

Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese

ANGELA DI GREGORIO, JAN SAWICKI*

Data della pubblicazione sul sito: 7 febbraio 2022

Suggerimento di citazione

A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Angela Di Gregorio è Professoressa ordinaria di diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: angela.digregorio@unimi.it.

Jan Sawicki è Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: jan_sawicki@yahoo.it.

1. Nelle ultime settimane ha iniziato a svilupparsi, in particolare sulle pagine del noto blog tedesco *Verfassungsblog.de*, un certo dibattito dottrinale sulla ricostituzione del costituzionalismo “violato” nell’ipotesi che le opposizioni ungheresi riunite riescano a superare – seppure di stretta misura (ossia senza ottenere la maggioranza dei due terzi) – il Fidesz alle elezioni parlamentari della prossima primavera¹.

Questo dibattito, animato da costituzionalisti di fama mondiale, prevalentemente ungheresi (Renáta Uitz, Gábor Halmai, András Jakab, ma anche Armin von Bogdandy o Mark Tushnet), in realtà fa eco ad una accesa discussione interna dai toni crescenti che vede la formulazione di proposte piuttosto estreme – seppure comprensibili dato il particolare contesto politico del paese – da parte del candidato unico delle opposizioni Péter Márky-Zay² e dai giuristi a lui più vicini. Tali posizioni hanno sollecitato addirittura il presidente della Corte costituzionale ormai composta da fedelissimi del Fidesz, Tamás Sulyok, a lanciare un appello per il rischio di violazione della *rule of law* da parte dell’ipotetica nuova maggioranza di governo (contenuto in una dura [lettera aperta](#), indirizzata al capo dello Stato, al premier e al presidente dell’Assemblea nazionale, in cui si stigmatizzano le proposte avanzate da alcune forze politiche in merito alla cessazione anticipata dalla carica dei giudici costituzionali in caso di cambio di governo³). Si tratta di un appello apparentemente paradossale, che si riaggancia all’altrettanto paradossale proposta ungherese lanciata nell’autunno del 2020 di creare un istituto di diritto comparato per lo studio dello stato di diritto (per prevenire l’applicazione di pesi e misure diverse a Polonia e Ungheria attraverso l’esame della situazione dello stato di diritto negli altri Paesi europei⁴), ma che riflette un clima di contrapposizione che inaugura la campagna elettorale alla luce del più aspro contrasto proprio sui temi in cui l’opposizione poteva vantare una superiorità morale più accentuata. Si

¹ A. ARATO, A. SAJÓ, *Restoring Constitutionalism. An open letter*, in *VerfBlog*, 17 novembre 2021.

² Intervistato il 6 dicembre 2021 da C. PREINER per l’Osservatorio “Nuovi autoritarismi e democrazie”, disponibile all’indirizzo nad.unimi.it/nad-exclusive-interview-with-peter-marki-zay-intervista-esclusiva-di-nad-a-peter-marki-zay/.

³ Per intuizioni sul ruolo ostruzionistico degli organi di garanzia colonizzati dalla super-maggioranza già J. SAWICKI, *L’erosione ‘democratica’ del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall’Europa centro-orientale*, FrancoAngeli, Milano, 2020, specie pp. 109-110.

⁴ S. WALKER, D. BOFFEY, *Hungary and Poland to counter critics with ‘rule of law institute’*, in *The Guardian*, 28 ottobre 2020, disponibile all’indirizzo www.theguardian.com/world/2020/oct/28/hungary-and-poland-to-counter-critics-with-rule-of-law-institute; E. INOTAI, C. CIOBANU, M. GERMAN SIROTNIKOVA, *Jury’s out on V4 Comparative Law Institute*, in *Reporting Democracy*, 26 novembre 2020, disponibile all’indirizzo balkaninsight.com/2020/11/26/jurys-out-on-v4-comparative-law-institute/

tratta di uno scenario da vero e proprio “*regime change*” che rischia derivate pericolose e fa temere addirittura un colpo di Stato per prevenire la vittoria delle opposizioni (in realtà per respingere una presunta iniziativa analoga da parte di non precisate “organizzazioni criminali” contro la Legge Fondamentale⁵).

