



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

GIUSEPPE MARTINICO

Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese

ABSTRACT- This essay offers a European perspective on the relationship between populism and constitutionalism. In order to do so it will consider the referendum as a case study. This work is divided into two parts. In the first part I shall explore the debate on how to proceduralise secession. In the second part I shall highlight some reasons for prudence in the use of referendums in contexts of representative democracy. In order to make my argument I will rely on the well-known Reference of the Canadian Supreme Court on the secession of Québec. Indeed, that Reference has an incredible potential which offers important counter-arguments to the rise of populisms.

KEYWORDS - Populism, Constitutionalism, Referendum, Canada, Secession.

Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese**

SOMMARIO: 1. *Populismo e costituzionalismo: un approccio non meramente oppositivo* – 2. *Il referendum: uno strumento nobile, camaleontico e “rischioso”* - 3. *L'importanza dell'esperienza canadese* – 4. *L'approccio seguito dalla Corte Suprema e il concetto di “condizionalità all'uscita” (“exit related conditionality”)* – 5. *I pilastri su cui fondare la “lotta costituzionale” contro il “riduzionismo” populista*

1. Populismo e costituzionalismo: un approccio non meramente oppositivo

Come può il costituzionalismo fronteggiare l'uso populista delle rivendicazioni identitarie (e secessioniste in particolare)? Prendendo le mosse da questa domanda di ricerca, in questo articolo si cercherà di offrire una riflessione sul complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo, utilizzando il referendum come caso di studio. Proprio per la sua natura “camaleontica”, infatti, questo strumento si presenta come particolarmente esposto alle strumentalizzazioni populiste.

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Research Fellow presso il Centro Studi sul Federalismo, Torino e Honorary Professor presso lo European Law Research Centre dell'Università di Henan, Kaifeng.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. L'Autore ringrazia Paolo Addis, Maverick Bar Cat, Pierluigi Cuccuru, Costanza Margiotta e Marta Simoncini per i preziosi commenti. Questo saggio è collegato ai temi del progetto Jean Monnet “Eur. Publ-IUS” European Public Law (Modulo Jean Monnet coordinato dall'autore del saggio), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>

Come ha rilevato Corrias¹, nell'Europa continentale solo recentemente costituzionalisti e comparatisti hanno affrontato il tema in maniera, per così dire, organica² e quando lo hanno fatto spesso hanno concepito il rapporto fra populismo e costituzionalismo in termini meramente oppositivi. Differente è il discorso per i politologi e i sociologi che hanno dato un contributo notevole, soprattutto in termini definitivi³, scontrandosi con le difficoltà riscontrate già da Berlin, che non a caso parlò di “paradosso di Cenerentola” per descrivere l'ambiguità del concetto⁴. Parzialmente diverso

¹ «Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism [...] There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic», L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2016, 6 ss.

² Esistono, ovviamente, le eccezioni: C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2011, 5 ss.; L. CORRIAS, *Populism* op. cit., 6 ss. Si veda anche il XXXII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) svoltosi a Modena il 10 e 11 novembre 2017 e dedicato al tema “Democrazia, oggi”, in particolare la relazione di P. CIARLO poi pubblicata con il titolo *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2018, <http://www.rivistaaic.it/democrazia-partecipazione-popolare-e-populismo-altempo-della-rete.html>

³ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; Y. MÉNY, Y- SUREL (eds), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave, 2002; J. W. MÜLLER, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016. M. CANOVAN, *Populism*, Harcourt Brace Javonovich, New York, 1981; M. CANOVAN, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1/1999, 2 ss.; E. LACLAU, *On Populist Reason*, Verso, London, 2005; K. ABTS, S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, in *Political Studies*, 2/2007, 407 ss.; N. URBINATI, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1/1998, 110 ss.; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, PIERRE OSTIGUY, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁴ I. BERLIN scrisse: «That there exists a shoe – the word ‘populism’ – for which somewhere there must exist a foot. There are all kinds of feet which it nearly fits, but we must not be

è il discorso per i teorici e filosofi del diritto⁵ che hanno, anche di recente, evidenziato le differenze esistenti nell'approccio al tema nella letteratura anglo-americana e in quella europea continentale. Con riferimento al contesto anglo-americano⁶, è stato evidenziato come il dibattito su populismo e costituzionalismo sia stato analizzato con riferimento alla nota contrapposizione fra costituzionalismo "legal" e "political/popular"⁷. Se in questo contesto il filo conduttore del dibattito è stato indubbiamente la *vexata questio* della *judicial review*⁸, nell'Europa continentale la possibilità del controllo di costituzionalità è un dato non solo pacifico, ma addirittura costituzionalizzato in molti casi. Questo spiega la peculiarità del caso

trapped by these nearly-fitting feet. The prince is always wandering about with the shoe; and somewhere, we feel sure, there awaits it a limb called pure populism. This is the nucleus of populism, its essence» I. BERLIN, *To Define Populism*, 1967, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>

⁵ *In primis* L. CORSO, *What does Populism have to do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2014, 443 ss.

⁶ Per esempio J. BALKIN, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *Yale Law Journal*, 1995, 1935 et seq. A. R. AMAR, *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1657 ss.; J. BELL, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*, Regnery Gateway, Washington, 1992.

⁷ R. BELLAMY, *Political constitutionalism: a Republican Defence of Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; C. MAC AMHLAIGH, *Putting Political Constitutionalism in Its Place*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2016, 175 ss; P. MINKKINEN, *Political Constitutional Theory vs Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2013, 585 ss.; M. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/2002, 157 ss.

⁸ Su questo dibattito si veda almeno: M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away From The Court*, Princeton University Press, Princeton, 1981; M. TUSHNET, *Abolishing Judicial Review*, in *Constitutional Commentary*, 2011, 581 ss.; J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 1346 ss.

europeo rispetto alle categorie utilizzate nel contesto anglo-americano (soprattutto in quello statunitense)⁹.

Il referendum è uno strumento spesso evocato dai populismi, ideale per dare voce alla “volontà del popolo”. Ritornano qui le importanti riflessioni di Mény e Surel¹⁰ sulla “non-mediazione” come caratteristica dei populismi, per non parlare dell’opposizione fra la maggioranza “virtuosa” e le *élite* “corrotte”, a cui ricondurre – spesso – tutte le minoranze. Recentemente Voßkuhle ha riflettuto su questo aspetto, sottolineando la natura non pluralista del concetto di democrazia supportato dai populistici¹¹ e, ancora prima, Müller aveva spiegato in termini schmittiani la contrapposizione (amico-nemico) fra maggioranza e minoranza nell’ottica dei movimenti populistici¹². Andando contro una lettura meramente oppositiva del rapporto fra costituzionalismo e populismo è stato detto che, in fondo, anche il populismo “contains a (largely implicit) constitutional theory”¹³. Su questa scia, è stato suggerito che il populismo – entro certi limiti – si alimenta delle categorie e delle opportunità offerte dal costituzionalismo per alterare le gerarchie – valoriali e giuridiche – delle democrazie costituzionali. Ha spiegato bene questo concetto Fournier, ricorrendo alla “analogia del parassita”, secondo cui «the relation between populism and constitutional democracy is comparable to a process of parasitism where constitutional democracy would be the host and populism the parasite»¹⁴.

