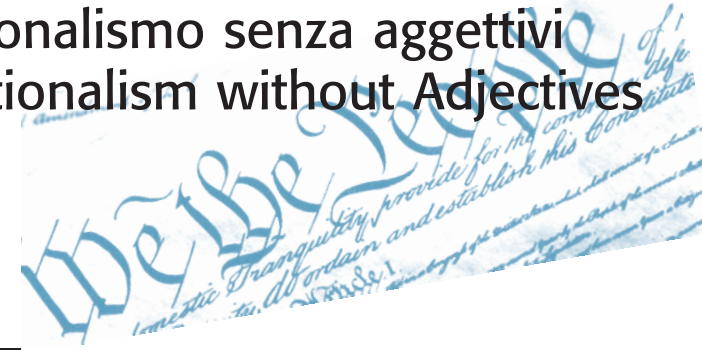


Percorsi costituzionali

# 1-3.2020 Costituzionalismo senza aggettivi Constitutionalism without Adjectives

Percorsi costituzionali

# 1-3.2020 Costituzionalismo senza aggettivi Constitutionalism without Adjectives



Percorsi costituzionali

Tommaso Edoardo Frosini  
Laddove  
il costituzionalismo  
non ha aggettivi

Justin O. Frosini  
Carna Pistan  
Hybrid Regimes  
And Constitutionalism  
With Adjectives

Carna Pistan  
Authoritarian State  
Building Through  
'Democratic'  
Constitutions.  
Lessons From  
Central Asia

Armen Mazmanyanyan  
Facades, Puppets,  
Or Activist Watchdogs?  
Assessing  
Constitutional Courts  
In Central Asian Politics

Kathleen Collins  
Building A Social Base  
Through Islamic Ideas  
And Spiritual Authority:  
The Islamic Renaissance  
Party Of Tajikistan (Irpt),  
1999-2015

Bill Bowring  
Constitutional Reset  
In Central Asia?  
The Eurasian  
Economic Union

Giuseppe Morbidelli  
Il costituzionalismo  
in Luigi Einaudi

Susanna Mancini  
Oltre Vestfalia:  
il costituzionalismo  
alla prova  
della religione  
globalizzata

Francesco Gaspari  
Coronavirus,  
didattica a distanza  
e tutela  
dei dati personali:  
spunti di riflessione

Guglielmo Agolino  
L'organizzazione  
dei lavori  
del Parlamento europeo  
nella pandemia

Otto Hintze  
Il testamento politico  
di Federico il Grande  
del 1752

1-3.2020 Costituzionalismo senza aggettivi - Constitutionalism without Adjectives

fmc

Fondazione Magna Carta

ISSN 1974-1928



Jovene editore

# Percorsi costituzionali

1-3.2020



**Jovene editore**

**Direttore**

Giuseppe de Vergottini

**Condirettore**

Tommaso Edoardo Frosini

**Comitato scientifico**

Luca Antonini, Paolo Armaroli, Mario Bertolissi, Paola Bilancia  
Beniamino Caravita di Toritto, Ginevra Cerrina Feroni, Achille Chiappetti  
Claudio Chiola, Fabio Cintioli, Mario Comba, Giovanni Cordini  
Giuseppe Franco Ferrari, Guido Guidi, Giampaolo Ladu, Vincenzo Lippolis  
Aldo Loiodice, Susanna Mancini, Stefano Mannoni, Manlio Mazziotti di Celso  
Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Roberto Nania, Ida Nicotra, Raffaele Perna  
Giovanni Pitruzzella, Giulio Maria Salerno, Lorenza Violini, Nicolò Zanon

**Comitato scientifico internazionale**

Armin von Bogdandy (Germania), Selin Esen (Turchia)  
Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria)  
Yasuo Hasebe (Giappone), Chris Himsworth (Scozia)  
Peter Leyland (Inghilterra), Otto Pfersmann (Francia)  
Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)  
Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

**Segreteria di Redazione**

Ulrike Haider Quercia

**Amministrazione e pubblicità**

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Condizioni di abbonamento:** € 70,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:**

- a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520 indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore. I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione da parte di un comitato di referee.

Finito di stampare nell'aprile 2021 - PL Print - Napoli.

**ISSN 1974-1928.**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014.**

# INDICE

1-3.2020

## *Costituzionalismo senza aggettivi*

### EDITORIALE

TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>Laddove il costituzionalismo non ha aggettivi</i> .....	p. 3
---	------

### SAGGI

JUSTIN O. FROSINI - CARNA PISTAN, <i>Hybrid Regimes And Constitutionalism With Adjectives</i> .....	» 13
CARNA PISTAN, <i>Authoritarian State Building Through 'Democratic' Constitutions. Lessons From Central Asia</i> .....	» 37
ARMEN MAZMANYAN, <i>Facades, Puppets, Or Activist Watchdogs? Assessing Constitutional Courts In Central Asian Politics</i> .....	» 75
KATHLEEN COLLINS, <i>Building A Social Base Through Islamic Ideas And Spiritual Authority: The Islamic Renaissance Party Of Tajikistan (Irpt), 1999-2015</i> .....	» 95
BILL BOWRING, <i>Constitutional Reset In Central Asia? The Eurasian Economic Union</i> .....	» 127

### OSSERVATORIO

GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>Il costituzionalismo in Luigi Einaudi</i> .....	» 157
SUSANNA MANCINI, <i>Oltre Vestfalia: il costituzionalismo alla prova della religione globalizzata</i> .....	» 179
FRANCESCO GASPARI, <i>Coronavirus, didattica a distanza e tutela dei dati personali: spunti di riflessione</i> .....	» 197
GUGLIELMO AGOLINO, <i>L'organizzazione dei lavori del Parlamento europeo nella pandemia</i> .....	» 221

## PASSATO E PRESENTE

OTTO HINTZE, <i>Il testamento politico di Federico il Grande del 1752</i> (traduzione a cura di Clemente Forte) .....	p. 259
<i>Postfazione</i> di Clemente Forte .....	» 275
<i>Elenco collaboratori</i> .....	» 279

# EDITORIALE



TOMMASO EDOARDO FROSINI

## LADDOVE IL COSTITUZIONALISMO NON HA AGGETTIVI

A prescindere se salutati come fine della guerra fredda o trionfo della democrazia e del liberalismo, il crollo del comunismo nell'Europa centro-orientale e la dissoluzione dell'Unione Sovietica hanno innescato, nei primi anni Novanta, ondate di euforia nell'Occidente. Il rapido rigetto dello Stato socialista a favore della forma statale democratica e di istituzioni economiche di derivazione occidentale ha generato nell'ex blocco sovietico profonde trasformazioni politiche, economiche e sociali, catturando l'interesse sia di scienziati politici che di studiosi di discipline giuridiche, che hanno prontamente orientato l'attenzione verso la nuova ondata di democratizzazione.

Nella prospettiva del diritto pubblico comparato, una delle caratteristiche più distintive della transizione post-socialista può senz'altro individuarsi nella proliferazione di processi costituenti, avendo adottato un paese dopo l'altro una nuova Costituzione. Tale ampia adozione di nuovi testi costituzionali può spiegarsi con il desiderio di accogliere i valori del costituzionalismo – vale a dire, un sistema di governo legalmente limitato che rispetti i diritti e le libertà fondamentali. Nel definire le nuove regole volte a proteggere i rispettivi ordinamenti dal ritorno di un governo arbitrario, le nuove Costituzioni hanno garantito un'ampia gamma di diritti umani e incorporato sezioni dedicate ai principi fondamentali dello Stato democratico (separazione dei poteri, stato di diritto, indipendenza del potere giudiziario, giustizia costituzionale, ecc.). La prospettiva per cui il costituzionalismo avrebbe aiutato il consolidamento democratico ha portato alla rapida trasformazione delle Costituzioni in importanti strumenti della transizione dall'autoritarismo alla democrazia.

Ciò nonostante, le aspettative iniziali che hanno circondano la democratizzazione post-socialista si sono dimostrate ben presto ec-



cessivamente ottimistiche, dissipandosi rapidamente. I percorsi e le caratteristiche del processo di transizione sono variati in modo significativo da paese a paese, e le diverse modalità della transizione hanno portato a risultati finali profondamente diversi. Una democratizzazione di successo ha dimostrato di essere solo uno dei possibili esiti della transizione. Alcuni paesi hanno avviato il processo di democratizzazione, ma non sono riusciti a consolidare la democrazia, mentre in altri paesi vi è stato un riflusso di segno contrario sfociato nell'instaurazione di regimi ibridi o autoritari, che combinano elementi democratici con elementi autoritari. Ciò ha portato gli studiosi ad evidenziare che le transizioni di regime sono raramente sinonimo di consolidamento democratico e, di conseguenza, a concentrare la propria attenzione verso l'emergere di nuovi regimi non-democratici, rinnovando così anche l'interesse per lo studio dell'area post-sovietica, contrassegnata dalla proliferazione di regimi ibridi o regimi autoritari.

Nell'ambito della sfera ex-sovietica, il fallimento del processo di democratizzazione, della realizzazione dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani è particolarmente marcato nei cinque paesi dell'Asia centrale: Kazakistan, Kirghizistan, Uzbekistan, Tagikistan e Turkmenistan. Tuttavia, in relazione alle cinque repubbliche centro-asiatiche, l'individuazione delle ragioni che hanno portato al fallimento della transizione democratica e alla conseguente nascita di regimi non-democratici ha costituito raramente oggetto di indagini scientifiche.

Il presente numero speciale della Rivista *Percorsi Costituzionali* vuole contribuire a colmare tale lacuna. Esso si focalizza, in particolare, sui regimi ibridi o autoritari emersi nell'Asia centrale in seguito alla transizione post-socialista. Attraverso una selezione di temi specifici, quali il ruolo delle Costituzioni, la giustizia costituzionale, il pluralismo politico e l'Unione economica eurasiatica, gli autori esplorano il passato e il presente sviluppo politico e costituzionale dell'Asia centrale, ponendo al centro dell'indagine il tema del complesso rapporto tra costituzionalismo e autoritarismo – un argomento ancora poco trattato nel costituzionalismo comparato. L'obiettivo è di dimostrare le modalità in cui il costituzionalismo, anche se tradizionalmente associato alla costruzione della democrazia e al consolidamento democratico, può essere manipolato ai fini della costruzione di regimi ibridi o autoritari.

Sebbene l'enfasi dello studio verta sul ruolo del costituzionalismo nei contemporanei regimi non-democratici, esso contiene molteplici aspetti che possono essere di interesse per gli studi sulle transizioni democratiche e la politica comparata. Esaminando quello che gli autori chiamano "costituzionalismo illiberale", il presente studio contribuisce, da una parte, ad una migliore comprensione degli eventi che hanno portato al fallimento del processo di costruzione della democrazia e alla conseguente proliferazione di regimi non-democratici nell'Asia centrale e, dall'altra, a chiarire meglio le logiche di funzionamento dei contemporanei regimi non-democratici, per riflettere poi sulle prospettive di una loro possibile futura democratizzazione. Una migliore comprensione dei problemi e degli ostacoli che i paesi possono incontrare nelle transizioni di regime può essere ulteriormente utile nell'elaborazione di strategie di promozione della democrazia in paesi che sembrano ostili alla democratizzazione non solo nella sfera ex-sovietica, ma anche in altre regioni del globo, quali l'Asia e il Medio Oriente. Per tutti questi motivi credo che il presente studio sull'Asia centrale rappresenti un piccolo, ma prezioso contributo alla Rivista *Percorsi costituzionali*.



TOMMASO EDOARDO FROSINI

WHERE CONSTITUTIONALISM  
HAS NO ADJECTIVES

Whether hailed as the end of the Cold War or the triumph of democracy and liberalism, the fall of communism in Central and Eastern Europe and the demise of the Soviet Union in the early 1990s set off waves of euphoria in the West. The rapid rejection of the Soviet system in favour of Western style democracies and economic institutions brought throughout the former Soviet bloc deep political, economic and social changes, with scholars in both political science and legal studies becoming captivated with one concept: the post-Cold War wave of democratization.

Undoubtedly, from a perspective of comparative public law one of the most striking features of the post-Cold War wave can be identified in the upsurge of constitution-making, as one state after another promulgated new Constitutions. This wide adoption of new constitutional documents could be explained by the yearning for constitutionalism – namely, a system of limited government that respects individual rights and freedoms. In defining the rules that will guard against the return of an arbitrary government, these new constitutional documents have promised a wide range of human rights and freedoms and have incorporated sections devoted to the fundamentals of democratic state machinery (separation of powers, rule of law, independence of the judiciary, constitutional justice, etc.). The expectation that constitutionalism will help democracy-building led Constitutions to quickly develop as an important instrument of the transition from authoritarianism to democracy.

Yet, the initial expectations surrounding the post-Cold War democratization have largely proved to be over-optimistic, and quickly dissipated. The patterns and characteristics of democratic transitions have varied significantly, and different modes of transition have resulted in different outcomes. Successful democratiza-

tion has proven to be only one of those possible outcomes. Some countries started democratization but never made it to real democracy, while other countries slipped back into hybrid or authoritarian regimes which combine democratic and authoritarian elements. This led scholars to discover that regime transitions are very rarely synonymous with democratic consolidation, and consequently to focus on the emergence of contemporary non-democratic regimes, thus renewing also interests in studying the post-Soviet Union sphere, where hybrid and authoritarian regimes are thriving.

Among the post-Soviet Union sphere, the failures of the process of democratization, the formation of the law-based state and the establishment of respect for human rights is particularly marked in the five countries of Central Asia: Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Tajikistan, and Turkmenistan. Nonetheless, the reasons of the failure of the democratic transition and the consequent emergence of non-democratic regimes within the region have rarely appeared under the scrutiny of scholars.

The aim of this special issue of *Percorsi Costituzionali* is to contribute to filling this gap. It focuses on hybrid and authoritarian regimes which have emerged in Central Asia following the post-Cold War wave of democratization. Through a selection of specific topics, such as the role of Constitutions, constitutional justice, political pluralism and the Eurasian Economic Union, the authors explore past and present political and constitutional development in the region by positioning at the centre the complex relationship between constitutionalism and authoritarianism – an issue still understudied in comparative constitutionalism. The aim is to show the ways in which constitutionalism, although traditionally associated to democracy-building and democratic consolidation, could be manipulated so as to give rise to authoritarianism.

Although the emphasis of this study is on the role of constitutionalism in contemporary non-democratic regimes, it also contains much that will be of interest for scholars of transitional studies, and comparative politics. By examining the practices of what is called by the authors “illiberal constitutionalism”, it first contributes to a better understanding of events that led to the failure of a democracy-building process and the consequent proliferation of non-democratic regimes in Central Asia, and second, sheds light on the logics of the functioning of contemporary non-democratic regimes

and reflects upon the prospects for their further democratization. A better understanding of problems and obstacles that countries may encounter in regime transitions can be further useful to practitioners in elaborating democracy-promotion strategies in countries that seem hostile to democratization not only in the post-Soviet Union world but also in other regions of the globe, such as Asia and the Middle East. For all of these reasons, I believe that this study represents a small but valuable contribution to *Percorsi costituzionali*.



# SAGGI





JUSTIN O. FROSINI - CARNA PISTAN

## HYBRID REGIMES AND CONSTITUTIONALISM WITH ADJECTIVES\*

SUMMARY: 1. Constitutionalism and democracy. – 2. The third wave of democratization and the proliferation of hybrid regimes. – 3. The role of constitutionalism in non-democratic regimes. – 4. Central Asia as case study for illiberal constitutionalism.

### 1. *Constitutionalism and democracy*

Countries emerging from a recent period of an authoritarian regime typically face a difficult task of building new political systems through large-scale structural reforms. The initial phase of this effort is usually accompanied by a constitution-making process. The goal of the adoption of new Constitutions is to establish new political orders based on democratic and constitutional principles.

Democracy has long being recognized as the only moral and legitimate way through which a society can be administered. It represents the only political regime which ensures political competition, participation, and civil liberties. Constitutionalism, on the contrary, is linked up to the idea of limited government through legal means. It establishes long-term principles, such as the rule of law, separation of powers, and a system of checks and balances. These constitutional principles are difficult to change, thus forming an obstacle to future undemocratic practices.

The two, democracy and constitutionalism, are deeply interwoven: while democracy allows the alteration of power by changing government's majorities, constitutionalism defines the limits within which such majority can exercise political power. For this reason, constitution-making lies at the heart of democracy-building. It represents a rare moment in the history of a country when the nature

---

\* Paragraphs 1 and 3 are written by Carna Pistan; paragraphs 2 and 4 are written by Justin O. Frosini.

of the future state is discussed, and key constitutional principles defined. Moreover, it has the potential of ensuring that the respect for, and the protection of, human rights is enshrined in the new Constitution.

The benefits of the adoption of a new Constitution in democratization processes have been acknowledged by several scholars. It has been thus claimed that a Constitution – intended as a set of legal rules and principles defining the limits of majority decisions – represents a key requirement of institutionalizing democracy. For example, Juan J. Linz and Alfred Stepan (1996, 5-6) indicate constitutionalism as the “basic criterion” of democratic consolidation.

Nonetheless, the role of constitutionalism in democracy building is exceedingly complex and difficult. On the one hand, the constitution-making is a process that requires broad consultations, consensus-building, and compromises among the main political groups so as to provide legitimacy and longevity to the new constitutional act. Very often, it also involves public participation, as every Constitution attempts to represent, first and foremost, the will of the people. Moreover, once the new Constitution has been adopted it still needs day-per-day implementation. On the other hand, democracy building is per definition a long-term journey, which is characterized by uncertainty.

From an ideal perspective, constitutionalism should guide and protect democracy on the road of its consolidation. However, past and recent experiences have shown that this is not always the case. On the contrary, constitutional principles and mechanisms traditionally established to protect democracy can be relatively easily subjected to political manipulations, and when this occurs, constitutionalism has the potential to paradoxically become a useful tool for undermining democracy and building non-democratic regimes. The global trend that Samuel P. Huntington (1991) termed “the third wave of democratization” best illustrates the latter phenomenon.

## 2. *The third wave of democratization and the proliferation of hybrid regimes*

In the last quarter of twentieth century, the third wave of democratization has spread over several areas of the globe. It started in Southern Europe with the fall of right-wing authoritarian

regimes in the mid-1970s, spread to Latin America with the replacement of military dictatorships by elected civilian governments in the late 1970s and early 1980s, and reached East and South Asia with the decline of authoritarian rules by the mid- to late 1980s. It then continued in Central and Eastern Europe with the fall of communism in 1989-1991 and the demise of the Soviet Union in 1991, and rich Sub-Saharan Africa following the decline of one-party regimes in the first half of the 1990s.

This global democratic upheaval has been hailed with a great deal of euphoria by many observers. For example, Freedom House (1999) has labelled the twentieth century as the “democratic century”, while Francis Fukuyama (1989, 3), in referring to the fall of communism in Central and Eastern Europe, spoke about the “end of history”, so as to indicate the final triumph of democracy and liberalism against its ideological rivals.

Yet the initial belief in the rapid democratization of several areas of the globe has proven to be the triumph of hope over reality. Especially in the post-Cold War era the global democratizing trend has showed a strong undemocratic underthrow. Rather than turning authoritarianism into democracy, a growing number of countries have entered in what Thomas Carothers (2002, 5) calls a “political grey zone” – a space where countries are “neither dictatorial nor clearly headed toward democracy”.

Political regimes occupying the grey zone came to be known as hybrid regimes – a term used to define countries that combine democratic and authoritarian elements (Morlino, 2009, 296). The unprecedented growth in their number, particularly since the end of the 1990s, has led political scientists to conceptualize a variety of sub-categories of hybrid regimes by positioning them in a spectrum between full democracy and full authoritarianism.

Early works on hybrid regimes have largely focused on conceptualizing these mixed systems as sub-types of democracy by promoting a variety of labels – a trend that became known as “democracy with adjectives” (Collier and Levitsky, 1997, 430). Some of the most notorious labels include: electoral democracy, Partly Free (Freedom House), pseudo-democracy, semi-democracy, delegative democracy, defective democracy, and illiberal democracy.

Hybrids defined as electoral democracy denote political regimes which stop at the electoral stage of democracy, such as

Latin American countries in the late 1970s. According to Peter Burnell (2011, 3; but see also Diamond and Morlino, 2005):

“Electoral democracy is minimalist; the focus is on elections which give people a chance to determine who shall rule. Liberal democracy in contrast not only embraces elections but also puts a high value on respect for civil liberties and political rights”.

Larry Diamond (1996, 21) further observes that:

“Contemporary minimalist conceptions of democracy – what I term here electoral democracy, as opposed to liberal democracy – commonly acknowledge the need for minimal levels of civil freedoms in order for competition and participation to be meaningful. Typically, however, they do not devote much attention to the basic freedoms involved, nor so they attempt to incorporate them into actual measures of democracy”.

Freedom House regime classification qualifies several Partly Free countries as electoral democracies, but not also as liberal democracies. By contrast, all Free countries are qualified as both electoral and liberal democracies.

Larry Diamond (1996, 25) further developed the category of pseudo-democracies (also termed façade democracies) to describe political regimes that are:

“less than minimally democratic but still distinct from purely authoritarian regimes [...]. [They] have legal opposition parties and perhaps many other constitutional features of electoral democracy but fail to meet one of its crucial requirements: a sufficiently fair arena of contestation to allow the ruling party to be turned out of power”.

Pseudo-democracies may take different forms, among which that of semi-democracy, where:

“the effective power of elected officials is so limited, or political party competition so restricted, or the freedom and fairness of elections so compromised that electoral outcomes, while competitive, still deviate significantly from popular preferences; and/or where civil and political liberties are so limited that some political orientations and interests are unable to organize and express themselves” (Diamond, 1996, 25).

Delegative democracy is a category that has been coined to describe hybrid regimes which emerged following transitions from authoritarian rule in the 1980s in some Latin American countries (e.g. Argentina under Menem, 1989-1999; Peru under Pérez, 1985-1990, and Fujimori, 1990-2000; Venezuela under Chávez, 1998-2013), although it is not confined to this region. According to Guillermo O'Donnell (1994, 55) in a delegative democracy:

“whoever wins election to the presidency is thereby entitled to govern as he or she sees fit, constrained only by the hard facts of existing power relations and by a constitutionally limited term of office [...]. In this majoritarian conception of rule, the president is seen as the “embodiment of the nation”, and courts and legislatures are treated as nuisances to be, at best, tolerated”.

Defective democracy is a more recent concept developed by Wolfgang Merkel (2004, 33), who in defining it uses as a frame of reference the embedded liberal democracy which:

“consists of five partial regimes: a democratic electoral regime, political rights of participation, civil rights, horizontal accountability, and the guarantee that the effective power to govern lies in the hands of democratically elected representatives. If one of the partial regimes of an embedded democracy is damaged in such a way that it changes the entire logic of a constitutional democracy, one can no longer speak of an intact embedded democracy. Depending on which of the partial regimes of an embedded democracy is impaired, we are then dealing with a certain type of defective democracy. From this perspective, defective democracies are democracies in which the partial regimes are no longer mutually embedded, the logic of a constitutional democracy becoming disrupted”.

Finally, illiberal democracy is a concept originally introduced by Fareed Zakaria (1997, 22) who used it to denote a rise of disturbing phenomenon, where:

“Democratically elected regimes, often ones that have been reelected or reaffirmed through referenda, are routinely ignoring constitutional limits on their power and depriving their citizens of basic rights and freedoms [...]. [E]lections are rarely as free and fair as in the West today, but they do reflect the reality of popular participation in politics and support for those elected [...]. In other words,

half of the “democratizing” countries in the world are illiberal democracies”.

Another scholarly trend in conceptualizing hybrid regimes shows an opposite approach, replacing the trend of “democracy with adjectives” with adjectives derived from the root concept of authoritarianism. This has led to the conceptualization of further sub-types of hybrid regimes, including: semi-authoritarianism, electoral authoritarianism, soft authoritarianism, and competitive authoritarianism.

Semi-authoritarianism is a label which describes regimes that:

“contain elements of both democratic and authoritarian systems [...]. [A]lthough these regimes allow for a certain degree of political freedom and openness, they cannot be regarded as democratic. This is because they lack the essential characteristic of a democratic system, namely, the ability to transfer power to a new leadership” (Olcott and Ottaway, 1999).

Electoral authoritarianism is a category in which leaders:

“hold elections and tolerate some pluralism and interparty competition but violate democratic norms so severely and systematically that it makes no sense to call them democracies, however qualified” (Schedler, 2002, 36).

Soft authoritarianism is a term used to define political regimes such as Russia since 2008. It has been defined as:

“political control in which a combination of formal and informal mechanisms ensure the dominance of a ruling group or dominant party, despite the existence of some forms of political competition” (Kesselman, Krieger and Joseph, 2013, 340).

Finally, competitive authoritarian regimes are:

“civilian regimes in which formal democratic institutions exist and are widely viewed as the primary means of gaining power, but in which incumbents’ abuse of the state places them at a significant advantage vis-à-vis their opponents. Such regimes are competitive in that opposition parties use democratic institutions to contest seriously for power, but they are not democratic because the playing field is heavily skewed in favor of incumbents. Competition is thus real but unfair” (Levitsky and Way, 2002, 52).

What derives from these variety of sub-types is that hybrid regimes have been largely understood by scholars as diminished sub-types of either democracy (e.g. Zakaria, 1997; Merkel, 2004) or authoritarianism (e.g. Schedler, 2006). Moreover, the vast majority of these studies is characterized by a democratic bias (Levitsky and Way, 2002, 51), meaning that hybrid regimes have been largely considered as undergoing a prolonged transition to democracy (a sort of never-ending transition), thus implying that they are necessarily moving in a democratic direction.

In 2002, however, Thomas Charoters launched the thesis of “the end of the transition paradigm” by arguing that it is unrealistic to expect that countries in the “grey zone” will necessary democratize. Only a small number of transitional countries have moved from the “grey zone” towards democratic consolidation; in many other cases, such as Africa and the former Soviet Union, hybrid regimes – far from being transitional situations – have remained either stable or have moved in a distinctly authoritarian direction. Steven Levitsky and Lucan A. Way (2002, 51) have further claimed that:

“[i]t may therefore be time to stop thinking of these cases in terms of transitions to democracy and to begin thinking about the specific regimes they actually are”.

The scholarly response to such observations was to view hybrid regimes as a residual category of regimes that fit neither democracy nor authoritarianism (e.g. Bogaards, 2009), or as clear-cut instances of authoritarianism (e.g. Gandhi, 2008).

In recent years, the concept of illiberal democracy, in particular, has enjoyed a spectacular renaissance (Bozóki, 2019). The concept, originally coined by Fareed Zakaria in 1997 (who denoted it negatively), has been recently proclaimed by several authoritarian leaders as a positive notion and an alternative to the supposedly “outmoded” form of liberal democracy. For example, Viktor Orbán has repeatedly announced his intention to build a new form of illiberal democracy in Hungary, although the same idea has been associated also with other political leaders, such as Jarosław Kaczyński in Poland, Vladimir Putin in Russia, and Recep Tayyip Erdoğan in Turkey (Isaac, 2017). The validity of the concept of illiberal democracy as a sub-type of democracy has been, however,



questioned by several scholars who claim that there is no democracy beyond liberal democracy, and that an illiberal regime could therefore not be qualified as democratic (Isaac, 2017; Müller, 2016). For example, Jan-Werner Müller (2016) insists that what many scholars are calling illiberal democracy is better described as a form of populist authoritarianism.

### 3. *The role of constitutionalism in non-democratic regimes*

While political scientists have been engaged in conceptualizing hybrid regimes by adding adjectives to democracy or authoritarianism since the post-Cold War era, in the last couple of decades, comparative constitutional law scholars have started to explore the role of constitutionalism in both hybrid regimes and modern authoritarian regimes. Such studies are primarily based on the premise that liberal constitutionalism is not the only type of existing constitutionalism, but that non-liberal forms also exist (e.g. Walker, 1997, 154).

The need to conceptualize constitutionalism not defined by its liberal elements has led to the proliferation of a variety of labels that – as in the case of classifications of hybrid regimes – mainly rely on the use of various adjectives. This has inaugurated a new trend in comparative constitutional law which can be called as “constitutionalism with adjectives”. Among the various labels aimed at defining alternative forms of constitutionalism, the most famous include: abusive constitutionalism, authoritarian constitutionalism, illiberal constitutionalism, sham Constitutions (or façade Constitutions), sham constitutionalism, pseudo-constitutionalism, and populist constitutionalism.

The common assumption of the vast majority of these studies is that authoritarian leaders across the globe do not rule merely through informal non-legal measures; on the contrary, Constitutions and law have become the key instruments in building, consolidating and legitimizing the authoritarian rule. As the existing literature suggests, the use of constitutional and legal instruments in building authoritarianism gives to such regimes an overtone of democracy, while simultaneously helping the survival of authoritarianism. In other words, Constitutions and law matter even in non-democratic regimes, as we can derive several lessons from them (Ginsburg and Simpsen, 2014, 1).

In exploring the role of constitutionalism in non-democratic regimes, David Landau (2013, 189) developed the concept of “abusive constitutionalism” which is identified as an increasingly important phenomenon defined as:

“the use of the mechanisms of constitutional change – constitutional amendment and constitutional replacement – to undermine democracy. While traditional methods of democratic overthrow such as the military coup have been on the decline for decades, the use of constitutional tools to create authoritarian and semi-authoritarian regimes is increasingly prevalent. Powerful incumbent presidents and parties can engineer constitutional change so as to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions such as courts that are intended to check their exercises as power. The resulting constitutions still look democratic from a distance and contain many elements that are no different from those found in liberal democratic constitutions. But from close up they have been substantially reworked to undermine the democratic order”.

The author further explains why abusive constitutionalism is being used quite frequently to weaken democracy:

“In contrast to past practice, where authoritarian regimes were generally formed through military coup or other unconstitutional practices, would-be autocrats now have significant incentives to appear to be playing by the constitutional rules. Thus they are increasingly turning towards constitutional amendment and replacement as tools to help them construct a more authoritarian order. The end result of these practices is not likely to be full-fledged authoritarianism, but rather a hybrid regime where elections continue to be held but opposition forces face severe disadvantages in seeking to win election” (Landau, 2013, 195).

In similar fashion, Mark Tushnet suggests – by drawing on recent literature in political science on hybrid regimes and using Singapore as an extensive case study – to pluralize the category of constitutionalism, claiming that it has a wider spectrum. On the one end of the spectrum there is liberal constitutionalism (that *is* constitutionalism), while on the other end there is what he calls “authoritarian constitutionalism”. According to Tushnet (2015, 391) the idea of an “authoritarian constitutionalism” resembles:

“a system of government that combines reasonably free and fair elections with a moderate degree of repressive control of expression and limits on personal freedom”.

The same author has further explored the possibility of an “illiberal constitutionalism” (Tushnet, 2019, 1367) – a label Tímea Drinóczi also recently used to describe the democratic backsliding of Hungary (since 2010) and Poland (since 2015). For Tímea Drinóczi (2019, 2) illiberal constitutionalism is a remodeled constitutionalism, which has been identified in:

“the constitutional system of a particular state in the process of democratic decay or the backsliding from (liberal) constitutionalism, i.e., constitutional democracy, towards an authoritarian regime. In illiberal constitutionalism, each element of a constitutional democracy, such as a written constitution, constitutional review, the rule of law, democracy, and human rights, is observable – they exist in a *de jure* sense – but none of the elements prevail in their entirety”.

The category of illiberal constitutionalism has been further used to describe the alternative form of constitutionalism that has emerged in Southeast Asia. For example, Eugénie Mérieau (2020, 6) argues that:

“several countries have turned to rely on constitutional mechanisms and notably constitutional courts to secure their rule and contain demands for democratization. Southeast Asian innovative constitutionalism is ambivalent: it responds to demands for more human rights, including environmental rights, while protecting power-holders from political and legal challenges, sometimes leading to the demise of constitutional democracy altogether as in the case of Thailand and Cambodia”.

Furthermore, Li-Ann Thio (2012, 133, 138) considers illiberal constitutionalism as both category and typology, and identifies its two sub-types as being theocratic constitutionalism and communitarian constitutionalism.

The complex relationship between constitutionalism and authoritarianism has also been explored by other authors who prefer, however, the use of terms such as sham Constitutions (or façade Constitutions) and sham constitutionalism. These labels are aimed to denote constitutional documents that fail to constrain or even

describe the powers of the state (Law and Versteeg, 2013, 865). For example, Walter F. Murphy (1993, 8) defines as sham Constitutions all constitutional documents that exist for “cosmetic” purposes by observing that the principal function of a sham constitutional text is to deceive.

David S. Law and Mila Versteeg (2013, 879) further explain what counts as a sham Constitution:

“There is more than one reason for which a constitution might be deemed a sham. A constitution that bears no relationship to reality could qualify. So too could a constitution that is descriptively accurate but has no effect on anyone’s behavior. The intentions behind a constitution may also be relevant. A distinction can be drawn between constitutions that are violated because they were never intended as anything more than window-dressing, and those that are violated because they prove genuinely difficult to uphold. Alternatively, constitutions can be evaluated on the basis of substantive criteria. It could be argued that a constitution that fails to embody certain substantive principles, such as limited government and the rule of law, does not deserve to be called a constitution at all”.

The concept of sham Constitutions appears very close to what Giovanni Sartori called *façade Constitutions* – constitutional documents that neither constrain the state nor provide valuable information about the real governmental process:

“A *façade constitution* can declare aspirational principles and adopt power structures for government, but such provisions and principles are ineffective and potentially delegitimized because they are not followed in practice” (Sartori, 1962, 853).

Richard Sakwa (2007, 2) further introduced a concept of sham constitutionalism to define the Soviet Constitutions of 1918, 1924, 1936, and 1977, while the current Russian constitutional development is depicted by the same author as an example of pseudo-constitutionalism. Dieter Grimm (2016, 272) provides some further explanations on what pseudo constitutionalism is by arguing that:

“In fact, constitutions existed which were not driven by any serious will to restrain politics. One can term this pseudo-constitutionalism. Equally, constitutions were drafted that did not place the power of rule on a new legitimating foundation but merely limited a pre-exist-

ing power of rule in one respect or another – that is, they merely modified rather than constituted rule. Constrains of these nature express semi-constitutionalism”.

Another attempt aimed at defining pseudo constitutionalism views the latter as:

“the use of democratic instruments found in constitutions as expedients for insincere commitments to democratization, which are instead used to build or maintain the stability of substantively authoritarian regimes [...]. Pseudo constitutionalism is a common practice of both hybrid regimes and modern authoritarian regimes which have proliferated in the post-Cold War period especially in the post-Soviet sphere and have persisted over the last nearly three decades in a wide range of former Soviet Union countries” (Pistan, 2019, 2).

Finally, in investigating the role of constitutionalism within the recent rise of populism across Europe and beyond, some scholars have developed the concept of populist constitutionalism. According to Paul Blokker, Bojan Bugarcic and Gábor Halmai (2019, 291):

“The intense engagement of populists with constitutionalism – a phenomenon originally related to experiences in Latin America – is increasingly evident in some of the new European Union member states. But the populist phenomenon is clearly not confined to more recently established democracies. Populist constitutionalism stands for a number of distinctive tendencies in constitutional politics and practices which frequently are in tension with – and may even threaten – fundamental values, human rights, representative democracy, and the rule of law. The relation between populism and constitutionalism is, however, not necessarily one of anti-thesis, but rather manifests itself in distinctive ways, depending on specific contexts and variations”.

Jan-Werner Müller (2017, 1) additionally adds that:

“[...] when in power, populists will in all likelihood be much less skeptical about constitutionalism as a means of creating constraints on what they interpret to be the popular will [...]. Hence, populist constitutionalism will not necessarily privilege popular participation or allow for more avenues to express whatever might be construed as a general will [...]. Apart from these features [...] there is a more mundane goal that constitutions might achieve for populists: they

can help to keep populists in power. And if the perpetuation of power becomes the aim, then there's also the possibility that populists treat the constitution as a mere façade, while operating quite differently behind the façade. They might even openly sacrifice their own constitution, if it no longer serves that purpose”.

What should be noted, however, is that while, for example, Mark Tushnet's (2016) argument for existence of “varieties of constitutionalism” seems undeniable, the above-listed alternative versions to liberal constitutionalism – and thus the same concept of “constitutionalism with adjectives” – have not been generally accepted by the literature. For example, Walter Murphy (1993, 3) and H.W.O. Okoth-Okendo (1993, 65) prefer the concept of “constitutions without constitutionalism”. In addition, similar to the concept of illiberal democracy, some authors have considered terms such as non-liberal constitutionalism or illiberal constitutionalism oxymoronic. For instance, Gábor Halmai (2019, 302) – in describing Hungary's recent transition from a liberal to an illiberal democracy – rejects the term illiberal constitutionalism (as well as other alternative types of constitutionalism) by arguing that if the main characteristic of constitutionalism is the legally limited power of government, therefore the only possible type of constitutionalism is the liberal democratic constitutionalism as it is the only one that can fulfill these requirements.

Yet such arguments do not appear sufficient to reject the idea of illiberal constitutionalism. On the contrary, the concept may be very useful when exploring the role of constitutionalism in non-democratic regimes. For example, Tímea Drinóczi (2019, 4) uses the term intentionally to highlight the Hungarian constitutional system in the period from 2010 to 2019 and its paradoxes within the European Union. Justin O. Frosini and Ricardo Ramirez Calvo (2020, 251) – while acknowledging that illiberal constitutionalism has always been a disputed term – note that its use presupposes that it defines a certain category of constitutional practice which deviates from what is understood to be the norm or, at least, a minimum standard. Accordingly, the use of the term illiberal constitutionalism may help shed lights on the logics and dynamics of constitutional designs and practices in both hybrid regimes and modern authoritarian regimes.

#### 4. *Central Asia as a case study for illiberal constitutionalism*

This Special Issue focuses on practices of illiberal constitutionalism in non-democratic regimes of Central Asia. Yet for many readers, Central Asia may appear as an obscure or, at least, complex region, primarily because very little is known about this part of the world today. The reason largely resides in the fact that the West, and Europe in particular, have for long ignored this space.

Geographically speaking, Central Asia lies at the core of the Asian continent. It stretches from the Caspian Sea in the west to China in the east and from Afghanistan in the south to Russia in the north (see Fig. 1). Nowadays, it is generally considered that the countries encompassing the region are five former Soviet Union republics: Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, and Uzbekistan. Since the five Central Asian countries have all names ending with the Persian suffix “-stan” – meaning “the land of” – the region is frequently referred to as “the Stans”.



Fig. 1. Political map of Central Asia

*Source:* Bruegel.

Throughout the history, the land contained in this area served as the crossroads of Asia and Europe, and was also home to the ancient route known as Silk Road. In addition, for most of its history, Central Asia formed a part of different empires. As Daniel L. Burghart (2004, 3) notes, in this part of the world empires have risen and fallen, only to rise again in different forms. In the West, the history of Central Asia is best known for the Mongols and Tar-

tars who, under Tamerlane, spread their influence to the gates of Europe in the late 14th century. After the death of Tamerlane, the region fell under external influences, most notably Russian and British, and became the object of what has been called “The Great Game”. In the 19th century, the Russian empire conquered most of Central Asia, and the current borders of the five states were set up in 1936 under the Soviet rule (Batsaikhana and Dabrowskiabc, 2017, 296). Russian, and then Soviet, dominance over the region lasted for 130 years (1860-1991) (Allworth, 2004).

Following the break-up of the Soviet Union in 1991, the five Central Asian republics finally became independent states. The opening of the region’s external frontiers brought Central Asia into new focus mainly thanks to its geopolitical relevance. The area is, in fact, of strategic importance due to its vast stocks of natural resources, particularly natural oil and gas. It thus quickly became the focus of international attention, with the major world powers (US, China, and Russia) seeking dominance over exploitation of Central Asian oil and gas deposits. India, Japan, Turkey, and the European Union are also involved in the region in various ways. For example, the EU’s relations with the region are governed by “The European Union and Central Asia: Strategy for a New Partnership”, adopted in 2007 (Boonstra, 2012).

At the same time, this resource-rich and strategically important area today follows the worst political models (Merry, 2004, 30). In the early 1990s Central Asia experienced – as Central and Eastern European and other formerly Soviet Union countries – a process of democratic transition which culminated in the adoption of new Constitutions. However, this initial democratizing trend quickly stalled and then reversed in all of the region’s states. The result was the emergence of non-democratic regimes, which, in a variety of ways, combine democratic features with authoritarian rule, appearing at best as a type of hybrid regime between democracy and autocracy, and at worst as consolidated autocracies (Pistan, 2019, 1; Akerman, 2002, 133). Far from being transitional forms, these non-democratic regimes have persisted over the last decades and have become even stable. A common feature of Central Asian regimes is that they have all mastered the rhetoric of democratization without demonstrating any sincere commitment to this process. This illusory commitment to democratization is largely expressed



through the so called “special path of democratic development”, which largely serves to cover a retreat from democratic principles (Tugsbilguun, 2013, 125).

Undoubtedly, the main tool of Central Asian democratic rhetoric is represented by the Constitution. Central Asian Constitutions all design their country as democratic and secular state, with a (predominately) presidential system. They also guarantee the separation of powers between the legislative, executive, and judicial branches, and contain extensive lists of human rights. The five “stans” even cultivate the principle of the supremacy of the Constitution. For example, they all celebrate the “Constitution Day” – an annual public holiday which commemorates the day of the adoption of the constitutional act. In practice, however, exploitations of Constitutions with frequent changes in the rules of the game – while feeding the illusion of democratization and retaining the semblance of constitutionality – gave rise to authoritarianism. Central Asian states are, in fact, ruled entirely by the presidency, with parliaments and judicial systems that serve as rubber stamps for presidential decisions, and are all marked by widespread human rights abuses. Such political and constitutional development makes of Central Asia a laboratory for illiberal constitutionalism – intended in its broad acceptance of manipulating constitutional principles and democratic mechanisms for achieving authoritarian goals.

Despite this, the political and constitutional development of Central Asia remains relatively understudied, especially whether compared to other regions. In transitional studies, little scholarly attention has been devoted to the failed process of democratization and the subsequent emergence of non-democratic regimes in the region. Similar trends can be found in comparative politics and comparative constitutionalism, with the end result that studies on Central Asia have been left to a small community of specialist (e.g. Cooley, 2012; Cooley and Heathershaw, 2017; Collins, 2006; Newton, 2017).

The main aim of this Special Issue is to contribute to existing literature on political and constitutional development in Central Asia by exploring the complex relationship between constitutionalism and authoritarianism within the region. The Special Issue represents the result of the activities of the research group on “Constitutionalism in Illiberal Democracies” of the International Associa-

tion of Constitutional Law, and the research project on “The Role of Constitutional Courts in the Challenges to Democratization and the Protection of Human Rights in Central Asia”. The latter one in particular has been carried out at the Center for Constitutional Studies and Democratic Development – Johns Hopkins University SAIS Europe, with the support of Robert J. Abernethy’s Center for the Study of Democratic Institutions. As part of the activities of this research project, the Center for Constitutional Studies and Democratic Development and the Johns Hopkins University SAIS Europe organized in 2017 and 2018 an annual Seminar Series devoted to the “Constitutional Development in Central Asia” by inviting as guest speakers several experts in the field, whose contributions have been collected and presented in this Special Issue.

Rather than providing for an exhaustive overview of the reasons for democratic failure in Central Asia and the consequent proliferation of hybrid regimes and/or authoritarian regimes within the region, the contributions contained in the Special Issue are divided into four articles focusing on specific aspects of past and current political and constitutional developments in Central Asia, with the goal of better understanding the role that Constitutions and constitutionalism may serve in contemporary non-democratic regimes. In other words, the articles go beyond the mere classification of Central Asia within the trends of “democracy (or authoritarianism) with adjectives” and “constitutionalism with adjectives”, and explore the ways in which illiberal constitutionalism works in practice – that is, how and to what extent Central Asian regimes use constitutional principles and democratic mechanisms, traditionally viewed to protect and guide democracy toward its consolidation, as key tools for the successful installation of authoritarianism.

The first article, “Authoritarian state-building through ‘democratic’ Constitutions. Lessons from Central Asia”, written by Carna Pistan, is devoted to the constitutional development of the region. The article starts by exploring the constitution-making process that occurred in Central Asia in the early 1990s, and then focuses on the ways in which formally democratic Constitutions have been manipulated within the region for authoritarian purposes. Pistan identifies five main steps through which authoritarianism has been built, consolidated and legitimated through the region, and shows through an examination of these steps how constitutional replace-

ments, constitutional amendments, and referenda have become key instruments in Central Asian authoritarian state-building. In developing this topic, Pistan views illiberal constitutionalism as a way to consolidate a “smart authoritarianism able to defend itself”, and further reflects whether democracy should be considered as chaos or destiny in Central Asia.

The second article, “Facades, Puppets, or Activist Watchdogs? Assessing Constitutional Courts in Central Asian politics”, written by Armen Mazmanyanyan, looks at Central Asia as a home of “constitutionalism with adjectives”. In this sense, Mazmanyanyan firstly examines the types of constitutional regimes that have emerged in Central Asia, and then assesses the role that Constitutional Courts have played in four of them (Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, and Uzbekistan), comparing and contrasting the patterns of constitutionalism in this region with those in other authoritarian or post-authoritarian settings, most specifically those in post-communist Europe and in East Asia. By classifying Central Asian Constitutional Courts in three categories – facades, puppets, and activist watchdogs – Mazmanyanyan explores whether constitutional adjudication bodies have existed in Central Asia solely to imitate limited government rather than effectively practice it, thus creating an aura of democracy, and the circumstances under which Constitutional Courts can maintain a meaningful degree of neutrality in non-democratic regimes.

The third article, “Building a Social Base through Islamic Ideas and Spiritual Authority: the Islamic Renaissance Party of Tajikistan (IRPT), 1999-2015”, written by Kathleen Collins, focuses on the illusionary principle of political pluralism in Central Asia by using as an extensive case study the 2015 ban of the Islamic Renaissance Party of Tajikistan (IRPT) – the only opposition party that was legally allowed in the country. Collins shows that the ban of IRPT on the basis it represented the radical Islam provided only for a semblance of constitutionality in an increasingly authoritarian regime. In fact, in examining the formation and evolution of the IRPT, Collins clearly demonstrates that the latter presented itself as a moderate Islamic democratic party, representing political and religious rights of population. Thus, the 2015 ban of the IRPT resembles, as Collins explains, a noted practice in Central Asia, where most of political parties are created by the authoritarian govern-

ment, thus providing for a semblance of political pluralism, while the real opposition parties play an extremely marginal role in politics, with Islamic parties generally treated as extremist and banned.

Finally, the last article, “Constitutional Reset in Central Asia?”, written by Bill Bowring, focuses on the Eurasian Economic Union (EEU). The latter is viewed by the author as the most impressive integrationist project initiated by Russia since the collapse of the Soviet Union. The EEU, which is modelled on the European Union, introduces the free movement of goods, capital, services and people and provides for common transport, agriculture and energy policies, with provisions for a single currency and greater integration in the future. From a constitutional point of view, Bowring observes that Kyrgyzstan is following Russia in enacting law on foreign agents (restricting NGO activity) and on extremism, and that similar developments can be found in Kazakhstan. On the contrary, Tajikistan’s membership of the EEU has been stalled as a result of conflict between it and Kyrgyzstan in 2013, while Uzbekistan and Turkmenistan strongly resist the growing Russian influence in the region and are unlikely to accede. By analyzing such developments, Bowring raises a decisive question: will the EEU be as decisive as the EU in bringing about democratic constitutional changes in Central Asia?

A better understanding of constitutional designs and practices which mark the complex and difficult relationship between constitutionalism and authoritarianism in Central Asia through an examination of the above-mentioned topics also represents a contribution to the studies on democratization, as it sheds light on the logics of functioning of contemporary non-democratic regimes by showing how and to what extent constitutionalism can be manipulated to serve an authoritarian state-building. By unveiling how illiberal constitutionalism works in practice, the Special Issue sheds lights on problems and obstacles countries may encounter in democratic transitions and provides useful insights on the logics of the functioning of non-democratic regimes of contemporary era.

### *Abstract*

The article opens by addressing the complex role of constitutionalism in democracy-building processes, and argues that although from an ideal perspective constitutionalism should guide democracy on the road

to its consolidation, this has been not always the case. To prove such an assumption, the article introduces as an example the “third wave” of democratization which resulted in the proliferation of hybrid regimes or authoritarian regimes (a trend also called “democracy with adjectives” or “authoritarianism with adjectives”). The authors then further reflect upon the role of constitutionalism in contemporary non-democratic regimes (a phenomenon also known as “constitutionalism with adjectives”), and introduce Central Asia as an ideal case study for investigating the practices of illiberal constitutionalism.

L'articolo si apre affrontando il tema del complesso ruolo del costituzionalismo nei processi di costruzione della democrazia sostenendo che, se da una prospettiva ideale il costituzionalismo dovrebbe guidare la democrazia sulla strada del suo consolidamento, non sempre tale è stato il caso. Per provare tale assunto, l'articolo introduce l'esempio della “terza ondata” di democratizzazione conclusasi con la proliferazione di regimi ibridi o regimi autoritari (una tendenza nota anche come “democrazia con aggettivi” o “autoritarismo con aggettivi”). Gli autori riflettono, quindi, sul ruolo del costituzionalismo nei regimi non-democratici (un fenomeno noto come “costituzionalismo con aggettivi”) e introducono l'Asia centrale come caso di studio ideale per esplorare le pratiche del costituzionalismo illiberale.

### References

- Akerman, E. “Democratisation in Central Asia: communism to clanism”, *Conflict, Security & Development* 2, 1(2002): 133-144.
- Allworth, E.A. *Central Asia, 130 Years of Russian Dominance: A Historical Overview*, Duke University Press (1994).
- Batsaikhana, U. and Dabrowskiabc, M. “Central Asia - twenty-five years after the breakup of the USSR”, *Russian Journal of Economics* 3(2017): 296-320.
- Blokker, P., Bugarcic B. and Halmai G. “Introduction: Populist constitutionalism: Varieties, complexities, and contradictions”, *German Law Journal - Special Issue: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities and Contradictions* 20, 3(2019): 291-295.
- Bogaards, M. “How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism”, *Democratization* 16, 2(2009): 399-423.
- Boonstra, J. “Democracy in Central Asia: Sowing in unfertile fields?”, *EUCAM Policy Brief*, 23(2012).
- Bozóki, A. “Illiberal Democracy Belongs to the Hybrid Regimes. Reflections on Jeffrey C. Isaac’s Illiberal Democracy”, *Public Seminar*, 2

- August 2017, available at: <https://publicseminar.org/2017/08/illiberal-democracy-belongs-to-the-hybrid-regimes/>.
- Burghart, D.L. “In the Tracks of Tamerlane: Central Asia’s Path to the 21st Century”, in Burghart, D.L., Sabonis-Helf, T. (eds.), *In the Tracks of Tamerlane: Central Asia’s Path to the 21st Century*, National Defense University Press (1994).
- Burnell, P. “Lessons of experience in International Democracy Support”, *UNU-WIDER Working Paper*, 84(2011): 1-36.
- Carothers, T. “The End of Transition Paradigm”, *Journal of Democracy* 13, 1(2002): 5-21.
- Collier, D. and Levitsky, S. “Democracy with adjectives: conceptual innovation in comparative research”, *World Politics* 49, 3(1997): 430-451.
- Collins, K. *Clan Politics and Regime Transition in Central Asia*, Cambridge University Press (2006).
- Cooley, A. *Great Games, Local Rules: The New Great Power Contest for Central Asia*, Oxford University Press (2012).
- Cooley, A. and Heathershaw, T. *Dictators without Borders: Power and Money in Central Asia*, Yale University Press (2017).
- Diamond, L. “Is the Third Wave Over?”, *Journal of Democracy* 7, 3(1996): 20-37.
- Diamond, L. and Morlino L. (eds.), *Assessing Quality of Democracy*, Johns Hopkins University Press (2005).
- Drinóczi, T. “The European Rule of Law and illiberal legality in illiberal constitutionalism: the case of Hungary”, *MTA Law Working Papers* 16(2019): 1-29.
- Freedom House. *Report Democracy’s Century: A Survey of Global Political Change in the 20th Century* (1999).
- Frosini, J.O. and Ramirez Calvo, R. “Illiberal constitutionalism: a contradiction in terms?”, *Percorsi costituzionali* 2(2019): 251-271.
- Fukuyama, F. “The End of History?”, *The National Interest* 16(1989): 3-18.
- Gandhi, J. *Political institutions under dictatorship*, Cambridge University Press (2008).
- Ginsburgh, T. and Simpser, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press (2014).
- Grimm, D. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford University Press (2016).
- Halmay, G. “The Making of ‘Illiberal Constitutionalism’ with or without a New Constitution. The Case of Hungary and Poland”, in Landau, D. and Lerner, H. *Comparative Constitution Making*, Elgaronline (2019).
- Huntington, S.P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press (1991).

- Isaac, J.C. "Is There Illiberal Democracy? A Problem with no Semantic Solution", *Public Seminar*, 12 July 2017, available at: <https://publicseminar.org/2017/07/is-there-illiberal-democracy/>.
- Kesselman, M., Krieger, J. and Joseph W.A. *Introduction to Comparative Politics: Political Challenges and Changing Agendas*, Cengage Learning (2013).
- Landau, D. "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review* 47(2013): 189-260.
- Law, D.S. and Versteeg, M. "Sham Constitutions", *California Law Review* 101 (2013): 863-952.
- Levitsky, S. and Way, L.A. "The Rise of Competitive Authoritarianism", *Journal of Democracy* 13, 2(2002): 51-65.
- Linz, J.J and Stepan, A. *Problems of Democratic Transitions and Consolidation*, The Johns Hopkins University Press (1996).
- Mérieau, E. "L'Asie du Sud-Est, laboratoire du constitutionnalisme illibéral", in Cabasset, C. and Tran, C.T-L. *L'Asie du Sud-Est 2020. Bilan, enjeux et perspectives*, Irasesc et Les Indes Savantes (2020).
- Merry, E.W. "The Politics of Central Asia: National in Form, Soviet in Content", in Burghart, D. and Sabonis-Helf, T. (eds.), *In the Tracks of Tamerlane: Central Asia's Path to the 21<sup>st</sup> Century*, National Defense University Press (1994).
- Morlino, L. "Are There Hybrid Regimes? Or Are They Just an Optical Illusion?", *European Political Science Review* 1, 28(2009): 273-296.
- Müller, J-W. "The Problem With 'Illiberal Democracy'", *Project Syndicate*, 21 January 2016, available at: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-problem-with-illiberal-democracy-by-jan-werner-mueller-2016-01?barrier=accessreg>.
- Müller, J-W. "Populism and Constitutionalism", in Rovira Kaltwasser, C., Taggart, P., Ochoa Espejo, P. and Ostiguy, P. *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press (2017).
- Murphy, W.F. "Constitutions, Constitutionalism, and Democracy", in Greenberg, D., Katz, S.N., Oliviero, B. and Wheatley, S.C. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press (1993).
- Newton, S. *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States. A Contextual Analysis*, Hart Publishing (2017).
- O'Donnell, G.A. "Delegative Democracy", *Journal of Democracy* 5, 1(1994): 55-69.
- Okoth-Okendo, H.W.O. "Constitutions Without Constitutionalism: An African Political Paradox", in Greenberg, D., Katz, S.N., Oliviero, B. and Wheatley, S.C. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press (1993).

- Olcott, B. and Ottaway, M. "Challenge of Semi-Authoritarianism", *Carnegie paper* 7(1999): 1-5.
- Pistan, C. "Pseudo Constitutionalism in Central Asia: Curse or Cure?", *Federalismi.it* 8(2019): 1-18.
- Sakwa, R. "The Struggle for the Constitution in Russia and the Triumph of Ethical Individualism", *Studies in East European Thought* 48, 2-4(1996):115-157.
- Sartori, G. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *American Political Science Review* 56, 4(1962): 853-864.
- Schedler, A. "Elections without democracy: The menu of manipulation", *Journal of Democracy* 13, 2(2002): 36-50.
- Schedler, A. *Electoral authoritarianism: Dynamics of unfair competition*, Boulder CO (2006).
- Thio, L-A. "Constitutionalism in Illiberal Polities", in Rosenfeld, M. and Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press (2012).
- Tugsbilguun, T. "Democracy in Central Asia: Authoritarian Regimes or Hybrid Regimes?", *The Mongolian Journal of International Affairs* 18(2013): 123-126.
- Tushnet, M. "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review* 100, 2(2015): 393-462.
- Tushnet, M. "The Possibility of Illiberal Constitutionalism", *Florida Law Review* 69, 6(2017): 1367-1384.
- Tushnet, M. "Varieties of Constitutionalism", Editorial, *International Journal of Constitutional Law* 14, 1(2016): 1-5.
- Walker, G. "The idea of nonliberal constitutionalism", *Nomos* 39(1997):154-184.
- Wolfgang, M. "Embedded and Defective Democracies", *Democratization* 11, 5(2004): 33-58.
- Zakaria, F. "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs* 76, 6(1997): 22-43.





CARNA PISTAN

AUTHORITARIAN STATE-BUILDING  
THROUGH 'DEMOCRATIC' CONSTITUTIONS.  
LESSONS FROM CENTRAL ASIA

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Post-Soviet constitution-making and early illusions of democracy. – 3. Constitutional reassessments and authoritarian state-building. – 3.1. Step 1: Extension of presidential term of office without facing elections. – 3.2. Step 2: Expansion of presidential powers through constitutional changes. – 3.3. Step 3: Introduction of the “dying on the throne” principle. – 3.4. Step 4: Chimeric reinforcement of the principle of separation of powers. – 3.5. Step 5: The gift of Presidents to Central Asia: a peaceful transfer of powers to a new generation of authoritarian leaders. – 4. Mission accomplished: illiberal constitutionalism as a way of consolidating smart authoritarianism able to defend itself. – 5. Instead of conclusion: democracy as chaos or destiny in Central Asia?

1. *Introduction*

In the 29 years since the collapse of the Soviet Union, the constitutional development of the five Central Asian republics of Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Tajikistan, and Turkmenistan has proven to be remarkably fluid (Pistan, 2019). The first post-Soviet Constitutions were adopted in the early 1990s, but since then they have been subjected to numerous constitutional changes. Despite this intense constitutional development, Constitutions in Central Asia have rarely constituted an object of studies (e.g. Newton, 2017). The main reason for this is that for many authors, Central Asian Constitutions (as well as legal institutions) do not adequately explain the political development of the region. Indeed, while Central Asian states possess formally democratic Constitutions, it would be hard to avoid the conclusion that these countries are among the most authoritarian in the world. The existing literature thus often underlines the profound gap between the wording of Constitutions and Central Asian political reality, defining Central

Asian constitutional documents as façade Constitutions (Borocz, 2000; Abdulkadirov, 2006; Anderson, 1997). For this reason, the rise and consolidation of authoritarianism in the region has been largely examined through the lenses of neo-patrimonialism (Levis, 2012), clientelistic networks (Olcott, 1993), or clan politics (Gleason, 1993; Vaisman, 1995; Collins, 2006). What is specific to these studies is that they all identify culture, traditions, and a long history of repressive regimes as major factors explaining the emergence of authoritarian politics and the lack of democratization in the Central Asian region. Undoubtedly, such an approach is correct to the extent it points to the importance of informal politics, informal norms, and informal institutions in explaining the authoritarian consolidation in Central Asia, but it completely undervalues the role that Constitutions (and legal institutions) may play in the authoritarian state-building.

This article represents an attempt to go beyond the existing studies on Central Asia by examining the rise and consolidation of authoritarianism in the region through the lens of its constitutional development. By first exploring the early constitution-making of the 1990s and then the numerous constitutional reassessments which have marked the region in the last decades, this article aims to reveal the ways in which formally democratic Constitutions can be used to achieve authoritarian goals instead of strengthening liberalism and democracy. In addressing this topic, the article introduces, on the one hand, the concept of “authoritarianism able to defend itself” as opposed to the concept of “militant democracy”, and reflects, on the other hand, on what democracy means in Central Asia.

## 2. *Post-Soviet constitution-making and early illusions of democracy*

Central Asia represents a region with little tradition of either constitutionalism and democracy. Until the Soviet era, this area did not have any experience with written Constitutions, and those adopted under the 70 years of state socialism had only a formal role (Anderson, 1997). It was only following the breakup of the Soviet Union that the region received the opportunity to be ruled by itself. Nonetheless, the collapse of the Soviet state has been reluctantly welcomed by the five Central Asian states. In fact, in 1991 the five countries did not seek any independence; on the contrary, they

strongly argued for a continuation of some sort of union (Burghart, 2004). When, however, independence became inevitable in December 1992, Central Asia showed its ability to read the prevailing trends and jumped on the train wherever it might lead (*ibid.*). At least initially, several signs seemed to predict that this train would lead to the advent of more liberal and democratic political orders.

Following independence, all five Central Asian republics rapidly implemented large programs of institution-building. The latter were designed to provide these newly independent states with the institutions needed to negotiate the post-Soviet transition. In particular, between 1991-1992, the five countries started to experience their first presidential elections. With the singular exception of Askar Akayev in Kyrgyzstan (who was a physicist and a former head of Academy of Sciences from 1990-2005), the former communist leaders became the first popularly elected presidents of their newly emerging states: Nursultan Nazarbayev in Kazakhstan (1991-2019), Emomali Rahmon in Tajikistan (1994-ongoing), Islom Karimov in Uzbekistan (1991-2016), and Saparmurat Niyazov in Turkmenistan (1992-2006). Furthermore, as part of the institution-building process, all Central Asian states adopted in the early 1990s their first post-Soviet Constitutions, with Turkmenistan and Uzbekistan approving new constitutional documents in 1992, Kazakhstan and Kyrgyzstan in 1993, and Tajikistan in 1994.

The constitution-making of the early 1990s was based on a top-down model, meaning that it was primarily initiated by political leaders rather than in response to popular demands. Nonetheless, it also followed a three-step procedure which appeared democratic in form. First, constitutional drafts were elaborated by apposite constitutional commissions largely dominated by the newly elected presidents. In some cases, such as in Kazakhstan, the constitutional commission had studied Constitutions of foreign countries, and consultations with both advisers from other CIS (Commonwealth of Independent States) countries and international groups, such as Amnesty International, took place (Anderson, 1997).

Second, constitutional drafts were published in local newspapers and opened to public discussions. During the public debates, almost all constitutional articles were analyzed or criticized, and proposals to change several constitutional provisions were advanced. The major criticisms were related to over-reliance on West-

ern experience in drafting constitutional texts and insufficient attention to the countries' socialist past. Moreover, in all of the five republics, several complaints were related to the ambiguous phrasing of constitutional articles regulating the roles of presidents and governments. In particular, it has been claimed that too much power has been concentrated in the hands of presidents and that it would be opened to abuse. In order to prevent potential abuses of power, several proposals aimed at introducing constitutional checks on executive prerogatives (such as the creation of strong parliaments) were advanced (*ibid.*).

Finally, constitutional drafts were subjected to approval in some cases, such as in Turkmenistan, by adding relatively minor changes; in other cases, such as in Kazakhstan, the draft Constitution was subjected to considerable revisions before the final adoption. Despite the similarities of procedures through which Central Asian Constitutions came into being, some minor differences could be detected in the public discussion, which was more extensive in Kazakhstan and Kyrgyzstan, and in the method of adoption, with all but Tajikistan opting for parliamentary rather than popular approval (*ibid.*).

From a substantive perspective, the first post-Soviet Constitutions formally met the requirements of democracy (Akerman, 2011). These documents promised a wide range of rights and freedoms and committed to the principle of separation of powers by establishing secular governments, representative legislatures, and independent judicial systems. They also introduced predominantly presidential systems while providing national parliaments with a mechanism to balance strong presidential powers (Pistan, 2019).

In the early years of independence, there was a considerable optimism about the rapid advent of democracy and constitutionalism within the Central Asian states. For example, in Kazakhstan, President Nazarbayev promoted a "Western" development model, embracing elements of democratic order, market economy, the rule of law, and civil rights. Draft legislation proposed by Nazarbayev in this period also reflected a real initial effort of the country to transition toward democracy. For instance, the 1994 Electoral Law was committed to a more vibrant notion of political pluralism (Kangas, 2005). Similarly, in Kyrgyzstan, President Akayev promoted a broad-based course of liberalization by carrying out deeper eco-

conomic reforms and displaying important elements of pluralism and opportunities for opposition (Collins, 2002).

Early hopes that Central Asia could make the move towards liberalism and democracy were also advanced by political analysts and several theorists of democratization. For instance, Kyrgyzstan has been described as an island of democracy and stability in Central Asia for most of the decade since it gained independence (Anderson, 1999). Moreover, Western governments and international organizations devoted important resources to the development and consolidation of democratic politics and institutions in the region (Melvin, 2004). By the end of 1990s, however, all the five Central Asian republics were under one form or another of authoritarian rule.

### 3. *Constitutional reassessments and authoritarian state-building*

The democratizing trend stalled in Central Asia in the mid-1990s, when it was replaced by an authoritarian state-building. The emergence of authoritarianism in the region gave rise to a series of profoundly diverse undemocratic regimes in each country – a situation that created some difficulties in their classification as not all states have the same degree of authoritarian politics.

An initial attempt aimed at explaining the puzzling diversity of authoritarian patterns within the region portrayed the five Central Asian republics as new hybrid regimes with their own internal logics (Omelicheva, 2015). This was especially the case of Kyrgyzstan and Kazakhstan, as both countries had experienced some political and economic liberalization in the early 1990s. In particular, Kyrgyzstan was classified under the category of semi-democracy or electoral democracy (Collins, 2002), while Kazakhstan was placed under the category of illiberal democracy (Zakaria, 1997) or delegative democracy (Mishra, 2009). By contrast, Tajikistan was often defined as an institutionally weak or fragile state as this country experienced a violent civil war in the period 1992-1997 (Heathershaw and Herzig, 2013), while Turkmenistan and Uzbekistan rejected democratic reforms outright and developed very early into highly repressive regimes with extremely powerful rulers, thus resembling the type of authoritarianism labelled sultanistic regime (Cummings and Ochs, 2002).

The initial regime divergence among Central Asian countries switched to a regime convergence in the early 2000s – a period in which authoritarian politics became dominant in the whole region. Today, almost three decades since their independence, all Central Asian states are classified by Freedom House as consolidated authoritarian regimes. Moreover, according to some observers, when compared to other former Soviet regions of Eastern Europe (Belarus, Moldova and Ukraine) and Caucasus (Armenia, Azerbaijan and Georgia), Central Asia shows the least inclination towards democratization (Bunstra, 2012).

Yet the type of authoritarianism that has been consolidated in Central Asia still represents important divergences through the region, with Turkmenistan and Uzbekistan having been placed under the category of “hard” authoritarianism, and Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan under the category of “soft” authoritarianism (Sedelius, 2006). While Turkmenistan remains the most authoritarian regime in the region and, together with Uzbekistan, maintains a personalist, one-man authoritarianism, Kazakhstan is often associated with authoritarian modernization, meaning that the country is characterized by the achievement of socio-economic growth without full-scale democratization (Petrenko, 2016). Kyrgyzstan represents a mobile, chaotic regime, as the country experienced in 2000s several mass protests that led to the 2005 Tulip revolution (Nartsiss, 2007), and the 2010 April revolution. Despite this, it remains still more democratic in comparison to others. On the contrary, according to Freedom House, Tajikistan has strengthened its authoritarian system since 2017.

Although different degrees of authoritarianism have emerged within the region, the five Central Asian republics share also many common features, especially in their constitutional and political developments. As with other hybrid or authoritarian regimes of contemporary era, the political regimes established in Central Asia all combine democratic elements with authoritarian features. On the one hand, Central Asian states still possess formally democratic Constitutions and have maintained in place democratic institutions. Elections are more or less regularly held, political parties are established, and legal systems are developed. On the other hand, incumbent presidents in each country have actively sought to accumulate power in the hands of the executive, with the goal of building per-

sonalistic dictatorships. These countries are, in fact, largely ruled by autocratic decrees – parliaments are weak, courts are ignored, and political oppositions are non-existent, while basic rights such as speech, media and association are highly restricted or frequently violated (Pistan, 2019).

At first sight, it may appear that only informal politics, norms or institutions have shaped the rise and consolidation of authoritarianism in the region. However, evidence shows a more complex constitutional and political reality. The emergence of authoritarianism in Central Asia coincided with the first round of constitutional changes, and its consolidation has been largely accompanied by the adoption of additional constitutional reforms. Constitutions in Central Asia can be usually changed by following two alternative procedures: an all-nation referendum, or parliamentary approval. While the second procedure is usually required to change the amendable parts of the Constitution, the first is used for its unamendable provisions. This is because it is assumed that in the former case, people exercise through a national referendum their constituent power, which cannot be limited by the Constitution. In some cases, the decision of which procedure should be followed also belongs to the presidents (Pistan, 2017).

What follows is an examination of various steps that show the way in which formally democratic Constitutions have become a crucial instrument in enabling authoritarian state-building in Central Asia.

### 3.1. Step 1: *Extension of presidential term of office without facing elections*

The first step towards authoritarianism occurred in Central Asia in the mid-1990s, when the trend of using constitutional referenda to extend presidential term of office first began. The exploitation of referenda allowed the first popularly elected Central Asian presidents to remain in office without facing elections at the constitutionally appointed time.

Regionally, the first state that initiated such trend was Turkmenistan. It represents the sole Central Asian state whose Constitution of 18 May 1992 established a pure presidential system, meaning that the country does not contemplate the figure of the prime minister, and that the president, elected directly for a five years



terms, is also the head of government (Newton, 2017). While the legislative power is exercised by the Turkmen unicameral parliament (*Mejlis*), the 1992 Constitution introduced also a novelty – the People’s Council (*Halk Maslahaty*), a supreme representative body distinct from the three other branches of government. According to the original wording of the Constitution, the People’s Council was a consultative body composed of members of all branches (the President, Chairs of Supreme and Supreme Economic Court, General Prosecutor, Cabinet of Ministers, *Mejli*’s deputies) and the heads of local government. Initially, its competences concerned the highest matters of state, such as to advise on constitutional amendments and referenda. It had also to be convened no less than once a year by the president (*ibid.*). The first presidential elections took place in Turkmenistan on 21 June 1992, when Niyazov was elected unopposed. In accordance to the country’s Constitution, the next vote was scheduled for 1997. However, on 15 January 1994 the People’s Council called for a national referendum with the aim of cancelling the 1997 vote and prolonging Niyazov’s term to 2002. The results of the referendum were astonishing: according to official results, 99.7 per cent of voters agreed to the cancellation of the 1997 presidential elections, and only 212 people opposed to the proposal (Woden and Stefes, 2009).

The referendum of January 1994 marked a turning point in the evolution of authoritarianism, not only in Turkmenistan but in Central Asia as a whole, as it triggered the process of personalization of power in all countries. Following the example of Niyazov, other Central Asian presidents started to use referenda to extend their stay in power. For instance, in Uzbekistan, Karimov was elected as president in 1991, winning with 86 per cent of votes. The Constitution of 8 December 1992 established a five year presidential term. Karimov had thus to face elections in 1996, but he was confirmed as president until 2000 in a 1995 referendum, which he won with 99.6 per cent of the vote. In Kazakhstan, the first presidential election was held on 1 December 1991, when Nazarbayev won with 95 per cent of votes. However, in April 1995, he extended his tenure in office until 2000 in a referendum supported by 91 per cent of the population. Kyrgyzstan, on the other hand, represents a partial exception, as in this case Akayev – who was elected as the first country’s president in October 1990 – opted for a snap election, thus ap-

pearing before the electorate again in January 1994, winning an extension of his term to October 1996 (Pistan, 2019). In both Kazakhstan and Kyrgyzstan, the extension of presidential terms was a prelude to the first round of constitutional changes aimed at consolidating super-presidents with super-powers.

Tajikistan represents the only exception: in the same period the country was falling into civil war, and thus the office of the presidency had been abolished. Rahmon became a Speaker of Parliament, which at that time was the highest post in Tajikistan. His election to the presidency occurred, therefore, only on 6 November 1994. There were two votes that day: one on the presidential election, the other to approve a new Constitution that reinstated the office of President (Pannier, 2016).

### 3.2. Step 2: *Expansion of presidential powers through constitutional changes*

The second step in Central Asia's authoritarian state-building consisted of the expansion of presidential powers vis à vis other legal institutions. This goal was largely achieved between 1994-1996 through the use of constitutional amendments or replacements. The most relevant examples of states that used constitutional reforms as a way to consolidate presidential powers are given by Kazakhstan and Kyrgyzstan. While the first opted to replace the existing Constitution with an entirely new constitutional document, the second used the mechanism of constitutional amendments. What remains common to both countries, however, is that this first round of constitutional changes originated from a profound crisis between presidents and parliaments.

In Kazakhstan, the first post-Soviet Constitution was adopted on 23 January 1993, while the first post-independence parliamentary elections were held in March 1994. The newly elected parliament was initially pro-presidential, but it became clear very soon that it was capable of independent action, which was primarily directed towards obstruction of the president's policies. Nazarbayev became not only increasingly impatient with the legislature, but also profoundly dissatisfied with the 1993 Constitution, asserting that his reform process was impeded by several constitutional articles and that he lacked sufficient power to push through reform in the

face of the resistance of the parliament. Supported by the constitutional court – which in 1995 ruled the 1994 parliamentary elections invalid – Nazarbayev quickly used his constitutionally prescribed power to dissolve the legislature. This allowed him to rule for the rest of 1995 by presidential decrees. In the absence of an active parliament, he then extended his tenure in office until the end of the century in the 1995 referendum.

With this reinforced legitimacy, Nazarbayev then put forward a completely new Constitution, which was approved through referendum on 31 August 1995, with 89.1 per cent of votes. The move gave him a chance to maintain a strong presidency and weaken the legislature by creating a new bicameral parliament. In particular, the 1995 Constitution gave Nazarbayev the right to rule by decree, dissolve parliament more or less at will, appoint the prime minister and other governmental figures, as well as seven members of the 47-member Senate. It also allowed the parliament to delegate law-making powers to the president for up to a year. In addition, Nazarbayev replaced the constitutional court with a weaker constitutional council, thus preventing any serious check on the exercise of his greatly expanded powers. According to some observers, the replacement of the previous constitutional court with a constitutional council was probably the reaction to an open letter in which six of eleven constitutional judges attacked the sweeping powers being granted to the president by the new Constitution (Anderson, 1997). Finally, three months after the adoption of the 1995 Constitution, the new parliamentary elections were held. The contest produced a parliament full of presidential loyalists, and in his opening speech to parliament, Nazarbayev stressed that he would have no hesitation in dissolving an uncooperative assembly.