Sullo sfondo di questo contesto, la *call for ideas* degli eminenti studiosi Arato e Sajó sollecita la riflessione su questioni che riguardano non solo l’auspicata ritrasformazione dell’ordinamento costituzionale ungherese a seguito di un “cambio di regime” (dall’eventualità purtroppo sempre più debole proprio a causa della “controffensiva di regime” in risposta a certe provocazioni dell’opposizione) ma anche il profilo della teoria generale delle trasformazioni costituzionali. Si tratta dunque di riflettere su complessi aspetti di tipo teorico e metodologico, prima ancora che di applicarli ai casi concreti. Dai contributi finora pervenuti sul blog tedesco risultano una molteplicità di posizioni in merito alla principale tra le tante questioni sul tappeto, ovvero la possibilità che i principi di derivazione liberale del costituzionalismo possano essere richiamati in vita con l’uso di strumenti alternativi, capaci cioè di compensare o surrogare l’assenza della maggioranza qualificata dei due terzi al fine di introdurre emendamenti costituzionali formali o addirittura procedere all’adozione di un nuovo testo costituzionale.

In estrema sintesi, si va da posizioni molto favorevoli a tale ipotesi, come quella espressa da Mark Tushnet⁶, che insiste sul ruolo della democrazia partecipativa a partire dal livello locale, ad altre più caute come quella di Gábor Halmai⁷, il quale pur sottolineando la natura autoritaria e illegittima della Legge Fondamentale del 2011, e condividendo in parte l’obiettivo di un maggior coinvolgimento popolare, palesa i pericoli di una rottura della legalità (costituzionale) formale. Ancora più cauta la posizione di András Jakab⁸, che si distingue per un maggiore gradualismo, con l’ipotesi che un più vasto consenso, che si avvicini a quello dei due terzi, sia forse ottenibile a seguito di successive elezioni, e soprattutto per la convinzione che molto del ripristino di una democrazia costituzionale possa essere ottenuto anche a maggioranza semplice ma in virtù di leggi ordinarie, mentre l’uso del

⁵ I presidenti della Corte costituzionale e della Corte suprema avevano espresso timori in questo senso già qualche mese fa. Vedi V. MAKSZIMOV, A constitutional coup is being planned, says Hungarian top court president, in *Euractiv.com*, 28 giugno 2021, disponibile all’indirizzo www.euractiv.com/section/politics/short_news/a-constitutional-coup-is-being-planned-says-hungarian-top-court-president/.

⁶ M. TUSHNET, *Restoring Self-Governance: Constitutional Change and the Charge of Illegality*, in *VerfBlog*, 14 dicembre 2021.

⁷ G. HALMAI, *Restoring Constitutionalism in Hungary: How Should Constitution Making Be Different from What Happened in 1989?*, in *VerfBlog*, 13 dicembre 2021.

⁸ A. JAKAB, *How to Return from a Hybrid Regime to Constitutionalism in Hungary*, in *VerfBlog*, 11 dicembre 2021.

referendum come succedaneo della maggioranza qualificata sarebbe sconsigliabile per il fatto di determinare una rottura formale dell'ordinamento, dal momento che la Legge Fondamentale in vigore esclude espressamente il ricorso al referendum per la revisione costituzionale. Posizioni intermedie sono espresse anche da András L. Pap⁹, mentre un robusto scetticismo sul ruolo della partecipazione pubblica come soggetto costituente attivo viene manifestato da Renáta Uitz¹⁰, anche sulla base di un ricco apparato comparativo. Un'utile rassegna critica e analitica di molte posizioni della dottrina ungherese è contenuta poi in un articolo pubblicato sulla rivista italiana *Osservatorio sulle fonti*¹¹.

A margine di questo, è però opportuno ricordare lo scetticismo che altri studiosi, da anni e prima ancora che cominciasse a svilupparsi la riflessione comune che qui si è sintetizzata, hanno espresso in merito alla possibilità di restaurare una sorta di idealizzato *status quo ante*, a breve o persino a medio termine. Uno scetticismo che sarebbe rafforzato se il ripristino di cui si discute dovesse avvenire in qualunque forma giuridica e legale prima ancora che siano state affrontate e rimosse le cause più profonde della degenerazione illiberale, che non trova nel diritto la sua prima espressione, bensì solamente un successivo strumento di attuazione pratica¹².

