

LE COSTITUZIONI COME STRUMENTO DI
GESTIONE DEL RISCHIO
IL CASO DELLA SECESSIONE

Giuseppe Martinico

Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa, Istituto DIRPOLIS,
giuseppe.martinico@santannaapisa.it

Abstract. Constitutions as Risk Management Devices: The Case of Secession

This short essay explores the importance of fear and violence in the genesis and life of constitutions, with a particular focus on the case of secession. Secession has been seen as a taboo (Mancini) and until recently constitutions tried to avoid mentioning it, considering such a phenomenon as an extra legal fact. A turning point has been represented by the famous Reference of the Canadian Supreme Court on Québec. Finally, in the last part of this work I shall try to present some arguments in favour of the explicit constitutionalization of a secession clause in multi-national federalisms.

Keywords: Secession, Comparative Constitutional Law, Constitutions, Fear

1. Qualche anno fa, in un notissimo saggio – e già prima in alcune conferenze al Collège de France – Elster rifletteva sul ruolo della paura e della violenza nelle fasi costituenti, partendo dalla considerazione per cui «contrary to a traditional view, constitutions are rarely written in calm and reflective moments. Rather, because they tend to be written in period of social unrest, constituent moments induce strong emotions

and, frequently, violence»¹. Nel saggio citato l'Autore si soffermava sui casi delle rivoluzioni americana e francese, ma sono riflessioni che si legano molto bene a un fenomeno altrettanto noto che ha portato alle c.d. costituzioni «nate dalla Resistenza», per dirla con Mortati², così ricche di disposizioni volte a esorcizzare la paura del passato. Su questa scia il costituzionalismo del secondo dopoguerra, nel tentativo di stabilire, parafrasando la nostra Costituzione, «le forme» e i «limiti» in cui la sovranità popolare va esercitata, ha accentuato il suo carattere contro-maggioritario, finendo per identificare alcuni nuclei costituzionali intoccabili la cui alterazione porterebbe a rivoluzioni in senso tecnico, a interruzioni della catena di validità³ su cui i delicati equilibri costituzionali si reggono. Questo ci ricollega anche ai lavori di Sajó che, fra gli altri, ha ben evidenziato il ruolo che le emozioni giocano nella genesi (oltre che nella «vita») delle costituzioni:

For rationalism, emotions are separate from reason; the passions' interference in reasoning, even if irresistible, is only a troubling external nuisance. Law is described as a mechanism to counter such interference, institutionally reinforcing reason's shelter. This isolationist position, based on the reason-emotion divide, is unsustainable. Emotions participate in building a constitution and a culture of constitutionalism, and then these creatures of constitutional sentiment patrol emotion display [...] How do constitutional sentiments (the specific constitutional and public affairs – oriented part of public sentiments) contribute to constitution building? There are several models for this relationship, beginning with theories that advocate that law should follow emotions and moral intuitions, in particular. I argue that modern societies are

¹ J. Elster, *Constitution-making and violence*, in «Journal of Legal Analysis», 2012, pp. 7-39, p. 7.

² C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, p. 222.

³ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1945, pp. 115 ss.

emotionally and morally divided, and that constitutions approach public sentiment in a selective way⁴.

Nella selezione delle «emozioni» operata dalle costituzioni ha, indubbiamente, un ruolo fondamentale la storia che ogni ordinamento ha: gli orrori, i conflitti, il passato. Tutto ciò, insomma, che ha indotto alla rottura dell'ordinamento *che fu* e all'istaurazione di quello *che sarà*. Ciò spiega, del resto, il «senso» della comparazione nel diritto costituzionale: se è vero che vi è stata una convergenza – almeno in Europa – nella costituzionalizzazione dei «valori» da codificare nei principi costituzionali, è anche vero che rimangono differenze che spingono, appunto, a comparare, leggendo il «testo» nei diversi «contesti».

Ciò è noto con particolare riferimento ai diritti che, come già Bobbio magistralmente ricordava⁵, sono prodotto della storia, ma il ragionamento si applica ovviamente anche a tutti quei congegni che ogni testo costituzionale appronta per affrontare le sfide che il proprio contesto di riferimento propone.

Gli studiosi delle c.d. transizioni costituzionali⁶ ci hanno ricordato i pericoli legati all'instabilità di ordinamenti di recente creazione, i comparatisti, invece, hanno sottolineato il rischio di rigetto in cui incorrono i «trapianti»⁷ di soluzioni normative sperimentate con successo

⁴ A. Sajó, *Emotions in constitutional design*, in «International Journal of Constitutional Law», 2010, pp. 354-355. Sul concetto di paura e sulle sue metamorfosi si veda: R. Escobar, *Metamorfosi della paura*, Bologna, Il Mulino, 1997.