Questo si nota particolarmente bene analizzando il rapporto fra il principio democratico e gli altri principi delle democrazie costituzionali (protezione delle minoranze, *rule of law*, per citarne solo alcuni): per i populistici la

⁹ L. CORSO, *What does Populism*, op. cit., 443 ss.

¹⁰ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; Y. MÉNY, Y-SUREL (eds), *Democracies* op. cit.

¹¹ A. VOßKUHLE, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 2018, 119 ss.

¹² J. W. MÜLLER, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.

¹³ L. CORRIAS, *Populism*, op. cit., 6 ss.

¹⁴ T. FOURNIER, *From rhetoric to action: a constitutional analysis of populism*, in *EUI Working Paper*, 08/2018, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/51725>.

democrazia – ridotta a regola della maggioranza – è concepita come un asso vincente (“trump card”), che prevale sugli altri principi costituzionali. Nelle parole di Fournier: «Populist rhetoric can be defined as the political discourse aiming to convince a fictional majority that constitutional democracy gives rise to the tyranny of minorities. The choice of ‘rhetoric’ instead of ‘discourse’ is intentional»¹⁵.

In questo contesto, il referendum è uno strumento particolarmente esposto a rischi di strumentalizzazione, specie se non accompagnato dalle dovute garanzie. Non a caso i populismi tendono a contrapporlo spesso all’attività delle istituzioni rappresentative, scorgendo in esso e nella volontà popolare la fonte assoluta e non mediabile di verità politica. Queste considerazioni non stupiscono i comparatisti, che hanno sempre evidenziato la problematica compatibilità fra referendum e democrazia rappresentativa e la pericolosa ambiguità del concetto di maggioranza (*infra*).

Un’ulteriore premessa deve essere fatta quando si affronta il macro-tema dei populismi nazionalisti. Anche qui il referendum (indipendentemente dal *nomen iuris* scelto per la consultazione) viene visto come strumento ideale per legittimare il fenomeno della secessione. In fondo quelle (non moltissime) disposizioni costituzionali¹⁶ che prevedono la possibilità della secessione richiamano lo strumento referendario, collocandolo all’interno di complesse procedure. In questo contesto, il ricorso al referendum ha fornito un quadro procedurale¹⁷, quello che Tancredi ha efficacemente

¹⁵ T. FOURNIER, *From rhetoric*, op. cit.

¹⁶ Su questo si veda I. GÖKHAN ŞEN, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer, Heidelberg, 2015; M. QVONTRUP, *Referendums on Independence, 1860-2011*, in *Political Quarterly*, 1/2014, 57 ss.; L. FROSINA, *Profili giuridici e aspetti problematici del referendum di secessione. Un’analisi comparata*, in *Nomos*, 3/2017, 1 ss.

¹⁷ Sull’importanza degli elementi procedurali nel federalismo comparato si veda: F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

definito un “normative due process”¹⁸. Proprio nella definizione di questo quadro procedurale l’insegnamento canadese è stato essenziale e questo spiega l’attenzione che verrà dedicata alla *Reference* della Corte Suprema del 1998 da cui si cercherà di trarre alcuni importanti concetti utili a contrastare molti degli argomenti utilizzati dai populistici. Il presente contributo, però, non si pone come obiettivo quello di ripercorrere i contenuti di questa famosissima *Reference*, ma di far emergere il suo incredibile potenziale “anti-populista”. In tale ottica, allora, si ripercorreranno alcuni dei passaggi principali della *Reference* contestualizzandoli alla luce dei fenomeni attuali. Il lavoro si divide in due parti: dopo una prima parte in cui si ricorderanno le ambiguità dello strumento referendario, nella seconda si guarderà all’attualità della lezione canadese, di recente descritta come esemplare nella lotta ai populismi¹⁹.

2. *Il referendum: uno strumento nobile, camaleontico e “rischioso”*

Il referendum è stato spesso descritto come un “innesto”²⁰. In questo senso, la migliore dottrina²¹ ha sempre sottolineato le ambiguità del referendum e

¹⁸ A. TANCREDI, *A Normative "Due Process" in the Creation of States through Secession*, in M. KOHEN, *Secession: International Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 171 ss.

¹⁹ E. MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy: The 150th Anniversary Celebration*, Lexis Nexis, New York, 2017.

²⁰ M. LUCIANI, *Il referendum: questione teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 2008, 157 ss., 161 ss. Lo stesso Luciani si rifà agli scritti di G. GRASSI, *Il referendum nel governo di Gabinetto*, Roma, Eredi Befani, 1913 e, nel secondo dopoguerra, di M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953, 13 ss.

²¹ M. LUCIANI, *Il referendum* op. cit., 15 ss.; M. LUCIANI, *Commentario della Costituzione. Art. 75 Referendum*, Bologna, Zanichelli, 2005; M. LUCIANI, *Introduzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, Roma- Bari, 1992, 3 ss. Sul rapporto fra referendum e responsabilità politica si veda: A. DI GIOVINE, *Referendum e responsabilità*

i rischi legati a un suo uso improprio nei sistemi di democrazia rappresentativa. Si tratta di una discussione che parte da lontano: già Weber, ad esempio, aveva ricordato le ambiguità del referendum e come tale strumento potesse essere usato anche per deresponsabilizzare le forze politiche: «Ciò che appunto il referendum ignora è il compromesso, sul quale si fonda inevitabilmente la maggioranza di tutte le leggi in ogni stato di massa con forti contrasti regionali, sociali, confessionali e di altra specie [...] inoltre i principi plebiscitari diminuiscono il peso specifico dei capi-partito e la responsabilità dei funzionari. Una disapprovazione dei funzionari dirigenti per effetto di una votazione popolare che rifiuti le loro proposte non ha per effetto- come negli stati parlamentari avviene con il voto di sfiducia- di provocare le loro dimissioni; e nemmeno può averlo. Infatti il voto negativo non permette di riconoscere i suoi motivi e non addossa alla massa che ha votato negativamente- come invece addosserebbe a una maggioranza parlamentare di partito votante contro il governo- il dovere di sostituire a sua volta i funzionari disapprovati con i propri capi responsabili»²².