2. Il tema delle modalità di “ricostituzione” della legalità costituzionale violata, o della sostanza costituzionale violata, nei contesti di degenerazione illiberale, è solo agli inizi della riflessione teorica. Infatti, mentre c'è stato un fiorire di studi e ricerche sulle transizioni costituzionali da regimi autoritari, in particolare riguardo all'Europa post-comunista (dando vita ad una corrente di studi “transitologici” a cavallo tra diritto costituzionale e scienza politica¹³), mancano studi approfonditi

⁹ A.L. PAP, *Four Recommendations for Constitutional Restoration in Hungary*, in *VerfBlog*, 19 dicembre 2021.

¹⁰ R. UITZ, *On Constitutional Transition out of Hybrid Regimes*, in *VerfBlog*, 15 dicembre 2021.

¹¹ V.Z. KAZAI, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021.

¹² In questo senso numerosi studi di T. DRINÓCZI e A. BIEŃ-KACAŁA, ora soprattutto il loro *Illiberal Constitutionalism: the Case of Poland and Hungary*, in *German Law Journal* (2019), 20, p. 1166. Anche T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary. The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, Routledge, London, 2021.

¹³ G. O'DONNELL, P.C. SCHMITTER, L. WHITEHEAD (Eds.), *Transition From Authoritarian Rule. Vol. 4 Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986; J. LINZ, A. STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996; G. DE VERGOTTINI, *Le*

sulla transizione da regimi “misti” o “ibridi” derivanti da precedenti fasi di recente democratizzazione.

Non si ritiene infatti sostenibile che le transizioni democratiche e costituzionali avvenute in Ungheria e Polonia dopo il 1989 siano state apparenti, incompiute, limitate o addirittura solo formali (nel senso che un autoritarismo strisciante sarebbe sempre esistito o addirittura sarebbe consustanziale alla genetica costituzionale di questi due paesi, come di tutti gli altri dell’Est Europa)¹⁴. Il percorso di democratizzazione ed europeizzazione dell’Ungheria, come pure della Polonia, è stato sincero, deciso e certificato con entusiasmo dalle stesse istituzioni europee che tanto impegno ed energia hanno profuso in questo processo, del quale le principali protagoniste sono comunque state le forze politiche e civiche interne¹⁵. Ciò si deduce non solo dalla lettura dell’amplissima letteratura sul periodo di transizione e sugli anni immediatamente successivi¹⁶, ma anche osservando come in Ungheria e Polonia, e in altri paesi più avanzati della regione, il moto verso il cambiamento sia iniziato già durante il periodo socialista e in alcuni casi ad opera dei comunisti “riformisti” (questo è il caso proprio dell’Ungheria, in assoluto il

transizioni costituzionali, il Mulino, Bologna, 1998; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova, 2003.

¹⁴ Secondo Z. ZOLTÁN, *After Orbán: A democratically-established constitution could solve the crises of the rule of law*, in *VerfBlog*, 29 aprile 2021, la democratizzazione del periodo 1989-2010 sarebbe stata calata dall’alto con un rispetto solo formale delle regole imposte dalla UE. Altri Autori ritengono che il populismo abbia avuto buon gioco in questi Paesi per l’assenza di tradizioni di separazione dei poteri fin da tempi remoti, così D. KOSAŘ, J. BAROŠ, P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, 3, 2019. Vedi anche M. AVBELJ, *There is No Such Thing As a Particular “Center and Eastern European Constitutionalism”*, in *VerfBlog*, 18 maggio 2018. Per una posizione più equilibrata vedi S.R. LARSEN, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *The Modern Law Review*, Vol. 84, 3, 2021, che ritiene esistenti nei Paesi membri dell’Unione europea tre varianti di costituzionalismo (post-fascista, evolutivo e post-comunista).

¹⁵ In argomento A. DI GREGORIO (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell’Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Cedam, Padova, 2019.

¹⁶ Vedi ad esempio P. BISCARETTI DI RUFFIA, *1988-1990. Un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1991; S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell’Europa centro-orientale*, il Mulino, Bologna, 1993; J.P. MASSIAS, *Droit constitutionnel des Etats d’Europe de l’Est*, Puf, Paris, 1999 (anche la II édition entièrement revue, 2008); M. GANINO, *Democrazia e diritti umani nelle Costituzioni dei Paesi dell’Europa orientale*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L’Europa di domani. Verso l’allargamento dell’Unione*, Giuffrè, Milano, 2002; W. SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Si rinvia inoltre ai contributi della rivista *East European Constitutional Review* edita dalla New York University (1992-2003).