⁵ N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 5-16.

⁶ G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, Cedam, 2003.

⁷ Ritornano qui le considerazioni dei comparatisti a proposito dei c.d. «trapianti giuridici»: A. Watson, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1993; E.M. Wise, *The Transplants of Legal Patterns*, in «American Journal of Comparative Law», 1990 (supp.), pp. 1-22; P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, in «Maastricht Journal of European and Comparative

altrove quando queste vengono applicate a contesti diversi. Alla luce di quanto sommariamente ricordato si può, quindi, dire che «fear is part of social cognition in that it warns others of nearby danger and solicits help. Emotions function as ‘commitment devices’ in situations where the temptations of defection are high, which makes signaling to others credible. Because of the commitment signaled by intensive emotions, people can count on others in future cooperation»⁸. In questo senso, riprendendo – con qualche licenza – il noto saggio di Vermeule si potrebbe dire che le costituzioni fungono da «strumenti di gestione del rischio» politico⁹. Partendo da queste prime considerazioni su «paura» e «costituzione» si cercherà dunque di inquadrare il tema della secessione, con particolare attenzione alla possibilità di costituzionalizzare tale opzione in apposite clausole. Si tratta, del resto, di un tema rilanciato dalle riflessioni indotte dalla prima applicazione dell’art. 50 TUE, all’indomani del referendum britannico del 23 giugno 2016, e del sempre caldo fronte catalano. Per comodità espositiva non si tratteranno nel dettaglio tutte queste vicende – comparabili, ma diverse – e si tenterà, piuttosto, di privilegiare alcuni elementi comuni emersi dal dibattito degli ultimi mesi.

2. Come è stato efficacemente detto, la secessione è stata per decenni vista come un «tabù costituzionale»¹⁰, qualcosa da non pronunciare nel

Law», 1997, pp. 111-124; P.G. Monateri, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l’Unione europea*, in A.M. Petroni (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 87 ss.; C. Pinelli, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2011, pp. 495-505.

⁸ I. A. Sajó, *Emotions in constitutional design*, in «International Journal of Constitutional Law», 2010, p. 358.

⁹ A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

¹⁰ S. Mancini, *Secession and Self-Determination*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 482: «A paramount consideration in any secession-related discussion is that, irrespective of the nature of secessionists claims, secessions are not prima facie desirable, because

vocabolario giuridico, un fatto caratterizzato da una natura squisitamente politica, non disciplinabile con gli strumenti del diritto perché intrinsecamente implicante la rottura con l'ordine costituito. In altre parole, si tratterebbe di un fenomeno complesso, rivoluzionario ma, allo stesso tempo, conservatore, come giustamente è stato sottolineato¹¹. Come ricordava efficacemente Tipton «secession failed the test of arms. The Civil War did in fact repudiate the principle of secession as a constitutional resort of sovereign states»¹².

Qualcosa è indubbiamente cambiato negli ultimi vent'anni, specie all'indomani della famosa *Reference* della Corte Suprema canadese¹³, che ha rotto il tabù della secessione, aprendo la porta ad una sua lettura

they jeopardize world stability. However, demonizing secession, turning it into a constitutional taboo, often adds fuel to secessionist claims».

¹¹ Su questo cfr. C. Margiotta, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 37 ss. Si veda anche Mancini: «La secessione ha una natura contraddittoria, in cui coesistono un'anima rivoluzionaria e un'altra profondamente conservatrice: rivoluzionaria è la sfida finale che la secessione pone alla sovranità statale, conservatrice la glorificazione al massimo grado delle virtù della sovranità, che è insita in ogni pretesa secessionista. Questo dualismo strutturale è ben riflesso nella regolamentazione giuridica della secessione: da un lato, infatti, questa è proibita con limitatissime eccezioni dal diritto internazionale e dalla stragrande maggioranza degli stati federali, anche se spesso implicitamente, dall'altro lato, però, uno stato nato da una secessione illegittima ha forti chances di essere riconosciuto dalla comunità degli stati e dalle organizzazioni internazionali, anche se in questo caso il termine 'secessione' è eufemisticamente sostituito da 'dissoluzione' (come nel caso della Jugoslavia) o 'dissociazione volontaria' (negli esempi di Bangladesh, URSS e Cecoslovacchia). È chiaro dunque come il diritto tenda a dissimulare l'anima rivoluzionaria della secessione e a legittimare invece la sua dimensione conservatrice, che si esprime nella nascita di un nuovo stato sovrano. E questo è provato anche dalle definizioni correnti e tradizionali della secessione, come fatto e/o processo che conduce alla creazione di una nuova entità statale su di un territorio che precedentemente era parte di uno stato esistente. Concepita in questa luce, la secessione non mette in gioco le nozioni tradizionali di statualità, cittadinanza e sovranità, ma, semmai, enfatizza la loro concettualizzazione westfaliana: il monopolio assoluto da parte dello stato del potere sovrano e la congruenza di territorio, stato, popolo e nazione», S. Mancini, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in «Percorsi costituzionali», 2014, n. 3, pp. 623-638.