Recentemente Morel ha individuato almeno due grandi filoni nel dibattito sul referendum, sostenendo che: «Theoretical accounts on referendums belong either to the constitutional debate or to democratic theory. What distinguishes the two debates in a rather precise way is the set of questions raised: while the classical, constitutional, debate questions the issue of the

politica, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2005, 1214 ss. Più recentemente si vedano: A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010 e M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano, 2012. Si veda anche il "classico": T. PERASSI, *Il Referendum*, Armando di Fabio, Roma, 1911.

²² M. WEBER, *Economia e società*, II, Comunità, Milano, 1968, 751 ss. Per una panoramica delle diverse interpretazioni dell'Opera di Weber in questo ambito si veda: G. PASQUINO, *Plebiscitarismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscitarismo_\(Enciclopedia-delle-scienzesociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscitarismo_(Enciclopedia-delle-scienzesociali)/).

compatibility of the referendum with representative democracy and the extent and modalities of its use, the democratic debate rather focuses on the democratic quality of the referendum and whether its extension could help to improve the quality of contemporary democracies»²³.

Tuttavia, il dibattito sulla “qualità democratica del referendum”, come lo chiama Morel, altro non è se non una conseguenza dello sforzo fatto dalla dottrina per spiegare in termini di complementarietà il rapporto sussistente fra l’organo trapiantato e il contesto in cui esso si inserisce.

L’ideale punto di partenza del dibattito è, ovviamente, il noto scambio fra Carré de Malberg e Mirkine Guetzévitch. Se per il primo il referendum era compatibile con i sistemi parlamentari²⁴, soprattutto se concepito come modalità per risolvere i conflitti fra parlamento e governo e per limitare l’onnipotenza parlamentare²⁵, per il secondo questo strumento comportava una tensione difficilmente sanabile con l’idea di razionalizzazione del parlamentarismo²⁶. Conviene comunque ricordare che su questo punto Mirkine Guetzévitch in parte sembrò aver cambiato opinione, come nota

²³ L. MOREL, *Referendum* in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 502 ss.

²⁴ Su questo dibattito si veda anche G. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947, 30 ss.

²⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, 256 ss., 262 ss.

²⁶ B. MIRKINE GUETZEVITCH, *Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, 285 ss, 334 ss. «The discussion of the Russian constitutionalist focused in particular on a new variety of referendums and popular initiatives aimed at solving conflicts between the executive and the legislative, which could lead to the dissolution of parliament or the revocation of the head of the state. Mirkine-Guetzévitch regarded this as contradictory with the trend toward a ‘rationalization’ of parliamentarism, by means of a strengthening of executives, which he welcomed as the great novelty of these Constitutions», L. MOREL, *Referendum* op. cit., 504.

Morel²⁷. In realtà, come rileva Luciani, i due Autori partivano da una premessa comune, rappresentata dalla “coloritura antiparlamentare”²⁸ del referendum.

A questo dibattito è parzialmente collegato quello sulla qualificazione dell’istituto come strumento di democrazia diretta o meno. È nota la posizione di chi nega tale ricostruzione, qualificando il referendum come «istituto di partecipazione popolare, di tipo istituzionale»²⁹, e lo fa sulla base di un complesso quanto affascinante itinerario storico-filosofico volto a sottolineare la necessaria “compresenza fisica” come “connotato essenziale”³⁰ della democrazia diretta. A considerazioni analoghe sono giunti i politologi, nel sottolineare che «la “democrazia diretta”, in effetti, come forma moderna di governo non esiste e pertanto quella definizione in termini di teoria empirica è errata e fuorviante»³¹, anche alla luce delle continuità che esistono fra referendum e competizione politica.

Quest’ultima considerazione pone degli interrogativi importanti legati al rapporto fra governanti e governati, fra organi costituzionali e società civile e fa del referendum un istituto centrale nello studio delle dinamiche

²⁷ «The author had, however, expressed a rather different position one year earlier, in *Les Constitutions de l’Europe nouvelle* (1930), where he wrote that “the referendum is the logical conclusion of the process of rationalization of parliamentarism” (*ibid*, 28)», L. MOREL, *Referendum*, op. cit., 502 ss., nota n. 9.

²⁸ M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 33.

²⁹ M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 163.

³⁰ M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 11. «Ad essere precisi, anzi, si dovrebbe dire che l’espressione ‘democrazia diretta’ si risolve in un pleonasma e che l’espressione “democrazia rappresentativa” costituisce un ossimoro: dove c’è democrazia, infatti, c’è decisione popolare diretta (nel senso indicato nel testo); dove, invece, vi è rappresentanza non v’è democrazia. È solo la sedimentazione degli usi linguistici, pertanto, che ci fa parlare, oggi, di “democrazia rappresentativa”», M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 161.

³¹ P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 2003, 17 ss. Secondo l’Autore: «Il referendum è prosecuzione della competizione politica con mezzi aggiuntivi rispetto a quelli delle elezioni per le assemblee rappresentative e legislative».

costituzionali. Se l'universo del diritto comparato offre diverse tipologie di referendum (referendum "costituzionale" "legislativo", "convenzionale", "preventivo", "successivo", "obbligatorio", "facoltativo", "decisionale", "consultivo"³²), tale diversità non impedisce di rinvenire preoccupazioni e tendenze comuni. Con questo non si vuole negare la validità analitica della distinzione fra esperienze in cui l'iniziativa referendaria è appannaggio esclusivo degli attori dell'organizzazione costituzionale ed esperienze in cui il referendum è concepito come radicato nella società civile, dotato di un carattere, per così dire, diffuso³³, come se fosse una sorta di "contropotere"³⁴ o espressione del "diritto di resistenza"³⁵.

Tuttavia, tutti gli ordinamenti conoscono delle forme di contenimento dei rischi politici legati al referendum, strategie emerse alla luce di preoccupazioni comuni. Per esempio, in un noto saggio dedicato all'esperienza referendaria in Svizzera e negli Stati Uniti, Auer sottolineava

³² M. VOLPI, *Referendum (dir. cost)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., XII, Torino, UTET, 1997, 434 ss. Più di recente si veda anche: M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare. Quale riforma*, 2/2016, in *Costituzionalismo.it*, http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201602_567.pdf.

