



G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 248*

La rilevanza della monografia di Martinico potrebbe essere sintetizzata nelle dizioni di elastica ma solida, densa ma non concentrata, flessibile e dinamica e soprattutto condita da uno stile espositivo che rende il lavoro scorrevole e mai problematico anche per gli studiosi che non si occupano attivamente dei temi ivi contenuti. D'altronde lo scopo dell'Autore, sicuramente, è non di poco conto: leggere, mediante lo scorrere delle parole della Corte Suprema canadese, le più importanti esperienze e sfide del costituzionalismo odierno, bilanciando il metodo diacronico e sincronico con grande abilità stilistica e soprattutto nell'organizzazione del volume. Lo scopo perseguito, è quello di offrire un vero e proprio tributo alla famosa pronuncia della Corte canadese *Reference Re Secession of Quebec*, in quanto essa è riuscita a riabilitare, dal punto di vista giuridico, il concetto di secessione. Questo "tributo" non è fine a sé stesso, in quanto la sentenza in oggetto presenta una stretta connessione con le vicende attuali del costituzionalismo contemporaneo, ossia la concezione "populista" della democrazia, relegata al solo rapporto maggioranza-opposizione. Tale concezione viene definita la "contro-narrazione" costituzionale dei populistici, le cui aspirazioni o istanze sono analizzate con specifico riferimento per i populismi secessionisti, connettendo così concetti importanti per il costituzionalismo, quali identità costituzionale, omogeneità valoriale e democrazia, ridotta spesso, come si è detto, ad un'immediata ed estrema regola della maggioranza. Di qui, sulla scia di altri grandi autori contemporanei (T. GINSBURG – A.Z. AZUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2018), Martinico torna con grande chiarezza su concetti chiave per gli studiosi di diritto costituzionale, ossia il rapporto tra populismo e costituzionalismo e su come i populistici cerchino di mimetizzarsi utilizzando gli strumenti che offre il costituzionalismo. In tal senso, ed è doveroso ribadirlo, risulta essere necessario sottolineare l'importanza dell'opera, dato che il populismo continua a sfidare l'essenza del costituzionalismo; la *Reference* della Corte Suprema fornisce una lettura "costituzionale" delle istanze secessioniste, a fronte di quelle populiste che attraversano il continente europeo, dalla Catalogna all'Italia, fino alla Brexit, con le sue numerose implicazioni giuridiche e politiche.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Nondimeno, bisogna ricordare che quest'opera è, probabilmente, un punto di arrivo di altre riflessioni svolte dall'Autore in altri lavori collettanei pubblicati in occasione dei 150 anni dell'anniversario del *British North America Act* e per i venti anni dalla *Reference* stessa, come “*The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession Legacies of the Quebec Secession Reference*”, curato con G. DELLE DONNE per i tipi di Palgrave Macmillan e *Between Democracy and Law The Amoralism of Secession* curato con C. Closa e C. Margiotta, per i tipi di Routledge. Non deve stupire, quindi, che la monografia sia veloce e matura nell'analisi di un intreccio di tematiche scivolose, ove manchino i necessari accorgimenti metodologici.