¹² D. Tipton, *Nullification and Interposition in American Political Thought*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1969, p. 50.

¹³ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

giuridica «per principi»¹⁴. Effettivamente, da allora si è aperto un nuovo dibattito, tutto incentrato sul come «costituzionalizzare» il fenomeno secessione¹⁵ e basato sulla pretesa di addomesticare qualcosa che fino a pochi anni prima appariva come una belva indomabile e, quindi, indisciplinabile.

Più recentemente, guardando al caso spagnolo, si possono trovare conferme dell'importanza che le corti apicali (supreme e costituzionali) hanno in questo terreno: basti pensare a decisioni come la sentenza 42/2014 della Corte costituzionale spagnola¹⁶. Commentando quella decisione Ferreres Comella ha icasticamente sottolineato che «the Constitutional Court is eager to speak»¹⁷, enfatizzando l'intervento dei

¹⁴ Ci si riferisce ai famosi principi individuati nella *Reference*: federalismo, democrazia, costituzionalismo e *rule of law*, protezione delle minoranze.

¹⁵ D. Haljan, *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart, 2014; D. Weinstock, *Constitutionalizing the Right to Secede*, in «Journal of Political Philosophy», 2001, pp. 182-203.

¹⁶ Corte costituzionale spagnola, sentenza 42/2014, 25 marzo 2014, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3885. Come noto la Corte costituzionale spagnola è tornata varie volte sul tema catalano, a cominciare dalla sentenza la 259/2015, disponibile al seguente link: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24722>. Sul caso catalano si vedano, fra gli altri: J. M. Castellà Andreu, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in «Teoría y Realidad Constitucional», 2016, pp. 561-592; J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo (a cura di), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2016; G. Delle Donne, *Speaking in Name of the Constituent Power: the Spanish Constitutional Court and the New Catalan Estatut*, in «Perspectives on Federalism», 2011, pp. 1-14; M. Nicolini, *La costruzione territoriale dell'identità costituzionale tra finzioni giuridiche e «trauma» della secessione*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 2013, pp. 7-32; J. M. Castellà Andreu, *La secessione catalana, tra politica e diritto*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 2012, pp. 7-19; P. Nuevo, *El marco constitucional para el debate territorial y el ejercicio del derecho a decidir en España. Una aproximación jurisprudencial*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 2012, pp. 21-31; E. Martín, *De la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña al proceso participativo del 9 de Noviembre 2014. Un análisis normativo*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 2012, pp. 33-51.

¹⁷ V. Ferreres Comella, *The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's 'Right to Decide'* (*Comment on the Judgment 42/2014*), in «European Constitutional Law Review», 2014, p. 579.

giudici, volto a ricordare agli attori politici il quadro procedimentale in cui eventualmente articolare un processo di secessione.

Le corti hanno in questo modo tentato di *riportare* la secessione in un contesto giuridico, non cercando una risposta «facile» e non celandosi dietro argomenti formalistici (ad esempio, l'assenza di una disposizione costituzionale scritta e il difetto di giustiziabilità delle questioni proposte, nel caso canadese¹⁸, e la natura non giuridica della risoluzione catalana, nel caso spagnolo¹⁹).

