

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 45 / I semestre 2023



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 45 / 1 semestre 2023 Issue n° 45 / 1st semester 2023

Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Succimarra

International Board

Bruce Ackerman (University of Yale), John Allison (Queens' College, University of Cambridge), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Nick W. Barber (Trinity College, University of Oxford), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Francis Delperée (University of Leuven), Horst Dippel (Universität Kassel), Alfred Dufour (Université de Genève), Thomas Duve (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), Jean-Louis Halperin (École normale supérieure, Paris), Jacky Hummel (Université de Rennes 1), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Marcel Morabito (SciencesPo, Paris), Ulrike Müßig (Universität Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Carlos Manuel Petit Calvo (Universidad de Huelva), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors

Ronald Car, Ninfa Contigiani, Giuseppe Mecca, Monica Stronati

Editors' Assistant

Antonella Bettoni

Address

Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piazzola dell'Università, 2 - 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, in copia cartacea o digitale, vanno inviati alla Segreteria di redazione.

Books for review should be submitted (paper or digital version) to the Editors' Assistants.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

Scopus - Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts - EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) - ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici - ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Il *Giornale di Storia costituzionale* è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12/H2 (Scienze giuridiche) e nella fascia A dell'area 14/B1 (Storia delle dottrine e delle istituzioni politiche) / *The Journal of Constitutional History* is in the section A of the Area 12/H2 (Law) and section A of the Area 14/B1 (History of political doctrines and institutions) according to the assessment of the National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes

Direttore responsabile

Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / Publisher

Edizioni Università di Macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata
T (39) 0733 2586080
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Distributed by Messaggerie

ISBN 978-88-6056-856-4
ISSN 1593-0793

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: Pulizie della statua della Giustizia Temi davanti al Old Bailey di Londra, 1930

Finito di stampare nel mese di giugno 2023

Printed in the month of June 2023

Prezzo di un fascicolo / Single issue price

euro 40

Arretrati / Back issues

euro 40

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)

Italy, euro 65; European Union, euro 75; U.S.A. and other countries, euro 100

For further information, please contact:

ceum.riviste@unimc.it
T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)

Gli abbonamenti non vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it

Progetto grafico

+ studio crocevia

Impaginazione

Valeria Nicolosi e Carla Moreschini

Sommario / Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 45 / I semestre 2023
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 45 / I semester 2023

- Rule of Law and *Rechtsstaat*. Historical and Procedural Perspectives (second part) / Rule of Law e *Rechtsstaat*. *Prospettive storiche e procedurali (seconda parte)*
- 5 Introduzione / Introduction
LUIGI LACCHÈ
- Fondamenti
- 11 «EU's legal history in the making». Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law / «La storia giuridica dell'Unione europea in divenire»: lo Stato di diritto sostanziale nello strato profondo della cultura del diritto europeo
MARTIN SUNNQVIST
- 37 The Concept of the Rule of Law – Just a Political Ideal, or a Binding Principle? / La nozione di Stato di diritto: ideale politico o principio vincolante?
JUHA RAITIO
- 47 Obtaining and Assessing Information about Rule-of-Law Compliance in Member State Courts. Using the European Arrest Warrant as an Illustration / Ottenere e valutare le informazioni sul rispetto del rule of law da parte dei tribunali degli Stati membri. Il ricorso al mandato d'arresto europeo come esempio
LOTTA MAUNSBACH
- 77 The Rule of Law Deficit in EU Competition Law – A Time for Reassessment / Il deficit del rule of law nel diritto della concorrenza dell'Unione europea: tempo di bilanci
CRISTINA TELEKI
- 91 Judicial Review in the Digital Era: Safeguarding the Rule of Law Through Added Safeguards? / Il controllo giurisdizionale nell'era digitale: è possibile preservare lo Stato di diritto tramite garanzie aggiuntive?
ANNEGRET ENGEL
- 103 The Action Brought by European Organisations of Judges against the Council of the European Union over the release of EU Recovery and Resilience Funds to Poland