Così, l'opera è introdotta da un capitolo che vede un richiamo all'essenzialità delle teorie sul federalismo, sottolineando, in particolare, il ruolo dell'asimmetria a) nel contesto canadese e b) in relazione al trend attuale, che vede le dinamiche asimmetriche assolute protagoniste nelle esperienze federali contemporanee, soprattutto in quelle multinazionali, come è stato evidenziato da Sahadzic e Popelier (P. POPELIER – M. SAHADŽIĆ, (a cura di), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism Managing Multinationalism in Multi-Tiered Systems*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2019). Di lì, si “dispiegano” i cenni sull'evoluzione del modello federale canadese, di cui l'Autore mira ad evidenziare le principali caratteristiche, ossia l'essere “flessibile, pluralistico, asimmetrico, altamente intergovernativo” e, soprattutto, diviene centrale il riferimento al Canada e al multiculturalismo, “inteso come politica di integrazione mediante la valorizzazione di apporti culturali diversi”. Non a caso, quindi, l'Autore sottolinea due tendenze del federalismo canadese che costituiscono, indubbiamente, le vie preferenziali dei processi federali odierni: le relazioni intergovernative, il multiculturalismo e le asimmetrie. La disamina sull'evoluzione del federalismo in Canada procede analizzando le fasi di questa esperienza, sottolineando il ruolo del *Privy Council* nella lettura in modo ampio dei poteri provinciali e a *watertight compartments*, superato successivamente dalla giurisprudenza della Corte Suprema e, appunto, dalla prassi delle relazioni intergovernative. Queste ultime, in particolare, sono divenute centrali nelle *constitutional politics* canadesi che hanno prodotto asimmetrie e differenziazioni e favorito il federalismo cooperativo, mentre la Corte Suprema superava l'approccio rigido del *Privy Council*. In parallelo, l'Autore mette in evidenza le fasi del nazionalismo *québécois* accanto al legame tra questo e il nazionalismo e politiche sociali, come dimostra il caso del *Social Union Framework Agreement* (SUFA). Di qui l'intreccio tra relazioni intergovernative e asimmetria costituzionale, che la dottrina canadese ha esaminato a fondo, in particolare con Watts. Riguardo l'asimmetria canadese è doveroso sottolineare il suo stretto legame con pluralismo culturale e linguistico; infatti, le stesse fondamenta giuridiche del Québec sono diverse e, l'art. 129 del *Constitution Act* del 1867, ha reso possibile la coesistenza tra *civil law* e *common law*. L'Autore ben evidenzia che asimmetria e relazioni intergovernative sono i tratti distintivi del federalismo canadese e in questo contesto va letta la decisione della Corte Suprema.

All'esperienza canadese e *québécois* il volume esamina la questione della secessione, per troppo tempo considerata un tabù costituzionale, quindi considerata estranea al “gioco” del diritto costituzionale. Indubbiamente, la scelta dell'Autore di esaminare la teoria della secessione da un punto di vista giuridico è ben posta, dato che la *Reference* ha sostanzialmente incanalato la

secessione nell'alveo del diritto costituzionale. Così, si spiega l'approfondimento del dibattito costituzionale sulla secessione, che ha le proprie origini in John Calhoun, Autore discusso e anche bistrattato. In questo senso rilevano quei momenti della storia costituzionale degli Stati Uniti, in cui il *federalizing process* vedeva protagonista il braccio di ferro tra gli *States' rights* e il Governo centrale: in sostanza la questione della sovranità, del *Compact* tra gli Stati e della Costituzione. In questo senso si spiega, ora nei termini di *interposition* nel caso della *Virginia Resolution* del 1798, ora nei termini di *nullification* nella *Kentucky Resolution* del 1798 e nel corso della *nullification crisis* che vide opporsi la Carolina del Sud al Congresso nel 1832/1833, quella fase di storia costituzionale in cui era contestata la sovranità della federazione; per Calhoun, nella *South Carolina Exposition*, la sovranità continuava ad appartenere agli Stati, mentre il Governo alla federazione, osteggiando, così, qualsiasi ruolo di arbitro della Corte Suprema, perché parte del livello federale. Per Calhoun la sovranità risiedeva «*in the people of the States respectively*», non concependo così una vera e propria cittadinanza federale, dato che gli Stati, nella sua teoria, avevano la funzione di proteggere i “propri cittadini” dagli atti federali, considerati *ultra vires*. Questo passaggio è importante perché l'Autore chiarisce l'importanza di Calhoun come teorico della secessione, in quel contesto in cui le decisioni della Corte Suprema venivano disattese da molte corti statali, sempre più frequenti con l'approssimarsi della guerra civile: in sostanza Calhoun contro la Corte Suprema. Il caso più significativo appare essere *Martin v. Hunter's Lessee*, ove la Corte ribadì la propria competenza di rivedere le decisioni delle corti statali; Calhoun, riporta correttamente l'Autore, affermava che questo fosse «*a strange misconception of the nature of our system*». Di qui, la differenza tra *nullification*, vista come la preservazione delle sfere d'azione dei livelli di Governo, e secessione, il cui oggetto è «*to free the withdrawing member from the obligation of the association of union*»: si deve aggiungere che Calhoun, e ciò è ribadito più volte nelle conclusioni del capitolo, si appellava alla moderazione e alla ponderazione di tali scelte da parte degli Stati. Lodevole è il passaggio che spiega il nesso secessione come opzione giuridica – *Reference* – costituzionalismo – democrazia – populismo e distorsioni del costituzionalismo e della democrazia. Secondo Martinico il pensiero di Calhoun era caratterizzato dalla «insistenza sulla continuità fra confederazione e federazione, la fungibilità dei concetti di *nullification* e *interposition* nel suo pensiero, il ruolo della secessione come strumento a disposizione degli Stati, il suo essere *extrema ratio* in un *continuum* che passava anche per l'appello alla super-maggioranza e, quindi, dalla via dell'emendamento» (p. 69). Si è reso necessario sottolineare tali parole dati gli echi che, inconsapevolmente o meno, sono presenti ancora oggi nel dibattito odierno, soprattutto in relazione al federalismo e all'asimmetria. Grandi evidenze si trovano nell'articolo 50 del TUE che utilizza il termine *withdraw* in modo analogo a Calhoun; quindi la secessione non è marginalizzata ma verrebbe inclusa in procedure che non lascerebbero dei *vacuum* normativi: di qui il nesso tra Calhoun e la *Reference*, che include anche un altro aspetto. Si tratta, ancora una volta, di un elemento cruciale, ossia l'ambiguità del concetto di maggioranza, dei rischi dell'alterazione della stessa e della necessità di andare oltre una visione quantitativa.