³³ Vengono in mente le note considerazioni di Mortati sul referendum come "contropotere": «In realtà in referendum deve essere inteso come arma messa a disposizione della minoranza in parlamento, o di quei gruppi di elettori che ritengono non aderenti alla volontà del paese determinate misure prese dalla maggioranza al potere o intendano provvedere ad omissioni in cui questa sia incorsa, e perciò è rivolto a temperare l'arbitrio della maggioranza stessa», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 785. Sul Mortati costituente si veda anche: M. VOLPI, *Mortati costituente e teorico delle forme di governo e alcuni momenti dell'esperienza costituzionale Svizzera*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 2007, 1151 ss. M. LUCIANI, *Commentario op. cit.*, 142 ss.

³⁴ S. FOIS, *Il referendum come «contropotere» e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in AA.VV., *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Bompiani, Milano, 1978, 130 ss.

³⁵ G. VOLPE, *Referendum abrogativo e diritto di resistenza*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 284 ss.

i timori dei “padri fondatori” americani nei confronti della “democrazia pura” che «costituirebbe una minaccia per le libertà individuali a causa soprattutto del gusto dell’oppressione che animerebbe la maggioranza del popolo»³⁶ e, alla luce di ciò, spiegava l’assenza del referendum nel diritto federale americano. Queste osservazioni non devono stupire più di tanto, se è vero, come ha spiegato magistralmente Elster, che la “paura” e la “violenza” hanno da sempre giocato un ruolo fondamentale nelle scelte dei costituenti³⁷. Del resto, non sono mancati studi che hanno sottolineato l’importanza delle emozioni nella storia del diritto costituzionale. 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»³⁸.

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” politico³⁹.

E numerosi sono indubbiamente i rischi connessi a un uso “distorto” del referendum. Rinviando ad altra sede per i dettagli⁴⁰, basta qui ricordare brevemente ciò che è accaduto di recente nel contesto britannico. In questo senso il grande *caos* istituzionale creatosi all’indomani del voto del 23 giugno 2016 è la diretta conseguenza dell’approccio scelto dal governo May, che ha tentato di evitare la mediazione del voto popolare, derivandone

³⁶ A. AUER, *L’esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, Roma- Bari, 1992, 61 ss., 64.

³⁷ J. ELSTER, *Constitution-making and violence*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 7 ss.

³⁸ A. SAJÓ, *Emotions in constitutional design*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 354- 384, 358.

³⁹ A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁴⁰ G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto Pubblico*, 2/2017, 429 ss.

direttamente e automaticamente delle conseguenze politico-giuridiche. Questo tentativo di centralizzazione può evincersi su almeno due piani: uno riguardante la forma di governo (il tentativo di evitare il voto parlamentare, reso possibile solo a seguito delle sentenze *Miller*⁴¹) e l'altro riguardante la forma di Stato, con le tensioni in Scozia e Irlanda del Nord.

Certo, si potrebbe obiettare che l'esperienza britannica è indubbiamente particolarissima per la natura solo parzialmente scritta delle fonti costituzionali⁴² e per la prassi tutto sommato recente di un istituto che, tuttavia, ha conosciuto trattazioni esaustive anche oltremontane, a cominciare dai famosi scritti di Dicey,⁴³ che lo analizzò alla luce della nota distinzione fra "sovranità politica" e "sovranità giuridica"⁴⁴. Tutto questo ci conduce alla seconda caratteristica del referendum: la sua natura multiforme o "camaleontica". Se è vero che l'esperienza britannica è complessa va comunque ricordato che anche lì non sono mancati tentativi di estendere le considerazioni prodotte dalla dottrina europea continentale

⁴¹ 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>. Sulla decisione della Corte Suprema si veda: A. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Diritto Pubblico.*, 1/2017, 3 ss.

⁴² Già sottolineate a suo tempo da V. BOGDANOR, *The People and the Party System: The Referendum and Electoral Reform in British Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, 75 ss.

⁴³ A cominciare da A.V. DICEY, *Ought the referendum to be introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 1890, 508 ss.

⁴⁴ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, St. Martin's Press, New York, 1959. Per una rilettura della distinzione alla luce del tema della secessione si veda, di recente, M. NICOLINI, *La costruzione territoriale dell'identità costituzionale tra finzioni giuridiche e «trauma» della secessione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2013, 7 ss., 21.

al caso britannico⁴⁵ e che gli stessi costituzionalisti d'oltremania hanno sottolineato come la specificità britannica non escluda del tutto la comparabilità.⁴⁶ Di ciò si può avere conferma guardando alla riflessione della dottrina italiana sui *pro* e *contra* del referendum⁴⁷ e comparandone i risultati con quanto scritto dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords*⁴⁸ qualche anno fa. Pur nella diversità di contesti e presupposti molti degli argomenti utilizzati sono comuni e non è, quindi, un caso che proprio la questione del referendum abbia riaperto il dibattito sulla necessità di una (ulteriore) codificazione del diritto costituzionale britannico.⁴⁹ Un altro elemento di comparabilità è dato dalla comune influenza esercitata dall'Unione europea. Non è un caso che la prima grande consultazione referendaria degli anni Settanta nel Regno Unito sia stata quella sulla permanenza nella (allora) Comunità economica europea e che oggi si riscopra il referendum dopo la vittoria del *Leave*. È anche noto che il referendum nella storia dell'integrazione *concede spesso il bis*: ciò è avvenuto in Irlanda e Danimarca, ad esempio, in occasione della ratifica di alcuni trattati europei.⁵⁰ Tuttavia, la natura "camaleontica" del referendum non è apprezzabile solo dal punto di vista sincronico, ma anche diacronico, avendo i referendum spesso svolto ruoli diversi nello stesso ordinamento a

⁴⁵ Ad esempio, in Italia, M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012, 146 ss.

⁴⁶ P. LEYLAND, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (eds), *Sovereignty and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 145 ss.

⁴⁷ Per tutti M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 82 ss.

⁴⁸ HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12th Report of Session 2009–10, *Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence*, 2010, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>

⁴⁹ Si veda, ad esempio, P. LEYLAND, *Referendums*, op. cit., 145 ss.

⁵⁰ E. ÖZLEM ATIKCAN, *The Puzzle of Double Referendums in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 5/2015, 937 ss.

seconda delle contingenze politiche del momento. Ancora una volta il caso britannico è emblematico.⁵¹ Tradizionalmente, nel Regno Unito il referendum è stato concepito come strumento a disposizione del governo, come ricordava Bogdanor:

«The referendum is generally seen as an instrument of popular sovereignty, an institutional expression of the doctrine that political authority derives from the people. Yet, as the history of the debate in Britain shows, the urge towards popular participation or self-government has not played a very important part in its advocacy. On the contrary, since first proposed by Dicey, the referendum has been suggested primarily as a means of checking disagreeable legislation [...] It has been, in the words of Beaverbrook, 'not a spear but a shield', an adjunct to representative government and not a replacement for it»⁵².