Si è scritto «riportare» la secessione in un contesto giuridico perché, a ben vedere, anche per il principale teorizzatore del «diritto di secessione»²⁰, Calhoun, il fenomeno in questione era, come è stato

¹⁸ «The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet “ripe” for decision», Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

¹⁹ Come sottolinea Ferreres Comella: «The first thing to note about the Constitutional Court's decision of 25 March 2014 on the Catalan Declaration of sovereignty is that it reveals the Court's willingness to say something about the political developments in Catalonia. The Court could have taken a longer time to decide – as it did when it was asked to rule on the validity of the Statute of Autonomy of 2006. Here, in contrast, it decided to make its voice heard at a relevant political time: just a couple of weeks before Congress had to discuss the proposal to transfer power to the Catalan government to hold a referendum. Actually, the Court could have easily avoided saying anything at all about the parliamentary resolution. The reason is simple: according to its case law, parliamentary acts can only be challenged before the Constitutional Court if they generate legal effects», V. Ferreres Comella, *The Spanish Constitutional Court*, cit., p. 579.

²⁰ Altro grande teorizzatore del diritto di secessione fu Althusius (J. Althusius, *La politica elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*, Torino, Claudiana, 2009). Sull'importanza di Althusius nella teorizzazione del concetto di secessione si vedano: C. Margiotta, *L'ultimo diritto*, cit., pp. 37 ss. e A. La Pergola, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969, pp.

Giuseppe Martinico

efficacemente detto da Bassani, «un momento esterno, ma non estraneo, all'ordine costituzionale»²¹, alla sua idea del *compact*:

In estrema sintesi, la posizione di Calhoun può essere così formulata: la costituzione è di natura contrattuale, ma, accedendo al patto, lo Stato accetta implicitamente la perpetuità dell'Unione e quindi la politicità della stessa. Se la natura dell'Unione non cambia, non è lecito recedere dall'Unione stessa. La secessione non risulterebbe impossibile, ma rientrerebbe fra i casi particolari di appello al cielo, che non nascono dalla natura dell'Unione, ma dal diritto all'autogoverno di tutte le comunità di uomini liberi. In sostanza, esiste un diritto di secessione 'prepolitico' che sfuma nel diritto alla rivoluzione, ma su questo punto non esistono differenze significative fra Webster, Calhoun, Jackson e tutta la tradizione americana. L'istituzionalizzazione del potere non priva gli uomini del diritto di ribellarsi a un governo dispotico. Ciò che si rileva qui è il diritto 'politico' di secessione, quello su cui la costruzione calhouniana si differenzia marcatamente dalle altre dottrine costituzionali²².

Si dirà che la storia di Calhoun è quella di un uomo radicato nel suo tempo e nella cultura di un Paese che usciva dalla rivoluzione per

42 ss. Come ricorda La Pergola: «Se [...] la costruzione althusiana bene si adattava a descrivere la situazione olandese, dove il governo centrale si fondava realmente su una confederazione di province di religione, lingua e sentimenti nazionali diversi, essa certamente non era desinata ad esercitare, in considerazione delle concrete situazioni storiche ed alla costante tendenza accentratrice delle organizzazioni politiche continentali, grande influenza sul pensiero continentale europeo ed in particolare quello germanico», *ivi*, p. 44. Come sottolinea giustamente Mancini, però, è «solo con la Guerra di secessione americana che la secessione acquisisce una chiara dimensione territoriale e che nasce la moderna discussione sulla secessione», S. Mancini, *Ai confini del diritto*, *cit.*

²¹ L.M. Bassani, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in «Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionale», 2015, p. 314.

²² *Ivi*, p. 314.

imboccare la via della guerra civile²³. Difensore degli Stati del Sud e di un sistema economico schiavista, Calhoun fu anche uno dei più noti teorici della lettura contrattualistica della costituzione statunitense e del diritto di secessione. Nella *Dottrina della Costituzione* Schmitt scrisse che l'importanza delle sue tesi «per i concetti di una teoria costituzionale della federazione è ancora oggi grande e per nulla eliminata dal fatto che nella guerra di secessione gli Stati del Sud siano stati vinti»²⁴.

Tuttavia, all'indomani della guerra civile Calhoun è stato in parte «demonizzato» e in parte «rimosso». Infatti, a dispetto di quanto ricordato da Carl Schmitt, la guerra civile americana ha finito per marginalizzare Calhoun in quanto (ritenuto) responsabile morale del conflitto²⁵ (anche se il pensatore morì prima del suo scoppio) e in questo senso il suo pensiero ha avuto un ruolo centrale nell'origine del tabù della secessione. Ad ogni modo, e rinviando ai lavori di chi ha a lungo riflettuto sull'importanza del pensiero di Calhoun²⁶, non si può negare il suo contributo alla questione giuridica (e non solo politica) della secessione come diritto esercitabile dai membri di un sistema federale (o, forse meglio, dei processi federativi²⁷). Se questo è vero, allora tutto il dibattito sulla costituzionalizzazione della secessione oggi, dopo la pionieristica *Reference* canadese, sancisce il ritorno del fenomeno secessione fra le opzioni costituzionali. Del resto, gli esempi non mancano. Basti pensare al caso della Costituzione della Serbia

²³ L.M. Bassani, *Dalla Rivoluzione alla Guerra Civile. Federalismo e Stato moderno in America (1776-1865)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

²⁴ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 487.