Similarly, in Kyrgyzstan constitutional changes were adopted following a growing crisis in the relations between President Akayev and his parliament, which led the president to engineer first the dissolution of the legislature in 1994, calling it an “outdated Soviet relic”, and then a referendum asking people to vote on two issues: to make it possible to amend the Constitution via popular referendum rather than solely through a two-thirds parliamentary majority, and to approve constitutional changes aimed at creating a new two-chamber legislative body. Official results suggested that over 86 per cent of the population voted, and that each question

was approved with majorities of over 80 per cent. Akayev then exhibited increasing frustration with the parliament elected in 1995 and sought to follow the example of his neighbours in having his term extended. Although the legislature acted to block the latter proposal, it did reluctantly accept Akayev's call for a new referendum in 1996 to approve constitutional changes aimed at shifting the balance of power between parliament and president through an extension of executive powers. The electorate responded with a Soviet-style 96.5 per cent turnout, and 94.5 per cent supported the proposed changes. In particular, the 1996 constitutional amendment gave Akayev more power to veto legislation, dissolve the parliament, and appoint officials (excluding the prime minister, whose appointment needed legislative confirmation). The constitutional changes were attacked as an unwarranted extension of presidential powers, but official sources continued to stress that Akayev's power remained limited compared to those of his Central Asian neighbours and that his dominance was necessary in order to boost the pace of reforms (*ibid.*).

In both Kazakhstan and Kyrgyzstan, the expansion of presidential powers was justified by presidents in terms of the transitional character of the epoch and the complexity of socio-economic transformation. By contrast, Tajikistan and Uzbekistan did not experience any constitutional reassessments in the same period. In Tajikistan, the civil war did not allow for any constitutional change, while in Uzbekistan, a constitutional reform was not necessary, as the original text of 1992 Constitution already introduced a strong presidential system. According to the Constitution, the Uzbek president nominates – and can remove from office – the prime minister for consolidation and confirmation by the parliament, and confirms the cabinet of ministers. The president also nominates and dismisses judges, the head of the National Bank, and other senior officials, and issues decrees with mandatory force across the country (Newton, 2017). By exercising such powers, Karimov was in a position to easily circumvent other branches of government or any check on his powers. For example, the Constitution describes the Uzbek Parliament (*Oliy Majlis*) as the ultimate source of power, but the legislature quickly evolved into a rubber stamp body.

Similarly, in Turkmenistan, the 1992 Constitution created a strong presidential system by granting to the president sweeping

powers, including the appointment and dismissal (with the agreement of the parliament) of the chair of the supreme court, the general prosecutor, and the ministers of internal affairs and justice. Moreover, the president forms the State Security Council and the Elections Commission, exercising legislative initiative and legislative authority via decrees with the force of law. The cabinet is subjected to direct formation and appointment by the president, and Turkmenistan represents the only Central Asian country without a constitutional court. Nonetheless, the country experienced its first constitutional reform in 1999. It was approved by the parliament with the aim of vastly enhancing the power of People's Council at the expense of that same parliament. In particular, it introduced the power of People's Council to amend the Constitution directly (rather than to advise as it was established before) – a move that, as the next paragraph will show, allowed the positioning of the “dying on the throne” principle at constitutional level.

### 3.3. Step 3: *Introduction of the “dying on the throne” principle*

The concentration of powers in the hands of Central Asian presidents culminated in the introduction of the “dying on the throne” principle, that is, the president for life principle. As already indicated, Turkmenistan represents the first Central Asian country that positioned such principle at constitutional level.

The first attempt aimed at introducing the “dying on the throne” principle occurred in Turkmenistan in 1996, when the People's Council proposed the appointment of Niyazov as president for life. The proposal was firstly refused by Niyazov who stated that presidential elections – which were scheduled for 2002 – should be held as planned. Then, in 1999, at the annual session of the People's Council, the country's Foreign Minister, Boris Sheikmuradov, proposed again the adoption of a measure aimed at making Niyazov the country's president for life. In his speech to the People's Council Sheikmuradov claimed:

“[Niyazov] is the first president, the first president has special authority. And we the Maslahat, in accordance with the constitution of Turkmenistan, have the right to seek a constitutional law. If the Maslahat agrees then the constitutional law should be such that the first president, elected by all the people of Turkmenistan, Saparmu-

rat Atayevich Niyazov, be given exclusive right to be leader of the state without term limits" (Pannier, 1999).

Under the pressure from the Turkmen nation, Niyazov finally agreed magnanimously to become president for life, thus abrogating any constitutional restraints on his power. As a result, the vote of June 1992 was the only presidential election held in Turkmenistan between 1992-2006. In addition, thanks to the 1999 constitutional changes that allowed People's Council to approve directly constitutional reforms, the year 1999 was marked in Turkmenistan by the approval of two additional amendments to the Constitution, the first striking the two-term limit for the president, and the second making the president head of state for life. Finally, in 2004, the People's Council opposed Niyazov's professed offer to hold presidential elections in 2008 or 2009 (Peyrouse, 2012).

More generally, under the Niyazov rule the only reforms that took place in Turkmenistan were directed at enhancing the glory and authority of the president. In fact, a defining feature of the Turkmen political system under Niyazov reign was a bizarre personality cult building. Niyazov called himself *Turkmenbashi* (father of the Turkmen) and "The Great"; he renamed the months of the year, reserving one for himself and one for his deceased mother (January became *Turkmenbashi*, while April *Gurbensoltan*), and introduced *Rubnama* as a fundamental feature of Turkmen law: a "holy book" of his teachings, containing a collection of sayings and narratives that suggest specific ways in which Turkmen must live (Kangas, 2005). The president's birthday became a national holiday, his portrait marked all banknotes, and monuments to Niyazov were built across the country. The most famous of these monuments was situated in the center of the capital, Ashgabat: an enormous, gold-plated statue of himself with outstretched arms that rotated in 360 degrees, so as to always be facing the sun (Roudik, 2007). The state-controlled media constantly praised the president and his policies. By the end of his reign, the president for life elevated his "spiritual and moral guide" to a literally holy status in Turkmenistan.

Niyazov ruled with a near-absolute power as president for life until his death in 2006. The new presidential elections were held on 11 February 2007, when Gurbanguly Berdimuhamedow was elected as a new president with 89 per cent of vote, then reelected

for the second term in February 2012 with 97 per cent of the vote. Once elected, the new president has gradually dismantled Niyazov's cult, but only to replace it with its own, thus continuing largely the authoritarian rule of his predecessor.

Berdimuhamedow is an eccentric dictator who dominates all branches of the government. He is referred to as *Arkadag* (the Protector or Protecting Mountain). After naming his reign "The Epoch of New Revival", Berdimuhamedow rolled back Niyazov's revisions to the names on the calendar and gradually replaced the presence of *Rubnama* in universities and government offices with his own books – a series of rambling treatises on subjects ranging from medicinal plants and economics to race horses. The new president took down also the gilded statue of Niyazov in the capital by replacing it with a similar gilded statue of himself. The president has not only built his personality cult, but also turned his family into an icon of adoration. For example, the 1001st military department of the Ministry of Internal Affairs carries his father name, and hosts the museum dedicated to his career achievements. The president has also written several books dedicated to his father and grandfather, some of which were staged in a theater, while Turkmen singers have performed songs written by the president that are praising his mother as a "mother who brought a hero to the world" (Freedom House, Turkmenistan Report, 2018).

Following the footsteps of his predecessor, Berdimuhamedow's personality cult culminated in 2016 with the approval of new amendments to the Constitution, which allowed him to remain in office indefinitely if he continues to win elections. The changes included the removal of the age limit for presidential candidates, the extension of presidential term from five to seven years, and the abolishment of term limits for the presidency – a move which effectively established a presidency for life principle at constitutional level also for the second Turkmen president. This was largely proved in the 2017 presidential elections. Although Berdimuhamedow was competing against eight other candidates he was reelected for the third time with 97 per cent of vote (*ibid.*).

Once Berdimuhamedow became president for life, his new obsession was hosting the 2017 Asian Indoor and Martial Art Games, despite the fact that Turkmenistan was in the midst of one of the worst economic crisis in its independent history. The event cost the

state budget \$7.23 billion, of which \$5 billion was spent for the Olympic village and \$2.23 billion for constructing a new international airport in the capital Ashgabat (a cost three times more expensive than the new airport built in Sochi, Russia, for the 2014 Winter Olympic Games), replacing the international airport named after former president Niyazov which was only 20 years old. The new airport has the capacity to serve 17 million people yearly, although the traffic at the previous airport never exceeded 2 million people. By hosting the Asian Games, Berdimuhamedow wanted to present Turkmenistan as a developed, progressive, technologically advanced and talented country. During the event, Turkmenistan welcomed a record number of foreign visitors, including international media, which were more curious to cover the famously closed and isolated country than the event itself (*ibid.*). In fact, on the international level, Turkmenistan pursues isolationism, having adopted “positive neutrality” as a central constitutional principle (Newton, 2017).

In other Central Asian states, the “dying on the throne” principle has been introduced by following different paths. In Uzbekistan, Karimov ruled with authoritarian grip until his death in 2016, becoming *de facto* president for life by facing elections or extending his term in office through referenda. More precisely, Karimov faced four presidential elections (1991, 2000, 2007, and 2015) in which he won with over 90 per cent of the votes. He also extended his stay in office through referenda in 1995 and 2002. In presidential elections, Karimov usually faced other candidates, but all from pro-government parties who spent their campaign praising Karimov’s policies. The 2002 constitutional amendment extended presidential terms from five to seven years, while the 2011 constitutional amendment again reduced presidential terms from seven to five years. The latter reform allowed Karimov to avoid the constitutional restriction according to which an individual can only serve two terms as president of Uzbekistan. Although a legal explanation has not been officially given, it has been suggested that Karimov was allowed to run the third time (in 2007) because he had only served one seven year term (he was firstly elected to a five year term which was extended by a referendum). In other words, he was eligible to run for a second seven-year term because his first five year term did not count toward the total (Freedom House, Uzbekistan



Report, 2008). The same reasoning could be applied to Karimov's fourth term (started in 2015), as in 2011 a new constitutional amendment allowed him to be eligible to run for a second five-years term.

In Kazakhstan, Nazarbayev followed a less complex construct. Following the 1995 extension of his term, the first Kazakh president faced elections in 1999, which he won with over 80 per cent of the vote. In 2007, a constitutional amendment prohibited the same individual from running for more than two five-years term – a measure which was not applicable in relation to the first president who was allowed to run for an unlimited number of five-years terms. The move paved the way for Nazarbayev to become president for life. Additionally, the Constitutional Act on First President of the Republic of Kazakhstan, No. 83-II of 20 July 2000 was amended in 2010 to give Nazarbayev the constitutional status of *Elbasy* (Leader of the Nation). This granted Nazarbayev the lifelong right to shape Kazakh politics, even after retirement, and immunity from civil and criminal prosecution for him, his family and their property (Pistan, 2019). In 2010, Nazarbayev planned a referendum to extend his term in office until 2020, but then rejected the idea and limited himself to winning the 2011 presidential elections with 95 per cent of the vote. Finally, the 2017 constitutional reform further cemented the position of Nazarbayev by including into the list of constitutional values, which cannot be changed even through constitutional amendments, “the fundamental principles [...] laid down by the Founder of independent Kazakhstan, the First President of the Republic of Kazakhstan – *Elbasy*, and his status” (Freedom House, Kazakhstan Report, 2018).

In Tajikistan, Rahmon has ruled the country since 1994, and is also showing a preference for the “president for life” path. The 2003 constitutional reform, approved through a referendum, changed the 1999 constitutional reform that introduced a one-term limit for the president by transforming it to a two-term limit. The move allowed Rahmon to be elected for another 14 years. In 2016, new constitutional changes approved through a referendum entirely removed term limits for Rahmon, thus allowing him to rule indefinitely. In fact, the 2016 amendment applies only to Rahmon – the “Leader of the Nation” – a status that the parliament granted him in 2015 and which also affords him and his family permanent

immunity from criminal prosecution (Orozobekova, 2016). In addition, the 2016 amendment dropped the minimum age of eligibility at the presidency from 35 to 30 years.

In Kyrgyzstan, by contrast, any attempts aimed at introducing the “dying on the throne” principle failed. For example, President Akayev put forward constitutional changes in 1996, 1998, and 2003 (all approved through referenda), which served to further strengthen the office of the presidency. In fact, the Constitution was changed in a way that it was decided that Akayev’s first two terms in office under the “old” Constitution did not count, and he was therefore free to run for two more terms. However, following the 2005 Tulip revolution, which arose due to rigged parliamentary elections, Akayev was forced to leave office. This led to the new presidential elections, which were held on 10 July 2005, and won by Kurmanbek Bakiyev with 89 per cent of the votes. Then, in 2006, the country experienced a constitutional crisis: a new constitutional reform was approved with the goal of turning the country into a parliamentary system. The reform was, however, rejected by the constitutional court – a move that subsequently allowed Bakiyev to replace the 1993 Constitution with an entirely new 2007 constitutional document which restored strong presidential powers (Freedom House, Kyrgyzstan Report, 2006).

Nonetheless, the 2010 April revolution led to the ouster of Bakiyev and the adoption of the current 2010 Kyrgyz Constitution, which finally introduced in the country a form of government very close to the parliamentary system (Abdukadirov, 2006). The interim government of that period agreed to postpone further constitutional amendments until 2020 so as to give to the new parliamentary system a decade to consolidate. Early presidential elections were held on 30 October 2011, with the former Prime Minister, Almazbek Atambayev, winning with 63.3 per cent of the votes. In June 2016, contrary to his earlier pledge as a member of the interim government, President Atambayev put forward a package of constitutional amendments to expand, among other things, the powers of the prime minister, ban same-sex marriage, reduce judicial independence, and allow Kyrgyzstan to legally disregard international rulings on alleged violations of individual rights within its borders (Esengeldiev, 2017). Finally, in 2017 the country experienced a peaceful transfer of power, with the former Prime Minister Sooron-

bai Jeenbekov elected as a new Kyrgyz President, winning the elections with 54.7 percent of the votes (Freedom House, Kyrgyzstan Report, 2018).

#### 3.4. Step 4: *Chimeric reinforcement of the principle of separation of powers*

Since the end of the 1990s, several new rounds of constitutional reforms have further marked the constitutional development of Central Asian states. These reforms were presented by Central Asian presidents as necessary to reinforce the principle of separation of powers and advance democracy, but in practice, they have all resulted in further strengthening of presidential control over other legal institutions, especially national parliaments.

Kazakhstan probably best illustrates such insincere pledges of democratization. The 1995 Constitution was amended in 1998 and 2007, with the professed aim of enhancing the power of the legislature. In particular, the 1998 constitutional changes introduced a new mixed-majority system for parliamentary elections. When, however, elections were held in 1999, they produced a legislative body mostly consisting of Nazarbayev's loyalists (OSCE, 1999). In fact, multiple political parties exist in Kazakhstan, but they are all puppet parties created by Nazarbayev to provide the country with the semblance of political pluralism. The party of power, Nur Otan, was established in 1999, while the second regime party, Asar, was not even allowed a semblance of independence when, during the 2004 elections, it featured Nazarbayev's daughter at the head of its list. The Agro-Industrial Union of Workers is another puppet party that supports the president. The real opposition has been circumscribed. In particular, Nazarbayev has singled out nationalist or separatist groups, finding them guilty of violating the constitutional provision that prohibits groups attempting to promote social, racial, national, religious, class or tribal discord. Prominent targets have been the Kazakh nationalist party, Alash, and the Zheltoqsan movement, which were both banned and whose leading opposition figures were subjected to harassment (Golosov, 2011).

In 2007, Kazakhstan experienced a new constitutional reform, which was adopted in view of the country's aspiration to hold the OSCE chairmanship. The reform thus should have had at least the

semblance of democracy and was therefore formally passed with the aim of strengthening the powers of the parliament. In particular, it increased the total number of parliamentary deputies, established government accountability not only to the president but also to the parliament (by giving government a vote of non-confidence), and the power of the parliament to approve the appointment of the prime minister (proposed by the president) and the government. In addition, the reform replaced the previous mixed-majority system with proportional party representation, thus formally strengthening the role of political parties. The reform even reduced presidential terms from seven to five years; however, it also allowed Nazarbayev exclusively to run for an unlimited number of five years terms (OECD, 2014). The main outcomes of 2007 constitutional reform were visible during the parliamentary elections of the same year, which were held under the newly introduced proportional system. Since the minimum threshold to gain representation in the parliament has been set at 7 percent of the national vote, only one party succeeded in passing the threshold, and that was Nur Otan – the president's party, which received an embarrassingly high 88 per cent of the vote, winning all seats in parliament.

Tajikistan represents another good example of illusionary democratic reforms. The first 1999 reform to the Constitution – which was approved through a referendum – legalized religious political parties. This was necessary because the peace agreement that ended Tajikistan's 1992-1997 civil war stipulated that the members of opposition, the majority of whom were from the Islamic Renaissance Party of Tajikistan, would receive places in the government. However, the same constitutional reform also extended the length of presidential terms from five to seven years and introduced the one term limit for the president – a move that led Rahmon to declare that the past presidential elections did not count as a part of a term limit, thus allowing him to run in the next presidential elections. Then, in 2003, an additional constitutional reform changed the 1999 constitutional provision that introduced the one term limit for the president, transforming it, in practice, into a two-term limit (Freedom House, Tajikistan Report, 2018).

More generally, the parliamentary elections have shown that Tajikistan's multi-party system is composed of Rahmon's People's Democratic Party and a few other fictitious opposition groups that

fully support Rahmon's regime. However, thanks to the 1999 constitutional reform, Tajikistan also introduced a real opposition, thus becoming the only Central Asian country where the government has formally reached an agreement with the opposition about nominal power sharing, and where a legal Islamic political party was permitted to function openly. In almost all elections, however, the Islamic Renaissance Party has gained only two seats. Six other opposition parties were banned in 1999, and their leaders were subjected to harassment (Golosov, 2011). Finally, the 2016 constitutional reform not only abolished any term limit for Rahmon, but also banned the formation of faith-based political parties, thus directly targeting the Islamic Renaissance Party. Despite this, the country's constitutional court noted in an official statement that the 2016 amendments "[in] totality fulfill the highest values of the Constitution and reflect the process of political democratization" (Eurasianet, 2016).

Chimeric reforms aimed at promoting democratization also frequently occurred in Uzbekistan. In 2002, Karimov orchestrated a constitutional change that created a new bicameral legislature, with a lower Legislative Chamber and an upper Senate. At the same time, however, the reform extended presidential terms from five to seven years, enabling Karimov to stay in power until 2007. Simultaneously, the president urged "radical" democratic changes, telling parliament that the country was ready for freedom of the media, political activity, independent courts, and economic liberalism. Accordingly, in 2003 a new constitutional amendment was approved, establishing that after the 2007 presidential election the prime minister would exercise greater power. In fact, Karimov explained that his goal was to create three powerful branches of government, to correct a situation where "everything now depends on me" (Ochs, 2004).

The situation was thus "corrected" with the 2010 constitutional changes, which gave to the prime minister the responsibility of appointing regional administrators – a power formerly lodged with the president. The same reform also outlined the procedures for the legislature to hold a vote of no confidence to the prime minister and specified that, in the event the president is incapacitated, the chairman of the Senate will serve as the interim head of state pending the commencement of a presidential election within three

months. Then, in 2011 a new constitutional amendment was passed allowing the majority party in the parliament to nominate the prime minister – a function previously performed by the president. The 2011 reform established that the candidate for prime minister had to be approved by a vote of more than half of the members in the legislative chamber. Finally, the reform also reduced the presidential term from seven to five years. The latter change was hailed as advancing democratization, but it was simply a reversion to the pre-2002 terms of office (Pistan, 2019).

In 2013, Karimov delivered a speech declaring:

“It is pressing to further expand the role of the Legislative Chamber and Senate of the Oliy Majlis [...] to reinforce their functions in order to scrutinize the activities of the Cabinet of Ministers and executive bodies, along with their entitlements and powers in addressing strategic objectives of internal and foreign policies [...]” (Hashimova, 2014).

This statement was followed by the 2014 constitutional reform which was approved with the aim of partially transferring presidential powers to the prime minister and strengthening the role of political parties. In practice, however, it meant the reinforcement of Karimov’s fictitious multi-party system, which was created to provide a semblance of pluralism to the country despite only government-controlled parties being allowed to operate legally: the People’s Democratic Party (the president’s party); the Adolat Social Democratic Party; the Liberal-Democratic Party; the National Revival Party, and the Ecological Movement of Uzbekistan. Opposition parties such as Birdamlik, Birlik, Erk, Free Farmers, and the Sunshine Coalition are all illegal (Golosov, 2011).

Even Turkmenistan, the most authoritarian state in Central Asia, used constitutional reforms to formally enhance other legal institutions, particularly the People’s Council. Under Niyazov’s rule, the 2003 constitutional amendment enhanced the status of the People’s Council to a co-equal fourth branch of state power. In fact, the original text of the 1992 Constitution made reference only to the three traditional branches of government, while its 2003 version expressly stated that the state authority is divided among the People’s Council, legislative, executive, and judicial powers, which shall act to independently balance one another. The 2003 reform also fur-

ther expanded the powers of People's Council by granting it the power to dissolve the legislature and local councils, the power to call elections at all levels and appoint the electoral commission, and a quasi-judicial power to pronounce unspecified actions treasonous and persons traitors. The cabinet, the parliament, the general procuracy, and the supreme court were all requested to report to it annually (Newton, 2017). Thus, the People's Council became a rubber stamp for Niyazov's policies very early on.

As far as the Turkmen parliament is concerned, in the period 1994-2016 both presidential elections and parliamentary elections were practically non-existent in the country. In fact, Turkmenistan remained the only one-party state in the former Soviet bloc, as the former Communist Party – renamed the Democratic Party – was the sole registered party, and opposition groups were never registered nor allowed to function. Niyazov had prohibited the establishment of any alternative political party until 2010, explaining that:

“Turkmenistan will get a multiparty system and an opposition in time, but it has had more important things to do since independence, such as ensuring that the people's living standards don't plummet” (OSCE, 2002).

Therefore, even if parliamentary elections were generally held, they did not even have the semblance of multi-party elections. For example, in the 1999 elections, 103 of 104 candidates were members of the Democratic Party; the other was co-opted as an independent (Peyrouse, 2012).

Following the death of Niyazov in 2006, his successor Berdimuhamedow presented himself initially as a reformer: in 2008 a constitutional amendment abolished the People's Council, while in 2012 a new legislation was approved with the aim of ostensibly promoting freedom of media and pluralism in politics. The measure was presented as a national democratic milestone, even though the first multi-party election held in 2013 saw only the participation of candidates loyal to the president (Freedom House, Turkmenistan Report, 2018). Finally, in 2016, a new package of constitutional amendments was approved. The 2016 version of Turkmen Constitution was presented as a sophisticated document based on the framework of sovereignty, neutrality and human rights. In fact, Berdimuhamedow reacted to the amendments by stating:

“Let me congratulate you on (passing) a constitution which matches our era of might and happiness [thus referring to the official name of his tenure which follows Niyazov’s “Golden Age”]. I would like to stress that Turkmenistan is the only country in the world the constitution of which reflects the provisions of the UN General Assembly resolutions” (News Central Asia, 2016).

Yet the 2016 reform was mainly adopted to establish a president for life principle, and to mask this measure, it also created the position of ombudsman for human rights (Freedom House, Turkmenistan Report, 2018). The 2016 reform was then completed in 2017, when a new constitutional amendment downgraded the role of the parliament by reviving the People’s Council with all its competences. The move has cancelled in the country any gesture towards democratization (Eurasianet, 2017).

Illusory democratic reforms also occurred recently in Kyrgyzstan – the most democratic Central Asian state. The 2010 Constitution transformed the country into a more parliamentary system (although with the direct election of the president), and this new structure was intended to be not altered for 10 years. However, in 2016, Atambayev urged for a new constitutional reform by arguing that it was necessary to further change the form of government towards a “pure” parliamentary system so as to solve some concerns about the division of powers and make it more difficult to establish an authoritarian regime in the country. In actuality, the 2016 constitutional reform preserved in the new “pure” parliamentary system the status of the president as a key figure in decision-making. Under the new amendments, the president retains his levers of influence on law enforcement and national security structures through the pro-presidential party in parliament. The reform has, in fact, preserved the influence of Atambayev’s Social Democratic Party of Kyrgyzstan – currently the main party in the ruling coalition. In addition, instead of weakening the presidency, the reform’s main institutional consequence has been the weakening of the judiciary’s independence. The amendments increased the president and parliament’s influence on judges, including the judges of the Constitutional Chamber of the Supreme Court. Moreover, the reform increased the president’s ability to influence other branches in a number of ways.

First, the new provisions allow the prime minister to call for a no-confidence vote in the government two times a year (instead of



just once as it was previously). In the case of the vote of no-confidence, the reform further confers to the president the power to ask the parliament to resign and hold early elections (Esengeldiev, 2017). Second, through the pro-presidential coalition in the legislative body, the president can now influence the dismissal of the speaker of the parliament. Third, the president's influence over the branches of government has been increased through the restoration of a "veto" power, which allows the president to block legislative proposals relating to country's budget and taxes. At the same time, the 2016 reform did not affect the president's chairmanship of the Security Council, or his power to appoint and dismiss heads and deputies of government bodies responsible for defense and national security. The president has also kept his control over the general prosecutor's office, which is still appointed by the president with parliament's consent (*ibid.*). Many of the controversial 2016 changes were heavily criticized by the Venice Commission, whose August 2016 opinion stated that such changes would "negatively impact the balance of powers".

### 3.5. Step 5: *The gift of Presidents to Central Asia: a peaceful transfer of powers to a new generation of authoritarian leaders*

Once Central Asian authoritarian regimes were established through the consolidation of the status of the president, the ultimate move of Central Asian rulers was to ensure the future stability of undemocratic regimes they have created through the elaboration of succession plans. The latter were aimed at ensuring a peaceful power transition to a new generation of authoritarian leaders.

When, for example, Niyazov and Karimov died in 2006 and 2016 respectively, they left their countries without officially nominating their successors, thus opening a critical chapter in Turkmenistan's and Uzbekistan's independent history. More precisely, in Turkmenistan, Niyazov died on 21 December 2006 without elaborating any succession plan. He was an orphan, and his son Murat, who was considered a likely successor, was uninterested in politics. Thus, after Niyazov's death a mini-constitutional coup occurred. Within hours of the announcement of Niyazov's death, an extraordinary session of the Security Council and the Cabinet of Ministers appointed the then deputy prime minister, Berdimuhamedow, as acting head of state. The move was in contradiction to the Turkmen

Constitution, which clearly stated that the parliamentary chairman had to fill in as president until a new leader was elected. But the chairman of the parliament, Ovezgeldy Ataev, was removed on the same day and charged with criminal activity by the office of the Prosecutor General (Freedom House, Turkmenistan Report, 2007). In this way, the political elites in power at the time of Niyazov's death were able to secure the placement into power of the candidate of their choice, thus preserving also their power positions. The constitutional legitimation of the move came only *ex-post*. On 26 December 2006, an emergency session of the People's Council rubber-stamped the constitutional amendments formalizing the arrangements for a smooth transfer of power, thereby ensuring the stability in the power transfer in a short term. The 2016 reform allowed Berdimuhamedow to stand in the next presidential elections, and to designate the chairman of the Cabinet of Ministers (or a deputy prime minister, in the event that the president and the prime minister were the same person) as acting head of state if the president was unable to execute his duties. At the same session, the People's Council passed a new Law on Presidential Elections (*ibid.*). These new arrangements also ensured in the country a peaceful power transfer in a long term. When, in fact, in February 2007 the new presidential elections were held, Berdimuhamedow won with 89.23 per cent of the vote.

In Uzbekistan, official media reported the death of Karimov on 2 September 2016. Similarly to Niyazov, Karimov had not named an official successor, so his death prompted an unprecedented transition of power. After a few days of uncertainty, the Prime Minister, Shavkat Mirziyoyev, took the interim presidential office – again, in this case, in contradiction with the Constitution, which states that the Chair of the Senate should assume the office in the case of president's incapacitation. In Uzbekistan, however, the power transfer did not receive any legitimization through an *ex-post* adoption of amendments to the Constitution, probably because after Karimov's death, the chairman of the Senate was offered the post and declined it. The new presidential elections were held on 4 December 2016. Mirziyoyev faced no real opposition and became the second president in the history of the independent Uzbekistan after receiving 88.61 percent of votes (Freedom House, Uzbekistan Report, 2017).

Uzbekistan thus experienced a peaceful power transfer, but in this case the political elite in power at the time of Karimov's death was not able to preserve its power positions. Once elected, Mirziyoyev said that he would continue Karimov's work, but he has been quick in consolidating power. In order to solidify his position, the new president moved firstly against Karimov's immediate family. As Karimov failed to make provisions for them, they quickly lost their riches and privileges. The new president then purged scores of Karimov's top government officials, district mayors, prosecutors, and police chiefs (OpenDemocracy, 2016).

The uncertainties that surrounded the transfers of power in both Turkmenistan in 2006 and Uzbekistan in 2016 – where the power succession did not follow the existing rules and procedures – together with the fear of facing the same fate as the ousted Kyrgyz presidents after the revolutionary chaos of 2005 and 2010 led Rahmon in Tajikistan and Nazarbayev in Kazakhstan to elaborate detailed succession plans.

In Tajikistan, a special law of December 2015 firstly granted Rahmon the title of “Leader of the Nation”, while the 2016 constitutional reform not only granted him the ability to run for unlimited number of terms, but also reduced the minimum age for presidential candidates from 35 to 30. This means that Rahmon's older son, Rustan Emomali, will be able to run for the presidency in the future, thus replacing his father (Voices from the Field, 2016).

The most successful succession plan has been, however, elaborated by Nazarbayev's in Kazakhstan. It was developed through the 2017 amendments to the Kazakh Constitution and activated by Nazarbayev with his unexpected resignation in 2019. In particular, the 2017 constitutional reform was presented by Nazarbayev as necessary to seriously redistributing powers between different branches and democratizing the Kazakh political system as a whole. The main step in this direction was the transfer of some presidential powers to the parliament and the government. For example, the reform introduced a measure of government accountability to the parliament. It also empowered the parliament to influence the composition of the government and dismiss its members (although the president has retained the power to dismiss the government), and removed president's right to issue decrees and exercise legislative powers of the parliament for up to a year (Pistan, 2017). Despite

the fact that some observers – including the Venice Commission in its opinion of February 2017 – described the 2017 changes as a “step forward in the process of democratization of the state”, in reality, the reform represented a maneuver aimed at preparing the ground for a political succession in the country.

In fact, the reform was not aimed to be applicable to Nazarbayev who retained his political power until his resignation in 2019. Moreover, it did not limit Nazarbayev’s long life right to shape Kazakh politics even after retirement. In other words, the goals of the reform were essentially twofold: a) to ensure a peaceful and managed power transition controlled by Nazarbayev following his resignation, and b) to introduce a more rigid system of separation of powers aimed at making easier for a new generation of authoritarian leaders to manage a succession by splitting key roles between different players, rather than allowing one successor to concentrate the power in his/her hands (Pistan, 2019). What is more, Nazarbayev’s succession plan has been orchestrated by playing in accordance to constitutional rules, which in fact became crucial in ensuring a controlled and peaceful power transfer and avoiding the appearance of outsiders. When the first Kazakh president resigned in 2019, in accordance to the 1995 Constitution, Kassym-Jomart Tokayev, the chairman of the Senate (and Nazarbayev’s great friend and colleague), took over presidential duties until the presidential elections of the same year, which Tokayev won with 71% of the vote. At the same time, the 2017 changes to the Constitution were activated.

Given the success of Nazarbayev’s succession plan in ensuring an orderly power transition in which the former president has retained his powers and has preserved his family’s privileged position in Kazakh public life, it has the potential to become a new model of authoritarian succession for other undemocratic countries that are facing the same challenge. It seems, in fact, that Berdimuhamedow in Turkmenistan is adopting currently a similar model. In 2019, the second Turkmen president announced his aim to expand the legislature through the adoption of new constitutional amendments. The goal is to form a new bicameral parliament, which will be composed of the existing *Mejlis*, and People’s Council (the latter will be elevated to a second chamber of the legislature). Berdimuhamedow explained that such changes to the Constitution are necessary to ad-

vance “Turkmenistan’s national democratic tradition”. The draft amendments will be discussed by People’s Council in its next session in 2020. As has been observed, the short-term aim of the proposed constitutional reform is the strengthening of Berdimuhamedow’s status by deepening his control over both executive and legislative branches of government. It is clear, in fact, that the formalization of the influence of People’s Council over the *Majlis* will provoke a deepening of authoritarianism in the country as there will no longer be the separation of powers in Turkmenistan. The long term plan of the proposed reform seems to be, however, to ensure that Berdimuhamedow becomes the power behind the throne who commands the parliament while placing, at the same time, his son Serdar in a leadership position. In fact, in 2018, while running the race, a symbolic act occurred between Serdar and his father: the Turkmen president passed the baton to his son. State-controlled media described the act as “a symbol of the continuity of generations” (Clement, 2019).

4. *Mission accomplished: illiberal constitutionalism as a way of consolidating smart authoritarianism able to defend itself*

Most scholars view authoritarian regimes as largely unconstrained by Constitutions, and therefore do not include them in their research. However, the five steps through which Central Asian states moved towards an undemocratic rule clearly indicate that constitutional rules should not be ignored in contemporary hybrid/authoritarian regimes. On the contrary, formally democratic Constitutions can be subjected to manipulative techniques with the aim to achieve undemocratic goals. In Central Asia, constitutional amendments – an instrument traditionally used to protect against threats to the democratic Constitution – have become the main tool for legitimizing authoritarian state building.

Rewriting the Constitution gave Central Asian rulers the chance to shift from one constitutional order to another, legitimately replacing bodies that are supposed to check executive power, such as parliaments or constitutional courts, and simultaneously ensuring presidents’ permanence in office or the expansion of their powers. In other words, Central Asian authoritarian rulers have taken power constitutionally, through regular elections, and have consolidated

their power positions through constitutional reforms, thus playing in accordance with constitutional rules. Moreover, Central Asian presidents have on several occasions professed that they are acting by strictly observing constitutional rules. When, for example, Nazarbayev dissolved his parliament in 1995 and put forward the current 1995 Constitution, it was clear that the country moved towards authoritarianism, but the first Kazakh president insisted it was the constitutional court, not he, that demanded the dissolution, and that he was only using his constitutionally prescribed power:

“The law is the law, and the President is obliged to abide by the constitution [...] otherwise, how will we build a rule-of-law state?” (Human Rights Watch, Kazakhstan Report, 1999).

Even Turkmenistan, the most authoritarian among Central Asian undemocratic regimes, paid attention to constitutional procedures. When, for instance, the People’s Council proposed Niyazov’s appointment as president for life in 2006, in his speech the first Turkmen president indicated to the People’s Council that there was a need to constitutionalize such move:

“Your desire is for me the law. But we have laws, we cannot violate these laws. Respected friends, wait a moment. I want to say, honestly, that in Turkmenistan the people respect me so much I cannot sleep. Respected people, I am so grateful to you, it is difficult for me to speak” (Pannier, 1999).

What is more, even after numerous rounds of constitutional changes, the current versions of Central Asian Constitutions still look formally democratic and are still committed to separation of powers. However, their texts have been substantially reworked in a way that they actually preclude further democratization. In other words, by manipulating Constitutions, Central Asian presidents have created constitutional orders that give little space for balanced institutional structures, emphasizing instead their personal leadership.

Undoubtedly, a practice in which formally democratic Constitutions are manipulated for achieving authoritarian goals represents an example of illiberal constitutionalism. In fact, in all Central Asian states, constitutionalism has been used to undermine democracy and move towards authoritarianism. In particular, constitu-

tional amendments have proven to be remarkably susceptible to such maneuvers. Continuous revisions of Constitutions served two purposes for Central Asian presidents. On the one hand, constitutional amendments were formally presented by authoritarian rulers as necessary for advancing democracy (even though they have all served to strengthen presidential powers). For example, when the 2016 version of the Turkmen Constitution was adopted, Berdimuhamedow stated:

“Constitution is our reputation and honor. The adoption of the basic law of the country on the eve of the 25th jubilee of independence is a historic event. The new edition of the Constitution corresponds to the international and national experience of democracy. We will strengthen the power of our country. The individual is declared as the main value of society and state. Turkmenistan is the only country in the world, which has fixed UN resolutions and principles of international law in its Constitution. Political, economic, and cultural power creates opportunities to raise the authority of Turkmenistan as a peacemaking center on the planet” (News Central Asia, 2016).

When, more recently, Berdimuhamedow urged further constitutional reforms to be adopted in 2020 as necessary to advance Turkmenistan’s “national democratic tradition” he clarified:

“The transition to a qualitatively new two chamber system will allow for representing the interests of all sectors of the Turkmen society and creating the conditions for supervision in law enforcement practice. This will give an impetus to closer interaction of deputies with voters and strengthening control over the implementation of laws and national programs” (Clement, 2019).

Obviously, there is no democratic tradition in Turkmenistan, and the real aim of the reform is to cancel the principle of separation of powers and prepare the throne for the president’s son. The rhetoric of democratization while adopting new versions of Constitutions has proven to be very effective in Central Asian states, as these regimes enjoy fair amounts of democratic legitimacy at home. The vast majority of constitutional amendments were approved through constitutional referenda; this gave, in fact, the semblance of popular participation in politics, thus anesthetizing the population with a veneer of democracy (Pistan, 2019).

On the other hand, practices of illiberal constitutionalism could be seen as Central Asia's response to international pressures for democratization. The aim is to convince the international community, Western states, and potential investors of these gas- and oil-rich countries' sincere pledges to democratic politics in order to secure financial assistance and investment to develop their natural resources (Pistan, 2019). For example, Kyrgyzstan under Akayev's rule was extremely motivated by a desire for Western economic assistance when promoting itself as an "island of democracy in Central Asia". Moreover, it was not a case that Karimov in Uzbekistan urged "radical" democratic reforms in 2002 – the same year in which the US gave the country the financial aid to help the president to rebuild the country's economy (CRS Report, 2013). Furthermore, in Kazakhstan, Nazarbayev put forward the 2007 illusory democratic constitutional reform as the country has been seeking to improve its international standing as a progressive, democratic nation in view of its aspiration to hold the OSCE chairmanship (OECD 2014). Turkmenistan also learned from its neighbours, and in 2012 its second president launched ostensible democratic reforms in order to build profitable economic relations with the EU (Zhovtis, 2017).

Yet the end result of practices of illiberal constitutionalism in Central Asia is that they led to the establishment of "smart authoritarian regimes able to defend themselves". In fact, what happened in Central Asia can be seen as the opposite of the principle of "militant democracy" (or, "democracy able to defend itself"). While the latter relies on the idea that democracies ought to defend themselves from anti-democratic forces by constitutionalizing repressive measures, "authoritarianism able to defend itself" relies on the manipulation of instruments traditionally viewed to protect the democratic order against threats, such as constitutional amendments, as a key part of realizing authoritarian projects. In other words, authoritarianism in Central Asia has not been shaped exclusively by informal unconstitutional measures. On the contrary, strict adherence to constitutional rules has become the main way for smart authoritarianism to protect its own survival.



5. *Instead of conclusions: democracy as chaos or destiny in Central Asia?*

Although it is clear that, since the mid-1990s, Central Asian rulers have mastered the language of democratization without any sincere commitment to this process, one question remains open: what does the concept of democracy mean in Central Asia?

Some answers can be derived from statements of Central Asian presidents. For example, in Kazakhstan, Nazarbayev explained so as to justify the expansion of his powers that, “Western schemes do not work in our Eurasian expanses”. Accordingly, Kazakhstan introduced a “special way theory”, which follows the formula “economics first, politics second”, meaning that only once economic recovery is ensured, political democracy will be introduced in the country. Then, in 2010 Nazarbayev further explained:

“We acknowledge that perhaps we have not yet reached the same level that developed nations have achieved – and it’s not just us, but many post-Soviet countries. But people aren’t ready for drastic changes. Therefore, we worry that democracy may be perceived as the opposite, as making people’s lives deteriorate. It happened in Russia [...]. When our neighbours in Kyrgyzstan tried to establish complete freedom of democracy, it led to such cataclysms that they still can’t recover. We see this in Ukraine, we see this in Georgia. Our people see it. We say the economy first, then politics. We need to move gradually” (Euronews, 2010).

Finally, he summarized his belief during the 2015 presidential elections:

“democracy is not the starting point of our way, it is the final point of our destination” (Pisareva, 2019).

Similar statements can be found in other Central Asian countries. For instance, in Uzbekistan following the 2011 constitutional changes, Karimov stressed that the country was following a path of “evolutionary” democratization, which includes increasing checks and balances among the three branches of power and strengthening political parties. However, he also stated that the government’s power would continue to increase in the “transitional period” in order for it to direct the reforms, and further cautioned that the

process of democratization is lengthy and never-ending (CRS Report, 2013).

Such a Central Asian “model of democracy” has been seen by all Central Asian states as offering the best prospects for ensuring solutions to regional problems. In fact, after seeing the bloodshed in Tajikistan and potential for conflict in Kyrgyzstan, the appeal of Western-style democracy for most of the region’s leaders quickly wore off, since pluralistic politics simply appeared to be a gateway to chaos and disorder in societies lacking national unity and facing serious political and socioeconomic problems. As a result, undemocratic rule has become the antidote to prevent serious conflicts and violence, and to develop political and economic stability. For example, after Russia’s annexation of Crimea in 2014, Nazarbayev in Kazakhstan clearly promoted the “stability discourse” by stressing:

“Ukraine, the second-biggest ex-Soviet state, today has an economy which is half the size of Kazakhstan’s, because there is no unity” (Pisareva, 2019).

Yet some final observations could be stressed. First, authoritarianism should not be considered as the natural order of Central Asia. The region is undoubtedly marked by an authoritarian past as it was part of the Soviet Union, but the same is true for other parts of the world that have subsequently developed more liberal forms of politics (Melvin, 2004). Second, stability is not the answer to the problems of Central Asia. On the contrary, it appears the heart of the problem as it is not allowing any further democratization of the region (Merry, 2005). Third, as Kyrgyzstan, the most democratic but most chaotic Central Asian state demonstrates, building democracy represents an exceedingly difficult and long journey. In Central Asia it would mean as its first step reviving constitutionalism – that is, constructing a sincere and genuine system of checks and balances designed to prevent the accumulation of power and the abuse of office (Pistan, 2019). This would require the introduction of political pluralism by dissolving existing parliaments, constructing a genuinely competitive party system, holding free elections, and ensuring that the newly elected parliaments become a forum for pluralistic debates.

Certainly, such program of political changes is not currently in the cards in Central Asia. However, there is one issue that even the most authoritarian regime cannot control. Constitutional reforms, which have been largely used in Central Asia for moving towards an undemocratic rule, do not represent an authoritarian tool, but an instruments that liberal constitutionalism has traditionally used to protect and govern democracy. As such, constitutional reforms represent the most dangerous moment for an authoritarian regime; in fact, the demise of the Soviet Union in 1991 already showed that constitutional reforms could lead to the unravelling of authoritarian dynamics or even trigger the end of the regime, thus allowing the transition to a more democratic and liberal orders.

### *Abstract*

The article is devoted to the constitutional development in Central Asia. It starts by exploring the constitution-making process which occurred in the region during the initial democratic impulse of the early 1990s, and focuses then on the ways in which formally democratic Constitutions have been manipulated within the region to serve authoritarian projects. The author identifies five main steps through which authoritarianism has been built, consolidated and legitimated in Central Asia, and shows the ways in which constitutional replacements, constitutional amendments, and referenda have become key instruments in achieving this goal. In developing this topic, the article views illiberal constitutionalism as a way to consolidate a “smart authoritarianism able to defend itself”, and further reflects whether democracy should be considered as chaos or destiny in Central Asia.

L'articolo è dedicato allo sviluppo costituzionale dell'Asia centrale. Si apre con un previo esame del processo costituente avviato nella regione durante l'iniziale impulso democratico dei primi anni '90, per concentrarsi poi sulle modalità in cui Costituzioni formalmente democratiche sono state manipolate nella regione per servire progetti autoritari. L'autrice individua cinque passaggi principali attraverso i quali l'autoritarismo è stato costruito, consolidato e legittimato in Asia centrale e rivela come successive sostituzioni di iniziali testi costituzionali, revisioni costituzionali e referendum siano divenuti strumenti chiave nella costruzione dell'autoritarismo. Nello sviluppare tale argomento, l'articolo vede il costituzionalismo illiberale come modo per consolidare un “autoritarismo *smart* in grado di difendere se stesso” e riflette ulteriormente se la democrazia debba essere considerata come caos o destino nell'Asia centrale.

## References

- Abdukadirov, S. "Revisiting the Constitution: A Case for Parliamentary System in Central Asia?", *Doctoral Working Paper Series - George Mason University* 0607-003(2006): 1-19.
- Akerman, E. "Democratisation in Central Asia: communism to clanism", *Conflict, Security & Development* 1(2011): 133-144.
- Anderson, J. "Constitutional development in Central Asia", *Central Asian Survey* 3(1997): 301-320.
- Anderson, J. *Kyrgyzstan: Central Asia's Island of Democracy?*, Routledge (1999).
- Boonstra, J. "Democracy in Central Asia: Sowing in unfertile fields?", *EUCAM Policy Brief* (23)2012: 1-5.
- Borocz, J. "Informality Rules", *East European Politics and Societies* 14(2000): 348-380.
- Clement, V. "Passing the baton in Turkmenistan", *Atlantic Council*, 21 October 2019, available at: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/passing-the-baton-in-turkmenistan/>.
- Collins, K. "Clans, Pacts, and Politics in Central Asia", *Journal of Democracy* 3(2002): 137-152.
- Collins, K. *Clan Politics and Regime Transition in Central Asia*, Cambridge University Press (2006).
- Cummings, S.N. and Ochs, M. "Turkmenistan: Saparmurat Niyazov's In-glorious Isolation", in Cummings, S.N. (ed.), *Power and Change in Central Asia*, Routledge (2002).
- Esengeldiev, A. "Kyrgyzstan's 2016 Constitutional Referendum", *Freedom House*, April 2017, available at: <https://freedomhouse.org/report/analytical-brief/2017/kyrgyzstans-2016-constitutional-referendum>.
- Eurasianet. "Tajikistan: Autocracy Bolstered as Opposition Trial Opens", 9 February 2016, available at: <https://eurasianet.org/tajikistan-autocracy-bolstered-as-opposition-trial-opens>.
- Eurasianet. "Turkmenistan Downgrades Parliament in Favor of People's Council", 10 October 2017, available at: <https://eurasianet.org/turkmenistan-downgrades-parliament-in-favor-of-peoples-council>.
- Euronews. "Nazarbayev: Economy first, than politics", 15 January 2010, available at: [www.euronews.com/2010/01/15/nazarbayev-economy-first-then-politics/](http://www.euronews.com/2010/01/15/nazarbayev-economy-first-then-politics/).
- Fergana News. "Uzbekistan after Karimov: goodbye to the family business", *Open Democracy*, 16 September 2016, available at: <https://www.opendemocracy.net/en/odr/uzbekistan-after-karimov-goodbye-to-family-business/>.
- Freedom House, *Kyrgyzstan Report* (2006).
- Freedom House, *Kyrgyzstan Report* (2017).

- Freedom House, Kyrgyzstan Report (2018).
- Freedom House, Tajikistan Report (2018).
- Freedom House, Turkmenistan Report (2007).
- Freedom House, Turkmenistan Report (2018).
- Freedom House, Uzbekistan Report (2008).
- Freedom House, Uzbekistan Report (2017).
- Gleason, G. "Uzbekistan: From Statehood to Nationhood", in Bremer, I. and Taras, R. (eds.), *Nations and Politics in the Soviet Successor States*, Cambridge University Press (1993).
- Golosov, G. "Lipstick on a Crocodile: Electoral Authoritarianism in Central Asia", *Open Democracy*, 11 March 2011, available at: [www.opendemocracy.net/en/odr/lipstick-on-crocodile-electoral-authoritarianism-in-central-asia/](http://www.opendemocracy.net/en/odr/lipstick-on-crocodile-electoral-authoritarianism-in-central-asia/).
- Hashimova, U. "Are Recent Constitutional Changes in Uzbekistan Related to Successor Issue?", *Eurasia Daily Monitor*, 59(2014).
- Heathershaw, J. and Herzig, E. (eds.), *The Transformation of Tajikistan: The Sources of Statehood*, Routledge (2012).
- Kangas, R.D. "Legal Reform in Central Asia: Battling the Influence of History", in Burghart, D. and Sabonis-Helf, T. (eds.), *In the Tracks of Tamerlane: Central Asia's Path to the 21<sup>st</sup> Century*, National Defense University Press (1994).
- Lewis, D. "Understanding the Authoritarian State: Neopatrimonialism in Central Asia", *The Brown Journal of World Affairs* 1(2012): 115-126.
- Melvin, N.J. "Authoritarian Pathways in Central Asia: A Comparison of Kazakhstan, the Kyrgyz Republic and Uzbekistan", in Ro'i, Y. (ed.), *Democracy and Pluralism in Muslim Eurasia*, Routledge (2004).
- Merry, E.W. "The Politics of Central Asia: National in Form, Soviet in Content", in Burghart, D., Sabonis-Helf, T. (eds.), *In the Tracks of Tamerlane: Central Asia's Path to the 21<sup>st</sup> Century*, National Defense University Press (1994).
- Mishra, K.M. "Democratisation Process in Kazakhstan: Gauging the Indicators", *India Quarterly* 3(2009): 313-327.
- News Central Asia. "New Constitution of Turkmenistan based on framework of Human rights, neutrality", 14 September 2016, available at <http://www.newscentralasia.net/2016/09/14/new-constitution-of-turkmenistan-based-on-framework-of-human-rights-neutrality/>.
- Newton, S. *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States. A Contextual Analysis*, Hart Publishing (2017).
- Nihol, J. "Uzbekistan: Recent Developments and U.S. Interests", *CRS Report* (2013): 1-26.
- Ochs, M. "Human Rights in Central Asia", in Burghart, D. and Sabonis-Helf, T. (eds.), *In the Tracks of Tamerlane: Central Asia's Path to the 21<sup>st</sup> Century*, Natl Defense Univ Pr (1994).

- OECD Public Governance Reviews. "Kazakhstan: Review of the Central Administration", OECD (2014).
- Olcott, M.B. "Central Asia's Political Crisis", in Eickelman, D.F. (ed.), *Russia's Muslim Frontiers; New Directions in Cross-Cultural Analysis*, Indiana University Press (1993).
- Omelicheva, M.Y. *Democracy in Central Asia. Competing perspectives and alternative strategies*, The University Press of Kentucky (2015).
- Orozobekova, C. "Central Asia's Presidents-for-Life. Don't hold your breath waiting for democratic transitions in Central Asia", *The Diplomat*, 5 February 2016, available at: <https://thediplomat.com/2016/02/central-asias-presidents-for-life/>.
- OSCE Election Observation Mission. "Republic of Kazakhstan, Election of Deputies to the Majilis of the Parliament", 10 October 1999, available at: [www.oscepa.org/documents/election-observation/election-observation-statements/kazakhstan/statements-13/1424-1999-parliamentary](http://www.oscepa.org/documents/election-observation/election-observation-statements/kazakhstan/statements-13/1424-1999-parliamentary).
- OSCE. "Democracy and Human Rights Trends in Eurasia and East Europe: A Decade of Membership in the Organization for Security and Cooperation in Europe: a Report", 31 December 2002, available at: <https://www.osce.org/sites/belsinkicommission.house.gov/files/Democracy%20and%20Human%20Rights%20Trends%20in%20Eurasia%20and%20East%20Europe%20-%20Text%20Only%20281%29.pdf>.
- Pannier, B. "The Central Asian Referendum", *Rferl.org*, 21 May 2016, available at: <https://www.rferl.org/a/qishloq-ovozi-central-asian-referendum/27749109.html>.
- Petrenko E. "Nation-Building amid Authoritarian Modernization: the Kazakhstan Case", *Ethnopolitical Processes and the Nation in the Changing World* 6(2016): 70-79.
- Peyrouse, S. *Turkmenistan: Strategies of Power, Dilemmas of Development*, Routledge (2012).
- Pisareva, D. "Making Sense of Nazarbayev's Abrupt Resignation in Kazakhstan", *Atlantic Council*, 25 March 2019, available at: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/making-sense-of-nazarbayev-s-abrupt-resignation-in-kazakhstan/>.
- Pistan, C. "2017 Constitutional Reform in Kazakhstan: increasing democracy without political pluralism?", *Constitutionnet*, 28 March 2017, available at <http://www.constitutionnet.org/news/2017-constitutional-reform-kazakhstan-increasing-democracy-without-political-pluralism>.
- Pistan, C. "Pseudo Constitutionalism in Central Asia: Curse or Cure?", *Federalismi.it* 8(2019): 1-18.

- Pistan, C. "Smart Authoritarianism: Nazarbayev's resignation as a move to consolidate Kazakhstan's 2017 constitutional reform", *DPCE Online*, 2(2019): 1037-1054.
- Roudik, P.L. *Post-Soviet transformation: The history of the Central Asian republics*, Greenwood Press (2007).
- Sedelius, T. *The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*, Örebro Studies in Political Science (2006).
- Shukuralieva, N. "Problems of Constitutionalism in the Republic of Kyrgyzstan", *Central Asia and Caucasus* 6(2007): 1-17.
- Vaisman, D. "Regionalism and Clan Loyalty in the Political Life of Uzbekistan", in Ro'i, Y. (ed.), *Muslim Eurasia: Conflicting Legacies*, Frank Cass (1995).
- Venice Commission. "Comment of the working group on the redistribution of powers on the draft amendments to the constitution of the Republic of Kazakhstan", Opinion 882(2017), CDL-REF(2017)017, 24 February 2017.
- Venice Commission. "Kyrgyz Republic. Draft law "on introduction of amendments and changes to the Constitution. Comparative table", Opinion 863(2016), CDL-REF(2016)051, 23 August 2016.
- Voices from the field. "Tajikistan's constitutional referendum: Legitimizing de facto dictatorship?", *Constitutionnet*, 8 June 2016, available at: <http://constitutionnet.org/news/tajikistans-constitutional-referendum-legitimizing-de-facto-dictatorship>.
- Wooden, A.E. and Christoph, S.H. *The Politics of Transition in Central Asia and the Caucasus*, Routledge (2019).
- Zakaria, F. "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs* 6(1997): 22-43.
- Zhovtis, E. "Democratisation and Human Rights in Central Asia: Problems, Development Prospects and the Role of the International Community", *CEPS Policy Brief*, 134(2017): 1-12.

ARMEN MAZMANYAN

FACADES, PUPPETS, OR ACTIVIST WATCHDOGS?  
ASSESSING CONSTITUTIONAL COURTS  
IN CENTRAL ASIAN POLITICS

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Constitutional Courts with adjectives. – 3. Constitutional Courts in the authoritarian context. – 4. Constitutional Courts in transitional periods. – 5. Constitutional review in a hybrid regime. – 6. Conclusions.

1. *Introduction*

Since the end of the Second World War, a dramatic expansion of constitutional adjudication across the globe has been witnessed (Tate and Vallinder, 1997; Shapiro and Stone Sweet, 2002). This tendency has resulted in a proliferation of specialized constitutional tribunals (Kelsenian courts or courts of the Austrian model).<sup>1</sup> These tribunals, maintaining a monopoly over adjudication of constitutional matters – in contrast with the model of judicial review where the function is implemented by any general court (diffuse or American model) – have been designated as guardians of limited power and a prime safeguard against authoritarian backsliding in post-war Europe.

This tendency did not bypass Central Asia, a former Soviet province now comprising five independent states, Uzbekistan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan and Turkmenistan. Following the collapse of the Soviet Union, constitutional courts were created in all of these states but Turkmenistan. The four constitutional courts, initially generously empowered, have, remarkably, survived through decades of the authoritarian rule for which Central Asia is most (in)famous.

---

<sup>1</sup> Currently, more than 70 countries in the world have a constitutional tribunal. See the list of constitutional courts in Grote (2012, 221).



But have Central Asian constitutional courts ever implemented a meaningful check on power and resisted authoritarian consolidation in their countries? What were the roles and functions of these bodies in the illiberal settings of Central Asia, and why were constitutional watchdogs inaugurated and empowered in countries which definitely tended to authoritarian consolidation at all? Ultimately, how do constitutional courts behave in post-authoritarian environments, and what can be expected from these politically empowered bodies when authoritarianism starts to crack?

This article tracks the record of constitutional court performance in Central Asian states and attempts to set up a framework for studying their role in respective polities. As the degree of political competition in a given polity is the main factor determining vigorousness of judicial review, constitutional court performance is analyzed in three different political environments that Central Asian republics have witnessed since their independence: stable authoritarianism, which has plagued the region overwhelmingly since the collapse of communism; protracted post-authoritarian transition, experienced by Kyrgyzstan in 2006-2007; and the hybrid political regime which has persisted in Kyrgyzstan since 2010. This article argues that, depending on the political regime, as well as the actual level of competitiveness of politics within each regime, constitutional courts may perform different political roles, from that of mere façades in most repressive settings to that of activist watchdogs in protracted transitional periods of regime change.

Section 1 provides for a framework for understanding the uneasy relationship between authoritarianism and constitutionalism from the perspective of struggling constitutional courts embedded in a non-democratic setting. Section 2 illustrates and explains the roles and functions that constitutional courts have played and performed in Central Asian authoritarian regimes. Section 3 analyzes the performance of the Kyrgyz Constitutional Court following the fall of the Akayev rule in 2005 and until the consolidation of power by President Bakiyev. This section illustrates the embedded motivations behind judicial behavior during transitional periods of elite change, in comparative perspective. Section 4 looks at the Kyrgyz constitutional tribunal following the 2010 revolution and attempts at conceptualizing constitutional court performance in a hybrid

regime by matching the Kyrgyz evidence with that in other hybrid regimes in the post-communist world.

## 2. *Constitutional Courts with adjectives*

The emergence and survival of constitutional courts in Central Asia, a *terra incognita* of constitutional studies, represent a paradoxical pattern of judicial empowerment. Contrary to established theories and widely shared intuitions, the empowerment of constitutional tribunals, which were designated as guardians of limited power, almost everywhere coexisted with a governance style of limitless power. In an anecdotal way, Central Asia represents a perfect test for Tom Ginsburg's (2002) famous argument that constitution-makers choose strong constitutional tribunals if they are preparing to transfer power. In fact, the Central Asian leaders, in the same manner as most of fellow leaders in the former USSR, often erected strong courts in the midst of almost-absolute empowerment that was intended for governance not limited either in substance or time. The apparently puzzling proposition is supported by empiric evidence showing that strongly empowered judicial review emerged in countries and regions which proved to be among the least democratic in the world (Trochev, 2004).

As studies of constitutional politics in autocratic regimes evolved, the apparently paradoxical co-existence of constitutional courts and authoritarianism, once a puzzling reality, is no longer of strong interest for students, though it remains a still-exciting subject as a typical pattern of what could be branded as "constitutionalism with adjectives",<sup>2</sup> where adjectives as notorious as "façade", "pseudo", and "sham" are applied to define the constitutional status of a range of non-democratic regimes (for one, see Sakwa, 2007).

As elsewhere in the high days of transition from communism, all Central Asian states, with the exception of Turkmenistan, created separate bodies to implement constitutional review over legislative or executive branches' decisions, and they did so by generously empowering these courts. While the institutional design of these courts carried major adjustments in the years to come, and

---

<sup>2</sup> In the spirit of "Democracy with Adjectives", Collier and Levitsky (1997).

nowadays none of these courts are institutionally as strong as the first courts were in the beginning of 1990s, constitutional tribunals today are still strong in formal terms.<sup>3</sup> For a better illustration, a table is presented with the main functions of each constitutional court in the region. Abstract review, where the constitutionality of a law is examined based on a complaint that is not grounded in a concrete case or controversy, is omitted, as this basic function is implemented in each jurisdiction (though in Kazakhstan, it is implemented only before promulgation of laws by the president, in a French-style *ex-ante* fashion).<sup>4</sup>

Country	Lower court referrals	Indiv. complaint	Self-initiating cases	Legislat. Initiative	Const. and statutory interpretat.	Review internat. agreements	Jurisd. disputes	Impeach.	Elect. disputes	Polit. parties	Actio popularis
Kazakhstan	yes	no	no	no	yes, only Const.	yes	no	yes	yes	no	no
Kyrgyzstan (before 2010)	yes	yes	no	no	yes, only Const.	no	no	yes	yes	no	no
Kyrgyzstan (after 2010)	yes	yes	no	no	no	yes	no	no	no	no	yes
Tajikistan	yes	yes, since 2008	yes	yes	no	yes	yes	no	no	no	yes
Uzbekistan	no	no	yes	yes	yes, both	yes	no	no	no	no	no

<sup>3</sup> Kazakhstan replaced its Constitutional Court with a moderate French-style Constitutional Council in 1995, and Kyrgyzstan closed its Constitutional Court in 2010 to give the function to the Supreme Court.

<sup>4</sup> The Constitutional Council of Kazakhstan reviews the laws passed by the Parliament but before they are promulgated by the President.

As the chart indicates, constitutional courts of Central Asian states have several instruments by which they could limit the political branches and, needless to say, resist the concentration of power and authoritarian consolidation. By implementing conventional judicial review over legislative acts, these courts could strike down any laws which empowered strong leaders at the expense of democratic institutions or acting contrary to political practices necessary to constitutional democracies.

Nevertheless, all Central Asian leaders at least once changed their country's law to extend their own power beyond the constitutionally prescribed limits, and no constitutional court could ever effectively prevent this.<sup>5</sup> Constitutional courts in Kazakhstan, Uzbekistan, and in pre-2010 Kyrgyzstan could deliver binding interpretations of the Constitution, and the courts in Uzbekistan and Tajikistan could even self-initiate cases to uphold the higher principles of limited government, but this never materialized in an effective constraint on powerful executives. Finally, the courts in Kazakhstan, as well as in Kyrgyzstan before 2010, had powers to impeach the presidents, as well as to review election disputes. Yet, Central Asian presidents were never impeached and their elections were never overturned by a court, even though no genuine international election observation has ever called an election in Central Asia to be in line with democratic standards.

Despite the generous empowerment of constitutional courts at the outset of the transition from communism, the executives' attitude towards them since the first half of the 1990's has left little optimism for independent judicial review up until the present. As the fashion on any political development in Central Asia was dictated by Russia, so too was the fashion on political response to the aspiring judicial power. The Constitutional Court in Russia was suspended by President Yeltsin in 1993 after taking the side of the

---

<sup>5</sup>The powers of Uzbek President Karimov were twice extended by a referendum, in 1995 and 2002. In Kazakhstan, President Nazarbayev's powers were extended in a referendum held in 1995; in 2007, a constitutional amendment was passed that allowed Nazarbayev to run for an unlimited number of times. In Tajikistan, a referendum held in 2003 allowed the incumbent President, Emomali Rahmon, to run for additional two seven-year presidential terms. In Kyrgyzstan, the Constitutional Court ruled that incumbent president Akayev is eligible to run for an actual third term in 2000, though the Constitution restricted presidency to only two terms.

Parliament where the latter was in a vital confrontation with the President (Sharlet, 1993; Ahdieh, 1997; Schwartz, 2000). Not long after, in 1995, the Constitutional Court in Kazakhstan, which dared to repeatedly decide against the will of the incumbent, was taken out of the Constitution by President Nazarbayev (Schwartz, 2000).

Nazarbayev's substitute constitutional review institution with a much weaker body called Constitutional Council. This new body, as exhaustively evidenced, has never once upset the incumbent leadership of the country. Overall, as Scott Newton (2017) observes, this has been the pattern throughout Central Asia. In Uzbekistan, the Constitutional Court was observed to have decided on twenty-two cases in about as many years, allowing the author to speak of the largely "ornamental" nature of this body (Newton, 2017, 192). Being ornaments, or façades, as they are more popularly referred to, Central Asian constitutional courts are normally not more than an imitation of constitutional democracy. The record of Tajik, Kazakh, or pre-2010 Kyrgyz constitutional courts' jurisprudence may be well richer than the Uzbek court's, but none of them speak to sufficient action on what the primary function of these courts is: limiting government.

This has been the dominant pattern in Central Asia through most of the time since authoritarianism consolidated after the collapse of the communist regime. But constitutional courts get (re)-activated once authoritarianism itself starts to collapse, as is well demonstrated by the case of Kyrgyzstan. Central Asia may be a perfect field for studying constitutional courts in the context of authoritarianism, but it is a similarly perfect field for studying what happens with them after authoritarianism. While Kyrgyzstan is so far the only case-study of a defeated authoritarianism, it represents that the region is not necessarily destined to stay authoritarian forever.

Kazakhstan's recent constitutional reform may be greeted with optimism, albeit reserved and cautious, in this sense. In 2017, President Nazarbayev's constitutional changes resulted in a transfer of certain powers from the president to the parliament and the government and were overall aimed at gradual democratization of the political system (Pistan, 2017). Notably for our context, the reform envisaged strengthening of the Constitutional Council, and perhaps most importantly, elimination of the president's famous veto power over the constitutional adjudicator's decisions.

### 3. *Constitutional Courts in the authoritarian context*

While constitutionalism can thrive without constitutional courts, constitutional review cannot thrive without constitutionalism. Where constitutional courts co-exist with authoritarianism, they are destined to be a window-dressing for autocratic leadership which often tries to imitate limited government and democratic politics.

Yet, each authoritarian regime imitates democratic governance, and constitutionalism, in its own way. Indeed, while Central Asian countries share a range of common features, their governance patterns are far from being identical. These differences can well be observed in the way constitutional courts were treated, and in the status they enjoyed in their respective regimes.

While the evidence of the Uzbek Court's rather redundant activity, recalled above, speaks to its virtual non-role in separation of powers and public policy making, the record of the Tajik, and more so, of Akayev-era Kyrgyz and the Kazakh Courts, shows that Central Asian constitutional courts might still have been assigned some roles and even enjoyed certain autonomy. All of these courts had a record of adjudicating certain human rights cases, and some of them of overturning parliamentary acts (albeit only few cases, which were scrupulously calculated not to touch upon the vital interests of the ruling elite). In a rather famous case, largely due to it being a rare illustration of a constitutional tribunal striking a law, in 2004, the Constitutional Council in Kazakhstan held the provisions of the Law on Media to violate freedom of expression. In 2009, Kazakhstan's constitutional review body held the legislation on freedom of religion unconstitutional, and in 2015 it rejected the Russian-style "propaganda law" on grounds of homophobic bias. While this pattern may seem to be unusual in an autocracy, it is not.

Indeed, as comparative studies of authoritarian politics demonstrate elsewhere in the world, political players may have a number of reasons and incentives for delegating decision-making on certain issues to constitutional courts. The incentives vary from willingness to shift or disperse responsibility to plans to misguide domestic opponents or the external counterparts. Application of one or the other way of influencing the courts depends on the significance of the political stakes involved in the case, the overall rep-

utation of the court in the society, as well as, most prominently, the general patterns of political culture in one or the other polity. In a large number of authoritarian countries, including quasi-sultanistic regimes in Uzbekistan and, to a certain degree, Tajikistan, the decision-making monopoly of the sole leaders is so important for the standing of the regime that not even a constitutionally proclaimed court can be tolerated as a dissenter. In some other authoritarian countries, however, constitutional courts are delegated certain powers and often have important roles to perform in sustaining and legitimizing the existing regime.

While the unique and often extra-judicial role and status of Egypt's Constitutional Court is unmatched in this perspective (Moustafa, 2007), the Kazakh Council may rather resemble Russia's Constitutional Court, albeit to a lesser degree as far as the courts' autonomy is concerned. As supported by plenty of evidence, the Russian Court possesses substantial freedom within a wide area of issues that do not fall in the spectrum of vital interests to the immediate leadership, enjoys considerable reputation both within the government and the society at large, and is ultimately very persistent as a rights-adjudicator. This pattern is in line with the theory according to which incumbent political elites, autocratic ones being no exception, may allow courts substantial freedom within a wide area of issues that do not fall impact critical interests of the immediate leadership, and can therefore be tolerated (Epstein et al., 2001).

This pattern of authoritarian regimes tolerating constitutional review, which may well grow rather assertive and bold, in no way represents a meaningful limit on government, but instead points to the political origins of the phenomenon: a tacit alliance between the government and the tribunals. Indeed, since the era of the hardliner attacks on courts in the 1990s, politicians have learnt technologies of soft dominance, while the judges have learnt survival strategies and technologies of diplomatic interaction with the incumbents. As a result, the interaction between the ruling political groups and the courts in some countries have grown to better resemble the partnership alliance which Robert Dahl famously demonstrated to be present between the Supreme Court and the dominating political group in the United States.

Obviously, political pacts between the ruling power and courts do not imply alliances based on parity and equal input, but are

marked by the dominance of the former over the latter. But if Russian-style authoritarianism can afford an alliance with the judiciary where it tolerates constitutional court autonomy over a wide range of issues and overall maintains a dignified constitutional tribunal that is exempt of direct exploitation, the Central Asian-style alliance between incumbents and constitutional courts is more based on clear command, manipulation and even humiliation.

A very illustrative case of an agreement between the ruling power and the court can be found in the 2011 decision of the Constitutional Council of Kazakhstan which rejected the proposal on extending President Nazarbayev's term. The proposal, put forward by a public initiative to which reportedly millions of citizens subscribed, was aimed at bypassing two consecutive presidential elections to endorse Nursultan Nazarbayev as president until 2020 (Fedorov, 2012).

Apparently a strong indication of judicial defiance, this case has, in fact, earned little if any credentials as such. Indeed, to anyone with basic knowledge of the political environment in Kazakhstan, judicial defiance against the plans of the President would be considered unthinkable. The Constitutional Council's objection to the holding of a referendum extending presidential power was widely acknowledged to be a smartly calculated scam aimed at a certain audience (Mazmanyanyan, 2015; Newton, 2017). The political rationale behind this act was most likely in testing the reactions of the international community on the viability of the referendum. The fact is that the reaction of the international players, particularly the US, EU, and the Organization for the Security and Cooperation in Europe (OSCE), mattered highly for Kazakhstan, which strived strongly to improve its international standing as a progressive democratic nation. Indeed, attracting of the criticism of these players based on its democratic performance and human rights record would be degrading for a country which put so much pride and publicity in holding the OSCE chairmanship only the year prior (Fedorov, 2012).

It is obvious that the constitutional adjudicator's veto on the referendum might kill two birds with one stone: the notorious referendum, which had by then attracted plenty of criticism from the foreign partners of Kazakhstan, was put aside, saving Nazarbayev's legitimacy, and at the same time, publicity was created for a visually



effective operation of the judicial system that would bolster the country's public image. The analysis of the developments following the Council's decision may confirm this widely shared hypothesis. The fact is that the President, who is notoriously empowered by the constitution to veto the Constitutional Council's judgments, did not use this power, saying that he would stay faithful to democratic principles and respect the pronouncement of the Council. Shortly after, early presidential elections were called in which Nazarbayev received over ninety per cent of the cast votes.

In an uglier example of how autocracy exploits constitutional courts, in 2012, Nazarbayev's government pushed the Constitutional Council to make an unpopular decision so that the President could later earn credit by overruling the judicial order. In the midst of the electoral campaign for the Parliament, the Constitutional Council of Kazakhstan decided that national elections could not be held in the region of Zhanaozen, where a state of emergency had been declared in the wake of violent clashes between protesters and riot police that reportedly took the lives of dozens of protesters (Human Rights Watch, 2012, 101). This decision, which may have sparked further exposure of human rights violations in the protesting region, was immediately overruled by President Nazarbayev, who stated that the residents could not be denied their constitutional rights. In reality, not many independent observers believe that the Council's decision would have been made without the consent of the President. It is rather believed that the Council's intervention was clearly intended to create a situation in which the President's final verdict would be cast in a benevolent and progressive light. It did not matter at all that this would come at the expense of the reputation of the constitutional court.

#### 4. *Constitutional Courts in transitional periods*

Although political cultures across the world vary, and considerably affect what forms the power-structures take in individual countries and regions, the pattern of relationship between the judiciary and the political leadership in a country is apparently of universal nature. This pattern was accurately described by Robert Dahl (1959) in a seminal article reflecting on the US Supreme Court:

“Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance. By itself, the Court is almost powerless to affect the course of national policy”.

In the preceding sections, we saw that in autocracies, constitutional courts are part of the dominant political alliance in their countries in the most prosaic sense of what this alliance of politicians and the courts implies. We also saw what the courts can expect if they try defect from the dominant alliance, and gained a sense of why the courts have no alternative other than to play the same game with the politicians. In such environments, the chance for judicial defiance and meaningful judicial review arises only when the incumbent alliance faces a realistic challenge, during what Dahl calls “transitional periods”.

As evidenced in a number of global non-democracies where judicial independence and political activism is not a usual practice, from Pakistan and Egypt to Kyrgyzstan and Ukraine, judicial independence, as well as activism, rises proportionately with the rise in the level of political competition in a country. Based on an assessment of judicial behavior during times of political turbulence, the behavior of constitutional courts is predicted to be pragmatic and rational (Mazmanyan, 2010). Empiric evidence of judicial behavior during transitional periods of elite change reveals constitutional judges to be strategic actors who scrupulously calculate the possible scenarios of political developments and naturally opt to enter into an alliance with the most-likely political group or leader. While the old or disintegrating elites rely on these judges as loyal agents who are thought to support them in the time of crisis, courts are likely to break the older coalition seeking protection from the emerging political group if the latter is seen as a likelier winner in the struggle for power.

Kyrgyzstan, the only Central Asian country having broken with authoritarianism, serves as the only, yet illustrative, case study of judicial behavior during a transitional period. The behavior of the Kyrgyz Constitutional Court during the high times of transition following the 2005 revolution confirms the earlier hypothesis.

In September 2007, the Constitutional Court of Kyrgyzstan ruled that the constitutional reforms adopted during the severe political turmoil in the months of November and December of 2006 were null and void. The decision reflected an ongoing standoff between the country's Parliament, the newly-elect President, Bakiyev, and the fragmented political establishment in the aftermath of a civic uprising, the "revolution of Tulips", that forced former President Akayev to flee the country and which was caused by years of corrupt governance, stagnation, and poverty (Radnitz, 2006; Schatz, 2009). In November 2006, the Parliament's majority had voted for constitutional amendments considerably shifting the country's form of governance towards a parliamentary system. This would heavily impact the new president's ability to strengthen his positions, as he was struggling to consolidate power in a divided and highly unstable political situation. In only a month's time, though, the President had made considerable progress in obtaining significant support, and in December, the Parliament had adopted some new changes, somewhat restoring the presidential prerogatives (Hale, 2011).

While the tense political standoff went through yet another revival in 2007, the Constitutional Court unexpectedly decided to invalidate the 2006 reform, restoring the constitutional status-quo existing before the "Tulips". The Court motivated its decision by the fundamental procedural requirement that constitutional changes shall be made only by a referendum, thus finding that the Parliament exceeded its authority.

