandemia, invitando tutti (e i propri stessi) elettori al boicottaggio, pur senza essersi formalmente ritirata dalla contesa (Trzaskowski ha poi raccolto 1.600.000 firme

²⁹ Per tutti questi aspetti si rinvia all'intervista audio rilasciata in inglese dell'Ombudsman Adam Bodnar (A. Bodnar, M. Steinbeis, *Corona Constitutional #22: Hat Kaczyński sich verrechnet?*, in *Verfassungsblog.de*, 8 Mai 2020).

³⁰ Ciò è il frutto di un'interpretazione letterale al limite del formalistico, secondo la quale sarebbero ammissibili solo ricorsi contro l'elezione di un concreto Presidente, non contro la validità del processo elettorale in quanto tale, a prescindere dal risultato, a maggior ragione se esso - per qualunque motivo - non si è concluso affatto.

³¹ A. Kustra-Rogatka, *Between Constitutional Tragedy and Political Farce*, in *Verfassungsblog*, 15 Mai 2020.

in cinque giorni). Nella legge non mancano però aspetti problematici, al di là dell'anomalia generale di una situazione in cui, per la prima volta dal 1989, un turno elettorale non ha neanche potuto svolgersi. Tra questi lo sviluppo dell'epidemia, che dopo un contenimento almeno apparente a maggio, è di nuovo tornato a crescere da inizio di giugno, con diverse centinaia di contagiati accertati al giorno, soprattutto tra i minatori della Slesia e nella capitale oltre che nelle residenze assistite per anziani (e tra lo stesso personale sanitario). Una norma della legge (art. 15, comma 5) consente alla Commissione elettorale nazionale, su proposta del ministro della sanità – prima di un emendamento del Senato, poi accettato dalla Dieta, il potere sarebbe spettato esclusivamente al ministro – di sospendere le elezioni con metodo tradizionale e imporre *erga omnes* il procedimento per corrispondenza nei comuni sul cui territorio si sia verificato un improvviso peggioramento delle condizioni epidemiologico-sanitarie. Si tratta di una discriminazione giustificabile in astratto, ma che in concreto rischia di dar luogo a un'alterazione del procedimento (e del risultato) a fini politici, se si considera che i territori che potrebbero in ipotesi essere interessati da una tale decisione, come Varsavia o la Slesia, sono tra quelli a più forte prevalenza delle opposizioni, e dove il PiS è minoritario. Nel contesto mondiale di un allarme non cessato per la pandemia, le elezioni presidenziali in Polonia, ora di nuovo indette per il 28 giugno, aggiungono un ulteriore motivo di preoccupazione per la credibilità democratica del sistema, prestando l'intera consultazione al rischio di essere impugnata e aggiungere instabilità politica all'ormai certa recessione economica.

1982

L'emergenza sanitaria in corso fa della Polonia un banco di prova dei fondamenti più elementari di una democrazia, le elezioni, proprio in una fase storica in cui la democrazia in senso liberale subisce un ulteriore logoramento che può rivelarsi letale. Svolgere elezioni presidenziali in questo duplice stato di eccezione democratica e sanitaria, dunque, potrebbe fare del paese più una cavia che un laboratorio che possa essere utile per altre esperienze. La mancata dichiarazione di uno degli 'stati straordinari' (*stany nadzwyczajne*) previsti dal cap. XI della Costituzione, quando vi sarebbero tutte le condizioni per proclamarlo, da un lato rende dubbie dal punto di vista costituzionale – ma a questo punto, sarebbe il meno – le aspre misure di contenimento che sono consistite sostanzialmente in una normativa secondaria fondata solo sulla legge del 5 dicembre 2008 sulla prevenzione e il contenimento delle infezioni e delle malattie infettive, ma dall'altro stride con la pretesa di normalità che vuole lo svolgimento di elezioni ad ogni costo, sia pure con nuove modalità. Come si è efficacemente osservato, le restrizioni attualmente in vigore aggirano in grandissima parte la riserva di legge e sono a tempo indeterminato³². D'altra parte, l'insistenza a votare ad ogni costo, coprendo la gravità di un evento anomalo con la finzione di un'artificiale normalità democratica, logora la credibilità stessa del processo elettorale, perché gli accorgimenti che sono innegabilmente indispensabili per ridurre i rischi impongono, lo si voglia o meno, la superfetazione di un diritto elettorale

³² M. Matczak, *Plague president*, in *Verfassungsblog.de*, 5 Mai 2020.

dell'eccezione e della deroga che indebolisce l'affidamento finora riposto in quel diritto come derivato della stabilità, imponendo leggi speciali che scarnificano la codificazione in materia, le quali anni addietro furono uno dei maggiori successi istituzionali del paese.

4. Differenze apparenti, somiglianze reali

In generale, questa vicenda fornisce ulteriori spunti di riflessione su alcuni connotati delle cosiddette 'democrazie illiberali'. Come si cercava di dire in esordio, esse hanno un rapporto del tutto utilitaristico e strumentale anche con il mero momento elettorale, che pure – giustamente – si dice essere solo una parte, e neppure decisiva in tutto, di una democrazia compiuta. Da questo punto di vista, il contrasto tra ciò che avviene attualmente in Polonia con i fatti coevi dell'Ungheria, dove le elezioni sono annullate o sospese di fatto a tempo indeterminato, per volontà del governo e finché esso resterà di questo avviso, è una contraddizione solo apparente³³. In quest'ultimo paese il processo elettorale è appunto sospeso, ma l'arbitrarietà della sua sospensione si rinviene a partire dal fatto che quest'ultima possa essere revocata quando i titolari del potere si sentiranno sicuri di poter riportare un nuovo successo; mentre potrebbe essere mantenuta, con pretesti, qualora dovessero temere mutamenti di orientamento degli elettori. In Polonia l'insistenza sulle elezioni da parte della classe di governo, in questo momento, non fa quanto meno deporre a favore di un genuino sentimento democratico in seno alla stessa. Imposta ora, essa potrebbe rapidamente tramutarsi in qualcosa di ben diverso in un prossimo futuro.

³³ T. Drinóczi, A. Bien-Kacała, *Illiberal Constitutionalism at Work*, cit.