²⁵ E.S. Rafuse, *John C. Calhoun: He Started the Civil War*, 2002, <http://www.historynet.com/john-c-calhoun-he-started-the-civil-war.htm>.

²⁶ Oltre ai lavori di Bassani già ricordati si vedano anche: M. Surdi, *Introduzione* a J. C. Calhoun, *Disquisizione sul governo e discorso sul governo e la costituzione degli Stati Uniti*, Roma, Istituto della Enciclopedia, 1986; M.L. Salvadori, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Roma-Bari, Laterza, 1996; C. Margiotta, *Introduzione* a J.C. Calhoun, *Secessione e libertà*, a cura di C. Margiotta, Torino, La Rosa, 2007.

²⁷ S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Torino, Giappichelli, 1993.

Montenegro, il cui art. 60²⁸ ha portato alla creazione di due autonomi Stati dopo la scissione, prevista e procedimentalizzata dalla disposizione in questione. Un altro esempio è quello dell'art. 39 della Costituzione dell'Etiopia²⁹ e – per chi concepisce l'Unione europea (UE) come sistema federale *sui generis* – dall'art. 50 TUE³⁰.

²⁸ Art. 60 della Costituzione della Serbia e del Montenegro: «Upon the expiry of a 3-year period, member states shall have the right to initiate the proceedings for the change in its state status or for breaking away from the state union of Serbia and Montenegro. The decision on breaking away from the state union of Serbia and Montenegro shall be taken following a referendum. The law on referendum shall be passed by a member state bearing in mind the internationally recognized democratic standards. Should Montenegro break away from the state union of Serbia and Montenegro, the international instruments pertaining to the Federal Republic of Yugoslavia, particularly UN SC Resolution 1244, would concern and apply in their entirety to Serbia as the successor. A member state that implements this right shall not inherit the right to international personality and all disputable issues shall be separately regulated between the successor state and the newly independent state. Should both member states vote for a change in their respective state status or for independence in a referendum procedure, all disputable issues shall be regulated in a succession procedure just as was the case with the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia».

²⁹ Su cui cfr. A.M. Abdullah, *Article 39 of the Ethiopian Constitution On Secession and Self-determination: A Panacea to the Nationality Question in Africa?*, in «Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America», 1998, pp. 440-455. L'art. 39 della Costituzione dell'Etiopia prevede che: «1. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has an unconditional right to self-determination, including the right to secession.

2. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has the right to speak, to write and to develop its own language; to express, to develop and to promote its culture; and to preserve its history.

3. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has the right to a full measure of self-government which includes the right to establish institutions of government in the territory that it inhabits and to equitable representation in state and Federal governments.

4. The right to self-determination, including secession, of every Nation, Nationality and People shall come into effect:

(a) When a demand for secession has been approved by a two-thirds majority of the members of the Legislative Council of the Nation, Nationality or People concerned;

(b) When the Federal Government has organized a referendum which must take place within three years from the time it received the concerned council's decision for secession;

(c) When the demand for secession is supported by majority vote in the referendum;

(d) When the Federal Government will have transferred its powers to the council of the Nation, Nationality or People who has voted to secede; and

3. I comparatisti hanno già analizzato le disposizioni costituzionali che prevedono la possibilità della secessione (per altro risalenti nella storia³¹) e anche i teorici e filosofi della politica hanno affrontato la questione di come giustificare l'opzione secessione (anche in ordinamenti le cui costituzioni nulla dicono su tale opzione, come, appunto, quello canadese)³². Senza richiamare puntualmente lo sterminato dibattito appena menzionato, vorrei brevemente ricordare due ragioni che, a mio avviso, suggeriscono la possibilità di codificare un'espressa clausola costituzionale sulla secessione.

La prima si ricollega alla questione dell'omogeneità costituzionale³³: gli ordinamenti, specie quelli federali, tentano di assicurare un virtuoso collegamento fra diversità e unità con una serie di meccanismi volti a

(e) When the division of assets is effected in a manner prescribed by law.