paese più precoce nella fuoriuscita dal modello socialista). Il cambiamento si è sviluppato però anche dal basso ed ha dato vita al fenomeno contrattuale delle tavole rotonde che si è consolidato poi con una serie di importanti passaggi politici ed istituzionali, incluso un attivo riformismo costituzionale di natura sostanzialmente costituente¹⁷ all'insegna del più ampio pluralismo (ricordiamo ad esempio la reticenza del partito socialista al governo in Ungheria nella legislatura 1994-1998 ad adottare una nuova costituzione senza il consenso delle forze di opposizione, pure avendo teoricamente i numeri per farlo), coronato dalle consultazioni referendarie per l'ingresso nell'Unione europea. La solidità del cambiamento si deduce anche dal prestigio delle corti costituzionali, *in primis* quella ungherese, attore indiscusso del consolidamento democratico, come testimonia la velocità dell'attacco all'autonomia ed alle sfere di competenza di questa istituzione ad opera del legislatore "illiberale" tra il 2011 e il 2013. Tutto questo, nonostante il carico di eccessivo formalismo giuridico che ordinamenti come quello polacco o ungherese si portano sulle spalle, anche come retaggio della precedente cultura giuridica socialista¹⁸.

La trasformazione avvenuta in Ungheria dopo il 2010 rappresenta dunque una degenerazione che parte da una precedente situazione di consolidamento democratico, seppure recente e con diverse incognite¹⁹. Queste sono dovute in particolare all'esistenza di un testo costituzionale "patchwork" in cui elementi del precedente sistema costituzionale hanno avuto un impatto negativo nella nuova situazione politica (come le procedure per la revisione costituzionale). Si è così venuta progressivamente a creare una sorta di democrazia "degradata", che non è però considerabile come regime autoritario. Queste precisazioni sono indispensabili per affrontare il problema successivo, quello della possibile ricostituzione della democrazia costituzionale dopo il lungo regime orbaniano.

Va infatti chiarito che il riferimento ad un cambio di regime, nel senso attribuito a transizioni politiche del passato come quelle post-fasciste e post-comuniste, non risponde completamente alla realtà degli ordinamenti di democrazia illiberale. Il

¹⁷ Tale è sicuramente la natura delle revisioni costituzionali ungheresi del periodo 1989-1990 sulle quali si rinvia a M. GANINO, *Premessa a Ungheria*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, con la collaborazione di M. GANINO, *Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione*, Giuffrè, Milano, 1996.

¹⁸ In questo senso T.T. KONCEWICZ, *On the Strategic Reading of the Constitutional Document. Mapping Out Frontiers of New Constitutional Research*, in *Przegląd Konstytucyjny*, 2, 2018, p. 31; e in particolare M. MATCZAK, *The Clash of Powers in Poland's Rule of Law Crisis: Tools of Attack and Self-Defense*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 12, 3, 2020, *passim*.

¹⁹ Per considerazioni in proposito si v. *ex multis* G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020, pp. 3999 ss.

concetto di “cambio di regime” è radicale, anche se il sistema di potere ungherese dura da circa 12 anni presentando tutte le caratteristiche di un assetto personalistico, patrimonialistico e politicamente clientelare. Ma non si tratta di un sistema autoritario *tout court* in presenza del quale non si potrebbe nemmeno ragionare di transizione politica pacifica. Inoltre, sempre considerando il peculiare contesto ungherese, le modalità in cui si è sviluppata la transizione post-comunista negli anni 1989-1990 costituiscono un utile parametro di riferimento per la futura trasformazione politica e costituzionale, sulla quale pesano molte incognite, innanzitutto l’eventualità del cambiamento politico della primavera del 2022 e la solidità del patto delle opposizioni riunite.