This decision by the Constitutional Court, arguably giving new opportunities for the opposition to resist the consolidation of the executive power, was met with anger by the fragmented Parliament, which passed an informal vote of "no confidence" in the Court, calling for the President to name new judges within two weeks. The reaction from Bakiyev was more balanced and more constructive. He simply complied with the ruling by putting his own project of constitutional reforms on referendum to be held in a month. Meanwhile, Bakiyev diplomatically used the moment to get rid of the turbulent legislature by dissolving it for failure to resolve the ongoing standoff and stagnation.

The new Constitution, approved by the Constitutional Court, ultimately helped the President to consolidate power. As the next elections were scheduled for the month of December, the frag-

mented opposition failed to strongly mobilize in a short period before the polls. As a result, the pro-presidential party appeared to be the only contender which clearly passed the barrier, getting almost 50% of the votes.

It is now commonly believed that the 2007 Constitutional Court clearly acted in the interests of President Bakiyev (Dzuraev et al., 2015). The proposition is very likely, and the behavior of the Court appears to perfectly match the above-made hypothesis. Plunged in a state of political uncertainty, the Court, which received ultimate power to resolve a political controversy over constitutional amendments, sided with the President's political alliance that proved to become the dominant political force in the years to come.

The evidence supporting existence of a partisan alliance between the Court and the President goes beyond mere speculation. In only days after the decision, the influential Chairwoman of the Court ended up leading the pro-presidential party's list in the parliamentary elections and was afterwards elected as Vice Speaker of the Parliament. Ultimately, in the wake of the 2010 revolution, the provisional government dismissed the Constitutional Court for having failed to perform as a constitutional watchdog since its inauguration in 1993 and for contributing to concentration of power in the hands of the former presidents.

##### 5. *Constitutional review in a hybrid regime*

Following the 2010 revolution, which ousted Bakiyev, Kyrgyzstan went through another wave of turbulent politics, but eventually consolidated a relatively stable political regime with governance patterns neither as bad as in an autocracy, nor obviously as good as in a democracy. With certain fluctuations, the country's post-2010 regime has been consistently ranked by the Economist's Democracy Index as a hybrid regime, the first and the only one in Central Asia's history. This regime has produced a pattern of tolerance towards independent judiciary, including a constitutional review court, that is unprecedented in Central Asia in terms of the amount of freedom granted to the adjudicator; this pattern is clearly different not only from that which was observed above to be typical to authoritarian settings, but also from the one characterizing transi-

tional periods. But to what extent is Kyrgyzstan's "Constitutional Court" independent, and how different are its patterns of review from those observed above?

Having been shut down in 2010, as mentioned previously, the Constitutional Court was taken out of the new Constitution. It was then re-inaugurated as a special chamber of the Supreme Court, with significantly reduced powers. Yet, (re)opening only in 2013, the constitutional review body, the Constitutional Chamber of the Supreme Court, reviewed an impressive number of legislative acts, many of which were held unconstitutional on rather progressive reasoning, and often contrary to the incumbents' expectations. In 2013, for example, the Chamber held that the country's law on mandatory military service violates the rights of those who object to military service on grounds of conscience. In the same year, the Chamber ruled that the State Committee for National Security, which was charged by then President Atambayev to assume a lead role in his anti-corruption campaign, cannot handle investigation of criminal cases, as those fell under the exclusive competency of the Office of the Prosecutor General. Overall, as Dzuraev et al. (2015, 280) indicate, during its first year of functioning, the Constitutional Chamber of the Supreme Court decided on a number of other high-profile cases in which it had managed to "disappoint" the president, the parliament, and the government.

This, pattern, wherein a constitutional court acquires certain autonomy and space for independent review of the acts of the political branches, may well be typical to hybrid regimes. For one, all hybrid regimes in the post-Soviet area, from Armenia to Georgia, Ukraine and Moldova, have granted certain freedom to their constitutional courts, though the degree of this freedom has varied from one to another country and is not only commensurate to the level of political competitiveness in a particular polity, but also the nature of the political regime.

But the pattern where a tribunal appears as an activist constitutional watchdog, frequently striking laws which concern some important interests of political incumbents, is not inevitably an indication of a hybrid regime only. The activism of the Kyrgyz Constitutional Chamber is instead a product of a protracted political transition, in Dahl's meaning, with a fragmented political landscape and a weakly consolidated executive in the interim. In most other

contexts, such periods have survived for rather short time, and constitutional court activism was halted by an emerging executive, either in a softer way, as in Hungary (Solyom and Brunner, 2000), or through a brutal attack, as in Russia (Hausmaninger, 1995).

The Kyrgyz experience also demonstrates, thus far, what seems to be a clear intention to constrain the bold constitutional adjudicator. In response to the cascade of decisions by the Constitutional Chamber not falling within the incumbent's best interests, the latter initiated a series of measures to hold the Chamber back. The first serious signals of this intention came with the dismissal of a constitutional judge, Klara Sooronkulova, for what reportedly was revenge and a precaution against her independent position in another landmark case concerning a government-sponsored law (Statement of the President of the Venice Commission of the Council of Europe, 2015; Human Rights Watch, 2015).

The clearer signs of the executive's disappointment with the constitutional adjudicator emerged when the ruling majority, backed by President Atambayev, submitted a draft for constitutional changes which would significantly shrink the role and the autonomy of the constitutional review body, reducing it, in the meanwhile, to a mere advisory body. The response to such far-reaching reconfiguration of the balance of powers and attack on the judiciary was unexpectedly firm from both the belligerent opposition and the international community. Among other critiques of the reform, the Council of Europe's Venice Commission strongly denounced the provisions concerning the Constitutional Chamber. Whether influenced by internal or international interlocutors, the Kyrgyz authorities eventually passed the constitutional amendments in December 2016 without the major reforms of the Constitutional Chamber that had raised the myriad of concerns.

But while the Chamber survived "physically", it remains to be seen if it has also overcome the shocks of multiple attempts at undermining it as an independent and persistent check on government action. At the time of writing of this article, the Constitutional Chamber has not appeared in the headlines for any new constitutional sensations that would serve as evidence of a lasting activism. And while this may be merely a matter of time, it may also be that the existential conundrum posed by the constitutional reform has forced Kyrgyz judges to reconsider the strategies for the court's and

their own professional survival, and to better learn the long-standing patterns, well-established elsewhere, of diplomatic interaction with the incumbents as key to constitutional courts' survival in a non-democracy – even if that regime is not an authoritarian, but a hybrid regime.

## 6. *Conclusions*

Authoritarianism is incompatible with constitutionalism, and the emergence and survival of constitutional courts in highly authoritarian regimes of Central Asia have been often viewed as a paradox. Throughout most of their existence, the constitutional courts of four Central Asian states – Uzbekistan, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan – have been subservient to these countries' autocratic leadership and were exploited to legitimize them. Although through different patterns (as mere facades which rarely, if ever, interfered in public policy, or as puppets which did so by the command and manipulation of the autocratic leaders), Central Asia's constitutional courts have by and large existed solely to imitate limited government rather than effectively practice it.

But while Central Asia's paradigmatic story is that of a fake constitutional tribunal embedded in politics of limitless power, a different possible narrative, represented by post-2005 Kyrgyzstan, is that of a reanimated constitutional tribunal struggling to find identity in the turbulence of a largely under-institutionalized political competition and a protracted transition. This exclusive story tells us what may happen to hibernating constitutional courts once authoritarianism falls but democracy is still unconsolidated: when they necessarily acquire certain degree of autonomy due to regime liberalization, as in Kyrgyzstan following revolutions in 2005 and 2010, courts may appear as rational and strategic actors siding with a political alliance in some contexts, and highly activist constitutional watchdogs maintaining a meaningful degree of neutrality in others, depending on actual political configuration and the balance of power.

These observations about Central Asian constitutional courts are in line with and confirm earlier studies of the behavior of higher courts in non-democracies. Apparently loyal agents of autocratic governors during stable authoritarian rule, constitutional courts are activated during transitional periods of regime change, during

which they may enjoy an unprecedented level of independence and can make decisions not falling within the scope of the best interests of the incumbents. Where regime transition is overcome and political power tends back to consolidation, constitutional courts, as typical strategic actors, naturally seek to ally with the dominant political alliance or group to guarantee their institutional survival and the professional careers of judges. In emerging consolidated hybrid regimes, or even Russian-style authoritarian ones, such strategic alliances with the incumbents may ensure constitutional courts a degree of autonomy and space for meaningful judicial review, albeit within the limits of tolerance drawn by the political leadership. If a “romantic” court still chooses to resist a settled winner, it risks facing an executive response, soft or hard, which in all other places has ultimately resulted in judicial restraint.

As Central Asian states may well face political transformation in the not-necessarily-distant future – Kyrgyzstan being a case in progress, while Kazakhstan seems to be preparing to become one – these findings may be important. The ultimate standing and the status of Kyrgyzstan’s Constitutional Chamber is obviously a question that occupies constitutional scholars and enthusiasts of Central Asia, and definitely stands as a test for the above analysis. The performance of Kazakhstan’s newly empowered Constitutional Council under the recently reformed constitutional framework and a purportedly liberalized political environment is an interesting one too. The ultimate question is: will the others follow the suit?

### *Abstract*

The article looks at Central Asia as a home of “constitutionalism with adjectives”. Since the fall of the Soviet Union, the five successor states of the USSR in Central Asia have claimed being constitutional States, and four of them also created Constitutional Courts. This article describes the types of constitutional regimes that have emerged in these countries and assesses the role that Constitutional Courts played in four of them, comparing and contrasting the patterns of constitutionalism in this region with those in other authoritarian or post-authoritarian settings, most specifically those in post-communist Europe and in East Asia. By classifying Central Asian Constitutional Courts in three categories – facades, puppets, and activist watchdogs – the article explores whether constitutional adjudication bodies have existed in Central Asia solely to imi-



tate limited government rather than effectively practice it, and the circumstances under which Constitutional Courts can maintain a meaningful degree of neutrality in non-democratic regimes.

L'articolo considera l'Asia centrale come la dimora del "costituzionalismo con aggettivi". Dalla caduta dell'Unione Sovietica, i cinque Stati dell'Asia centrale si sono definiti come Stati costituzionali e quattro di loro hanno creato anche Corti costituzionali. Il presente articolo descrive i tipi di regimi costituzionali che sono emersi in questi paesi e valuta il ruolo che le Corti costituzionali hanno svolto in quattro di essi, confrontando e contrastando i modelli di costituzionalismo nella regione dell'Asia centrale con quelli di altri contesti autoritari o post-autoritari, più specificamente dell'Europa post-comunista e Asia orientale. Classificando le Corti costituzionali dell'Asia centrale in tre categorie – di facciata, burattini e *watch-dog* attivi – l'articolo esplora se gli organi di giustizia costituzionale siano stati instaurati in Asia centrale esclusivamente per imitare un governo limitato, piuttosto che praticarlo efficacemente, e le circostanze in cui le Corti costituzionali possano mantenere un significativo grado di neutralità in regimi non-democratici.

### References

- Ahdieh, R. *Russia's Constitutional Revolution: Legal Consciousness and the Transition to Democracy 1985-1996*, The Pennsylvania State University Press (1997).
- Collier, D. and Levitsky, S. "Democracy with Adjectives", *World politics* 49, 3(1997): 430-451.
- Dahl, R.A. "Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker", *Journal of Public Law* 6(1957): 279-295.
- Dzhuraev, E. et al., "The Law and Politics of Keeping a Constitutional Order: Kyrgyzstan's Cautionary Story", *Hague Journal on the Rule of Law* 7(2015): 263-282.
- Epstein, L., Knight, J. and Shvetsova, O. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law and Society Review* 35, 1(2001): 117-164.
- Fedorov, Y. "Kazakhstan: Looming Instability?", *Security Index: A Russian Journal on International Security* 18, 1(2012): 59-70.
- Ginsburg, T. "Economic analysis and the design of constitutional courts", *Theoretical Inquiries in Law* 3, 1(2002): 49-85.
- Grote, R. "Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries", in Grote, R. and Röder, T. (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press (2012).

- Hale, H.E. "Formal constitutions in informal politics: Institutions and democratization in post-Soviet Eurasia", *World Politics* 63, 4(2011): 581-617.
- Hausmaninger, H. "Towards a New Russian Constitutional Court", *Cornell International Law Journal* 28, 2(1995): 349-386.
- Human Rights Watch. "Striking Oil, Striking Workers: Violations of Labor Rights in Kazakhstan's Oil Sector", 10 September 2012, available at: <https://www.brw.org/report/2012/09/10/striking-oil-striking-workers/violations-labor-rights-kazakhstans-oil-sector>.
- Mazmanyan, A. "Constrained, pragmatic, pro-democratic: appraising constitutional review courts in post-Soviet politics", *Communist and Post-Communist Studies* 43,4(2010): 409-423.
- Mazmanyan, A. "Failing constitutionalism: From political legalism to defective empowerment", *Global Constitutionalism* 1, 2(2012): 313-333.
- Moustafa, T. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*, Cambridge University Press (2007).
- Newton, S. *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States: A Contextual Analysis*, Hurt Publishing (2017).
- Pistan, C. "2017 Constitutional Reform in Kazakhstan: increasing democracy without political pluralism?", *Constitutionnet*, 28 March 2017, available at <http://www.constitutionnet.org/news/2017-constitutional-reform-kazakhstan-increasing-democracy-without-political-pluralism>.
- Radnitz, S. "What really happened in Kyrgyzstan", *Journal of Democracy* 17, 132(2006): 132-146.
- Sakwa, R. "Constitutionalism and Accountability in Contemporary Russia: The Problem of Displaced Sovereignty", in Smith, R. and Sharlet, R. (eds.), *Russia and its Constitution: Promise and Political Reality*, Martinus Nijhoff (2007).
- Schatz, E. "The Soft Authoritarian Tool Kit: Agenda-Setting Power in Kazakhstan and Kyrgyzstan", *Comparative Politics* 41, 2(2009): 203-222.
- Schwartz, H. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*, University of Chicago Press, (2000).
- Sharlet, R. "The Russian Constitutional Court: The First Term", *Post-Soviet Affairs* 9, 1(1993): 1-39.
- Shapiro, M.M., and Stone Sweet, A. *On law, politics, and judicialization*, Oxford University Press (2002).
- Sólyom, L. and Brunner, G. *Constitutional judiciary in a new democracy: the Hungarian Constitutional Court*, University of Michigan Press (2000).

- Statement by the President of the Venice Commission. “Kyrgyzstan - Dismissal of a Judge of the Constitutional Chamber”, 15 June 2015, available at: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2044>.
- Neal Tate, C. and Vallinder, T. *The global expansion of judicial power*, New York University Press (1997).
- Trochev, A. “Less democracy, more courts: A puzzle of judicial review in Russia”, *Law & Society Review* 38, 3(2004): 513-548.
- Venice Commission and the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights. “Kyrgyz Republic. Joint Opinion on the Draft Law ‘On Introduction of Amendments and Changes to the Constitution’”, Opinion (863)2016, CONST-KG/ (294)2016 CDL-AD(2016)025, 19 October 2016.

KATHLEEN COLLINS

BUILDING A SOCIAL BASE THROUGH ISLAMIC IDEAS  
AND SPIRITUAL AUTHORITY:  
THE ISLAMIC RENAISSANCE PARTY  
OF TAJIKISTAN (IRPT), 1999-2015

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Religious Identity, Ideational Congruence, and Islamic Parties. – 3. The Case of Tajikistan and the IRPT. – 3.1. The IRPT, 1970s-1990s. – 3.2. Tajik Religious Identity, Late Soviet Era to the Present. – 3.3. The IRPT's Post-War Mobilization: 1999-2015. – 4. The IRPT's Ideas and Popular Appeal: An Analysis of Focus Groups. – 4.1. The Need for an Islamic Party. – 4.2. Commitment to National Islam. – 4.3. Defending Islamic Values. – 4.4. Opposing Religious Repression: The Right to Worship and Religious Education. – 4.5. Opposing Secularism and Defending a Public Role for Religion. – 4.6. Balancing Islamic Values and Democracy. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

The source of support for Islamic parties remains poorly understood, but is of central importance for scholars of democratization in the Muslim world. Whereas some have fallaciously argued that Muslims inevitably support radical Islamism, other scholars, beginning with secularist and rational choice assumptions about behavior, contend that religion has no connection to popular support for Islamic parties.

By contrast, I argue that the IRPT's religious ideas, more explicitly moderate and congruent with mainstream Tajik Islamic values rather than radical Islamism, were a key element in attracting social support after the Tajik civil war. Observing the nature of popular support for many of the ideas espoused by the IRPT reveals that many Tajiks oppose an aggressively secular and religiously repressive regime, even though very few join Islamic movements. As a moderate Islamic party defending religious freedom, the IRPT

found a growing and potentially strong social base in a predominantly religious society concerned with religious freedom.

The IRPT was legalized for a 16-year period (1999-2015), during which it could openly pitch its message to the Tajik people. Yet given that the IRPT did so under the constraints of authoritarian consolidation, while the regime vilified the IRPT as the cause of the civil war and stoked fears that any independent Islamic practice was extremist, it is particularly noteworthy that any portion of the population was still receptive to its ideas.

After laying out the theoretical basis for connecting religious identity and ideas to the growth of an Islamic party's social base, I turn to a discussion of the IRPT's overall trajectory. I then focus specifically on its religious and political ideas since 1999, and an analysis of focus group participants' reactions to those ideas.

## 2. *Religious Identity, Ideational Congruence, and Islamic Parties*

Religious movements and parties, much like other social movements or political parties, must gain a social following. This is a challenging task anywhere, but particularly in the former Soviet Central Asian republics, where opposition parties play an extremely marginal role in politics, and where Islamic movements and parties are generally treated as extremists and banned. Throughout much of the post-Soviet era, parties have had enormous difficulties in garnering a social base. Most parties in Central Asia are either creations of the government, as in Uzbekistan and Turkmenistan. Independent parties, to the extent they exist, are typically highly personalistic organizations with little ideological program. Avowedly democratic parties that have competed in Kyrgyzstan's and Tajikistan's elections have typically been rooted in a small urban clique and are unable to attract a broader social base. There is a large literature on parties in the post-Soviet sphere. Scholars study party weakness (Hale, 2005), rational, economic incentives for political support (Tucker, 2001), the absence of ideology, candidate strategies (Smyth, 2006), institutions and party systems, coercion and corruption in elections (Fish, 2005) or the dominance of the party-regime (Reuter and Remington, 2008). That scholarship does not account for the emergence and persistence of an Islamic party as a major sociopolitical force in Tajikistan since the early 1990s.

The literature on Islamic movements and parties has also not explored the dynamics that characterize the IRPT. The literature focuses on regime inclusion and moderation of Islamic parties (Schwedler, 2006) and electoral competition under semi-authoritarianism (Brown, 2012). Studies of Islamist movements stress economic motives for supporting Islamists, from widespread socioeconomic grievances under the secular regime (Tessler, 1997; Blaydes and Linzer, 2007), to nationalism and territorial demands (Pape, 2005). Alternatively, older culturalist or Orientalist approaches presumed that Islam itself invariably generated as ideology centered on the caliphate or an Islamic state (Gellner, 1983; Lewis, 2001; Kedourie, 1984). Without ever holding power, the IRPT could not concretely demonstrate economic advantages, but it could pitch a coherent religious message. On the other hand, contra-culturalists, the IRPT's message differed substantially from radical Islamists elsewhere. Moreover, Tajik Muslims did not uniformly follow the IRPT. We have seen the party's shifting appeal over time. As the IRPT moderated both its goals and strategy by rejecting violence post-1999, its social base grew.

By contrast, this contribution examines the religious factors that help to explain the IRPT's trajectory over time. Building on ideational scholarship on parties and movements (Hanson, 2005; Berman, 1998; Wickham, 2002; McAdams, 2017), I focus in particular on Islamic ideas and how the party adapts them to target a social base. Religious factors play a substantial role, albeit not the only role, in explaining the link between the Islamic party and society. Under authoritarian conditions, and especially religious repression, such religious ideas appeal to many who share the party's religious identity.

I begin with the assumption that active religious identity is central to individual and communal values, beliefs, and ideas. Religion shapes the habits and dispositions of individuals (Bourdieu, 1980/1990, 55). Religious identity is strongly rooted in family, community, and networks. Scholars have demonstrated that Islam offers a powerful source of meaning as well as mores and ethical norms that guide behavior and beliefs and motivate action (Mahmood, 2005).

Islamic identity is intricately connected with certain ideas about morality and community (Rasayanagan, 2012; Liu, 2012;

Louw, 2007). Religion is therefore likely to have an impact on social and political preferences, for particular legal and public issues, and possibly for political leaders or parties who morally represent those issues (Collins and Owen, 2012; Wilcox, Wald and Jelen, 2007). It is therefore important to consider seriously the potential for religious identity as the basis for group representation in the political realm. A religious party or movement attracts those experiencing a threat to their religious identity (Casanova, 1994; Campbell, 2006). This argument is not exclusive to Islam; nor does it in any way suggest that seeking a public role for Islam necessitates a preference for Islamism, radicalism, or terrorism.

Islam, like other religions, is “multi-vocal” (Stepan, 2000); it has been manifested in multiple, distinct political visions, some activist and others quietist. Islamic parties may emerge from a coherent “political theology” (Philpott, 2007), but they may also offer piecemeal proposals and evolve over time, as Nasr (2005) has argued of proponents of “Muslim democracy”.

Embeddedness in religious identity, practice, community, and networks increases exposure to religious “carriers” (Philpott, 2001), whether clerics or lay religious activists, who encourage a “public” role for religion and challenge secularism (Casanova, 1994). Such individuals are more likely to be influenced by religious ideas that justify certain laws in the name of religion (Collins, 2007). Scholars of religion and voting behavior in the US have demonstrated a strong connection between those expressing conservative or orthodox religious beliefs, practices, and belonging, and their political preferences in elections (Layman, 2001).

At least some ideas of an Islamic party are likely to resonate with more orthodox or practicing Muslims. Religious conservatives are likely to have strong preference for greater religious freedom for their own group. Protection of proper Islamic dress or Islamic education, as well as Islamic marriage and the traditional role of women, would likely resonate with many Muslims as well. Political ideas about the need for morality and justice in governance and state are likely to resonate broadly (Collins, 2007).

At the same time, Islamic political theologies vary widely. There have been sharp differences within Islamic scholarship about governance in general, and about “democracy” (El Fadl, 2004; Khan, 2006; Soroush, 2002; An-Naim, 2008; Qutb, 2006; Qardawi,

1992). Among practicing Muslims, people disagree about democracy. Any Islamic party that seeks to engage in democratic politics is likely to encounter criticism from within the Muslim community, and even perhaps within its own ranks. Similarly, among Christians, there are ongoing disagreements about how “secular” democracy should be (Casanova, 1994).

Parties that use religious ideas represent religious interests and adapt to the particular Muslim context – the particular set of Muslim beliefs and practices – in which they are recruiting (Collins, 2007). In short, ideational congruence, defined as the localizing and adapting of an ideology – in this case, localizing the political theology and religious agenda of an Islamic party to mainstream Muslim culture and practice of the Tajiks – is critical to shifting from an underground opposition network to a social movement and party that can attract a broader social base.

### 3. *The Case of Tajikistan and the IRPT*

#### 3.1. *The IRPT, 1970s-1990s*

The Islamic Renaissance Party of Tajikistan had first organized as an underground religious study network for youth in several areas of the Tajik Soviet Socialist Republic in the early 1970s (Nuri interview). The group shifted to party-building in 1990, and then to protest and social mobilization in the heady days of the late Gorbachev era and just after the Soviet collapse. In the transition to an independent state and post-Soviet regime, the IRPT joined forces with other Islamic actors, as well as democratic parties and a nationalist movement, to protest the communist regime (Nourzhanov and Bleuer, 2013).

Many months of mass protests and counter-protests ultimately erupted in violence and civil war (1992-97). During this period, the IRPT was the core of a broader Islamic opposition movement (the Islamic Revival Movement – IRM), including IRPT leader Sayyid Abdullo Nuri, as well as the well-known recent qadi of Tajikistan, Akbar Turajonzoda. The complex power struggle involved regional, clan, and ethnic power competition, and local bosses struggling over resources, as well as the Islamic-communist division (Bushkov and Mikul’sky, 1993; Collins, 2006; Markowitz, 2013; Epkenhans,



2016). Nonetheless, the IRPT remained central to the opposition before, during, and after the war. Their union lasted throughout the war, as the IRM led about 200,000 Tajiks into exile in Afghanistan for about 5 years of conflict. Most of movement and its followers returned to Tajikistan after the peace accord of 1997, which promised inclusion of the opposition in government and a democratic transition in which the IRPT could compete as the sole legal Islamic party (Nourzhanov and Bleuer, 2013).

Yet, in 1999 the IRPT was at a low point. Once able to mobilize a mass movement against the Communist leadership of Tajikistan and to lead in exile, the IRPT was struggling to exist in a social and political context where it was taking the blame for the civil war that had destroyed Tajikistan in the 1990s. The revival of the IRPT in the decade and a half that followed was therefore striking. The party's popularity was growing despite its electoral losses in repeatedly rigged elections (Pannier, 2015). The Color Revolutions, Arab Spring, and growth of ISIS were followed by a significant increase in the Tajik regime's use of a "securitization dialogue" to brand the IRPT and any independent Islam as an extremist threat to Tajik society and a terrorist threat to the state (Heathershaw and Montgomery, 2014; Lemon, 2016). Despite the IRPT's moderation, the Tajik government banned the organization in 2015, and imprisoned hundreds of its members. The government's ban and steady repression of religious freedom became eerily reminiscent of the USSR's policy of legalizing Islam but controlling and oppressing any semblance of independent worship, much less civic or political activity.

### *3.2. Tajik Religious Identity, Late Soviet Era to the Present*

In the case of Tajikistan, the assumption of widespread religiosity despite Soviet policy is well-supported by scholarly work (Dudoignon, 2014; Kabiri, 2007; Olimova, 2007; Atkin, 1988), as well as by the writings of Tajik religious leaders (Turajonzoda, 1995; Nabotov, 2014, 113). Islamic identity has remained a central element of society in Tajikistan, despite decades of Soviet repression. The Islamic revival of the late Soviet and post-Soviet era has testified to the continued vibrancy and power of Islamic identity. Whereas in the Soviet era there were just 17 legal mosques by the

late 1980s, by the mid-2000s, there were about 300 legal Friday mosques and thousands of unregistered mosques. Most Tajik Muslims are considered to be believers and to practice according to the conservative Hanafi school of Islam and traditional Sufi custom. The Turajon brothers, both Hanafi leaders of a prominent Sufi lineage, successfully promoted Islamic revival. Post-war, other sects emerged strongly as well, including Tablighi Jamaat and Salafism. Official Islam also expanded, though it could not keep up with popular demand for Islamic prayer houses and education (Nabotov, 2014).

Given the strong and reviving nature of Islamic identity in Tajikistan, and given the growing repression of independent religious activity, it is logical to consider whether the IRPT's religio-political ideas and agenda fell on receptive ground, and were therefore likely to draw popular support.

### 3.2. *The IRPT's Post-War Mobilization: 1999-2015*

The IRPT faced both major external and internal challenges to mobilization. After 1999, the party attempted to pursue its goals through peaceful, legal channels in an increasingly authoritarian system. Electoral manipulation prevented the IRPT from winning more than two seats in each of the parliamentary elections held in 2000, 2005, and 2010. Moreover, the government media steadily blamed the Islamic party for the war, and this affected societal views (Interview, Informal Mullah 2, 2007). The "psychological attacks" of the government even prompted the party to sit out the 2006 presidential election (Kabiri, 2006). Moreover, as the government increasingly sought a source of legitimacy for its rule among its majority Muslim population, Rahmon sought to portray itself as the representative and defender of Hanafi Islam (Epkenhans, 2015, 343) and thereby undercut the IRPT's long-time claim to represent the religious identity and interests of Tajikistan's Muslims.

Other problems, however, were internal. In the latter 1990s, divisions arose and broke into the open once the peace deal was signed. Some, more radically-inclined Islamists refused to accept the peace terms, and they stayed in Afghanistan. Still others, however, returned to Tajikistan in 1997, but then broke from the IRPT to join more radical groups developing in the late 1990s, such as

Hizb ut-Tahrir (Kabiri interview, 2003; Kabiri, 2007). Meanwhile, other leaders of the IRM were offered positions in the “coalition” deal; they split with the IRPT to seek power within Rahmon’s regime. Most notably, Akbar Turajonzoda joined the government for several years as deputy Prime Minister. Doing so suggested to many that he lacked commitment to the Islamist cause. Davlat Usmon, a core IRPT leader since the 1980s, became Minister of Economy, and his ties with the party weakened (Usmon interview, 2010). The deaths of the IRPT’s spiritual leaders, Mullo Sayyid Abdullo Nuri in 2006 and Himmatzoda in 2010, were major blows to the Party’s spiritual leadership.

Despite these blows, the IRPT’s efforts in disseminating its religious ideas and finding ideational congruence with mainstream Muslims were critical to the IRPT’s mobilization in the 1990s. The IRPT continued its ideational outreach, adapting its message to its targeted social base. The Party pitched its message to both urban youth and its traditional rural base (Kabiri interview, 2013). The ideational outreach arguably had success in the 2000s, especially given the odds. By the mid-2000s, the party had an organizational presence in almost every region and sub-region, although local governments made it difficult to spread its message or campaign through formal channels (Kabiri interview 2013, NGO interview 2004). As in the Soviet era, religious repression, coupled with political exclusion, motivated Islamic activism (Collins, 2017). It involved organization, training, the publication of newspapers and journals, developing ties with mosques, and the active use of internet and social media. The IRPT formed youth groups to attract the younger generation. They directly targeted young women, both in universities and in rural areas (Kabiri interviews, 2005, 2013). Women were a major component of the Islamic revival movements. Yet the IRPT avoided protest. They concentrated on spreading the *dawa* (the call to Islam) and a political message about just government. Party leaders accepted that achieving justice was a long-term process, requiring the re-Islamicization of society. They did not expect short-term electoral victory.

IRPT leaders focused on particular political issues, and they began to position themselves as a moderate Islamic democratic party, representing the political and religious rights of the popula-

tion. Despite both external and internal obstacles, the IRPT gradually rebounded as the most popular opposition force, in large part due to Kabiri's organization and ideological outreach across the country. In a 1999 survey, only 6% of respondents had expressed trust in Nuri (Olimova, 2002, 96). The survey results do reflect high disillusionment with the IRPT shortly after the war. From 1999-2015, IRPT outreach increased membership and sympathy for the party's agenda. Before the war, the IRPT claimed 20,000-30,000 members. In 2005 the party reported 20,000 members (Pannier, 2006), and IFES estimated about the same. In 2009, Kabiri claimed that they had 32,200 registered members (Kabiri interview, RFE/RL, September 15, 2009). IRPT participation was critical to the legitimacy of the 2013 election, even though it did not field a candidate (Abdullo, 2014). Going into the 2015 election, various sources estimated membership to be about 50,000 (Asia Plus, 2015). Party sympathizers were probably more numerous, especially since mullahs continued to operate independently of the state in most regions and had significant authority over their communities (Interview OSCE, 2005). One study found that the IRPT's Facebook page received 6,509 "likes" between July 2013 and May 2015, a number that more than doubled "likes" for President Rahmon's party in a longer period (Jan 2013-May 2015). The only other party with a Facebook page received a mere 18 "likes" (Shafiev, 2015). Thousands also view YouTube videos favorable to the IRPT. These numbers were notable in a country where internet penetration is extremely low, as is party affiliation and political interest generally. Absent attempts at mass protest mobilization, and given the rigging of election results, it was and remains difficult to assess just how wide or deep IRPT social support was. Yet it is reasonable to conclude, based on local experts and journalistic accounts, that the IRPT was the strongest and most active opposition party by the 2010s, with broad societal sympathy, albeit without open membership.

The Party's central message as a moderate Islamic party resonated with a segment of the population. Under Kabiri, the Party had remade its image, remained committed to core Islamic themes, but presented itself as a defender of Islamic rights and values in a democracy, rather than as the knight of an Islamic state. Moreover,

the IRPT under Kabiri adapted to mainstream Tajik Muslim norms. Rather than focus on Islamic purism, as had Najot members in the 1970s-80s, the IRPT of the 2000s sought to attract all Muslims to the revival of Islam, particularly national Tajik Islam. Rather than disseminate Qutb's writings or make vague references to a future Islamic state, as had the IRPT in its earlier days (Nourzhanov, 2014), the IRPT of the 2000s adapted its message to focus on reviving Islamic religiosity broadly, and on issues of pressing concern for most religious Tajiks: a role for an Islamic party in "secular" government, national Islamic revival, defending Islamic values, freedoms and Islamic education, opposing secularism, and balancing Islam and democracy. As government restrictions on Islam steadily increased in the mid-2000s, the IRPT again became the voice of Muslim rights. Focus groups and interviews with societal leaders strongly suggest these issues resonated with a large number of Tajiks.

#### 4. *The IRPT's Ideas and Popular Appeal: An Analysis of Focus Groups*

Focus groups (FGs) were used to examine popular views about key elements of the IRPT's message and ideas since the civil war. Participants were prompted to discuss the issues, rather than comment on the IRPT per se, to minimize both fear and risk. The discussion is based on qualitative data from 19 focus groups, conducted in two waves, in 2007 and 2011. I also incorporate interviews conducted with party elites, government, NGOs, and mullahs between 2001 and 2010. The focus groups reflect trends suggested by survey data (Olimova and Olimov, 2014; Olimova and Tolipov, 2011), but offer richer, more nuanced results that capture part of the thought processes of ordinary people as they discuss religious and political issues (see Appendix for details).

##### 4.1. *The Need for an Islamic Party*

After the war, the IRPT struggled to find an ideological center as an Islamic, but not Islamist, party. It needed to rebuild its social base. The party continued its commitment to Islamicization of society through ideological outreach, as well as religiously-influenced

democracy. IRPT congresses, the interviews and speeches of its leaders, and its publications promoted these core ideas. Its ideational focus, as before the war, was evidenced in its publication of 50,000 issues per run of *Minbari Khalq*, a weekly covering religious, cultural, and political issues. They published *Najot*, both in print (about 4000 issues) and online. The party also increasingly used YouTube, *Odnoklassniki* and Facebook to disseminate its message online (Shafiev, 2015). Party publications and the Party Facebook page emphasized Islamic values and Tajikistan's connection with the Islamic world. Party events included a "Forum for the Defense of Muhammad, Peace be Upon Him", and a seminar on "The Mission of Muhammad in the Modern World". The IRPT's religious ideology distinguished it from secular democratic parties, the Communists, and the President's party. The IRPT nonetheless exhibited ideological flexibility, adapting to the local Muslim context, which overwhelmingly rejected radicalism. After returning to a path of peaceful competition after the war, Nuri and then Kabiri, moved the party away from its Islamist roots, instead emphasizing both Islamicization and democratization.

A decade after the war, views of an Islamic party were mixed but had generally improved. A 2008 survey found that 65% of Tajiks would support a party of moderate Islamic ideas (compared to 25-35% among different age groups in 2005, Olimova, 2007). In response to another question, 44% supported and 52% rejected a party that could "unite all the Muslim clergy" (Olimova and Tolipov, 2011, 7). Surveys suggest that a significant and growing number of Tajiks would conditionally support a moderate Islamic party.

Analyzing discussions from focus groups in which participants were asked to comment on various parties and whether they were popular (rather than directly about their personal view of specific parties or the incumbent regime), enables us to get a better sense of whether and why there was any active or latent support for the IRPT today. In 14 of the 19 focus groups, at least some participants in the groups personally expressed a favorable view of the IRPT or reported positive views from their community towards the IRPT. Those who explained why, claimed that people supported the IRPT because of their Islamic values and convictions, because the country needed a religious party, because it fostered religious education,

or because of unemployment or corruption. One young man declared: “The IRPT under Kabiri has great authority not only in Tajikistan but in all the Islamic world. Such parties are necessary. It [the IRPT] follows the laws”. (FG#17). Others simply argued that “The republic is 99% Muslim, so such a party is needed. It should exist in any democratic state” (FG#17).

In a notable contrast, focus group respondents did not offer a single favorable remark about the various legal democratic opposition parties, most of which were unknown to respondents. In 13 of 19 FGs, respondents made negative remarks about democratic parties, as “useless”, “corrupt”, “only out for power”, “only active during elections, and disappear[ing] afterwards”, and doing “nothing to help us”. Support for the IRPT was still limited, but participants indicated that the IRPT was the most well-known and respected of the opposition parties, largely because of its ideas, since with not effective power it could not offer concrete economic or political gains.

Finally, the IRPT presented itself as a solution to corruption. A party that based itself on Islam, it suggested, would address the massive problem of corruption in the Tajik state. Nuri himself had attained authority in large part because he was seen as a simple, rural cleric, uncorrupted by state experience or economic interests. Not all respondents bought this argument, and skeptics saw any political party as inevitably corrupt. Yet, corruption was a salient issue for all respondents; 100% of the focus groups considered corruption to be a significant political problem. Few individuals believed the Rahmon regime was the answer to this problem. In a group where respondents admitted supporting the IRPT, participants were angry about corruption. One respondent stated: “Corruption in the highest echelons of power has only strengthened” (FG#12). Another added: “The government can only prevent conflict if it will be honest and just” (FG#12). Others contended that it was “not religion”, but “unjust elections that caused conflict” in Tajikistan (FG#12).

#### 4.2. *Commitment to National Islam*

Post-war, IRPT leaders continued to promote local Islamic interpretations and “national Islam” rather than Salafism or transna-

tional Islamism. As opposed to its first platform before the war, which made Islamic issues and its Islamic character very central, the new IRPT charter of 2003 had adapted to its existence in a pluralist, secular, and at least nominally democratic state. The new charter expressed a vaguer commitment to “Islamic values” and to basing its actions on the “principles of Islamic belief”, as well as a commitment to “the resurrection of the culture and spirituality of the citizens of Tajikistan based on the supreme Islamic and national values” (translated in Epkenhans, 2015, 341-342). Nuri had done so in the early 1990s to attract a broader following (Collins, 2007). In the early 2000s, leaders further adapted to “national Islam”. Shifting away from the Islamist ideas of their foundational years, the IRPT committed to mainstream Hanafi Islam – which characterized traditional, conservative rural and urban Tajik society. The revivalism of the 1990s-2000s was primarily associated with this Islamic tradition. While Salafism and other trends were growing, the IRPT focused its message and agenda for mainstream Muslims, Tajik identity and national Islam, and the party leadership outspokenly condemned foreign – Salafist, Wahhabi, or other Islamist movements and parties, including Hizb ut-Tahrir, Al Qaeda, and the Taliban (Nuri interview 2003; Kabiri interview 2005, 2013). For example, the party defended the hijab and beard but never insisted on the necessity of these forms of Islamic observance (Saifullozoda interview 2005).

According to Kabiri, “The national values of the Tajik people converge with the holy religion of Islam”. Party deputy leader Hait emphasized that “Muslimness is the foundation of the justice of the Tajik nation [...]. The Tajik nation is well-known for its national and religious values, customs and traditions” (Hait interview 2006). In this respect, the IRPT’s stance also echoed that of former Qazi Turajonzoda, who after leaving the government became one of the most prominent spiritual authorities in the country and has broad social appeal. That local and national emphasis resonated with the majority of Tajik Muslims, among whom Sufi Islamic traditions have continued to reemerge in a more open religious climate after the war.

Despite the appearance of new Salafis and transnational Islam, for most Tajik citizens, little had changed in the practice of Islam. When respondents were queried specifically about the necessity of



*urf-adat* (national Tajik customs such as circumcision, elaborate weddings and funerals, and respect for elders) (FG#15-19), all who responded agreed that observance of *urf-adat* was necessary, and that *urf-adat* was Islamic. They emphasized “national” Islamic dress (*atlas*) and national holidays (e.g. *navruz*). In doing so, they rejected one of the core premises of Salafi interpretations of Islam. All respondents, like the IRPT, saw Islam and nation as deeply intertwined. “Islam flows in our blood”, said one focus group participant who was also expressly sympathetic to the IRPT (FG#13). Others agreed, noting that “religion preserves the nation” and “brought peace to Tajikistan” (FG#13). Views about Hizb ut-Tahrir, by contrast, were almost universally negative.

#### 4.3. *Defending Islamic Values*

The IRPT also needed to distinguish their genuine defense of Islam from the government’s growing cooptation of Islam. For example, Muhiddin Kabiri openly defended the Muslim character and Islamic social and political ideas of Abu Hanifa, the founder of the Hanafi school of Islamic law: “Why are we afraid to say that the majority of us are Sunni Muslims of the Hanafi school of law and that everyone who respects the Hanafi school as part of his self-awareness should struggle to comply in his behavior, speech, and religious thought with the Hanafi law school to the extent possible?” (quoted in Epkenhans, 2015, 343). IRPT made the revival of Islamic values in society central to its discourse.

The IRPT further linked its focus on values and efforts at “increasing Islamic religiosity” as a solution to the decline in values over the previous 10-15 years, as well as to its discourse about preventing “violations of human rights” by the state (Hait interview, 2006). More specifically, the party defended the right to wear the hijab in all places and men’s right to a beard in observance of shari’a (Saifullozoda interview 2005), and condemned the eviction of youth from schools and universities for Islamic dress (Putz, 2015).

While not without competition from both the government and Salafi groups, who also laid claim to representing the real Islam, the IRPT’s presentation of itself as the upholder of Islam and values found an audience. These issues resonated with the practic-

ing Muslim population. Participants in all focus groups expressed concern about values. They spoke of the need to revive both Islamic and national Tajik values. While views about the hijab were not overwhelmingly conservative, and most respondents supported choice, a majority of respondents in 10 (of 14) focus groups approved of the hijab of some form of “national” scarf. Few thought it should be enforced by law, but most thought that women should be allowed to wear the hijab, a practice seen to be in accord with Islamic norms of proper, modest, moral dress for women. For example, one respondent said that “from the Islamic perspective, a woman should not show herself or dress freely outside; she must not wear ordinary clothes at all, that is go freely and half naked on the street (FG#10). A Tajik journalist from southern Tajikistan argued that the hijab was a thing of beauty, “decreed by Allah” (interview, 2007); he implied his opposition to state policy. In one focus group, most respondents agreed that the hijab “is progress in society. Our girls watch Muslim TV on special [satellite dishes] channels. They see that in Muslim countries women wear the hijab, and our girls also dress this way. There’s nothing bad in it. Let them wear it”. Another linked the hijab to Quranic knowledge and observance: “Our girls wear [the hijab] because they read the Quran” (FG#14). One imam favorable to the IRPT asserted: “A woman anywhere must wear a hijab and not put herself higher than men” (Interview with Official Imam 1, 2007). Other IRPT supporters, however, emphasized that “traditional Tajik dress” was sufficient (FG# 12).

Promoting Islamic marriage has been another “Islamic value” at the forefront of IRPT discussions. Some party activists also openly supported legalizing polygyny. Deputy party leader Hait argued that polygyny is legal in 98% of Muslim countries (Hait interview 2006, 21). Another party propagandist argued that polygyny would solve socioeconomic problems for unmarried women (Saifullozoda interview, June 2005). Societal views about polygyny were mixed, but the IRPT’s cautious support for polygyny tapped into a significant current of the religious revival, especially in post-Soviet conditions of poverty, war widows, and migrant labor. In discussing the potential benefits of legalizing polygyny, the IRPT was seen by many as promoting an acceptable Islamic response to a social need,

rather than forcing imposing shari'a. In 7 of 13 focus groups that discussed polygyny, a majority of respondents believed that polygyny should be legal.<sup>1</sup> It was justified as an Islamic practice, good for women's economic well-being, necessary for widows, and a measure to prevent prostitution among poor women (FG#13; FG#14). Women often added that legal polygyny was needed to limit a man's tendency to affairs (a common practice of illegally "taking more than one wife anyway"). Respondents did emphasize various restrictions, however, based in shari'a, including a limit of two to four wives and the husband's commitment to provide equally for each. Even many well-educated women from the capital support polygyny. "Let it be allowed. Because every woman has a right to a husband, and there are more women than men". Others, even women, support polygyny with some Islamic conditions: "Only in the situation that a man marries more than one woman by law, and has the financial means [to support them]" (FG#4). Among rural women, support appeared higher. Many social leaders supported polygyny as well. One pro-IRPT mullah, for example, argued that polygyny came from shari'a and was necessary to decrease prostitution (Unregistered mullah 3, 2007).

Nonetheless, this issue remained divisive. In 6 other focus groups, a majority opposed polygyny, either because it was too expensive or because it violated women's rights. In one group, participants did not respond.

Also part of its values discourse was a critique of foreign Western missionaries, who had spread in Tajikistan since independence. IRPT deputy leader Hait argued that "the government [had] opened its doors for the penetration of other values and another culture, and itself [wa]s spreading propaganda for this culture, different faiths [...] an unknown phenomenon, foreign to our national and religious values" (Hait interview, 2006). The IRPT's criticism of missionaries resonated with many Tajiks. In 8 of 16 groups, respondents were very unfavorable to missionaries seeking converts away from Islam. Other groups revealed mixed views, often emphasizing religious freedom, but none were wholly positive.

---

<sup>1</sup> Other groups did not discuss polygyny due to lack of time.

### 4.3. *Opposing Religious Repression: The Right to Worship and Religious Education*

The IRPT interpreted Rahmon's escalating restrictions on religion as a return to the Soviet era and vociferously responded to growing restrictions on religion from 2006 onwards. According to one IRPT activist, the redrafted law on religion would "bring nothing good" (Hait, IRPT activist, 2006). IRPT leaders criticized the state-run Council of Ulamo, which had become a voice for the President in state-controlled mosques and called for religious leaders and religion generally to have a voice in the public square. The Party defended the right to wear the hijab and the right to an Islamic education of one's choice, and criticized the government ban on women attending mosque, as well as mosque closures and restrictions generally.

Party chairman Kabiri had vociferously criticized government interference in religion, from its regulation banning mosques from *azon* (the call to prayer), to mosque closures, to interference in the appointment of imams by the Council of Ulamo. Most respondents reported that prayer and mosque attendance had increased between the 1980s and 2000s. Youth in particular came to mosque for namaz more frequently to seek Islamic instruction, and female attendance had increased until closures began again in the mid-2000s. The Council of Ulamo, which by law should be independent of government, became, according to Kabiri, "like state organs"; together with the Committee for Religious Affairs, the Council sought to control religious education, mosques, and "local religious affairs" (Kabiri, 2002, 271-272).

Himmatzoda ultimately resigned from parliament to protest the more restrictive 2009 law on religion, which reintroduced many harsh, Soviet-era restrictions, especially on freedom to worship in mosques and on religious education (USCIRF 2017). Concern about growing repression was widely shared. The IRPT was in agreement with the Turajonzoda brothers, who by the mid 2000s had established extremely large and popular independent mosques. Despite past tension, the IRPT and Akbar Turajonzoda again seemed allies against the government's encroachment on Islamic freedom. In an attempt to bolster the party's appeal, an IRPT tweet in 2013 even quoted the widely renowned Haji Akbar Turajonzoda,

who had praised “the IRPT’s activity [a]s the achievement of peace” (IRPT twitter).

Many societal leaders agreed. An unregistered mullah from Kulob region, a region often assumed to be pro-government, considered the Council of Ulamo to be a return to Soviet days. He sarcastically observed: “the head of the Council of Ulamo is too removed from the people [...]. Some [people on the Council] only study the Quran to get a position [in government]” (Interview, Mullah 2, Kulob, 2007). FGs also revealed popular discontent with repression. “No one should interfere with the religion of the people, even the state” (FGD #2). Another respondent argued: “Believers must be allowed to believe, to be free” (FGD#14).

Party activists also promoted and defended Islamic education at home, in the mosque, and in schools. Kabiri became a vocal critic of the government’s growing restrictions on religious education, even while it endorsed certain Islamic thinkers in its public ideology. Argued Kabiri: “[...] the teaching of Islamic knowledge is a necessity, because the majority among us are Muslims and every self-aware Muslim has to know the principle foundations of his religion [...]” (in Epkenhans, 2015, 344). Kabiri proposed changes to the state educational curriculum: “it is necessary to introduce into the educational system national values that do not contradict the holy religion of Islam” (BBC, 2005). The law on religion had placed multiple limits and penalties on religious study (USCIRF, 2017). However, Kabiri also emphasized studying national Islam in Tajikistan, with Tajik mullahs, not going to foreign Islamic countries and systems.

The state’s increasing restrictions on Islamic education were a blow to the beliefs and practices of the vast majority of ordinary Muslims. A strong majority of focus group respondents in focus groups felt that Islamic education was essential to the moral and social upbringing of youth. Respondents overwhelmingly believed that some form of Islamic education for children and youth (typically from age 9 for boys and age 12 for girls) was necessary, including at home, with a mullah, in a mosque, or in either a state school or a religious school. They also wanted access to books, literature, and the internet for study. Many wanted their children to study Islam in Arab countries or Iran, if financially possible, though others noted fearfully that it was not allowed. Some re-

spondents recognized the IRPT's role in promoting religious education. For example, said one man: "Religious parties raise the level of understanding of spiritual education, especially among youth" (Komron, FG#5, men). Even an officially-appointed mullah complained that those under 18 could no longer study in the mosque (Interview, religious official, Garm, 2007). Like many others, he preferred imams with a foreign Islamic education to those educated in the poor quality state-controlled system: "Those who have studied abroad are better. People believe what they say much more" (Interview, Mullah 2, 2007).

Like the IRPT, many Tajiks prefer that Tajik imams study in their own country, but have deep concerns about the quality of domestic Islamic education, growing state control and corruption of the Islamic hierarchy. The population clearly disagreed with the government's secularizing policy and limits on religious education.

#### 4.5. *Opposing Secularism and Defending a Public Role for Religion*

At the core of the IRPT's program and activity in the 2000s was continued opposition to the post-war "secular" state, enshrined in articles 1 and 100 of Tajikistan's Constitution. Kabiri argued that "secularism" has become equivalent to "anti-religious", and the "secular state" emerged "as a reaction to the Islamicization of society in the 1990s and the emergence of political Islam, and reflects the legacy of Soviet thinking and atheism" (Kabiri, 2004, 168), merely substituting secular for atheist. While the IRPT accepted this initially as a step away from the "anti-religious slogans and understandings in society", IRPT leaders opposed the aggressive, anti-religious secularism that the Tajik state has subsequently implemented. Kabiri argued: "the majority of the Tajik population are believers, so religion must play a role in addressing contemporary problems with government and society" (Kabiri, 2004, 278). Himmatzoda directly rejected western ideas of secularism (2004, 301-302):

"The sources of Islamic thought bear witness to the fact that 'religion and politics are mutually connected, fulfill each other, and it's not possible to divide them'. Religion is important to an equal degree, for the purification of the soul, spirituality, and the fulfillment

of individual piety, and for peace in society. The stronger the authority of religion and its influence on the people's convictions, the cleaner, more honest, more noble and correct, will be politicians and society in general" (Himmatzoda, 2004, 302).

Like many early party adherents, Himmatzoda emphasized the interconnectedness of Islam and politics throughout history, and still resisted models of secular democracy.

The IRPT's core ideas about a greater role for Islam in the state, parties, and law arguably resonated with much of society. All focus groups were asked to identify what role religion should play in personal morals, family, education, culture, and in parties, politics, law and courts. Responses fell into three categories: none; only in the personal/educational/cultural sphere; or in that sphere as well as in the political and legal sphere. The latter category did not imply that respondents endorsed the adoption of all law by shari'a, merely that religion should play some role in law.

Analysis of group data revealed that no respondents rejected the role of religion in all spheres; at a minimum, all respondents felt that religion should play a role in personal morality and education. Yet in 12 of 19 groups, respondents also expressed support for a role for religion in the legal and political areas. For example, one man in Isfara claimed: "Religion should play a role in marriage, in the laws, and in culture" (FG#5). Another man said: "[Islam should play a role] in everything, in my view, because we are Muslim" (FG#5). A group of women in Dushanbe uniformly responded that religion should play a role "in all spheres" (FG#2). One explained: "Our state is officially secular, but in reality the majority of our population is Muslim [...]. Religion cannot exist without the state, and the state without religion" (FG#2). How these abstract views would translate into support for specific religious-based laws, a specific party, or government is not clear. By contrast, in 3 of the 19 groups, respondents wanted to limit religion's role to morality, education and culture; they argued that religion and state are and should be separate. For example, in one Kulyabi group, everyone agreed with Alihon's statement that, "Religious leaders must not interfere in state affairs. They must only spread moral values and purity to the people" (FG#14). Table 1 categorizes all groups' responses.

Table 1: Focus Group Respondents' Views on The Role of Islam

Categories of responses:	Islam Should be influential in morality/ education culture. Religion should not influence political/legal	Islam should be influential in all spheres (morality/ education cultural and also political/legal)	Split responses	No Responses	Total
Number of Focus Groups in each category:	3	12	3	1	19

We can surmise that most Tajiks opposed secularism; most considered Islam to be a necessary influence on multiple spheres of life. Like the IRPT, most Tajiks did not divide life into the private-family/religious and the public-state/secular spheres, and were thus likely to disagree with the Rahmon government's implementation of secularism. Notably, many respondents were also skeptical of democracy, which they associated with the West and secularism, and therefore the total separation of religion from political life and the state.

#### 4.6. *Balancing Islamic Values and Democracy*

Democracy became central to the IRPT's message and goals after the 1997 Accord. Its 1990 party platform had endorsed parliamentary elections, but democracy was a less salient feature of the party's rhetoric and activism at the time. Sayyid Abdullah Nuri, in his work, *Human Rights and Islam* (2001), emphasized the compatibility of Islam and international human rights. Further, according to Kabiri, "[...] slogans concerning the establishment of an Islamic republic [...] were excluded from the lexicon of leaders and officials of the PRIT after the peace process and the beginning of its official activities. This is visible through party programs [...] the PRIT, which favored the establishment of a theocratic state in Tajikistan, has set itself in its program the goal of forming 'a human, democratic and legal society'" (Kabiri, 2007). In the 2003 Charter, the IRPT committed to: "support the democratization of society; the



implementation of the objectives through the participation of party representatives in the legislative institutions” (translated in Epkenhans, 2015, 342). Most of the party leadership opted for the democratic path. Kabiri repeatedly called on the government to continue democratic reforms. The Party drafted a new election law, hoping to decrease fraud and improve their ability to compete (Somona, 2014).

The shift in emphasis appealed to younger, urban, female and highly educated Tajiks, a new group of supporters. Democracy, however, remained a controversial issue within the party and its supporters. Many saw pro-democracy rhetoric and competition under flawed elections to be equivalent to selling out the party’s goals to the west and the Rahmon regime. Hence, the IRPT sought a balance between democracy and Islamic values and law. Kabiri emphasized the need for a Muslim democratic party – a party based on values, along the lines of Christian democratic parties of Europe. Kabiri clearly differentiated the IRPT’s goals for Tajikistan from Iranian, Pakistani, or Saudi ideologies and models of an Islamic state. According to Kabiri, the IRPT had an “Islamic ideology”, but

“we know that it is impossible to set up an Islamic state or republic in Tajikistan in the foreseeable future. Tajikistan is a member of the OSCE. We also have a 70-year history of living and existence within the Soviet Union. At the same time our pre-Bolshevik revolution past shows that Tajikistan has its own traditions and a specific form of governing [...]. Our ultimate goal is to create a free, democratic, and secular state. I personally came to the conclusion that religious values can only be practiced in a democratic society and can only be observed in a society where the supremacy of law is in place” (BBC, 2005).

Party leaders also bluntly rejected the Taliban’s model and the caliphate espoused by Hizb ut-Tahrir (Interviews: Nuri, 2005; Kabiri, 2003, 2013). Yet post-war fissures emerged about the IRPT’s commitment to democracy. Kabiri sought to address such skepticism. The Party did not endorse “Western democracy”, the separation of church and state, and secularism of the public square. Instead, it sought to liberalize the nature of secularism in the Tajik Constitution; Islam, argued Kabiri, would be permitted a role in society, politics and the state, so long as it rejected an Islamic state, theocracy or caliphate (Kabiri 2003; interview 2013). The IRPT

Table 2: Preferred Regime of Respondents in Focus Groups

Responses offered:	“Soviet style”	“Western Democracy” or just “Democracy”	“Democracy our way”	“Muslim democracy” or “Islamic Democracy”	“Islamic State”	Don’t Know	Total
Majority View of FGs	0	1	4	7	1	6	19 FG
Minority View of FGs*	4	5	1	6	5	12	–

\*Note there could be more than one minority view expressed.

clearly sought to maintain its legality, but while also appealing to many of its members and Tajik Muslims who remained skeptical of the secular nature of democracy.

Focus groups revealed that respondents were often unsure about what form of government they preferred, whether they preferred democracy, and if so, what kind of democracy. Each group was coded for majority and minority preferences. In only 1 group (of 19) did all respondents express a clear preference for “Western democracy”. Some had no response. Some groups split. The majority in only 1 group, and a minority in 5 other groups, articulated a preference for an Islamic state or Iranian-style government. The most common response, expressed by a majority in 7 focus groups (and minority in 6), was a preference for a democracy of a Muslim form. In 4 other groups, respondents preferred democracy “our way”, which “fits our culture”, a response that suggested both Muslim and Tajik national influence. Most, however, either did not express a political preference, or claimed not to know their preference.

Most respondents associated democracy with the West, which they viewed as immoral and threatening: “Western democracy is dangerous for our religion”, and “for our culture” said some respondents (FG 2, 2010). In a typical discussion, one focus group of young men, supporters of the IRPT, nonetheless complained about the influence of the west on their “national values”. “The East should remain the East and the West the West [...] We must seize and defend our moral values [...] which are suitable to our mentality”. Few Tajiks participating in the focus groups were fully com-

mitted to the idea of secular democratic government, which they associated with the West. Said another: “Democracy is a system of freedom. But it’s necessary to distinguish eastern from western democracy. Our democracy must be eastern”. He continued: “I think religion must be separate from politics. But politics must take into account the shari’a, in attention to the law” (FG#8). Other participants agreed. Religious leaders often held this view as well. Even a government-appointed imam stated: “Democracy in my view is freedom, but better an Islamic [democracy] because in an Islamic one, there’s no bribery and alcoholism. For us there should be an Islamic democracy, because in Islamic countries it’s necessary to follow the shari’a” (Interview, Kurgan-Tiube religious leader, 2006).

Notably, support for an Islamic or Muslim form of democracy or state was the majority view in groups in the IRPT’s traditional base of Gharm/Qarategin, and in most groups from Kurgan-Tiube and Dushanbe, as well as Kulyab. One Kurgan-Tiube respondent remarked: “I want our country to be democratic and law-based” (FG#10). Another responded: “Islamic democracy exists in Iran, for example, which is different from other democracies. If people fully understand the meaning of the word [democracy], then they’ll see Islamic democracy is better” (FG#10). Another group expressed support for elements of Islam and democracy. Said Azimjon: “Our democracy must be different from democracy in America [...]. The Turkish and Iranian models are also not suitable for us. We must have a state adapted to our real Islam”.

Those explicitly favoring secular democracy were a minority, despite the educated and urban composition of most groups; still some strongly advocated it. One group of women students expressly opposed both the IRPT and the idea of a “Muslim state” for Tajikistan; as one explained, “if our state becomes Muslim, women will have few possibilities” (FG#6). Likewise, in another pro-democratic group, Mahinahon argued, “Women must have equal rights to vote. These rights are in our Constitution” (FG#18). Some advocated religiosity but secularism in the political sphere. They agreed that “religious parties should not take part in politics. Their focus must be on spiritual education and upbringing” (FG#17). “Our country is 99% Muslim but we don’t [shouldn’t have] an Islamic form of government” (FG#17).

Notably, only a small minority of respondents within just 6 of 19 focus groups clearly expressed support for an “Islamic state”. A few respondents idealized Iran as an Islamic state. Some blamed the IRPT for failing in its goals, and saw an Islamic state as both a right and potential improvement: “Muslim countries can build an Islamic state because each country has the right to its own system” (FG#9). Other respondents rejected the idea of an Islamic state, saying that Tajiks were not ready for an Islamic state, or that the attempt would again bring civil war (FG#7).

Some survey data support these findings. In a 2013 poll [in the year of the last presidential election], researchers found moderate support for democracy: 41.9% of respondents believed a parliament elected on the basis of regular elections is very good for their country and another 35.7% believed it “is probably good” (Olimova and Olimov, 2014, 151). Yet the same survey found almost 43% of respondents believed that rule by a group of religious leaders taking charge of political and legislative issues would be good (11.8%, very good; 31.5%, probably good). These survey results, like the focus group data, suggest that a large percentage of the country is favorable to both a parliamentary system and a religious one.

In sum, the IRPT’s support for democracy probably appealed to many Muslims who had a preference for democracy over either secular authoritarianism or theocracy, and who also wanted a more Islamic or Tajik national form of democracy. Many expected such a system to protect their culture and religion and lead to moral society and just government. Yet, the party’s position was controversial; those preferring either an Islamic state or secular democracy were alienated by the IRPT’s post-war discourse about democracy.

## 5. *Conclusion*

The final closure of the IRPT in 2015, after an election that bore no trace of competition or transparency, may well have ended the IRPT. However, the Tajik government’s action is unlikely to have resolved the tension between government repression and a population that still wants greater religious freedom, less secularism, less corruption, and more justice.

The focus group data discussed here reveal that many ordinary Tajiks were uncomfortable with secular governance, whether au-

thoritarian or democratic. Many wanted a religiously-oriented party to bring religion and morality to political life, and to defend their rights to Islamic education, dress, and worship. Many also wanted shari'a to be respected and followed in the cultural and familial sphere, and at least some wanted shari'a to have influence in politics and law as well. Such views did not typically indicate animosity towards democracy, but rather, like the IRPT, suggested a strong preference for a religiously-oriented democracy, that is, for a Muslim, Tajik-style democracy.

Hence, while many respondents were critical of the IRPT, either because of the role it played in the civil war or because of its inability to be effective in parliament, many respondents nonetheless shared some of its ideals and values. The religious idea that Islam creates better, moral individuals and therefore better government, or that separating religion from politics and the public sphere undermines morality and justice are widely shared. By articulating these ideas, and by being the sole voice to do so in the political sphere, the IRPT went a long way to building a broader social base after the civil war. The IRPT's rejection of secularism resonated broadly. Yet, the party's commitment to democracy met a mixed public. The IRPT's inability to appeal both to democrats as well as either conservative Muslims or more radical Islamists impeded its ability to mobilize a broader following. Nonetheless, the ideas and discourse of religious freedom, religious values, morality and justice against corruption, and the integration of Islam, shari'a and democratic politics in a moderate manner consistent with national culture, resonate with many Muslims (Nasr, 2005; Collins and Owen, 2012). Even with the IRPT imprisoned, many Tajiks will be hoping for a government that respects and implement such ideas.

### *Abstract*

The article focuses on the 2015 ban of the Islamic Renaissance Party of Tajikistan (IRPT) – the only opposition party that was legally allowed in the country. The aim is to show that the ban of IRPT on the basis it represented radical Islam provided for a semblance of constitutionality in an increasingly authoritarian regime. In examining the formation and evolution of the IRPT, the article demonstrates that the latter presented itself as a moderate Islamic democratic party, representing political and religious rights of population. The article thus argues that the 2015 ban of the

IRPT resembles a noted practice in Central Asia, according to which most of political parties are created by authoritarian governments to provide for a semblance of democracy, while the real opposition parties play an extremely marginal role in politics, with Islamic parties generally treated as extremist and banned.

L'articolo si focalizza sulla messa a bando del Partito rinascimentale islamico del Tagikistan (IRPT) nel 2015, ovvero dell'unico partito di opposizione legalmente autorizzato nel paese. L'obiettivo è di dimostrare che la messa a bando dell'IRPT, accusato di rappresentare l'Islam radicale, ha fornito una parvenza di costituzionalità in un regime sempre più autoritario. Nell'esaminare la formazione e l'evoluzione dell'IRPT, l'articolo rivela che quest'ultimo si presentava come partito democratico islamico moderato, rappresentando i diritti politici e religiosi della popolazione. Si sostiene, quindi, che la messa al bando dell'IRPT del 2015 ricalca una prassi ben nota all'Asia centrale, per cui la maggior parte dei partiti politici è creata dai governi autoritari al fine di fornire una parvenza di democrazia, mentre i veri partiti di opposizione giocano un ruolo politico estremamente marginale, con i partiti islamici generalmente trattati come estremisti e, pertanto, banditi.

### References

- Abdullo, R.G. "The 2013 Presidential Election: Legitimacy and the Islamic Revival Party of Tajikistan", *Central Asia and the Caucasus*, 17, 2(2014): 178-192.
- An-Na'im, A.A. *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Harvard University Press (2008).
- BBC Monitoring. "Party Leader Denies Aim to Create Islamic State in Tajikistan", *Tojikiston*, Dushanbe, 30 June 2005; text translated in BBC Monitoring, 8 August 2005, hard copy courtesy of UNTOP.
- Berman, S. *The Social Democratic Moment: Ideas and Politics in the Making of Interwar Europe*, Harvard University Press (1998).
- Blaydes, L. and Linzer, D.A. "The Political Economy of Women's Support for Fundamentalist Islam", *World Politics* 60(2008): 576-609.
- Bourdieu, P. *The Logic of Practice*, Stanford University Press (1990).
- Bushkov, V.I. and Mikulsky, D.V. *Anatomiya Grajdanskoy Voyni v Tadjikistane* (Anatomy of Tajik Civil War), Institute of Ethnology and Anthropology of the Russian Academy of Sciences (1993).
- Campbell, D. "Religious "Threat" in Contemporary Presidential Elections", *Journal of Politics* 68, 1(2006): 104-115.
- Casanova, J. *Public Religions in the Modern World*, University of Chicago Press (1994).

- Collins, K. and Owen, E. "Islamic Religiosity and Regime Preferences: Explaining Support for Democracy and Political Islam in Central Asia and the Caucasus", *Political Research Quarterly* 65, 3(2012): 499-515.
- Collins, K. "Ideas, Networks, and Islamist Movements: Evidence from Central Asia and the Caucasus", *World Politics* 60, 1(2007): 64-96.
- Collins, K. *Clan Politics and Regime Transition in Central Asia*, Cambridge University Press (2006).
- Dudoignon, S. and Qalandar, S.A. "They Were All from the Country: The Revival and Politicisation of Islam in the Lower Vaksh River Valley of the Tajik SSR (1947-1997)", in Dudoignon, S.A. and Noack, C. (eds.), *Allah's Kolkhozes: Migration, De-Stalinization, Privatisation and the New Muslim Congregations in the Soviet Realm (1950s-2000s)*, Klaus Schwarz Verlag (2014).
- El Fadl, A. *Islam and the Challenge of Democracy*, Princeton University Press (2004).
- Epkenhans, T. "Defining Normative Islam: Some Remarks on Contemporary Islamic Thought in Tajikistan - Hoji Akbar Turajonzoda's Sharia and Society", *Central Asian Survey* 30, 1(2011): 81-96.
- Epkenhans, T. *The Origins of the Civil War in Tajikistan: Nationalism, Islamism, and Violent Conflict*, Lexington Books (2016).
- Epkenhans, T. "The Islamic Revival Party Tajikistan: Episodes of Islamic Activism, Postconflict Accommodation, and Political Marginalization", *Central Asian Affairs* 2, 4(2015): 321-346.
- Gellner, E. *Muslim Society*, Cambridge University Press (1983).
- Hale, H. *Why Not Parties in Russia?*, Cambridge University Press (2005).
- Heathershaw, J. and Montgomery, D. *The Myth of Post-Soviet Muslim Radicalization*, Chatham House (2014).
- Kedourie, E. *Democracy and Arab Political Culture*, Frank Cass (1984).
- Khamidova, P. "Interview with Muhiddin Kabiri, leader of the Islamic Renaissance Party of Tajikistan-in-exile", *Central Asia Policy Brief*, 33(2016), available at: <http://centralasiaprogram.org/wpcontent/uploads/2016/01/Policy-Brief-33-January-2016-1.pdf>.
- Khan, M. (ed.), *Islamic Democratic Discourse: Theory, Debates and Philosophical Perspectives*, Rowman and Littlefield (2006).
- Layman, G. *The Great Divide: Religious and Cultural Conflict in American Party Politics*, Columbia University Press (2001).
- Lemon, E. "Building resilient secular citizens: Tajikistan's response to the Islamic State", *Caucasus Survey*, 4, 3(2016): 1-21.
- Lewis, B. *The Multiple Identities of the Middle East*, Schocken (1998).
- Liu, M. *Under Solomon's Throne: Uzbek Visions of Renewal in Osh*, University of Pittsburgh Press (2012).
- Louw, M. *Everyday Islam in Post-Soviet Central Asia*, Routledge (2007).

- Mahmood, S. *The Politics of Piety*, University of California Press (2005).
- Markowitz, L.P. *State Erosion Unlootable Resources and Unruly Elites in Central Asia*, Cornell University Press (2013).
- Mullojonov, P. "The Islamic Clergy in Tajikistan", in Dudoignon, S.A. and Komatsu, H. (eds.), *Islam and Politics in Russia and Central Asia*, Kegan Paul International Limited (2001).
- Nasr, V. "The Rise of Muslim Democracy", *Journal of Democracy* 16, 2(2005): 13-27.
- Nourzhanov, K. "Nation-building and Political Islam in Post-Soviet Tajikistan", in Omelicheva, M. (ed.), *Nationalism and Identity Construction in Central Asia: Dimensions, Dynamics, and Directions*, Lexington Books (2014).
- Nourzhanov, K. and Bleuer, C. *Tajikistan: a political and social history*, ANU Press (2013).
- Olimova, S. "Sotsial'nyi kontekst: otchuzhdenie", in OSCE (ed.), *Religiozniy ekstremizm v tsentral'nei Azii: problemy i perspektivy* (2002): 93-108.
- Olimova, S. "Youth of Tajikistan Facing Islam and Islamism", *Cahiers d'Asie Centrale* 15-16(2007).
- Olimova, S. "Politicheskiy Islam i Konflikt v Tajikistane" (Political Islam and Conflict in Tajikistan), *Central Asia and the Caucasus* 5(1999), available at: <https://www.ca-c.org/dataeng/11.olimova.shtml>.
- Olimova, S. and Tolipov, F. "Islamic Revival in Central Asia: the cases of Uzbekistan and Tajikistan", Documentos CIDOB, 26 March 2011.
- Olimova, S. and Olimov, M. "Public Opinion, Democracy, and Authoritarianism in Central Asia", *Central Asia & the Caucasus*, 15, 2(2014), available at: <https://umn-iliad-oclc.org.exz1.lib.umn.edu/iliad/iliad.dll?Action=10&Form=75&Value=1296571>.
- Pape, R. *Dying to Win*, Random House (2005).
- Pannier, B. "Tajikistan: Lone Islamic Party Pursues Dual Path to Challenge Incumbent", *RFE/RL*, 19 May 2006, available at: <http://www.rferl.org/articleprintview/1068519.html>.
- Pannier, B. "The Demise of Tajikistan's Islamic Party", *Radio Free Liberty*, 4 September 2015, available at: <http://www.rferl.org/content/qisbloq-ovozi-demise-of-tajik-islamic-party/27227509.html>.
- Philpott, D. "Explaining the Political Ambivalence of Religion", *American Political Science Review* 101, 3(2007): 505-525.
- Putz, C. "Tajikistan: No Hajj, No Hijab, and Shave Your Beard", *The Diplomat*, 17 April 2015, available at: <http://thediplomat.com/2015/04/tajikistan-no-hajj-no-hijab-and-shave-your-beard/>.
- Qutb, S. *Milestones*, Islamic Book Service (2006).



- Al-Qardawi, Y. *Priorities of the Islamic Movement in the Coming Phase*, Dar Al Nashr (1992).
- Rasanayagam, J. *Islam in Post-Soviet Uzbekistan: The Morality of Experience*, Cambridge University Press (2010).
- Reuter, O. and Remington, T.F. "Dominant Party Regimes and the Commitment Problem, The Case of United Russia", *Comparative Political Studies*, 42, 4(2008): 501-526.
- Shafiev, A. "The 2015 Tajik elections online: few posts, fewer likes, even fewer shares", *Central Asia Policy Brief*, 25(2015), available at: <https://app.box.com/s/ghgurmean4vc8fwr0pwp1qqfis65jno0>.
- Somona, M. "Proekt zakonoa o parlamentskikh vyborakh ot PIVT. Pri niato lish dva predlozheniia", *nabzat.tj*, 15 April 2014.
- Soroush, A. *Reason, Freedom, and Democracy in Islam*, Oxford University Press (2002).
- Stepan, A. "Religion, Democracy, and the 'Twin Tolerations,'" *Journal of Democracy* 11, 4(2000): 37-57.
- Tessler, M. "The Origins of Popular Support for Islamist Movements: A Political Economy Analysis", in Entelis, J. (ed.), *Islam, Democracy, and the State in North Africa*, Indiana University Press (1997).
- Tucker, J. "Economic Conditions and the Vote for Incumbent Parties in Russia, Poland, Hungary, Slovakia, and the Czech Republic from 1990-1996", *Post Soviet Affairs*, 17, 4(2001): 309-331.
- Smyth, R. *Candidate strategies and electoral competition in the Russian Federation*, Cambridge University Press (2006).
- Wickham, C. *Mobilizing Islam: Religion, Activism, and Political Change in Egypt*, Columbia University Press (2002).
- Wilcox, C., Wald, K.D. and Jelen, T.G. "Religious Preferences and Social Science: A Second Look", *Journal of Politics*, 70, 3(2008): 874-879.

*Primary sources cited*<sup>2</sup>

- Focus Groups, #1-19, Tajikistan (2007, 2011).
- Himmatzoda, M. "Faktory proiavleniia religioznogo ekstremizma I mery po ego predotbrashcheniiu: iavliaetsia li islam ekstremistkoi religii?" [Factors in the Manifestation of Religious Extremism, and measures for its prevention; Is Islam an extremist religion?], in Biter, et al., *Postroenie doveriia mezhdu islamistami I sekularistami - tadbikskii eksperiment*, Core (2004): 300-321.
- Interview with Muhiddin Kabiri, March 2001, Dushanbe, Tajikistan.
- Interview with Muhiddin Kabiri, August 2005, Dushanbe, Tajikistan.

<sup>2</sup> Note: some dates have been changed or places omitted to protect respondents.