Solo con tali premesse concettuali l'Autore affronta il cuore del volume: l'impatto di una pronuncia che ha indicato la proceduralizzazione della secessione, mediante; a) un approccio

non formalistico (*the Constitution is more than a written text*); b) la rilevanza di *underlying principles* (federalismo, democrazia, costituzionalismo e *rule of law* e protezione delle minoranze); c) riconsiderazione del contrattualismo con la definizione della secessione nel termine di *withdraw*; d) il ruolo del referendum nella procedura e non come unico elemento di rottura, non avendo esso effetti diretti, nelle parole della Corte Suprema: «*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*» (par. 76). Ciò significa che la proceduralizzazione della secessione può avvenire solo con il multilateralismo e le negoziazioni, che diverrebbero essenziali: «*the secession of a province from Canada must be considered, in legal terms, to require an amendment to the Constitution, which perforce requires negotiation*». Tale quadro ben si inserisce nell'esperienza federale canadese, flessibile, dinamica, asimmetrica e dai forti tratti intergovernativi in quanto «negare la secessione come opzione giuridica rischia di consegnare immediatamente al fatto [...] una scelta che, in prima battuta almeno, può e deve essere incanalata nelle procedure costituzionali» (p. 81). Ma c'è di più: quale è il fine del multilateralismo? A cosa serve “parlarsi”? La *Reference* fornisce, in chiave diacronica, la risposta a tali quesiti, affermando che le «*negotiations would be necessary to address the interests of the federal government, of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec*» (par. 92). La Corte, e Martinico lo sottolinea più volte, non si è celata dietro elementi formalistici, ma ha ricondotto per via interpretativa la questione della secessione in un quadro normativo, non lasciando al mero fatto e, spesso alla violenza, la secessione. Non per mezzo di disposizioni scritte, quindi, la Corte ha incanalato il fatto, bensì mediante quei principi fondamentali dell'ordinamento canadese, principi che, essendo non negoziabili, delimitano l'esercizio di tale diritto, in ciò che l'Autore chiama “condizionalità d'uscita”, «volta a garantire una continuità assiologica fra l'ordinamento di distacco e il nuovo ordinamento» (p. 89). La conseguenza è il tentativo di esorcizzare il carattere rivoluzionario della secessione – senza dimenticare l'intrinseco carattere conservatore, l'esercizio del potere di sovranità: la Corte condiziona l'esercizio di tale diritto all'adesione dei suoi valori fondamentali, che dovranno essere rispettati nella futura entità sovrana, ove i negoziati «*would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutional and the rule of law and the protection of minorities*». Dei quattro principi il più evidente è l'ultimo, dato che si presenta un ulteriore problema, ossia quello delle minoranze interne e della loro tutela, su cui la dottrina relativa al federalismo si sta interrogando (T.H. MALLOY – F. PALERMO (a cura di), *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 2015). Questo passaggio, avverte Martinico, è cruciale perché evidenzia la *fictio* populista di contrapporre in termini netti maggioranze e minoranze, dato che la democrazia non è riconducibile all'idea che la volontà popolare prevalga sugli altri principi costituzionali. Così, il referendum, è una parte del processo che si deve svolgere entro i principi costituzionali. In questo senso, la Corte canadese fornisce un messaggio di “speranza”, per aver fornito indicazioni sulla procedura per esercitare il diritto alla secessione.