5. A "Nation, Nationality or People" for the purpose of this Constitution, is a group of people who have or share large measure of a common culture or similar customs, mutual intelligibility of language, belief in a common or related identities, a common psychological make-up, and who inhabit an identifiable, predominantly contiguous territory».

³⁰ Sull'UE come federalismo si veda R.R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; P. Hay – O. Lando – R. Rotunda, *Conflicts of Laws as a Technique for Legal Integration*, in M. Cappelletti – M. Seccombe, J. Weiler (eds), *Integration Through Law*, Vol. 1, Berlino-New York, De Gruyter, 1985, p. 161; P. Hay – R. Rotunda, *The United States Federal System. Legal Integration in the American Experience*, Milano-New York, Giuffrè, 1982; P. Hay, *Supremacy of Community Law in National Courts. A Progress Report on Referrals Under the EEC Treaty*, in «American Journal of Comparative Law», 1968, p. 524; P. Hay, *Federal jurisdiction of the Common Market Court*, in «American Journal of Comparative Law», 1963, p. 21; P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana, University of Illinois Press, 1966.

³¹ S. Mancini, *Costituzionalismo, federalismo e secessione*, in «Le Istituzioni del federalismo», 2014, p. 791.

³² Fra tutti, W. Norman, *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford, Oxford University Press, 2006. Un altro "classico" è A. Buchanan, *Secessione. Quando e perché un Paese ha il diritto di dividersi*, trad. it., Milano, Mondadori, 1994.

³³ Per tutti cfr. G. DelleDonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

garantire la fedeltà e adesione ai valori fondamentali del sistema nazionale. Tracce di tale omogeneità costituzionale possono riscontrarsi in disposizioni come l'art. 51 della Costituzione svizzera, che condiziona, ad esempio, i contenuti delle Costituzioni cantionali³⁴.

In maniera analoga si trovano esempi simili anche a livello sovranazionale. Basti pensare ai criteri di condizionalità posti dall'UE agli Stati membri candidati all'entrata. Sempre ragioni di omogeneità possono suggerire il controllo e la possibilità di attivare forme di intervento centripeto nel caso di «discostamento» dai valori fondanti del patto costituzionale: è questo il caso del noto art. 155 della Costituzione spagnola (utilizzato di recente a difesa dell'unità dello Stato spagnolo per destituire Puigdemont) e soprattutto dell'art. 37 della Legge Fondamentale tedesca, la c.d. «coazione federale»³⁵. Un ulteriore esempio è offerto dai meccanismi asimmetrici, frequenti in ordinamenti federali o regionali multinazionali (Canada, Belgio, Spagna³⁶, UE).

Se resa «sostenibile», ovvero se esercitata nel rispetto di alcune garanzie (procedurali e sostanziali) volte a salvaguardare il nucleo costituzionale del sistema di riferimento, l'asimmetria si presenta come strumento di integrazione (seppur differenziata) e non come fattore di disintegrazione.

³⁴ «Ogni Cantone si dà una costituzione democratica. La costituzione cantonale richiede l'approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda.

2 Le costituzioni cantionali devono ottenere la garanzia federale. La Confederazione conferisce tale garanzia se la costituzione cantonale non contraddice al diritto federale».

³⁵ Art. 37 della Legge fondamentale tedesca: «(1) Se un Land non adempie agli obblighi federali che gli incombono in base alla presente Legge fondamentale o ad un'altra legge federale, il Governo federale, con l'assenso del Bundesrat, può prendere le misure necessarie per obbligare coattivamente il Land all'adempimento dei suoi doveri.

(2) Per far valere la coazione il Governo federale o il suo incaricato ha il diritto d'inviare direttive a tutti i Länder e alle loro autorità».

³⁶ Su Belgio e Spagna si vedano, in italiano, A.M. Russo, *Pluralismo territoriale e integrazione europea. Asimmetria e relazionalità nello Stato autonomo spagnolo, Profili comparati (Belgio e Italia)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, e A. Mastromarino, *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, Giuffrè, 2010.