Ciò ha fatto sì che tradizionalmente il referendum nel Regno Unito «could serve to increase its [del governo] power»⁵³ e, non a caso, la discussione negli ultimi anni si è incentrata su come disciplinarlo, anche per evitare possibili abusi. Questa intuizione degli anni Ottanta è stata poi confermata dall'accelerazione avuta con il governo Blair. Da un lato, infatti, il referendum è stato interpretato «anche quale strumento di affrancamento della *leadership* dalle influenze interne del partito (*Trade Unions*, apparato dei quadri, comitati interni, *parliamentary party*, ecc.) e di raccordo diretto con il *people's veto*, e in tale curvatura potendosi cogliere qualche elemento che non sarebbe improprio definire plebiscitario»⁵⁴. Dall'altro, il

⁵¹ G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche*, op. cit.

⁵² V. BOGDANOR, *The People*, op. cit., 69.

⁵³ V. BOGDANOR, *The People*, op. cit., 75.

⁵⁴ A. TORRE, *Il referendum nel Regno Unito: radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012, 11 ss., 73.

referendum- un istituto che Bogdanor aveva definito un “*conservative device*”⁵⁵- è diventato parte di una strategia riformista.⁵⁶

3. *L'importanza dell'esperienza canadese*

Il 2017 è stato l'anno del centocinquantenario del *British North America Act*. In questi centocinquanta anni la Confederazione canadese⁵⁷ è stata oggetto di numerosissimi studi e ciò si spiega per la natura di vero e proprio “laboratorio” dell'ordinamento canadese,⁵⁸ che, da sempre, ha “sperimentato” soluzioni innovative diventate poi oggetto d'indagine da

⁵⁵ V. BOGDANOR, *The People* op. cit., 69.

⁵⁶ Anche in negativo, il che conferma il margine del governo: «A un secolo di distanza, il fatto che il referendum sia divenuto ormai una convenzione costituzionalmente accettata, non significa che sia venuto meno il problema dei suoi effetti sul parlamentarismo. Non è un caso che solo i referendum nazionali (UE e sistema elettorale), che pure rientravano nel programma del Governo laburista, non siano stati promossi nella passata legislatura, benché ragioni di opportunità istituzionale e di coerenza politica suggerissero di mantenere l'impegno con gli elettori. Il Governo ha rinunciato ai referendum “europei” e al referendum sul sistema elettorale, per l'evidente ragione che essi potevano tradursi in un voto oppositivo alla sua politica», G.G. CARBONI, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Rimini, Maggioli, 2012, 399 ss., 401.

⁵⁷ Da ultimi: R. ALBERT, D. CAMERON (eds), *Canada in the World Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. E. MENDES (ed.), *Canada's* op. cit. Si permetta anche il rinvio a: G. MARTINICO, R. ALBERT, A. BARAGLIA, C. FASONE (eds), *The Constitution of Canada: History, Evolution, Influence and Reform*”, special issue di *Perspectives on Federalism*, 3/2017, http://www.on-federalism.eu/attachments/004_Volume%209%20-%20issue%203%20-%202017.pdf; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla confederazione*, Pisa University Press, Pisa, 2017.

⁵⁸ S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada un laboratorio costituzionale*, Cedam, Padova, 2000. In italiano si veda anche T. GROPPI, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006 e J. FRÉMONT, A. LAJOIE, G. OTIS, R. J. SHARPE, R. SIMEON, K. SWINTON, S. VOLTERRA (a cura di), *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997.

parte della comunità dei comparatisti. Fra gli esempi più evidenti della straordinaria influenza del costituzionalismo canadese si deve ovviamente ricordare la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di secessione.⁵⁹ Come è stato efficacemente detto, la secessione è stata per molti anni vista come un “tabù costituzionale”⁶⁰, qualcosa da non pronunciare nel 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. 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”⁶¹.

Del resto, si tratta di un fenomeno complesso, rivoluzionario ma, allo stesso tempo, conservatore, come giustamente hanno sottolineato Margiotta e Mancini⁶². Tuttavia, qualcosa è indubbiamente cambiato negli

⁵⁹ Tema di notevole interesse oggi e spesso oggetto di rivendicazione da parte dei populismi nazionalisti.

⁶⁰C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Il Mulino, Bologna, 2005, 37 ss. «A paramount consideration in any secession-related discussion is that, irrespective of the nature of secessionists claims, secessions are not prima facie desirable, because they jeopardize world stability. However, demonizing secession, turning it into a constitutional taboo, often adds fuel to secessionist claims», S. MANCINI, *Secession and Self-Determination*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 481 ss.,482. Su costituzione e secessione si veda anche T. E. FROSINI, *Costituzione, autodeterminazione, secessione*, in- *Rivista AIC*, 2015, http://www.rivistaaic.it/download/fPW5CN38dX5kO_mWuShtbMqcg94fmzSHf8GUqy-iLc/1-2015-frosini.pdf.

⁶¹ D. TIPTON, *Nullification and Interposition in American Political Thought*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1969, 50.

⁶² «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 secessionist;», S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015,

ultimi venti anni, proprio grazie alla famosa *Reference* canadese,⁶³ che ha rotto il tabù della secessione, aprendo la porta ad una lettura giuridica “per principi”.⁶⁴ Si tratta di uno spartiacque fondamentale che ha aperto una nuova stagione di riflessioni su un tema che oggi più che mai si pone come attualissimo. Effettivamente, da allora è iniziato un nuovo dibattito, tutto incentrato sul come “costituzionalizzare” il fenomeno secessione,⁶⁵ e basato sulla pretesa di addomesticare qualcosa che fino a pochi anni prima appariva come una belva indomabile.

4. *L'approccio seguito dalla Corte Suprema e il concetto di “condizionalità all'uscita” (“exit related conditionality”)*

Come noto, nella sua *Reference* la Corte Suprema non ha riconosciuto un vero e proprio diritto alla secessione in quanto tale. Piuttosto, ha tentato di offrire una lettura giuridica del concetto di secessione, contestualizzandolo in un mosaico più complesso alla luce dei principi strutturali dell'ordinamento canadese.

Valorizzando un approccio non formalista ha quindi ricostruito il “nucleo duro” del proprio ordinamento (corrispondente ai principi del federalismo, della democrazia, del costituzionalismo e *rule of law*, e della protezione delle minoranze). Tuttavia, il passaggio forse più interessante per la tesi qui proposta è incluso nel par. 90 della *Reference*, in cui la Corte Suprema ha fatto ricorso a una vera e propria forma di *condizionalità all'uscita* (“exit

<http://www.osservatorioaic.it/download/x9L6i7AQbWItSqtvLyBU3qtPZaDROoXmpgrXEzJxnYk/mancini-2015-bis.pdf>.