- Interview with Muhiddin Kabiri, November 2013, Exeter, UK.
- Interview with Saifullozoda, IRPT activist, Dushanbe, Tajikistan, 2005.
- Interview with Deputy leader Hait, IRPT, Dushanbe, Tajikistan.
- Interview with Davlat Usmon, former IRPT deputy leader, Dushanbe, Tajikistan.
- Interview with Mullo Sayyid Abdullo Nuri, Dushanbe, Tajikistan, August 2005.
- Interview with unregistered mullah 2, Tajikistan, 2007.
- Interview with official mullah 1, Tajikistan, 2007.
- Interview with unregistered mullah 3, Tajikistan 2007.
- Interview with Journalist, Tajikistan, August 2007.
- Interview, religious official, Gharm, 2007.
- Interview with NGO representative, Dushanbe, Tajikistan, July 2010.
- Kabiri, Muhiddin, Interview. “*Rabmonov iavltaetsia iavnym favoritom...*”, 10 November 2006.
- Kabiri, Muhiddin. “*Tadjikistan: analyse comparative du Parti de la renaissance islamique et du Hizb al-Tabrir al-islami*”, in Fathi, H. (ed.), *Cahiers d’Asie centrale*, 15/16 (2007).
- Kabiri, Muhiddin, in Biter et al., *Postroenie dovertia mezhdu islamistami I sekularistami - tadzhikskii eksperiment*, Core (2004).
- Nahzat.tj “Аҳобри ӯз “Ҳамоиши дифоъ аз Муҳаммад (с) дар ҲНИТ, <http://nahzat.tj/13874-amoishi-difo-az-muammad-s-dar-nit.html>.

### *Appendix*

Focus groups help us grasp how and why ordinary people understand certain concepts, such as democracy, that are difficult to capture in surveys. Groups were segregated by gender, age, and socioeconomic class to optimize participation. All participants identified as Muslim. Groups included: blue collar workers/agricultural laborers, white collar/intelligentsia, migrant workers, university students. Groups represented 3 of 4 Tajik regions: Khatlon, Sughd, Districts of Republican Subordination (not Gorno-Badakhshan), plus Dushanbe Respondents were selected through snowballing.

FGs have limitations for they are not fully representative of the population. The total number of participants was still small (7-10/group), and some (as in surveys) were no doubt intimidated from openly or fully divulging their opinions. Due to access and field work limitations, 14/19 were composed of urban residents, in provincial centers and Dushanbe; among these, some had rural origins. Youth and men were overrepresented; women proved more difficult to recruit. Given limited resources and my research questions, I focused on those (youth) more likely to

protest, rather than pensioners. Overall, however, the groups were more urban and educated than the general population, which would suggest that a more representative sample would find even higher support for a public role for religion than my findings reveal. Despite these drawbacks, FGs help illuminate whether and to what extent key IRPT ideas and issues resonated with ordinary Tajiks.

BILL BOWRING

## CONSTITUTIONAL RESET IN CENTRAL ASIA? THE EURASIAN ECONOMIC UNION

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Central Asian Context. – 2.1. The Political Undead: Communist Survivors. – 3. Central Asia and United Nations human rights standards. – 4. The Commonwealth of Independent States. – 5. The EurAsian Economic Union (EAEU). – 6. The EurAsian Economic Community, the Eurasian Customs Union, the Single Economic Space, and the Commission. – 7. The EurAsian Economic Union. – 8. The EAEU Court. – 9. Critical comments on the EAEU and its predecessors. – 10. Drawing closer to Russia? – 10.1. Kyrgyzstan. – 10.2. Kazakhstan. – 11. Conclusion.

### 1. *Introduction*

The EurAsian Economic Union (EAEU) is the very recent (in existence since 2014) culmination of a project in which Russia, Belarus and Kazakhstan have been the key motivators for re-integration in the region of the Former Soviet Union. This region, which had been highly integrated in terms of political and economic structures, was blown apart by the wholly unexpected dissolution of the USSR in December 1991. Russia immediately attempted to follow the example of the former British Empire by creating the Commonwealth of Independent States, comprising all former Union Republics of the USSR except the Baltic States.<sup>1</sup> I outline below the trajectory of the CIS, which still exists, and has some impressive activity. But the project of re-integration across the whole FSU space was definitively brought to an end by the Maidan revolution (Revolution of Dignity) in Ukraine in 2014, and by Russia's illegal annexation of Crimea (Bowring, 2018) and support for separatists in Donbas. Russia put great effort into seeking to draw Ukraine into

---

<sup>1</sup> Estonia, Latvia and Lithuania, all of which were independent from 1919, but were illegally occupied by the USSR following WWII. They would have nothing to do with Russia.

the predecessor of the EAEU, rather than a Partnership agreement with the EU, and the project of integration with Russia was dealt a serious blow.

I show below that the EAEU, whose members have attempted to follow the model of the EU and even to construct a competitor to it, have so far manifestly failed to do so. However, as a customs union and a special economic space, its achievements are considerable and even surprising. It has developed, in a very short space of time, a coherent body of law. Several textbooks for Russian university law schools have recently appeared on the law of the EAEU, which is now a fully-fledged subject of legal education and of scholarly research (Degtyareva, Ratushnyak and Sheveleva, 2017; Kashkin and Chetverikov, 2016; Bekyashev and Moiseyev, 2018). But it has not succeeded in following the EU in the direction of political consolidation with a normative, human rights dimension.

The focus of this article is on two of the five current members of the EAEU, Kazakhstan and Kyrgyzstan.<sup>2</sup> As I show below, the five states which comprise “Central Asia”<sup>3</sup> were not at all artificial constructions of the USSR, and each have their own very different characteristics. Scott Newton, for example, analyses the particularities of the uneven development of constitutionalism in the five countries and the varieties of super-presidentialism they have developed (Newton, 2019).

I show below that all five are committed to United Nations standards with regard to human rights, whether or not these standards are implemented. But the two states which I investigate are the closest, politically, to Russia, and have to this day significant Russian-speaking populations. I seek to show that the Russian influence on them goes much deeper than economic integration, and can be considered to amount to a constitutional re-set.

First, I start with the historical and geographical context of Central Asia, as relevant to my topic. Second, I outline the commitments made by each of the five states to United Nations human rights standards. Third, I trace the foundation and trajectory of the Commonwealth of Independent States. Fourth, I analyse the development of the EAEU since it was first proposed in 1994, with ac-

---

<sup>2</sup> Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Russia.

<sup>3</sup> Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, Uzbekistan.

celerating speed since 2010. Fifth I look in more detail at the Court of the EAEU, whose docket is filling up and whose jurisprudence is serious and interesting. Sixth, I present a number of authoritative evaluations of the EAEU and its significance, especially with regard to the EU. Seventh, I turn to strong evidence of Russian influence at the level of constitutional rights.

## 2. *The Central Asian Context*

The slow Russian conquest of the heart of Central Asia began in the early 19th century. By the 1800s, there was little resistance, although the Kazakhs of the Great Horde under Kenesary Kasimov rose in rebellion from 1837-46. With the conquest of Turkestan after 1865 and the consequent securing of the frontier, the Russians gradually expropriated large parts of the steppe. The main opposition to Russian expansion into Turkestan came from the British – the Great Game. Afghanistan remained independent as a buffer state between the two Empires. After the fall of Tashkent to General Cherniaev in 1865, Khodjend, Djizak, and Samarkand fell to the Russians in quick succession over the next three years as the Khanate of Kokand and the Emirate of Bukhara were repeatedly defeated. In 1867 the Governor-Generalship of Russian Turkestan was established under General Konstantin Petrovich Von Kaufman, with its headquarters at Tashkent. In 1881-85 the Transcaspian region was annexed in the course of a campaign led by Generals Mikhail Annenkov and Mikhail Skobelev, and Ashkhabad (from Persia), Merv and Pendjeh (from Afghanistan) all came under Russian control. Bukhara and the Khanate of Khiva remained quasi-independent, but were essentially protectorates along the lines of the Princely States of British India.

Alexander Morrison has observed that:

“Regardless of its significance for Britain or for Russia, the conquest of Central Asia is something that deserves to be studied in its own right, not as an incidental outcome of Anglo-Russian rivalry. Its real significance is to be found in Central Asia itself, where its legacy was 130 years of Russian and Soviet rule, and an unequal political and cultural relationship which continues to this day” (Morrison, 2014).

Russian rule remained distant from the local population, who did not have neither the full privileges of Russians nor the same

obligations, such as military service. The Tsarist regime left substantial elements of the previous regimes (such as Muslim religious courts) intact, and local self-government at the village level was quite extensive.

In his important book, *Russian Rule in Samarkand 1868-1910: A Comparison with British India*, Morrison argues that the creation of a colonial administration in Central Asia presented Russia with similar problems to those faced by the British in India, but different approaches to governance meant that the two regimes often stood in stark contrast to one another. While the Russian administration was characterised by corruption and inefficiency, British rule in India was much more violent, and its subjects much more heavily taxed (Morrison, 2008).

The five states of Central Asia are very different in terms of geography, population, ethnicity, and religion.

– Kazakhstan - 18,157,122; Kazakh 63.1%, Russian 23.7%, Uzbek 2.9%, Ukrainian 2.1%, Uighur 1.4%, Tatar 1.3%, German 1.1% - Muslim 70.2%, Christian 26.2% (mainly Russian Orthodox);

– Kyrgyzstan - 5,664,939; Kyrgyz 70.9%, Uzbek 14.3%, Russian 7.7% - (Sunni) Muslim 75%, Russian Orthodox 20%;

– Tajikistan - 8,191,958; Tajik 84.3%, Uzbek 13.8% - Sunni Muslim 85%, Shia Muslim 5%, other 10%;

– Turkmenistan - 5,231,422; Turkmen 85%, Uzbek 5%, Russian 4% - Muslim 89%, Eastern Orthodox 9%;

– Uzbekistan - 29,199,942; Uzbek 80%, Russian 5.5%, Tajik 5%, Kazakh 3% - Muslim 88% (mostly Sunni), Eastern Orthodox 9%.

Uzbekistan has by far the largest population, and significant minorities including a large Uzbek minority in Afghanistan (some 9% of the total, or 3 million). General Abdul Rashid Dostum, an ethnic Uzbek, has been Vice-President of Afghanistan since 2014 and has led a significant Uzbek army. He now leads opposition to President Ghani (New York Times, 2017).

Each of the five very different states of Central Asia is characterised not only by a common Soviet past but also by the existence of authoritarian regimes and various forms of neo-patrimonialism. In all five states, the rule of law is precarious or non-existent, and

Constitutions and constitutional adjudication largely irrelevant to the real exercise of power.

### 2.1. *The Political Undead: Communist Survivors*

The Central Asian states also have in common the fact that four of the presidents presiding over their nationalising processes were, as late as 2004, former senior officials of the Soviet period: Nazerbaev (born in 1940) in Kazakhstan (First Secretary of the Kazak Communist Party from 1989), Akaev (overthrown in 2005) in Kyrgyzstan (President of the Academy of Sciences since 1988), Niyazov (died in 2006) in Turkmenistan (First Secretary of the Central Committee of the Turkmen Communist Party from 1985), and Karimov (died in 2016) in Uzbekistan (from 1989 First Secretary of the Central Committee of the Uzbek Republic). Rahmonov (born in 1952) rose rapidly from being the director of a state farm to Chairman of the Supreme Soviet in 1992, and then President of Tajikistan.

Indeed, of the eight states of the southern borderlands, five (Azerbaijan, Georgia, Kazakhstan, Turkmenistan and Uzbekistan) were initially ruled by former Communist First Secretaries (Suny, 2001).

### 3. *Central Asia and United Nations human rights standards*

The Central Asian states display a much more varied, and indeed paradoxical, relation to international commitments. On the one hand, independent accession to UN treaty obligations plays an important symbolic role in demonstrating the break from the Soviet past; on the other hand, each state appears, despite the new commitments, to be replicating contemporary Russian practice. This is characterised by a stubborn resistance to change, and persistence of Soviet methods and habits.

Uzbekistan illustrates all three results sketched above. It has sought recognition by ratifying all of the big six UN treaties, together with the First Optional Protocol to the ICCPR. It has taken steps to amend its legislation in line with the requirements of the treaties. Yet, it has attracted international censure. Its practice, especially in the criminal justice field, is a long way removed from the demands of the United Nations (Korff, 2003). The UN's then Special Rapporteur on Torture, Theo van Boven, published a damning



report following his visit to Uzbekistan in November and December 2002. He concluded that, “torture or similar ill-treatment is systematic as defined by the Committee against Torture”, and that, “the pervasive and persistent nature of torture throughout the investigative process cannot be denied” (Report of 3 February 2003). And a number of complaints against it, brought by individuals with the help of newly active domestic non-governmental organisations, are now pending before the UN’s Human Rights Committee.

All five Central Asian states ratified the Convention on Rights of the Child, the least controversial human rights treaty for them, by 1994. However, the record thereafter was patchy. Kyrgyzstan, for some time known as the most liberal of the ‘stans’,<sup>4</sup> ratified all of the big six and First Optional Protocol of the ICCPR, giving a right to complain to the UN Human Rights Committee, by 1997. Even Turkmenistan, known to the outside world mainly through the extraordinary personality cult associated with the late President Niyazov, the ‘Turkmenbashi’, finally completed the ‘big six’ by ratifying the Convention Against Torture in 1999. Tajikistan, riven by civil war from 1992 until 1997, ratified the two Covenants, the ICCPR and CCPROP1, and the ICESCR in April 1999, and thus completed the ‘big six’ treaties.

Kazakhstan, in some ways the most liberal of the Central Asian states, was paradoxically the most dilatory in ratifying the main UN treaties. Only in September 1998 did it manage to ratify the CERD, CEDAW and CAT. Kazakhstan’s first State Report under the CAT was examined by the UN Committee Against Torture at a public hearing in Geneva in April and May 2001. This was attended not only by the Minister of Justice of Kazakhstan, but also leading NGO representatives, who prepared a hard-hitting parallel report, focusing on human rights violations in the penitentiary system and at the hands of the police. The hearing, and the Committee’s critical conclusions and recommendations, were followed by public discussion in Kazakhstan.<sup>5</sup> It ratified the two UN Covenants on Human Rights, the ICCPR and ICESCR, in January 2006.<sup>6</sup> Unlike the

---

<sup>4</sup> This distinction has now, following a wave of repression, been lost.

<sup>5</sup> The author participated in this meeting, and made recommendations.

<sup>6</sup> The author took part in projects assisting Kazakhstan with ratification: [http://tbinternet.obchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=89&Lang=EN](http://tbinternet.obchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=89&Lang=EN) (accessed on 4 February 2018).

UK, it has also ratified the First Optional Protocol to the ICCPR, and complaints against it may be brought to the UN Human Rights Committee.<sup>7</sup> However, in its Concluding Observations of 9 August 2016, the HRC was “concerned about the State party’s failure to implement the Views adopted by the Committee under the Optional Protocol and the lack of effective mechanisms and legal procedures for authors of communications to seek, in law and in practice, the full implementation of the Views”.<sup>8</sup>

#### 4. *The Commonwealth of Independent States*

On 8 December 1991 the presidents of Belarus, Russia and Ukraine agreed that the USSR had ceased to exist as a subject of international law and geopolitical reality, and signed the Agreement on creation of the Commonwealth of Independent States (CIS) (Degtyareva, Ratushnyak and Sheveleva, 2017, 16). The former Union Republics of the former USSR were confronted with the question of entering into the newly created association and of preserving the economic, scientific and technical connections in the region.

Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan and Uzbekistan all signed the CIS Treaty on 21 December 1991, and ratified it on 23 December 1991, 6 March 1992, 26 June 1993 and 1 April 1992 respectively. They ratified the CIS Charter on 20 April 1994, 12 April 1994, 4 August 1993 and 9 February 1994 respectively. Turkmenistan also signed the Treaty on 21 December 1991, and ratified it on 26 December 1991, but never ratified the Charter. It remains an unofficial associated member (*ibid.*, 17).

The CIS continues its activity, especially in the field of legislative drafting for the CIS as a whole.<sup>9</sup> The Council of the CIS Heads

<sup>7</sup> A recent case is Communication No. 2645/2015: Vladislav Chelakh v. Kazakhstan, CCPR/C/121/D/2645/2017, views of 28 Nov 2017, violation of right to a fair trial, Article 14, represented by Serik Sarsenov, Kazakhstan International Bureau for Human Rights and Rule of Law, at <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqbKb7ybsjvfljqüI84ZFd1DNP1S9EINjUze%2f78v6fb3JUuB8UO35%2bf4KVFHe%2bTH9UJcl50Jl4q7RKMMW51ZDYfpOr96Xys5uoyPUav%2f3e0A2FcqVyOPEGdcUE4GoLIqFoU9svOCJA%3d%3d> (accessed on 4 February 2018).

<sup>8</sup> <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqbKb7ybsnVLXb7tWotjakJ2A4dlu%2fy2qfDftERdCyCiDGloD6fvzZPyCZ0wxlQtC5PKOS88usA9KTALCc%2bvYBxRUcrbBBB6bdeV69FwmqWZKk5PZ4bV> (accessed on 4 February 2018).

<sup>9</sup> <http://iacis.ru/eng/> (accessed on 4 February 2018).

of State at its meeting in Bishkek on 16 September 2016 declared 2018 the Year of the Culture in the 9 countries of the CIS. The program of events of the Year of the Culture featured activities taking place in the Member Nations of the CIS. The work to improve the legal framework of cultural cooperation took place along theatres, musical and cinema festivals, organizing exhibitions, competitions and symposiums.

On 2 February 2018, the Tavricheskiy Palace, the headquarters of the Inter-Parliamentary Assembly of the CIS, hosted a regular meeting of the Working Group at the IPA CIS Permanent Commission on Culture, Information, Tourism and Sport on Drafting the Convention on the Preservation of the CIS Cultural Heritage. MPs and experts continued drafting the document, and discussed the progress, amendments and proposals submitted by the IPA CIS parliaments.<sup>10</sup>

There is an Economic Court of the CIS.<sup>11</sup> It decided four cases in 2015,<sup>12</sup> one case in 2016,<sup>13</sup> and three cases in 2017.<sup>14</sup> The jurisdiction of the CIS Economic Court includes the resolution of international economic disputes arising from the implementation of economic obligations envisioned by agreements, decisions of the Council of Heads of State, Council of Heads of Government and other CIS institutions, as well as those concerning the conformity of normative and other acts of Member States of the CIS on economic issues with the agreements and other acts of the CIS. The Court considers disputes on the application of the States Parties represented by their competent authorities, or institutions of the CIS.<sup>15</sup>

On 30 January 2018, the first meeting of the Council of Permanent Plenipotentiary Representatives of the CIS Members under the chairmanship of the Ambassador of Tajikistan (which took over the Chairmanship of the CIS for 2018) to Belarus, Mahmadsarif Khakdod, took place at the CIS Executive Committee in Minsk.

---

<sup>10</sup> [http://iacis.ru/eng/pressroom/news/komissii\\_mpa\\_sng/mps\\_and\\_experts\\_will\\_continue\\_to\\_work\\_on\\_the\\_draft\\_convention\\_on\\_the\\_preservation\\_of\\_the\\_cis\\_cultural/](http://iacis.ru/eng/pressroom/news/komissii_mpa_sng/mps_and_experts_will_continue_to_work_on_the_draft_convention_on_the_preservation_of_the_cis_cultural/) (accessed on 4 February 2018).

<sup>11</sup> <http://sudsng.org/> (accessed on 4 February 2018).

<sup>12</sup> <http://sudsng.org/database/annot/annot2015/> (accessed on 4 February 2018).

<sup>13</sup> <http://sudsng.org/database/annot/annot2016/> (accessed on 4 February 2018).

<sup>14</sup> <http://sudsng.org/database/annot/annot2017/> (accessed on 4 February 2018).

<sup>15</sup> <http://courtcis.org/index.php/jurisdiction/jurisdiction> (accessed on 4 February 2018).

They drafted the agenda of the regular meeting of the Council of the CIS Foreign Ministers to be held in Minsk on 6 April 2018. This focused on political cooperation, as well as the documents related to the CIS work to combat crimes in the field of information technologies, counter the legalization of illegally-earned incomes, financing of terrorism and the proliferation of weapons of mass destruction.<sup>16</sup>

In 2000 a number of CIS member states (Russia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Tajikistan) founded the “second stage” of post-Soviet integration, the Eurasian Economic Community (YevrAzEC). This was more effective than the CIS, and was responsible for about 200 international treaties. The member states were able to unify their domestic legal systems with regards to trade and economics as a whole (Shumilov, Boklan and Lifshits, 2015, 88).

Shumilov, Boklan and Lifshits point out that the rights and obligations of the member states became significantly skewed. Certain states did not ratify particular treaties, and did not implement them. The problem was the method of adopting and realising decisions, so Russia, Belarus and Kazakhstan, as the more committed states, decided to change the method and transferred part of the competence to the supra-national level. In 2010, the Customs Union of the three states was created, with its leading body, the Commission of the Customs Union, having supra-national jurisdiction. Later the Customs Union was supplemented by the project of a unified economic space. Instead of the Commission of the Customs Union, the Eurasian Economic Commission (EEK) was created (Shumilov, Boklan and Lifshits, 2015, 89).

##### 5. *The EurAsian Economic Union (EAEU)*

The creation of a Eurasian Union had been first proposed by the President of Kazakhstan, Nursultan Nazarbaev, as long ago as 1994, in a speech at Moscow State University (Degtyareva, Ratushnyak and Sheveleva, 2017, 47). His proposal was indeed novel:

---

<sup>16</sup> [http://iacis.ru/eng/pressroom/news/partnery/first\\_2018\\_meeting\\_of\\_the\\_cis\\_council\\_of\\_permanent\\_plenipotentiary\\_representatives\\_to\\_take\\_place\\_in/](http://iacis.ru/eng/pressroom/news/partnery/first_2018_meeting_of_the_cis_council_of_permanent_plenipotentiary_representatives_to_take_place_in/) (accessed on 4 February 2018).

alongside the continued existence of the Commonwealth of Independent States (CIS), there should be a new structure for integration, whose aim would be to formulate an agreed economic policy and to adopt a common programme of economic development. He called for ensuring the development of integration through the creation of a new institutional structure for integration which was to be worked out and put in place, with an adequate volume of regulative authority in key sectors of the economy, and in the political, defence legal, ecological, cultural and education spheres.

His project – and indeed, his idea – did not receive recognition, because during the post-1991 period of disintegration of the former Soviet republics, the tasks of strengthening national independence and sovereignty, and the development of economic cooperation, were considered to be mutually exclusive. Kassenova states that:

“At the time Moscow was not ready for this bold initiative, but it was reviewing its policy of ‘going West’ and ‘shedding the burden’ of Central Asia. In August 1994 the Russian Foreign Minister, Andrey Kozyrev, stated that Moscow was ready ‘to go as far as and in the integration forms for which our partners (CIS states) are ready’” (Kassenova, 2013, 140).

However, Russia and Belarus actively supported Nazarbaev’s Eurasian project, which was in due course successfully and consistently implemented.

#### 6. *The EurAsian Economic Community, the Eurasian Customs Union, the Single Economic Space, and the Commission*

On 10 October 2000 a formal agreement was signed in Astana to establish a new international economic organisation, the Eurasian Economic Community, “EurAsEC”. This came into force at the end of May 2001, with Russia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Tajikistan. In May 2002 Moldova and Ukraine became observers, followed by Armenia in January 2003. Uzbekistan signed a protocol of accession in January 2006, but in October 2008 ceased to participate (Cooper, 2013).

At an informal meeting of EurAsEC heads of state in August 2006, it was agreed to establish a Customs Union of Russia, Belarus,

and Kazakhstan, and this was finally approved in Dushanbe on 6 October 2007. The Eurasian Customs Union was declared formally in existence beginning 1 January 2010 (*ibid.*, 22).

In February 2003, the leaders of Belarus, Kazakhstan, Russia, and Ukraine declared in favour of the principle of a common economic space, but the Orange Revolution in Ukraine in late 2004 killed the project. However, in the context of the EurAsEC and the ECU, the Interstate Council approved a plan of action for a Single Economic Space (SES) in December 2009, requiring the drafting of 20 basic documents setting out enabling legislation. At the end of 2010, 17 documents were signed, and a declaration of 1 January 2012 brought the SES into existence. Julian Cooper points out that adoption of formal criteria for macroeconomic policy, the Eurasian equivalent of the EU's Maastricht criteria, proved very difficult (*ibid.*, 24-5).

By late 2011, the ECU having been established and the SES about to come into existence, it was decided to create a new body, the Eurasian Economic Commission. This was approved by the three presidents of the ECU states on 18 November 2011. It had a two-level structure: the principal decision-making body was the Council of the EEC, comprising three deputy prime ministers, with decisions taken by consensus. The executive body was the Collegium with nine members, three from each country. In December 2012 it was decided that the EEC would have an additional staff of 600, rising to 1071 by the start of 2013 (*ibid.*, 26).

## 7. *The EurAsian Economic Union*

In the end, the Treaty on creation of the EurAsian Economic Union (EAEU) was signed by the presidents of Russia, Belarus and Kazakhstan in Astana on 29 May 2014, and entered into force on 1 January 2015<sup>17</sup>. The YevrAzEC was dissolved. In January 2015, Armenia acceded to the EAEU Treaty. On 23 December 2014 Kyrgyzstan signed the EAEU Treaty, and on 12 August 2015 became a full-fledged member of the Union.

Shumilov, Boklan and Lifshits report that the expert draft of

---

<sup>17</sup> Full text of the Treaty in English at [https://docs.eaeunion.org/docs/en-us/0017353/itia\\_05062014\\_doc.pdf](https://docs.eaeunion.org/docs/en-us/0017353/itia_05062014_doc.pdf) (accessed on 4 February 2018).

the Treaty was prepared for the negotiation process by a team of lawyers from the All-Russian Academy of Foreign Trade, taking into account the experience of all the fundamental contemporary integration associations as well as the specifics of the post-Soviet civilisation space, but, nevertheless, was corrected by the parties to the negotiations. One innovation was the use of the term “law of the Union” in Article 6: this was an important terminological innovation in Russian drafting history (Shumilov, Boklan and Lifshits, 2015, 89).

According to the website of the EAEU,<sup>18</sup> it accounts for 3.2% of global GDP. The gross domestic product of the EAEU in 2014 was \$ 2.2 trillion. Industrial production in 2016 was 111.4% of 2010; the volume of external trade of the EAEU with third countries in 2014 was \$ 877.6 billion (3.7% of world exports and 2.3% of world imports). It has 2.5% of the world population. As at 1 January 2016 its population was 182.7 million people, of whom 92.9 million people were economically active. The unemployment rate was 5.3% (UN - 10.2%; USA - 6.2%, world - 8.4%). It has 5% of the world production of gas and oil, and 4.8% of world manufacturing. 59.4% of the population have internet access.

The institutions of the EAEU are as follows.

– The Supreme Eurasian Economic Council is the EAEU’s supreme authority. The Heads of the Member States – the five presidents – form the Supreme Council.

– The Intergovernmental Council consists of the prime ministers of the five member states.

– The Eurasian Economic Commission is the permanent supranational regulatory body of the Union, with its members appointed by the Council of the Commission and the Board of the Commission. The core tasks of the Commission are fostering the conditions to support the operation and development of the EAEU, and drafting proposals in the field of economic integration within the EAEU.

– The Court of the EAEU is the court of justice of the EAEU, which ensures the uniform application of the EAEU Treaty and other Union treaties by the Union Member States and bodies.

---

<sup>18</sup> The website of the EAEU in English: <http://www.eaeunion.org/?lang=en> (accessed on 4 February 2018).

## 8. *The EAEU Court*

The Court has its own website in both Russian and English.<sup>19</sup> The Court started operating on 1 January 2015. Diyachenko and Entin, both lawyers at the EAEU Court, point out that after the dissolution of the Eurasian Economic Community (EurAsEC), the Member States decided not to reform the EurAsEC Court but to create an entirely new institution (Diyachenko and Entin, 2017, 54).

The EAEU Court's mission is to ensure uniform application by the Member States and the bodies of the Union of the Treaty, international treaties within the Union, international treaties of the Union with a third party and decisions of the bodies of the Union. The Court consists of two judges from each Member State of the Union, appointed by the Supreme Eurasian Economic Council on the proposal of the Member States of the Union. Their term of office is nine years. The jurisdiction of the Court is laid down in the Statute of the Court.

Applications to resolve a dispute may be submitted to the Court by Member States and "economic entities" (enterprises). A Member State may apply to the Court with an application concerning the compliance of an international treaty within the Union or its particular provisions with the Treaty:

- contesting the observance by another Member State of the Treaty, international treaties within the Union and/or decisions of the bodies of the Union;
- concerning the compliance of a decision of the Eurasian Economic Commission with the Treaty, international treaties within the Union and/or decisions of the bodies of the Union;
- challenging actions (failure to act) of the Eurasian Economic Commission.

An economic entity is entitled to contest the compliance of decisions and actions (failure to act) of the Eurasian Economic Commission with the Treaty and/or international treaties within the Union. However, not any decision can be contested before the Court, but only those of them directly affecting the rights and legit-

---

<sup>19</sup> <http://courteurasian.org/en/> (accessed on 4 February 2018).



imate interests of the economic entity in the area of business and other economic activities.

The Court also has the jurisdiction to provide clarification of provisions of the Union law at the request of a Member State or a body of the Union or at the request of employees and officials of the bodies of the Union in case of provisions regarding labour relations.

Diyachenko and Entin observe that the jurisdiction of the Court can be divided into two blocs. Firstly, the Court has the competence to resolve disputes brought by Member States or economic entities; secondly, the Court has competence to consider applications for clarification of EAEU law provisions brought by Member States, bodies of the Union or EAEU civil servants. The fundamental difference between these two categories is that applications concerning disputes lead to judgments that are binding (Diyachenko and Entin, 2017, 55).

They conclude, on the basis of the first two years' functioning of the Court, that:

“The small number of applications may be partially explained by the limited competence of the Court (particularly, the impossibility to award compensation for damages) or the lack of activity of the Commission in certain fields. We believe, however, that the main reason lies in a certain caution, not to say lack of trust, of the legal and business community in this new institution. It is thus vital for the Court to establish itself a reputation based on professionalism, efficiency and accessibility” (Diyachenko and Entin, 2017, 68).

Maksim Karliuk of the Higher School of Economics wrote that:

“[...] the EAEU Court will struggle to enforce its jurisdiction as the institution powers have become less far-reaching than its predecessor's (the EurAsEC Court). There are fewer types of proceedings it is capable to adjudicate. The drafters of the EAEU Treaty were also careful to limit the scope for CJEU-like judicial activism. From this it can be concluded that only with difficulty will the EAEU Court be able to achieve its main aim as provided in the Treaty, and to ensure the autonomy of the legal order” (Karliuk, 2015, 20; see also Karliuk, 2017a and 2017b).

According to the website, the cases listed in the footnote were heard in each of 2015,<sup>20</sup> 2016<sup>21</sup> and 2017<sup>22</sup> – case summaries are given in English.

In the last mentioned case, Case No. CE-1-1/1-16-█K (Russian Federation), the Russian Federation, represented by the Ministry of Justice, filed an application to the Court for the non-compliance by Belarus with the Treaty on the EAEU, Article 125 of the Customs Code of the Customs Union, Articles 11 and 17 of the Agreement on Mutual Administrative Assistance of Customs Authorities of Member States of the Customs Union of May 21, 2010. It complained that Belarus did not recognise the decisions taken by its customs authorities on the release of goods in accordance with the customs procedures of reimport and customs transit, reviewed the validity of such decisions, and adopted decisions establishing the foreign origin of goods.

On 21 February 2017 the Grand Chamber of the Court delivered a judgment establishing the fact that Belarus failed to fully comply with the provisions of Articles 1, 3, 4, 25 of the EAEU Treaty on the free movement of goods, the functioning of the Customs Union without exceptions and limitations upon completion of

---

<sup>20</sup> <http://courteurasian.org/en/page-24951> (accessed on 4 February 2018).

Case No. CE-2/1-15-KC (Unitrade CJSC); Case No. CE-3/1-15-KC (Gamma LLP); Case No. CE-3/2-15-KC (KAPRI CJSC).

<sup>21</sup> <http://courteurasian.org/en/page-24961> (accessed on 4 February 2018).

Case No. CE-3-2/16-KC (TP “Rusta-Broker”); Case No. CE-2-3/1-16-BK (clarification upon the request of the Ministry of National Economy of the Republic of Kazakhstan); Case No. CE-2-3/1-16-BK (clarification upon the request of the employees of the EEC); Cases No. CE-1-2/2-16-KC and No. CE-1-2/2-16-AP (General Freight CJSC); Case No. CE-1-2/3-16-KC (Remdizel LLC); Cases No. CE-1-2/1-16-KC and No. CE-1-2/1-16-AP (Sevlad LLC); Cases No. CE-1-2/2-15-KC and No. CE-1-2/2-15-AP (individual entrepreneur Tarasik).

<sup>22</sup> <http://courteurasian.org/en/page-25071> (accessed on 4 February 2018).

Case No. CE-2-3/1-17-BK (clarification upon the request of an official of the EEC); Case No. CE-3/1-17-KC (Bryansksemlash CJSC) – dismissed, premature; Case No. CE-2-2/2-17BK (clarification upon the request of the EEC) – advisory opinion; Case No. CE-2-2/1-17-BK (clarification upon the request of the EEC) – advisory opinion; Case No. CE-2-1/2-17-█K (clarification upon the request of the Ministry of Transport and Roads of the Kyrgyz Republic) – advisory opinion; Case No. CE-2-1/1-17-BK (clarification upon the request of the Ministry of Justice of Belarus) – advisory opinion; Case No. CE-3/3-17-KC (Public Joint-Stock Company “NLMK”) and No. CE-3/2-17-KC (Limited Liability Company “VIZ Steel”) – dismissed, outside the Court’s competence; Case No. CE-1-2/1-17-KC (TMR Import LLC) – settled; Case No. CE-1-1/1-16-█K (Russian Federation) – upheld.

the transitional periods, commitment to the creation of a common market for goods, services, capital and labour resources within the Union, the application of a common customs regulation, Article 125 of the Customs Code of the Customs Union, Articles 11 and 17 of the Agreement of May 21, 2010. Separate opinions of Judges D.G. Kolos, T.N. Neshataeva, V.Kh. Seytimova, A.A. Fedortsov, and K.L. Chayka were attached to the judgment of the Grand Chamber of the Court.

### 9. *Critical comments on the EAEU and its predecessors*

Rilka Dragneva and Kataryna Wolczuk have established themselves as leading expert commentators on the EAEU and its predecessors, especially in two expert reports for the Royal Institute of International Affairs (Chatham House) in 2012 (Dragneva and Wolczuk, 2012) and 2017 (Dragneva and Wolczuk, 2017), and in a collection edited by them, and published in 2013 (Dragneva and Wolczuk, 2013). The first Chatham House report evaluated the newly created Customs Union (ECU) as, in their view, a more robust institutional structure than any of its predecessors. Despite a range of transitional problems, it was actually being implemented, and could pose a normative challenge to the EU's European Neighbourhood Policy (ENP) and the Eastern Partnership (EaP), especially in the context of (pre-Maidan) Ukraine (Dragneva and Wolczuk, 2012, 2).

On 22 August 2012, Russia had become the 156<sup>th</sup> member of the World Trade Organisation, and the new Customs Union was a rule-based body, consistent with the WTO regime and modern international norms. They concluded that during Putin's third presidential term, progression from the ECU to the Eurasian Union was likely to remain at the top of the political agenda for Russia, with potentially profound consequences for the EU.

The 2013 collection evaluated the further progression of the ECU. Richard Connolly, focusing on Russia's accession to the WTO, in particular noting that Russia's accession was held up by the need to ensure that ECU rules were consistent with WTO rules (Connolly, 2013, 61). In his view, Russia's WTO membership gave the ECU greater institutional clarity and legitimacy, and had the potential to make the ECU more attractive to prospective members

(*ibid.*, 77). In their chapter on the implications of Eurasian economic integration for the EU Eastern policy, Laure Delcour and Kataryna Wolczuk concluded:

“[...] for Russia, the EU’s exercise of ‘normative power’ in the post-Soviet space has resulted in important lesson-learning. Russia has upgraded its approach to regional integration by prioritizing economic integration with a high degree of institutionalization and legalization to assert its position in the post-Soviet space. Russia now lays claim to normative competence and has begun to compete in a field where the EU has hitherto exercised a monopoly in the post-Soviet space” (Delcour and Wolczuk, 2013, 202).

In 2014, Dragneva and Wolczuk contributed to an LSE Ideas Special Report *The Geopolitics of Eurasian Economic Integration*. Their chapter was entitled “Eurasian Economic Integration: Institutions, Promises and Faultlines”, and concluded that Russia’s policy towards Ukraine had become an important stress-test for the new integration regime (Dragneva and Wolczuk, 2014, 8). The position that Belarus, Kazakhstan and Armenia had taken on Crimea suggested that the Single Economic Space was “a pliant tool for Russian foreign policymaking” (Dragneva and Wolczuk, 2014, 15). In the same Report, Timofei Bordachev and Andrei Skriba concluded that, for all the challenges Eurasian integration faces, by launching the Eurasian integration project, Russia had passed a point of no return (Bordachev and Skriba, 2014, 16). It had demonstrated that it was ready to relinquish the ideological legacy of the Soviet past, but at the same time signalled that it will fight for the return of its great power status and the influence lost at the end of the 20th Century. Regaining geopolitical control over the post-Soviet space through the Eurasian project is thus more a means than an end in itself (Bordachev and Skriba, 2014, 22).

The 2017 Chatham House report was written in a context in which the EAEU was the ‘culmination of a multi-step project in deep economic integration’. The EAEU built on the achievements of the ECU, formed in 2010, and the SES, established in 2012. It promised a common market with 180 million consumers, in which economic policies are coordinated and existing non-tariff trade barriers eliminated (Dragneva and Wolczuk, 2017, 4). The authors concluded, however, that:

“[...] common institutions are further undermined by the design of the judicial body of the EAEU. The Astana Treaty set up the Court of the EAEU, which can rule on inter-state disputes as well as hear appeals against the commission, including those launched by commercial entities. Indeed, the court’s predecessor, the Court of the Eurasian Economic Community, was quite active in ruling on specific appeals from businesses and attempted to develop union law in a similar way to the EU (see Ispolinov, 2013, 225). The Astana Treaty, however, curbed this tendency, excluding the decisions of the court from the category ‘law of the Union’ and stipulating in a rather convoluted fashion that the decisions ‘do not change and/or invalidate any norms of the law of the Union in force and the legislation of the member states, nor create new ones.’”<sup>23</sup>

Dragneva and Wolczuk were pessimistic in their overall conclusion. In their view, the project had become an institutional, regulatory and economic reality, albeit exceedingly complex. Russia was satisfied with having created a union, but not with making it work. Therefore, the Eurasian project was likely to stumble on and would continue to be promoted as a Eurasian replica of the EU (Dragneva and Wolczuk, 2017, 24).

For Diana Kudaibergenova, who has focused on the two Central Asian states which are members of the EAEU, Kazakhstan and Kyrgyzstan, it is clear that the Eurasian discourse is used by the political elites in both Kazakhstan and Kyrgyzstan as a legitimization tool for the provision of stability and security, economic development, and open routes for migration and mobility. She notes that Kazakhstani and Kyrgyz respondents continue to support the EAEU, although their scepticism is growing over the Ukrainian crisis, anti-Russian sanctions, and currency devaluations in Russia and Kazakhstan (Kudaibergenova, 2016, 11-12).

A conference held in Milan in March 2016 gave rise to a collection of articles on relations between the EAEU and the EU (Di Gregorio and Angeli, 2017). Daria Boklan, who has become a Russian specialist on the EAEU, contributed a chapter on the compatibility of EAEU law and the WTO agreements (Boklan, 2017, 187). All five members of the EAEU except Belarus are WTO members. So the question arises, Boklan notes, as to how EAEU law is treated

---

<sup>23</sup> Article 102 of the Statute of the Court, Annex 2 of the Astana Treaty.

by the WTO's Dispute Settlement Body (DSB). In 2013, the EurAsEU Court had considered the compatibility of the law of the Customs Union with the WTO Agreements, and concluded that WTO Agreements prevail over the Treaties within the Customs Union in case of contradiction. Thus, where there is no contradiction, EAEU law is to be applied as a special norm.

In Boklan's view:

"This approach shows that the Court of the EAEU is trying to follow the EU standards establishing an autonomous legal order of the EAEU" (*ibid.*, 190).

At the time she wrote her chapter, there were already three pending cases before the DSB on compatibility of a norm of EAEU law with WTO law: two complaints by the EU and one by Ukraine, all against Russia. In all three, norms of EAEU law are considered as measures taken by a member state of the EAEU, namely Russia, but not as international legal norms (*ibid.*, 196).

## 10. *Drawing closer to Russia?*

### 10.1. *Kyrgyzstan*

The author visited Kyrgyzstan from 8 to 14 March 2015, on mission for the British Embassy to evaluate the state of freedom of religion in Kyrgyzstan, at a time when it had already concluded the Customs Union with Russia and was preparing for accession to the EAEU. He has also made several recent visits to Uzbekistan, and studies Kazakhstan closely, having visited the country many times in the past.

It was evident that Kyrgyzstan has made a sharp turn away from the USA and (back) to Russia, helped by economic inducements. From a constitutional point of view, Kyrgyzstan was at that time following Russia in planning to enacting law on foreign agents (restricting NGO activity), and had already enacted law on extremism, reproducing recent Russian legislation almost work for word. The Law "On Combating Extremist Activities" has been in force in Kyrgyzstan since 2005, taken almost verbatim from its Russian analogue. In addition, in 2009, a new offence on extremist material was added in Article 299-2 of the Criminal Code. On 7 July 2016 fur-

ther amendments made this law even tougher.<sup>24</sup> The definition of terrorism is extremely broad.<sup>25</sup>

In 2016, Kyrgyzstan almost followed Russia in adopting a highly restrictive “Foreign Agents” law (FIDH Human Rights Observatory, 2016). The Draft Law No. 6-13589/14 “On amendments and additions to several laws of the Kyrgyz Republic [to laws “On non-commercial organisations” and “On the State registration of legal entities, affiliates (Representative offices)”, and to the Criminal Code] was proposed by Members of the Kyrgyz Parliament in September 2013 and officially recorded in Parliament on May 26, 2014.<sup>26</sup> It was closely modelled the similar law adopted in Russia in 2012.<sup>27</sup> This draft law would have required NGOs receiving funding from abroad and engaging in “political activities” to register with the Ministry of Justice as “non-commercial organisations performing the functions of a foreign agent” and mark all documentation with the corresponding label. The Foreign Agents law in Russia has had a seriously repressive and inhibiting effect on civil society in Russia. In their joint interim opinion on this draft law, approved on October 16, 2013, the Council of Europe’s Venice Commission and the OSCE ODIHR<sup>28</sup> found that the draft law

<sup>24</sup> Kyrgyzstan strengthens anti-extremism laws, 10 August 2016, [http://central.asianews.com/en\\_GB/articles/cnmi\\_ca/features/2016/08/10/feature-02](http://central.asianews.com/en_GB/articles/cnmi_ca/features/2016/08/10/feature-02).

<sup>25</sup> ‘Extremist activity’ is defined as activities involving the planning, organisation and performance by any individual or organisation, including non-governmental organisations, religious organisations or mass media of “any” actions directed to, among other things: “the forced modification of the foundations of the constitutional order and violation of the integrity of the Kyrgyz Republic, the destruction of the security of the Kyrgyz republic, the seizure or appropriation of power authorisation, the creation of military formations, carrying out terrorist activities, incitement to social, race, national or religious hatred related to violence or calls for violence, breach of national dignity, the carrying out of mass disorders, violence, acts of vandalism on the grounds of ideological, political, race, national or religious hatred or enmity on grounds of hatred or enmity in relation to any social group, propaganda of exclusiveness, superiority or inferiority of citizens on account of their religious orientation, social, race, national, religious or language origin”. Article 19 *Kyrgyzstan: Law on Countering Extremist Activity*, December 2015, available at: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38221/Kyrgyzstan-Extremism-LA-Final.pdf>.

<sup>26</sup> See the bill “On amendments to certain legislative acts of the Kyrgyz Republic” (6-13589/14), in Russian only: <http://kenesh.kg/lawprojects/DocumentDownload.aspx?type=project&id=139244&lang=ru>.

<sup>27</sup> “Russian parliament adopts NGO ‘foreign agents’ bill”, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18826661>.

<sup>28</sup> Organisation for Security and Cooperation in Europe, Office for Democratic Institutions and Human Rights.

failed to meet Kyrgyzstan's international human rights commitments (Venice Commission and OSCE/ODIHR Joint Interim Opinion, 2013). On 12 May 2016, the Kyrgyz Parliament surprisingly refused to enact the draft law.<sup>29</sup>

The Draft Law No. 6-11804/14 “On Additions to Several Laws of the Kyrgyz Republic (the Criminal Code, the Code of Administrative Responsibility, and Laws “On Peaceful Assembly” and “On the Mass Media)””, was intended to ban the dissemination of any information promoting “non-traditional sexual relations” or “homosexual lifestyles” in a “positive” way. It would apply to the media, the Internet, as well as to public assemblies as well as other means. As with the former Draft Law “On Foreign Agents”, this draft law is similar to a law that was adopted in Russia in 2013. But while the Kyrgyz version of the Draft Law “On Foreign Agents” was much less harsh than the Russian version (it did not contain sanctions for refusing to register as an “agent” or for failing to mark materials with the corresponding stamp), the Kyrgyz draft law on the promotion of non traditional sexual relationships was more restrictive, as it provides for both criminal and administrative sanctions. However, on 24 May 2016, a parliamentary subcommittee proposed holding up the bill for a fresh second reading (Amnesty International, 2017). This was an unusual move since progress to a third and final review for legislation is typically a formality.<sup>30</sup> The bill remains before Parliament and continues to pose a real threat.

## 10.2. *Kazakhstan*

Also closely following the Russian model, on 21 February 2005, Kazakhstan's president Nursultan Nazarbayev signed a controversial law on countering extremism, as well as a law on amendments and additions to certain legal acts of the Republic of Kazakhstan on matters of countering extremist activity (Rotar, 2005). According to one report, this law, which applies to religious and other organizations, gives the state wide latitude in designating a group as an extremist organization, banning its activities, and criminalizing membership in a banned organization. The amended Civil

<sup>29</sup> <https://www.theguardian.com/world/2016/may/12/foreign-agent-law-shot-down-by-kyrgyzstan-parliament>.

<sup>30</sup> <https://eurasianet.org/s/kyrgyzstan-anti-lgbt-bill-hits-the-buffers>.



Procedural Code has vague legal criteria to bring suit against a group for extremism. In 2011, an Almaty court found nine members of a Sufi group guilty of religious extremism, unlawful restraint, and causing damage to health by practicing “faith healing”. The group’s leader received a 14-year prison sentence, one member received a 12-year sentence, and seven others received sentences ranging from two to nine years.<sup>31</sup>

A draft law, which will establish a single state operator through which funding for NGOs must be channelled, was approved by the lower chamber of the Kazakh Parliament in late September 2015, and was approved in the first reading by the Senate on 8 October 2015. The law in question had been under consideration for a few years, and comparison has been made with the notorious “foreign agents” law introduced in Russia in 2012. “The texts differ, but the intent is similar” (Putz, 2015). The law was approved by President Nazarbaev on 2 December 2015.<sup>32</sup> The new law requires all local and foreign civil society organizations operating in Kazakhstan to provide the government extensive information about staff, assets, funders, activities, and past and present projects.<sup>33</sup>

Under the law, NGOs are required to provide information about their organisations and activities to a special database on an annual basis. If they fail to do so, or provide “incorrect” information, they may be fined or have their activities suspended for three months. The NGO International Legal Initiative (ILI) filed a lawsuit challenging the new reporting requirement, but lost in court. ILI was subsequently subjected to a tax check it believes was related to its engagement against the new NGO legislation. While the first deadline for reporting information to the new government database expired at the end of March 2016, this information was still being processed as at February 2017.<sup>34</sup>

In February 2015, the upper house of the Kazakh Parliament passed amendments to a number of laws to protect children from

---

<sup>31</sup> <https://www.uscirf.gov/sites/default/files/resources/Kazakhstan%202020page%202013%20final.pdf>.

<sup>32</sup> <https://eurasianet.org/s/kazakhstan-ngo-law-approved-amid-civil-society-resistance>.

<sup>33</sup> <http://www.osce.org/pc/224631?download=true>.

<sup>34</sup> <https://monitor.civicus.org/newsfeed/2017/02/03/special-series-threats-civicspace-kazakhstan-part-1-association/>.

information “harmful to their health and development”;<sup>35</sup> these included administrative sanctions for providing information “promoting non-traditional sexual orientation” and compulsory registration of all websites (Amnesty International, 2017). This was clearly modelled on the Russian legislation, which on 20 June 2017 was found, by the European Court of Human Rights (*Bayev and Others v. Russia*, Applications nos. 67667/09 and 2 others) to violate the right to freedom of expression, to be discriminatory against gay people, and to encourage homophobia.<sup>36</sup>

The Constitutional Council of Kazakhstan declared the bills to be inconsistent with the Constitution in May 2015, due to legal discrepancies on a number of provisions, and sent them back to Parliament for revision.<sup>37</sup> The ruling came three days after a group of former Olympic athletes published an open letter to the president of the International Olympic Committee (IOC) saying that the law was not consistent with the IOC charter’s clauses on discrimination.<sup>38</sup> Since then, there has been no further discussion of the bills.

## 11. Conclusion

The existence of the EAEU is now an established fact. It is reported that the great majority of the population of Tajikistan support joining the EAEU, not surprising since so many Tadzhiks work in Russia. China has been taking a close interest in closer links with the EAEU, with a visit in May 2015 by President XI Jinping to the three founding states.<sup>39</sup> On 19 April 2017, Moldova was granted observer status in the EAEU.<sup>40</sup> On 29 May 2017, it was reported

---

<sup>35</sup> Draft law “On protection of children from information harmful to their health and development” and draft law “On amendments and additions to certain legislative acts aimed at protection of children from information harmful to their health and development”.

<sup>36</sup> <https://www.rferl.org/a/european-court-of-human-rights-gay-propaganda-ruling-russia/28566737.html>.

<sup>37</sup> <https://thediplomat.com/2015/05/kazakhstan-shuts-down-gay-propaganda-law/>.

<sup>38</sup> <https://www.rferl.org/a/european-court-of-human-rights-gay-propaganda-ruling-russia/28566737.html>.

<sup>39</sup> <http://www.eurasiareview.com/14052015-china-and-the-urasian-economic-union-prospects-for-silk-road-economic-belt-analysis/>.

<sup>40</sup> <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/moldova-granted-observer-status-in-urasian-union/>.

that Iran could join the EAEU.<sup>41</sup> On 22 November 2017, South Korea's trade minister met with Russian officials in Moscow in a move to lay the groundwork for a free trade deal with the EAEU.<sup>42</sup> On 22 January 2018, the President of Argentina visited to Moscow to discuss closer links between the EAEU and MERCOSUR.<sup>43</sup> On 26 January 2018, it was reported that India was engaged in negotiations for a free trade agreement with the EAEU.<sup>44</sup>

There is no sign yet of any move to add a political dimension to the EAEU, such as citizenship – much less a human rights commitment as with the EU. But as I have shown, Russia's authoritarian and conservative influence is felt in the legislation and practice of the two Central Asian states which are members.

### *Abstract*

The article focuses on the Eurasian Economic Union (EEU) as the most impressive integrationist project initiated by Russia since the collapse of the Soviet Union. The EEU, modelled in part on the European Union, introduces the free movement of goods, capital, services and people and provides for common transport, agriculture and energy policies, with provisions for a single currency and greater integration in the future. From a constitutional point of view, it is observed that Kyrgyzstan is following Russia in enacting law on foreign agents (restricting NGO activity) and on extremism, and that similar developments can be found in Kazakhstan. On the contrary, Tajikistan's membership of the EEU has been stalled as a result of conflict between it and Kyrgyzstan in 2013, while Uzbekistan and Turkmenistan strongly resist the growing Russian influence in the region and are unlikely to accede. By analyzing such developments, the article raises a decisive question: will the EEU be as decisive as the EU in bringing about democratic constitutional changes in Central Asia?

L'articolo si focalizza sull'Unione economica eurasiatica (EEU) come il più imponente progetto integrazionista avviato dalla Russia dal crollo dell'Unione Sovietica. L'EEU, modellata parzialmente su esempio del-

---

<sup>41</sup> <http://www.eurasiareview.com/29052017-iran-could-join-eurasian-economic-union-by-years-end/>.

<sup>42</sup> <http://www.eurasiareview.com/23112017-south-korea-seeks-free-trade-deal-with-eurasian-economic-union/>.

<sup>43</sup> <https://www.kommersant.ru/doc/3527332>.

<sup>44</sup> <https://www.kommersant.ru/doc/3514432>.

l'Unione Europea, introduce la libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone e prevede politiche comuni di trasporto, agricoltura ed energia, con disposizioni per l'adozione di una moneta unica e una maggior integrazione in futuro. Sotto il profilo costituzionale, si osserva che il Kirghizistan sta seguendo la Russia nell'adottare leggi sulle organizzazioni non governative (limitando l'attività delle ONG) e sull'estremismo, e che sviluppi simili si possono riscontrare in Kazakistan. Al contrario, l'adesione del Tagikistan all'EEU è stata bloccata a causa del conflitto tra quest'ultimo e il Kirghizistan nel 2013, mentre l'Uzbekistan e il Turkmenistan sono riusciti a resistere alla crescente influenza russa nella regione ed è improbabile che vi aderiscano. Analizzando tali sviluppi, l'articolo solleva una domanda decisiva: l'EEU sarà fondamentale alla stregua dell'UE nell'innescare cambiamenti costituzionali democratici in Asia centrale?

### References

- Amnesty International. "Less equal: LGBTI human rights defenders in Armenia, Belarus, Kazakhstan, and Kyrgyzstan", 22 December 2017, available at <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/12/LGBTI-REPORT2017-web.pdf>.
- Bekyashev, K.A. and Moiseyev, E.G. *Pravo yevraziiskovo ekonomicheskovo soyuza. Uchebnoye pocobiye* (Law of the Eurasian Economic Union. Textbook), Prospekt (2018).
- Boklan, D. "Compatibility of the Eurasian Economic Union Law and the WTO Agreements", in Di Gregorio, A. and Angeli, A. (eds.), *The Eurasian Economic Union and the European Union: Moving toward a Greater Understanding*, Eleven International Publishing (2017).
- Bordachev, T.V. and Skriba, A.S. "Russia's Eurasian Integration Policies", *The Geopolitics of Eurasian Economic Integration*, SR019 (2014): 16-22, available at: <http://www.lse.ac.uk/ideas/Assets/Documents/reports/LSE-IDEAS-Geopolitics-of-Eurasian-Economic-Intergration.pdf>.
- Bowring, B. "Who are the "Crimea People" or "People of Crimea"? The fate of the Crimean Tatars, Russia's legal justification for annexation, and Pandora's Box", in Sayapin, S. and Tsybulenko, E. (eds.), *The Situation in Ukraine since 2014: jus ad bellum, jus in bello, jus post bellum*, T.M.C. Asser and Springer (2018).
- Connolly, R. "Russia, the Eurasian Customs Union and the WTO", in Dragneva, R. Wolczuk, K. (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Edward Elgar (2013).
- Cooper, J., "The development of Eurasian economic integration", in Dragneva, R. and Wolczuk, K. (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Edward Elgar (2013).

- Degtyareva O.I., Ratushnyak E.S. and Sheveleva A.V. *Upravleniye vnesheekonomicheskoi deyatel'nostyu v RF v usloviyakh integratsii v ramkakh EAES* (The administration of external economic activities in the Russian Federation in conditions of integration in the framework of the EAEU), MAGISTR INFRA-M (2017).
- Delcour, L. and Wolczuk, K. "Eurasian economic integration: implications for the EU Eastern policy", in Dragneva, R. and Wolczuk, K. (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Edward Elgar (2013).
- Di Gregorio, A. and Angeli, A. (eds.), *The Eurasian Economic Union and the European Union: Moving toward a Greater Understanding*, Eleven International Publishing (2017).
- Diyachenko, E. and Entin, K. "The court of the Eurasian Economic Union: Challenges and Perspectives", *Russian Law Journal*, 2(2017): 53-74.
- Dragneva, R. and Wolczuk, K. "Eurasian Economic Integration: Institutions, Promises and Faultlines", in LSE Ideas Special Report, *The Geopolitics of Eurasian Economic Integration*, June 2014, 16-22, available at: <http://www.lse.ac.uk/ideas/Assets/Documents/reports/LSE-IDEAS-Geopolitics-of-Eurasian-Economic-Intergration.pdf>.
- Dragneva, R. and Wolczuk, K. (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Edward Elgar (2013).
- Dragneva, R. and Wolczuk, K. "Russia, the Eurasian Customs Union and the EU: Cooperation, Stagnation or Rivalry?", *Chatham House Briefing Paper*, 1 August 2012, available at: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/185165>.
- Dragneva, R. and Wolczuk, K. "The Eurasian Economic Union: Deals, Rules and the Exercise of Power", *Chatham House Research Paper*, 2 May 2017, available at: <https://www.chathamhouse.org/publication/eurasian-economic-union-deals-rules-and-exercise-power>.
- FIDH Human Rights Observatory. "Kyrgyzstan at crossroads: shrink or widen the scene for human rights defenders", June 2016, available at: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/kyrgyzstanobsang2016web.pdf>.
- Ispolinov, A. "First Judgments of the Court of the Eurasian Economic Community: Reviewing Private Rights in a New Regional Agreement", *Legal Issues in Economic Integration* 40, 3(2013): 225-246.
- Karliuk, M. "The Eurasian Economic Union: An EU-Inspired Legal Order and Its Limits", *Review of Central and East European Law* 42(2017a): 50-72.
- Karliuk, M. "The Limits of the Judiciary within the Eurasian Integration Process", in Di Gregorio, A. and Angeli, A. (eds.), *The Eurasian Economic Union and the European Union: Moving toward a Greater Understanding*, Eleven International Publishing (2017b).

- Karliuk, M. "The Eurasian Economic Union: an EU-like Legal Order in the Post-Soviet Space?", *HSE Working Paper BPR/LAW(2015)*, available at: <https://wp.hse.ru/data/2015/09/23/1075393178/53LAW2015.pdf>.
- Kashkin, S.Y. and Chetverikov, A.O. *Pravo yevraziiskovo ekonomicheskovo soyuza. Uchebnik* (Law of the Eurasian Economic Union. Textbook), Prospekt (2016).
- Kassenova, N. "Kazakhstan and Eurasian economic integration: quick start, mixed results and uncertain future", in Dragneva, R. and Wolczuk, K. (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Edward Elgar (2013).
- Korff, D. "Criminal Procedure in Uzbekistan: A Preliminary Report Prepared at the Request of the OSCE-ODIHR" (2003) copy with the author.
- Kudaibergenova, D.T. "Eurasian Economic Union integration in Kazakhstan and Kyrgyzstan", *European Politics and Society* 17, 1(2016): 1-16.
- Morrison, A. "Introduction: Killing the Cotton Canard and getting rid of the Great Game: rewriting the Russian conquest of Central Asia, 1814-1895", *Central Asian Survey* 33, 2(2014): 131-142.
- Morrison, A. *Russian Rule in Samarkand 1868-1910: A Comparison with British India*, Oxford University Press (2008).
- New York Times, "Afghan Vice President's Return Thwarted as Plane Is Turned Back", 18 July 2017, available at: <https://www.nytimes.com/2017/07/18/world/asia/afghanistan-dostum-ghani-plane.html>.
- Putz, C. "Kazakhstan Considering a New NGO Law", *The Diplomat*, 19 October 2015, available at: <https://thediplomat.com/2015/10/kazakhstan-considering-a-new-ngo-law/>.
- Rotar, I. "Kazakhstan: New extremism law "serious danger" to religious believers", *Forum* 18, 25 February 2005, available at: <http://www.refworld.org/pdfid/468919102.pdf>.
- Shumilov, V.M., Boklan, D.S. and Lifshits, I.M. "Pravoviye novelty dogovora o Yevraiiskom ekonomicheskomo soyuze" (Legal novelties in the treaty on the EAEU), *Rossiiskii vnesheekonomicheskii vestnik* (Russian Foreign Economics Bulletin) 4(2015): 88-100.
- Suny, R. "Provisional Stabilities: The Politics of Identities in Post-Soviet Eurasia", available at: [www.dartmouth.edu/~crn/crn\\_papers/Suny.pdf](http://www.dartmouth.edu/~crn/crn_papers/Suny.pdf).
- Van Boven, T. "Report of 3 February 2003", Document E/CN.4/2003/68/Add.2, available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/160/49/PDF/G0216049.pdf?OpenElement>.
- Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights. "Joint Interim Opinion on the Draft Law amending

- the Law on Non-commercial Organisations and other Legislative Acts of the Kyrgyz Republic”, Opinion 738/2013, FOASS-KYR/239/2013, CDL-AD(2013)03016, October 2013.
- Newton, S. “Plus ça change ... the riddle of all Central Asian constitutions”, in Alviar Garcia, H. and Frankenberg, G. (eds.), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique*, Edward Elgar (2019).

# OSSERVATORIO





GIUSEPPE MORBIDELLI

## IL COSTITUZIONALISMO IN LUIGI EINAUDI

SOMMARIO: 1. La innervatura giuridica nelle opere di Einaudi. – 2. I segni del costituzionalismo in Luigi Einaudi. – 3. Specifiche applicazioni dei principi del costituzionalismo. – 4. *L'acquis* costituzionalistico in Einaudi costituente. – 5. La interpretazione dinamica del ruolo presidenziale. – 6. (*Segue*). – 7. Conclusioni.

### 1. *La innervatura giuridica nelle opere di Einaudi*

La sterminata produzione di Luigi Einaudi, rappresentata da monografie, saggi, lezioni, diari, interventi, discorsi, cronache, dibattiti, recensioni, lettere, articoli giornalistici, è stata vivisezionata da ogni lato. Una costante dei suoi scritti, anche di stretto rigore scientifico in materia e di economia e di scienza delle finanze, è la presenza di una forte innervatura “morale”, nel senso del continuo richiamo ad un complesso di valori di fondo dell’agire umano ritenuti indeclinabili, talché ogni lettura dei fenomeni economici deve ad essa conformarsi ed ogni proposta deve ad essi tendere. Tanto vero che Norberto Bobbio ha spiegato la continua iterazione in Einaudi tra pensiero politico e teoria economica nel fatto che entrambi “*discendono da un’unica concezione generale e globale della storia, che assume la forma e la forza di un vero e proprio ideale morale*”<sup>1</sup>. Lo stesso Einaudi del resto aveva scritto che “*la scienza economica è subordinata alla legge morale*”<sup>2</sup>. Talché si è giunti a ravvisare nel pensiero einaudiano accanto ai profili tecnici anche una sorta di “lettura filosofica” della economia politica<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> N. Bobbio, *Il pensiero giuridico di Luigi Einaudi*, ora in L. Einaudi, *Memorandum*, a cura di G. Berta, Marsilio, Venezia, 1994, 73 ss.

<sup>2</sup> V. *Prediche*, Laterza, Bari, 1920, VIII.

<sup>3</sup> R. Fauci, *Einaudi, Croce, Rossi: il liberalismo fra scienza economica e filosofia*, in *Quaderni di Storia dell'Economia Politica*, VII, 1989/1, 121.

I principi “moralì” e nello stesso tempo intelaiatura delle teorie economiche di Luigi Einaudi sono stati messi in luce e ordinati in pregevoli quanto approfonditi studi<sup>4</sup>, che non è il caso di ripercorrere in questa sede, salvo osservare che la lettura diacronica della sua produzione presenta diversità di vedute e di impostazioni dovute, come logico che sia, all’evolversi delle riflessioni, alla influenza di altri studiosi, al mutare delle circostanze storiche, a specifici accadimenti, il che ha talvolta offerto il destro ad interpretazioni non omogenee del pensiero del Nostro. È tuttavia incontestabile che tutela della proprietà privata, della libertà di iniziativa economica, della libera concorrenza, e pertanto ripulsa dei monopoli naturali o artificiali, nonché dei privilegi nell’uso delle risorse pubbliche, contrasto al parassitismo di Stato<sup>5</sup>, sono i principi basilari che conformano e fanno da presupposto di ogni sua lezione. Principi che nel contempo nella visione di Einaudi rispondono a tradizioni e costumi consolidati nel tempo e basati sull’operosità, sulla prudenza, sulla responsabilità individuale, sulla parsimonia, sul senso del dovere, sullo spirito di sacrificio<sup>6</sup>.

Ma sullo sfondo di tali principi, seppur di solito celata entro la rigorosità delle argomentazioni tecniche, la vivezza del racconto di esperienze concrete, la pertinenza e insieme la rilevanza della narrazione di precedenti storici, la critica pungente di iniziative politiche o imprenditoriali o teoriche, v’è una forte quanto incombente innervatura giuridica. Invero Luigi Einaudi, pur nelle varie declinazioni e nei molteplici versanti dei suoi saperi, non è mai stato etichettato come giurista, né potrebbe esserlo atteso l’oggetto e il metodo dei suoi studi. Questo però non significa che non abbia avuto sempre presente, e nello stesso tempo richiamate e applicate, le

---

<sup>4</sup> Per tutti si fa rinvio a R. Faucci, *Einaudi*, UTET, Torino, 1986, e a P. Silvestri, *Il liberalismo di Luigi Einaudi o del Buongoverno*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008 con ampie indicazioni bibliografiche.

<sup>5</sup> Una sintesi in *Le premesse del ragionamento economico*, in *Riv. stor. econ.*, 1941, (in risposta ad una nota di Benedetto Croce), ora in *Il Buongoverno, Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. Rossi, Laterza, Bari, 1955, 250 ss., nonché, per una serie di esemplificazioni di sprechi, di diseconomie, di situazioni di monopolio, si vedano i vari articoli inseriti nel capitolo intitolato *Assalti al pubblico denaro*, in *Il Buongoverno*, cit., 365 ss.

<sup>6</sup> Virtù evocate di continuo e che del resto corrispondono al patrimonio di valori e di costumi che ravvisava essere radicati nel Piemonte sabauda e di cui si era nutrito fin dall’infanzia.

coordinate giuridiche che presiedono alla economia e che ne dipendono. Questo perché – come ha rilevato Natalino Irti – “*l’assetto dell’economia è un istituto giuridico, e non qualcosa che gli uomini trovano già fatto, ed a cui dovrebbero piegarsi con passivo accoglimento*”, per cui si può affermare che “*il liberalismo einaudiano è un liberalismo di precisi e determinati istituti giuridici*”<sup>7</sup>. Tra le tante testimonianze di queste reiterazioni valga rammentare il saggio del 1938 dal titolo “L’unità del podere e la storia catastale delle famiglie”, ricco di riferimenti storici, statistici, economici, che muove dal rilievo secondo cui “*il progetto per la riforma del codice civile tocca notevoli problemi riguardanti interessi e istituti economici*”, ed indi si distende in motivati e documentati riferimenti ai rapporti tra le regole successorie e la produttività delle proprietà agricole<sup>8</sup>. Ed invero, sia la storia sia anche la semplice osservazione ci dimostrano che tra economia e diritto v’è un continuo e anzi incessante rapporto di osmosi e di complementarità. Sotto due distinti profili. Il diritto deve da un lato tenere conto delle leggi economiche (caso classico: eccessiva tassazione riduce investimenti e capacità di spesa), e dall’altro deve disciplinare l’attività economica, perché essa non è nemmeno concepibile se non presupponendo un regime dettato dal diritto anche nelle sue manifestazioni più elementari<sup>9</sup>. Non va nascosto che si è disputato molto sul rapporto di priorità tra ordine economico e ordine giuridico. C’è chi ha sostenuto che la normazione giuridica è la condizione logica di qualsiasi enunciazione politico-economica, tanto vero che la regolamentazione giuridica è sempre presente laddove vi sia un fenomeno rilevante per la vita economica, e chi invece ha ritenuto che l’ordine economico è del tutto autonomo rispetto a quello giuridico, in quanto la regolamentazione normativa è sì una componente importante, ma soltanto come componente eziologica dell’agire economico, non però il suo *prius* naturale. Ma non si può negare che i due ordini di regolamentazioni (e prima di analisi) sono di necessità in continua integrazione, e anche se sono forme autonome di conoscenza da distinguersi concettualmente, rimangono pur sempre funzionali l’uno alla comprensione dell’altro. Ed infatti, qualunque regime dell’eco-

---

<sup>7</sup> V. N. Irti, *Del salire in politica*, Aragno, Torino, 2014, 114.

<sup>8</sup> Lo si legge in L. Einaudi, *Scritti economici, storici e civili*, Mondadori, Milano, 1973, 635 ss.

<sup>9</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 114.

nomia, anche quello ispirato al c.d. *laissez-faire*<sup>10</sup>, presuppone delle opzioni a livello normativo. Ecco perché in Einaudi è sempre presente una innervatura giuridica ai vari livelli, sia cioè a livello privatistico (si pensi ad es. ai suoi scritti sulla prelazione, sui contratti agrari o sull'enfiteusi o a quello già menzionato sulle successioni), sia a livello di legislazione amministrativa (si pensi agli scritti sulle licenze commerciali o sul vincolo alberghiero), sia a livello costituzionale. Ed è appunto quest'ultimo profilo l'oggetto delle presenti note.

## 2. *I segni del costituzionalismo in Luigi Einaudi*

Anticipo subito la conclusione: ed è quella per cui nel pensiero di Luigi Einaudi si rinviene la presenza costante dei principi del costituzionalismo. Il quale, in estrema sintesi, è la risultante di un ampio e composito movimento politico e ideologico che, traendo spunto in particolar modo dalle vicende delle istituzioni inglesi, ha elaborato la teoria della separazione dei poteri, ma anche quella del contratto sociale e dei diritti di libertà. In altre parole, il costituzionalismo è il prodotto di un processo dialettico tra costituzione inglese e costituzioni scritte da un lato, e teorie politiche e giuridiche dall'altro, in cui le prime influenzarono le seconde e viceversa. Il costituzionalismo è dunque all'untempo teoria del dover essere delle costituzioni e sinonimo di libertà costituzionali, tendenti all'affermazione dei principi che rispondono ai valori di solidarietà, di eguaglianza, di libertà. Come ha ben chiarito Matteucci<sup>11</sup>, il costituzionalismo moderno sorge attorno ad una serie di nuclei forti: la separazione dei poteri, e nello stesso tempo la loro limitazione, la

---

<sup>10</sup> Espressione ricorrente che peraltro non coincide affatto con il *wesen* del liberalismo ed anzi da ritenersi del tutto impraticabile, come Einaudi ha tante volte tenuto a mettere in chiaro: “*gli uomini liberali affermano anch'essi che l'attività economica debba essere regolata. L'uomo liberale non si oppone alla estensione del metodo dei vincoli, delle norme obbligatorie dai campi già regolati dal diritto romano a quello dei rapporti economici e sociali nati nelle età moderne; ma vuole che i vincoli siano uguali per tutti, oggettivamente fissati e non arbitrari*”, così in *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, in L. Einaudi, *Prediche inutili, dispensa quarta*, Einaudi, Torino, 1957, p. 219, ma si veda anche per l'efficacia unita alla sintesi e al rigore storico e scientifico *Sullo scrivere per il pubblico del Presidente della Repubblica*, in *Lo scrittoio del Presidente*, Einaudi, Torino, 1956, p. 7 ss.

<sup>11</sup> N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bologna, 1993, 127 ss.

dichiarazione dei diritti, la «costituzione» come norma giuridica superiore, l'indipendenza della magistratura, il primato della legge in quanto espressione della volontà della nazione, la certezza del diritto, la irretroattività della legge, sicché si atteggia come la “tecnica giuridica delle libertà”<sup>12</sup>.

Il pensiero politico ed economico einaudiano si snoda entro tracciati segnati da questi principi, nel senso che, sentiti anche come principi morali della coscienza e dell'esperienza, sono rinvenibili a piene mani nella sua produzione e del resto resi manifesti nella sua “Prefazione” che nel 1925 dettò a “La libertà” di J. Stuart Mill, autore cui del resto farà sovente riferimento nei suoi scritti più tecnici<sup>13</sup>. In primo luogo a livello di affermazione di carattere generale, come quando richiama come elementi essenziali della stessa nozione di Stato la certezza del diritto, la irretroattività della legge, la indipendenza dei giudici<sup>14</sup> o quando richiama i canoni della Magna Charta<sup>15</sup>. In secondo luogo, li ritroviamo in tutta una serie di svolgimenti interconnessi con le elaborazioni di dottrine economiche o di tesi sociali. La enunciazione continuamente ribadita del primato delle libertà economiche ovvero il diritto di proprietà, la libertà di iniziativa economica, la libertà di contratto, in quanto diritti insopprimibili della persona umana, si riannoda infatti alla teoria dei diritti naturali che le costituzioni riconoscono ma non creano (emblematico è del resto l'art. 2 della nostra Costituzione). Nel contempo le libertà economiche sono intese come componenti

---

<sup>12</sup> Verrebbe da dire che in questo i motivi ispiratori del pensiero einaudiano coincidono con quelli di un grandissimo giurista, pressoché suo coetaneo, Federico Cammeo (tra l'altro indagatore di temi economici come i monopoli, il debito pubblico, le imposizioni tributarie, le società a partecipazione pubblica): di esso è stato scritto come fosse pervaso di spirito costituzionale, inteso come ricerca e affermazione continua dei principi di giustizia, di equità, di eguaglianza, radicati nella coscienza sociale, nel costume, nella tradizione, in quanto precetti di ragione e di senso comune, e di cui sono tributari tutti i derivati dello Stato di diritto, ovvero primato della legge, principio di legalità, giurisdizione imparziale, giudice naturale: v. M. Fioravanti, *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di F. Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno*, n. 22, 1993, 165 ss.

<sup>13</sup> V. in particolare *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, Einaudi, 1940, 91-116 e *Principi della scienza delle finanze*, Torino, Boringhieri, 1948, 168-178.

<sup>14</sup> *Esiste una frontiera?*, in *Lo scrittoio*, cit., 535.

<sup>15</sup> “Noi non priveremo nessuno della sua proprietà” e “non si ottiene nulla mettendo tribunali di eccezione a luogo dei giudici naturali”: v. ancora *Esiste una frontiera*, loc. cit.

essenziali di uno spettro più ampio di libertà che comprende quelle politiche e tutte quelle garanzie indispensabili perché ciascuno possa essere e sentirsi *faber suae fortunae*. Non a caso più volte Einaudi ha messo in luce che tutte le libertà sono l'una all'altra legate e insieme indeclinabili: “È dogma accertato che ...i legislatori debbano considerare come cosa intoccabile i principi della libertà di coscienza, di religione, di pensiero, di stampa, della inviolabilità della persona umana e di domicilio privato contro gli arresti e le perquisizioni arbitrarie”<sup>16</sup>. Sicché si può dire che la tesi del primato della libertà economica è sì il portato di una analisi economica ma è anche una conseguenza di una teoria costituzionale che mette al centro la libertà dell'individuo espressione prima del “buongoverno” e nello stesso tempo di progresso, libertà di cui ciascuno deve fare uso ricorrendo alle proprie capacità<sup>17</sup>.