Altro elemento da considerare è la “potenza” della formula elettorale, anche quella immutata dal 1989-1990. Nel passaggio dal monopartitismo comunista al pluralismo politico post-comunista una legislazione sostanzialmente maggioritaria non era forse il sistema elettorale più adeguato. Si è dunque venuta a creare una perversa combinazione tra limitata rigidità costituzionale (ereditata dal passato: appare singolare che da parte di alcuni ora ci si voglia liberare di questa limitata rigidità postulandone una ancora più bassa), distorsione maggioritaria della formula elettorale, ulteriormente valorizzata dalle riforme del Fidesz, ricorso massiccio alle leggi “dei due terzi” o cardinali. Riguardo a queste ultime va ricordato che questo tipo di fonti è stato potenziato e strumentalizzato dalla maggioranza del Fidesz grazie a un effetto perverso che era difficile anticipare. Ci si riferisce al mutamento di significato, forse inesorabile, che assume una maggioranza qualificata quando diventa appannaggio di una coalizione elettorale o addirittura di un singolo partito. Da strumento di necessaria condivisione di alcune decisioni con almeno una parte dell’opposizione – e dunque di tutela delle minoranze – la maggioranza qualificata “monopartitica” si è trasformata nel suo opposto, ovvero in un mezzo di predominio ed esclusione, una sorta di assicurazione contro il rischio di perdere in futuro anche la maggioranza relativa. In ogni caso, questo “pacchetto” di meccanismi ha consentito di blindare organi di garanzia e procedure parlamentari in un unico blocco monolitico. Di conseguenza, agire solo su di un aspetto potrebbe risultare riduttivo.

3. I problemi da affrontare sono principalmente di due ordini: 1. La ri-trasformazione costituzionale; 2. La “Liberazione” degli organi di garanzia dalla colonizzazione orbaniana. Si tratta di fronti collegati che hanno però tempistiche diverse. Per entrambi tuttavia l’utilizzo, o ri-utilizzo, della formula della tavola rotonda, ossia di un approccio di tipo consensuale, contrattato, per il ripristino delle istituzioni democratiche, appare come la soluzione politicamente meno cruenta. Se l’opposizione unita dovesse vincere di stretta misura ci si troverebbe di fronte ad una maggioranza debole e probabilmente molto divisa al suo interno. Una situazione delicata in cui il Fidesz potrebbe rimanere una importante, se non

la principale, forza di opposizione, operando in maniera occulta per boicottare il nuovo esecutivo e per tornare ad essere super-maggioranza. In un contesto simile modificare il testo costituzionale e smantellare il sistema di potere attraverso meccanismi di *spoils system* a botte di maggioranza semplice, violando cioè lo stato di diritto formale, sembrerebbe la soluzione più semplice che ripercorrerebbe le argomentazioni usate dalla Corte costituzionale cecoslovacca nel 1991 per convalidare la severa legge di lustrazione dell'epoca (discontinuità di valori tra i due regimi politici – comunista e democratico – per giustificare la violazione dello stato di diritto formale, approccio che, ricordiamo, fu invece rigettato dalla Corte costituzionale ungherese nel 1992). Ovviamente questa violazione rischia di produrre più danni che vantaggi, screditando la legittimità democratica dell'opposizione in un contesto diverso dal radicale cambio di regime post-comunista, e creando pericolosi precedenti.

Anche se l'idea di guardare alle esperienze altrui è utile, ogni Paese deve trovare la sua strada, guardando alle proprie tradizioni. E l'Ungheria ne ha diverse, alcune remote, altre più recenti. Da quelle più recenti può essere ripresa l'idea accennata sopra, ossia di “contrattualizzare” una transizione politica *soft* in cui il Fidesz rimanga tra gli attori del tavolo con alcune garanzie. In mancanza di una soluzione contrattata ci muoviamo invece su terreni incerti, con diversi gradi di pericolosità (tra le soluzioni più pericolose rientrano senz'altro quelle punitive tipo resa dei conti giudiziale e politica: hanno fallito nel post-comunismo figuriamoci adesso). Profili interessanti sono contenuti nella soluzione prospettata da Zoltán Fleck lo scorso 21 aprile²⁰. Si tratterebbe di mettere in atto un processo costituente (di lungo periodo) che coinvolga il più possibile la società civile e l'elettorato, conducendo ad un nuovo testo costituzionale co-prodotto ed approvato dai cittadini su impulso delle forze della maggioranza relativa. In questo modo ci si sottrarrebbe alla perversa “continuità dei due terzi” (con riferimento alla maggioranza qualificata richiesta per le leggi cardinali e per le revisioni costituzionali o per l'adozione di una nuova costituzione; con differenze di quorum tuttavia nei due casi), applicata sia dai comunisti che dai post-comunisti, e confermata dal Fidesz, che ha reso il testo costituzionale flessibile in presenza di una sorta di “unanimismo costituzionale”. Un processo costituente totalmente nuovo romperebbe con la transizione post-comunista, quando, proprio per garantire una transizione *soft*, si era deciso di usare le stesse regole del testo costituzionale comunista (riversandole anche nella Legge Fondamentale del 2011). Si trattò di un grave errore perché in un contesto di tipo unanimistico, come era quello comunista e come è quello del Fidesz dal 2010 in poi, le maggioranze di garanzia non esistono più.