⁶³ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁶⁴ Ci si riferisce ai famosi principi individuati nella sua *Reference*: federalismo, democrazia, costituzionalismo e *rule of law*, protezione delle minoranze.

⁶⁵D. HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Hart Publishing, Oxford, 2014.; D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, in *Journal of Political Philosophy*, 2/2001, 182 ss.

related conditionality”⁶⁶), volta a garantire una continuità assiologica fra l’ordinamento di distacco e il nuovo ordinamento indipendente che si va creando. Se sono note le varie forme in cui la “condizionalità all’entrata” si presenta (Art. 49 TUE⁶⁷ Art. IV, par. 3 della Costituzione statunitense⁶⁸), riferendosi con questa formula a quei requisiti di compatibilità strutturale richiesti al momento della valutazione di una richiesta di entrata, più difficile risulta comprendere le ragioni di una “condizionalità all’uscita”. Si tratterebbe di assoggettare la validità dell’atto di rottura per eccellenza (la secessione) al rispetto di una serie di principi fissati nella costituzione dell’ordinamento di distacco. Tuttavia, per quanto paradossale possa sembrare, siamo in presenza 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

⁶⁶ Su questo si permetta il rinvio a G. MARTINICO, *How can Constitutionalism deal with Secession in the Age of Populism? The case of Referendums*, in STALS Research Paper, 5/2018, <http://stals.sssup.it/files/martinico%205%202018%20stals.pdf>.

⁶⁷ Art. 49 TUE: «Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali».

⁶⁸ Art. IV.3 della Costituzione statunitense: «New states may be admitted by the Congress into this union; but no new states shall be formed or erected within the jurisdiction of any other state; nor any state be formed by the junction of two or more states, or parts of states, without the consent of the legislatures of the states concerned as well as of the Congress. The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state».

processo costituente in parte etero-indotto. In questo modo si cerca di “esorcizzare”, per così dire, il carattere rivoluzionario della secessione. Conviene soffermarsi su questo passaggio per poi sottolinearne il potenziale anti-populista. Per capire cosa si intenda con questa forma di condizionalità all’uscita 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 protection of minorities⁶⁹».

Nel passaggio in questione si insiste molto su una sorta di continuità assiologica richiesta all’uscita. Tale continuità assiologica (sancita, cioè, dall’adesione a dei valori ritenuti fondamentali) 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, in questo modo la portata garantista del processo contribuirebbe alla creazione di un consenso -attorno alla nascita del nuovo ordinamento- nella Comunità internazionale, 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. Questo passaggio è di cruciale importanza perché mette in discussione una delle premesse dei populismi: la possibilità di contrapporre in termini netti i “diritti” della maggioranza ai “doveri” delle minoranze. Come già ricordava Norman richiamando le c.d. “democratic rule of law reasons”:

⁶⁹ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, par. 90.

«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 law⁷⁰».

In questo senso, il caso canadese dimostra come anche in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sia possibile tentare di proceduralizzare, “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 nei processi di secessione, non delegando tutto alla politica o ai rapporti di forza.

Grazie a questa forma di condizionalità in uscita, in altre parole, l’ordinamento di distacco cerca di canalizzare, anche in uscita, l’omogeneità costituzionale⁷¹. Se concepita così la stessa nozione di omogeneità costituzionale riacquista un significato che sembrava perduto nel panorama del diritto costituzionale comparato. Infatti, gli ordinamenti, specie quelli federali, da sempre tentano di assicurare un virtuoso collegamento fra diversità e unità con una serie di meccanismi volti a garantire la fedeltà e l’adesione ai valori fondamentali del sistema giuridico. Tracce di tale omogeneità costituzionale possono riscontrarsi in disposizioni come l’art. 51 della Costituzione svizzera, che condiziona, ad esempio, i contenuti delle Costituzioni cantionali⁷². Sempre ragioni di omogeneità possono suggerire il

⁷⁰ W. NORMAN, *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, 189.

⁷¹ Da ultimo e con grande profondità di analisi: G. DELLEDONNE, *L’omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017. Si veda anche F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005.

⁷² «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».

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 e soprattutto dell’art. 37 della Legge Fondamentale tedesca, la c.d. “coazione federale”⁷³. Si trovano esempi simili anche a livello sovranazionale. Basti pensare al riferimento ai “valori” richiamati dall’art. 2 TUE⁷⁴ - che sono a loro volta distinguibili dai principi a cui si riferisce l’art. 6 TUE⁷⁵ - o al celebre art. 7 TUE⁷⁶,

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

⁷³ 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».

⁷⁴ Art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁷⁵ Art. 6 TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

⁷⁶ Su cui, di nuovo, si veda G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale*, op. cit., 215 e bibliografia ivi richiamata.

L'omogeneità, in altre parole, più che come uno "sleeping giant" dalla difficile attivazione⁷⁷ si presenta come una "funzione flusso" che attraversa tutta la vita dell'ordinamento.

Tornando al caso canadese, si può riassumere il potenziale anti-populista presente nella *Reference* del 1998 in tre importanti passaggi: 1) la "contestualizzazione" del referendum, non visto come fonte assoluta di volontà politica, ma come prezioso strumento che dà voce alla volontà popolare e che deve, però, essere innestato con attenzione nel contesto di democrazia rappresentativa. 2) La concezione non "riduttivistica" del concetto di democrazia, concepita non come mera regola della maggioranza, ma come principio da innestare in un mosaico più ampio di principi. 3) L'ambiguità del concetto di maggioranza. Su questi tre punti si svilupperanno le conclusioni di questo articolo.

5. I pilastri su cui fondare la "lotta costituzionale" contro il "riduzionismo" populista

In apertura si sono ricordati almeno quattro importanti ingredienti della retorica populista: 1) la concezione riduttiva (se non "riduzionistica"⁷⁸) del complesso concetto di democrazia,⁷⁹ intesa dai populistici come mera regola della maggioranza. 2) La tendenza a descrivere la volontà popolare come fonte assoluta della verità politica e giuridica e come concetto non

⁷⁷ Ci si riferisce alle celebri parole del senatore Charles Sumner: "It is a clause which is like a sleeping giant in the Constitution, never until this recent war awakened, but now it comes forward with a giant's power", ricordato, fra gli altri anche da F. O. SMITH JR., *Awakening the People's Giant: Sovereign Immunity and the Constitution's Republican Commitment*, in *Fordham Law Review*, 2012, 1941 ss.