Per esempio, guardando alla cooperazione rafforzata nell'ambito del diritto UE, si possono ricordare le seguenti garanzie: 1) il numero minimo di Paesi necessario per attivarla; 2) il necessario coinvolgimento delle Istituzioni sovranazionali³⁷; 3) la clausola di apertura³⁸ che permette, anche agli Stati che hanno deciso di non partecipare immediatamente, di aggregarsi in un secondo momento; 4) l'esistenza di ambiti/settori che non possono essere messi a repentaglio dalla cooperazione rafforzata: il mercato interno, la coesione economica, sociale e territoriale ai sensi dell'art. 326 TFUE; 5) infine, il fatto che la cooperazione rafforzata non può costituire un ostacolo o giustificare una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né può provocare distorsioni di concorrenza tra quest'ultimi³⁹.

In maniera analoga in Canada, la *notwithstanding clause* non può trovare applicazione, per esempio, con riferimento ad alcune sezioni della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali⁴⁰, rendendo così la (potenziale) applicazione differenziata della Carta esperibile solo con riferimento ad alcuni diritti.

Grazie a questa varietà di meccanismi, l'omogeneità si presenta come «funzione flusso» che attraversa tutta la vita dell'ordinamento e rende «sostenibile» la diversità. Qui conviene chiarire brevemente che cosa intendere per sostenibile, facendo riferimento al magistero di Glenn, secondo cui per «sustainable diversity in law» si intendeva: «the proven

³⁷ F. Fabbrini, *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration*, CSF Research Papers, 2012, <http://www.csfederalismo.it/en/publications/research-papers/998-the-enhanced-cooperation-procedure-a-study-in-multispeed-integration-2>.

³⁸ M. Bordinon – S. Brusco, *On enhanced cooperation*, in «Journal of Public Economics», 2006, pp. 2063-2090; C. M. Cantore, *We're one, but we're not the same: Enhanced cooperation and the tension between unity and asymmetry in the EU*, in «Perspectives on Federalism», 2011, http://on-federalism.eu/attachments/103_download.pdf

³⁹ Si vedano gli Art. 20 TUE e da 326 a 334 TFUE.

⁴⁰ Art. 33 (1) Canadian Charter of Rights and Freedoms: «(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter».

ability to hold together, to sustain, mutually inconsistent sub-traditions» or, in other words, to «achieve complexity»⁴¹.

In altre parole si tratta di declinare la complessità come intreccio fra diversità, l'adesione all'ordinamento costituzionale garantita dalla funzione flusso dell'omogeneità come nodo inestricabile pena la violazione dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale⁴². Ci si potrebbe chiedere che cosa c'entri tutto questo con la possibile introduzione di una clausola costituzionale di secessione. Anche le clausole sull'uscita/distacco di una componente dell'ordinamento «d'origine» possono essere lette come forme di condizionalità all'uscita, garantendo una continuità assiologica fra l'ordinamento di distacco e il nuovo ordinamento indipendente che si va creando. Per quanto paradossale possa sembrare, si tratta di un modo con cui l'ordinamento di distacco «accetta» l'uscita del nuovo sistema costituzionale condizionandola, però, all'ultima adesione ad alcuni dei suoi valori fondamentali, rendendo così il processo costituente in parte etero-indotto. In questo modo si cerca di esorcizzare, per così dire, il carattere rivoluzionario della secessione. Per capire che cosa si intende con questa forma di condizionalità e omogeneità all'uscita (in contrapposizione alla condizionalità all'entrata) conviene ricordare un passaggio della fondamentale *Reference* della Corte Suprema canadese, secondo cui, in caso di attivazione dei negoziati per l'eventuale uscita del Québec: «The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the

⁴¹ P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 368.

⁴² Sulla complessità si veda E. Morin, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, Sperling & Kupfer, 1993.

protection of minorities»⁴³. Tale continuità assiologica (di adesione a tali valori cioè) garantirebbe innanzitutto i diritti di quella parte di popolazione residente nel territorio del nuovo Stato che non si fosse espressa a favore del distacco dal vecchio ordinamento. Allo stesso tempo, si contribuirebbe alla creazione di consenso da parte della Comunità internazionale attorno alla nascita del nuovo ordinamento, evitando che il ricorso all'effettività (pur menzionata nel testo della *Reference* canadese) e alla forza possano produrre pericolose torsioni autoritarie nei confronti delle minoranze dissidenti. Grazie ad una clausola sulla secessione, in altre parole, l'ordinamento cercherebbe di «addomesticare la secessione»⁴⁴, esorcizzando l'antico tabù e canalizzando, anche in uscita, l'omogeneità costituzionale. Un possibile contro-argomento potrebbe essere quello del correlato rischio di esporre costantemente l'ordinamento «d'origine» al ricatto dell'uscita come strategia per ottenere maggiori competenze o migliori condizioni di autonomia. Innanzitutto, si potrebbe ricordare come il caso spagnolo dimostri che lo stesso rischio si presenta anche in assenza di clausole di secessione. In questo senso l'assenza di una disposizione sulla procedura da seguire ha portato all'esplosione fattuale di una crisi costituzionale in assenza di soluzioni costituzionalmente accettabili diverse dalle vie dell'emendamento già ricordate dalla Corte costituzionale spagnola nella sentenza 42/2014 sul *derecho a decidir*. Chiarito questo, personalmente credo che una clausola costituzionale sulla secessione debba necessariamente coordinarsi con le eventuali disposizioni sull'asimmetria presenti nell'ordinamento. Se le clausole di asimmetria escludono espressamente determinati ambiti dalla loro applicazione, in questi casi il rischio di attivazione della procedura di uscita non dovrebbe in alcun modo garantire condizioni particolari a chi minacci di attivarla.