²⁰ Z. FLECK, *After Orbán: A democratically-established constitution could solve the crises of the rule of law*, in *VerfBlog*, 29 aprile 2021.

La proposta di Fleck espressa nel post di *Verfassungsblog* sembra alquanto moderata, e condivisibile relativamente all'idea di un processo costituente che pur partendo dall'iniziativa della maggioranza relativa sarebbe sostanzialmente popolare (sia nella fase di perfezionamento del progetto da parte di vari attori della società civile che di sottoposizione del testo definitivo a referendum popolare²¹: se la prima fase potrebbe ancora essere inquadrata nella Legge Fondamentale vigente la seconda ne rappresenterebbe un chiaro superamento). Tuttavia va ricordato che lo stesso Fleck, insieme ad altri tre giuristi (Péter Bárándy, László Lengyel, Imre Vörös, quest'ultimo un ex giudice costituzionale), ha prospettato soluzioni molto più radicali in un "manifesto" pubblicato il 15 maggio del 2021 sul quotidiano di opposizione *Népszava* (*Demokráciát és jogállami alkotmányosságot! Democrazia e stato di diritto: nepszava.hu/3119690-demokraciat-es-jogallami-alkotmanyossagot*) dove si vagheggia una rottura di tipo "rivoluzionario" ancorata allo *ius resistendi* di cui all'art. C comma 2 della stessa Legge Fondamentale orbaniana («Nessuna attività individuale deve mirare ad acquisire o ad esercitare il potere con la forza, né a possederlo in via esclusiva. Ciascuno è titolato e obbligato ad agire contro queste azioni per vie legali»). Alla base di questa proposta vi è il rifiuto di ogni tipo di continuità col "Sistema della cooperazione nazionale" orbaniano²² e con la Legge Fondamentale, ritenuta non riformabile in quando adottata in maniera non democratica e rompendo con la tradizione repubblicana ungherese. Di conseguenza, il parlamento neo-eletto dovrebbe prendere tre decisioni fondamentali il primo giorno della sessione inaugurale: adottare una risoluzione che proclami la IV Repubblica ungherese come Stato europeo, democratico e di diritto; dichiarare l'incostituzionalità e la nullità della Legge Fondamentale e delle leggi che assicurano il mantenimento della dittatura; disporre un'immediata revisione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, affinché la normativa vigente non ostacoli l'instaurazione di uno Stato costituzionale di diritto. Nel dichiarare nulla la Legge Fondamentale il parlamento agirebbe come organo di giustizia costituzionale in sessione emergenziale.

²¹ «This 'popular' constitution-making moment must consist of at least three elements. Firstly, the democratic opposition must make the intention and the method of constitution-making part of the electoral programme, to be able to start preparing this process in the absence of a two-thirds majority. Secondly, the text of a new constitution, after proper preparation, must be legitimized by a referendum. Thirdly ..., the best form of preparation is to ensure that the constitutional dilemmas, the institutional solutions – the actual process of constitution-making – is as open as possible, with the widest possible participation.... After proper professional and political preparation, civil society, interest groups and local communities should negotiate the most important regulatory issues of the constitution and build a broad consensus in an appropriately moderated framework».

²² [Declaration of National Cooperation « The Orange Files »](#).

Lasciando da parte le provocazioni del manifesto, che probabilmente non verranno reiterate durante la campagna elettorale delle opposizioni riunite in quanto non condivise dalle forze politiche della coalizione, non si può non riconoscere che un processo costituente come quello prefigurato da Fleck, a partecipazione popolare, non porrebbe troppi problemi dal punto di vista della teoria generale del potere costituente, che è concepito come libero da costrizioni giuridiche del precedente ordinamento costituzionale tanto più se accompagnato da una sorta di benedizione della comunità internazionale come si usa fare nelle situazioni post-conflittuali. Non applicabile invece la modalità della “rottura” costituzionale, la quale viene normalmente operata con leggi approvate con le stesse maggioranze previste per le leggi di revisione costituzionale. Né è applicabile il modello del passaggio dalla IV alla V Repubblica francese dove prima dell’elaborazione del testo costituzionale da parte dell’esecutivo guidato da De Gaulle e del successivo referendum approvativo c’era stata una legge di natura costituzionale in cui il parlamento aveva indicato alcuni principi fondamentali da seguire, non abdicando così del tutto alla sua funzione costituente.