⁷⁸ Si prende qui a prestito il linguaggio utilizzato nelle scienze naturali. Si veda, ad esempio, V. FANO, E. GIANNETTO, G. GIANNINI, P. GRAZIANI, *Complessità e riduzionismo*, in *Isonomia*, Vol. 2, 2012, <https://philarchive.org/archive/FANCER>.

⁷⁹ Per una recente e profonda analisi del concetto di democrazia si veda S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017.

mediabile. 3) La contrapposizione fra la “maggioranza” e gli “altri” (le minoranze), spesso descritti in termini di *élite* corrotte.⁸⁰ 4) L’uso della democrazia come “trump card”, un “asso” che prevale sugli altri principi costituzionali (tutela delle minoranze, *rule of law*⁸¹). Partendo dall’esperienza canadese, in queste conclusioni si cercherà di ricordare alcuni contro-argomenti utili per fronteggiare l’avanzata populista.

Recentemente Steinbeis ha ricordato l’importante ruolo che le norme giuridiche (e le scelte politiche) hanno sulla determinazione della maggioranza:

«A majority is not something you will find in nature. It is an artifact of law. You need legal rules to determine who counts, and in which way. You need legal safeguards of liberty, equality and diversity of opinion. You also need legal rules to determine what the majority will be able to do, which necessarily implies that the majority gets told what she is not allowed to do. In short, you need constitutional law⁸²».

Si tratta di una considerazione che trova conferme nel diritto comparato. Si può innanzitutto ricordare come il concetto di maggioranza dipenda dalle norme che attribuiscono il diritto di voto o che escludono dal diritto di voto alcuni soggetti. È l’idea secondo cui dietro criteri in apparenza oggettivi e neutrali si possano talvolta celare discriminazioni travestite da ragionevoli distinzioni.

⁸⁰ J. W. MÜLLER, *What*, op. cit.

⁸¹ «Populist rhetoric argues that the rule-of-law is used for a specific agenda by non-elected (and so non-representative) bodies. Populism turns the original equilibrium of constitutional democracy into a balance of power in which the majority no longer sits alongside the rule of law, but rather is constrained by it»; T. FOURNIER, *From rhetoric*, op. cit.

⁸² M. STEINBEIS, *Majority is a Legal Concept*, 2017, <http://verfassungsblog.de/majority-is-a-legal-concept/>.

Più nello specifico, ci sono due esempi che dimostrano la natura non meramente neutrale e numerica del concetto di maggioranza, il *Clarity Act* canadese e lo *Schedule 1* del *Good Friday Agreement*. Si tratta di casi che, quantomeno, confermano il ruolo degli attori politici nell'interpretazione del concetto di maggioranza.

Proprio nel Preambolo del *Clarity Act*⁸³ si fa riferimento a uno dei passaggi più importanti della *Reference* canadese, quello in cui la Corte Suprema distinse fra regola della maggioranza e principio democratico, in una lettura che ha il pregio di evidenziare i rischi di collisione fra la nozione formale e quella sostanziale della democrazia⁸⁴:

«Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values... Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer [...] While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize... However, it will be for the political actors to

⁸³ An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference, S.C. 2000, c. 26, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.8/page-1.html>

⁸⁴ Su questo dibattito, fra gli altri, si vedano almeno: J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Brothers, New York, 1950; G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 1957; J. HABERMAS, *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, the MIT Press, Cambridge, 1996; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2014. R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956.

determine what constitutes 'a clear majority on a clear question' in the circumstances under which a future referendum vote may be taken⁸⁵».

Con queste parole, la Corte suprema canadese riconsegnò il concetto di democrazia alla sua complessità, rifiutando di farne idea assoluta e decontestualizzata dagli altri pilastri del costituzionalismo.

Nella stessa fondamentale pronuncia la Corte ricordò come «in this context, we refer to a “clear” majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves⁸⁶».

Proprio la necessità di una valutazione non meramente quantitativa conferma quanto affermato da Steinbeis e rappresentò, a suo tempo, la premessa attraverso cui attribuire alla *House of Commons* la competenza di stabilire, a referendum avvenuto (elemento che ha causato non poche polemiche in Canada⁸⁷), l'esistenza o meno di una “chiara maggioranza” sulla base di una serie di fattori che vengono ricordati dal *Clarity Act*⁸⁸.

Un altro esempio, diverso ma che conferma l'importante ruolo giocato dagli organi politici, viene dallo *Schedule 1* del *Good Friday*

⁸⁵ Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁸⁶ Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217

⁸⁷ Come ricorda P. DUMBERRY, *The Secession Question in Quebec*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2015, 357 ss.

⁸⁸ Su questa base si può leggere nel *Clarity Act* che: «Factors for House of Commons to take into account (2) In considering whether there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of a province that the province cease to be part of Canada, the House of Commons shall take into account (a) the size of the majority of valid votes cast in favour of the secessionist option; (b) the percentage of eligible voters voting in the referendum; and (c) any other matters or circumstances it considers to be relevant», An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference S.C. 2000, c. 26, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.8/page-1.html>.

Agreement, con riferimento alla possibilità di convocare un referendum per un'Irlanda unita⁸⁹. La disposizione così recita:

«1. The Secretary of State may by order direct the holding of a poll for the purposes of section 1 on a date specified in the order.

2. Subject to paragraph 3, the Secretary of State shall exercise the power under paragraph 1 if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland.

3. The Secretary of State shall not make an order under paragraph 1 earlier than seven years after the holding of a previous poll under this Schedule».

Questi esempi dimostrano che il concetto di maggioranza non è qualcosa di facilmente evincibile in maniera chiara e neutra e confermano la necessità di “mediare” il risultato referendario e l'importante margine politico da riconoscere alle istituzioni anche nella fase precedente alla consultazione. La necessità di “mediare” i risultati referendari passando dalle aule delle istituzioni rappresentative rappresenta la seconda fondamentale lezione lasciata dalla Corte Suprema canadese. La Corte di Ottawa, infatti, prese indubbiamente in considerazione i rischi connessi a un uso distorto del

⁸⁹ «Annex A 1. (1) It is hereby declared that Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section in accordance with Schedule 1. (2) But if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland». The Northern Ireland Peace Agreement. The Agreement reached in the multi-party negotiations 10 April 1998, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IE%20GB_980410_Northern%20Ireland%20Agreement.pdf.

referendum, *in primis* quello legato alla contrapposizione fra democrazia rappresentativa e referendum, con la possibile creazione di canali alternativi di legittimazione democratica che finiscono, se non riportati in equilibrio con i meccanismi rappresentativi, per minare lo stesso ruolo dei parlamenti. Nelle parole di Luciani:

«Il referendum può servire a rimediare allo scollamento tra società politica e società civile...Che il referendum possa essere uno strumento di moltiplicazione garantista delle sedi decisionali appare strano, se si ritiene che la pronuncia referendaria sia la voce ‘vera’ della volontà popolare e che essa goda di un plusvalore di legittimazione, sconosciuto alla volontà mediata dai rappresentanti, tale da conferirle la capacità di travolgere ogni decisione o volontà contraria. Abbiamo già visto, però, che questa premessa è falsa: ogni votazione popolare conosce le mediazioni e ogni votazione popolare deve essere interpretata»⁹⁰.