Il costituzionalismo è altrettanto evidente nelle tante pagine dedicate alla libertà di manifestazione del pensiero, con particolare riguardo alla libertà di stampa che all'epoca era il mezzo privilegiato di manifestazione del pensiero<sup>18</sup>, non solo perché espressione della personalità individuale ma anche perché funzionale a tutto il plesso della libertà<sup>19</sup>: “la libertà esiste sinché esiste la possibilità della discussione, della critica”<sup>20</sup>. L'attenzione all'opinione pubblica, il ruolo politico e equilibratore della stessa, e insieme l'esigenza di formarla attraverso la discussione in sede di libera stampa sono del resto tra le principali invarianti dell'opera di Einaudi, e dimostrate già dell'uso dello pseudonimo “Junius”, impiegato in Inghilterra nella seconda metà del 700 da un polemist aduso a censurare le autorità (a partire dal Sovrano) con efficacia e corrosività. La discussione e la critica sono coesenziali alla libertà e ne sono il sale: di qui la funzione e politica e maieutica della stampa, legata da un

<sup>16</sup> Così in *Major et sanior pars* (1945), in *Il Buongoverno*, cit., 100.

<sup>17</sup> V. ad esempio quanto scrive in *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, Torino, 1949, *passim*; nonché il quadro di sintesi di P. Silvestri, *Il liberalismo di Luigi Einaudi*, cit., 295 ss.

<sup>18</sup> Ed infatti gli studi sulle libertà di manifestazione del pensiero per molto tempo finivano per coincidere con quelli sulla libertà di stampa: v. in proposito i rilievi e le indicazioni di S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 5.

<sup>19</sup> Il che è in linea con la dottrina più accreditata che individua due profili nella libertà in questione, quello individualista e quello *funzionale*: v. per tutti P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1994, 228 ss.

<sup>20</sup> *Scuola e libertà*, in *Prediche inutili*, dispensa prima, Einaudi, Torino, 1956, 57 ss.

circolo virtuoso all'opinione pubblica: ma Einaudi – come noto – non solo fu teorizzatore del ruolo costituzionale dell'opinione pubblica bensì anche, in virtù del già menzionato circolo virtuoso con la stampa (“pungolo del Parlamento”), ne fu primo attore attraverso una feconda e continua attività di pubblicista in cui dette sfogo a quella componente della sua personalità che Gobetti definì “vocazione pedagogica”.

Ma la libertà di manifestazione del pensiero è altresì considerata funzionale al principio di limitazione dei poteri, perché nessuno di essi abbia a prevalere sugli altri, sicché sono necessari “freni e contrappesi” sia istituzionali sia rappresentati dall'opinione pubblica e dalla libera stampa secondo l'insegnamento che Einaudi rinveniva già nei padri fondatori americani<sup>21</sup>.

Invero il tema della limitazione dei poteri e del loro bilanciamento, che è un tema costituzionale classico, è la quinta entro cui si svolgono le riflessioni di Einaudi e non potrebbe essere diversamente dato che il liberalismo «è una dottrina di limiti», e come è nefasta la concentrazione del potere economico (“*la lotta contro le ingiustizie e le diseguaglianze muove dalla lotta contro il monopolio*”)<sup>22</sup>, così è nefasta la concentrazione del potere politico. In fondo l'affermazione del principio di equilibrio tra i poteri è la trasposizione a livello costituzionale del principio della prudenza, reiteratamente evocato dal Nostro. Non a caso nella concezione einaudiana emerge di continuo il valore del decentramento, delle autonomie locali, delle associazioni intermedie e, in sintesi, del pluralismo<sup>23</sup>. È

<sup>21</sup> *Riflessioni di un liberale sulla democrazia (1943-1947)*, in P. Soddu (a cura di), Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2001.

<sup>22</sup> Così in *Giustizia e libertà (1948)*, in *Il Buongoverno*, cit., 119. Da notare che si tratta di una tesi assolutamente antesignana perché solo negli ultimi anni la letteratura economica, politologica e giuridica è giunta alla conclusione che l'applicazione delle regole di concorrenza non solo assicura parità di condizioni alle imprese e garanzie ai consumatori, ma contribuisce anche ad attenuare diseguaglianze e ingiustizie sociali: v. M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale in Mercato, concorrenza, regole*, 2-2020, 235 ss.

<sup>23</sup> Questo profilo è messo in risalto attraverso una lettura completa quanto filologica delle opere di Einaudi da P. Silvestri, *Il liberalismo di Luigi Einaudi*, cit., spec., 51, che vi ha ravvisato l'influsso di Montesquieu, di Mill, di Cattaneo, ma soprattutto di Tocqueville il quale infatti sottolineava, sulla scorta di quanto acquisito dal suo viaggio in America, la essenzialità della libera stampa, di un potere giudiziario indipendente, delle libere associazioni, delle autonomie locali: per questa sintesi dei punti principali del pensiero di Tocqueville, v. A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 28.



notissima infatti la sua critica alla istituzione prefettizia, espressione di un potere accentrato: “*Il delenda Carthago della democrazia liberale è: Via il prefetto! Via con tutti i suoi uffici e le sue dipendenze e le sue ramificazioni! Nulla deve essere più lasciato in piedi di questa macchina centralizzata*”<sup>24</sup>. Il che costituisce evidente testimonianza della critica all’accentramento dei poteri e dell’istanza di riconoscimento dell’autogoverno locale, e con essi della visione di uno Stato che si forma «dal basso», «dove non esiste il governo di sé stessi e delle cose proprie, in che consiste la democrazia?»<sup>25</sup>. In altri termini la critica all’istituto prefettizio, non solo è rilevante in sé, anche per il vigore con cui è espressa, ma può essere considerata la “cartina di tornasole” di una estrema fiducia nella autonomia degli enti locali storici e nelle comunità intermedie sia perché espressione di una tradizione (non a caso spesso Einaudi rammenta come si sono formate le comunità del suo Piemonte e giunge altresì ad evocare le corporazioni medievali di arti e mestieri in quanto creazioni spontanee), sia perché contribuiscono al temperamento e all’equilibrio fra i poteri, sia perché più vicine agli interessi da curare e pertanto maggiormente in grado di valutarli e soddisfarli (e in questo è agevole ravvisare elementi del principio di sussidiarietà che del resto si fa risalire a Locke, padre nobile del costituzionalismo, anzi del costituzionalismo liberale ovvero improntato alle garanzie delle libertà).

La pervasività del bilanciamento dei poteri nel pensiero di Einaudi è dimostrata dal fatto che si estende oltre il dato istituzionale. Ravvisa infatti dei limiti e dei contrappesi anche nei valori e nelle tradizioni fondanti di una comunità nonché – come già ribadito – nella discussione e nell’opinione pubblica, elementi necessari del resto per combattere l’altrettanto nefasto monopolio della conoscenza e della informazione.

Altra chiara derivazione dal costituzionalismo è l’affermazione del primato della legge<sup>26</sup> e con esso del primato dell’interesse gene-

---

<sup>24</sup> V. *Via il Prefetto*, in *Il Buongoverno*, cit., 52 ss. Nello stesso articolo (che venne pubblicato sotto lo pseudonimo di “Junius” nella Gazzetta Ticinese, 17 luglio 1943), v’è anche una forte critica della Provincia poiché “ente artificioso, antistorico, antieconomico”.

<sup>25</sup> V. ancora *Via il Prefetto*, cit.

<sup>26</sup> V. ad esempio, *Verso la città divina*, in *Il Buongoverno*, cit., 32 ss. e, più diffusamente *Memorandum*, cit., 45 ss.

rale sugli interessi particolari<sup>27</sup>. In ciò sono ravvisabili gli echi della dottrina di Francesco Ruffini, il quale per scongiurare il pericolo che gli interessi particolari soverchino i generali e sospingano le istituzioni da un assetto ispirato alla moderna concezione pattizia verso un più arcaico ‘regime di status’, proponeva «di costituire un’unica Assemblea per la rappresentanza complessiva degli interessi; i quali dal loro confronto e anche dal loro contrasto in un medesimo agone, vi troverebbero la necessaria reciproca limitazione e la loro disciplina»<sup>28</sup>.

Di estremo rilievo e in coerenza con le recenti acquisizioni in tema di partecipazione ai procedimenti normativi come espressione del principio democratico è poi l’affermazione più volte ribadita per cui il primato della legge impone che essa sia formata attraverso una consultazione con tutti gli interessati<sup>29</sup>, ovvero nella discussione e nella pubblicità<sup>30</sup>, il che non solo nasce dalla regola “*conoscere per deliberare*” ma anche dalla equazione tra discussione e libertà in tutte le sue declinazioni, e dal rilievo che dal conflitto delle opinioni nasce la verità<sup>31</sup>.

Il fatto è che i principi del costituzionalismo si integrano armonicamente con le sue “opzioni” basilari di vita, che riposano e nella estrema attenzione alle conseguenze e rilevanze pratiche di ogni regolazione, nella difesa delle tradizioni in quanto espressioni di esperienze positive e collaudate, nel sano realismo e nel sapere concreto, tanto che diffida di chi non ha esperienze pratiche: “*quando leggo un libro di un economista agrario, che non sia o non sia stato anche conduttore di terreni, mi vien sempre la tentazione di sbatterlo via: schemi, impostazione libresche, scolastiche posizioni di problemi che non interessano nessuno*”<sup>32</sup>. Il tutto riassunto e rielaborato attraverso una lettura “filologica” dei fatti sociali, economici, politici: se pur senza dichiararlo è ravvisabile in questo l’insegnamento di Vico secondo cui non esistono fatti bruti e neutrali perché

<sup>27</sup> V. *Parlamento e rappresentanza di interessi*, (1919), ora in *Il Buongoverno*, cit., 28.

<sup>28</sup> F. Ruffini, *Guerra e riforme costituzionali Suffragio universale, Principio maggioritario, Elezione proporzionale, Rappresentanza organica*, G.B. Paravia, Torino, 1920, 65.

<sup>29</sup> V. ancora *Parlamento e rappresentanza di interessi*, cit.

<sup>30</sup> V. *Il contributo del primo che passa* (1922), ora in *Il Buongoverno*, cit.

<sup>31</sup> V. *Conoscere per deliberare*, in *Prediche inutili*, dispensa prima, cit., 12.

<sup>32</sup> *Appunti sulla riforma agraria*, in *Il Buongoverno*, cit., 261.

tutti sono intrisi di implicazioni teoriche, e alla loro scoperta provvede la filologia.

### 3. *Specifiche applicazioni dei principi del costituzionalismo*

Ma l'adesione ai principi del costituzionalismo di Einaudi non si esaurisce nelle affermazioni o declamazioni di principio. Esse soprattutto ricevono continue applicazioni e nello stesso tempo richiami e conferme dalla storia. Si potrebbe dire che come il costituzionalismo è il portato della storia, così il pensiero di Einaudi, per quanto proiettato nel futuro e attentissimo al presente, si nutre continuamente di storia, ma non di storia solamente letta sui libri bensì scrutinata e verificata sui documenti secondo un metodo di ricerca che ha costituito fin dall'inizio la cifra caratteristica dei suoi studi<sup>33</sup>. La conseguenza è che i segni del costituzionalismo in Luigi Einaudi sono da un lato vivificati attraverso esempi storici e dall'altro vanno ad inverarsi in una serie amplissima di tesi e antitesi rispetto a leggi, regolamenti, istituti, consuetudini, prassi. Come risaputo, è ricorrente in Einaudi l'esaltazione della figura del *bonus pater familias*, che incarna le virtù della prudenza e dell'operosità ("ape laboriosa") e pertanto idoneo ad essere *faber suae fortunae*. Figure e virtù che nello stesso tempo sono proclivi all'attenzione al caso concreto e alla esperienza. Costituiscono cioè il viatico per l'esercizio della ragion pratica a sua volta illuminata dalla ragion pura. Di qui l'attitudine continua alla proiezione dei principi sul campo delle esperienze concrete. Così il principio della concorrenza vale anche nel pubblico impiego per selezionare i migliori per concorso<sup>34</sup> o per premiarli<sup>35</sup>, ma vale anche per la affermazione dell'uguaglianza dei punti di partenza<sup>36</sup>, principio tra l'altro che non mancherà di ribadire nel suo messaggio di insediamento alla Presidenza della Repubblica letto davanti alle Camere il 12 maggio 1948<sup>37</sup>, o per l'abolizione dei titoli di studio sia perché attribuiscono eguali competenze a persone con qualità ben diverse sia perché barriere

<sup>33</sup> V. in proposito le puntuali indicazioni di R. Romano, *Introduzione*, in L. Einaudi, *Scritti economici*, cit., 1973, XX ss.

<sup>34</sup> V. *Leggi tributarie giuste e funzionari scelti* (1918), in *Il Buongoverno*, cit., 3 ss.

<sup>35</sup> *La riforma tributaria* (1919), in *Il Buongoverno*, cit., 21 ss.

<sup>36</sup> V. *Giustizia e libertà* (1948), in *Il Buongoverno*, cit., 121.

<sup>37</sup> Pubblicato in *Lo scrittoio*, cit., 25.

all'ingresso nel mondo del lavoro<sup>38</sup>, o per contrastare privilegi professionali<sup>39</sup>, o per la tutela degli interessi futuri, anticipando il principio della tutela delle generazioni future<sup>40</sup> proprio delle più recenti acquisizioni del costituzionalismo<sup>41</sup>.

Altrettanto concreti e basati su dati, fonti, cifre, regole economiche sono i tanti scritti nei quali contesta, perché incidono sull'essenza stessa del diritto di proprietà, norme vincolistiche quali quelle sulle locazioni, sugli alberghi, sulla proprietà terriera<sup>42</sup>, anticipando concetti che saranno poi ripresi dalla Corte Costituzionale quando ebbe ad elaborare la teoria dell'"espropriazione sostanziale", ovvero della equipollenza tra limitazioni alla proprietà privata di estrema intensità e misure espropriative, con conseguente necessità di indennizzo anche delle prime<sup>43</sup>.

Del pari la gran parte dei suoi studi in materia di tributi sia di carattere generale sia pur dedicati a specifiche discipline impositive sono improntati alla applicazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza<sup>44</sup>, nonché di quello di proporzionalità che, seppur affermato e rinvigorito dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione Europea, aveva già salde radici nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi<sup>45</sup>. Né mancano riflessioni di carattere generale ma basate su argomenti di sano realismo come nel suo scritto contro la proporzionale perché determina frazionamenti e quindi dipende *“dall'appoggio di un qualche gruppo minore, il quale non rappresenta alcun interesse veramente generale o nazionale, ma una qualunque idealità particolare, cara ad una piccola minoranza della nazione”* cosicché *“la proporzionale è il trionfo delle minoranze; ognuna delle*

<sup>38</sup> *Vanità dei titoli di studio* (1947), in *Il Buongoverno*, cit., 549.

<sup>39</sup> V. *Maniere eleganti di statuire privilegi professionali*, in *Lo scrittoio*, cit., 435.

<sup>40</sup> V. ancora *Parlamento e rappresentanza di interessi*, cit.

<sup>41</sup> V. tra i tanti studi R. Bifulco, A. D'Aloja (a cura di), *Un diritto per il futuro, teoria e modelli dello sviluppo sostenibile*, Jovene, Napoli, 2008

<sup>42</sup> V. ad esempio gli scritti inseriti nel libro VII de *Lo scrittoio*, cit.

<sup>43</sup> V. le sentenze della Corte Costituzionale n. 6/1966 sulla indennizzabilità dei vincoli imposti dalle servitù militari e n. 55/1968 sulla indennizzabilità delle compressioni dello *ius aedificandi* nelle aree a vocazione edificatoria

<sup>44</sup> V. ad esempio *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, cit., 5 ss.

<sup>45</sup> L'origine romagnosiana del principio che la Comunità Europea e poi l'Unione Europea hanno ripreso in virtù del c.d. procedimento della "circolarità germanica" (così F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Ed. Scientifiche, Napoli, 2011) è dimostrata con puntualità da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998.

*quali ricatta le altre e il governo, per costringere parlamento e governo a votare e proporre leggi volute dai singoli gruppi*<sup>46</sup>: tesi questa spesso ricordata nei testi giuridici accostandola al pensiero di H. Kelsen<sup>47</sup>.

#### 4. *L'acquis costituzionalistico in Einaudi costituente*

Tutto questo *acquis* costituzionalistico riemerge e rifulge nell'opera di Einaudi e come membro dell'Assemblea costituente sia nel *plenum* sia nella "commissione dei 75" incaricata di redigere il progetto di Costituzione e come Presidente della Repubblica (ma potrei richiamare anche suoi interventi o note come componente della Consulta Nazionale, come Governatore di Banca d'Italia, come Ministro del Bilancio e, prima ancora, come componente del Senato regio, molti dei quali tra l'altro ripresi o riecheggianti anche nelle note e nei saggi via via qui citati). Non solo su temi finanziari. Su questo versante è ben risaputo che si deve ad Einaudi la previsione dell'art. 81, comma 3° (ora 4°), Cost., ai sensi del quale "*ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*", motivata dal Nostro con il fatto che "*negli ultimi tempi spesso è avvenuto che proprio i deputati, per rendersi popolari, hanno proposto spese senza nemmeno rendersi conto dei mezzi necessari per fronteggiarle*", sicché detta previsione fa sì che ogni proposta legislativa che determini una spesa abbia "*un'impronta di serietà*". Come pure sempre in sede costituente più volte è intervenuto in tema di disciplina della finanza delle Regioni ad autonomia speciale, con particolari rilievi critici sullo statuto della Regione Sicilia che conteneva una "*disposizione aberrante se letteralmente intesa*"<sup>48</sup>, la quale invero ha finito poi per porre non pochi problemi di coordinamento con i principi costituzionali, cui la Corte Costituzionale ha posto rimedio ricorrendo alla c.d. interpretazione adeguatrice<sup>49</sup>. Altra tematica che ha visto Einaudi in prima fila non poteva non essere quella della libertà di concorrenza. Coerentemente con i risultati dei suoi studi propose una disposizione del seguente tenore "*la legge non è strumento di formazione di monopoli econo-*

<sup>46</sup> *Contro la proporzionale* (1944), in *Il Buongoverno*, 50 ss.

<sup>47</sup> G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 20 ss.

<sup>48</sup> Così C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1975, 907.

<sup>49</sup> V. ancora Mortati, *op. loc. cit.*, in nt. 1.

*mici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta*". Malgrado il suo appassionato e dotto intervento, nel quale ebbe a mettere in evidenza come il monopolio crei quelle disuguaglianze sociali che in tanti articoli della Costituzione si vorrebbero eliminare, "e noi non diciamo nulla, non stabiliamo neppure il principio che la legge non deve operare in modo che sorgano i monopoli, vera fonte della disuguaglianza, vera fonte della diminuzione dei beni prodotti, vera fonte della disoccupazione delle masse operaie", la proposta non venne approvata: sostanzialmente per quanto ebbe ad affermare Meuccio Ruini "pur con tutta riverenza per un maestro come l'onorevole Einaudi", e cioè che nel progetto di Costituzione vi sarebbero "armi sufficienti contro il monopolio"<sup>50</sup>. Inutile dire che non fu così, tanto che per giungere alla affermazione del principio della concorrenza si è dovuto aspettare il Trattato di Roma e poi la legge antitrust del 1990. Maggior successo ebbe invece la sua opposizione all'emendamento con cui si intendeva assegnare allo Stato il potere di pianificazione dell'attività produttiva per assicurare "il massimo di utilità sociale", disposizione in cui Einaudi intravide prodromi di sovietizzazione dell'economia.

I suoi interventi in sede di costituente riguardarono anche temi di elevato tono costituzionale come la struttura del sistema bicamerale, per il che Einaudi avversò la trasformazione del Senato in Camera dei rappresentanti degli interessi economici ravvisandovi una riedizione del corporativismo. Come pure si diffuse su temi di estrema tecnicità giuridica come la Corte Costituzionale, che Einaudi avversò ritenendo preferibile attribuire il giudizio di costituzionalità al giudice ordinario come in USA, osservando che la Corte potesse essere ispirata anche da ragioni politiche: è da ritenere che su questo abbiano influito gli studi del figlio Mario, che aveva pubblicato una monografia dedicata alla grande storia e ai successi del controllo di costituzionalità in USA, oltre che la sua fede nella indipendenza della magistratura. Altrettanto degno di menzione è l'intervento nel quale, attraverso una analisi giuridico-comparatistica, ebbe ad interloquire sulle forme di governo, per mettere in luce, ricorrendo al metodo empirico e non a schemi astratti, le caratteristi-

---

<sup>50</sup> È stato infatti scritto che il voler ricavare il principio di concorrenza nell'art. 41 Cost. richiede di andare in "spregio della lettera complessiva della norma": Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 95.

che delle forme di governo presidenziale e parlamentare e relative diversità e comunanze onde “*evitare che, discutendosi della scelta tra il sistema presidenziale e quello parlamentare, si configurino questi due sistemi come qualche cosa di rigido, come nettamente differenziati l’uno dall’altro. È opportuno tener conto dell’evoluzione che si è verificata nell’uno e nell’altro sistema, per la quale il primo tende già – e molti affermano che deve tendere ancora di più – ad avvicinarsi al secondo*”<sup>51</sup>. Non solo: la sua tensione costituzionalistica lo portò anche ad intervenire su tematiche quali i rapporti tra Stato e Chiesa, l’elettorato attivo e passivo, le autonomie locali, la Corte dei Conti, la avocazione allo Stato dei beni dei Savoia: in tutte queste circostanze con motivazioni ispirate alla funzionalità delle istituzioni e preordinate ad un assetto equilibrato dei poteri.

##### 5. *La interpretazione dinamica del ruolo presidenziale*

*L’esprit constitutionnel* di Einaudi ha avuto modo di trovare concreta e feconda attuazione durante il suo settennato della Presidenza della Repubblica. Non solo perché ha agito nella più piena ortodossia costituzionale, ma anche e soprattutto perché ha creato in ordine alle attribuzioni presidenziali una vera e propria ortodossia costituzionale. Da tener presente che all’epoca, anche per la forte *leadership* governativa, era diffusa la tesi per cui il Presidente fosse titolare di funzioni meramente notarili e certificative. Né del resto la Costituzione indicava attribuzioni nella esclusiva titolarità del Presidente, considerato che l’art. 89 Cost. stabilisce che ogni atto del Presidente della Repubblica deve essere controfirmato dai Ministri proponenti, che se ne assumono la responsabilità. Peraltro è indubbio che il Presidente ha un ruolo di garanzia e per svolgerlo deve disporre di poteri propri. L’affermazione dei quali richiedeva però, stante l’art. 89, quella che Guarino ha definito la interpretazione dinamica del ruolo delle garanzie<sup>52</sup>.

La primissima questione che si pose fu quella della nomina dei cinque senatori a vita, prevista dall’art. 59 Cost. A fronte di iniziali

<sup>51</sup> Tema questo che era già stato oggetto di un suo articolo del 1944: v. *Governo presidenziale e parlamentare* in *Il Buongoverno*, cit., 85.

<sup>52</sup> V. *Lo scioglimento anticipato del Senato*, in *Foro It.*, 1953, IV, c. 89 ss. ora in G. Guarino, *Dalla Costituzione all’Unione Europea*, II, Jovene, Napoli, 1994, 43 ss.

resistenze del Governo, che riteneva che l'atto dovesse essere adottato "su proposta", prevalse invece l'opinione di Einaudi per cui la nomina doveva essere solo controfirmata ai fini di controllo<sup>53</sup> (fu così che nel maggio 1948 venne nominato il primo senatore a vita dell'era repubblicana nella persona di Enrico De Nicola, già Capo provvisorio dello Stato).

Problema per molti versi simile (ma con conseguenze ben più gravi sul piano dell'equilibrio dei poteri) si pose in sede di discussione della legge sulla Corte Costituzionale, quando la Camera approvò un emendamento ai sensi del quale la nomina dei cinque giudici della Corte Costituzionale da parte del Presidente della Repubblica prevista dall'art. 135, comma 1°, Cost., doveva avvenire su "proposta di nomina" da parte del ministro di Grazia e Giustizia, e ciò in contrasto con il testo approvato in Senato che, affidando la nomina in via esclusiva al Presidente, la sottraeva alla soggezione all'esecutivo. L'opposizione di Einaudi fu fermissima sicché alla fine prevalse il testo approvato dal Senato. I modi di tale opposizione, che già all'epoca trapelò, sono resi manifesti da un appunto manoscritto che di recente è stato pubblicato, nel quale riferendo di un colloquio tra lo stesso Presidente ed il guardasigilli Adone Zoli, si legge testualmente che nel caso di approvazione del testo secondo la formula approvata dalla Camera, "*è bene sia chiaro che non posso accedere ad alcuna formula diversa da quella del Senato*"; in caso diverso prima la legge verrà rinviata con un messaggio al Parlamento e se l'invito lascerà inalterato il testo "*pregherò il Presidente della Camera di convocare in seduta comune i membri delle due Camere affinché si proceda alla nomina di un nuovo presidente, il quale possa, ove lo creda, tempestivamente promulgare la legge; cosa che non intendo fare, per il dovere di trasmettere intatti al successore i poteri stabiliti dalla costituzione*"<sup>54</sup>.

Ulteriore questione si pose con riguardo al potere presidenziale di rinvio delle leggi alle Camere con messaggio motivato ex art. 74 Cost. Si tratta di un istituto coesenziale alla funzione di garanzia del Capo dello Stato, tanto più indispensabile in un periodo anteriore all'insediamento della Corte Costituzionale e di cui in

<sup>53</sup> V. A. Baldassarre e C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale: da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 49.

<sup>54</sup> Il testo è ora pubblicato in C. Sforza Fogliani (a cura di), Luigi Einaudi, *Libertà civili ed economiche*, vol. V, Libro Aperto Editore, Ravenna, 2019, 106 ss.



sede costituente proprio Einaudi aveva sostenuto la esclusiva titolarità presidenziale (v. intervento nella seduta del 21 dicembre 1946 nella II sottocommissione per la Costituzione). Fatto è che in proposito vi fu una certa riluttanza da parte di De Gasperi<sup>55</sup>, tanto che i tre messaggi inviati da Einaudi durante la Presidenza del Consiglio di De Gasperi furono controfirmati dai Ministri competenti per le materie oggetto dei testi rinviati (solo il quarto messaggio relativo ai “diritti casuali” e suddiviso in ben 23 paragrafi fu controfirmato dal Presidente del Consiglio, che all’epoca era Giuseppe Pella). Da notare però che Einaudi, come ebbe a precisare successivamente, ritenne di non poter applicare il rinvio alle leggi di iniziativa governativa in quanto scrutinate in sede di autorizzazione presidenziale e “*se la legge votata non è in contrasto, nelle cose essenziali con il disegno di legge originario, come può il presidente [...] chiedere una seconda deliberazione su una legge che egli medesimo aveva dinanzi dichiarato poter essere presentata in Parlamento?*”<sup>56</sup>.

Questa chiosa è essenziale per comprendere con quanto scrupolo Einaudi abbia interpretato l’art. 87 Cost., sì da dar luogo a un metodo che oggi possiamo definire ispirato al principio di leale e fattiva collaborazione, dato che il Presidente non mancava di accompagnare l’autorizzazione con una valutazione approfondita e motivata, frutto di studio accurato, di scrutinio sia sotto il profilo storico che comparatistico sia sotto il profilo delle opportunità sia della congruenza normativa, sovente intrisa di critiche raffinate quanto in certi casi al limite della durezza, nonché della sua ineguagliabile acribia (caratteristica quest’ultima che ha positivamente influenzato per decenni i documenti della Banca d’Italia).

Di tutto questo abbiamo documentazione in quanto tutta una serie di rilievi su iniziative legislative sono state poi raccolte ne “Lo scrittoio del Presidente”, dove troviamo una vera e propria messe di suggerimenti, rilievi, censure, riflessioni, riguardanti ad esempio la legislazione mineraria, le norme sui contratti agrari, quelle sui passaporti, il vincolo alberghiero, la liquidazione di enti pubblici, le licenze commerciali e molto altro ancora. C’è da dire poi che questa attività di “leale collaborazione”, anch’essa per molti tratti emer-

<sup>55</sup> Questo secondo la ricostruzione di D. Bartoli, *Da Vittorio Emanuele a Gronchi*, Longanesi, Milano, 1961, 124.

<sup>56</sup> Così nella prefazione a *Lo scrittoio*, cit., XIII-XIV.

gente attraverso il prezioso “scrittoio”, non si limitava alle iniziative legislative ma in genere a tutta l’attività normativa secondaria per la quale era prevista l’esternazione con DPR: così, ad esempio, in materia di tariffe ferroviarie o di statuto dell’IRI. Non mancarono poi considerazioni di carattere generale, attinenti anche a primari temi costituzionali: basti ricordare le note sulle caratteristiche e sui limiti dei decreti legge, sui ritardi nella discussione e nella approvazione dei disegni di legge, sulle leggi interpretative, sull’efficacia retroattiva delle leggi, sulla interpretazione dell’art. 81 Cost.<sup>57</sup>, sempre con lo scopo di dare un contributo senza però alcuna *vis* impositiva la quale poi nella sostanza diveniva tale per effetto della rigorosità e profondità degli argomenti addotti. Paradigmatico quanto ebbe a scrivere in occasione di una sua nota relativa ai ritardi nell’approvazione dei disegni di legge: “*Le osservazioni che precedono... vogliono soltanto esprimere l’esigenza che le proposte eventuali partano da premesse non controverse e da esempi i quali siano conformi ai fatti*”<sup>58</sup>. Inutile dire poi dei tanti interventi in materia economica e fiscale sia connessi a iniziative legislative sia con funzioni di suggerimento o di ammonimento. L’attività di *moral suasion* si estendeva invero anche ad ogni versante dell’attività governativa, dal livello dei rapporti internazionali (dal piano Schuman alla questione di Trieste e altro ancora) a quello dell’attività amministrativa più minuta, come le procedure concorsuali del resto impattanti sui principi costituzionali. A quest’ultimo proposito, in quanto iniziativa volta a garantire l’osservanza dell’obbligo costituzionale di tutela del patrimonio storico artistico e del paesaggio, valga ricordare la sua nota del marzo 1954, basata sul seguente *incipit* “*avendo avuto notizia di un primo cominciamento ai lavori di un aeroporto militare a Ravenna, inviai un ufficiale della Casa militare presidenziale per riferire sull’unito questionario*”; il quale si componeva di nove puntualissime e ficcanti domande tra cui quella sulla distanza tra il divisato l’aerodromo e la chiesa di San Vitale e altri monumenti quali Sant’Apollinare in Classe<sup>59</sup> (!).

---

<sup>57</sup> Sul punto è nota, anche tra i giuristi, la sua lettera al Ministro del Tesoro Giuseppe Pella del 13 dicembre 1948, in *Lo scrittoio*, cit., 201.

<sup>58</sup> V. *Lo scrittoio*, cit., 17.

<sup>59</sup> *Lo scrittoio*, cit., 634. Lo scopo costituzionale di tale iniziativa è ulteriormente chiarito nella successiva lettera al Ministro della Difesa, On. Taviani in cui leggiamo “*esistono al mondo due grandi monumenti dell’arte bizantina: Santa Sofia di Costanti-*

## 6. (Segue)

Il problema dell'estensione e dei confini dei poteri presidenziali e di rimando dei rapporti tra Presidente e Governo si pose poi con riguardo allo scioglimento anticipato del Senato disposto con decreto 4 aprile 1953, un anno prima della sua scadenza (che al tempo era disallineata rispetto a quella della Camera). Secondo la interpretazione all'epoca corrente, diffusa anche in ambienti politici, essa sarebbe stata frutto di una decisione governativa. Di contro, fu invece dimostrato da parte di Guarino con dovizia di argomenti, tra cui quello dirimente che non vi fu una delibera *ad hoc* del Consiglio dei Ministri, che in realtà si era trattato di un provvedimento da attribuirsi alla esclusiva volontà del Presidente. Guarino osservò infatti che *“la circostanza che il Consiglio dei ministri non si è successivamente più riunito e che il Governo ha esplicitamente consentito, o quanto meno tollerato, che lo scioglimento venisse disposto al di fuori di ogni proposta ministeriale, non può interpretarsi se non nel senso che si rinunciava a sostenere la tesi dell'atto complesso e del necessario concorso governativo per ogni attribuzione presidenziale, e che definitivamente si riconosceva, da parte di tutti gli organi interessati, che esistono poteri di natura strettamente presidenziale e che anche il potere di scioglimento è da annoverarsi tra questi”*<sup>60</sup>. E che tale tesi corrispondesse alla realtà e comunque ai propositi di Einaudi ha trovato conferma nel fatto narrato anni fa dallo stesso Guarino: una volta pubblicato sul Foro Italiano il menzionato saggio su *“Lo scioglimento anticipato del Senato”* – ricorda Guarino – *“Picella, Segretario generale della Presidenza della Repubblica, mi telefonò e mi chiese di vedermi e disse “Chi gliel'ha detto? Perché lei ha esposto esattamente le riflessioni del Presidente e come si sono svolti i fatti!”*. *E allora risposi: “Nessuno! Ho guardato le carte, ho guardato molti piccoli dettagli e ho capito che, con lo scioglimento del Senato, il Pre-*

---

*nopoli e Sant'Apollinare in Classe di Ravenna. In un tempo, nel quale i turchi hanno tolto al culto maomettano la basilica illustre, trasformandola in museo, ed hanno compiuto e compiono restauri costosi per ridurla all'antico aspetto, è immaginabile che l'Italia faccia correre, anche solo ipoteticamente, pericolo di rovina all'altro grande monumento superstite dell'arte dell'Impero Romano d'oriente? Quale giudizio darebbero le generazioni venturose degli uomini di governo – a partire dal presidente della Repubblica – i quali non avessero impedito, senza curarsi delle conseguenze, siffatto scempio?”*. L'iniziativa per la costruzione dell'aeroporto non ebbe seguito.

<sup>60</sup> V. G. Guarino, *Lo scioglimento del Senato*, cit.

*sidente della Repubblica ha dato un'interpretazione dinamica del ruolo delle garanzie*"<sup>61</sup>.

Ulteriore tema caldo circa le prerogative presidenziali era quello della nomina del Presidente del Consiglio, che l'art. 92 Cost. comma 2° attribuisce al Presidente della Repubblica. Dal 1948 al 1953 la nomina fu nei fatti meramente formale attesa la maggioranza assoluta di cui disponeva la DC, di cui De Gasperi era il *leader* incontrastato. Senonché dopo l'elezione del 1953, nella quale la DC perse la maggioranza assoluta e la coalizione dei partiti di centro venne indebolita dalla mancata attivazione del premio di maggioranza previsto dalla tanto contrastata "legge truffa", avvenne che prima De Gasperi non ottenne la fiducia delle Camere e successivamente Piccioni, per quanto designato dal partito di maggioranza, non riuscì a formare il Governo, sicché rinunciò all'incarico. A quel punto Einaudi senza procedere a nuove consultazioni designò Giuseppe Pella che non era stato affatto indicato dai partiti di maggioranza, facendo valere la presidenzialità del potere di nomina laddove dai partiti e di rimando dal Parlamento non provenisse una indicazione in virtù di veti incrociati: in tal maniera avvalendosi della "riserva di presidenzialità" in funzione di garanzia dell'equilibrio istituzionale<sup>62</sup>.

## 7. Conclusioni

Si può pertanto dire che in virtù di tutte queste prese di posizione e di decisioni, Einaudi ha contribuito a definire con compiutezza il perimetro dell'azione presidenziale. Il che – è ancora una osservazione di Guarino – è stato il "*frutto di una percezione esatta degli scopi dell'istituto, nonché di un'opera continua e silenziosa, prudente ma sicura. Oggi i poteri del Presidente poggiano su una piattaforma solida e dall'autorità dei precedenti e dalla tradizione già consolidata traggono la forza che ad essi inizialmente mancava*"<sup>63</sup>. Nello

<sup>61</sup> Intervista a Giuseppe Guarino, *Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo Stato nazionale accentrato alla globalizzazione*, a cura di F. Lanchester, in *Nomos*, 2-2020, 16.

<sup>62</sup> V. su tale vicenda A. Baldassarre e C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale: da De Nicola a Pertini*, cit., 61.

<sup>63</sup> V. G. Guarino, *Lo scioglimento*, cit., 60.

stesso tempo, come ha notato Elia “*con una accorta ed innovativa interpretazione di alcune clausole costituzionali*”, Einaudi ha dato impulso decisivo al processo di estensione del ruolo del Presidente della Repubblica<sup>64</sup>, estensione che, se contenuta nei giusti limiti, funge da criterio stabilizzatore o equilibratore nei confronti dell’accentramento di poteri in capo al Parlamento o al Governo o ai partiti<sup>65</sup>.

In sostanza, dando attuazione al sistema di pesi e contrappesi tra i poteri che tante volte lo stesso Einaudi aveva ritenuto essere essenziale per il buon governo della cosa pubblica: queste del resto sono le parole con cui concluse uno dei suoi ultimi suggerimenti presidenziali “*manifesta è la necessità di correggere la rilevante tendenza e di ristabilire un maggior senso del limite del Legislativo, ciò soltanto potendo contribuire all’equilibrio dinamico tra i Poteri, che è la essenziale caratteristica del nostro ordinamento costituzionale*”<sup>66</sup>. Sicché, contrariamente a quanto da taluni è stato sostenuto, la Presidenza di Einaudi è stata tutt’altro che notarile: al contrario ha dato l’avvio a quello che è stato definito l’allargamento istituzionalizzato dei poteri presidenziali, dando luogo a convenzioni ormai trasformatesi in vere e proprie consuetudini circa il valore e il significato della controfirma e circa i poteri di nomina del Presidente del Consiglio. Si tratta invero di consuetudini e interpretazioni ormai largamente acquisite che fanno parte della storia del nostro diritto costituzionale e che hanno la loro fonte nell’opera di un Presidente economista, ma pervaso dai valori del costituzionalismo.

---

<sup>64</sup> V. la voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, (vol. XIX), Giuffrè, Milano, 1970, 661.

<sup>65</sup> In proposito è sintomatico, quanto coerente con i principi costituzionali il comunicato del 12 giugno 1954 quando, per non creare il precedente dell’ammissibilità di un veto ad opera di un partito di maggioranza nei confronti dell’inserimento nella compagine governativa di un pur importante esponente di tale partito nella persona dell’On. Salvatore Aldisio, sicché l’incarico al Presidente del Consiglio doveva ritenersi condizionato ad una sorta di clausola *ad excludendum*, ritenne allora di affidare l’incarico al primo Ministro dimissionario “*poiché affidare ad altra persona l’incarico avrebbe dato l’impressione che del precedente si sia tacitamente preso atto*”. Il caso è anche dimostrazione di come Einaudi avesse il senso del formarsi anche in via tacita delle convenzioni costituzionali.

<sup>66</sup> v. *Sulle leggi interpretative e sulla efficacia retroattiva delle leggi* (30 giugno 1954), in L. Einaudi, *Libertà civili ed economiche*, vol. V, a cura di C. Sforza Fogliani, Libro Aperto Editore, Ravenna, 2019, 137.

*Abstract*

Il saggio si propone di mettere in luce come Luigi Einaudi, grande studioso di Economia e di Scienza delle Finanze, avesse da un lato sempre presente le tante e necessarie iterazioni tra diritto ed economia e dall'altro e soprattutto fosse sempre ispirato sia nei suoi studi scientifici sia negli scritti divulgativi e giornalistici dai principi classici del costituzionalismo quali separazione dei poteri, certezza del diritto, irretroattività della legge, indipendenza dei giudici: le stesse libertà economiche che Einaudi di continuo richiama sono intese come componenti essenziali di uno spettro più ampio di libertà che comprende sia le libertà personali tradizionali (di religione, di manifestazione del pensiero, di coscienza, *habeas corpus*, etc.), sia quelle politiche. L'adesione ai principi del costituzionalismo di Einaudi non si esaurisce nelle affermazioni o declamazioni di principio: ricevono difatti continue, feconde e illuminanti applicazioni in tanti suoi scritti, come si ricava dalle esemplificazioni che il saggio ripercorre. L'*acquis* costituzionalistico riemerge e rifulge nell'opera di Einaudi come membro dell'Assemblea costituente e come Presidente della Repubblica. In quest'ultimo ruolo infatti Einaudi ha contribuito a definire con completezza il perimetro dell'azione presidenziale: il che come venne osservato da Guarino è stato il "*frutto di una percezione esatta degli scopi dell'istituto, nonché di un'opera continua e silenziosa, prudente ma sicura*". Einaudi infatti ha dato l'avvio a quello che è stato definito l'allargamento istituzionalizzato dei poteri presidenziali, dando luogo a convenzioni ormai trasformatesi in vere e proprie consuetudini circa il valore e il significato della controfirma e circa i poteri di nomina del Presidente del Consiglio e che oggi fanno parte della storia del nostro diritto costituzionale.

The essay is aimed to highlight how Luigi Einaudi, eminent academic of Economy and Public Finance, constantly acknowledged the many necessary iterations between law and economy on one side and above all was always inspired, both in his scientific studies and in his informative and journalistic writings, by the classical principles of constitutionalism like the parting of powers, the certainty of the law, non – retroactivity of the law, independence of judges: the same economic freedom Einaudi always refers to are intended as essential elements of a wider spectrum of liberty that includes both traditional personal freedom (religion, thought conscience, *habeas corpus*, ect.), and political freedom. Einaudi's compliance with the values of constitutionalism is not limited to his statements or pronouncements of principles: it receives continuous fruitful and enlightening enforcement in many of his scripts, as we can evince from the exemplifications outlined by the essay. The constitutional *acquis* emerges and transpires in Einaudi when serving as member of the Constituent As-

sembly and as President of the Republic. During this last post Einaudi perfectly contributed to establish the range of presidential actions and, as observed by Guarino, was “*the product of a precise understanding of the institution’s aims as well as of a silently continuous cautions but safe effort*”. Einaudi started what is outlined as the extension of presidential powers, resulting with the processing of agreements already transformed in real practices as the value and significance of countersign and the powers for the nomination of the Prime Minister as they are today part of the history of our Constitutional Law.

SUSANNA MANCINI

## OLTRE VESTFALIA: IL COSTITUZIONALISMO ALLA PROVA DELLA RELIGIONE GLOBALIZZATA

SOMMARIO: I. Introduzione: lo smantellamento di Vestfalia e il ritorno della religione sulla scena internazionale. – II. Il conflato di fede e ragione: l'emersione del costituzionalismo cristiano. – III. La globalizzazione dell'attivismo religioso: una sfida per il costituzionalismo transnazionale. – IV. Considerazioni conclusive.

### I. *Introduzione: lo smantellamento di Vestfalia e il ritorno della religione sulla scena internazionale*

Il modello vestfaliano di gestione del rapporto tra politica e religione è stato scosso alle fondamenta dalla globalizzazione, dalla de-privatizzazione, dalle migrazioni di massa e dall'affermarsi del costituzionalismo sovranazionale. Ne è la prova la riemersione di fenomeni quali il transnazionalismo religioso e i conflitti e le guerre di religione, che erano tipici dell'era pre-vestfaliana, e che sono tornati preponderantemente alla ribalta. La nostra epoca è caratterizzata, si è detto, da un progressivo smantellamento di Vestfalia<sup>1</sup>: le religioni sono tornate a far da protagoniste nell'arena internazionale, gli stati avanzano pretese di natura extra-territoriale nella sfera religiosa, e i conflitti di matrice confessionale crescono esponenzialmente in tutte le regioni del globo.

La pace di Vestfalia, conferendo al sovrano il potere di determinare la religione dei propri sudditi (*cuius regio eius et religio*), sancì “la fine del dualismo medievale tra papato e Impero”<sup>2</sup>. Lo stato divenne l'unità di base delle relazioni internazionali, in un sistema in cui ogni entità statale riconobbe le altre come uniche au-

---

<sup>1</sup> D. Philpott, “Religious Freedom and the Undoing of the Westphalian State”, *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004).

<sup>2</sup> S. Pietropaoli, “Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito”, *Diacronia: rivista di storia della filosofia del diritto*, 1 (2019), 87.



torità all'interno dei rispettivi territori<sup>3</sup>. In questa luce, Vestfalia inaugurò un processo di secolarizzazione delle relazioni internazionali, delegittimando l'azione esterna degli attori religiosi<sup>4</sup>. I sovrani cessarono di supportare gli appartenenti alla propria religione all'interno dei confini altrui, così limitando grandemente l'autorità extra-territoriale del Vaticano. Nella famosa affermazione di Leo Gross, Vestfalia fu, in questo senso, “un atto di pubblico disprezzo nei confronti dell'autorità internazionale del Papato”<sup>5</sup>.

Vestfalia gettò altresì le basi per l'omogeneizzazione religiosa degli stati europei, ma, obbligando questi ultimi a garantire un nucleo minimo di diritti religiosi alle minoranze cristiane stanziate entro i propri confini, introdusse anche il principio di tolleranza religiosa.<sup>6</sup> Ciò produsse due conseguenze fondamentali: in primo luogo, lo stato, in virtù della propria sovranità, si vide riconosciuto il potere di determinare le frontiere della giurisdizione religiosa. In secondo luogo, il modello inaugurato da Vestfalia offrì una soluzione liberale ai conflitti religiosi: “devolvendo la questione dei diritti controversi ai governi subnazionali, il liberalismo vestfaliano assicurò che diverse concezioni dei diritti potessero prevalere nelle diverse giurisdizioni”<sup>7</sup>.

Per tre secoli, le premesse del sistema vestfaliano sono rimaste fondamentalmente invariate. Dall'inizio del nuovo millennio, tuttavia, la religione è ritornata a far da protagonista sia internamente agli stati che nell'arena internazionale. I processi di globalizzazione e privatizzazione hanno determinato un offuscamento della linea di confine tra la sfera privata e quella pubblica. La religione ha finito per assumere un carattere “deprivatizzato”, in un *trend* sempre crescente iniziato negli anni '80, quando le religioni abbandonano il loro posto nella sfera privata per immettersi nell'arena pubblica della contestazione politica e morale. Il fenomeno della deprivatiz-

---

<sup>3</sup> D. Croxton, “The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty”, *The International History Review*, 21 (1999).

<sup>4</sup> B. Teschke, *The Myth of 1648: Class, Geopolitics, and the Making of Modern International Relations*, New York, Verso (2003).

<sup>5</sup> L. Gross, “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, *The American Journal of International Law* 42 (1948), 28-29.

<sup>6</sup> G.A. Christenson, “Liberty of the Exercise of Religion in the Peace of Westphalia”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 21 (2013), 739 *et seq.*

<sup>7</sup> R.M. Hills Jr., “Federalism as Westphalian Liberalism”, *Fordham Law Review* 75 (2006), 782, 788.

zazione della religione ha avuto origine in contesti profondamente diversi: la rivoluzione iraniana del 1979, la Polonia di Solidarnosc, il Nicaragua della rivoluzione sandinista, come pure altri paesi latinoamericani, in cui il Cattolicesimo ha avuto un ruolo da protagonista nel fenomeno rivoluzionario e gli Stati Uniti, con l'emergere del fondamentalismo protestante come forza politica<sup>8</sup>. In tutti questi casi, come pure in quelli, come la Turchia e la Russia, in cui il fenomeno è dilagato più di recente, la religione deprivatizzata non solo ricerca un ruolo crescente nella sfera pubblica, ma anche, specificamente, nell'arena politica. La conciliazione tra costituzionalismo e religione attraverso l'aderenza al principio di laicità diviene quindi, in queste condizioni, non solo sempre più difficile, ma anche oggetto di crescente contestazione.

Nelle pagine che seguono, emergerà come le implicazioni teoriche e pratiche di questi sviluppi siano intrinsecamente connesse le une alle altre. Nella Sezione II, si darà conto di come l'appropriazione da parte degli attori religiosi del linguaggio e delle categorie del diritto costituzionale e dei diritti fondamentali costituisca una sfida formidabile per i principi su cui poggiano le fondamenta del costituzionalismo occidentale. Nella sezione III, l'analisi si sposterà sull'impatto della internazionalizzazione della religione sul costituzionalismo transnazionale. Infine, si proporranno alcune considerazioni conclusive.

## II. *Il conflato di fede e ragione: l'emersione del costituzionalismo cristiano*

Sul piano teorico, il ritorno della religione nell'arena politica costituisce un attacco diretto ai principi che hanno animato il progetto illuminista: la promozione dell'eguale libertà di tutti i soggetti dell'ordinamento e una chiara demarcazione tra la sfera della fede e quella della ragione, con l'impegno a governare la cosa pubblica sulla base dei dettami di quest'ultima.

Nonostante le applicazioni pratiche dei principi dell'Illuminismo si siano rivelate frequentemente contraddittorie rispetto a queste premesse, i suoi fondamenti teorici non erano mai stati messi in

---

<sup>8</sup>J. Casanova, *Public Religions in the Modern World*, Chicago, Chicago University Press (1994).

questione. Nel suo *Liberalismo Politico*, ad esempio, John Rawls sostiene che concezioni comprensive e profondamente diverse della vita buona – incluse le concezioni di natura religiosa – possano coesistere all'interno di una comunità e che si possa realizzare una forma di giustizia politica se tutti gli attori politici si conformano e tengono fede ai dettami della ragione pubblica. Un attore politico, quindi, può essere motivato dalla propria fede religiosa, ma la sua azione politica rimane congruente con le logiche della laicità se egli tenta di persuadere ed influenzare gli altri attori politici attraverso argomenti derivanti dalla ragione pubblica<sup>9</sup>.

In *The Idea of Public Reason Revisited*, John Rawls argomenta poi che le dottrine religiose non possono che supportare la democrazia costituzionale, la quale costituisce l'unico sistema politico in grado di assicurare che la libertà dei loro aderenti coesista con l'eguale libertà di tutti gli altri cittadini. Rawl aggiunge qui che la ragione pubblica richiede l'esistenza di due condizioni: una situazione di *pluralismo religioso*, e l'adesione da parte di tutti i cittadini ad un *dovere di civiltà*. Per i cittadini religiosi, questo dovere si traduce nella possibilità di ricorrere ad argomenti e idee che, seppure radicati nella religione, sono comunque in armonia con la tolleranza nei confronti di tutti e con il contenuto dei diritti fondamentali<sup>10</sup>. Alcune religioni contemporanee non sono in contraddizione con il ruolo rawlsiano della ragione pubblica. Altre tuttavia lo sono. Il fondamentalismo religioso è chiaramente ostile al ruolo della ragione pubblica e, nel contesto del *revival* religioso, anche confessioni non strutturalmente fondamentaliste, giudicano moralmente inaccettabile una logica laica costretta nelle maglie della ragione pubblica. Non a caso, oggi, si assiste frequentemente all'uso di argomenti di matrice religiosa, spesso formulati in termini di "diritto naturale", per attaccare quella che viene definita la "cultura dei diritti" e, con questa, la stessa legittimità del costituzionalismo, con il suo necessario corollario, il principio di laicità. Nel 2019, per esempio, il Segretario di Stato dell'Amministrazione Trump, Mike Pompeo, costituì una "Commissione sui Diritti Inalienabili", al fine di introdurre riforme nell'ambito dei diritti umani "che si è allonta-

<sup>9</sup> J. Rawls, *Liberalismo Politico* (trad. it.), Milano, Edizioni di Comunità, (1993).

<sup>10</sup> J. Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, 64 (1997), 765-807.

nato dai principi su cui si fonda la nostra nazione, del diritto naturale e dei diritti naturali”<sup>11</sup>. In particolare, Pompeo lamentava la confusione tra diritti “inalienabili” di origine trascendente, che debbono essere considerati pre-giuridici e quindi assoluti, e diritti di origine umana, caratterizzati da una natura eminentemente politica. La presidente della Commissione, Ann Glendon, aveva del resto già messo in chiaro che “Il sogno postbellico dei diritti umani universali rischia di dissolversi in una serie di nuove libertà sessuali che potrebbe un giorno diventare il pane e il circo dei despoti moderni: premi di consolazione per la perdita delle effettive libertà politiche e civili”<sup>12</sup>.

Nel luglio 2020, la Commissione Pompeo pubblicò un Rapporto, in cui si afferma che l’azione degli Stati Uniti a supporto dei diritti umani debba meglio riflettere i “principi su cui si fonda la nazione: il Protestantesimo, il repubblicanesimo civico e il liberalismo classico”<sup>13</sup>. In questa luce, non tutti i diritti sono egualmente fondamentali: al contrario, il diritto di proprietà e la libertà religiosa sono gerarchicamente “superiori”, mentre i diritti socio-economici non sono “compatibili [con i principi su cui si fonda la nazione] quando inducono la dipendenza dell’individuo nei confronti dello stato, e quando, espandendo l’azione dei pubblici poteri, incidono sulla libertà religiosa e sul diritto di proprietà”<sup>14</sup>.

Questa visione dei diritti affonda le proprie radici nel pensiero della destra religiosa americana, che è bene espresso da figure quali quella di Robert George, cattolico, professore a Princeton e tra i più influenti intellettuali conservatori americani. George rappresenta l’alleanza sempre più stretta tra Cattolici ultra conservatori ed Evangelici. Un’alleanza in cui i primi, tradizionalmente esclusi dai circuiti politici, supportano culturalmente la destra evangelica fondamentalista, politicamente sofisticata, ma veementemente anti-intellet-

---

<sup>11</sup> Department of State Commission on Unalienable Rights, 84 Fed. Reg. 25, 109 (May 30, 2019).

<sup>12</sup> M.A. Glendon, *Reclaim Human Rights*, First Things (Aug. 2016), <https://www.firstthings.com/?article/?2016/208/?reclaim-human-rights> [<https://perma.cc/3GXG-ZKM6>] (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>13</sup> U.S. Commission of Unalienable Rights, Draft Report of the Commission on Unalienable Rights 8 (16/07/2020), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/07/?Draft-Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf> [<https://perma.cc/G67K-265J>] (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>14</sup> *Ibid.*, 21.

tuale<sup>15</sup>. Tra le sue molte iniziative, George è stato responsabile della stesura di un documento siglato nel 2009 da oltre 150 autorità religiose – Evangelici, Cattolici ed Ortodossi –, la *Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience*. La Dichiarazione ruota intorno alla difesa di tre principi: la vita prenatale, il matrimonio esclusivamente eterosessuale e la *libertà religiosa*. Quest’ultima è definita in questi termini: “... [A] nessuna persona di fede deve essere impedito il culto di Dio secondo i dettami della coscienza, e neppure di esprimere liberamente e pubblicamente le proprie profonde convinzioni religiose”. La Dichiarazione fa riferimento all’“indebolimento delle clausole sulla obiezione di coscienza” e all’“uso del diritto antidiscriminatorio per obbligare istituzioni religiose, imprese e fornitori di servizi a scegliere tra conformarsi ad attività che essi giudicano profondamente immorali o fallire” e invoca apertamente la disobbedienza civile: “Nessun potere terreno, culturale o politico, ci ridurrà al silenzio o all’acquiescenza. Attraverso i secoli, il Cristianesimo ci ha insegnato che la disobbedienza civile non solo è permessa, ma talvolta è richiesta”<sup>16</sup>. Gli argomenti usati da chi difende questa concezione di fatto illimitata della libertà religiosa fanno leva sulla ragione piuttosto che sulla fede, utilizzano il linguaggio dei diritti umani e del diritto anti-discriminatorio, sulla base dell’assunto per cui l’uso corretto della ragione conduce agli stessi risultati del ragionamento teologico<sup>17</sup>. Per George, le verità morali possono essere spiegate in maniera del tutto coerente con la ragione, facendo leva sul pensiero di Papa Giovanni Paolo II, secondo cui “La fede e la ragione sono come le due ali con le quali lo spirito umano s’innalza verso la contemplazione della verità”<sup>18</sup>. Una posizione non dissimile

---

<sup>15</sup> V. sulle origini dell’anti-intellettualismo della destra religiosa americana R. Hofstadter, *Anti-Intellectualism in American Life*, New York, Vintage Books (1962), 55 *et seq.*

<sup>16</sup> Manhattan Declaration, <http://demoss.com/newsrooms/manhattandeclaration/background/manhattan-declaration-signers> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>17</sup> J. Lemaitre, “By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas”, *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2012), 493-511.

<sup>18</sup> Giovanni Paolo II, Enciclica *Fides et Ratio* ai vescovi della Chiesa Cattolica circa rapporti tra fede e ragione, 1998, [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091998\\_fides-et-ratio.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html) (ultimo accesso 12 marzo 2021). Il passaggio è citato da R. George nel discorso *Faith and Reason: The Appropriation of Knowledge and Truth*, Brigham Young University 23 aprile 2015, <https://speeches.byu.edu/talks/robert-p-george/faith-reason-appropriation-of-knowledge-truth/> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

è stata assunta da Papa Benedetto XVI, secondo il quale “La religione non costituisce un problema per il legislatore, ma un contributo vitale alla conversazione nazionale” ed a una “più effettiva applicazione di un sistema giuridico e politico giusto”<sup>19</sup>. E questo perché la tradizione cattolica stabilisce che “le norme oggettive che governano l’azione giusta sono accessibili alla ragione a prescindere dal contenuto della rivelazione”<sup>20</sup>. A ben vedere, la premessa teorica di questa posizione altro non è che l’assunzione schmittiana per cui la modernizzazione non si accompagna alla privatizzazione della religione ma, piuttosto, al suo riversarsi nella dimensione politica, da cui la celebre affermazione secondo cui “tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati”<sup>21</sup>. Una posizione, questa, chiaramente riecheggiata da Papa Benedetto XVI nel suo discorso al Parlamento tedesco: “Storicamente, i sistemi giuridici sono quasi sempre basati sulla religione”<sup>22</sup>. In questa luce, i Cattolici non intervengono nel discorso politico nel nome di dogmi religiosi, ma con l’autorità della ragione: “L’originalità del Cristianesimo rispetto alle altre religioni è ovvia in questa linea di pensiero...: non è rivelazione, ma ragione e natura nella loro interrelazione che dà forma alla norma universalmente valida del diritto”<sup>23</sup>. Ne consegue che la religione (cristiana) deve costituire una parte essenziale e strutturale dell’ordinamento costituzionale e del sistema dei diritti umani. Nelle parole di Robert George: “L’aborto non è soltanto sbagliato dal punto di vista morale o religioso: è sbagliato filosoficamente, sulla base delle convinzioni fondamentali della nazione, che crede nei diritti inalienabili dell’uomo, indipendente dalla sua età e dalle sue dimensioni”<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> J. Ratzinger, (Papa Benedetto XVI), Meeting with the Representatives of British society, Westminster Hall, Westminster, 17/09/2010, [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/speeches/2010/september/documents/bf\\_ben-xvi\\_spe\\_20100917\\_societa-civile.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/en/speeches/2010/september/documents/bf_ben-xvi_spe_20100917_societa-civile.html) (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> C. Schmitt [orig. 1922], *Teologia politica*, in *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, Il Mulino (1972), 61.

<sup>22</sup> J. Ratzinger (Papa Benedetto XVI), Discorso al Bundestag, Berlino, 22.9.2011, [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/bf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/bf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html) (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>23</sup> M. Cartabia, A. Simoncini (2015), “A Journey with Benedict XVI through the Spirit of Constitutionalism”, in M. Cartabia, A. Simoncini (cur.), *Pope Benedict XVI’s Legal Thought. A Dialogue on the Foundation of Law*, Cambridge, Cambridge University Press (2015), 4.

<sup>24</sup> R. George, cit., nt. 18.

Riflettendo sulle precondizioni della democrazia, Hans Kelsen prese notoriamente posizione contro “la pretesa della teologia di fornire un fondamento alla democrazia che cerca di verificare mostrando che esiste una connessione essenziale tra democrazia e religione cristiana”<sup>25</sup>. Nessuna visione politica ancorata nella fede offre infatti argomenti razionali per provarne la verità. Secondo Kelsen, la convivenza civile è messa a repentaglio dai conflitti che trovano la loro origine nelle diverse concezioni di giustizia che ispirano l’agire umano. Poiché per Kelsen non esiste un unico, razionale concetto di giustizia, l’obiettivo fondamentale del sistema costituzionale deve essere quello di comporre i conflitti sui valori ultimi, attraverso lo strumento della ragione. Per questo, la forma di governo democratica è quella ad offrire maggiori garanzie, poiché lascia ai consociati la più ampia autonomia di scelta. La democrazia kelseniana richiede dunque una filosofia relativistica dei valori, vale a dire un sistema che “lascia le decisioni circa il valore sociale da realizzarsi all’individuo che agisce nella realtà politica. Non può e non deve levare il fardello di questa grave responsabilità dalle sue spalle”<sup>26</sup>. Al contrario, l’assunto per cui “la cognizione di verità assolute sia possibile produce facilmente un atteggiamento autocratico”<sup>27</sup>. In quest’ottica, le dottrine religiose che usano la cornice del diritto costituzionale e la retorica dei diritti umani finiscono per vanificare la protezione di questi ultimi e affermare a tutti gli effetti una egemonia religiosa che svuota i diritti del loro contenuto essenzialmente contro-maggioritario e contro-culturale, per ritornare ad uno stadio pre-moderno. A ben vedere, ad essere invocata in questo contesto, non è la *libertà*, bensì l’*autorità* religiosa.

Le conseguenze pratica di questi sviluppi sono sotto gli occhi di tutti. La più eclatante è la crescente distorsione, espansione e l’uso sempre più massiccio dell’obiezione di coscienza. La nuova generazione di rivendicazioni basate sulla coscienza differisce profondamente da quelle tipiche del passato – ad esempio il rifiuto di prestare il servizio militare o di salutare la bandiera – che erano basate sulla volontà di *non partecipare* ad attività considerate con-

<sup>25</sup> H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *Ethics* 66 (1955), 41.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>27</sup> H. Kelsen [orig. 1929], “On the Essence and Value of Democracy” in A. Jacobson, B. Schlink (cur.) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press (2000), 107.

trarie ai propri principi morali o religiosi. Per contro, le rivendicazioni odierne hanno un carattere intrusivo ed interventzionista e si focalizzano selettivamente sui diritti delle donne e delle minoranze sessuali, a difesa della “famiglia tradizionale”. Si pensi ai casi in cui chi offre o è tenuto a garantire servizi al pubblico rivendica il diritto a discriminare sulla base dell’orientamento sessuale: i pasticceri e i fiorai che si rifiutano di produrre torte e decorazioni per i matrimoni tra persone dello stesso sesso<sup>28</sup>, i proprietari di hotel che negano camere doppie alle coppie omosessuali<sup>29</sup>, i pubblici funzionari che si oppongono alla celebrazione dei matrimoni gay e i terapisti che rifiutano di fornire i propri servizi alle coppie omosessuali<sup>30</sup>. Casi analoghi colpiscono poi esclusivamente le donne: si pensi all’obiezione di coscienza riconosciuta negli Stati Uniti alle aziende, di rifiutare alle proprie dipendenti schemi assicurativi che comprendono l’uso di contraccettivi<sup>31</sup>, ai farmacisti cui si consente di negare alle donne la contraccezione di emergenza, ma non agli uomini quella meccanica<sup>32</sup>, e al personale ospedaliero che rifiuta di adempiere a doveri di natura meramente amministrativa per boicottare l’organizzazione dei servizi abortivi<sup>33</sup>. In questo nuovo contesto, anche forme tradizionali di obiezione, come quella del personale sanitario a prendere parte alle interruzioni di gravidanza, hanno acquisito un diverso significato a causa della loro massiccia invocazione e dell’ampliamento delle attività a cui ci si oppone. Nel 2013 il Consiglio Europeo dei Diritti Sociali ha condannato l’Italia, mettendo in luce come l’accomodamento indiscriminato della libertà di coscienza dei medici produca una discriminazione interse-

---

<sup>28</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018).

<sup>29</sup> Corte Suprema del Regno Unito, *Bull and another (Appellants) v. Hall and another (Respondents)* [2013] UKSC 73.

<sup>30</sup> V. i casi *Ladele* e *McFarlane* decisi dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nelle cause *Eweida and Others c. Regno Unito*, App. n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10 (2013) e la sentenza *April Miller et al. v. Kim Davis*, 15/5961 (Appellate Div., 6th Cir., 2015).

<sup>31</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_ (2014).

<sup>32</sup> Tribunale Costituzionale spagnolo, S.T.C., 07/07/2015 (S.T.C., No. 52).

<sup>33</sup> Corte Suprema del Regno Unito, *Greater Glasgow Health Board (Appellant) v. Doogan and Another (Respondents)* (Scotland) [2014] AC640, [2015] 2 All ER 1, [2015] 1 AC 640, [2014] UKSC 68, in cui la Corte ha deciso contro le ricorrenti – che rifiutavano di organizzare i turni del personale medico praticante le interruzioni di gravidanza – per mancanza di un loro diretto coinvolgimento nella pratica abortiva.



zionale ai danni delle donne, sulla base del genere, della condizione socio-economica e della residenza<sup>34</sup>. Ma questo non è tutto. Nel passato, l'obiezione di coscienza era rivendicata tipicamente da soggetti appartenenti a minoranze marginali e spesso poco popolari, come i Testimoni di Geova. In questi casi, l'eccezione all'applicazione della legge generale si giustificava sulla base delle esigenze di conservazione del pluralismo religioso. La nuova generazione di rivendicazioni basate sulla coscienza fa invece leva su convinzioni religiose tradizionali, ampiamente diffuse nel tessuto sociale e direttamente implicate nella storia dell'emarginazione delle donne e delle minoranze sessuali. Queste convinzioni, inoltre, sono spesso politicamente rappresentate, e dunque in grado di concorrere ai processi decisionali. Quindi, l'obiezione di coscienza, da strumento di tutela delle minoranze si è trasformata in un strumento di ulteriore rafforzamento delle maggioranze, insoddisfatte dall'esito del processo politico<sup>35</sup>.

Questo tipo di pretese sono il sintomo di una profonda distorsione per cui la pretesa alla *obiezione di coscienza* si è trasformata in una pretesa alla *obiezione di giurisdizione*, che costituisce un attacco diretto al potere dello stato di determinare le frontiere della giurisdizione religiosa. Detto altrimenti, si tratta di un attacco ad uno dei principi cardine del sistema *vestfaliano*.

### III. *La globalizzazione dell'attivismo religioso: una sfida per il costituzionalismo transnazionale*

L'erosione della sovranità statale e l'indebolimento della dimensione territoriale dell'identità hanno posto le basi per il protagonismo internazionale degli attori religiosi. Secondo il sociologo Olivier Roy, la globalizzazione, facilitando lo scollamento di religione, cultura e territorio, sradica le tradizioni religiose da particolari contesti culturali e nazionali. Come mostra l'esperienza di movimenti quali il Salafismo il Pentecostalismo e l'Evangelicismo, questo sradicamento costituisce la premessa per la deriva fondamentalista delle religioni, perché la pretesa di una verità universale

---

<sup>34</sup> Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF-EN) c. Italia*. No. 87/2012 (2013).

<sup>35</sup> S. Mancini, M. Rosenfeld (cur.), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press (2018).

perde ogni connessione con particolari contesti nazionali e sociali<sup>36</sup>. Oggi, ad esempio, un terzo dei Musulmani nel mondo vive in stati a maggioranza non islamica. La radicalizzazione colpisce soprattutto la seconda e la terza generazione di (figli di) immigrati che vivono in stati occidentali, e che si impegnano nella costruzione di un'immaginaria comunità islamica (una *ummah*), radicata da qualsivoglia contesto culturale. In altre parole, globalizzazione e migrazioni di massa conducano alla costruzione di identità religiose universali, che trascendono il concetto di cultura<sup>37</sup>. D'altro canto, le nuove forme della comunicazione aiutano a mantenere in vita i legami tra i membri di comunità religiose disperse, al di là delle frontiere politiche e geografiche. Mark Juergensmeyer ha osservato come “molti dei supporters in rete dell'Isis non siano uniti solo dalla medesima affiliazione religiosa, ma anche da legami di tipo etnico, dal momento che molti sono parte di comunità diasporiche quali quella algerina e libica”<sup>38</sup>. L'Isis non è l'unico esempio di espatriati che supportano la causa dei loro connazionali: si pensi ad esempio alla diaspora dei repubblicani irlandesi, ai Sikh indiani e ai Tamil cingalesi<sup>39</sup>.

Il successo dei movimenti transnazionali non è comunque limitato ai fondamentalisti e/o a quelli, come i Pentecostali, che non hanno una struttura centralizzata e radici territoriali. Anche il Cattolicesimo contemporaneo ha infatti recuperato una dimensione transazionale che era caratteristica della Cristianità medievale, dal papato transnazionale agli ordini religiosi transnazionali, dai concili ecumenici alle università transnazionali, e dai centri di cultura cattolica ai pellegrinaggi transnazionali”, e che era sparita con l'emersione del sistema di Vestfalia<sup>40</sup>.

In questo nuovo contesto, gli attori religiosi hanno trovato terreno fertile per esprimere “un'identità transnazionale, che costituisce una sfida formidabile all'ordine internazionale degli stati na-

---

<sup>36</sup> O. Roy, *Holy Ignorance: When Religion and Culture Part Ways*, New York, Columbia University Press (2010).

<sup>37</sup> O. Roy, *Globalized Islam, The Search for a New Ummah*, New York, Columbia University Press (2004).

<sup>38</sup> M. Juergensmeyer, “Religious Nationalism in a Global World”, *Religions* 10 (2019), 97.

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> J. Casanova “Public Religions Revisited”, in de H. Vries (cur.), *Religion: Beyond the Concept*, New York, Fordham University Press (2008), 101-119.

zione territoriali, nato con la pace di Vestfalia”<sup>41</sup>. Al tempo stesso, predicando l’esistenza di fondamenti costituzionali di matrice religiosa universalmente validi, il transnazionalismo religioso mina anche la legittimità del costituzionalismo transnazionale<sup>42</sup>. Il progetto del costituzionalismo transnazionale è infatti caratterizzato dalla ricerca del consenso su valori che richiedono la limitazione dei poteri, il rispetto dello stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali<sup>43</sup>. Gli attori religiosi transnazionali trasformano, come si è visto, la distinzione tra fede e ragione, ignorando tutte le connessioni culturali, politiche e tradizionali che erano prevalenti nel contesto vestfaliano, il che produce dottrine estemporanee, teoricamente applicabili a tutti i contesti, che dovrebbero soddisfare fede e ragione a livello transnazionale. La necessità democratica di una filosofia relativistica dei valori sostenuta da Kelsen è ancora più acuta nel contesto transnazionale, che non può che essere caratterizzato da un robusto pluralismo religioso, culturale ed ideologico. La pretesa religiosa per cui una verità particolare sarebbe applicabile in tutti i contesti contraddice frontalmente il progetto del costituzionalismo transnazionale, che deve riservare un ampio spazio alla coesistenza di concezioni diverse. *Quanto* pluralismo religioso e culturale il costituzionalismo transnazionale sia capace di assicurare è strettamente connesso al rigetto di pretese universalistiche di matrice religiosa, per quanto espresse nel linguaggio del diritto e dei diritti naturali.

L’ONU è divenuto il teatro di un confronto serrato tra i sostenitori di diverse epistemologie dei diritti umani. Il 24 marzo 2011 il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha adottato una Risoluzione sulla “Promozione dei diritti umani e delle libertà fondamentali mediante una migliore comprensione dei valori tradizionali dell’umanità”<sup>44</sup>. La Risoluzione, fortemente voluta dalla Russia, con il supporto di molti stati del “Sud Globale”, nonché di alcuni mem-

---

<sup>41</sup> G. Shani, “Transnational religious actors and international relations”, in J. Haynes (cur.), *Routledge Handbook of Religion and politics*, Londra, Routledge (2009), 311.

<sup>42</sup> L. Catà Backer “Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2006), 91.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 99 *et seq.*

<sup>44</sup> United Nations Human Rights Council, *Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind* A/HRC/RES/16/3, adottata il 24/03/2011.

bri della Lega Araba, riecheggia chiaramente la posizione della chiesa ortodossa russa riguardo al contenuto e ai fondamenti dei diritti umani<sup>45</sup>, quando afferma che “La dignità, la libertà e la responsabilità sono valori tradizionali” e la famiglia, la comunità, la società e le istituzioni responsabili dell’istruzione hanno un ruolo fondamentale nel mantenere e trasmettere tali valori. Come fa notare Chris McCrudden, in questa costruzione “la dignità in particolare è vista... come potenzialmente in grado di ri-bilanciare i diritti umani verso il livello locale, indigeno, indebolendo il progetto liberale universale ed omogeneizzante”<sup>46</sup>. Certamente, la politica dei valori tradizionali può essere vista come una strategia per imporre un monopolio ideologico, attraverso l’alleanza di governi conservatori e attori religiosi di diversa matrice, unificati da un progetto volto *in primis* a neutralizzare i diritti delle donne e delle minoranze sessuali.

Gli attori transnazionali sono attivi letteralmente ovunque nel globo. Una rete potente di organizzazioni non governative religiose, capitanate in gran parte da Evangelici ed altri Cristiani fondamentalisti americani, è particolarmente influente in Africa, nel supportare l’adozione di misure discriminatorie nei confronti delle donne e delle persone LGBTQ+. Organizzazioni quali l’American Center for Law and Justice, Human Life International, e Family Watch International “lavorano sia separatamente che in tandem per rinnovare ed espandere misure limitative dei diritti sessuali che risalgono ai tempi delle colonie”, dando vita a networks ed infrastrutture in tutto il continente<sup>47</sup>. Misure fortemente repressive dei diritti delle minoranze sessuali sono state adottate in moltissimi paesi africani, tra cui Mali, Nigeria e Uganda, dove una legge del 2009 comminava la pena di morte per il reato di “omosessualità aggravata”<sup>48</sup>. Una dinamica analoga è in corso in Russia, ove l’alleanza tra attori governativi, la Chiesa Ortodossa e organizzazioni cristiane americane ha

---

<sup>45</sup> K. Stoeck, *The Russian Orthodox Church and Human Rights*, Londra, Routledge (2014), 111.

<sup>46</sup> C. McCrudden, “Human Rights, Southern Voices and ‘Traditional Values’ at the United Nations”, University of Michigan Public Law research Paper No. 419 (2014), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2474241> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>47</sup> K. Kaoma, *Colonizing African Values - How the U.S. Christian Right is Transforming Sexual Politics in Africa*, Somerville, MA: Political Research Associates, (2012).

<sup>48</sup> *Ibid.*

dato frutti in abbondanza. Il movimento conservatore russo fa sistematicamente leva sull'equazione tra Occidente e diritti sessuali e riproduttivi, facendo intendere che questi ultimi costituiscono un cavallo di Troia per introdurre in Russia elementi estranei alla cultura tradizionale e moralmente debilitanti. Nel settembre del 2013, ad esempio, Putin ha dichiarato ad un gruppo di giornalisti ed accademici che i Russi devono abbracciare i valori tradizionali della Chiesa ortodossa, aggiungendo che chi da questi valori si discosta costituisce una minaccia per "l'indipendenza, la sovranità e l'integrità territoriale della Russia"<sup>49</sup>. Paradossalmente, però, questa avanguardia conservatrice russa gode in effetti di un robusto supporto occidentale. Nel 2011, il Parlamento russo ha adottato una legge che restringe pesantemente l'accesso all'aborto. Lyubov Erofeeva, che dirige la progressista Associazione Russa per la Popolazione e lo Sviluppo, ha affermato che "È chiaro al 100% che tutto è stato ricalcato dall'esperienza dei fondamentalisti americani e dai circoli conservatori di vari stati europei dove l'aborto è proibito o pesantemente limitato".<sup>50</sup> Del resto, proprio nel 2011, il Congresso Mondiale delle Famiglie, un'associazione di origine russo-americana che raccoglie elementi ultra-conservatori di varia provenienza<sup>51</sup>, aveva tenuto il suo primo summit demografico in Russia. In quell'occasione erano presenti *leaders* evangelici americani, oltre a politici ed ecclesiastici russi vicini a Putin. Nel materiale divulgativo distribuito durante il summit, la legge sull'aborto è indicata proprio come il prodotto delle alleanze createsi all'interno del Congresso<sup>52</sup>.