Da questo punto di vista, proprio la prospettiva teorica elaborata da Andrew Arato²³ può contribuire a prefigurare le tappe di un ripristino, se non proprio condiviso, almeno incruento e non eccessivamente conflittuale di una democrazia a base liberale. Le riflessioni dell’Autore sono interessanti perché il concetto di *post-sovereign*, da non confondersi con l’influenza di fattori internazionali, rifugge da pericolose concezioni costituenti *ex nihilo*, e postula invece una certa gradualità in un processo per stadi di avanzamento, entro il quale si nega il potere assoluto, e in questo senso “sovrano”, di un’assemblea costituente all’apparenza democratica ma in realtà tirannica perché dominata dal volere di un singolo soggetto, che sia un leader o un partito, come avvenuto spesso in passato; e si afferma al contrario l’esigenza di un largo coinvolgimento almeno iniziale di settori della società civile, con un pluralismo rappresentativo anche se non identificato entro un’assemblea elettiva, al quale fa seguito l’elezione di un’assemblea costituente chiamata a elaborare il documento finale nel rispetto di procedure e canoni fissati dal documento provvisorio iniziale.

4. Il perfezionamento di una costituzione “popolare”, ad amplissima partecipazione e non affrettata, pone però il problema della gestione politica quotidiana in un contesto colonizzato dalla precedente super-maggioranza. Si potrebbero proporre diverse soluzioni, ma tutto dipenderà dall’ampiezza della vittoria delle opposizioni e dalla loro coesione e dallo spirito di collaborazione o di ostruzionismo degli sconfitti: prevedere nuove istituzioni di garanzia nominate

²³ A. ARATO, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

dalla nuova maggioranza che andrebbero ad affiancare le garanzie corrotte esistenti in una sorta di doppio livello (magari messe in piedi col sostegno europeo); ricorrere al diritto internazionale laddove applicabile per disapplicare la normativa liberticida in materia di diritti umani (una parte importante dei giudici comuni non è compromessa e del resto il diritto di produzione giurisprudenziale fa parte delle tradizioni del paese; si ricorda al riguardo che anche il Tribunale costituzionale polacco, tra il 1989 e il 1997, fece uso dei diritti umani come catalogati dai trattati internazionali per compensare l'assenza di un aggiornato *bill of rights* interno); applicare alcuni principi generali (stato di diritto, separazione dei poteri, unità europea, dignità umana, etc.), o diritti, contenuti nella stessa Legge Fondamentale (il cui catalogo in buona parte coincide con quello pre-2010) compatibili con i valori del costituzionalismo europeo. I giudici comuni potrebbero anche recuperare valori e principi della costituzione storica ungherese. Quest'ultima pone però problemi, essendo richiamata proprio in funzione di conservazione nel Credo Nazionale della Legge Fondamentale orbaniana²⁴. Di questa costituzione storica farebbe parte il diritto di resistenza, *extrema ratio* di ogni ordinamento costituzionale che però in un contesto come quello ungherese attuale appare francamente pericoloso, come visto nelle proposte sopra citate. Al riguardo si deve criticare anche l'impostazione di un altro Autore ungherese, Imre Vörös – al quale fa lunghi riferimenti Viktor Z. Kazai nel già citato articolo per *Osservatorio sulle fonti* – per la sua pretesa di dichiarare invalida la Legge Fondamentale del 2011, e di sciogliere la Corte costituzionale, e tutto questo a maggioranza semplice, per il fatto che Fidesz e il governo abbiano voluto acquisire un potere assoluto e creare un regime autocratico in aperta violazione dell'art. C (2) della stessa Legge Fondamentale, che è proprio quello che consentirebbe di azionare lo *ius resistendi*: se infatti il potere è diventato assoluto in violazione della costituzione, è il rispetto di quest'ultima che dovrebbe essere ripristinato, mentre lascia perplessi l'obiettivo di “sopprimere” una costituzione, a causa della sua violazione, fondando per giunta questa pretesa su una norma della stessa costituzione che si intende abrogare in quanto ritenuta illegittima.