Come stabilire se un referendum possa definirsi o meno democratico? Per provare a rispondere a tale questione non si può fare a meno, ancora una volta, dell’insegnamento della *Reference* della Corte Suprema canadese, in cui si ricordò la necessità di una “clear majority” e di una “clear question” per poter dedurre dal risultato di un referendum l’obbligo di negoziare l’eventuale uscita della provincia francofona dal Canada.⁹¹ Tutte queste considerazioni sono state richiamate subito dopo il referendum britannico del 23 giugno 2016. Difficilmente, ai sensi del *Clarity Act*, si potrebbe

⁹⁰ M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 157 ss.; M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit.

⁹¹ «Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order», Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

considerare il 51,9% come “clear majority”, tenendo conto anche di altri elementi già sottolineati dalla dottrina.⁹²

Altro fattore problematico nel caso britannico è stato quello dell’esclusione dal voto dei cittadini dell’UE residenti del Regno Unito (scelta che si contrappone a quella fatta, invece, in occasione del referendum per l’indipendenza scozzese nel 2014, in cui il voto dei cittadini dell’UE residenti fu essenziale per il risultato finale). Altra scelta discutibile- visto l’impatto che l’uscita del Regno Unito avrà su di essi- è quella che ha portato all’esclusione dal voto dei cittadini del Regno Unito residenti da più di quindici anni all’estero.⁹³ Non a caso questa scelta ha poi scatenato alcune

⁹² In effetti, come riporta Curti Gialdino, non sono mancate discussioni sulla possibilità di prevedere una super- maggioranza e un tasso di partecipazione minimo: «Una petizione parlamentare, presentata (in realtà fin dal 24 novembre 2015) da un cittadino che si è identificato con il nome di William Oliver Healey, chiede di ripetere il referendum sulla Brexit, in quanto il suo esito non sarebbe stato sufficientemente rappresentativo per via della bassa partecipazione al voto e di uno scarto inferiore ai 4 punti percentuali tra le due opzioni. I sostenitori del Remain chiedono quindi ai deputati britannici l’approvazione di una nuova regola secondo la quale, se il voto a favore dell’uscita o della permanenza nell’Unione europea è al di sotto del 60%, con partecipazione minore del 75%, dovrebbe essere convocato un nuovo referendum. Firmata telematicamente in pochi giorni da oltre 3 milioni di persone (sembra anche con l’intervento di hacker), la petizione sarà esaminata dall’apposita commissione della House of Commons, che potrà proporre la discussione in plenaria, come previsto per tutte le petizioni allorché le firme siano superiori a 100 mila», C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell’Unione europea*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo*, 2016, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32126>.

⁹³ O, meglio, come ricorda Gratteri, «La cui ultima iscrizione nel registro elettorale del luogo di residenza nel Regno Unito risale ad oltre 15 anni addietro». Cfr. A. GRATTERI, *Il diritto di voto dei cittadini britannici residenti all’estero nel referendum Brexit del 23 giugno*, *Diritticomparati*, 2016, <http://www.diritticomparati.it/il-diritto-di-voto-dei-cittadini-britannici-residenti-allestero-nel-referendum-brexit-del-23-giugno/>.

vicende giudiziarie, fra tutte conviene qui menzionare la discutibile decisione *Shindler*⁹⁴.

Qui torniamo alle considerazioni precedentemente fatte sulla maggioranza come creazione giuridico-politica e sul ruolo delle costituzioni come “strumenti di gestione del rischio”⁹⁵, inclusi i rischi derivanti dalla mera applicazione del principio di maggioranza.

Di nuovo sono emblematiche le parole pronunciate dalla Corte Suprema canadese nella *Reference* del 1998⁹⁶, che richiamarono la natura per certi

⁹⁴ Su cui si vedano: A. F. TATHAM, *The Legitimacy of Discriminatory Disenfranchisement? The Impact of the Rules on the Right to Vote in the Breain/Brexit Referendum*, in *Perspectives on Federalism*, 1/2016, <http://www.on-federalism.eu/index.php/component/content/article/234-thelegitimacyofdiscriminatory-disenfranchisement-the-impact-of-the-rules-on-the-right-to-vote-in-the-breain-brexit-referendum>; A. GRATTERI, *Il diritto di voto dei cittadini britannici residenti all'estero nel referendum Brexit del 23 giugno*, *Dirittocomparati*, 2016 <http://www.dirittocomparati.it/ildirittodivotodeicittadinibritanniciresidentialesteronelreferendum-brexit-del-23-giugno/>; L. MONTANARI, *I limiti al diritto di voto per il referendum sulla Brexit alla luce della cittadinanza europea*, in *Eurojus.it rivista*, 2016, <http://rivista.eurojus.it/i-limiti-al-diritto-di-voto-per-il-referendum-sulla-brexit-alla-luce-della-cittadinanza-europea/>.

⁹⁵ A. VERMEULE, *The Constitution*, op. cit.

⁹⁶ Una decisione, conviene ricordarlo, che fece perno su principi costituzionali non scritti: «An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons. First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of

versi “contro-maggioritaria”⁹⁷ del costituzionalismo stesso, natura che si manifesta nel momento in cui esso impedisce di decidere su alcuni “beni” che ritiene intoccabili (*in primis* i diritti fondamentali⁹⁸). Nella selezione delle “emozioni”⁹⁹ operata dalle costituzioni ha, indubbiamente, un ruolo fondamentale la storia di ogni ordinamento: 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*. In questo senso la grande sfida del costituzionalismo post-totalitario consiste nel respingere gli insidiosi attacchi del populismo alle gerarchie di valori che caratterizzano le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra.

those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally. The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit "the people" in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy», Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 73- 75.

⁹⁷ In un senso solo in parte coincidente con la “counter-majoritarian difficulty” descritta, con riferimento al *judicial review*, da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

⁹⁸ G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Laterza, Bari- Roma, 2002.

⁹⁹ A. SAJÓ, *Emotions*, op. cit, 354- 355



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 1/2018