⁴³ Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, par. 90.

⁴⁴ W. Norman, *Negotiating Nationalism*, cit., p. 178.

L'esempio dell'art. 50 TUE (che dovrebbe in teoria disciplinare l'uscita – recesso – dall'UE) ci dà poi un altro suggerimento relativamente a come scrivere una clausola del genere. Andrebbe in questo senso espressamente chiarita l'irreversibilità della procedura di uscita, per evitare, come sta di fatto avvenendo, che i dubbi sull'ottenimento di un «buon» accordo di uscita finiscano per bloccare il resto dell'ordinamento nella speranza di un ripensamento. Se la sentenza *Miller*⁴⁵ aveva fatto perno sull'irreversibilità della notifica, nei dibattiti seguiti alla pronuncia si è spesso insinuata la possibilità di un ripensamento⁴⁶ o persino di una non applicazione dell'art. 50 TUE, con deviazione rispetto al quadro procedurale disegnato dalla disposizione⁴⁷.

Dato il poco spazio a disposizione in questa sede, non è possibile scendere nel dettaglio di come strutturare una disposizione sull'uscita. Sicuramente, però, gli esempi da cui trarre spunto non mancano e la dottrina ha già per esempio analizzato in maniera esaustiva la questione del ruolo del referendum in una siffatta procedura, individuando possibili modelli⁴⁸.

Tuttavia, ciò che mi preme sottolineare è l'alto rischio connesso all'elusione della questione secessione come il caso spagnolo dimostra e

⁴⁵ High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>; Miller and others (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent), UKSC 2015/0246, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0246.html>.

⁴⁶ Sia nei circoli accademici sia sui giornali. A. Sari, *Biting the Bullet: Why the UK Is Free to Revoke Its Withdrawal Notification under Article 50 TEU*, <https://ukconstitutionallaw.org/>. N. Gutteridge, *How Labour's vow to veto Brexit 'no deal' is likely to be completely POINTLESS*, <https://www.express.co.uk/news/politics/867141/Brexit-news-MPs-Labour-withdraw-Article-50-prevent-no-deal-EU-exit>.

⁴⁷ Sull'art. 50 TUE C. Closa, *Interpreting article 50: Exit, Voice and... What about loyalty*, in *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership*, ed. by C. Closa, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 187-214.

⁴⁸ S. Mancini, *Costituzionalismo, federalismo*, cit., pp. 800 ss; R. Ziegler – J. Shaw – R. Bauböck (eds), *Independence referendums: who should vote and who should be offered citizenship?*, European University Institute, RSCAS, 2014, n. 90., http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32516/RSCAS_2014_90.pdf.

qui ritornano le riflessioni iniziali sull'importanza della paura nella genesi delle leggi fondamentali di un ordinamento e sul ruolo che le costituzioni hanno nel gestire i rischi politici connessi a tali paure.

Come già ricordava Norman richiamando le c.d. «democratic rule of law reasons», «the perceived advantages of handling secessionist politics and secessionist contests within the rule of law rather than as 'political' issues that lie outside of, or are presumed (by the secessionists) to supersede the law»⁴⁹. In questo senso, il caso canadese dimostra come anche in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sia possibile tentare di procedimentalizzare, «addomesticare» il fenomeno in questione e in questo la Corte Suprema di Ottawa ha davvero lanciato un messaggio di speranza: il diritto – specie quello costituzionale – può e deve avere un ruolo, non delegando tutto alla politica o ai rapporti di forza.

⁴⁹ W. Norman, *Negotiating Nationalism*, cit., p. 189.