Infine va considerato che in un nuovo contesto politico i giudici – anche se nominati dalla vecchia maggioranza – potrebbero adattarsi al nuovo clima, come fu il caso, per esempio, in Italia dopo il fascismo e anche nei paesi dell'Est dopo il comunismo, in applicazione di una sorta di *self-restraint*. Al tempo stesso però, come già accennato, va considerato il rischio che tali giudici, o una parte di essi, si rifiutino di collaborare. In tal caso, se alcuni giudici si dimostrassero dei fedeli e ostinati idealisti della “causa illiberale”, i riformatori democratici potrebbero

²⁴ F. HÖRCHER, *Is the Historical Constitution of Hungary Still a Living Tradition? A Proposal for Reinterpretation*, in A. GORNISIEWICZ, B. SZLACHTA (Eds.), *The Concept of Constitution in the History of Political Thought*, De Gruyter Open, Warsaw, 2017.

essere chiamati ad affrontare un test insidioso. Questa sembra una delle incognite più forti che gravano sul possibile processo di ri-trasformazione costituzionale sopra accennato. Una recente sentenza della Corte costituzionale ungherese ([X/477/2021 del 10 dicembre 2021](#)), di carattere interpretativo, ha affermato in linea generale che ove l'esercizio comune di competenze tra UE e Ungheria non sia completo per difetto di azione della prima parte, allora l'Ungheria potrebbe esercitare le competenze non esclusive dell'UE nel settore pertinente. Tuttavia, senza dare soddisfazione al governo ricorrente, la Corte si è rifiutata di constatare che ciò sia avvenuto nel caso specifico, concernente il trattamento di cittadini stranieri illegalmente presenti sul territorio ungherese – lasciando questo compito alla valutazione delle autorità politiche – e in aggiunta ha specificato che l'interpretazione astratta di una disposizione, o della Legge Fondamentale in generale, non può condurre a una valutazione di sentenze della CGUE, né il giudizio nel caso specifico può estendersi fino all'esame del primato del diritto europeo. La sentenza, inaspettatamente, non ha dato soddisfazione piena alle richieste del governo, che si aspettava una decisione che lo ponesse direttamente al riparo dalle pressioni delle istituzioni europee. Anche se forse è troppo considerarla uno smacco per il governo, come hanno fatto anche mezzi di stampa internazionali, è senz'altro legittimo chiedersi se la sentenza del 10 dicembre costituisca una presa di distanza, quasi uno smarcamento dall'esecutivo in generale, in vista di un cambiamento politico, oppure se costituisca un mero atto dimostrativo, magari persino tacitamente concordato. La già citata lettera-dichiarazione del presidente della Corte, di pochi giorni successiva, non sembra certo incoraggiare la prima interpretazione, ma vi sono anche margini per una qualche felice ambiguità.

In conclusione, non possiamo fare a meno di rilevare come l'interessante dibattito teorico rischia di rimanere aleatorio se non sarà seguito da una sicura affermazione elettorale del cartello delle opposizioni, resa difficile dalla stessa manipolazione della legislazione elettorale, a cominciare dalla formula, con cui il Fidesz ha inteso proteggersi. In abbinamento con le elezioni del 3 aprile 2022, poi, è stato indetto anche un referendum – in realtà composto di quattro quesiti di dettaglio sullo stesso argomento – contro la presunta propaganda LGBT, o la promozione del cambiamento di genere sessuale, nelle scuole o nei mezzi di comunicazione, le quali sarebbero perpetrate allo scopo di condizionare lo sviluppo psico-sessuale dei minori. Si tratta di una consultazione sostanzialmente confermativa di una contestata legge già approvata nel giugno del 2021, ma è evidente quanto essa sia strumentalizzata allo scopo di mettere in difficoltà le opposizioni o seminare nuove divisioni tra le stesse.

Qualunque sia lo scenario dei futuri cambiamenti, ogni Paese deve scegliere la sua strada non dimenticando le proprie tradizioni democratiche. Tra queste, nel caso ungherese, rientra senz'altro il rifiuto di rotture nette e la predilezione per

transizioni graduali come testimonia il ricorso al termine *rendszerváltás* per indicare il “passaggio” del 1989-1990.