- / Il ricorso di alcune associazioni europee di magistrati contro il Consiglio dell'Unione europea concernente l'erogazione alla Polonia dei fondi europei del Piano di ripresa e resilienza*
DURO SESSA, FILIPE MARQUES, JOHN MORIJN
- 123 The Role of the Constitutional Scholar in Relation to the Rule of Law Crisis / *Il ruolo del costituzionalista nella crisi dello Stato di diritto*
DARREN HARVEY
- 171 Diciotto proposte di lettura / *Eighteen reading proposals*
- 195 Autori / *Authors*
- 197 Abstracts

Ricordi

- 147 Bartolomé Clavero e la sua storia critica dell'esperienza costituzionale / *Bartolomé Clavero and his critical history of the constitutional experience*
LUIGI LACCHÈ

Testi & Pretesti

- 155 La storia costituzionale e la letteratura italiana / *Constitutional history and Italian literature*
LUIGI LACCHÈ

Librido

- Primo piano / *In the foreground*
- 163 Saverio Gentile legge / *reads* Roberto Calvo, *L'ordinamento criminale della deportazione*
- 167 Luigi Lacchè legge / *reads* Valdo Spini, *Sul colle più alto*

Introduzione / Introduction

LUIGI LACCHÈ

Con questo numero il Giornale completa e conclude l'importante iniziativa editoriale avviata col fascicolo pubblicato nel secondo semestre del 2022. Agli otto contributi del numero 44, si aggiungono ora i sette del numero 45, I, 2023, i quali non solo arricchiscono il già vasto e complesso panorama disegnato l'anno scorso, ma ne potenziano la portata e amplificano il significato. La dimensione offerta dall'evoluzione istituzionale dell'Unione Europea ha aperto una "nuova" fase nella storia del *rule of law/Rechtsstaat* di cui il Giornale ha inteso dare conto.

La storia del concetto e della sua fenomenologia è fondamentale per comprendere i diversi passaggi evolutivi e le caratteristiche peculiari dell'attuale fase "sostantiva" del *rule of law* europeo. È chiaro che siamo ben oltre i confini della versione formale dello Stato di diritto e che, come mostra bene questo numero, la storia giuridica dell'Unione europea in divenire ha trovato nell'attività dei giudici lo snodo fondamentale. Il *judicial review* è stato,

nelle democrazie "illiberali" dell'Unione europea, uno dei principali bersagli per indebolire e "addomesticare" le istituzioni di controllo in sistemi formalmente improntati ai principi democratici, ma, nello stesso tempo, è stato, a livello di istituzioni giudiziarie comunitarie e di associazioni dei magistrati, la principale "arma" per avviare una strategia di risposta e di condizionalità verso gli Stati con regimi ibridi di autocrazia elettorale.

Il fenomeno è quindi duplice: si può dire che lo Stato di diritto ha compiuto negli ultimi anni alcuni passi indietro laddove ha subito attacchi e minacce ma, nello stesso tempo, la reazione europea ha determinato una più ampia legittimazione del concetto sia a livello giurisprudenziale che del sistema normativo. Questo numero del Giornale, come il precedente, ci porta al cuore del laboratorio europeo, tra passato e futuro. Il *rule of law* – per riprendere le riflessioni di Martin Sunnqvist e le sue variazioni sul diritto come «multi-layered phenomenon» (secondo l'approccio del teorico finlandese

Kaarlo Tuori) – è una componente costitutiva dello strato più profondo della cultura giuridica moderna ma, quale fattore dinamico, vivente, contemporaneo, è già un orizzonte di futuro che sia i cittadini che i giuristi stanno costruendo, *hic et nunc*.