Gli attori religiosi transnazionali sono poi particolarmente attivi nel contenzioso interno e internazionale. Come annuncia sul suo website Alliance to Defend Freedom, una lobby americana cristiana ultra-conservatrice: "Noi lavoriamo per difendere la libertà

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> S. Mancini, K. Stoeckl, "Transatlantic Conversations. The Emergence of Society-Protective Anti-Abortion Arguments in the United States, Europe and Russia", in S. Mancini, M. Rosenfeld (eds.), cit. (2018). Il Congresso Internazionale delle Famiglie è salito agli onori della cronaca italiana nel marzo 2019, quando ha tenuto il convegno attuale a Verona, con il supporto di forze governative. V.E. Ferro su La Repubblica, 19 marzo 2019, [https://www.repubblica.it/cronaca/2019/03/19/news/verona\\_forum\\_famiglie\\_tutti\\_contro-221964228/](https://www.repubblica.it/cronaca/2019/03/19/news/verona_forum_famiglie_tutti_contro-221964228/) (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>51</sup> S. Mancini, K. Stoeckl, cit.

<sup>52</sup> *Ibid.*

religiosa nei casi internazionali più importanti” perché “I casi internazionali hanno il potenziale di stabilire precedenti che travalicano le frontiere nazionali e possono addirittura avere un impatto sul diritto americano”<sup>53</sup>. A Strasburgo opera da anni lo European Center for Law and Justice, la branca europea dell’American Center for Law and Justice, storico antagonista delle associazioni per i diritti civili (e in particolare dell’American Civil Liberties Union). Lo European Center for Law and Justice afferma di essere “un’organizzazione di ispirazione cristiana, che basa la propria azione sui valori spirituali e morali che costituiscono la comune eredità dei popoli europei e la vera fonte della libertà individuale, della libertà politica e dello stato di diritto...”.<sup>54</sup> Di recente, lo European Center for Law and Justice è intervenuto con un *amicus curiae* davanti al Tribunale Costituzionale polacco<sup>55</sup>, nel caso in cui quest’ultimo ha dichiarato l’incostituzionalità dell’aborto in caso di anomalie fetali, rimuovendo così la base per quasi tutti gli aborti in Polonia.<sup>56</sup> La decisione della Corte, che ha provocato mobilitazioni senza precedenti nel paese, è stata definita dal Consiglio d’Europa come una grave violazione dei diritti umani.<sup>57</sup>

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è divenuta una piattaforma particolarmente importante per le lobby religiose, che intervengono numerosissime e in maniera sistematica in tutti i casi in materia di diritti sessuali e riproduttivi, uso di embrioni e cellule staminali e, naturalmente, obiezione di coscienza e libertà religiosa. Nel 2009, per esempio, al fine di rovesciare la condanna dell’Italia per l’esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche<sup>58</sup>, sotto l’e-

---

<sup>53</sup> <http://www.adflegal.org/issues/international> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>54</sup> <http://eclj.org/About/> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>55</sup> Amicus Curiae Brief Submitted to the Constitutional Tribunal of Poland In the case K 1/20 by the ECLJ: <http://media.aclj.org/pdf/Amicus-Curiae-Brief-to-the-Constitutional-Tribunal-of-Poland-K-1.20-ECLJ-October-2020.pdf> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>56</sup> Corte Costituzionale della Polonia, sentenza del 22 Ottobre 2020 (ref. K 1/20).

<sup>57</sup> C. Provost, A. Ramsay, “Revealed: Trump-Linked US Christian ‘Fundamentalists’ Pour Millions of ‘Dark Money’ into Europe, Boosting the Far Right”, *Open Democracy* (27/03/2019), <https://www.opendemocracy.net/en/?5050/?revealed-trump-linked-us-christian-fundamentalists-pour-millions-of-dark-money-into-europe-boosting-the-far-right> [<https://perma.cc/?6LBD-MKCK>] (ultimo accesso 12 marzo 2021).

<sup>58</sup> *Lautsi c. Italia*, App. n. 30814/062.

gida dello European Center for Law and Justice si è costituita una variegata coalizione di attori – dal Vaticano alla Russia, agli Evangelici americani, la cui esperienza nel contenzioso in materia di libertà religiosa è servita da modello per i loro alleati europei<sup>59</sup>. Nel caso *ABC v Ireland*<sup>60</sup>, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha stabilito che la Convenzione non obbliga gli stati membri a prevedere un’eccezione alla criminalizzazione dell’aborto per salvaguardare la salute fisica della gestante, perché, come indicato nell’intervento dello European Center for Law and Justice (ampiamente citato nei paragrafi 96 - 201), l’aborto solleva questioni morali molto delicate, che devono restare nella discrezionalità del legislatore nazionale.

L’attivismo degli attori religiosi transnazionali provoca poi una complessa dinamica di cross-fertilizzazione del contenzioso strategico. Recentemente, ad esempio, lo European Center for Law and Justice, dopo anni in cui è stato guidato, assistito ed istruito dalla “casa madre” americana, è intervenuto autonomamente in un caso davanti alla Corte Interamericana dei Diritti, in difesa della pratica, in uso nel Salvador, di incriminare per infanticidio le donne che sperimentano un aborto spontaneo o la morte del figlio durante il travaglio<sup>61</sup>.

#### IV. *Considerazioni conclusive*

Come si è visto nelle pagine precedenti, le dinamiche associate alla ripoliticizzazione della religione, in un’era di globalizzazione e di massicci flussi migratori, costituiscono una sfida formidabile ai principi cardine su cui poggia l’intero progetto del costituzionalismo occidentale, nonché all’ordine internazionale affermatosi con la pace di Westfalia. A porre questa sfida non è sufficiente però la

---

<sup>59</sup> P. Annicchino, “Winning the Battle by Losing the War: The *Lautsi* Case and the Holy Alliance between American Conservative Evangelicals, the Russian Orthodox Church and the Vatican to Reshape European Identity”, *Religion and Human Rights*, 6 (2011).

<sup>60</sup> *A, B e C c. Irlanda*, App. n. 25579/05.

<sup>61</sup> Amicus curiae brief submitted to the Inter-American Court for Human Rights in the case *Manuela y otros v El Salvador* (Case 13/069) by the ECLJ: <http://media.aclj.org/pdf/IACHR-Manuela-y-otros-v.-El-Salvador-no.13.069-ECLJ-Amicus-Brief-October-2020.pdf> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

mera ripolitizzazione della religione. Se, infatti, gli attori religiosi agiscono sulla base delle loro convinzioni, ma in uno spirito di tolleranza nei confronti di, e di collaborazione con, le altre componenti (non religiose) della società, il loro agire non intacca le condizioni di preservazione del pluralismo. Si pensi, in questo senso, all'azione politica dei Teologi della Liberazione latinoamericani, impegnati a favore della giustizia sociale e della liberazione dei popoli oppressi, su di una base teorica in cui si sposano Marxismo ed elementi della dottrina cattolica<sup>62</sup>. Gli ultimi decenni hanno visto tuttavia il revival religioso associato per lo più a contesti di fondamentalismo o di conservativismo esasperato, in cui l'azione degli attori religiosi è focalizzata in larga misura a frustrare l'applicazione del diritto anti-discriminatorio e, più in generale, delle misure improntate a rimediare alla tradizionale subordinazione delle donne e delle minoranze sessuali. Particolarmente pericolosa è l'appropriazione da parte degli attori religiosi del linguaggio della ragione pubblica e del diritto costituzionale, che vengono canalizzati nella retorica del diritto naturale, per affermare una nuova epistemologia dei diritti umani<sup>63</sup>.

In queste condizioni, l'uso politico della religione assume un carattere escludente, egemonico, democraticamente problematico e potenzialmente distruttivo per qualsivoglia progetto costituzionale basato sul pluralismo e sul mutuo riconoscimento.

### *Abstract*

L'articolo tratteggia le conseguenze teoriche e pratiche della ripolitizzazione della religione. Nella prima parte analizza come l'appropriazione da parte degli attori religiosi del linguaggio e delle categorie del diritto costituzionale costituisca un attacco diretto ai principi del progetto illuminista. Nella seconda parte, l'articolo si focalizza sull'emergere ed il consolidarsi dell'attivismo religioso transnazionale, ed alle sue ripercussioni sul regime e sulla tutela dei diritti umani.

---

<sup>62</sup> R.J. Araujo, "Political Theory and Liberation Theology: The Intersection of Unger and Gutiérrez", *Journal of Law & Religion* 11 (1994-1995), 63.

<sup>63</sup> V. specificamente sull'attacco all'eguaglianza di genere da parte di attori illiberali S. Mancini, N. Palazzo, "The body of the Nation. Illiberalism and Gender", in S. Holmes, A. Sajo, R. Uitz (cur.), *Routledge Handbook on Illiberalism*, Londra, Routledge, 2021 (in corso di stampa).



The article traces the theoretical and practical consequences of the re-politicization of religion. First, it stresses how the appropriation by religious actors of the language and rhetoric of constitutional law constitutes a direct challenge to the core principles of the Enlightenment project. Second, the article focuses on the consequences of transnational religious activism on the protection of human rights.

FRANCESCO GASPARI

## CORONAVIRUS, DIDATTICA A DISTANZA E TUTELA DEI DATI PERSONALI: SPUNTI DI RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Il coronavirus e la didattica a distanza. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. Le principali criticità legate alla didattica a distanza. – 4. Didattica a distanza e tutela dei dati personali. – 4.1. Inquadramento generale. – 4.2. La liceità del trattamento dei dati personali da parte della scuola. – 4.3. Sicurezza e protezione dei dati personali nella didattica a distanza. – 4.4. Didattica a distanza, capitalismo di sorveglianza e rischi di “patrimonializzazione” dei dati. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. *Il coronavirus e la didattica a distanza*

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha intensificato, in modo molto più deciso che in passato, il processo di transizione verso la scuola digitale, nelle due forme dell'istruzione (*e-education*)<sup>1</sup> e della formazione (*e-learning*)<sup>2</sup>. Si tratta di due concetti profondamente diversi, ancorché “*accomunabili sotto l'etichetta di strumenti di pro-*

---

<sup>1</sup> Il termine *education* è, peraltro, utilizzato anche come *educazione*, in contrapposizione con i termini *teaching* o *instruction*. Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 febbraio 1982, *Campbell and Cosans v. United Kingdom*: “*The Court would point out that the education of children is the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers in particular to the transmission of knowledge and to intellectual development*” (punto 33). La dottrina ha, peraltro, da tempo chiarito come il concetto di *education* non vada tradotto come (e dunque confuso con quello di) *educazione*: sulla differenza tra *istruzione* ed *educazione* si veda U. Pototschnig, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, 665 ss., spec. 735 ss., il quale chiarisce anche le differenze tra *scuola*, *istruzione* e *insegnamento* (ivi, 675 ss.).

<sup>2</sup> Sulla distinzione tra il concetto di *istruzione* e quello di *formazione* si veda F. Lunardon, *Il diritto alla formazione nell'ordinamento europeo e nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2/2010, 3 ss.; A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2003, 26-27. Un approccio diverso è seguito da G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1981, 755 ss.

*duzione e canalizzazione del sapere, nell'ottica della realizzazione della società della conoscenza*"<sup>3</sup>. Una tale autonomia concettuale tra istruzione e formazione si rinviene anche sul piano costituzionale<sup>4</sup> e sovranazionale<sup>5</sup>.

Si deve ad un fattore esogeno (Covid-19) il deciso e necessario cambio di passo – sia del legislatore sia del regolatore – verso la didattica digitale. Con la diffusione della Pandemia<sup>6</sup> e i relativi rischi di contagio del coronavirus, gli istituti scolastici si sono, infatti, trovati nella necessità di ricorrere all'uso di piattaforme informatiche per rendere possibile la continuità della didattica<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> F. Lunardon, *Il diritto alla formazione*, cit., 18. Sottolinea l'autonomia concettuale della formazione professionale rispetto all'istruzione D. Bifulco, *sub Art. 35*, in M. Celotto, R. Bifulco, A. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, 719 ss., spec. 728, che richiama anche il decisivo contributo di Aldo Moro in sede di lavori preparatori in ordine alla distinzione tra formazione e istruzione.

<sup>4</sup> Nella Carta costituzionale (Parte I), l'istruzione è disciplinata agli artt. 33 e 34, inseriti nel Titolo II sui "Rapporti etico-sociali", mentre la formazione è inserita nel successivo Titolo III sui "Rapporti economici". La Corte costituzionale ha da tempo chiarito la distinzione tra i concetti di *insegnamento*, di *istruzione* e di *educazione*, "comprendendo nel primo l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo l'effetto intellettuale di tale attività e nel terzo l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti": Corte cost., sentenza 4 febbraio 1967, n. 7.

<sup>5</sup> L'ordinamento dell'Unione sembra, ad un primissimo esame, distinguere nettamente l'istruzione dalla formazione, in quanto ad essi il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) dedica due distinte previsioni: l'art. 165 (in materia di istruzione) e l'art. 166 (in materia di formazione). Tuttavia, l'inesistenza nel diritto dell'Unione della considerazione dell'istruzione quale materia autonomamente concepita si riscontra chiaramente dalla lettura dell'art. 6, lett. e), TFUE, laddove essa (istruzione) compare unitamente a "formazione professionale, gioventù e sport", nonché dell'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nel quale istruzione e formazione vengono elevati insieme a diritti fondamentali. Si veda in merito M. Benvenuti, «La scuola è aperta a tutti»? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, 99 ss.

<sup>6</sup> Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. Il 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri italiano ha dichiarato lo stato di emergenza. L'11 marzo 2020 la medesima OMS ha dichiarato che Covid-19 può essere definita come una pandemia: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. In argomento, si vedano, tra gli altri, M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3/2020, 282 ss., spec. 299 ss.; A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 116 ss.

<sup>7</sup> E. Carloni, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2020, 5; G. Laneve, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso)*

## 2. *Il quadro normativo di riferimento*

Per fronteggiare l'emergenza sanitaria, sin dal mese di febbraio 2020, sono stati così adottati numerosi atti normativi, di rango tanto primario quanto sub-primario<sup>8</sup>.

In particolare, l'art. 1, comma 2, decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6<sup>9</sup> prevede espressamente l'ipotesi di sospensione dei servizi scolastici in presenza, demandando alle autorità competenti il potere di adottare i provvedimenti necessari a gestire l'emergenza<sup>10</sup>. Il DPCM 25 febbraio 2020<sup>11</sup> ha stabilito che *“i dirigenti scolastici delle scuole nelle quali l'attività didattica sia stata sospesa per l'emergenza sanitaria, possono attivare, di concerto con gli organi collegiali competenti e per la durata della sospensione, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli alunni con disabilità”* (art. 1, comma 1, lett. d)<sup>12</sup>.

Tale facoltà è diventata una necessità con il successivo DPCM 4 marzo 2020 (art. 1, comma 1, lett. d) e g)<sup>13</sup>. Successivamente, la

---

sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 410 ss., spec. 411; F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 90 ss. Si veda inoltre Commissione europea, *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027. Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale*, COM(2020) 624 final, 30 settembre 2020, punto 1. Per un quadro generale in materia si veda S. Nicodemo, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza COVID-19*, paper 6 maggio 2020.

<sup>8</sup> Per un quadro degli interventi volti a contemperare la tutela della salute degli studenti e del personale scolastico e universitario con la salvaguardia del diritto allo studio, al contempo garantendo gli stessi da eventuali effetti pregiudizievoli derivanti dalla sospensione delle attività didattiche in presenza si veda Camera dei Deputati, Ufficio Studi, *Le misure adottate a seguito dell'emergenza Coronavirus (COVID-19) per il mondo dell'istruzione (scuola, istruzione e formazione professionale, università, Istituzioni AFAM)*, 13 novembre 2020.

<sup>9</sup> Recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

<sup>10</sup> L'art. 1, comma 2, lett. d), stabilisce che *“Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti [...]: d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza”*.

<sup>11</sup> Recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

<sup>12</sup> Su tali provvedimenti normativi si veda E. Carloni, *Il diritto all'istruzione*, cit., 4.

<sup>13</sup> S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 3.

Nota dipartimentale 17 marzo 2020, n. 388<sup>14</sup> ha offerto alle istituzioni scolastiche il quadro di riferimento didattico operativo, chiedendo anche che cosa si debba intendere per didattica a distanza (DAD)<sup>15</sup>.

Il successivo decreto legge 8 aprile 2020, n. 22, convertito, con modificazioni, con legge 6 giugno 2020, n. 41, stabilisce che il personale docente assicura le prestazioni didattiche nelle modalità a distanza, utilizzando strumenti informatici o tecnologici a disposizione (art. 2, comma 3), ed integra pertanto l'obbligo, prima vigente solo per i dirigenti scolastici ai sensi del DPCM 4 marzo 2020 (art. 1, comma 1, lettera g)), di "attivare" la didattica a distanza, obbligo concernente, nel caso del dirigente, per lo più adempimenti relativi alla organizzazione dei tempi di erogazione, degli strumenti tecnologici, degli aiuti per sopperire alle difficoltà delle famiglie e dei docenti privi di sufficiente connettività<sup>16</sup>.

Il successivo decreto legge 19 maggio 2020, n. 34 ha finanziato ulteriori interventi utili a potenziare la didattica, anche a distanza, e

---

<sup>14</sup> Recante *Emergenza sanitaria da nuovo Coronavirus. Prime indicazioni operative per le attività didattiche a distanza*.

<sup>15</sup> La didattica a distanza – che ha l'obiettivo di dar vita ad un "ambiente di apprendimento" – viene definita nella Nota n. 388/2020 in esame prima in positivo e poi in negativo. In particolare, da un lato (in positivo), per "didattica a distanza" si intende "Il collegamento diretto o indiretto, immediato o differito, attraverso videoconferenze, videolezioni, chat di gruppo; la trasmissione ragionata di materiali didattici, attraverso il caricamento degli stessi su piattaforme digitali e l'impiego dei registri di classe in tutte le loro funzioni di comunicazione e di supporto alla didattica, con successiva rielaborazione e discussione operata direttamente o indirettamente con il docente, l'interazione su sistemi e app interattive educative propriamente digitali". Dall'altro lato (e in negativo), la "didattica a distanza" (nella quale è da privilegiare, per quanto possibile, la modalità in "classe virtuale") non consiste nel "solo invio di materiali" o nella "mera assegnazione di compiti, che non siano preceduti da una spiegazione relativa ai contenuti in argomento o che non prevedano un intervento successivo di chiarimento o restituzione da parte del docente"; tali pratiche "dovranno essere abbandonat[e], perché priv[e] di elementi che possano sollecitare l'apprendimento". Sotto tale profilo, nella medesima nota si sottolinea che "La didattica a distanza prevede infatti uno o più momenti di relazione tra docente e discenti, attraverso i quali l'insegnante possa restituire agli alunni il senso di quanto da essi operato in autonomia, utile anche per accertare, in un processo di costante verifica e miglioramento, l'efficacia degli strumenti adottati, anche nel confronto con le modalità di fruizione degli strumenti e dei contenuti digitali – quindi di apprendimento – degli studenti, che già in queste settimane ha offerto soluzioni, aiuto, materiali".

<sup>16</sup> Con riferimento, nello specifico, alle modalità e ai criteri sulla base dei quali erogare le prestazioni lavorative e gli adempimenti da parte del personale docente, fino al perdurare dello stato di emergenza, si rimanda alle disposizioni del comma 3-ter del medesimo d.l. 22/2020.

a dotare le scuole e gli studenti degli strumenti necessari per la fruizione di modalità didattiche compatibili con la situazione emergenziale, nonché a favorire l'inclusione scolastica e ad adottare misure che contrastino la dispersione<sup>17</sup>.

Il quadro normativo si arricchisce poi di un importante decreto del Ministro dell'istruzione del 26 giugno 2020, n. 39, con il quale è stato adottato il "*Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione per l'anno scolastico 2020/2021*" (c.d. Piano scuola 2020-2021), volto a fornire un quadro di riferimento entro cui progettare la ripresa delle attività scolastiche nel successivo mese di settembre, con particolare riferimento alla necessità per le scuole di dotarsi di un Piano scolastico per la didattica digitale integrata<sup>18</sup>.

Alla luce di tale provvedimento sono state emanate – con decreto del Ministro dell'istruzione del 7 agosto 2020 – le *Linee guida per la didattica digitale integrata* (DDI)<sup>19</sup>, che forniscono indicazioni per la progettazione del Piano scolastico per la didattica digitale integrata da adottare, nelle scuole secondarie di II grado, in modalità complementare alla didattica in presenza, nonché da parte di tutte le istituzioni scolastiche di qualsiasi grado, qualora emergessero necessità di contenimento del contagio, nonché qualora si rendesse necessario sospendere nuovamente le attività didattiche in presenza a causa delle condizioni epidemiologiche contingenti.

Nel mese di dicembre 2020 sono state adottate in Conferenza unificata le *Linee guida per garantire il corretto svolgimento dell'anno scolastico 2020-2021*, contenenti l'impegno di tutti i livelli di governo "a garantire che l'eventuale ulteriore sospensione o limitazione delle attività didattiche in presenza sia prevista come misura residuale"<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Ulteriori provvedimenti normativi sono stati successivamente emanati e verranno richiamati nel corso del lavoro.

<sup>18</sup> Su tale provvedimento (Piano scuola 2020-2021) si veda F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 100 ss.

<sup>19</sup> La DDI viene definita dalle medesime Linee guida (p. 2) come "metodologia innovativa di insegnamento-apprendimento" ed è "rivolta a tutti gli studenti della scuola secondaria di II grado". Si tratta – come si legge ancora nel medesimo documento – di una "modalità didattica complementare che integra la tradizionale esperienza di scuola in presenza", ma che, in caso di nuovo lockdown, riguarderà "gli alunni di tutti i gradi di scuola", secondo le indicazioni contenute nelle stesse Linee guida.

<sup>20</sup> F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 113.

### 3. *Le principali criticità legate alla didattica a distanza*

La DAD, come i processi di digitalizzazione in generale, oltre ad innegabili vantaggi, presenta molteplici criticità<sup>21</sup>, molte delle quali riguardano i processi di digitalizzazione della scuola<sup>22</sup>, già invero in atto da tempo, il problema del rapporto tra scuola e Costituzione e quindi tra democrazia e scuola<sup>23</sup>, il superamento del mo-

<sup>21</sup> Su cui si sofferma anche la Commissione europea, *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, cit., punto 1.

<sup>22</sup> Tali processi riguardano anche l'utilizzo di ICT nell'organizzazione e nell'attività amministrativa. Si pensi all'utilizzo di algoritmi e *software* nel procedimento amministrativo o nelle procedure di selezione del personale docente, su cui la giurisprudenza amministrativa si è già più volte espressa, fino all'elaborazione di alcuni principi da "tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici": Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Giur. it.*, n. 5/2020, 1190 ss., con nota di M. Timo, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*. Al punto 15 della sentenza in questione si individuano i seguenti tre principi: in primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; in secondo luogo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che consiste nel diritto della persona – sulla cui sfera la decisione automatizzata è destinata a produrre effetti giuridici – "a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato"; in terzo luogo, il principio di non discriminazione algoritmica, "secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate" per le finalità di cui al considerando 71 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)* (GDPR) (*ibidem*).

<sup>23</sup> Questo è probabilmente il problema dei problemi, che non è mai stato affrontato "con mentalità di riforma democratica", avendo anche le riforme successive all'entrata in vigore della Costituzione approcciato al tema "più con mentalità tecnologica, neo-capitalistica, [...] produttivistica": T. Codignola, *Problemi della scuola*, Quaderni della F.I.A.P., novembre 1964, ora in Id., *Per una scuola di libertà. Scritti di politica educativa (1947-1981)*, La Nuova Italia, Firenze, 1987, 48 ss., spec. 51. Di fronte all'interesse mostrato dall'economia e dai mercati per una scuola "moderna", che ponga al centro la digitalizzazione, la pari dignità tra istruzione e formazione professionale, una particolare attenzione verso le scuole private (e le questioni del loro finanziamento pubblico), dovremmo porci – con l'A. da ultimo citato (*ibidem*) – alcuni interrogativi fondamentali, che tuttavia assumono un certo sapore retorico: qual è il fine ultimo di questo interesse? L'obiettivo delle forze di mercato è quello di assicurare un rafforzamento della condizione sociale in atto, al fine, per esempio, di incrementare un processo di produttività dell'azienda strettamente fondato su una ribadita distinzione di classe? In particolare, il porre sullo stesso piano istruzione e formazione di classe mira semplicemente ad unificare in una nuova categoria – l'istruzione professio-

dello gentiliano della scuola, il finanziamento del diritto (sociale) all'istruzione<sup>24</sup>, mentre altre concernono profili specifici della DAD, riguardanti, tra gli altri, la tutela dei dati personali<sup>25</sup>, l'isolamento sociale come conseguenza del distanziamento sociale<sup>26</sup>, il ruolo dei genitori nell'assistere i figli nell'apprendimento online a distanza<sup>27</sup> ed altri profili riguardanti la limitazione di diritti costituzionalmente garantiti durante la Pandemia: si pensi, ad es., ai trasporti e

---

nale (un vero e proprio ossimoro) – “diretta non tanto a creare uomini e lavoratori liberi, quanto buone macchine umane in una organizzazione industriale più moderna”? Oppure “si mira a questo stesso tipo di riforme sociali con fini democratici?” Non è possibile, nell'economia del presente contribuito, soffermarsi su tali aspetti (che presentano natura anche politica), i quali meriterebbero di essere trattati *funditus* in un lavoro più ampio a ciò esclusivamente dedicato.

<sup>24</sup> Tale aspetto è da tempo alla ricerca di una “sistemazione” dogmatica e giurisprudenziale, come dimostra la rilevante produzione scientifica in materia e l'importante contributo offerto dalla giurisprudenza sia costituzionale sia amministrativa, anche recente. Tra i contributi più recenti della dottrina si veda A. Zito, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto “complicato” nel prisma delle decisioni giudiziali*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2020, 331 ss., il quale si sofferma sull'incidenza del principio dell'equilibrio di bilancio sui diritti sociali e sulla garanzia di una loro effettiva tutela da parte del pubblico potere, richiamando i principali arresti della giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) in materia di istruzione.

<sup>25</sup> Su cui ci torneremo più diffusamente *infra*.

<sup>26</sup> Sull'utilizzo di *educational technology* (*EdTech*) come fattore che rafforza il *social distancing* si veda R. Fairlie, P. Loyalka, *Schooling and Covid-19: lessons from recent research on EdTech*, in *npi Science of Learning*, 11 agosto 2020, consultabile alla pagina web [https://fsi-live.s3.us-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/s41539-020-00072-6\\_0.pdf](https://fsi-live.s3.us-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/s41539-020-00072-6_0.pdf). Sugli effetti della chiusura prolungata delle scuole sul benessere dei bambini e dei ragazzi si veda F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 94 ss.

<sup>27</sup> Commissione europea, *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, cit., punto 2, laddove si mette in evidenza che i genitori di numerosi Stati membri hanno espresso un parere negativo sulle misure adottate per garantire la continuità dell'istruzione e della formazione, nella misura in cui i figli necessitavano di assistenza “qualificata” per seguire le attività a distanza nello stesso tempo in cui i genitori, in *smart working*, dovevano lavorare e, dunque, adempiere ai loro obblighi contrattuali nei confronti dei rispettivi datori di lavoro. In tale scenario, come si sottolinea nel Piano, “[l]a situazione socioeconomica dei genitori è stata determinante per la loro capacità di aiutare gli alunni e gli studenti a proseguire il processo di apprendimento”. In particolare, “i genitori con un'istruzione superiore sono stati maggiormente in grado di aiutare i discenti creando a casa un ambiente favorevole all'apprendimento”. La sussidiarietà orizzontale delle famiglie ha permesso di superare le carenze registrate, nei profili indicati. Ma ha creato anche discriminazioni, in quanto non tutti i genitori sono stati in grado, loro malgrado, di aiutare i loro figli nel processo di apprendimento da casa, fino al punto da portare ad “una perdita di interesse da parte di alcuni studenti, insegnanti e genitori”. È evidente come immaginare un tale sistema “a regime” sarebbe insostenibile, tanto per gli studenti/figli quanto per i lavoratori/genitori.



alla libertà di circolazione, intesa come “*libertà presupposto*”, finalizzata alla “*soddisfazione di primari diritti e interessi costituzionalmente tutelati*”<sup>28</sup>, tra cui, per quel che in questa sede maggiormente interessa, il diritto all’istruzione<sup>29</sup>; nonché all’uso obbligatorio della mascherina durante l’orario scolastico.

Anche laddove l’attività didattica ed educativa ha continuato – nel corso dell’emergenza sanitaria – a svolgersi in presenza<sup>30</sup>, si sono poste importanti questioni di rilevanza costituzionale, come quella riguardante l’uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie degli studenti<sup>31</sup>.

Il provvedimento (DPCM) che prevede tale obbligo è stato censurato dinanzi al Giudice amministrativo<sup>32</sup>, il quale, con riferimento al DPCM del 3 novembre 2020 (specialmente art. 1, commi 1 e 9, lett. s), che impone l’uso della mascherina chirurgica ai minori durante l’orario scolastico), ha affermato, tra l’altro, che “*dal DPCM impugnato non emergono elementi tali da far ritenere che l’amministrazione abbia effettuato un opportuno bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute della collettività e tutti gli altri diritti inviolabili, parimenti riconosciuti e tutelati dalla costituzione*”<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> A. Zito, *La politica pubblica delle infrastrutture di trasporto: presupposti e condizioni per una gestione efficace*, in G. Colombini, M. D’Orsogna, L. Giani, A. Police (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 61 ss., spec. 61.

<sup>29</sup> In merito, si veda F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 105-106.

<sup>30</sup> Si fa riferimento all’attività didattica ed educativa per la scuola dell’infanzia, al primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l’infanzia di cui all’art. 1, comma 9, lett. s), DPCM 3 novembre 2020.

<sup>31</sup> Salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l’uso della mascherina.

<sup>32</sup> Sulla legittimità dei DPCM si è espressa la giurisprudenza civile di merito (Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2020, controversia inerente un’intimazione di sfratto per morosità), affermandone la illegittimità sotto diversi profili, muovendo dalla natura amministrativa (e non normativa) dell’atto. Per una diversa impostazione si veda, per tutti, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* e in *Consulta OnLine*, 11 aprile 2020, 1 ss.

<sup>33</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. I, ord. 4 dicembre 2020, n. 7468, il quale richiede un’integrazione istruttoria (riguardante, tra l’altro, i verbali del Comitato tecnico scientifico su cui si è fondata l’istruttoria) e “*ritiene che le numerose e complesse questioni, anche di illegittimità costituzionale, prospettate in ricorso richiedano l’approfondimento da effettuarsi nella naturale sede di merito*” (udienza pubblica fissata al 10 febbraio 2021). Su tale vicenda processuale si veda F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 111-112.

Il Giudice amministrativo ha avuto modo di soffermarsi sul tema anche in altre circostanze. In un caso, tale Giudice ha sospeso l'obbligo di indossare la mascherina da parte di un'alunna, fondando tale decisione sul fatto che la minore aveva “*documentato con certificati medici, ripetutamente, problemi di difetto di ossigenazione per l'uso prolungato del DPI durante tutto l'orario di lezione*”, e sulla circostanza che, nella classe frequentata dalla minore, non risultava “*essere disponibile neppure un apparecchio di controllo della ossigenazione – saturimetro, strumento di costo minimo e semplicissima utilizzabilità in casi come quello prospettato, ad opera di ogni insegnante, per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione con DPI da parte del giovanissimo alunno*”<sup>34</sup>. In altra vicenda processuale, il Giudice amministrativo ha deciso in senso opposto, respingendo l'istanza cautelare, perché l'affermazione dell'appellante – secondo cui l'alunno, “*pur non avendo patologie specifiche, ha palesato e palesa dei problemi di difetto di ossigenazione per l'uso prolungato del D.P.I. durante tutto l'orario di lezione*” – non era “*suffragata da alcun elemento anche sommario di prova, che avrebbe potuto già essere agevolmente offerto, ad esempio, mediante l'uso in classe di un piccolissimo apparecchio misuratore del livello di ossigenazione del sangue, portato eventualmente dallo scolaro e agevolmente operabile da parte dell'insegnante al primo insorgere di segni di disagio respiratorio*”<sup>35</sup>.

Altre delicate questioni riguardano il trattamento dei dati personali (su cui ci soffermeremo più ampiamente *infra*).

Ciò che emerge chiaramente dal quadro regolatorio attualmente in vigore è che la trasformazione delle modalità di erogazione e di fruizione della didattica grava totalmente su istituti scolastici, docenti e studenti (con le relative famiglie, anche con riguardo alle necessità di alunni disabili, DSA e BES)<sup>36</sup>, i quali tuttavia sono stati (e sono ancora largamente) impreparati rispetto a tale impegno<sup>37</sup>, e

---

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. III, decreto 26 gennaio 2021, n. 304.

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. III, decreto 12 novembre 2020, n. 6534. In termini analoghi, si veda Cons. Stato, Sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795, che respinge l'istanza cautelare, ordinando al MIUR di produrre i verbali del Comitato tecnico scientifico, su cui si era basata la decisione dell'Amministrazione.

<sup>36</sup> S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 3 e 5.

<sup>37</sup> Cfr., sul punto, S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 4, 6 e 19; G. Laneve, *In attesa del ritorno nelle scuole*, cit., 412-413.

solo in parte hanno potuto rimediare alle evidenti e note lacune riscontrate, nonostante lo straordinario sforzo profuso<sup>38</sup>.

#### 4. *Didattica a distanza e tutela dei dati personali*

##### 4.1. *Inquadramento generale*

Uno dei più delicati aspetti della didattica a distanza – oggetto di molteplici interventi del Garante privacy nelle diverse fasi della Pandemia – riguarda la tutela dei dati personali.

Le citate Linee guida del 7 agosto 2020 non si occupano *ex professo* di tale delicato aspetto della didattica digitale, limitandosi a prevedere un rinvio ad un ulteriore e successivo documento, che il Ministero dell'istruzione, in collaborazione con l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, è chiamata a predisporre.

Il documento in questione<sup>39</sup> è stato predisposto da un Gruppo di lavoro congiunto tra il Ministero dell'istruzione e l'Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali ed è stato adottato il 4 settembre 2020. L'obiettivo dichiarato è quello di fornire le linee di indirizzo comuni e i principi generali per l'implementazione della didattica digitale integrata, con particolare riguardo ai profili di sicurezza e protezione dei dati personali, sulla base di quanto previsto dal Regolamento (UE) 2016/679<sup>40</sup>. La nota dell'Ufficio di Gabinetto del Ministero dell'Istruzione che accompagna tale documento chiarisce poi che si tratta di un documento “*a supporto delle istituzioni scolastiche*”.

##### 4.2. *La liceità del trattamento dei dati personali da parte della scuola*

Agli aspetti relativi alla tutela dei dati personali il Regolatore italiano ha dedicato specifici interventi, tanto isolati quanto organici.

---

<sup>38</sup> Dello stesso avviso è anche E. Carloni, *Il diritto all'istruzione*, cit., 6-7 e 10.

<sup>39</sup> Recante *Didattica Digitale Integrata e tutela della privacy: indicazioni generali. I principali aspetti della disciplina in materia di protezione dei dati personali nella Didattica Digitale Integrata*.

<sup>40</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)* (GDPR).

Un primo intervento organico del Garante privacy risale al 26 marzo 2020<sup>41</sup>. In tale provvedimento è stato chiarito che, tra l'altro, in ordine alla base giuridica del trattamento dati nella didattica a distanza, le scuole e le università sono autorizzate a trattare i dati, anche relativi a categorie particolari, di insegnanti, alunni (anche minorenni), genitori e studenti, funzionali all'attività didattica e formativa in ambito scolastico, professionale, superiore o universitario<sup>42</sup>. Ne consegue che, nonostante le modalità innovative (consistenti nell'attivazione di modalità di didattica a distanza), non deve “*essere richiesto agli interessati (docenti, alunni, studenti, genitori) uno specifico consenso al trattamento dei propri dati personali funzionali allo svolgimento dell'attività didattica a distanza, in quanto riconducibile [...] alle funzioni istituzionalmente assegnate a scuole ed atenei*”.

La didattica a distanza sembra, pertanto, rispettare il presupposto legale di liceità del trattamento da parte della scuola, in quanto riguardante l'esecuzione “*di un compito di interesse pubblico o connesso a pubblici poteri del titolare*”<sup>43</sup>.

#### 4.3. Sicurezza e protezione dei dati personali nella didattica a distanza

Il Regolatore è intervenuto sulla tutela dei dati personali nella didattica a distanza anche con provvedimenti *ad hoc*, come, ad es., la lettera del Garante privacy<sup>44</sup> riguardante la questione della disciplina dell'utilizzo del registro elettronico, di notevole rilevanza per la gestione “ordinaria” dell'attività scolastica, ma ancor più determinante nel contesto emergenziale relativo al Covid-19.

---

<sup>41</sup> Provvedimento recante *Didattica a distanza: prime indicazioni*.

<sup>42</sup> Art. 6, par. 1, lett. e), 3, lett. b) e 9, par. 2, lett. g) del GDPR e artt. 2-ter e 2-sexies del Codice privacy.

<sup>43</sup> Art. 6, par. 1, lett. e) e *considerando* 45 del GDPR, nonché art. 96 del Codice privacy. Sebbene la condizione di liceità in questione attenga principalmente al trattamento svolto da soggetti pubblici per fini di interesse pubblico, il GDPR precisa che essa possa trovare applicazione anche a soggetti privati, come nel caso delle istituzioni scolastiche non pubbliche. Cfr., in merito, F. Resta, *sub* Art. 6, in G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 67 ss., spec. 73.

<sup>44</sup> Recante *Registro elettronico: lettera del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, al Ministro dell'istruzione, Lucia Azzolina*, 4 maggio 2020. Tale nota è consultabile alla pagina web <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9334326>.

Tale nota del Garante pone una questione molto delicata, che non è stata risolta neppure con i più recenti e organici provvedimenti, come il documento del 4 settembre 2020, predisposto – in attuazione delle *Linee guida per la didattica digitale integrata* adottate con decreto del Ministro dell'istruzione del 7 agosto 2020 – da un Gruppo di lavoro congiunto tra il Ministero dell'istruzione e l'Ufficio del Garante privacy, al fine di fornire linee di indirizzo comuni e principi generali per l'implementazione della didattica digitale integrata, con particolare riguardo ai profili di sicurezza e protezione dei dati personali.

La nota del Garante del 4 maggio 2020, in particolare, si sofferma sul ruolo che, nella didattica a distanza (soprattutto nella fase emergenziale in corso), può essere svolto dal registro elettronico. Tale registro costituisce, secondo quanto si afferma nella medesima nota, *“un prezioso strumento di comunicazione tra i docenti e le famiglie, tanto più nel momento attuale, caratterizzato dalla sostituzione dell'attività didattica “in presenza” con quella “a distanza”, che necessita, come tale, di una più stretta interazione tra insegnanti, studenti e loro genitori, alla quale il registro on-line è sicuramente funzionale”*. La circostanza che nel registro sia incluso *“un novero assai rilevante – in termini quantitativi e qualitativi – di dati personali, anche di minorenni”*, impone, ad avviso del Garante *“l'adozione di tutte le cautele idonee a evitare o, quantomeno, minimizzare, i rischi di esfiltrazione, trattamento illecito, anche solo alterazione dei dati stessi”*.

Il Garante metteva poi in evidenza come l'assenza di direttive specifiche in materia abbia indotto gli istituti scolastici a provvedere ricorrendo a soluzioni tecnologiche, offerte da vari fornitori, non sempre caratterizzate da garanzie adeguate in termini di protezione dei dati personali e talora notevolmente vulnerabili.

La questione che il Garante solleva riguarda la sicurezza e la protezione dei dati personali affidati alle piattaforme scelte dagli istituti scolastici, profilo che il Garante aveva già messo in evidenza nel suo provvedimento del 26 marzo 2020 sulla didattica a distanza. In particolare, tra i criteri da seguire nella scelta degli strumenti tecnologici mediante cui svolgere l'attività formativa da remoto devono assumersi anche quelli inerenti alle garanzie offerte in termini di protezione dati (artt. 5 ss. GDPR).

In assenza e in attesa di soluzioni che siano maggiormente attente ai profili della tutela dei dati personali, il Garante auspica che il registro elettronico – fornito da soggetti già designati responsabili del trattamento – possa rappresentare lo strumento elettivo mediante cui realizzare (almeno) una parte significativa dell'attività didattica<sup>45</sup>.

La ragione di tale presa di posizione del Garante risiede nella opportunità di ridurre “*proporzionalmente il ricorso a piattaforme altre, che oltretutto non sempre si limitano all'erogazione di servizi funzionali all'attività formativa*”.

Il Garante ribadisce, infine, il suo ruolo in termini di vigilanza – come annunciato nel citato provvedimento del 26 marzo – sulla legittimità del trattamento dei dati personali svolto mediante le varie piattaforme utilizzate per la didattica a distanza, ma invita il Ministero dell'Istruzione a svolgere una più marcata funzione di orientamento dei singoli istituti scolastici, “*al fine di elevare le garanzie di riservatezza accordate in tale contesto*”.

Tali aspetti sono stati ripresi e maggiormente sviluppati nell'ambito del citato documento predisposto dal menzionato Gruppo di lavoro congiunto tra il Ministero dell'istruzione e l'Ufficio del Garante privacy e adottato il 4 settembre 2020.

In particolare, il documento in esame<sup>46</sup> prevede che l'istituzione scolastica, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali, qualora ritenga opportuno ricorrere a un soggetto esterno per la gestione dei servizi per la DDI che comportino il trattamento di dati di personale scolastico, studenti e/o dei loro familiari per conto della scuola stessa, è tenuta a nominare tale soggetto come responsabile del trattamento con contratto o altro atto giuridico (art. 28 GDPR), indicando conseguentemente tale circostanza nel registro dei trattamenti (art. 30 GDPR)<sup>47</sup>.

È con il contratto che l'istituzione scolastica circoscrive l'ambito, la durata del trattamento, la natura e la finalità del tratta-

---

<sup>45</sup> Sui limiti del registro elettronico si veda E. Carloni, *Il diritto all'istruzione*, cit., 10.

<sup>46</sup> Ma su tali profili si era già espresso il Garante privacy nel citato provvedimento del 26 marzo 2020.

<sup>47</sup> Ministero dell'istruzione e Garante privacy, *Didattica digitale integrata e tutela della privacy*, cit., 4.

mento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento, “ricorrendo a fornitori che presentino garanzie sufficienti a mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate agli specifici trattamenti posti in essere per conto dell’istituzione stessa”. Più nel dettaglio, il documento in questione prevede che “le istituzioni scolastiche dovranno assicurarsi che i dati trattati per loro conto siano utilizzati solo per la DDI, senza l’introduzione di ulteriori finalità estranee all’attività scolastica”.

Sempre nel contratto è necessario prevedere “specifiche istruzioni sulla conservazione dei dati, sulla cancellazione o sulla restituzione dei dati al termine dell’accordo tra scuola e fornitore, nonché sulle procedure di gestione di eventuali violazioni di dati personali, secondo quanto disposto dal Regolamento” (GDPR)<sup>48</sup>.

#### 4.4. Didattica a distanza, capitalismo di sorveglianza e rischi di “patrimonializzazione” dei dati

Particolari questioni potrebbero porsi nel caso in cui l’istituzione scolastica intendesse procedere all’utilizzo per la DDI di una piattaforma disponibile a titolo gratuito, come è accaduto durante la Pandemia<sup>49</sup>.

Il citato documento predisposto dal Gruppo di lavoro congiunto del 4 settembre 2020 specifica che anche in questa evenienza deve essere disciplinato il rapporto con il fornitore con riguardo al trattamento di dati personali attraverso un contratto o altro atto giuridico, ai sensi dell’art. 28 del GDPR.

Si tratta di un punto particolarmente importante, in quanto, come è stato messo ben in evidenza nel caso Facebook, prima dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>50</sup> e

---

<sup>48</sup> Ministero dell’istruzione e Garante privacy, *Didattica digitale integrata e tutela della privacy*, cit., 4, laddove si prevede che qualora le istituzioni scolastiche dovessero avvalersi di piattaforme o strumenti per la DDI offerti da operatori che già forniscono alla scuola altri servizi (ad es., registro elettronico, altri applicativi di gestione, ecc.), le stesse possono procedere – a seconda dei casi – disciplinando le ulteriori attività di DDI con una integrazione del contratto di fornitura già esistente.

<sup>49</sup> Cfr., sul punto, E. Carloni, *Il diritto all’istruzione*, cit., 10, il quale nota come durante il *lock down* le scuole abbiano fatto ricorso ai servizi disponibili, specie quelli forniti gratuitamente dai grandi operatori di Internet, come Gsuite (con Meet e Classroom), Webex, Teams, Zoom, ma anche ClasseViva, Fidenia, Classmill, Socloo, ed altri ancora.

<sup>50</sup> Provvedimento n. 27432 deliberato nella adunanza del 29 novembre 2018.

poi dalla giurisprudenza amministrativa<sup>51</sup>, i servizi offerti dalle Piattaforme (siti *web* e app) non sono gratuiti, giacché a fronte di un *claim* sulla gratuità del servizio, generalmente la raccolta e l'uso a fini commerciali dei dati raccolti non trova un evidente e chiaro richiamo da parte dei fornitori<sup>52</sup>.

Come sottolineato dall'AGCM, l'informazione sulla gratuità del servizio offerto è in tali casi non veritiera e fuorviante, in quanto la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configura come contro-prestazione del servizio offerto attraverso la Piattaforma (nella specie, dal "social network"), perché dotati di valore commerciale<sup>53</sup>. La giurisprudenza amministrativa ha considerato tale pratica come scorretta, qualificando, pertanto, come legittima la sanzione irrogata dall'Autorità indipendente<sup>54</sup>.

In tale prospettiva, il Garante privacy<sup>55</sup> qualifica come "*inammissibile il condizionamento, da parte dei gestori delle piattaforme, della fruizione dei servizi di didattica a distanza alla sottoscrizione di un contratto o alla prestazione – da parte dello studente o dei genitori – del consenso al trattamento dei dati connesso alla fornitura di ulteriori servizi on line, non necessari all'attività didattica*". In una situa-

---

<sup>51</sup> Tar Lazio, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2020, n. 260, laddove si richiamano (si veda spec. il punto 7 della motivazione) altri casi (oggetto di provvedimenti dell'AGCM del 2017, della Commissione europea del 2014 e del "network" europeo di autorità nazionali per la cooperazione della tutela dei consumatori di cui al Regolamento 2006/2004/CE in un documento del 2016) sul valore economico dei dati.

<sup>52</sup> Con riferimento al caso Facebook, si veda AGCM, Provvedimento n. 27432, cit., par. 18.

<sup>53</sup> Nel caso Facebook, l'AGCM ha avuto modi di accertare che "*i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.*" (punto 5 del provvedimento).

<sup>54</sup> Tar Lazio, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2020, n. 260, punto 10 della motivazione: "*in termini generali, il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione nel solo "social network": in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole*" (si veda anche il successivo punto 13 della motivazione). Tale pratica "*è stata sanzionata in ragione della incompletezza delle informazioni fornite, che a fronte del "claim" di "gratuità" del servizio non consentivano al consumatore di comprendere che il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale*" (punto 11 della motivazione).

<sup>55</sup> Provvedimento 26 marzo 2020, cit.



zione siffatta, il consenso non sarebbe validamente prestato, “*perché, appunto, inevitabilmente condizionato al perseguimento di finalità ultronee rispetto a quelle proprie della didattica a distanza*”<sup>56</sup>.

Laddove l’istituzione scolastica ritenga, invece, opportuno ricorrere a piattaforme più complesse che includono una più vasta gamma di servizi, anche non rivolti esclusivamente alla didattica, sarà necessario verificare, con il supporto del responsabile della protezione dei dati (RPD), che siano attivati solo i servizi strettamente correlati con la DDI, configurando i servizi in modo da minimizzare i dati personali da trattare sia in fase di attivazione dei servizi sia durante l’utilizzo degli stessi da parte di docenti e studenti (evitando, ad esempio, il ricorso a dati sulla geolocalizzazione, ovvero a sistemi di *social login* che, coinvolgendo soggetti terzi, comportano maggiori rischi e responsabilità)<sup>57</sup>.

Diversa è l’ipotesi in cui le istituzioni scolastiche facciano ricorso a strumenti e piattaforme per la DDI gestite in via autonoma, senza il ricorso a soggetti esterni. In tal caso non è richiesto alcun atto di nomina a responsabile del trattamento<sup>58</sup>.

Dal documento del 4 settembre 2020 emerge come il ricorso ad un soggetto esterno all’istituzione scolastica per la gestione dei servizi per la didattica digitale non sia necessario, ma che anzi, alla luce della precedente nota del Garante privacy del 4 maggio 2020, la soluzione ideale sembra essere quella del ricorso a soluzioni *in house*, eventualmente completando la disciplina dell’utilizzo del registro elettronico, “*di cui è auspicabile valorizzare la centralità nell’ambito degli strumenti volti a favorire la dematerializzazione di parte dell’attività didattica*”<sup>59</sup>.

Ciò consente di svolgere la didattica a distanza tenendo i dati personali lontano da logiche di mercato (a cui alcuni autori si riferiscono ricorrendo ad espressioni quali “*capitalismo delle piattaforme*” o “*capitalismo della sorveglianza*”<sup>60</sup> o, più in generale,

<sup>56</sup> Art. 7 e considerando 43 del GDPR.

<sup>57</sup> Garante privacy, Provvedimento del 26 marzo 2020, cit., nonché, più di recente, Ministero dell’istruzione e Garante privacy, *Didattica digitale integrata e tutela della privacy*, cit., 4.

<sup>58</sup> Ministero dell’istruzione e Garante privacy, *Didattica digitale integrata e tutela della privacy*, cit., 4.

<sup>59</sup> Garante Privacy, *Registro elettronico*, cit.

<sup>60</sup> Il *capitalismo della sorveglianza* è inteso come un nuovo ordine economico che rivendica l’esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali occulte di

“quarta rivoluzione industriale”<sup>61</sup>) e dal rischio di una loro “patrimonializzazione”, fenomeno tipico delle nuove economie dei mercati digitali<sup>62</sup>, sebbene il documento congiunto fissi, come visto, diversi limiti, anche sotto il profilo tecnico e organizzativo con riguardo alla sicurezza dei dati e al relativo trattamento.

## 5. Riflessioni conclusive

Con la Pandemia (Covid-19) numerose questioni – alcune delle quali già note – legate alla digitalizzazione della scuola sono emerse e molte di esse sono ancora irrisolte, come quelle relative al

estrazione, predizione e vendita: S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affair, New York, 2019 (trad. it. a cura di P. Bassotti, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019). Si veda, inoltre, J. Kotkin, *The Coming of Neo feudalism - a warning to the global middle class*, Encounter Books, New York, 2020, che si sofferma sui rapporti tra sfera digitale, governance dei poteri economici privati e rischio di una potenziale regressione delle garanzie dello Stato costituzionale. Facendo leva sull'effetto rete, le piattaforme online “estraggono valore dalla creazione di una community e dalle interazioni fra i loro membri nel quadro di una fitta rete di rapporti economici e giuridici”: G. Caggiano, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, consultabile sulla pagina [web.aisdue.eu](http://web.aisdue.eu), Focus “Servizi e piattaforme digitali”, n. 1, 18 febbraio 2021, 3. A tali criticità sta cercando di porre rimedio, in ritardo, l'Unione europea, mediante un pacchetto di proposte legislative sui servizi e piattaforme online, che comprende la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Digital Service Act, DSA), COM(2020) 845 final, 15 dicembre 2020. Il DSA ha come obiettivo generale il rafforzamento delle garanzie dei diritti fondamentali in materia, come messo in evidenza nella Relazione che accompagna la Proposta in questione, in particolare punto 3, 13-14, nonché nel *Considerando 3* della medesima Proposta, in cui si legge: “Un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile e per consentire ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Carta”), in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa e il diritto alla non discriminazione”.

<sup>61</sup> K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano, 2016, che si riferisce alla crescente compenetrazione tra mondo fisico, digitale e biologico. Al tema ha dedicato diversi lavori L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017; Id., *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2009; Id., *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020.

<sup>62</sup> Come afferma Tar Lazio, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2020, n. 260, in particolare al punto 6 della motivazione.

*digital divide* (che riguarda tanto i docenti quanto gli studenti), destinate a creare esclusione sociale, anche a causa della mancanza di risorse economiche.

I recenti provvedimenti normativi – con cui si è previsto lo stanziamento di 170 milioni di euro<sup>63</sup> – hanno chiaramente una portata ridotta, essendo preordinati a far fronte all'emergenza sanitaria contingente (legata al coronavirus) e a consentire alle istituzioni scolastiche statali di soddisfare la necessità, divenuta improvvisamente attuale e improcrastinabile, di realizzare la didattica digitale integrata<sup>64</sup>.

Il ricorso alla digitalizzazione della scuola non appare essere oggi inserito in un programma in senso proprio<sup>65</sup>, ma è il frutto di idee e progetti e, pertanto, ontologicamente specifico e transeunte<sup>66</sup>. Non si sottrae a tale logica neppure il c.d. Piano per la ripresa dell'Europa (*Next Generation EU*), che presenta numerose criticità<sup>67</sup>.

Il Piano prevede un'allocazione all'Italia di un importo di circa 209 miliardi di euro. Il Governo italiano sta lavorando alla bozza di Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza, che dovrà comunque essere sottoposta all'approvazione europea<sup>68</sup>. Secondo la bozza di Piano Nazionale presentata dal Governo italiano ad ini-

---

<sup>63</sup> Si allude, in particolare, agli 85 milioni di euro stanziati dal decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto cura Italia) attuato con decreto del Ministro dell'Istruzione del 26 marzo 2020 (su cui si veda <https://www.miur.gov.it/web/guest/-/scuola-azzolina-firma-decreto-al-via-distribuzione-85-milioni-per-la-didattica-a-distanza>) e agli ulteriori 85 milioni di euro per la didattica digitale integrata stanziati dal decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. decreto ristori).

<sup>64</sup> Sulle iniziative intraprese dal Ministero dell'istruzione nel periodo emergenziale per contrastare il divario digitale, come la previsione di fondi agli studenti meno abbienti al fine di permettere l'acquisto di strumenti tecnologici utili alla fruizione della didattica a distanza, si veda P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, 299 ss.; P. Ciarlo, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020.

<sup>65</sup> In senso analogo, si veda E. Carloni, *Il diritto all'istruzione*, cit., 12.

<sup>66</sup> Cfr., in merito, S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 5.

<sup>67</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a F. Gaspari, *Coronavirus, MES e "sentieri interrotti della legalità" costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Dir. econ.*, n. 3/2020, 63 ss., spec. 69 ss.

<sup>68</sup> Sulla cui procedura si veda E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in *Astrid-Rassegna*, n. 1/2021, 9 ss.

zio 2021<sup>69</sup>, 32 miliardi di euro sono specificamente destinati ad infrastrutture e 28,5 miliardi ad “istruzione e ricerca”, di cui 16,7 per il potenziamento delle competenze e diritto allo studio<sup>70</sup>.

Il ricorso al digitale non fa venire meno, e anzi implica ancor di più, un’attività di programmazione e pianificazione<sup>71</sup> senza precedenti<sup>72</sup>, che richiede poi una effettiva implementazione<sup>73</sup>, che si

---

<sup>69</sup> Prima che il Governo Draghi ricevesse la fiducia del Parlamento a metà febbraio 2021.

<sup>70</sup> Secondo quanto si apprende dalla stampa: cfr. [https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2021/01/12/dalla-scuola-alla-sanita-il-recovery-plan-dellitalia\\_f69f10f0-f75c-4ade-b5f4-a71e535a3ded.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2021/01/12/dalla-scuola-alla-sanita-il-recovery-plan-dellitalia_f69f10f0-f75c-4ade-b5f4-a71e535a3ded.html). Tali cifre sono destinate a mutare per effetto della nuova composizione governativa, che prevede, tra l’altro, il nuovo *Ministero per l’innovazione tecnologica e la transizione digitale*. L’assetto organizzativo dell’Amministrazione centrale prevede anche il Dipartimento per la trasformazione digitale, la struttura di supporto al Ministro per la promozione ed il coordinamento delle azioni del Governo finalizzate alla definizione di una strategia unitaria in materia di trasformazione digitale e di modernizzazione del Paese attraverso le tecnologie digitali. Il Dipartimento è nato per effetto del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 19 giugno 2019 (Modifiche al DPCM 1° ottobre 2012 - Dipartimento per la trasformazione digitale e altre strutture).

<sup>71</sup> Il termine *programmazione* viene nel presente lavoro utilizzato come sinonimo di *pianificazione*, alla luce degli insegnamenti della dottrina: M. Carabba, voce *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 1113 ss., spec. 1114. Cfr., inoltre, M.S. Giannini, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 629 ss.; M. Stipo, voce *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1991, 1 ss.; M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, ESI, Napoli, 2016 (rist. ed. 1977-1979), 137 ss.; M. D’Orsogna, voce *Pianificazione e programmazione*, in *Diz. dir. pubbl.* (diretto da S. Cassese), V, Giuffrè, Milano, 2006, 4298 ss.

<sup>72</sup> Un cambio di paradigma che ad oggi non si è verificato, come messo chiaramente in evidenza dalla *Commissione parlamentare d’inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie*, istituita con deliberazione della Camera dei deputati del 14 giugno 2016, nella cui relazione sull’attività svolta del 26 ottobre 2017 si legge che nelle pubbliche amministrazioni “*Esiste una chiara e diffusa conoscenza dei progetti strategici portati avanti dal Governo, ma anche l’adesione alle infrastrutture immateriali previste dal piano triennale, come SPID(Sistema Pubblico d’Identità Digitale) o PagoPA (la piattaforma dei pagamenti elettronici per la PA) sembra essere il più delle volte un atto compiuto con la logica dell’adempimento simbolico piuttosto che un deciso cambio di paradigma che porti alla trasformazione completa dei servizi*” (ivi, 153). Il documento è consultabile alla pagina web [http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/022bis/014/INTERO.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/022bis/014/INTERO.pdf).

<sup>73</sup> Al contrario di quanto avvenuto con la legge 13 luglio 2015, n. 107 (c.d. “*La buona scuola*”), recante *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*, le cui indicazioni (si veda, in particolare, l’art. 1, comma 1) “*si sono rivelate un mero manifesto di principio*”: così S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 23.

sostanza nel potenziamento delle infrastrutture (sia materiali sia immateriali) e nella creazione di nuove<sup>74</sup>, nella formazione del corpo docente e degli studenti e, più in generale, nel creare le condizioni affinché la tecnologia non sia esclusiva<sup>75</sup> ma inclusiva<sup>76</sup>, obiettivo che oggi – nel contesto dell'emergenza per il Covid-19 – più che mai risulta lontano dall'essere perseguito<sup>77</sup>, anche alla luce dei recenti dati relativi al Digital Economy and Society Index (DESI) della Commissione europea, riguardanti la connettività (che include la banda larga e ultra larga)<sup>78</sup>, le competenze digitali (di

<sup>74</sup> F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 117. Sull'assenza di programmazioni nazionali "tali da garantire investimenti adeguati [...] sugli edifici scolastici" nonché "il rinnovo e l'ammodernamento delle infrastrutture" si veda S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 5 e 19. Sui recenti interventi di programmazione (soprattutto in materia di edilizia scolastica) si veda L. Fiorentino, *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità. Politiche pubbliche per il diritto all'istruzione*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 2/2020, 577 ss., spec. 581 ss. Con riguardo ai recenti interventi in materia di sicurezza nelle scuole (soprattutto a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19) si veda Camera dei Deputati, Ufficio Studi, *Edilizia scolastica e sicurezza nelle scuole*, 29 agosto 2020.

<sup>75</sup> Come accaduto nell'ambito dell'emergenza da Covid-19: S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 19.

<sup>76</sup> Sulla didattica a distanza e sulla digitalizzazione della scuola come fattore che può permettere allo Stato di recuperare, anche una volta che la Pandemia sarà cessata, la sua capacità di agire come Stato sociale (si pensi agli studenti che, per ragioni economiche o di altra natura, non possono trasferirsi dalla loro città ad un'altra, sede di istituti scolastici o università) si sofferma I. Nicotra, relazione al Seminario di studi organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sul tema "*Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*", tenuta il 4 dicembre 2020 (disponibile alla pagina web <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/attivita/seminari-e-altri-convegni-aic/2020-emergenza-costituzionalismo-e-diritti-fondamentali-on-line>), la quale ritiene che un tale obiettivo possa essere perseguito attraverso le infrastrutture digitali e la unificazione della rete, facendo così arrivare internet anche nelle zone più remote del Paese. Su tali aspetti, alcuni interventi innovativi sono stati attuati attraverso la Strategia Nazionale Aree Interne (SNAI), su cui si sofferma L. Fiorentino, *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità*, cit., 596-597.

<sup>77</sup> Cfr., in merito, S. Nicodemo, *La scuola*, cit., 5, 6 e 8 ss. Su tali aspetti ci siamo ampiamente soffermati in altri studi, a cui rinviamo, tra cui F. Gaspari, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; Id., *Crisi economica, human divide e beni comuni urbani: il ruolo dei pubblici poteri*, in *Pol. dir.*, n. 3/2019, 441 ss.; Id., *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 1/2019, 71 ss.; Id., *Smart city e cittadinanza amministrativa*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, 345 ss.; Id., *La new information economy, il problema del digital divide e il ruolo dei pubblici poteri*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. online*, n. 2/2018, 1 ss.

<sup>78</sup> Con riferimento alla copertura "very high capacity network (VHCN)", negli ultimi 8 anni (2011-2019) si sono, bensì registrati miglioramenti in termini complessivi

base e avanzate)<sup>79</sup> – come sottolinea anche la Commissione europea<sup>80</sup> –, l'*e-government*<sup>81</sup>.

Ma anche l'utilizzo dei servizi internet, benché registri un alto livello di *internet user* (anche tra gli studenti)<sup>82</sup>, ad un esame più puntuale dei dati (riferiti al 2019 e, dunque, al periodo pre-Covid) emerge che la didattica a distanza (che possiamo ricondurre alla voce "*Doing online courses*" del relativo *Index*) concerne solo l'11% degli *internet user* (9% nel 2017), mentre le attività online più significative riguardano, tra l'altro, musica, video e giochi, nonché *shopping* e *social networks*<sup>83</sup>.

Anche per tali ragioni è necessario un più deciso intervento pubblico, volto a rimuovere tali ostacoli per la realizzazione della piena alfabetizzazione digitale.

Nella Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia, il Consiglio invita l'Italia ad adottare misure volte, tra l'altro, a "*rafforzare l'apprendimento a distanza e il miglioramento delle competenze, comprese quelle digitali*"<sup>84</sup>.

Inoltre, nel *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, la Commissione individua due aspetti correlati all'istruzione digitale a

(dal 10% al 44%), ma nelle aree rurali/interne la crescita è stata molto più bassa (dal 2% al 20%) nello stesso torno di tempo: DESI 2020, *Connectivity*, 10. In Italia, la copertura in questione è la più bassa tra i Paesi membri dell'Unione, salvo i casi di Bulgaria e Grecia: DESI 2020, *Connectivity*, cit., 11.

<sup>79</sup> Garantire la connessione internet a tutti (obiettivo già di per sé ambizioso) non è sufficiente, essendo altresì necessario che tutti acquisiscano le competenze digitali di base affinché possano esercitare i diritti relativi alla *e-society*. Secondo i più recenti dati (DESI 2020, *Human capital*, 4), solo il 20% degli italiani ha le competenze digitali di base, mentre nell'UE il 58% (in media) dei cittadini possiede le competenze digitali di base. Italia, Bulgaria e Romania occupano gli ultimi posti in questa speciale classifica.

<sup>80</sup> DESI 2020, *Human capital*, cit., 3, laddove si sottolinea che "*having an internet connection is not sufficient; it must be paired with the appropriate skills to take advantage of the digital society*".

<sup>81</sup> In ordine al quale l'Italia occupa l'ultimo posto tra i Paesi membri dell'Unione: DESI 2020, *Digital public services*, 4.

<sup>82</sup> Come emerge dai dati, "*The most active internet users are young individuals (97% of those aged between 16 and 24 are regular internet users), those with a high level of formal education (97%) and students (98%)*": DESI 2020, *Use of internet services*, 4.

<sup>83</sup> DESI 2020, *Use of internet services*, cit., 6.

<sup>84</sup> Si veda Commissione europea, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, COM(2020) 512, 20 maggio 2020.

cui rispondono le priorità strategiche del Piano: la necessità di predisporre le infrastrutture digitali e quella di rafforzare le competenze digitali<sup>85</sup>. Per affrontare questi due aspetti dell'istruzione digitale, la Commissione ritiene necessario “*adottare politiche e intervenire su diversi fronti, tra cui infrastrutture, strategia e leadership, competenze degli insegnanti, competenze dei discenti, contenuti, programmi di studio, valutazione e quadri giuridici nazionali*”<sup>86</sup>.

Un ruolo più attivo del pubblico sembra necessario anche con riguardo alle Piattaforme informatiche a cui gli istituti scolastici devono fare affidamento per erogare la didattica a distanza. Lo Stato e i pubblici poteri sono chiamati, sul piano dell'organizzazione amministrativa<sup>87</sup>, a creare una propria Piattaforma – eventualmente da implementare nell'ambito del “*sistema operativo del Paese*” della nuova amministrazione digitale, come viene a delinarsi nel PNRR<sup>88</sup> – da porre ad esclusivo servizio degli istituti scolastici, in guisa da garantire analoghe opportunità formative a livello nazionale<sup>89</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un preciso dovere che trova il suo fondamento nella Carta costituzionale (artt. 33, comma 2, 34, comma 1, e 117, comma 2, lettera *m*), Cost.), che richiede allo Stato di assicurare su tutto il territorio nazionale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (tra cui l'istruzione)<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Commissione europea, *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, cit., punto 1, in cui la Commissione si sofferma su tali due aspetti dell'istruzione digitale. In ordine al primo, riguardante “*la diffusione della vasta e crescente gamma di tecnologie digitali (applicazioni, piattaforme, software) per migliorare e ampliare l'istruzione e la formazione*”, si osserva che “[l]’apprendimento online, a distanza e misto sono esempi specifici di come la tecnologia possa essere utilizzata per sostenere i processi di insegnamento e apprendimento”. Il secondo aspetto riguarda la “*necessità di dotare tutti i discenti delle competenze digitali (conoscenze, abilità e atteggiamenti) per vivere, lavorare, apprendere e prosperare in un mondo sempre più mediato dalle tecnologie digitali*”.

<sup>86</sup> Commissione europea, *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, cit., punto 1. Gli obiettivi non sembrano, peraltro, molto ambiziosi, laddove (in ordine alle competenze digitali) si punta a garantire che “*entro il 2025 il 70% delle persone di età compresa tra i 16 e i 74 anni possieda almeno le competenze digitali di base*”.

<sup>87</sup> M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Jovene, Napoli, 2014, 147 ss., spec. 168.

<sup>88</sup> E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione*, cit., 24 ss.

<sup>89</sup> Sulla necessità della predisposizione di una piattaforma statale si veda anche E. Carloni, *Il diritto all'istruzione*, cit., 10 e 12.

<sup>90</sup> Così Corte cost., sentenza 2 luglio 2009, n. 200, punto 27 del *Considerato in diritto*.

Spetta allo Stato, infatti, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, assicurare agli utenti del servizio scolastico, su tutto il territorio nazionale, un'offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione, nonché “*un adeguato livello di fruizione delle prestazioni formative sulla base di standard uniformi applicabili sull'intero territorio nazionale*”<sup>91</sup>.

Non si può lasciare al mercato e agli strumenti contrattuali (come accade nel vigente quadro regolatorio) la scelta della piattaforma informatica per lo svolgimento dell'attività didattica e per la regolamentazione della relativa disciplina.

Non sembra corretto porre sullo stesso piano il potere contrattuale delle parti (istituti scolastici e piattaforme informatiche), attese le evidenti asimmetrie informative che, a nostro avviso, solo un intervento pubblico più diretto e incisivo può colmare. Come osserva autorevole dottrina, “[l]a programmazione postula un ordine dell'economia nel quale lo Stato non venga a trovarsi con le forze economiche del paese in rapporti di tipo esclusivamente contrattuale, ma occupi effettivamente quella posizione preminente che istituzionalmente gli compete per l'adempimento della sua essenziale funzione di coordinamento e di mediazione propulsiva delle forze economiche”<sup>92</sup>.

In tale prospettiva, lo Stato e i pubblici poteri sono chiamati a creare una propria Piattaforma da porre ad esclusivo servizio degli istituti scolastici, anche per evitare i rischi connessi al trattamento dei dati.

È auspicabile, in conclusione, una revisione complessiva della legge 107/2015 (se non una sua totale abrogazione), con la quale il legislatore disciplini anche la didattica digitale in modo organico (includendo così anche aspetti relativi al trattamento dei dati) e costituzionalmente orientato, tenendo conto della (e facendo leva sulla) esperienza (e della normativa) emergenziale.

### *Abstract*

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha intensificato, in modo molto più deciso che in passato, il processo di transizione verso la “scuola digi-

---

<sup>91</sup> Si veda ancora Corte cost., sentenza 2 luglio 2009, n. 200, punto 27 del *Considerato in diritto*.

<sup>92</sup> L. Mengoni, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 1 ss., spec. 17.



tale”, nelle due forme dell’istruzione (*e-education*) e della formazione (*e-learning*).

La didattica a distanza, come i più generali processi di digitalizzazione in corso, oltre ad innegabili vantaggi, presenta molteplici criticità, tra le quali quelle riguardanti la tutela dei dati personali, oggetto di specifico esame nel presente scritto.

The Covid-19 health emergency has sped up and intensified, in a crucially more marked way than in the past, the transition process towards “digital schooling”, in its two forms of *e-education* and *e-learning*.

Distance learning, like the more general digitalization processes currently underway, presents undeniable advantages alongside critical issues or risks, among which those related to the protection of personal data, key topic that this piece of work will be specifically focusing on.

GUGLIELMO AGOLINO

## L'ORGANIZZAZIONE DEI LAVORI DEL PARLAMENTO EUROPEO NELLA PANDEMIA

SOMMARIO: 1. Premessa: per un Parlamento aperto durante la pandemia. – 2. L'introduzione del voto da remoto nel Parlamento europeo e il suo perimetro normativo. – 3. Il debutto del voto a distanza nell'Assemblea plenaria del 26 marzo 2020. – 4. Primi aspetti problematici. – 5. Il lavoro nelle commissioni e l'applicazione *iVote*. – 6. Verso una maggiore partecipazione. L'intervento in plenaria da remoto. – 7. I lavori del Parlamento europeo in circostanze eccezionali: le modifiche al Regolamento interno. – 8. Per concludere.

### 1. *Premessa: per un Parlamento aperto durante la pandemia*

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha inevitabilmente condotto ad un netto *cambio di paradigma* col quale dovremo convivere ancora. Il virus ha inciso, e continua a farlo, su tantissimi aspetti della nostra vita pubblica e privata.

Nell'ambito del funzionamento delle istituzioni democratiche, la necessità di dover rispettare il distanziamento interpersonale, oltre alle altre misure di natura sanitaria, ha condotto a ripensare, entro certi termini, il funzionamento dei principali organi istituzionali<sup>1</sup>. Tra questi, il Parlamento europeo ha saputo formulare e dare

---

<sup>1</sup> Sul tema, infatti, si è aperto un intenso ed interessante dibattito in dottrina che ha passato in rassegna davvero molte ipotesi di organizzazione dei lavori parlamentari durante l'emergenza, alla ricerca di un bilanciamento tra continuità delle funzioni istituzionali/costituzionali e salute dei parlamentari e di tutte le figure professionali coinvolte nell'attività del Parlamento. Particolare attenzione, poi, è stata posta sul tema del voto telematico e su forme di partecipazione del parlamentare da remoto. Tra i molteplici interventi, si segnalano, senza pretese di completezza, B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 18 marzo 2020; F. Clementi, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020; S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020; R. Dickmann., *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020, 1 aprile

corso ad una serie di interessanti, quanto sperimentali, innovazioni in grado di affrontare le difficoltà dell'organizzazione delle attività parlamentari poste dal virus. Si è trattato di innovazioni che hanno destato l'attenzione anche di diversi parlamenti nazionali e organizzazioni internazionali<sup>2</sup>.

Meritano di essere analizzate alcune tra le più innovative soluzioni che la 'Camera dei cittadini europei'<sup>3</sup> ha predisposto, dallo scoppio della pandemia, per garantire il corretto svolgimento dei lavori parlamentari e, di conseguenza, di alcuni dei poteri ad essa attribuiti: tra tutti quelli di 'co-legislatore'<sup>4</sup> e di 'autorità di bilancio'

---

2020; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BLJ*, 2/2020. C. Fusaro, *Coronavirus, meglio niente Parlamento o un Parlamento smart?*, in *libertàeguale.it*, 15 marzo 2020; C. Fusaro, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *perfondazione.eu*, 18 marzo 2020, quad. 5/20; N. Lupo, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 31 marzo 2020; N. Lupo, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020, 16 aprile 2020. A. Malaschini, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020; M. Adinolfi, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *perfondazione.eu*, 19 marzo 2020, quad. 5/2020; M. Bozzaotre., *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020, 11 aprile 2020, G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 31 marzo 2020.

<sup>2</sup> A riguardo, vale la pena dire che il Parlamento europeo ha ricevuto da molte istituzioni, finanche dal Congresso degli Stati Uniti d'America, richieste di consulenza anche, e soprattutto, in relazione alle innovazioni nell'ambito del funzionamento delle riunioni in multilinguismo. Si vedano infatti, le dichiarazioni del Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, nell'ambito della seduta dell'Ufficio di Presidenza del 24-25 settembre 2020 (cfr. proc. verb., sed. 24-25 settembre 2020, 5), ove, peraltro, evidenziava come il PE si fosse contraddistinto diventando «leader mondiale nelle tecnologie innovative per conferenze multilingue» (cfr. proc. verb., *ivi*, 18).