Questa seconda parte – pubblicata in *open access* come la prima del 2022 – è un ulteriore e ragguardevole risultato scaturito dal progetto internazionale «Judges Assessing the Independence of Judges. Historical Foundations and Practical Procedures in Facing the Threats against the Rule of Law in Europe» (2020-2022), finanziato dal Riksbankens Jubileumsfond (The Bank of Sweden Tercentenary Foundation). Un vivo ringraziamento va ai coordinatori del progetto (Xavier Groussot, Lotta Maunsbach e Martin Sunnqvist), colleghi della Facoltà giuridica dell'Università di Lund, a tutti gli autori, di Svezia, Polonia, Canada, Croazia, Italia, Portogallo, Danimarca, Finlandia, Gran Bretagna, Paesi Bassi, che hanno offerto contributi di notevole spessore, ad Anna Södersten (Sieps, Istituto svedese di studi politici europei) per la cura degli articoli relativi al diritto dell'Unione europea e a Johan Segerbäck per la revisione linguistica.

E, *last but non least*, senza la passione e la dedizione di Martin Sunnqvist – a cui va tutta la nostra riconoscenza – i due fascicoli del Giornale non avrebbero avuto un esito altrettanto felice.

With this volume, the *Journal of Constitutional History* completes and concludes the important editorial initiative launched with

the issue published in the second half of 2022. To the eight contributions in number 44, we now add the seven contributions in number 45, I, 2023, which not only enrich the already vast and complex landscape delineated last year, but enhance its scope and amplify its meaning. The dimension offered by the institutional evolution of the European Union has opened a “new” phase in the history of the rule of law/*Rechtsstaat* which the Journal has undertaken to cover.

The history of the concept and its phenomenology is fundamental to understanding the different evolutionary steps and the peculiar characteristics of the current “substantive” European rule of law. It is clear that we are well beyond the boundaries of the formal version of the rule of law and that, as this issue convincingly shows, the EU’s legal history in the making has found in the role and activity of judges the pivotal point. Judicial review was, in some of the so-called “illiberal” democracies of the European Union, one of the main targets attacked, in order to weaken and “tame” control institutions in systems formally based on democratic principles, but, at the same time, it has been, at the level of European Union judicial institutions and associations of magistrates, the main “weapon” by which to launch a strategy of response and mechanisms of conditionality towards states with hybrid regimes of electoral autocracy.

The phenomenon is therefore twofold: it can be said that the rule of law has taken some steps backwards in recent years where it has suffered attacks and threats but, at the same time, the European reaction has led to a wider legitimisation of the concept both in case-law and in the normative system. This issue of the *Journal*, like the previous one, brings us to the heart of the Europe-

an laboratory, between past and future. The rule of law – to take up the reflections of Martin Sunnqvist and his variations on law as a “multi-layered phenomenon” (according to the approach of the Finnish theorist Kaarlo Tuori) – is a constitutive component of the deepest layer of modern legal culture but, as a dynamic, living, contemporary factor, it is already a horizon of future that both citizens and jurists are building, *hic et nunc*.

This second part – published in open access as the first issue of 2022 – is a further and remarkable result of the International Project “Judges Assessing the Independence of Judges. Historical foundations and practical procedures for dealing with threats against the rule of law in Europe” (2020-2022), funded by the Riksbankens Jubileumsfond (The Bank of Sweden Tercentenary Foundation). Many thanks go to the project coordinators (Xavier Groussot, Lotta Maunsbach and Martin Sunnqvist), colleagues from the Faculty of Law at Lund University, to all the authors, from Sweden, Poland, Croatia, Canada, Italy, Denmark, Finland, Portugal, Great Britain, the Netherlands, who offered notable contributions, to Anna Södersten of Sieps (the Swedish Institute for European Policy Studies) for editing articles relating to European Union law and to Johan Segerbäck for linguistic revision.

And, last but not least, without the passion and dedication of Martin Sunnqvist – to whom we owe our heartfelt gratitude – the two issues of the *Giornale* would not have been so successful.