<sup>3</sup> La definizione è contenuta in N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, LUISS University Press, 2019, cit., 75. Gli A., inoltre, nel delineare la procedura legislativa ordinaria, facendo riferimento al dialogo che si crea tra il Parlamento ed il Consiglio, inteso quasi come una sorta di «bicameralismo imperfetto» (cfr. N. Lupo, A. Manzella, *ivi*, cit., 26), definiscono invece quest'ultimo come «Camera degli Stati» in ragione, evidentemente, della sua composizione e, soprattutto, del ruolo che esso assume all'interno della «forma europea di governo», cfr. N. Lupo, A. Manzella, *ivi*, cit., 75; cfr. anche L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, 2<sup>a</sup> ed., 2013, 266.

<sup>4</sup> Di tale potere di co-legislatore sono testimoni gli artt. 14 e 16 del TUE. Il primo stabilisce che «Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio» (art. 14, 1 TUE), il secondo specularmente che «Il Consiglio esercita, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione

europea<sup>5</sup>. In particolare, si darà rilievo alla decisione di introdurre il voto a distanza, di consentire lo svolgimento delle riunioni di Commissioni in modalità telematica, di garantire l'effettività di altre prerogative del mandato parlamentare da remoto. In generale il Parlamento europeo è stato in grado di dotare i suoi membri di strumenti che hanno consentito ad essi di continuare ad esercitare *da remoto* le prerogative del proprio mandato. Ciò, soprattutto nella prima fase, ha garantito il coinvolgimento e la partecipazione dei parlamentari europei, altrimenti impossibile, poiché la maggior parte di essi si trovava costretta a rimanere nei propri Stati per via delle restrizioni alla libertà di circolazione e per la mancanza di collegamenti tra gli Stati membri e le sedi del Parlamento europeo.

Si è trattato di decisioni, quindi, che hanno garantito al Parlamento europeo di mantenere attive alcune delle sue funzioni fondamentali in una fase in cui era necessario approvare, con quanta più solerzia possibile, misure europee di contrasto al Covid-19, evitando che una sospensione delle attività parlamentari ne bloccasse l'*iter*<sup>6</sup>. Si è trattato di innovazioni, come si vedrà, ora operate nel si-

---

legislativa e la funzione di bilancio» (art. 16, 1 TUE). La presentazione della proposta legislativa spetta, dunque, alla Commissione europea che però la indirizza contemporaneamente al Parlamento europeo ed al Consiglio (art. 294, 2 TFUE). A quel punto la “prima lettura” comincia in Parlamento, diversamente da quanto era previsto nel TCE, e sin da questo momento potrà avviarsi il primo dei c.d. “triloghi”, cioè contatti informali tra i tre “legislatori” europei (Parlamento, Commissione, Consiglio) per raggiungere un accordo sul testo da adottare. Se il Consiglio approva la posizione del Parlamento, l'atto è adottato. In caso contrario, il Consiglio adotta la sua posizione e la trasmette nuovamente al Parlamento che ha tre mesi di tempo per approvare o respingere tale proposta. Se l'approva, l'atto è adottato. Se la respinge a maggioranza dei suoi membri l'atto si considererà non approvato. Sul punto, si v. N. Lupo, A. Manzella, cit., 75-78, l'intero paragrafo 8.4 “La procedura legislativa ordinaria (e i c.d. “triloghi”)”; cfr. anche P. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2<sup>a</sup> ed., 2018, 41 ss.

<sup>5</sup> Più precisamente tale potere rientra all'interno della più ampia categoria dei poteri di controllo economico a cui si aggiungono, oltre al potere di bilancio citato (come nella tradizione di tutti i Parlamenti), il potere di *governance* economica e le procedure di controllo-influenza e cioè i c.d. “dialogo economico”, “dialogo monetario” e “dialogo bancario”. Sul tema, si v. N. Lupo, A. Manzella, cit., 97-109, più precisamente il cap. 10 “il potere di controllo economico”.

<sup>6</sup> Per un approfondimento delle ragioni che hanno spinto, in una prima fase, ad assumere tale decisione, si rinvia all'intervento del Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, nell'ambito del *webinar* ospitato sul sito di Radio Radicale dal titolo *Parlamento on line: a distanza o in presenza?* 27 marzo 2020, a cura del Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, on. G. Brescia, di-

lenzio dei Trattati o del Regolamento interno del Parlamento europeo, ora riconducibili invece nel loro alveo.

## 2. *L'introduzione del voto da remoto nel Parlamento europeo e il suo perimetro normativo*

Non è inutile ricordare che, anche per sue peculiari caratteristiche, il Parlamento europeo coinvolge davvero un numero elevato di persone, di cui i 705<sup>7</sup> parlamentari rappresentano solo una parte<sup>8</sup>, e si articola su tre sedi diverse in altrettanti Paesi<sup>9</sup>. È del tutto evi-

---

rettamente reperibile sul sito di Radio Radicale (<https://www.radioradicale.it/scheda/601864/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza>); ed anche nell'ambito della tavola rotonda ospitata sulla pagina Facebook di Più Europa, *Covid19, Il Parlamento nell'emergenza Covid-19*, 22 marzo 2020, a cura segretario nazionale di Più Europa, B. Della Vedova (<https://piueuropa.eu/2020/03/22/coronavirus-piueuropalive-covid19-il-parlamento-nellemergenza-covid-19/>).

<sup>7</sup> Giova ricordare che il numero dei parlamentari, a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, è stato ridotto da 751 (cioè 750, più il Presidente, come previsto dall'art. 14, 2 TUE) a 705. Solo 27 dei 73 seggi britannici sono stati ripartiti tra gli altri Stati membri, lasciando così vacanti 46 di "riserva" che potranno esser attribuiti a nuovi Stati che entreranno nell'Unione oppure, come proposto in vista delle elezioni del PE 2019-2024, di un'unica circoscrizione europea in modo da slegare l'elezione di un piccolo drappello di parlamentari europeo agli Stati membri e vincolarlo ad un'appartenenza territoriale europea. N. Lupo, A. Manzella, cit., 25-26. U. Draetta, F. Bestagno, A. Santini, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2018, 6<sup>a</sup> ed., 98-99.

<sup>8</sup> Assieme ad essi, oltre agli assistenti dei parlamentari, deve considerarsi la presenza di tutti i funzionari, tra cui vanno anche ricordati i tantissimi traduttori che consentono di garantire il corretto svolgimento dei lavori con le preziose traduzioni in tutte le lingue ufficiali dell'Ue. Infine, certamente, non devono essere dimenticati tutti gli altri dipendenti a vario titolo del Parlamento, i lobbisti e i rappresentanti di portatori di interesse, oltre ai tantissimi visitatori che il Parlamento ospita annualmente. Si veda L. Misculin, *Come funziona un Parlamento a distanza*, in *ilpost.it*, 22 novembre 2020, reperibile online al seguente indirizzo web <https://www.ilpost.it/2020/11/22/parlamento-europeo-lavoro-distanza/>.

<sup>9</sup> Si tratta, come è noto, di Belgio, Francia e Lussemburgo. In particolare, delle città di Bruxelles, Strasburgo e Lussemburgo come stabilito dall'art. 341 TFUE e dal Protocollo n. 6 allegato al TFUE il quale prevede che «Il Parlamento europeo ha sede a Strasburgo, ove si tengono 12 tornate plenarie mensili, compresa la tornata del bilancio. Le tornate plenarie aggiuntive si tengono a Bruxelles. Le commissioni del Parlamento europeo si riuniscono a Bruxelles. Il segretariato generale del Parlamento europeo e i suoi servizi restano a Lussemburgo». La questione della sede è oggetto di un'annosa questione, poiché, spesso, il Parlamento ha cercato di "accentrare" tutte le sue funzioni presso la sede di Bruxelles, trovando però sempre l'ostilità della Francia che, richiamandosi ai Trattati, è sempre riuscita a fare valere il suo diritto ad un Parlamento dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Ue. Sul tema deve dirsi, inoltre, che sono state «ragioni di equilibrio storico e geopolitico (con Strasburgo a segnare la linea di

dente, dunque, che la necessità di dover convivere con un virus che si propaga così facilmente, all'interno di luoghi abbastanza affollati come è un Parlamento, ha destato subito preoccupazione.

Sembra potersi dire che l'Europarlamento abbia affrontato la necessità di ripensare l'organizzazione dei lavori parlamentari davvero con una rapidità, rispetto ad altri Parlamenti nazionali, che va salutata con soddisfazione. Infatti, già nella Conferenza dei Presidenti di gruppo del 9 marzo 2020, il Presidente del Parlamento, David Sassoli, ha avvertito i capigruppo della necessità, nonostante la pandemia, di «mantenere il corretto funzionamento dell'istituzione e salvaguardare lo svolgimento dei suoi compiti e delle sue responsabilità a norma dei trattati»<sup>10</sup>. Proprio in tale occasione, la Conferenza, approvando l'approccio del Presidente, ribadiva l'esigenza di consentire lo svolgimento delle funzioni essenziali del Parlamento, ovviamente nel rispetto assoluto della sicurezza e della salute di tutti i soggetti coinvolti. Del pari, in una riunione dell'Ufficio di precedenza di poco successiva (20 marzo 2020), svoltasi in videoconferenza a causa della situazione sanitaria europea, lo stesso Presidente sottolineava che il Parlamento stesse attraversando circostanze straordinarie e si trovasse dinanzi alla «notevole responsabilità di rimanere operativo»<sup>11</sup>. L'approccio della Presidenza, ampiamente condiviso da *Bureau* e Conferenza, è stato improntato fin da subito, quindi, a garantire che il Parlamento rimanesse aperto durante la tempesta del Covid-19, tentando di operare un giusto bilanciamento tra le ragioni in campo.

Dall'inizio della pandemia, anzitutto, il Parlamento europeo ha garantito che si continuassero a celebrare con regolarità mensile le Assemblee plenarie<sup>12</sup>. In particolare, al netto della sessione del

---

pace dopo le tante guerre europee) e di prestigio nazionale (né Francia, né Belgio, né Lussemburgo volendo rinunciare ad ospitare una quota delle attività del Parlamento europeo) a non contribuire a superare un *asset* che, comunque lo si guardi, appare poco comprensibile per il cittadino europeo e assai poco funzionale per gli stessi parlamentari europei», cfr. A. N. Lupo, A. Manzella, cit., 51-52.

<sup>10</sup> Cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., sed. 9 marzo 2020, cit., 6, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2020/03-09/CPG\\_PV\(2020\)03-09\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2020/03-09/CPG_PV(2020)03-09_IT.pdf).

<sup>11</sup> Si veda, Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 20 marzo 2020, cit., 6, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/03-20/BUR\\_PV\(2020\)03-20\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/03-20/BUR_PV(2020)03-20_IT.pdf).

<sup>12</sup> A riguardo, deve riferirsi che è stato necessario tuttavia aggiornare e modificare il calendario per le sedute plenarie dell'anno 2020, proprio per adattarlo alle esi-

9-12 marzo (poi svoltasi in forma ridotta nella sola giornata del 10 marzo<sup>13</sup>), la necessità di salvaguardare il *continuum* dei lavori parlamentari, garantendo modalità idonee a tutelare sia la salute che i lavori parlamentari, è stata subito affrontata dall'Ufficio di Presidenza nel corso della seduta del 20 marzo 2020, prima richiamata.

In tale sede, in vista della plenaria straordinaria del 26 marzo<sup>14</sup> (*infra* 3), è stato deciso di consentire agli eurodeputati di poter votare da remoto<sup>15</sup>, in ragione del fatto che numerosi parlamentari non si sarebbero potuti recare a Bruxelles per via delle restrizioni di viaggio imposte dagli Stati membri a causa della pandemia<sup>16</sup>. Giova, a questo punto, tentare di individuare il perimetro normativo di riferimento, all'interno del quale si è mosso il *Bureau* del Parlamento per assumere tale decisione, tenuto conto che né il diritto dei Trat-

---

genze scaturite dal diffondersi dell'epidemia. In particolare, come si può leggere dal processo verbale della seduta plenaria del 26 marzo 2020, il Presidente ha infatti comunicato che «in considerazione della gravità della situazione e del significativo aumento dei casi di Covid-19 nell'Unione europea, la Conferenza dei presidenti ha deciso, nella sua riunione di giovedì 19 marzo, di modificare ulteriormente il calendario delle attività del Parlamento nel 2020, per motivi di forza maggiore e come misura di sicurezza e di tutela della salute pubblica». Di talché «in vista dello svolgimento di una tornata straordinaria oggi, giovedì 26 marzo, è annullato lo svolgimento delle tornate precedentemente previste per il 1° e 2 aprile, il 22 e 23 aprile, il 3 e 4 giugno a Bruxelles. La tornata inizialmente prevista dall'11 al 14 maggio a Strasburgo, si svolgerà il 13 e 14 maggio a Bruxelles; la tornata inizialmente prevista dal 15 al 18 giugno a Strasburgo, si svolgerà il 17 e 18 giugno a Bruxelles; la tornata inizialmente prevista dal 6 al 9 luglio a Strasburgo, si svolgerà l'8 e il 9 luglio a Bruxelles». Si veda, Assemblea Plenaria, proc. verb., sed. 26 marzo 2020, cit., 3 e reperibile di seguito al link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2020-03-26\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2020-03-26_IT.pdf).

<sup>13</sup> Come deciso dalla Conferenza dei Presidenti il 9 marzo 2020 «la tornata di marzo si terrà solo martedì 10 marzo 2020» cfr. Conferenza dei Presidenti, 9 marzo 2020, 8.

<sup>14</sup> Tale riunione straordinaria, come si evince dal processo verbale della seduta del 20 marzo 2020 dell'Ufficio di Presidenza è stata fortemente voluta «affinché la voce del Parlamento non rimanga inascoltata». In sede di Ufficio di Presidenza, infatti «i gruppi politici hanno concordato di posticipare al 26 marzo 2020 la tornata precedentemente fissata e le commissioni parlamentari competenti hanno proposto di ricorrere alla procedura di emergenza per le nuove proposte legislative relative alla Covid-19, cosicché queste ultime possano essere approvate quanto prima», cfr. Ufficio di Presidenza, 20 marzo 2020, cit., 6.

<sup>15</sup> A cui si riferisce, in particolare, l'ordine del giorno n. 3 denominato «Integrazione della decisione dell'Ufficio di Presidenza sulle disposizioni relative alle votazioni» della seduta straordinaria dell'Ufficio di Presidenza del 20 marzo 2020, cfr. Ufficio di Presidenza, 20 marzo 2020, cit., 8 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*, 9.

tati né le disposizioni del Regolamento del Parlamento europeo se ne occupavano espressamente.

Va rilevato anzitutto che tale scelta, senz'altro eccezionale, si è basata sull'unanime accordo della Conferenza dei Presidenti ed è stata dettata dalla volontà comune di tutelare il «diritto fondamentale dei deputati di partecipare alle assemblee plenarie»<sup>17</sup>.

Nello specifico, grazie a questo *gentlemen's agreement*, l'Ufficio di Presidenza quale organo che appunto «disciplina le questioni relative allo svolgimento delle sedute» (art. 25, 4 RPE) ha potuto adattare una sua precedente decisione del 3 maggio 2004, concernente disposizioni relative alle votazioni, alla situazione eccezionale. L'Ufficio di Presidenza, richiamando tale decisione che all'art. 1 attribuiva al Presidente la possibilità di ricorrere per le votazioni da lui indicate ad un sistema alternativo di voto, ha ammesso la possibilità di ricorrere al voto elettronico a distanza. Tale scelta, peraltro, ha poggiato anche sull'art. 192 RPE che stabilisce che «le modalità tecniche di utilizzazione del sistema elettronico sono disciplinate da istruzioni dell'Ufficio di presidenza». Da tale prescrizione, è scaturita la scelta di prevedere, sempre richiamando la decisione menzionata che «se il Presidente ritiene che alla luce della situazione della salute pubblica in relazione all'epidemia del Covid-19» le modalità di svolgimento ordinarie delle votazione «possano rappresentare un rischio per la salute dei deputati e del personale del Parlamento europeo» egli «può decidere che, per le votazioni da lui indicate, si utilizzi il sistema alternativo di voto elettronico di cui all'art. 2 della presente decisione» e cioè, per quanto qui di interesse, la procedura di voto a distanza.

Si è dovuto intervenire su tale precedente in modo tale che il processo decisionale non contravvenisse alle norme pertinenti e che «i deputati che lavorano da casa, conformemente alle restrizioni nazionali» potessero «votare da remoto in modo sicuro e certificato, secondo quando permesso dalle tecnologie attualmente esistenti»<sup>18</sup>. Infine, in ragione dell'eccezionalità della decisione, si è deciso di estendere l'utilizzo di tale strumento fino al 31 luglio 2020, salvo ulteriori proroghe<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Ibid.*, cit., 10.

<sup>18</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 20 marzo cit., 6-7.

<sup>19</sup> L'Ufficio di Presidenza, infatti, ha deciso in tale sede di integrare la decisione dell'Ufficio di Presidenza del 3 maggio 2004, concernente disposizioni relative alle vo-



In relazione al diritto di voto dei parlamentari europei deve tenersi altresì a mente quanto stabilito dall'art. 6 dell'Atto elettorale del 1976 il quale prevede che i «membri del Parlamento europeo votano individualmente e personalmente». Tale disposizione, vale la pena ricordare, è poi riprodotta anche dall'art. 186 RPE il quale prevede che «Il diritto di voto è personale» e che «i deputati esprimono il loro voto individualmente e personalmente». Da questo primo dato normativo emergono, quindi, due elementi fondamentali che l'Ufficio di Presidenza ha dovuto tenere presente nell'affrontare la questione del voto a distanza e nel disciplinare le modalità tecniche di realizzazione: la necessità di doverne comunque garantire, da un lato, l'*individualità* e, dall'altro, la *personalità* (*infra* 3 e 5).

La circostanza di affidare al Presidente la responsabilità di scegliere se e quando adottare il voto a distanza è, invece, stata una scelta ricavabile dai poteri ad egli attribuitigli dal Regolamento del Parlamento europeo e, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 22, 3 e 187, 1 RPE che prevedono, rispettivamente, che il Presidente «mette le questioni ai voti e proclama i risultati delle votazioni» (art. 22, 3 RPE) e «può decidere in qualsiasi momento il ricorso al sistema di votazione elettronico» (art. 187, 1 RPE)<sup>20</sup>. Può ricavarne, quindi, che il voto a distanza, sia stato inteso come una *species* del più ampio *genus* del voto elettronico, in un rapporto di *specialità* caratterizzato soprattutto dalle modalità con le quali il voto elettronico si concretizza.

### 3. *Il debutto del voto a distanza nell'Assemblea plenaria del 26 marzo 2020*

La prima delle più interessanti innovazioni ha coinvolto, come detto, la modalità di voto per le sedute dell'Assemblea plenaria<sup>21</sup>, attraverso l'introduzione del voto da remoto.

---

tazioni, emendando l'art. 3, par. 2 di tale decisione e stabilendo che il voto da remoto «si applica a decorrere da tale data [24 marzo 2020, come indicato nel primo paragrafo] fino al 31 luglio 2020 e può essere rivista alla luce dell'evoluzione della situazione in materia di sanità pubblica», cfr. Ufficio di Presidenza, 20 marzo, cit., 11.

<sup>20</sup> Va sottolineata la capacità di autoregolamentazione parlamentare di cui è titolare il Parlamento europeo e che gli è riconosciuta dai Trattati. Infatti, come previsto dall'art. 232 TFUE, «Il Parlamento europeo stabilisce il proprio regolamento interno a maggioranza dei membri che lo compongono».

<sup>21</sup> Vale ricordare che, ai sensi dell'art. 155 RPE, infatti, «Il Parlamento tiene le sedute plenarie e le riunioni di commissione conformemente alle disposizioni dei trat-

Tale scelta è stata introdotta in uno dei momenti più drammatici dell'evoluzione della pandemia in Europa, in un clima di incertezza per l'andamento della situazione sanitaria. La decisione del Parlamento europeo è sembrata, quindi, quella di voler manifestare l'esigenza, pur in un momento complicato, di non sospendere i propri lavori e di continuare a rappresentare e tutelare i cittadini europei<sup>22</sup>. Ancor più perché dettata anche dalla necessità di discutere e votare le proposte presentate dalla Commissione per contrastare l'emergenza da Covid-19 negli Stati membri dell'Ue<sup>23</sup>. Per la prima volta nella sua storia<sup>24</sup>, così, lo scorso 26 marzo, l'istituzione parla-

---

tati.». I quali prevedono gli obblighi di riunione già descritti in precedenza (*supra*, nt. 9).

<sup>22</sup> Sul tema, giova ricordare che, appunto, il Parlamento europeo, ai sensi dell'attuale art. 14 TUE, «è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione». Il mutamento rispetto al passato non è di poco conto: in precedenza, infatti, a norma dell'art. 189 TCE, il «Parlamento europeo era formato dai rappresentanti «dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità». Il cambio di passo impresso dall'art. 14 ha inteso, dunque, evidenziare lo stretto rapporto che adesso lega il Parlamento europeo ai propri elettori con la volontà di affermare la natura democratico-rappresentativa dell'Unione, che discende anche dall'art. 10 TUE. Cfr. P. Mengozzi, C. Morviducci, cit., 33; si veda anche P. Piroddi, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2011, 803-804.

<sup>23</sup> Valgano le considerazioni espresse il 9 marzo 2020 dal Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, in sede di Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari, con le quali osservava che «sebbene la situazione giustifichi di prevedere un adeguamento dei metodi di lavoro del Parlamento, è essenziale mantenere il corretto funzionamento dell'istituzione e salvaguardare lo svolgimento dei suoi compiti e delle sue responsabilità a norma dei trattati, date le aspettative dei cittadini e le sfide cui l'UE si trova dinanzi», cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., 9 marzo 2020, cit., 6. Al riguardo, si vedano anche le dichiarazioni del Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, che presentando la scelta di riorganizzare i lavori in conseguenza dell'emergenza Covid-19, ha evidenziato: «Il Parlamento europeo sta facendo e continuerà a fare il suo dovere. Ho voluto fortemente che il Parlamento resti aperto perché la democrazia non può farsi abbattere dal virus, perché siamo l'unica Istituzione europea votata dai cittadini e vogliamo rappresentarli e difenderli», cfr. *Il Parlamento in seduta straordinaria il 26 marzo a Bruxelles*, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 23 marzo 2020, reperibile al sito <https://www.europarl.europa.eu/italy/it/succede-al-pe/il-parlamento-in-seduta-straordinaria-il-26-marzo-a-bruxelles>.

<sup>24</sup> Giova rilevare, come ricordato dal Presidente del Parlamento europeo, che, già alcuni anni fa, il Parlamento europeo si era trovato nell'impossibilità di svolgere le ordinarie attività nel suo *plenum* a causa di una serie di eventi di natura vulcanica verificatisi sul vulcano Eyjafjöll, nella parte meridionale dell'Islanda, che, tra il 15 aprile ed il 23 aprile, impedirono i collegamenti in gran parte dello spazio aereo europeo (cfr. intervento del Presidente del Parlamento europeo, D. Sassoli, nell'ambito della tavola rotonda ospitata sulla pagina Facebook di Più Europa, *Covid19, Il Parlamento nell'e-*

mentare dell'Unione<sup>25</sup> ha fatto ricorso al voto a distanza nella seduta della plenaria straordinaria tenutasi a Bruxelles<sup>26</sup>.

Il debutto è avvenuto nel corso della plenaria in questione che, tra gli ordini del giorno, prevedeva l'approvazione, con richiesta dell'applicazione della procedura d'urgenza *ex art.* 163 RPE<sup>27</sup>, di tre proposte in grado di fornire un sostegno concreto ai cittadini Ue e agli Stati membri per fronteggiare l'emergenza Coronavirus<sup>28</sup>.

---

*mergenza Covid-19*, 22 marzo 2020, reperibile al seguente link <https://piueuropa.eu/2020/03/22/coronavirus-piueuropalive-covid19-il-parlamento-nellemergenza-covid-19/>. In quei giorni, molti deputati si trovarono nell'impossibilità di raggiungere Strasburgo per essere presenti alla plenaria di aprile (programmata dal 19 al 22 aprile). Per tale ragione, come si può evincere dal processo verbale della seduta del 19 aprile 2010, il Presidente, valutate le circostanze eccezionale, presentava una proposta della Conferenza dei presidenti intesa a modificare l'ordine dei lavori. In particolare, si decideva di rinviare la seduta di giovedì 22 aprile e di prevedere che per tutta la tornata non si sarebbe svolta alcuna votazione in plenaria o in commissione (si v. Assemblea plenaria, processo verbale, seduta 19 aprile 2010, cit., 13, consultabile direttamente al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-7-2010-04-19\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-7-2010-04-19_IT.pdf)).

<sup>25</sup> Si ricordi che, nel testo originario del Trattato istitutivo della CEE, l'istituzione parlamentare della CEE era chiamata solo "Assemblea". Fu essa stessa che, con propria deliberazione del 20 marzo 1958, decise di assumere la denominazione di "Assemblea parlamentare europea" e, in seguito, con ulteriore decisione del 30 marzo 1962, di rinominarsi "Parlamento europeo". Tale denominazione verrà poi definitivamente formalizzata con le modifiche al Trattato istitutivo fatte dall'AUE e, da quel momento, verrà ripresa da tutti i Trattati successivi. Cfr. P. Mengozzi, C. Morviducci, cit., 33. Si veda anche N. Lupo, A. Manzella, *Parlamento europeo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, 2006, 4112-4113. Inoltre, anche F. Pocar, *Parlamento europeo, Enciclopedia*, XXXI, 1981, 859 ss.

<sup>26</sup> La seduta si è svolta a Bruxelles, in sostituzione della sessione di Strasburgo dell'1 e 2 aprile già programmata dal calendario delle attività del Parlamento europeo per il 2020.

<sup>27</sup> Tale procedura prevede che il Presidente, non appena gli sia stata presentata una richiesta di discussione con procedura d'urgenza, ne informi l'Aula (163, 2 RPE) e fissi il momento della loro discussione e votazione, che ha precedenza sugli altri punti all'ordine del giorno (art. 163, 4 RPE). Prima della votazione possono essere ascoltati, per un massimo di tre minuti ciascuno, soltanto l'autore della richiesta, un oratore contro e il presidente o il relatore della commissione competente (art. 163, 3 RPE). Tale procedura d'urgenza, infine, può aver luogo senza relazione o, in via eccezionale, su semplice relazione orale della commissione competente (art. 163, 5 RPE).

<sup>28</sup> In particolare: *a*) l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità; norme comuni; *b*) l'introduzione di misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19; *c*) l'assistenza finanziaria agli Stati membri e ai Paesi che stanno negoziando l'adesione all'Unione europea pesantemente colpiti da una grave emergenza di salute pubblica. Cfr. Assemblea plenaria, proc. verb., sed. 26 marzo 2020, reperibile on line al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2020-03-26\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2020-03-26_IT.pdf).

Le votazioni dei tre ordini del giorno, proprio per consentire il voto a distanza, sono state suddivise in tre diversi momenti della seduta: il primo dalle ore 10.00 alle 11.00, per la votazione sulla procedura d'urgenza; il secondo dalle ore 17.30 alle 18.30, per la votazione sugli emendamenti (da presentare, anche mediante posta elettronica, entro le 14.00); la terza, per la votazione sulle votazioni finali, dalle ore 20.00 alle 21.00. Dunque, da un primissimo sguardo può notarsi che per tre sessioni, con tale procedura di voto a distanza, è stato necessario impiegare, un'intera giornata parlamentare<sup>29</sup>.

Per quanto concerne le modalità di votazione, deve preliminarmente dirsi che è stato stabilito che esse si svolgessero per appello nominale che, come previsto dal Regolamento, può appunto essere effettuato anche «utilizzando il sistema di votazione elettronico» (art. 190, 3 RPE) di cui, come detto, il voto da remoto deve considerarsi una *species*.

Gli europarlamentari, che come tutti i cittadini hanno potuto assistere alla seduta in *webstreaming*<sup>30</sup>, hanno quindi ricevuto preventivamente comunicazione dell'ora di apertura e chiusura delle singole votazioni, peraltro anche inserite nell'ordine del giorno e

---

<sup>29</sup> Più nello specifico la seduta si è svolta secondo questa tabella di marcia: alle 10:00, il Presidente del Parlamento Sassoli ha aperto la sessione plenaria di Bruxelles. A quel punto i deputati hanno ricevuto sulla loro casella di posta elettronica la scheda di voto per le votazioni sulle procedure di urgenza, richieste dalle commissioni parlamentari per le misure UE, ai sensi dell'articolo 163 del Regolamento. Alle 12.30, il Presidente ha comunicato il risultato delle votazioni d'urgenza e ha fissato i termini per gli emendamenti (da consegnare entro le ore 14.00) e per le votazioni separate (entro le ore 16.00). Di seguito, alle 17.30, il Presidente ha aperto la votazione sugli emendamenti e i deputati hanno ricevuto le relative schede di voto. Alle ore 20.00, il Presidente, dopo aver comunicato i risultati delle votazioni sugli emendamenti, ha aperto la votazione finale. A quel punto, i deputati hanno ricevuto, nuovamente, le schede relative alla votazione in questione. Alle 22.30, il Presidente ha comunicato risultati finali delle votazioni, dichiarando tolta la seduta. Per una panoramica si consiglia di consultare il documento «Anteprima della sessione del 26 marzo 2020, Bruxelles» prodotto dal Servizio Stampa del Parlamento europeo e reperibile al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/3/briefing/20200320BRI75401/20200320BRI75401\\_it.pdf](https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/3/briefing/20200320BRI75401/20200320BRI75401_it.pdf).

<sup>30</sup> I dibattiti delle sedute plenaria, infatti, sono trasmessi nelle 24 lingue ufficiali, in tempo reale sul sito internet del Parlamento europeo, così come previsto anche dall'art 205, 1 del RPE, il quale stabilisce appunto che «le discussioni del Parlamento nelle lingue in cui si svolgono, come anche le registrazioni audiovisive multilingue provenienti da tutte le cabine di interpretazione attive sono trasmesse in tempo reale sul sito internet del Parlamento».

pubblicate sul sito internet del Parlamento europeo, in modo da poter conoscere in anticipo il momento nel quale avrebbero dovuto attivarsi *da remoto* per esercitare il proprio diritto di voto.

All'inizio delle singole votazioni, ogni parlamentare ha ricevuto nella casella di posta elettronica istituzionale (@europarl.europa.eu) la scheda per le votazioni dei documenti relativi ai tre ordini del giorno previsti per la seduta. Dopo aver stampato la scheda ed espresso il proprio voto, il parlamentare ha dovuto, entro l'orario previsto per la chiusura della votazione (a pena di invalidità del voto), effettuare la scansione della scheda con il voto espresso e la propria firma in calce, al fine di autocertificare di aver esercitato il proprio voto *personalmente* ed *individualmente*, ed inviarla alla casella di posta elettronica certificata (plenaryvote@europarl.europa.eu) attivata per l'occasione dal Parlamento europeo.

Nello stesso tempo, agli eurodeputati presenti nell'emiciclo, sono state consegnate identiche schede ed è stato chiesto di esprimere su di esse il loro voto e di depositarle all'interno di un'urna elettorale appositamente situata in Aula.

Al termine di ogni votazione, la presidenza, dopo aver scrutinato i voti (sia espressi in Aula che a distanza), ha provveduto alla proclamazione dei risultati, registrando nel processo verbale anche le modalità di svolgimento *da remoto* delle votazioni.

Tali procedure sono state utilizzate per tutte e tre le votazioni previste durante la plenaria del 26 marzo, con le medesime incombenze per gli europarlamentari presenti fisicamente o connessi da remoto. Giova rilevare, infine, che l'affluenza a tutte e tre le votazioni è stata elevatissima, poiché i tre ordini del giorno della seduta sono stati approvati con una larghissima partecipazione, che ha visto votare (in presenza e a distanza) 687 europarlamentari<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Più precisamente, l'esito delle votazioni è stato il seguente: *a*) l'ordine del giorno «Assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità: norme comuni», rel. Dominique Riquet, è stato accolto con 687 favorevoli e nessuno contrario o astenuto; *b*) l'ordine del giorno recante «Misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di COVID-19», rel. Younous Omarjee, è stato approvato con 686 favorevoli, 1 contrari e nessuna astensione; *c*) infine, l'ordine del giorno «Assistenza finanziaria agli Stati membri e ai paesi che stanno negoziando l'adesione all'Unione europea pesantemente colpiti da una grave emergenza di salute pubblica», rel. Younous Omarjee, è stato approvato con 684 favorevoli, 1 contrario, 2 astensioni. Per approfondire, Assemblea Plenaria, sed. 26 marzo 2020, 9 ss.

Ad un primo approccio, appare evidente che la procedura utilizzata per le votazioni del 26 marzo, sia inevitabilmente complicata e scarsamente replicabile nel corso di sedute lunghe e con molte votazioni. Un voto a distanza sì fatto, che ha senz'altro avuto il merito di non far fermare i lavori del Parlamento europeo, appare il frutto di una procedura adottata *ad horas*, realizzando in breve tempo tutto quanto fosse possibile fare nelle condizioni date e con le tecnologie a disposizione.

Nonostante la procedura presentasse passaggi e momenti diversi, la plenaria ha funzionato ed il voto a distanza è stata espresso sostanzialmente da quasi tutti gli eurodeputati. Dunque, non può dirsi che da esso non siano emersi anche degli aspetti favorevoli. In particolare, la modalità di votazione per appello nominale (a distanza) ha garantito una gestione del voto più ordinata, poiché ogni parlamentare ha potuto votare con le modalità descritte, esprimendo il voto all'interno di un lasso di tempo ampio (un'ora) e senza, per ciò, dover ricorrere ad una presenza contemporanea da remoto di tutti i parlamentari, in un singolo momento (di breve durata) come per il voto elettronico in Aula o per alzata di mano. La votazione per appello nominale, inoltre, ha tra i suoi pregi quello di constatare, nelle condizioni date, con più facilità la sussistenza del numero legale e il raggiungimento di particolari *quorum* per quelle votazioni che lo prevedono. Ancora, sotto il profilo della personalità, l'invio della casella e-mail ufficiale/istituzionale del deputato, con la sua firma, ha garantito con ragionevole certezza che il requisito della personalità del voto venisse rispettato.

Tuttavia, questa modalità di voto, piuttosto macchinosa, è una procedura che, *ictu oculi*, non consente di essere replicabile per tutte le votazioni e per tutte le plenarie: in primis, non è possibile effettuare votazioni a scrutinio segreto ai sensi dell'art. 191 RPE; inoltre, rischierebbe di rendere "diaboliche" sedute plenaria con numerose sessioni di voto e con votazioni su centinaia di emendamenti (es. votazione del bilancio europeo). Ancora, non sarebbe sicuro garantire con certezza la libertà del voto: si pensi al parlamentare che, al momento di esercitare il voto si trovi in una situazione di costrizione fisica (minaccia) in grado di inquinare l'integrità del voto. È un sistema, dunque, che necessita sicuramente di essere perfezionato e, per le ipotesi appena esposte, implementato.

Volendo spostare, inoltre, l'attenzione anziché alla sola fase deliberativa a quella immediatamente anteriore (cioè quella della discussione), deve rilevarsi che, in questo caso, non era stata prevista la possibilità ai parlamentari connessi da remoto di intervenire in Aula. È necessario, quindi, ripensare tale strumento anche per evitare che la partecipazione a distanza finisca per essere discriminatoria per il parlamentare collegato da remoto, mediante modalità di partecipazione, anche in plenaria, più interattive<sup>32</sup>.

Se da un lato, la procedura in esame consente ai parlamentari europei di partecipare alla riunione plenaria esercitando il loro diritto di voto in fase deliberativa, dall'altro, le modalità di collegamento online si limitano a garantire solo tale possibilità. Se, cioè, viene senz'altro salvaguardata la fase dell'espressione del voto, non è in grado di risolvere il *deficit* nel momento della fase di discussione e confronto in Parlamento. Ciò rischierebbe di trasformare la capacità dei lavori parlamentari di generare confronto e, sulla base di esso, deliberazioni "mature", in un mezzo per ridurre il Parlamento ad un "votificio"<sup>33</sup>.

Il Parlamento europeo, al netto delle perplessità appena menzionate, è sembrato comunque intraprendere veramente da subito e con convinzione un processo di partecipazione e svolgimento delle sue attività a distanza. Questo processo, però, resosi necessario du-

---

<sup>32</sup> A tal proposito, un'idea da subito sollevata è stata quella di coinvolgere le sedi di rappresentanza del Parlamento europeo presso gli Stati membri, consentendo che in quella sede il parlamentare potesse esercitare una parte delle prerogative del proprio mandato. Inoltre, in quella sede anche i gruppi parlamentari potrebbero fruire di modalità e procedimenti in grado di consentire il loro lavoro e lo svolgimento delle loro funzioni in sicurezza, garantendone così la continuità dell'attività politica anche in tempi di emergenza. Allo stesso tempo, anche le Commissioni potrebbero lavorare più agevolmente vista il numero ridotto di componenti rispetto alla Plenaria. Al riguardo si veda la posizione del Presidente del Parlamento europeo, D. Sassoli, nell'ambito della tavola rotonda ospitata sulla pagina Facebook di Più Europa, *Covid19, Il Parlamento nell'emergenza Covid-19*, cit., Più, recentemente, la discussione in seno alla seduta del 24-25 settembre 2020 dell'Ufficio di Presidenza, nella quale «si ribadisce ribadiscono l'auspicio che possano intervenire in Aula durante le tornate i deputati che si collegano a distanza, ad esempio dagli Uffici di collegamento del Parlamento europeo (EPLO)», Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 24-25 settembre 2020, cit., 10, reperibile online al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/09-24/BUR\\_PV\(2020\)09-24\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/09-24/BUR_PV(2020)09-24_IT.pdf).

<sup>33</sup> Secondo la definizione che ne ha dato lo stesso Presidente del Parlamento europeo, D. Sassoli, nell'ambito del convegno ospitato on line sul sito di Radio Radicale dal titolo *Parlamento on line: a distanza o in presenza?*, cit.

rante la crisi sanitaria, non mira nelle sue intenzioni a fare del Parlamento europeo una “Camera virtuale”, in grado di lavorare solo da remoto. Infatti, nonostante i progressi tecnologici siano stati ampiamente apprezzati dagli attori coinvolti, è stato sottolineato che comunque «le attività parlamentari in futuro dovrebbero continuare a essere basate sulla presenza fisica dei deputati»<sup>34</sup>. Nondimeno, va osservato che, senza tali strumenti tecnologici prontamente adattati e utilizzati, le attività del Parlamento sarebbero probabilmente state costrette ad interrompersi bruscamente o a rallentare notevolmente<sup>35</sup>. A titolo di esempio, non si sarebbe potuta celebrare la seduta plenaria di marzo (e le successive) poiché l’emiciclo di Strasburgo (ma anche quello di Bruxelles) non avrebbe potuto ospitare nel rispetto delle disposizioni sanitarie tutti gli eurodeputati. Anche se a tutte le persone presenti durante le riunioni plenarie, infatti, fosse stato chiesto di indossare la mascherina, nell’emiciclo avrebbero potuto sedere solo un totale di 271 deputati<sup>36</sup>. Nel caso, invece, in cui ai deputati fosse stato concesso di sedere in plenaria senza indossare la mascherina, il numero si sarebbe ulteriormente ridotto a 136, poiché sarebbe stato necessario garantire un maggiore distanziamento tra i deputati<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 11 maggio 2020, cit., 13. Anche se, deve rilevarsi come, in senso complementare (e parzialmente contrario), lo stesso Ufficio di Presidenza si esprimeva nella successiva seduta del 15 giugno 2020 con «l’auspicio che il telelavoro e le videoconferenze possano essere maggiormente utilizzati al Parlamento su base permanente, al fine di realizzare risparmi finanziari nonché apportare benefici all’ambiente, in generale, e all’impronta di carbonio del Parlamento, in particolare», cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 15 giugno 2020, cit., 13-14, reperibile online [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/06-15/BUR\\_PV\(2020\)06-15\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/06-15/BUR_PV(2020)06-15_IT.pdf).

<sup>35</sup> A riguardo, infatti, vale quanto sottolineato dalla Commissione AFCO nella sua relazione al progetto di modifiche regolamenti per garantire il funzionamento del PE in condizioni di eccezionali (*infra* 7). In tale occasione la Commissione «sottolinea l’importanza delle misure temporanee adottate, nel rispetto dello Stato di diritto, dal suo Presidente e dai suoi organi direttivi nel contesto dell’attuale crisi sanitaria per far fronte alle circostanze eccezionali» aggiungendo che «volendo garantire la continuità operativa del Parlamento quale richiesta dai trattati, non vi erano alternative a tali misure e che esse hanno consentito all’Istituzione di esercitare le sue funzioni legislative, di bilancio e di controllo politico durante la crisi, conformemente alle procedure previste dai trattati» (cfr., in particolare, il punto n. 3 della relazione, cit., 13, reperibile al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0194\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0194_IT.pdf)).

<sup>36</sup> Come rilevato dal Segretario generale del Parlamento europeo nel corso della seduta dell’Ufficio di Presidenza dell’11 maggio 2020, cfr. proc. verb., 14.

<sup>37</sup> Si veda, Ufficio di Presidenza, 11 maggio 2020.



A tale considerazione di ordine organizzativo-logistica, va aggiunto che il principio di uguaglianza tra tutti i deputati del Parlamento europeo non avrebbe consentito, come è ovvio, di selezionare in qualche modo i 271 (o 136) deputati ammessi all'interno dell'emiciclo. Tale principio, infatti, impone a tutti i deputati di poter partecipare e votare in Aula. Certo, come rilevato, non va dimenticato che il sistema da remoto attuato nella prima fase non ha garantito, come detto, a tutti i deputati di poter intervenire in Aula, facoltà che invece hanno potuto esercitare in riunioni con meno partecipanti<sup>38</sup>, tra cui quelle delle riunioni di commissione<sup>39</sup> «vero “luogo del lavoro”»<sup>40</sup> (*infra* 5).

#### 4. *Primi aspetti problematici*

Le prime misure adottate nel mese di marzo dal Parlamento europeo hanno consentito, come visto, ad esso di lavorare sulle priorità legislative legate alla pandemia. Il Parlamento è riuscito a garantire che i lavori dell'Aula, degli organi direttivi, dei gruppi politici e delle commissioni continuassero a svolgersi, ancorché a distanza, con regolarità. Ciò, nondimeno, non ha omissso di far rilevare come le procedure adottate si siano mostrate, in parte, incomplete e meritevoli di una loro implementazione.

Le osservazioni formulate, in particolare, hanno riguardato sia la necessità di rafforzare la partecipazione da remoto dei deputati alle plenarie<sup>41</sup> sia l'auspicabilità di un ulteriore potenziamento delle capacità dei servizi informatici del Parlamento<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Il riferimento è, nel caso in esame, principalmente rivolto alle Commissioni il cui numero dei componenti all'intero del Parlamento è tuttavia assai variabile, potendo comprendere tra i 25 ed i 73 membri (in base ai poteri ed alle competenze ad essa attribuitele). In termini di composizione è altresì necessario che esse riflettano quella del Parlamento (art. 209, 1 RPE).

<sup>39</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 11 maggio 2020, 15.

<sup>40</sup> Cfr. N. Lupo, A. Manzella, cit., 57. Gli A., tuttavia, rilevano come esse (le commissioni) siano comunque fin dall'origine considerate tali poiché poste in contrapposizione, per quanto con espressione ingiusta, al “mulino di chiacchiere” dell'Assemblea plenaria. Cfr. N. Lupo, A. Manzella, *ivi*.

<sup>41</sup> È la posizione espressa dai vari interventi dei componenti della Conferenza dei Presidenti nella seduta del 2 aprile 2020, cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., sed. 2 aprile 2020, 14, reperibile al link [https://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2020/04-02/CPG\\_PV\(2020\)04-02-IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2020/04-02/CPG_PV(2020)04-02-IT.pdf).

<sup>42</sup> *Ibidem*, 14.

Quanto al primo aspetto, è stata sottolineata la necessità di garantire la parità dei diritti a tutti i membri, anche durante le discussioni in plenaria, indipendentemente dalla loro possibilità di essere fisicamente presenti in Aula, per via dell'impossibilità di recarsi a Bruxelles per le restrizioni di viaggio imposte dagli Stati membri, considerevolmente diverse peraltro da un Paese all'altro<sup>43</sup>. Quanto al secondo profilo, è stata rilevata la necessità di un potenziamento informativo al fine, anzitutto, di essere pronti a svolgere procedure di voto di ampia portata<sup>44</sup>, ma anche a creare dei software gestiti dalle strutture informatiche del Parlamento in grado di garantire la sicurezza di tali procedure e delle altre attività svolte da remoto.

Infine, è stata da subito sottolineata la necessità di avviare una riflessione sulla revisione delle norme interne del Parlamento per rispondere a un periodo di distanziamento fisico che si preannunciava, già in quel momento, lungo<sup>45</sup>. A tal proposito, la proposta avanzata è stata quella di affidare alla Commissione per gli Affari Costituzionali (AFCO), competente sulla revisione delle norme interne, la redazione di un progetto di opportune modifiche del Regolamento<sup>46</sup> (*infra* 7).

Deve rilevarsi che le preoccupazioni da subito manifestate dagli organi interni del Parlamento non sono cadute nel vuoto ed hanno trovato un importante sponda nel lavoro delle DG competenti del Parlamento. La richiesta di un rafforzamento informatico è stata seguita, già nei mesi di marzo e aprile, con il compimento di rapidi progressi attraverso l'attivazione di sei sale riunioni nella sede del Parlamento di Bruxelles, tutte dotate di un sistema avanzato di videoconferenza multilingue in linea con la pianificazione

---

<sup>43</sup> È la posizione espressa anche nel corso dell'Ufficio di Presidenza del 17 aprile 2020, cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., seduta 17 aprile 2020, 9-10, reperibile online al link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/04-17/BUR\\_PV\(2020\)04-17\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/04-17/BUR_PV(2020)04-17_IT.pdf).

<sup>44</sup> *Ibidem*, 14.

<sup>45</sup> Si vedano, in proposito, le considerazioni espresse dal Presidente del Parlamento durante la seduta dell'Ufficio di Presidenza del 17 aprile 2020, cfr. proc. verb., 9.

<sup>46</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, *ibidem*, 10. Al riguardo, giova ricordare che le ultime più importanti revisioni del Regolamento sono avvenute nel luglio 2018 e nel gennaio 2019, a testimonianza anche della vivacità con cui il Parlamento esercita la sua autonomia regolamentare. Il Regolamento, peraltro, con i suoi oltre 20° articoli «è dunque qualcosa di gran lunga più importante di una semplice disciplina procedurale interna. Esso è la “lettura” storicamente attuale dell'intero macchinario complesso dell'Unione», cfr. N. Lupo, A. Manzella, cit., 47.

presentata all'Ufficio di presidenza il 9 marzo 2020<sup>47</sup>. A ciò si è aggiunto l'impegno di creare, già nel mese di maggio, altre sale agiuntive con sempre più lingue<sup>48</sup>.

Dai dati disponibili, si può rilevare che il sistema di videoconferenza, durante tali mesi, è stato ampiamente utilizzato nel corso dei lavori parlamentari. Sono state, infatti, organizzate oltre cento riunioni in videoconferenza, con un numero totale di partecipanti a distanza pari a circa tredici mila collegamenti, con miglioramenti tecnici costanti che hanno garantito un corretto funzionamento della maggior parte delle riunioni<sup>49</sup>.

Nonostante i netti miglioramenti, tuttavia, sono state rilevate alcune perplessità relative ad aspetti di *cybersecurity* molto rilevanti e legate, in particolare, al software utilizzato per lo svolgimento di tali videoconferenze multilingue ospitato su una piattaforma esterna. Si è ritenuto giustamente che dovesse essere ospitato dai server del Parlamento al fine di rafforzarne ulteriormente la sicurezza e la *privacy*. Oltre a tale preoccupazione, permaneva l'importanza di garantire per gli utenti connessi da remoto l'interpretazione in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea, poiché sino a quel momento esso era disponibile per un massimo di sette lingue.

Per quanto concerne un miglioramento della partecipazione alla plenaria dei deputati connessi da remoto, già a partire dalla plenaria di maggio si è proceduto a rendere il sistema di voto più ra-

<sup>47</sup> Basterà ricordare, come osservato da A. Manzella e N. Lupo, che «all'attuazione del fondamentale principio del multilinguismo» sono preposte due numerose e iperspecializzate Direzioni. Quella per l'interpretazione (che cura l'interpretariato per 24 lingue ufficiali e quasi 600 combinazioni: con un organico di 1.016 unità) e quella per la traduzione (dei documenti parlamentari in tutte le lingue dell'Unione; con un organico di 465 funzionari), N. Lupo, A. Manzella, cit., 52-53.

<sup>48</sup> Infatti, come osservato dal Presidente nel corso della seduta dell'Ufficio di Presidenza dell'11 maggio 2020 «sebbene il sistema consenta ai partecipanti a distanza di ascoltare e di prendere la parola in tutte le lingue, tenendo conto del regime linguistico della riunione in questione, attualmente è disponibile un massimo di sette lingue per i partecipanti a distanza». Per tale ragione, nella medesima seduta il Segretario generale evidenziava che «entro la fine di maggio, l'amministrazione cercherà di aumentare il numero di lingue fino a otto, il numero massimo di partecipanti a 500 e di disporre di otto sale dotate di tale sistema», cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 11 maggio 2020, 11, reperibile al seguente indirizzo web [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/05-11/BUR\\_PV\(2020\)05-11\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/05-11/BUR_PV(2020)05-11_IT.pdf).

<sup>49</sup> È il giudizio positivo del Presidente del PE il quale evidenziava che «nonostante le iniziali difficoltà, nelle ultime tre settimane più del 90% delle riunioni sono state condotte senza problemi tecnici», si v. Ufficio di Presidenza, 11 maggio 2020, 10.

pido e più efficiente in vista, tra le altre cose, delle numerose votazioni sul disarcico<sup>50</sup>. Tale aggiornamento del sistema<sup>51</sup>, ha consentito di votare fino a 90 emendamenti contemporaneamente, a fronte di un limite in quel momento era di 35 emendamenti. Inoltre, al fine di elevare al massimo la sicurezza del voto, è stata presa in considerazione la proposta di garantire la validità della personalità della votazione attraverso l'utilizzo della firma digitale che, come è stato osservato, costituirebbe un ulteriore passo avanti nell'attuazione di nuovi metodi di lavoro durante la crisi nel rispetto anche di esigenze di garanzia del voto per i parlamentari<sup>52</sup>.

### 5. *Il lavoro nelle Commissioni e l'applicazione iVote*

A partire dal mese di maggio, i miglioramenti delle misure adottate per garantire la continuità operativa hanno coinvolto, infatti, anche il lavoro delle commissioni, consentendo ad esse di votare a distanza con maggiore facilità. In particolare, si è fatto ricorso all'applicazione *iVote*, utilizzata in fase sperimentale proprio nelle commissioni in cui, di norma, le votazioni sono numerose<sup>53</sup>. Tale

---

<sup>50</sup> La procedura del disarcico consiste nell'approvazione finale del Parlamento europeo rispetto al modo in cui è stato attuato il bilancio dell'UE per un determinato anno. In tale occasione, la CONT - Commissione per il controllo dei bilanci verifica come la Commissione europea e le altre istituzioni e agenzie europee hanno attuato il bilancio dell'UE e prepara la votazione del Parlamento che, a quel punto, valuta se decidere di concedere il disarcico per ogni esercizio finanziario o meno. Per approfondire tale procedura, si rinvia alle norme ad essa relative contenute nell'allegato V «Procedura di esame e adozione delle decisioni sulla concessione del disarcico» al Regolamento del Parlamento europeo.

<sup>51</sup> Tale nuovo sistema, dotato di un meccanismo di registrazione e conteggio, prima di essere utilizzato «è stato testato con successo con la partecipazione di un numero considerevole di deputati» che hanno proceduto ad effettuare alcune prove di votazioni in Aula, cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., sed. 7 maggio 2020, 10, reperibile online al link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2020/05-07/CPG\\_PV\(2020\)05-07\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2020/05-07/CPG_PV(2020)05-07_IT.pdf).

<sup>52</sup> In merito, vale sottolineare l'invito espresso nel corso della seduta dell'Ufficio di Presidenza del 6 luglio 2020 nella quale, ricordando le disposizioni concernenti la pubblicazione dei voti per appello nominale, veniva sottolineata l'importanza fondamentale di garantire la fiducia dei cittadini nei risultati delle votazioni del Parlamento chiedendo se fosse possibile ricorrere alla firma elettronica, cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 6 luglio 2020, 11, reperibile al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/07-06/BUR\\_PV\(2020\)07-06\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/07-06/BUR_PV(2020)07-06_IT.pdf).

<sup>53</sup> In particolare, la Commissione per i bilanci (BUDG) e la Commissione per l'agricoltura e lo sviluppo rurale (AGRI), cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 6

applicazione, sviluppata dalla DG IPOL col sostegno dalla DG ITEC, è stata introdotta con l'intento di sostituire la procedura di voto via e-mail già utilizzata dall'inizio della pandemia per le plenarie (*supra* 3), poi estesa anche alle commissioni, e che, sino all'avvento di *iVote* era stata la procedura ordinaria utilizzata per le votazioni in Commissione<sup>54</sup>.

Tale applicazione ha agevolato notevolmente il lavoro in sede di commissione<sup>55</sup>, ma ha comunque destato qualche critica e perplessità. Da un lato, è necessario riconoscere che l'applicazione *iVote* ha aiutato i deputati e il personale nella preparazione di votazioni lunghe e complesse, consentendo perfino lo svolgimento di votazioni a scrutinio segreto. Dall'altro sono state espresse preoccupazioni

---

luglio 2020, 14, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/07-06/BUR\\_PV\(2020\)07-06\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/07-06/BUR_PV(2020)07-06_IT.pdf).

<sup>54</sup> Con decisione dell'8 aprile, infatti, la Conferenza dei Presidenti di Commissione ha esteso il sistema di votazione tramite e-mail, utilizzato già in Plenaria, anche per le votazioni in Commissione, cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., sed. 8 aprile 2020, 2-3, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_comms/proces\\_verbal/2020/04-08/CPCO\\_PV\(2020\)04-08\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_comms/proces_verbal/2020/04-08/CPCO_PV(2020)04-08_IT.pdf). Vale rilevare, infine, che anche a seguito dell'introduzione dell'*iVote* la possibilità di votare tramite e-mail resta comunque ammessa.

<sup>55</sup> Il sistema di voto tramite *iVote* prevede tale funzionamento: come qualsiasi applicazione, l'applicazione deve essere installata sullo *smartphone* o sul *tablet* del deputato. Al momento del voto, il deputato riceve sulla sua casella postale istituzionale una mail da parte del Segretariato generale del Parlamento o del suo gruppo parlamentare contenente in allegato un documento con la *voting list* in versione XML. A quel punto, il deputato dovrà aprire il file allegato, e copiare (con il tasto condividi) il testo dell'allegato sull'applicazione *iVote*. Così facendo, si aprirà *iVote* con in primo piano direttamente la lista degli articoli (o emendamenti, o subemendamenti) da votare con al loro fianco le informazioni necessarie, e cioè, nel caso di emendamenti o subemendamenti, il numero dell'atto, il nome del deputato che lo ha presentato, le caselle da selezionare per votare. Per esprimere il proprio voto, il deputato dovrà selezionare dall'elenco dei deputati del parlamento europeo (presente nel menù in alto a sinistra) il proprio nome e premere su uno dei pulsanti in corrispondenza dell'emendamento. I pulsanti sono tre: *a*) + in casella con bordo verde per approvare l'emendamento; *b*) – in casella con bordo rosso, per respingerlo e *c*) 0 in casella con bordo giallo per astenersi. Dopo aver effettuato le votazioni previste nella lista degli emendamenti, il deputato dovrà confermare definitivamente di voler inviare la lista con tutti i suoi voti espressi. Infine, dopo tale operazione, l'applicazione creerà automaticamente un documento pdf delle votazioni espresse che il deputato, per concludere le operazioni di voto, dovrà firmare ed inviare via mail, da il suo account istituzionale (a pena di nullità) al Parlamento. Si ricordi che, anche se più volte richiesto, non è stato ammesso l'utilizzo della firma elettronica. Il deputato, dunque, dovrà o stampare, firmare, scannerizzare ed inviare il pdf con delle votazioni, oppure apporre la sua firma sul pdf generato da *iVote* direttamente dal suo *smartphone/tablet* attraverso la funzione "*murkup*".

pazioni circa la sua affidabilità e *cybersicurezza*<sup>56</sup>. Su tutte il fatto che tale applicazione, supportata esclusivamente da piattaforma privata ed esterna al Parlamento (iOS di Apple), non fosse sicura in termini di *privacy* delle informazioni. Inoltre, anche la circostanza che essa fosse utilizzabile solo su piattaforma iOS ha rappresentato una lesione per i deputati non in possesso di strumentazione tecnologica dotata di tale piattaforma<sup>57</sup>.

Sempre per ciò che riguarda il lavoro delle commissioni, merita ricordare che, così come previsto per le votazioni in Aula, anche in commissione è stato ammesso il voto per appello nominale, consentendo così alle votazioni finali in sede di commissione di essere pubblicate come votazioni per appello nominale. Tale modalità di voto, al contrario di quanto richiesto, non è invece stata ammessa per i singoli emendamenti a causa del loro elevato numero e del carico di lavoro non sostenibile che ciò avrebbe comportato<sup>58</sup>.

Nell'ambito di ulteriori innovazioni introdotte, merita di essere menzionata l'utilizzo della piattaforma *Interactio* per la partecipazione a distanza dei deputati alle riunioni. Si tratta di una piattaforma che consente di accogliere fino a mille partecipanti a distanza contemporaneamente, utilizzando fino a nove lingue in un massimo di sei riunioni simultanee<sup>59</sup>. Al fine di rendere maggiormente fruibile tale piattaforma sono stati distribuiti al personale e agli uffici dei deputati circa 6500 computer ibridi in grado, a partire

---

<sup>56</sup> Al riguardo, giova segnalare che il Presidente del Parlamento, nella seduta dell'Ufficio di Presidenza del 6 luglio 2020, evidenziava che *iVote* fosse stata sviluppata del tutto internamente e che l'utilizzo della piattaforma iOS fosse solo una soluzione temporanea, nell'attesa che sia disponibile una soluzione su tutti i dispositivi. Segnalava, infine, che gli account *iCloud* personali non devono essere utilizzati nel contesto di "iVote", cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., 6 luglio 2020, 15, reperibile online al seguente indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/07-06/BUR\\_PV\(2020\)07-06\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/07-06/BUR_PV(2020)07-06_IT.pdf).

<sup>57</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 15 giugno 2020, 15.

<sup>58</sup> *Ibidem*. Sul tema, peraltro, lo stesso Presidente nella seduta del 14 settembre 2020 ha rilevato come il Regolamento del Parlamento non preveda l'obbligo di votazioni per appello nominale su singoli emendamenti (il cui numero è spesso molto elevato) in sede di commissione e che, dunque, si tratta di una decisione che spetterebbe al presidente di ciascuna commissione, cfr. Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 14 settembre 2020, 18, reperibile online al seguente indirizzo web [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/09-14/BUR\\_PV\(2020\)09-14\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/09-14/BUR_PV(2020)09-14_IT.pdf).

<sup>59</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 15 giugno 2020, 10.

da giugno, di essere utilizzati per la connessione alle riunioni su *Interactio* grazie all'installazione del *browser Chromium*<sup>60</sup>.

Nonostante sia stato auspicato che nel lungo termine il Parlamento possa riprendere riunioni e discussioni fisiche, anche quale «elemento fondamentale della democrazia parlamentare», tra le altre esigenze avvertite deve rilevarsi che, in considerazione del fatto che le riunioni «ibride» con partecipazione sia fisica che a distanza continueranno per un periodo prolungato<sup>61</sup>, è stata evidenziata la necessità di continuare ad adoperarsi per consentire la piena partecipazione dei deputati connessi da remoto, in modo che possano tra l'altro intervenire tramite l'iscrizione sull'elenco degli oratori o attraverso la procedura «*catch-the-eye*»<sup>62</sup> e porre domande attraverso le c.d. «*blue cards*» (cartellini blu)<sup>63</sup> durante le discussioni in Aula<sup>64</sup>.

#### 6. *Verso una maggiore partecipazione. L'intervento in plenaria da remoto*

Il protrarsi dell'emergenza sanitaria, tornata ad acuirsi dopo un rallentamento estivo, ha reso necessario prorogare le misure adottate e ha dato maggiore impulso alla necessità di implementare

<sup>60</sup> *Ibidem*, 10.

<sup>61</sup> Già nel corso della discussione in sede di Ufficio di Presidenza del 6 luglio 2020 emergeva la necessità che «per le riunioni del Parlamento si dovrebbe continuare a consentire ai deputati di partecipare sia fisicamente sia a distanza; di conseguenza, la decisione dell'Ufficio di presidenza del 20 marzo 2020 relativa alle votazioni a distanza dovrebbe essere prorogata fino al 30 settembre 2020». Tale necessità veniva poi approvata con la sola contrarietà dell'on. Kolaja. Cfr. Ufficio di Presidenza, 6 luglio 2020, cit., 10.

<sup>62</sup> Si tratta di interventi disciplinati dell'art. 171, 8 RPE nei quali il Presidente può concedere la parola ai deputati che indichino, mostrando appunto un cartellino blu, che desiderano rivolgere ad un altro deputato, durante il suo intervento, una domanda, della durata non superiore a mezzo minuto, correlata all'intervento del deputato. A quel punto il Presidente, solo ove l'oratore sia d'accordo, e sempreché egli ritenga che ciò non perturbi l'andamento della discussione né dia luogo, attraverso domande consecutive rivolte mediante cartellini blu, a un grave squilibrio per quanto riguarda le affinità dei gruppi politici cui appartengono i deputati che prendono la parola nella discussione, procede a dare la parola al deputato interrogante.

<sup>63</sup> Si tratta di interventi di un minuto in cui i parlamentari che non si sono iscritti nel dibattito, devono attirare l'attenzione del Presidente alzando la mano. Si tratta di interventi che hanno luogo una volta esaurito il normale elenco degli oratori, immediatamente prima degli interventi conclusivi. In tale occasione è compito del Presidente assicurare, per quanto possibile, che intervengano alternativamente oratori di tendenze politiche diverse e di diversi Stati membri (art. 171, 6 RPE).

sempre più le modalità di lavoro e partecipazione a distanza sia in Commissione che in Aula.

In proposito, nel corso della seduta del 14 settembre 2020, l'Ufficio di Presidenza ha deciso di estendere sino al 31 dicembre 2020 il sistema alternativo di votazione elettronica che aveva introdotto con sua stessa decisione il 20 marzo 2020. Inoltre, per quanto concerne le votazioni, pur basandosi ancora sull'utilizzo dell'applicazione *iVote*, si è fatto in modo che essa fosse disponibile anche su altre piattaforme (e non solo su iOS): un notevole passo avanti. Certo, bisogna rilevare che nonostante questi auspici, ancora in settembre, non era stato sanato un importante difetto più volte evidenziato: l'impossibilità di intervenire in Aula per i deputati connessi da remoto. Tale mancanza, sentita particolarmente dai deputati<sup>65</sup>, ha portato alla richiesta di far intervenire i deputati in Aula mediante collegamento da remoto presso sedi "qualificate" come, ad esempio, gli uffici di collegamento del Parlamento europeo (EPLO)<sup>66</sup>. Su tale possibilità si è aperto un dibattito interno poiché, come dichiarato dal Segretario generale, essa, benché tecnicamente possibile, è di fatto una scelta di natura politica<sup>67</sup>. A ciò deve aggiungersi che tale esigenza è sembrata sempre più necessaria poiché è stato consigliato ai deputati di partecipare a distanza alle prossime tornate, e non fisicamente, osservando che la presenza fisica si sa-

<sup>64</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 6 luglio 2020, 11.

<sup>65</sup> L'esigenza di poter intervenire da remoto anche durante le Plenarie, infatti, emergeva durante la discussione nelle sedute dell'Ufficio di presidenza del 20 marzo (p. 10), 17 aprile (p. 9), 11 maggio (p. 12), 6 luglio (p. 11), 5 ottobre (p. 19) e, altresì, nella Conferenza dei Presidenti di gruppi del 7 maggio (p. 18).

<sup>66</sup> Si tratta degli Uffici d'informazione presenti in ogni Stato membro: una o due sedi (per i paesi più grandi). Il nostro Paese, per esempio, ne ha due: una a Roma, nei pressi di Piazza Venezia, ed una a Milano vicino al Castello Sforzesco. Cfr. M.A. Fusaro, *Plenaria a distanza? Al Parlamento europeo si può*, in *libertàeguale.it*, 15 novembre 2020, reperibile online al seguente link <http://www.libertàeguale.it/plenaria-a-distanza-al-parlamento-europeo-si-puo/>. Per la proposta, si vedano, Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 24-25 settembre 2020, 10, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/09-24/BUR\\_PV\(2020\)09-24\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/09-24/BUR_PV(2020)09-24_IT.pdf); cfr., inoltre, Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 5 ottobre 2020, 19, reperibile online al link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces\\_verbal/2020/10-05/BUR\\_PV\(2020\)10-05\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/bureau/proces_verbal/2020/10-05/BUR_PV(2020)10-05_IT.pdf).

<sup>67</sup> Come affermato nella seduta del 24-25 settembre 2020 dell'Ufficio di Presidenza «benché la possibilità per i deputati di intervenire in Aula a distanza dagli EPLO sia tecnicamente possibile, il fatto di attuarla o meno è una decisione politica» cfr. Ufficio di Presidenza, 25-25 settembre 2020, cit., 12.



rebbe dovuta ridurre al minimo necessario<sup>68</sup>, incrementando ulteriormente la capacità di organizzare riunioni a distanza<sup>69</sup>.

Il definitivo passo in avanti è stato compiuto nel corso della plenaria di novembre I (11-13 novembre), quando agli europarlamentari è stato consentito di poter intervenire, secondo l'ordine di iscrizione, dagli uffici di collegamento EPLO del Parlamento negli Stati membri.

Si è trattato di un'importante innovazione che è andata a colmare sempre più il *gap* esistente tra i deputati in Aula ed i deputati connessi da remoto. Il sistema, peraltro, sembra aver funzionato correttamente e, in pratica, ha visto il Presidente, presente in Aula, dare di volta in volta la parola ai deputati connessi da remoto e iscritti a parlare che, a quel punto, potevano iniziare il loro intervento (nei limiti di tempo previsti dal Regolamento) apparendo in audio/video sia all'interno dell'emiciclo che, a schermo intero, in diretta *webstreaming* sul sito del Parlamento europeo. Certo, permangono lacune difficilmente cancellabili, anche con tale innovazione. In particolare, ad esempio, tale strumento non potrebbe essere utilizzato dal deputato che fosse impossibilitato a raggiungere la sede dell'EPLO presso il suo Stato per via di restrizioni alla libertà di circolazione<sup>70</sup> per ragioni sanitarie. Inoltre, per i deputati connessi da remoto non sono consentite in forma orale (ma solo per iscritto) le c.d. "*blue cards*" (cartellini blu), ovvero gli interventi che

---

<sup>68</sup> Si veda l'appello rivolto dal Presidente del Parlamento, in sede di Conferenza dei Presidenti di gruppo, il 15 ottobre 2020, con egli si è rivolto ai presidenti di gruppo «affinché invitino i rispettivi deputati e membri del personale a rispettare l'insieme di norme, orientamenti e consigli e a mantenere un livello minimo di presenza fisica durante la tornata e le riunioni» cfr. Conferenza dei Presidenti, proc. verb., sed. 15 ottobre 2020, cit., 11, reperibile online al seguente indirizzo web [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2020/10-15/CPG\\_PV\(2020\)10-15\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2020/10-15/CPG_PV(2020)10-15_IT.pdf).

<sup>69</sup> Vale notare che è stato rilevato in sede di Ufficio di Presidenza come, comunque, nonostante le «riunioni fisiche sono più adatte a raggiungere soluzioni, compromessi e accordi politici» in questa difficile fase, «i nuovi strumenti e metodi di lavoro potranno comunque essere utilizzati in modo efficiente ed equilibrato» cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, cit., 6.

<sup>70</sup> Inoltre, diversamente da quanto accade per i parlamentari, il Regolamento interno non consente alla Commissione e alla Presidenza di turno del Consiglio di intervenire da remoto e pertanto, in occasione della Plenaria di novembre, sono stati presenti fisicamente in aula, insieme al solo presidente Sassoli e ad un drappello di altri europarlamentari, cfr. M.A. Fusaro, cit.

consentono un botta e risposta, così come quelli c.d. “*catch the eye*”. Inoltre, durante la plenaria di novembre, le modifiche all’ordine del giorno disposte *ad horas* hanno causato la cancellazione di interventi in plenaria da parte di molti deputati e i dibattiti svoltisi dopo le 20.00 non hanno consentito a tutti i parlamentari di partecipare data, in alcuni casi, la mancanza di treni che consentissero ad essi di rientrare dalla sede EPLO al proprio domicilio<sup>71</sup>.

A quasi un semestre dall’inizio dei lavori in modalità a distanza, bisogna dire però che i passi avanti sono stati tuttavia notevoli, soprattutto sul fronte della capacità di organizzare riunioni a distanza: a settembre il Parlamento è riuscito a garantire la disponibilità, per la partecipazione multilingue a distanza alle riunioni, di dodici sale a Bruxelles e tredici a Strasburgo. Inoltre, ha sviluppato una capacità di 20-25 riunioni al giorno, 40-120 riunioni alla settimana, con un’offerta di 6-12 lingue per riunione. Ciò ha consentito un totale di 940 riunioni multilingue con partecipazione a distanza e oltre 80000 connessioni da remoto<sup>72</sup>. Per quanto riguarda le riunioni ibride, che utilizzano l’attuale sistema di riunione a distanza, deve dirsi invece che rimane un *gap* linguistico: non è ancora consentito a tutti i partecipanti da remoto di utilizzare la propria lingua madre poiché la piattaforma non è ancora in grado di offrire l’interpretazione in tutte le lingue ufficiali<sup>73</sup>.

## 7. *I lavori del Parlamento europeo in circostanze eccezionali: le modifiche al Regolamento intento*

La crisi sanitaria causata dalla pandemia da Covid-19 ha aperto alla necessità di adattare le norme interne del Parlamento al verificarsi di contingenze eccezionali che non gli consentano di la-

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, 18. Al riguardo deve notarsi che, secondo gli ultimi dati disponibili, il numero delle operazioni di voto è sensibilmente cresciuto da marzo ad ottobre. Se, nel corso della seduta straordinaria del 26 marzo si erano svolti un dibattito, tre sessioni di voto e undici operazioni di voto, nella seduta di ottobre II (19-23 ottobre) si sono celebrati diciotto dibattiti, tredici sessioni di voto e più di 1500 operazioni di voto. Si veda, lo schema con i dati reperibile al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/the-president/files/live/sites/president/files/pdf/PR%20211020/Overview%20of%20debates%20and%20votes%20March\\_Oct.pdf](https://www.europarl.europa.eu/the-president/files/live/sites/president/files/pdf/PR%20211020/Overview%20of%20debates%20and%20votes%20March_Oct.pdf).

<sup>73</sup> Cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, 10.

vorare secondo le procedure ordinarie. Per tali ragioni, dunque, è nata l'esigenza di modificare il Regolamento interno al fine di introdurre procedure che garantiscano una continuità di funzionamento dell'Istituzione dinanzi a circostanze eccezionali come, appunto, quelle di una pandemia.

Tale ruolo, come ricordato (*supra* 4), è stato affidato alla Commissione AFCO - Affari Costituzionali, la quale ha ricevuto mandato di elaborare un progetto di modifiche culminato con la presentazione, il 10 luglio 2020, da parte della relatrice Gabriele Bischoff di un progetto riguardante, appunto, «modifiche del regolamento volte ad assicurare il funzionamento del Parlamento in circostanze eccezionali»<sup>74</sup>. La proposta, che mira a ad introdurre un nuovo titolo nel Regolamento interno del Parlamento, il XIII-*bis*, denominato «Circostanze eccezionali» e composto da cinque articoli (237-*bis* - 237-*sexies*), è stata approvata in via definitiva dal Parlamento europeo il 17 dicembre 2020.

Una delle prime novità è quella introdotta dal nuovo art. 237-*bis*, 1, e cioè l'attribuzione al Presidente, con l'accordo della Conferenza dei Presidenti<sup>75</sup>, della facoltà di adottare misure eccezionali che consentano al Parlamento di continuare a esercitare le proprie prerogative, quando «per motivi di sicurezza o di protezione o a seguito dell'indisponibilità di mezzi tecnici» sia «impossibile o pericoloso per il Parlamento riunirsi conformemente alle procedure abituali [...] e al calendario che ha adottato» (art. 237-*bis*, 1, «misure eccezionali»)<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Il riferimento è alla «Proposta di decisione del Parlamento europeo su modifiche del regolamento volte ad assicurare il funzionamento del Parlamento in circostanze eccezionali (2020/2098(REG))» del 10 luglio 2020, reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-PR-654009\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-PR-654009_IT.pdf).

<sup>75</sup> La proposta, tuttavia, si preoccupa di disciplinare anche l'ipotesi in cui, per motivi d'urgenza, non sia possibile riunire la Conferenza dei presidenti prevedendo che, in tali casi, sia il Presidente a decidere quali misure più opportune applicare. Tuttavia, in ragione dell'eccezionalità della decisione (poiché assunta senza il necessario raccordo con la Conferenza dei presidenti), viene previsto altresì che tale decisione «cessa di essere applicabile cinque giorni dopo la sua adozione, a meno che non sia approvata dalla Conferenza dei presidenti entro tale periodo» (art. 237-*bis*, 2).

<sup>76</sup> Va rilevato, tuttavia, che tale decisione del Presidente, approvata dalla Conferenza dei presidenti, non è del tutto sottratta alla volontà del Parlamento. Infatti, la proposta prevede che un gruppo politico o un numero di deputati pari almeno alla soglia bassa possano chiedere, in qualsiasi momento, che alcune o tutte le misure oggetto delle decisioni assunte dal Presidente, in accordo con la Conferenza, siano sottoposte

La modifica, inoltre, all'art. 237-*bis*, 3 tipizza alcune misure eccezionali da adottare al ricorrere delle circostanze di cui al 327-*bis*, 1, e cioè quando il Parlamento non possa esercitare le proprie funzioni. Tra queste, viene considerata la possibilità di rinviare una tornata, una seduta o una riunione di commissione, già precedentemente programmate, e annullare e limitare riunioni di delegazioni interparlamentari e di altri organi» (237-*bis*, n. 3, lett. *a*). Inoltre, si prende in ipotesi anche la possibilità di spostare una tornata, una seduta o una riunione di commissione, dalla sede del Parlamento «a uno dei suoi luoghi di lavoro o a un luogo esterno, o da uno dei suoi luoghi di lavoro alla sede del Parlamento, a un altro dei suoi luoghi di lavoro o a un luogo esterno» (237-*bis*, n. 3, lett. *b*). Si permetterebbe, così, al Parlamento di adoperarsi in modo da trovare soluzioni alternative in casi in cui non sia consentito lavorare all'interno dei suoi uffici. Al contrario, invece, si prevede che quando la seduta si possa svolgere nei locali del Parlamento, essa in casi eccezionali, possa celebrarsi «in tutto o in parte in sale di riunione separate, che consentano un distanziamento interpersonale adeguato»<sup>77</sup> (art. 237-*bis*, 3, lett. *c*).

Ancora, le proposte di modifiche inseriscono nel Regolamento la possibilità di ricorrere sia per una seduta che per le altre riunioni degli organi del parlamento «al regime di partecipazione a distanza di cui all'articolo 237-*quater*». La partecipazione a distanza, dunque, viene codificata all'interno dell'art. 237-*quater*, il quale indica una serie di attività che i deputati possono svolgere da remoto garantendo ad essi di poter esercitare senza restrizioni alcune importanti funzioni del loro mandato parlamentare.

Anzitutto, viene garantito per i deputati il diritto di intervenire in Aula e in commissione, di votare e di presentare testi. Si è più

---

al vaglio del Parlamento per essere approvate senza discussione. In tali casi, viene prescritto che la votazione in Aula è iscritta all'ordine del giorno della prima seduta successiva alla data di presentazione della richiesta e non possono essere presentati emendamenti. Nel caso in cui una misura non ottenga la maggioranza dei voti espressi, decade al termine della tornata (art. 237-*bis*, 2).

<sup>77</sup> Nell'ipotesi in cui la seduta plenaria si svolga, appunto, in tutto o in parte in sale di riunione distinte «si considera che le sale di riunione utilizzate in questo contesto costituiscono collettivamente l'emiciclo» e, in tale caso, il Presidente potrà determinare il modo in cui le rispettive sale di riunione possono essere utilizzate, al fine di assicurare che le prescrizioni in materia di distanziamento interpersonale siano rispettate (art. 237-*quinques*).

volte ricordato, finora, l'importanza che i deputati hanno attribuito alla possibilità di poter intervenire in Aula, anche da remoto. Quanto, invece, alla fase strettamente deliberativa, le nuove regole consentirebbero ad essi di esprimere il proprio voto individualmente e personalmente attraverso la «procedura ordinaria, per appello nominale e a scrutinio segreto». In relazione alle votazioni, inoltre, si propone specificamente che, ancorché con votazioni ibride, nel corso di queste si applichi la stessa modalità di voto per tutti i deputati, sia presenti in Aula che connessi da remoto.

Le modifiche del Regolamento si occupano anche di «garantire ai deputati connessi da remoto che i servizi di traduzione e di interpretazione siano forniti nella misura più ampia possibile e a mettere a disposizione dei deputati e del loro personale siano “tecnologicamente neutre”». La sicurezza è, infatti, uno degli altri aspetti più citati tra le problematiche emerse nei mesi in cui il Parlamento ha iniziato a lavorare con modalità telematiche. Al fine di garantire che la partecipazione dei deputati alle discussioni e alle votazioni parlamentari avvenga con mezzi elettronici sicuri viene previsto che essi siano «gestiti e controllati dai servizi del Parlamento direttamente ed internamente». Le modifiche affidano, invece, al Presidente la determinazione dei modi in cui i diritti e le prassi che non possono essere esercitati in modo appropriato senza la presenza fisica dei deputati siano adattati per tutta la durata del regime di lavoro a distanza<sup>78</sup>.

Molto interessante, infine, sembra l'attenzione riservata, dall'art. 237-ter, ai casi in cui, per ragioni eccezionali, vi possa essere una perturbazione dell'equilibrio politico in seno al Parlamento. In tali casi, infatti, viene previsto che il Presidente possa, con l'accordo della Conferenza dei presidenti, «adottare le misure necessarie per agevolare la partecipazione dei deputati interessati o di un gruppo

---

<sup>78</sup> A riguardo deve sottolinearsi che la proposta di modifica del Regolamento indica, proprio all'art. 237-*quater*, un elenco di tali diritti e prassi che devono essere garantiti, pur se a distanza, durante la durata di un regime eccezionale di ordine dei lavori. In particolare, si tratta *a)* delle modalità di registrazione della partecipazione alle sedute o alle riunioni; *b)* le condizioni alle quali si chiede la verifica del numero legale, *c)* della presentazione di testi; *d)* della ripartizione del tempo di parola; *e)* della programmazione delle discussioni; *f)* della presentazione degli emendamenti orali e l'opposizione agli stessi; *g)* ordine di votazione; *h)* le scadenze e i termini per la fissazione dell'ordine del giorno e per le mozioni di procedura.

politico interessato qualora giunga alla conclusione, sulla base di dati affidabili, che l'equilibrio politico in seno al Parlamento è gravemente compromesso a causa del fatto che un numero significativo di deputati o un gruppo politico non possono partecipare ai lavori dell'Istituzione [...] per motivi di sicurezza o di protezione o a seguito dell'indisponibilità di mezzi tecnici»<sup>79</sup>.

Tali nuove modifiche, approvate nel corso della Plenaria di dicembre, sono entrate in vigore a partire dal 1° gennaio 2021, pur applicandosi solo a decorrere dal 18 gennaio come stabilito dalla decisione stessa<sup>80</sup>, costituendo così una prima base regolamentare all'interno della quale il Parlamento si potrà muovere nell'organizzazione e nella gestione dei lavori parlamentari al verificarsi di eventi eccezionali. Resta ferma, tuttavia, la possibilità per il Presidente di continuare a emettere decisioni su misure relative alla pandemia di Covid-19 che non siano coperte dal nuovo regolamento in ragione della responsabilità di garantire la sicurezza del Parlamento europeo<sup>81</sup> (art. 22, 5, RPE).

---

<sup>79</sup> Si tratta di una corretta previsione poiché è in grado di evitare che situazioni eccezionali alterino la maggioranza parlamentare. Non appaia una ipotesi così improbabile: tale problema ha assunto dimensioni quantitative ragguardevoli in Spagna dove tutti i deputati del gruppo parlamentare di Vox, il terzo per numero di componenti, essendo risultati positivi al Covid-19, non hanno potuto partecipare fisicamente ad alcune sedute. Il rischio, peraltro, era stato già sollevato durante la prima fase della pandemia da S. Ceccanti il quale, proprio a causa di una disposizione regolamentare come quella in esame che si vuole adottare, ha evidenziato il rischio di esporsi ad un "Palamento lotteria", si v. S. Ceccanti nell'ambito del convegno ospitato on line sul sito di Radio Radicale dal titolo *Parlamento on line: a distanza o in presenza?*, cit., Si tratterebbe sicuramente di un'ipotesi estrema e che rischierebbe di mettere in "fuorigioco" il Parlamento, come effettivamente ha fatto notare C. Fusaro, *Le Camere nell'emergenza della pandemia, inperfondazione.eu*, 18 marzo 2020, quad. 5/20.

<sup>80</sup> Tale differimento, come si legge al punto 7 della stessa decisione, è stato reso necessario affinché «il Presidente e la Conferenza dei presidenti dispongano della base giuridica necessaria per adottare e approvare una decisione a norma del nuovo art. 237-bis, 2, primo comma, di modo che le nuove disposizioni possano essere pienamente applicate sin dal primo giorno della loro applicazione, segnatamente l'apertura della prima tornata ordinaria del 2021». La decisione è consultabile online sul sito del Parlamento europeo al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0194\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0194_IT.html).

<sup>81</sup> Come dichiarato, peraltro, dallo stesso Presidente nel corso della Conferenza dei Presidenti di Gruppo, proc. verb., sed 13 gennaio 2021, 13 e reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2021/01-13/CPG\\_PV\(2021\)01-13\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2021/01-13/CPG_PV(2021)01-13_IT.pdf).

## 8. *Per concludere*

È ancora troppo presto per poter dire quale sarà il raccolto che l'esperienza maturata durante questa pandemia lascerà nell'organizzazione dei lavori e delle attività del Parlamento europeo.

Ciò che sinora è possibile scorgere sembra andare in due direzioni solo apparentemente distanti, accomunate invece da una radice comune. Si tratta, in primo luogo, della necessità, diffusamente avvertita<sup>82</sup>, di tornare quanto prima a far sì che il Parlamento sia «un'istituzione fisica in cui i deputati continuano a riunirsi»<sup>83</sup>. A tale esigenza, si affianca, in secondo luogo, quella di non disperdere il *know-how* di conoscenze acquisite durante la pandemia poiché «i servizi a distanza potrebbero apportare un valore aggiunto alle riunioni parlamentari»<sup>84</sup>.

Se è vero, dunque, che i lavori parlamentari dovrebbero essere condotti principalmente con la presenza dei deputati nei locali del Parlamento, va altresì riconosciuto che i servizi a distanza durante la pandemia stanno fornendo preziosi vantaggi aggiuntivi all'attività dei deputati e all'organizzazione interna dei lavori del Parlamento europeo<sup>85</sup>. Tali modalità di partecipazione da remoto, inoltre, po-

<sup>82</sup> Cfr. Ufficio di Presidente, 24-25 settembre 2020, 10; cfr., inoltre, Conferenza dei Presidenti di Gruppo, proc. verb., sed. 10 settembre 2020, 11 e reperibile online al seguente link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf\\_pres\\_groupes/proces\\_verbal/2020/09-10/CPG\\_PV\(2020\)09-10\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/organes/conf_pres_groupes/proces_verbal/2020/09-10/CPG_PV(2020)09-10_IT.pdf).

<sup>83</sup> Cfr. come sostenuto in sede di Ufficio di Presidenza dall'on. Beer, Vicepresidente responsabile del multilinguismo, nel corso della seduta del 24-25 settembre 2020, cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, cit., 18.

<sup>84</sup> La posizione, condivisa da tutto l'Ufficio di Presidenza, è sempre quella dell'on. Beer, la quale peraltro sottolinea che in futuro, i servizi a distanza potrebbero apportare un valore aggiunto alle riunioni parlamentari, in termini di *a*) lingue aggiuntive grazie al ricorso ad interpreti che lavorano a distanza; *b*) maggiore contributo all'attività parlamentare dei deputati grazie all'aumento delle connessioni da remoto con esperti e portatori d'interessi non unionali; *c*) flessibilità nell'organizzazione di riunioni ibride, anche in contesti eccezionali, cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre, 19.

<sup>85</sup> A riguardo, è interessante rilevare come l'Ufficio di Presidenza, esprimendosi comunque sulla necessità che «l'attività parlamentare dovrebbe tornare a essere condotta in presenza dei deputati nei locali del Parlamento» e sulle «ripercussioni a lungo termine sulla comunicazione, la mobilità, l'interazione umana e le modalità di lavoro nella società a seguito dell'attuale pandemia» abbia salutato con favore le modalità di lavoro da remoto quantomeno sotto il profilo del positivo impatto che essa ha avuto sull'ambiente, in considerazione della notevole riduzione dei viaggi dei deputati e del personale del Parlamento da e verso le sedi del Parlamento, cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, 10; si veda anche *supra* nt. 34. Allo stesso tempo, però, valgano nel senso opposte che considerazioni espresse dall'on. Barley, Vicepresidente con re-

trebbero essere utilizzare per offrire ulteriori possibilità di interazione con i cittadini nonché un migliore accesso ai contenuti multilingue, anche per il tramite degli uffici di collegamento del Parlamento europeo, aumentando il raggio d'azione e visibilità sul territorio<sup>86</sup> dell'assemblea parlamentare europea. Per questa via, sembra potersi realizzare un primo embrione di quel «parlamento diffuso e connesso» che realizza «'nuova' rappresentanza, fatta di compresenza, fisica e digitale» di cui ha parlato recentemente Andrea Manzella<sup>87</sup>.

Tale approccio appare senz'altro condivisibile poiché possiede entrambi gli elementi per bilanciare con un granello di sale le due posizioni in campo: da un lato la necessità di non disperdere il dibattito e la discussione dal vivo (e non mediata attraverso uno schermo), aspetto essenziale della democrazia rappresentativa di cui il Parlamento europeo è massima espressione nelle Istituzioni dell'Unione; dall'altro la capacità di andare incontro alle possibilità che lo sviluppo tecnologico pone davanti, consentendo così di ottimizzare e rendere sempre più funzionali i lavori del Parlamento.

Non si tratta, come detto, di fare del Parlamento europeo una «Camera virtuale»<sup>88</sup>, quanto piuttosto di un'istituzione che, rimanendo legata alla tradizione del parlamentarismo, sappia cogliere gli aspetti favorevoli dell'era digitale. È in questa prospettiva, a dire il vero, sembrano infatti potersi collocare alcuni degli sforzi che, pur nelle avversità, l'Europarlamento è stato in grado di mettere in campo dallo scoppio della pandemia.

Si è detto della capacità che esso ha avuto nell'essere davvero reattivo ai cambiamenti imposti dal virus. Pur con qualche limite

---

sponsabilità secondaria per la comunicazione, secondo cui «gli strumenti digitali per l'interazione con i cittadini hanno avuto enormi vantaggi bisognerebbe sottolinearne, però, anche gli svantaggi, e segnatamente la mancanza di contatto diretto e di interazione, la difficoltà di mantenere viva l'attenzione dei partecipanti in eventi da remoto e il rischio di perdere i cittadini che hanno meno familiarità con la tecnologia, come i cittadini più anziani» cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, cit., 14.

<sup>86</sup> Di questo avviso, l'on. Beer nel corso dell'Ufficio di Presidenza del 24-25 settembre 2020, cfr. Ufficio di Presidenza, 24-25 settembre 2020, cit., 19.

<sup>87</sup> Cfr. A. Manzella, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Piccole Conferenze, Mucchi Editore, 2020, cit., 69-70.

<sup>88</sup> Sembrano, infatti, assolutamente da condividere le considerazioni cui arriva A. Manzella, il quale pur consapevole che la digitalizzazione delle procedure parlamentari può consentire una maggiore «democratizzazione» del processo parlamentare per renderlo più «intellegibile», non rinuncia ad evidenziare che essa comunque «non è l'alternativa all'assemblea», cfr. A. Manzella, cit., 71.



che è stato in appropriata sede evidenziato, sembra potersi dire che sinora sia stato all'altezza della sfida di mantenere acceso il motore della democrazia europea. Gli strumenti che si sono passati in rassegna, l'evoluzione che essi hanno avuto e gli sviluppi che potranno ancora avere ispirano a guardare con fiducia agli strumenti che hanno consentito al Parlamento europeo di lavorare nella pandemia.

Certo, è ragionevole ritenere che alcune delle modalità di lavoro adottate potranno (e dovranno) essere abbandonate quando ci si avvierà verso un progressivo ritorno alla normalità dopo la pandemia. Non sarà più opportuno mantenere la possibilità per le commissioni di svolgere per intero la normale attività con modalità a distanza. Allo stesso modo anche l'utilizzo dell'applicazione *iVote* potrebbe essere progressivamente abbandonata. Inoltre, anche le plenarie potranno tornare a celebrarsi secondo le modalità tradizionali interamente in presenza con la conseguente (ri)espansione di diritti e prerogative per tutti gli eurodeputati.

Allo stesso tempo, tuttavia, le modalità introdotte in questi mesi, oltre ad essere conservate per future occasioni in cui potrebbero tornare ad essere necessarie, si dovrebbero rendere fruibili anche in casi e circostanze particolari in cui, per comprovate ragioni, il deputato non possa prendere parte fisicamente ai lavori della commissione o dell'Aula. Si potrebbe, a titolo di esempio, abilitare il deputato a partecipare e votare a distanza nei casi di grave malattia, gravidanza, maternità o paternità, così come già previsto nel regolamento parlamentare del Congresso spagnolo<sup>89</sup>. Ancora, si potrebbe mantenere l'utilizzo di videoconferenze per le audizioni in commissione che comportino lo spostamento di numerosi soggetti o viaggi lunghi (si pensi all'audizione di soggetti non-UE)<sup>90</sup>. Come

---

<sup>89</sup> I regolamenti del *Congreso de los Diputados* (art. 82, comma 2) e del *Senado* (art. 92, comma 3) prevedono che l'Ufficio di Presidenza possa autorizzare il parlamentare a fare ricorso al voto telematico su richiesta dello stesso in caso di «gravidanza, maternità, paternità e grave malattia». Sul tema, sia consentito rinviare a G. Agolino, *Le Camere alla prova dell'emergenza Covid-19*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 1/20. Inoltre, in tali casi, i parlamentari autorizzati a votare da remoto sono da intendersi computati tra i presenti conformemente a quanto previsto dall'art. 79, comma 2 Reg. Congresso e dall'art. 93, comma 3 Reg. *Senado*. Cfr. S. Curreri, C. Marchese, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *Federalismi.it*, fasc.12/2020, 29 aprile 2020, 84.

<sup>90</sup> È l'idea, in questo caso, di articolare il lavoro delle commissioni del Parla-

può vedersi, si tratta solo di due innovazioni favorite dall'uso della tecnologia, ma che, anche alla luce del cambio di paradigma portato nella nostra quotidianità dal virus, non sembrano poi apparire così radicali e potrebbero essere introdotte in pianta stabile.

In altre parole, il *turning point* in cui la pandemia ha posto le nostre società sembra proiettarci all'orizzonte innovazioni semplicemente inedite, e non immaginabili, poco tempo fa. Ha accelerato, con repentina velocità, processi di cambiamento che, tuttavia, attendono, se li si vuole cogliere, di essere incanalati nel solco giusto. Ha aperto domande nuove, ponendo interrogativi sulla capacità di "essere Parlamento" nell'attuale momento.

La sfida è dunque quella di saperlo fare, innovandosi, non verso pulsioni antiparlamentariste, ma verso direzioni che, partendo dal bisogno di garantire il funzionamento del Parlamento in tempo di crisi sanitaria, potrebbero essere utilizzate per introdurre strumenti che affermino la capacità di proiettarsi nel futuro delle assemblee rappresentative, inventando «nuove procedure al tempo della digitalizzazione»<sup>91</sup>. Si tratta, inoltre, di fare del Parlamento europeo, un'assemblea parlamentare sperimentatrice di cose mai provate<sup>92</sup>.

Una sfida che, per quanto qui di interesse, consentirebbe di porre il Parlamento europeo in una posizione di avanguardia, in attesa che il superamento della «posizione di debolezza rispetto alle altre istituzioni europee»<sup>93</sup> lo trasformi davvero in una «istituzione trainante»<sup>94</sup> nello scenario dell'Unione<sup>95</sup>. Anche se il percorso verso

---

mento europeo, ma allargando lo sguardo, come fa A. Manzella, di tutte assemblee parlamentari in generale, in forme di lavoro "ibride", miste. Cfr. A. Manzella, cit., 67.

<sup>91</sup> Cfr. A. Manzella, *op. cit.*, 53.

<sup>92</sup> Cfr. A. Manzella, N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 136. Gli A., nelle conclusioni del loro volume, segnalano come, al di là delle difficoltà di diversa natura che il progetto europeo è costretto ad affrontare, vi sia «la necessità di guardare, per così dire, con occhi post-nazionali a cosa l'Unione europea e il suo Parlamento rappresentino nella modernità. Come rottura con il passato. Come sperimentatori di come mai provate», cfr. A. Manzella, N. Lupo, *ivi*.

<sup>93</sup> Cfr. L. Bardi, P. Ignazi, *Il Parlamento europeo*, Il Mulino, Bologna, 1999, cit., 9.

<sup>94</sup> Cfr. P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, cit., p. 325. Si v. anche, P. Pirotti, cit., 809.

<sup>95</sup> Sul ruolo del Parlamento europeo, nello scacchiere delle istituzioni europee valgono le considerazioni di A. Manzella e N. Lupo i quali considerano «il suo 'ruolo'

questa direzione è sembrato avanzare negli ultimi appuntamenti importanti<sup>96</sup>, ancora lunga appare la strada da compiere per dare al Parlamento europeo la dignità politica di una vera assemblea legislativa europea<sup>97</sup>. A partire dalla mancanza di strumenti giuridici per farsi valere con effetti obbliganti su alcuni organi del complicato “governo comunitario”<sup>98</sup>; oppure dall’essere titolare di un potere d’iniziativa legislativo limitato ad una “pre-iniziativa”, spettando essa in via esclusiva alla Commissione (71, 2 TUE)<sup>99</sup>. In questo, sta ancora oggi la grande differenza di ruolo tra il Parlamento europeo e le Assemblee legislative degli Stati membri. Una sensibile asimmetria che, comunque, deve sempre tenersi a mente per meglio indirizzare il ragionamento giuridico, pur senza che questo adombri i significativi passi in avanti che il Parlamento europeo viene fa-

---

– cioè la sua influenza complessiva sugli equilibri del sistema e, in definitiva sul ‘governo’ europeo – ancora insufficiente», cfr. A. Manzella, N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 19.

<sup>96</sup> Giova rilevare a riguardo che, sempre all’interno del selciato tracciato dai Trattati, i poteri del Parlamento hanno però avuto una notevole evoluzione. Essi, nel Trattato di Roma, erano tendenzialmente limitati *a*) al potere di esprimere parere su questioni nelle quali assumeva una posizione ancillare rispetto alla preminenza di Consiglio e Commissioni; *b*) al potere di adottare una mozione di censura nei confronti della Commissione (art. 144 CEE). Col tempo, soprattutto a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, essi sono aumentati significativamente sino a ricomprendere il potere di adire la Corte di giustizia dell’Ue e una maggiore partecipazione nelle procedure decisionali, soprattutto in materia di bilancio. Cfr. P. Mengozzi, C. Morviducci, cit., 35 ss.

<sup>97</sup> Come è stato recentemente notato, il Parlamento infatti si trova collocato in una sorta di limbo; pur avendo visto crescere la propria influenza non rappresenta ancora l’istituzione parlamentare di un «Superstato europeo» e tale «posizione frustra le ambizioni del PE di contribuire a forgiare un sistema europeo imperniato sul modello parlamentare» Cfr. E. Salvati, *Il Parlamento europeo. Tra crisi del processo di integrazione e politicizzazione dell’Unione Europea*, Mondadori Università, 2019, cit., 78. L’A., peraltro, per rendere meglio la condizione di “minorità” di cui soffre il PE nell’architettura di *governance* dell’Ue, stimola la riflessione con uno sforzo di immaginazione: «Ipoteticamente possiamo dire che l’UE potrebbe funzionare – anche se in forma diversa – senza l’apporto del PE ma non potrebbe mai esistere senza il potere prodotto e immesso nel sistema sovranazionale dal modello di contrattazione intergovernativo». Cfr. E. Salvati, *Il Parlamento europeo*, *ivi*.

<sup>98</sup> Cfr. A. Manzella, N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 65. È ciò che avviene, per esempio, per nei rapporti con il Consiglio europeo. Secondo gli autori, inoltre, Il Parlamento europeo riesce a “vedere” le responsabilità del complicato “governo comunitario”: ma non può far valere le responsabilità dei governi nazionali, che sono grandissime, nelle attuali condizioni di svolgimento dell’integrazione europea», cfr. A. Manzella, N. Lupo, *ivi*, cit., 20.

<sup>99</sup> Cfr. A. Manzella, N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 71-72.

cendo, pur nei limiti dei Trattati, come nel caso dell'organizzazione dei lavori parlamentari nella pandemia<sup>100</sup>. Una dimostrazione che testimonia come esso nonostante non sia «il solo spettacolo nella città» risulti essere «ancora il più attrattivo e certamente il più intrigante»<sup>101</sup>.

### *Abstract*

Il Parlamento europeo è stata una delle prime assemblee parlamentari ad introdurre strumenti in grado di garantire, nella pandemia, la continuità dei lavori e delle attività parlamentari. La necessità di dover rispettare le misure di natura sanitaria per evitare il proliferare del virus nelle aule parlamentari, oltre alle restrizioni che per molti mesi hanno coinvolto la libertà di circolazione impendendo ai parlamentari di recarsi in Parlamento, hanno stimolato l'introduzione di strumenti di partecipazione da remoto.

In particolare, il presente contributo, analizzerà l'introduzione del voto a distanza durante le sedute plenarie, le modalità di lavoro da remoto che hanno coinvolto le commissioni, l'introduzione dell'applicazione *iVote* e la possibilità di poter intervenire da remoto anche durante le plenarie. Si analizzerà, infine, la modifica del Regolamento interno del Parlamento europeo volta ad introdurre norme in grado di consentire, al verificarsi di circostanze eccezionali, procedure per garantire un Parlamento sempre aperto e funzionante.

---

<sup>100</sup> Appare opportuno che non si sorvoli, come già notato, sulla sostanziale asimmetria tra il ruolo di questo e delle Assemblee parlamentari degli Stati membri nelle architetture costituzionali delle forme di governo statali in cui sono inserite. Per meglio utilizzarle si potrebbe far riferimento, *mutatis mutandis*, alle parole che la Corte Costituzionale ha utilizzato nella sent. 1/2013 con riguardo ai poteri del Presidente della Repubblica, ma che possono valere anche per un altro organo costituzionale come il Parlamento. In particolare, su quello che la Corte definisce c.d. “potere di persuasione” «essenzialmente composto di attività informali [...] inestricabilmente connesse a quelle formali» (cons. in dir. 8.3). Nella misura in cui questo “potere di persuasione” diventa più sfumato, nel passaggio dai Parlamenti nazionali a quello europeo, per le ragioni di architettura dei Trattati accennate, il “sacrificio” di tutte quelle attività informali che i lavori parlamentari a distanza impongono sembra potersi accettare più facilmente.

<sup>101</sup> La citazione è di M. Westlake ed è contenuta in M. Westlake, *Conclusions: the European Parliament - coming of age*, in *The Journal of Legislative studies*, 1, 2018, e riportata in A. Manzella, N. Lupo, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 138. Il testo in lingua originale della citazione è il seguente: «'clearly not the only show in town' ma 'still one of the most attractive and certainly the most intriguing'», cfr. A. Manzella, N. Lupo, *ivi*, cit., 165.

The European Parliament was one of the first parliamentary assemblies which introduced tools capable to guarantee the continuity of parliamentary work and activities in the pandemic. The introduction of remote participation tools derives from (i) the need to comply with health measures to avoid the spread of the virus in parliamentary halls; (ii) the restrictive measures that limited people's freedom of movement.

In particular, this paper analyzes the remote tools which allows parliamentarians to vote during plenary sessions; examines the remote working methods that involved the committees; scrutinizes the iVote application which, among other, allows parliamentarians to present remotely even during plenary assembly.

Finally, this paper investigates the amendments to the Internal Regulations of the European Parliament aimed at introducing procedures which guarantees the functioning of the Parliament even in case of extraordinary events.

# PASSATO E PRESENTE



OTTO HINTZE

IL TESTAMENTO POLITICO DI FEDERICO IL GRANDE  
DEL 1752\*

[...]

Con un trasporto particolarmente pieno d'entusiasmo festeggiamo oggi il compleanno di Sua Maestà, nostro Imperatore e Re. Recenti e trepidanti giorni, che ora stanno alle nostre spalle, ci hanno portato ad una consapevolezza del tutto viva dell'infinito significato che riveste la persona del nostro Imperatore ai fini del benessere del nostro popolo e con gratitudine apprezziamo la provvidenza che lascia oggi di nuovo governare il signore della patria in piena forza e vigore nel suo alto e difficile ufficio. Perché egli ha sempre concepito come un ufficio la propria alta posizione al vertice del popolo e dello Stato, come i suoi antenati al tempo di quel primo principe elettore, Federico, che si era denominato semplice uomo dell'ufficio di Dio, in riferimento al proprio principato. Agganciandomi a questo elevato ringraziamento agli Hohenzollern, che l'odierno giorno ci fa rinnovare, vorrei tentare di rappresentare Loro come uno dei più grandi tra gli antenati del nostro imperatore abbia riassunto in un grande documento e consegnato alla posterità l'essenza della cura e del compito del proprio ufficio regale. Desidererei parlare del primo dei testamenti politici di Federico il Grande, in cui il re ha trasfuso la *summa* delle proprie esperienze politiche e dei propri principi di governo; e può addirsi proprio a questo giorno e a questa posizione il fatto di esprimere a sua Maestà l'Imperatore il riverente ringraziamento che la scienza storica patria deve a lui per l'autorizzazione da poco accordata nel senso di rendere accessibile alla pubblica opinione la gran parte di questo testamento politico nelle pubblicazioni dell'Accademia "*Acta Borussica*".

---

\* Discorso per il festeggiamento del compleanno di Sua Maestà Imperatore e Re tenuto nell'aula della reale università Federico Guglielmo a Berlino il 27 gennaio 1904, pubblicato in: O. Hintze, *Saggi storici e politici*, vol. 3, Berlin, 1908.



Questo testamento politico, che lo stesso re ha denominato così, è stato buttato giù a mano da lui, in lingua francese, nel 1752, nei mesi da aprile a luglio; nel piccolo, elegante e serrato scritto, che il re si prese cura di inserire nella propria produzione letteraria, esso forma un volume in quarto di rilevante dimensione.

[...]

Nelle indicazioni del principe Grande Elettore emerge la nuova idea volta a dare fondamento ad un potere autonomo, già molto consapevole e deciso; ma gli strumenti a questo fine l'esercito e il sistema finanziario, appaiono ancora come germogli non sviluppati, e con tutta evidenza si dà ancora peso agli affari della Chiesa e all'amministrazione della giustizia, che nell'antico Stato territoriale avevano rappresentato gli ambiti più preziosi della via pubblica. Con Federico Guglielmo I le questioni militari e finanziarie occupano una posizione del tutto dominante; la politica della Chiesa e l'amministrazione della giustizia quasi svaniscono al confronto, nonostante la vera religiosità e il santo fervore di giustizia di questo principe. Federico il Grande ha trattato proprio questi due ambiti con spirito più libero, nel senso dell'illuminismo, ma pur tuttavia solo incidentalmente. Egli fissa il principio secondo cui nei tribunali parlano le leggi e il monarca deve tacere; e se questo principio non viene *tout court* limitato, discutibilmente, dal penetrante controllo personale e dalla competenza penale sui giudici da parte del re, aveva dunque ragione Suarez quando intendeva vedere in esso un sostituto delle garanzie costituzionali nella sfera del diritto privato. La tolleranza religiosa fu adottata con Federico il Grande molto più ampiamente che non con il principe Grande Elettore e neanche con Federico Guglielmo I; la libertà di coscienza viene elevata proprio ora a principio assoluto. Ma qui come per la giustizia scorgiamo allo stesso tempo anche un chiaro riferimento agli interessi della gestione dell'economia, sicché queste conquiste in termini di sicurezza in materia di diritto e di libertà di coscienza appaiono quasi un complemento della politica di benessere materiale. La riforma della giustizia di Cocceio, che il re esaltò, interessò, anzi, solo il processo civile ed era volta a creare il solido terreno giuridico per una vita economica in crescita. E il principio di tolleranza viene del tutto posto da Federico in stretto collegamento con il suo sforzo verso l'incremento della popolazione, nel momento in cui quest'ul-

timo viene favorito come un magnete in vista della immigrazione desiderata. Considerati nel contesto politico, entrambi – riforma della giustizia e principio di tolleranza – sono diventati strumenti per dare forza allo Stato dall'interno, evitando inutili attriti interni, ed al contempo si possono concepire la sicurezza giuridica e la libertà di coscienza come sollievi che lo Stato offre ai propri cittadini a fronte dei duri pesi che esso è costretto a pretendere da loro. Gli sforzi autenticamente positivi del re nell'arte di governo si collocano però su un altro terreno. I suoi interessi principali sono indirizzati verso gli strumenti per il potere: finanze e gestione dell'economia, militari e politica – questi sono i veri e propri principali temi del testamento, questi sono i cavalli da corsa che, come una quadriga olimpica, in egual misura sotto sforzo e sotto la guida di un'unica mano, sono destinati a condurre il carro della Prussia verso la vittoria nella grande battaglia tra le potenze. Si vede che qui parla l'uomo che ha utilizzato gli strumenti di potere che Federico Guglielmo I aveva solo approntato.

[...]

Federico si esprime persino così: in un buon governo dello Stato tutto si deve tenere insieme con precisione, così come in un sistema filosofico; e proprio ciò rende *in primis* il fascino di questo documento, ossia che tutto ciò che è singolo viene rapportato ad un grande scopo e ne viene determinato. Questo scopo principale – non ci può essere dubbio al riguardo – costituisce il potere e la grandezza dello Stato. Da ciò parte tutto, tutto è finalizzato a questo. Di fianco al potere emerge, certo, il benessere del paese, la felicità dei sudditi in quanto scopo dell'attività dell'amministrazione; ma il benessere non è l'obiettivo più elevato, esso è equordinato al potere. Potere e benessere coesistono del tutto strettamente; l'uno condiziona l'altro; alla lunga nessuno può sussistere senza l'altro. Ma non è lo spirito degli sforzi verso il benessere a dominare l'intero sistema, quanto piuttosto lo spirito della politica del potere. Gli sforzi verso il benessere sono armonicamente inseriti nell'organizzazione del potere; essi si estendono fin dove è concessa quest'armonia; e se subentrano conflitti, hanno priorità gli interessi del potere. Dal momento che tutta l'economia, il commercio e i cambiamenti devono in ultima istanza servire agli obiettivi del potere dello Stato, tutto ciò non può essere lasciato dunque alla volontà del singolo *ad libitum*,

ma dev'essere controllato e regolato dall'alto. Lo Stato ha inglobato in sé, per così dire, la società civile con le sue fonti di alimentazione e le sue lotte di interesse: tutto vive e lavora per lo Stato.

Si vede qui – dall'interno – un grande contrasto pieno di conseguenze quale ha determinato lo sviluppo dei popoli moderni. Nei particolari stili di vita degli Stati territoriali tedeschi con piccoli principi ed in special modo anche di quelli protestanti del Nord, l'obiettivo dominante era stato il benessere del mondo e dello spirito e, naturalmente, soprattutto quello delle classi dominanti. Si voleva lavorare e godere nelle comodità della casa e nel progresso dell'economia. Il governo del principe doveva occuparsi della conservazione della dottrina pura e della cura della "cara giustizia" e prendere parte però il meno possibile ai "rapidi commerci" al di fuori nel mondo; lontani dalla guerra e dal relativo pericolo, si voleva condurre una vita tranquilla e silenziosa in tutta la grazia di Dio ed in piena rispettabilità.

Questa concezione circa i compiti della società politica, così facilmente comprensibile per il senso naturale degli esseri umani, è andata irrimediabilmente in frantumi sul continente a partire dalle orribili esperienze della guerra dei trent'anni; né il Vangelo né il benessere economico nelle grandi lotte di religione e di potere del mondo europeo potevano infatti continuare ad esistere con sicurezza senza la protezione delle armi e senza il braccio armato dello Stato; solo di fuori, al di là del canale, nella regale isola britannica, dove ci si era sottratti alle spinte e alla ressa dei poteri rivaleggianti, si era formata e conservata – a partire dalla rinuncia alla conquista del continente nel XVI secolo – una concezione simile, certo, con maggior stile e con un orizzonte più ampio. Partendo colà dall'obiettivo del benessere, si perveniva alla conquista del potere; il potere politico appariva lì come una leva in vista della promozione degli interessi economici. Ancora ai tempi di Federico, Geremia Bentham aveva fissato la massimizzazione della felicità (*gluckseligkeit*) come il vero scopo dello Stato: la maggior fortuna per la maggior parte della massa; e tutti gli uomini di Stato e filosofi inglesi hanno mantenuto fino ad oggi questo fondamento del pensiero politico, anche se c'è una differenza tra uomini come Cobden e Gladstone, da un lato, e Disraeli e Chamberlein, dall'altro.

Sul continente ricoperto di armi però, dove la rivalità permanente tra i popoli ha prodotto il militarismo, che l'Inghilterra fino ad oggi non ha conosciuto, l'obiettivo del benessere era necessaria-

mente subordinato a quello del potere; e la Prussia di Federico il Grande è diventata la rappresentante più pura di questo tipo di Stato militare. Il filosofo di *Sanssouci*<sup>1</sup> ben sapeva che lo Stato non è la più elevata ed ultima tra tutte le cose; ma sapeva anche che uno Stato forte è il migliore asilo per il benessere nonché la grande scuola della più elevata educazione dell'uomo; ed è per questo che il re di Prussia ha sempre fatto in modo da essere al proprio posto, con tutto il suo popolo, solo per lo Stato. Solo con questa eroica unilateralità è diventato possibile fare della Prussia ciò che essa è diventata; solo in questo contesto si comprende del tutto la dura grandezza e lo spirito spartano dell'arte di governo di Federico.

[...]

Il re fa presente che le cattive finanze dello Stato austriaco del 1740 sono state una disgrazia; egli parla considerando gli sforzi di Maria Teresa per creare su questo terreno cambiamento ed ordine. Egli mostra come la Sassonia e l'Olanda siano finite per indebolirsi ed essere disprezzate trascurando le loro finanze; anche la Francia è sulla strada della rovina finanziaria e quindi politica. Se si arrivasse, in Prussia, a tali condizioni, lo Stato andrebbe perso; perché esso non ha la forza interna delle antiche e grandi potenze, che si conservavano con la loro maggior estensione; il suo potere poggia solo sul duro lavoro; appena lo abbandona, va in rovina; un re di Prussia, come egli ha successivamente espresso con un pensiero simile, deve essere "*toujours en vedette*". Non si può pensare, in caso di guerra, a prestiti stranieri; in cambio di sussidi si vendono di regola i propri interessi politici, e pure a prezzi cattivi; un prestito all'interno potrebbe dare al massimo 5 milioni. Per questo la Prussia è indirizzata a dotarsi di una riserva di Stato per le esigenze straordinarie nei tempi di guerra, utilizzando i risparmi di una giusta politica finanziaria. Il re mette in preventivo entrate annuali per più di 13 milioni; due terzi di essi servono per il mantenimento dell'esercito. Per il soddisfacimento di tutte le esigenze dello Stato rimangono quasi 2,3 milioni di avanzo, che vengono posti nella riserva di Stato (tesoro). Per sé e per la propria corte il re ha bisogno di non più di 120.000 talleri all'anno; questa è la sua ricompensa: 10.000 talleri al mese, come egli stesso stima; neanche l'1 per cento di tutte le entrate dello Stato.

---

<sup>1</sup> [Ossia Federico II di Prussia - *n.d.C.*].

Queste entrate fluiscono in parte dalle imposte, in parte dal demanio e dalle regalie. Le imposte sono differenziate tra l'aperta campagna e le città. La terra paga un'imposta immobiliare, la contribuzione, che in gran parte grava sui contadini. Nelle città viene riscossa sugli ingressi un'imposta di consumo, l'accisa. Le principali impostazioni della politica fiscale del re sono volte a rendere sopportabile questo gravoso carico tributario per la terra. La contribuzione deve rimanere fissa una volta per tutte e non deve essere incrementata, finché non si determina, per esempio, una grande rivoluzione dei prezzi. Arbitrio ed oppressione della popolazione da parte di funzionari infedeli sono da perseguire e da punire senza indulgenza; in caso di incidenti devono intervenire procedimenti di condono. Le entrate da accise aumentano da sé con gli incrementi dei traffici e del benessere; un aggravio eccessivo delle classi più povere il re crede di poterlo evitare con una conformazione appropriata delle tariffe e con le tasse sui beni vitali per pane, carne e birra, le tasse debbono essere organizzate dalle autorità del posto sotto il controllo degli organi del re e debbono prevenire un eccessivo rincaro di queste necessità vitali. Per il demanio, che ogni sei anni deve essere affittato di nuovo, l'amministrazione parte dal presupposto di incrementare le somme dell'affitto a poco a poco, ma solo là dove possa essere dimostrata la possibilità di un'entrata maggiore senza il pericolo di opprimere i sudditi. In occasione di questo rinnovo degli affitti occorre effettuare una ricerca su come il funzionario si comporta con i contadini; ad un vessatore di contadini non viene rinnovato il contratto. Il demanio che lo Stato possiede è abbastanza grande. Esso non deve essere ulteriormente ampliato sulle spalle dei proprietari di cui all'ordine cavalleresco, come era accaduto con Federico Guglielmo I. Ad un piccolo principe, dice Federico, con una significativa occhiata al vecchio Dessau<sup>2</sup>, che era stato il modello economico di suo padre – ad un piccolo principe può convenire riscattare la propria nobiltà; ma il re di Prussia ha bisogno di una numerosa nobiltà di terra, che possa dargli gli ufficiali per il suo esercito.

Con grande chiarezza nelle risoluzioni del re si vede come dal sistema finanziario si determini il sistema dell'amministrazione interna di cui allo Stato mercantilistico di polizia<sup>3</sup>. La capacità contri-

---

<sup>2</sup> [Leopoldo I di Anhalt - Dessau - *n.d.C.*].

<sup>3</sup> [Nel senso dell'antica Cameralistica - *n.d.C.*].

butiva della popolazione è tirata fino al grado estremo; per mantenerla e rafforzarla occorre una cura razionale del benessere ed una complessiva amministrazione economica di polizia che porti genti e paesi ad un livello di civiltà più elevato. A tale scopo sono utili, da un lato, le grandi miglorie che allora venivano concepite in vigoroso sviluppo: prosciugamento delle paludi, regolamentazione delle aree desolate, fondazione di villaggi in Pomerania e nella marca di Brandeburgo, ovunque fosse disponibile più terra di quanto i proprietari potessero ordinariamente coltivare; dall'altro lato, l'avanzamento delle manifatture, cioè le industrie tessili in tela, lana e seta, che allora, prima della grande trasformazione della tecnica nel XIX secolo, erano ancora le vere e proprie grandi industrie. Con questa politica di industrializzazione Federico segue le orme di suo padre, ma ha portato più slancio e un tratto più imponente in questi sforzi. Egli pone il maggior valore possibile su questo ramo dell'amministrazione, perché vi vede il mezzo per raggiungere una bilancia commerciale favorevole come non s'era avuta neanche con suo padre. Egli valuta, nel 1752, forse troppo alto l'avanzo delle esportazioni sulle importazioni. La statistica del commercio era davvero agli inizi: lo stesso, Federico l'aveva creata, pochi anni prima del testamento, nel farsi presentare dalle autorità provinciali riassunti regolari dalle liste delle accise sulle esportazioni e sulle importazioni dei singoli articoli. Questi bilanci commerciali, così come le tariffe delle accise, furono in particolare creati per ogni provincia ed il re era soddisfatto quando gli introiti da commerci superavano notevolmente le somme del carico fiscale. Egli fa presente che non si possono governare le province secondo un sistema unico ed eguale e che da questo punto di vista sono troppo diverse le condizioni economiche di vita; le si rovinerebbe se le si volesse amministrare in egual modo senza considerare questo. Quel che si adatta a Kleve, non si adatta alla Prussia orientale; solo le province di mezzo, le Marche, la Pomerania, il Magdeburgo, l'Halberstadt, rappresentano un comparto uniforme e compatto, che si può amministrare secondo lo stesso punto di vista e che al contempo si può difendere anche militarmente. Egli desiderava aggregare la Slesia a questa massa compatta. Quindi, in queste province è stata portata ad attuazione, anche in modo esemplare, la politica economica mercantilistica del re con le sue dogane di difesa e i divieti d'importazione, i premi all'esportazione e alle imprese, nonché le regolamentazioni

di sostegno e di sorveglianza. Il testamento ha rappresentato questi principi per le principali industrie, nei loro tratti più rilevanti.

Questa politica di industrializzazione da parte del re ha accelerato uno sviluppo che era insito nel tratto generale della civiltà europea, ma che al contempo costituiva anche una condizione indispensabile per la sua politica di grande potenza; solo uno Stato industriale diligente poteva alimentare una popolazione così forte e sopportare un pesante peso finanziario come richiedeva la sua posizione politica, cui la Prussia era stata elevata dall'ambizione della sua dinastia. Con il che si determinava però, in questo organismo prima puramente agrario dal punto di vista economico, un contrasto già *in nuce* quale si è sviluppato oggi come problema dominante della politica economica nazionale: il contrasto tra l'industria e l'economia agraria. Federico non è stato un industrialista unilaterale, nonostante la preponderante colorazione mercantilistica della sua politica economica. Il testamento politico mostra del tutto chiaramente la sua tendenza a trovare un compromesso tra gli interessi dell'industria e quelli dell'economia agricola; egli si sforza di rendere possibile la creazione di un'industria senza danneggiare l'economia agricola. Certo, senza sacrificio non si poteva andare avanti per gli interessi agrari. I proprietari terrieri, allora per lo più liberoscambisti perché erano ancora esportatori, dovettero acconsentire al divieto di esportare lana e alle limitazioni di esportare cereali, ciò che naturalmente faceva pressione sui prezzi; l'emigrazione dei lavoratori della terra verso le città ricche d'impresе veniva allora ancora prevenuta nel momento in cui si manteneva appositamente stabile la situazione dei signori della terra tale da legare la popolazione agricola alla zolla, sicché i bisogni della gente e l'aumento dei salari non avevano ancora alcun ruolo. Ma soprattutto, attraverso i magazzini statali di grano e una razionale politica commerciale dei cereali, i cui principi vengono sviluppati nel testamento, il re ha cercato di provocare un condizionamento sui prezzi del grano il cui scopo era di ottenere prezzi medi il più possibile stabili sul mercato chiuso interno. Se il prezzo saliva troppo, tanto che la carestia costituiva una minaccia, doveva essere venduto in gran massa grano dai magazzini a prezzi fissati di volta in volta; se il prezzo scendeva, di modo che le imprese agricole non avevano più mezzi di bilancio, i magazzini dovevano acquistare in massa per aumentare in tal modo il prezzo. Più o meno, anche quest'obiettivo di tenere in tal modo in equilibrio il livello dei prezzi è stato raggiunto successivamente, da

quando il re ha controllato, dopo l'acquisizione della Prussia occidentale, la via della Vistola e ha dominato le importazioni polacche; ma l'idea risulta già formata nel 1752: il re vi ha dato espressione: è suo dovere mantenere l'equilibrio tra gli interessi dei proprietari terrieri e degli affittuari del demanio, da un lato, e i lavoratori dell'industria e i soldati, dall'altro: questi erano allora i due maggiori gruppi di consumatori. Le tasse sui beni vitali erano il naturale completamento di questa politica del commercio dei cereali, che, unitamente ai provvedimenti di regolamentazione per le fabbriche e per la condizione dei lavoratori, fornisce al sistema economico federiciano un carattere quasi di socialismo di stato.

L'amministrazione economica e finanziaria si trova nelle mani degli stessi uffici: nelle province sono le *Kriegskammern* (organi di amministrazione militare - *n.d.C.*) e le *Domänenkammern* (organi di amministrazione del demanio - *n.d.C.*), al centro il direttorio generale. Il re non ha una grande idea delle mansioni di questi uffici e delle qualità personali dei funzionari di cui essi sono composti. Gli uni non sono per lui onesti, gli altri non abbastanza abili. In generale, egli preferisce avere nelle *Kammern* gente onesta più che particolarmente intelligente; cioè, il presidente deve anzitutto essere un uomo probato, affidabile; il massimo per il re sarebbe prendere vecchi ufficiali in cui egli abbia una maggior fiducia che non persone che hanno fatto carriera nella burocrazia. Nel direttorio generale però – così egli fa presente – c'è bisogno di persone d'intelletto; non si tratta qui tanto di probità. Certo, il re non è tenuto a conoscere la propria gente. Un uomo scaltro e navigato di dubbia onestà alle finanze egli lo può tenere alla briglia ed utilizzarlo con vantaggio; ma in quella posizione non si può iniziare nulla con uno stupido onesto.

Federico Guglielmo I, nelle istruzioni che ha lasciato ai suoi successori, ha definito in maniera precisa alcuni dei ministri più importanti; nel testamento di Federico non si parla di nessun ministro, con l'unica eccezione del Gran Cancelliere Cocceio. Questo è un segno dell'accresciuta profondità del sistema di governo autonomo in virtù del quale i ministri compaiono solo come esecutori (*handlanger*) del monarca. Federico ha insistito al massimo nel proprio testamento su questa forma di autonomia. Egli mette in guardia i suoi successori nel modo più pervicace possibile di fronte al fatto di lasciare il governo ai ministri. I ministri non hanno fatto tutt'uno con il paese come il re; essi hanno i loro interessi personali, cercano di proteggere le loro creature e di farsi una posizione con un'ampia



opera di patronaggio che è pericolosa per l'autorità del re e per il bene dello Stato. Egli menziona l'esempio della Francia, dove a partire dalla morte di Luigi XIV è subentrato un governo dei ministri al posto dell'autonomia del re. Lì non governa un re, ma i suoi quattro (ministri), il controllore generale nella materia finanziaria e i ministri degli esteri, della guerra e della marina nelle loro competenze. Ognuno mette in atto il proprio personale governo; non c'è un momento unitario per l'attività complessiva dello Stato, un sistema, un piano, un segreto. Gli inglesi fanno esperienza di tutto ciò che accade a Versailles. Un buon governo dello Stato deve avere perciò l'unità di un sistema filosofico; e un sistema salta fuori solo dalla testa di un singolo, non dalle discussioni di un consiglio dei ministri. Tanto poco Newton avrebbe scoperto la legge di gravitazione se fosse entrato in discussione in ciò con Leibnitz e Cartesio, quanto poco un sistema politico può venire fuori da un ministero composto di più teste. Esso deve saltar fuori dallo spirito di chi regge, come Minerva in armi dalla testa di Giove. L'autonomia è un dovere morale del re. Il sovrano non è collocato nel suo alto scranno e non è rivestito del più alto potere per oziare e ingrassare con il territorio di confine (*Mark*) del popolo. Egli è il primo servitore dello Stato; è ben pagato per mantenere la dignità della sua posizione; ma per questo egli, come tutti i servitori dello Stato, deve anche lavorare per il bene di tutti. Egli ha bisogno di aiuto, ma solo per i dettagli degli affari; deve avere un orecchio aperto alle lamentele ed ai reclami di ciascuno del popolo: per questo egli è il re. Il suo compito lo svolge meglio con un sistema di governo di gabinetto che non con un sistema di governo di consiglio (come ancora il principe Grande Elettore e Luigi XIV avevano fatto). Gli uffici centrali inviano al monarca giorno per giorno i propri rapporti, con breve illustrazione dei *pro* e dei *contra*; ma la decisione ce l'ha solo lui. Con un'impostazione di tal genere una testa veloce – pensa Federico – si raccapezza facilmente su ciò che è essenziale nelle questioni. Se il monarca ha dei dubbi, lascia venire l'uno o l'altro ministro che sia particolarmente esperto e li ascolta sulla questione; ma ognuno singolarmente e senza che l'altro ne sappia qualcosa. Così egli giunge alla giusta decisione nel modo più sicuro. Questo modo di governare è migliore di quello per cui il re presiede nel consiglio dei ministri. Da grandi assemblee, di regola, non vengono fuori sagge conclusioni. Gli intrighi reciproci dei ministri, i loro interessi e le loro passioni personali, l'animosità dei dibattiti – tutto ciò impedisce l'oggettiva trattazione

degli affari in tali discussioni, ed il segreto viene di conseguenza conservato sempre male. Ma su questo punto il re pone la massima importanza. “Io tengo chiuso il mio segreto in me stesso” dice; solo un segretario assolutamente affidabile ne fa esperienza – egli pensa alla fidata ghianda; così non è possibile tirar fuori qualcosa al riguardo per gli inviati dall’esterno o per gli spioni, perché essi finirebbero con il corrompere il re stesso. Ma soprattutto il re si tiene volentieri fisicamente lontano il più possibile dai ministri stranieri. Ciò è possibile perché in Prussia, a partire da Federico Guglielmo I, è stata soppressa la corte del cerimoniale; proprio grazie a questo il re è diventato libero, padrone del proprio tempo e delle proprie conclusioni. Il tempo e la fatica che in altre corti vengono sprecati con polemiche sul rango e sull’etichetta, con la pompa degli ambasciatori e con simili cose nulle, possono essere utilizzati meglio in Prussia. In Prussia il re non deve rappresentare, ma deve governare, cioè lavorare.

Ora è tipica di un governo razionale soprattutto la conoscenza degli uomini e del personale, l’aver conto delle genti e del paese. “Ci sono pochi uomini” dice Federico “che sono del tutto privi di talento; è necessario capire il fatto di collocare ciascuno al giusto posto”. Per questo serve un’osservazione naturalmente continua e la capacità di distinguere gli animi. Un aiuto al riguardo si è chiaramente dimostrato, per il re, la costruzione di tipi di carattere su base provinciale, così come egli li ha derivati dall’esperienza [...]

L’economia agricola della nobiltà nelle province orientali dell’Elba si radicava sul rapporto proprietà terriera - contadino di derivazione ereditaria. Il re non ha inteso dissolvere questo rapporto. Egli non è un riformatore sociale in grande stile, nonostante le considerazioni umanitarie su questo argomento che gli sono uscite una volta dalla penna. Ciò che egli vuole è solo l’addolcimento, l’umanizzazione delle relazioni. Egli intende eliminare le smisurate *corvée* erano usuali in alcune province; egli vuole che il contadino debba servire non più di due, tre, al massimo quattro giorni alla settimana. Sul demanio egli ha portato ad attuazione questo; nei feudi in Pomerania ed in Prussia i suoi uffici non hanno trovato da questo punto di vista il desiderato compiacimento da parte della nobiltà. Ma una costrizione il re non voleva esercitarla. Solo su un punto egli ha mantenuto un’incrollabile fermezza: mai più la terra dei contadini è passata ai feudi, sia con l’acquisto che in altro modo. Il tentativo di porre i contadini ad ingrandire e ad arrotondare le superfici terriere allora era molto forte, dal momento che lo si era concepito all’in-

terno del passaggio a nuovi metodi dell'economia che lasciavano apparire come molto utile questo modo di procedere per i beni. Nella nuova Pomerania svedese e nel Meclenburgo una gran parte del ceto dei contadini è stato assorbita nel XVIII secolo a seguito di questi rapporti; ciò è stato conservato nei territori prussiani confinanti. Questo è l'effetto della difesa federiciana dei contadini, che il testamento inculca anche ai successori. Qui ha trovato realizzazione la considerazione degli interessi di primaria importanza dello Stato, la forza della popolazione, in cui Federico vedeva la vera ricchezza degli Stati, che egli ha sempre protetto come le proprie pupille.

È stata così appositamente mantenuta e conservata, da Federico, la divisione per ceti del popolo; ma nel suo Stato essa acqui-  
sce un altro significato rispetto all'epoca dei territori. Qui era diventata solo l'espressione dei rapporti di forza sociali ed era servita essenzialmente agli interessi delle classi dominanti. Oggi essa viene fatta diventare la base per una divisione politica del lavoro in cui i compiti dello Stato vengono suddivisi tra i vari gruppi della società civile. La nobiltà dà luogo agli ufficiali; il ceto dei contadini deve consegnare i coscritti e pagare le contribuzioni; la borghesia urbana sopporta con le accise la parte più importante e sempre in aumento delle imposte, su cui si fondano l'esercito e lo Stato. Nessun ceto deve entrare nella sfera dell'altro; ognuno deve essere protetto nei propri particolari fondamenti proprietari ed economici: anche il cittadino dello Stato gode di questo privilegio esclusivo, nel momento in cui commercio ed artigianato possono essere portati avanti, insieme alle importanti industrie della birra, come nutrimenti della città solo in luoghi dove si può pagare l'accisa. Ma l'armata, per la quale tutti i ceti debbono vivere e lavorare, è anche uno strumento per animare i traffici economici, poiché essa significa, riguardo alle istituzioni in essere, un incremento del tutto straordinario dei consumi; perché il soldato non viene alimentato all'interno del *menage* dello Stato, ma è costretto a comprarsi con la propria paga tutte le necessità della vita. L'esercito non era altro al di fuori del legame con la società civile; i coscritti si trattenevano dieci mesi all'anno in permesso nei loro terreni d'origine, e proprio nell'epoca in cui l'economia agricola necessitava delle loro braccia per i raccolti; gli stranieri, che secondo una determinazione di Federico, per riguardo al cantone, dovevano formare più o meno la metà dell'armata, erano in parte liberi dal servizio di sorveglianza e lavoravano come aiutanti nelle manifatture, mentre le loro donne spesso gestivano un piccolo

commercio al minuto. Nonostante questa naturalizzazione dell'armata, la popolazione militare e quella civile si contrapponevano come due componenti estranee nello Stato, e spesso si perveniva, specialmente nelle piccole guarnigioni, a frizioni, in occasione delle quali la borghesia rappresentava la parte sofferente. Di questa cattiva situazione il re viene a parlare nel suo testamento. Egli voleva fortemente che fosse mantenuto il fatto che la popolazione civile non venisse brutalizzata dal militare; egli afferma il principio secondo cui il re deve mantenere un equilibrio tra l'armata e il paese.

Ma al riguardo egli si è espresso molto chiaramente sulla gerarchia che voleva vedere osservata tra il ceto civile e quello militare. Il militare, egli fa presente, deve avere il primo posto nello Stato; il corpo degli ufficiali deve essere il primo ceto e quello più stimato. Ad ufficiali che non vengano trattati con rispetto e distinzione, non si può richiedere di servire con onore. Questi uomini, che sono pronti in ogni momento a versare il loro sangue per la patria, debbono godere anche in tempo di pace del riguardo che essi si sono guadagnati in guerra. "Io stesso ho condotto una guerra" – dice – "ed ho visto quanto spesso un colonnello ha deciso del destino dello Stato. È in questi giorni decisivi che si impara ad apprezzare il valore dei buoni ufficiali; si impara ad amare questi uomini quando si vede con quale magnanime sprezzo della vita, con quale incrollabile forza d'animo essi offrono la fronte al nemico e lo costringono a sgombrare il campo". Perciò conviene che si mostrino loro anche in tempo di pace gli onori e i riconoscimenti usuali in Prussia. Essi meritano la preferenza davanti a quelle anime piccole e cedevoli che sono solo buone a fare da arredo delle anticamere; questo è un debole sacrificio sull'altare del ceto degli ufficiali; il re deplora solo di non avere i mezzi per ricompensare diversamente gli uomini che hanno meritato.

In nessuna parte Federico parla, in questo testamento, con maggior vigore e con più penetrante eloquenza che non quando discute della necessità che lo stesso re di Prussia debba essere un soldato, il capo della propria armata in tempo di pace ed in tempo di guerra. Questo è un indefettibile adempimento al dovere per il monarca, senza di cui si andrebbe subito in discesa con la disciplina prussiana. Egli non trova sufficienti parole e frasi per dimostrare questo principio fondamentale. Egli rinvia, a mo' di avvertimento, all'esempio della Svezia dopo la morte di Carlo XII ed all'Olanda

dopo la morte di Guglielmo III. Parla con disprezzo dei re che non si degnano di collocarsi al vertice della propria armata: essi danno in tal modo di sé stessi testimonianza di viltà e d'incapacità. Con parole pungenti egli stigmatizza l'indolenza, la cedevolezza e la dipendenza dal divertimento di quanti hanno timore di fronte agli strapazzi e all'uniformità del servizio militare. Egli costruisce un moderno ideale di vita cavalleresco, che ricorda il rinnegamento di sé stessi, la rinuncia e lo spirito eroico dell'epoca di sangue (*Blutzeit*) dell'ordine spirituale cavalleresco. Egli paragona la disciplina di un reggimento alla disciplina monacale di un convento di monaci. Il tono del suo discorso diventa più caldo e pieno di slancio quando si agita la vena militare della sua essenza. "Sono stato educato nell'armata sin dalla mia infanzia. La mia culla era circondata di armi. Ho servito, da capitano in su, in tutti i gradi. Mio padre mi costrinse ad occuparmi in gioventù di tutto ciò che ha a che fare con la disciplina delle truppe, il vitto, l'esercizio, le manovre tattiche". Così deve rimanere in Prussia anche in futuro. Il *Roi-Connétable* dev'essere un esperto militare, deve avere il proprio reggimento per rimanere sempre in esercizio ed avere occasione di esperienze particolari. La compattezza del corpo degli ufficiali in tutti i suoi gradi deve essere la sua prima preoccupazione. Qui, a capo dell'armata, intorno al sangue della sua nobiltà, intorno all'élite del suo popolo, si trova il suo posto naturale.

Si percepisce con quale calore si fa strada il regale signore della guerra pensando di aver dato a migliaia di anime forti e semplici un contenuto ideale per la loro vita, uno scopo per nobili ambizioni e competizioni, verso cui egli stesso le conduce.

Questo è lo Stato, il potere, la gloria delle armi, l'onore dell'armata prussiana. Non è l'ultima né la più elevata delle cose per l'animo umano, ma vale uno scopo per il sudore dei nobili; è la fonte di quel paganesimo entusiasta che parla dai versi più belli di Ewald von Kleist; è il pensiero che domina e si è fatto del tutto strada nello stesso re.

E questo mi sembra essere il punto a partire dal quale può essere afferrata nel modo più totale questa personalità, prendendo le mosse dall'orizzonte ampiamente esteso dei suoi interessi, con tutte le sue particolarità e contraddizioni, con il suo totale fare e lasciar fare. Un *ethos* eroico sta alla base più profonda di quest'anima umana, la cui superficie ora viene graziosamente increspata da cor-

renti così varie, ora viene movimentata con violenza. Si para dinanzi a noi un asceta politico-militare, con la sua forte inclinazione complementare ai più sottili godimenti spirituali in cui egli si riposa e si rinfresca in vista di nuovo lavoro. Qui non si tratta di quell'armonica realizzazione della personalità che Goethe apprezza come la maggior fortuna dei bambini sulla terra. È un salto in questa vita; e la ferrea brina che la tiene unita, è il dovere e il lavoro. Dalle pagine del testamento parla un'energia indomita, talvolta una serenità silenziosa; ma risuona un tono pungente, ironico, che al fondo significa rassegnazione. La capacità di una felicità umana totale e piena è andata ben presto persa per quest'anima. Nella corte conventuale di *Sansouci* non hanno trovato posto l'amore femminile e la gioia della famiglia; e invece del sole caldo della religione, ha fatto luce su questa vita il freddo chiarore delle stelle di una filosofia la cui ultima parola era il dubbio. Il tempo eterno del servizio ha mantenuto in carreggiata il corso di questa vita regale. Non certo con la dura disciplina del padre, che ben gli appariva nei sogni ancora come giudice delle sue azioni, ma ancor di più con l'incessante educazione di sé stesso Federico è riuscito a dissolversi nello Stato con tutta la sua personalità. Egli stesso ha detto una volta di aver sacrificato allo Stato tutte le proprie passioni. Anche le più potenti: la forte ambizione della sua anima senza felicità. In gioventù era affamato di gloria, che lo esercitava a grandi fatti, nonché del fiammeggiante desiderio, in base ai sublimi esempi dell'antichità, di farsi un nome nel mondo e nella storia. Ma nel corso degli anni quest'ambizione ha eliminato più volte ciò che è personale; egli si è totalmente immedesimato nei bisogni e negli interessi dello Stato; è una ragion di Stato che riflette con moderazione quella che determina e regola, d'ora in poi, tutte le azioni del re. Egli piega tutti i propri desideri e tutti i propri pensieri ad attraversare questo *medium* chiarificatore; egli martella la propria anima passionale e spesso così debole, sì che essa diventi dura ed elastica come acciaio. Lo Stato era per lui tutto; sostituiva la famiglia, l'amicizia, la stessa religione. Un fuoco sacro arde nelle sue parole, quando parla della maestà dello Stato; esso è per lui come una persona vivente.

È questo Stato ad averlo educato con la sua preghiera del dovere inesorabilmente esigente. Ma anche lui stesso ha ispirato nello Stato qualcosa della sua grande anima piena di slancio. Egli voleva che la sua Prussia dovesse sempre rimanere uno Stato di guerra

eroico-aristocratico come lo erano state Roma nella sua grande epoca e la Svezia sotto Gustavo Adolfo e Carlo X. Al pensiero non storico del XVIII secolo ben poteva sembrare che occorressero solo una chiara volontà e una mano forte per mantenere la situazione, una volta che essa si era venuta a creare, nel corso del fluire del tempo. Noi sappiamo che il crescere e il proliferare delle forze del popolo non possono essere fissati (*gebannt*) per sempre, anche con la volontà più potente, in forme stabili; ma il ricordo di Federico il Grande ha resuscitato, anche ai nostri giorni, quella forza morale che un tempo ha dato fondamento all'antica Prussia.

Moltissimo è cambiato, dai giorni del grande re, nella nostra vita pubblica come nella cultura spirituale. Il pervicace sistema razionalistico della divisione per ceti è caduto; il sentimento dello Stato non è più un privilegio della nascita nobile; l'esercito è diventato un popolo in armi. Al meccanismo artificioso dello sforzo in vista di un equilibrio è subentrata una struttura più organica dello Stato e dell'economia. La disciplina prussiana si è sposata con la cultura tedesca; da questa unione è venuto fuori il nuovo impero, che ha tolto per sempre il terreno all'antico particolarismo della politica prussiana del potere. La grande competizione delle nazioni si gioca oggi su una tribuna mondiale più ampia: una flotta di guerra, di cui il grande Federico ancora non voleva sapere, è diventata oggi per l'impero una necessità urgente. Ma in tutte queste trasformazioni è rimasto però l'antico spirito militare della nostra essenza statale e l'ideale del *Connétable* del re è ancora oggi un potere che vive nell'illustrissima persona del nostro sovrano imperiale. Con la bussola a bordo della ragion di Stato federiciana possiamo con coraggio arrischiare il viaggio verso nuovi obiettivi. Voglia essere destino di Sua Maestà l'Imperatore il fatto di promuovere, nel lungo e felice governo, l'immane lavoro che con grande significato egli ha iniziato con previgente intelligenza. Voglia, la nuova epoca che egli ha aperto, portare al suo popolo santo e al suo nome la gloria imperitura della storia! Noi vogliamo rimanere rigidamente fedeli a lui e alla sua corte, nei giorni buoni e in quelli cattivi, come si addice agli uomini prussiani e tedeschi. Questi sono il nostro voto e il nostro desiderio di oggi. Dio benedica e conservi l'Imperatore!

(traduzione di Clemente Forte)

CLEMENTE FORTE

## POSTFAZIONE

*La domanda più semplice è: che senso ha pubblicare oggi uno scritto di O. Hintze del 1904 sul testamento politico di Federico il Grande di Prussia? Ma la risposta è altrettanto semplice quanto variegata.*

*Anzitutto, va ricordato che O. Hintze è stato uno dei più grandi storici e sociologi del diritto, non solo tedesco. Ed è un peccato che poco sia stato tradotto in italiano, sicché non può che essere un bene avere la possibilità di riflettere su una parte, sia pur quantitativamente ristretta, ancorché non irrilevante, del pensiero giuridico-storico europeo del secolo scorso.*

*Ma l'oggetto dello scritto va al di là, per estendersi ai due secoli ancora precedenti, quando l'Illuminismo tentò di dettare le regole anche della buona politica. E Federico il Grande cercò di ispirarvisi, in Prussia, lasciando ai posteri il senso delle proprie esperienze. Di qui il testamento, su cui vale la pena di riflettere da molti punti di vista, soprattutto nei tempi che si stanno vivendo.*

*Ciascuno potrà naturalmente soffermarsi su questo o su quell'aspetto, a seconda della propria sensibilità e della propria cultura. Al di là dello stereotipo, che comunque coglie nel segno, delle diversità tra i popoli del Nord e del Sud dell'Europa, vale la pena qui di sottolineare alcuni profili, a parte quelli di carattere più propriamente storico e locale (che, per ragioni di spazio, sono stati omessi), con riflessi da non perdere sulle questioni che agitano oggi le nostre cronache.*

*Anzitutto, un problema attualissimo, in Europa ma soprattutto in Italia: il fatto che un buon ordinamento giuridico rappresenti una delle principali premesse per lo sviluppo dell'economia. La riforma di Cocceio in Prussia del processo civile mirava a questo. È esattamente uno dei temi più pressanti nel dialogo Europa-Italia a proposito delle cd. "riforme strutturali", che comprendono vari settori, tra cui principalmente la riforma della giustizia civile e l'allentamento della morsa*



*spesso fatale della burocrazia. Lo promettono vari Piani nazionali di riforma dei vari Governi nonché il recente Recovery Plan.*

*Altro tema: l'emergenza finanziaria. Con vari esempi dell'epoca, l'imperatore nel testamento lega l'esistenza dello Stato a condizioni finanziarie ordinate: come riporta Hintze, nel testamento si mostra "come la Sassonia e l'Olanda siano finite per indebolirsi ed essere disprezzate trascurando la loro finanza". Colpisce il concetto di disprezzo, che è qualcosa che ha a che fare con un giudizio etico prima che finanziario. Non bisogna dimenticare che il debito, nella cultura tedesca, è collegato alla colpa, come dimostra il fatto che la stessa parola (Schuld) esprima entrambi i concetti. Perché il debito generalmente significa vivere al di sopra dei propri mezzi, il che è indice di condotta immorale, anche perché solitamente chi consuma di più è persona diversa da chi fornisce i mezzi finanziari. Sono concetti che nei contesti poco attenti ai vincoli economici ed etici inducono quasi sempre ad espressioni divertite, con le conseguenze però che stanno sotto gli occhi di tutti.*

*Tema collegato è quello del nesso tra cattive finanze pubbliche ed indebolimento della politica. A prescindere da ogni altra considerazione di carattere economico, indebitarsi significa dipendere dai creditori, che oggi si identificano nella nozione più fredda di "mercati". Le implicazioni sono facilmente individuabili, allora come oggi, e sono da tempo sotto gli occhi di tutti per i paesi ad alto debito pubblico. Oltre ad accrescere i costi di finanziamento degli investimenti con l'incremento dei tassi derivante a sua volta dall'aumento del debito, si alimenta così l'incertezza e questo scoraggia ulteriormente gli investimenti. Si riducono poi i margini disponibili per le politiche di stabilizzazione macroeconomica e soprattutto si espone il paese alla sfiducia dei mercati (oltre ad impegnare un elevato volume di risorse pubbliche per il pagamento degli interessi).*

*Altro punto interessante ed estremamente prevalente è quello legato al fatto che, in un'epoca in cui non esistevano strategie industriali, piani d'impresa e quant'altro, Federico stabiliva un altro principio, anche qui estremamente semplice: "la contribuzione deve rimanere fissa una volta per tutte". Questo per rendere la vita delle persone e delle imprese prevedibile, con il carico di certezze che ciò comporta. Anche qui un tasto dolente: la certezza, che lo Stato deve garantire il più possibile, parte integrante del dovere di quest'ultimo, in quanto funzionale al raggiungimento da parte dei cittadini di un*

*accettabile grado di benessere e felicità, in vista dei quali essi sono costretti a devolvere all'operatore pubblico una quota rilevante dei propri redditi.*

*Anche qui, sembrerebbero discorsi che provocano sorrisi, ma che è bene ricordare – invece – in un'epoca in cui prevale lo smarrimento. D'altro canto, lo Stato di diritto è anche questo e non a caso la garanzia della certezza passa anche per quel principio di affidamento che costituisce un patrimonio costituzionale comune per evitare che i cambiamenti riguardino il passato, con il corollario dell'irretroattività delle leggi. I cambiamenti del patto tra Stato e cittadini passano infatti anche da interpretazioni del diritto formalmente incruente, ma sostanzialmente devastanti.*

*Altre notazioni interessanti riguardano l'arte di governo: qui Hintze è lapidario nel riassumere il testamento di Federico, nel senso che “da grandi assemblee, di regola, non vengono fuori sagge conclusioni. Gli intrighi reciproci dei ministri, i loro interessi e le loro passioni personali, l'animosità dei dibattiti – tutto ciò impedisce l'oggettiva trattazione degli affari in tali discussioni, ed il segreto viene di conseguenza conservato sempre male”. Forse poco vi è da aggiungere a queste parole (ricordiamoci: di quasi tre secoli fa) pensando all'Italia di oggi.*

*Come riconosce in generale lo stesso Hintze, molto è cambiato da allora. Datato ad esempio è il punto sulla sovraordinazione o meno degli interessi dello Stato su quelli della collettività. Questione, questa, che oggi ha meno rilievo per una serie infinita di motivi, non da ultimo per la internazionalizzazione dei processi. Ma comunque il tema è molto complicato e non può dirsi certo risolto. Oggi, comunque, lo Stato nazionale non è più tutto, così come la difesa dal nemico esterno e le necessità di guerra fortunatamente non ne sono più la priorità assoluta. Non è più attuale, dunque, quel “tutto vive e lavora per lo Stato” di attualistica memoria. Così come sembrano del tutto superate la visione patrimonialistica dello Stato, con il largo peso delle entrate demaniali, ovvero una struttura del bilancio dello Stato che veda spese militari pari ad 1/3 delle entrate oppure ancora una conformazione del governo in cui il re sostanzialmente sia da solo nel decidere.*

*Come che sia, ancor attuale appare infine il tema della religione civile come forma di “paganesimo”, come la chiama Hintze. E qui il discorso torna indietro nel tempo, a partire – come sempre – dal pen-*

*siero greco, attraverso le due città di Sant'Agostino per finire ai tentativi novecenteschi di sviluppare un senso laico dello Stato e della collettività, nelle varie espressioni che questi tentativi hanno avuto, in un contesto hegeliano non meno che in quello social-liberale.*

*Le suggestioni dei vari profili cui dà adito lo scritto sono tante, come si vede, pur trattandosi di un testo per tanti versi datato, come prima accennato. Ogni fatto culturale ha un valore però in sé, come sempre. Tutto deve servire per riflettere e soprattutto far riflettere, il che vale anzitutto per chi ha maggiori responsabilità.*

Hanno collaborato a questo fascicolo

GUGLIELMO AGOLINO

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

BILL BOWRING

*Professore di Diritto presso la School of Law, Birkbeck, University of London*

KATHLEEN COLLINS

*Professoressa associata presso il Department of Political Science, University of Minnesota*

CLEMENTE FORTE

*Consigliere della Corte dei conti, già Direttore del Senato della Repubblica*

JUSTIN O. FROSINI

*Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università Bocconi (Italia), Adjunct Professor di Diritto costituzionale presso la Johns Hopkins SAIS Europe*

TOMMASO EDOARDO FROSINI

*Professore ordinario di diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

FRANCESCO GASPARI

*Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi G. Marconi di Roma*

SUSANNA MANCINI

*Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Bologna*

GIUSEPPE MORBIDELLI

*Professore emerito di Diritto amministrativo nell'Università degli studi la Sapienza di Roma*

ARMEN MAZMANYAN

*Direttore dell'Apella Institute for Policy Analysis and Dialogue e il Center for Constitutional Studies a Yerevan, Armenia*

CARNA PISTAN

*Marie Skłodowska-Curie Global Fellow e Affiliated Research Fellow del Center for Constitutional Studies and Democratic Development SAIS Europe*