Per Martinico gli echi della *Reference* sono molteplici - finanche in Sri Lanka (*Supreme Court of Sri Lanka, SC SPL, No. 03/2014*), ma è il caso spagnolo e catalano a destare maggiormente

interesse. Infatti, l'Autore coglie alcuni spunti comparativi da sentenze cruciali del *Tribunal Constitutional* per l'ordinamento costituzionale spagnolo, la n. 31/2010 sullo Statuto catalano e la n. 42/2014; in entrambe si ravvisa, secondo l'Autore, il tentativo del *Tribunal* di mediare tra centro e periferia e un invito a negoziare e a cooperare. Proprio nella seconda, avverte, il *Tribunal* sembra condividere la condizionalità di uscita delineata dalla Corte canadese, laddove menziona il nucleo duro dell'ordinamento spagnolo. Le conseguenze sono, come noto, diverse, data la differenza dei sistemi giuridici canadese e spagnolo. In sostanza, il tentativo di "approcciare" la corte canadese da parte del *Tribunal* non è riuscito a svolgere la funzione pacificatrice, per l'asprezza del conflitto, ma anche per differenze costituzionali e strutturali evidenti.

La seconda parte del volume è caratterizzata da un insistente e fruttuoso tentativo dell'Autore di evidenziare i pilastri di quella che chiama "la contro narrazione costituzionale dei populistici" e quindi la loro ambiguità in relazione all'utilizzo delle categorie del costituzionalismo, alle loro strategie (che denomina mimetismo e parassitismo) e alla validità del "costituzionalismo populista". Tale narrazione si nutre di concetti e prassi del costituzionalismo, quindi non si pone in completa antitesi con i testi costituzionali, tentando così di trovare una parziale legittimazione; la conseguenza è una lettura parziale e semplicistica del concetto di democrazia, ridotta a regola della maggioranza e alla divisione tra popolo ed élite. A ciò si aggiunge che i populistici tendono a santificare le leggi in nome del popolo da contrapporre alle costituzioni, di lì erodendo i *check and balances* e quindi gli organi di garanzia: analogamente alla dottrina contemporanea Martinico sottolinea la rilevanza del potere costituente perpetuo, connesso alla sovranità del popolo/maggioranza. Ma c'è di più, perché l'Autore non si ferma ad una mera critica, usuale nel dibattito odierno sul tema; infatti, mediante un'analisi che richiama la dialettica hegeliana, afferma che, nonostante l'incompatibilità tra costituzionalismo e populismo non è escluso «che le democrazie costituzionali possano riuscire a "filtrare" e introiettare alcune delle rivendicazioni fatte proprie anche dai populismi» (p. 130). Si tratta quindi di sopravvivenza, per dirla alla Azzariti (G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari, Laterza, 2013), e questa è delineata attorno alla minaccia verso quel *corpus* di valori e "pilastri" del costituzionalismo, spesso generati da "emozioni" e da «ciò che ha indotto alla rottura dell'ordinamento che fu e all'instaurazione di quello che sarà»: quindi il nastro trasportatore è stato, nella fase costituente delle costituzioni del dopoguerra, il totale rifiuto per il passato e, nuovamente, il rifiuto, mediante l'emozione, verso ciò che "altro" può essere, deve costituire la difesa delle costituzioni, esemplificato da quel nucleo duro del costituzionalismo. Pertanto, si concorda con Martinico, laddove ricorda che «l'idea di democrazia non può essere ridotta al suo mero dato procedurale né tantomeno al concetto di Governo della maggioranza» (p. 131). Tuttavia, la natura anti-pluralista e anti-istituzionale del populismo è incompatibile con il costituzionalismo e questo deve essere fermamente tenuto a mente; non a caso, lo strumento attraverso cui i populistici, mediante il suo uso distorto, tentano di penetrare e falsificare il bagaglio del costituzionalismo è il referendum che, nella prassi recente, vede la natura oppositiva e a-qualitativa della maggioranza come principio supremo espresso con maggiore forza. Così, l'Autore dedica l'ultimo capitolo del testo

a questo istituto, con specifico riferimento al caso della Brexit, a cui fa da contraltare la pronuncia della *Reference*, che traccia, ancora una volta, la via da perseguire, anzi, prioritariamente, da riscoprire.

L'Autore ripercorre il dibattito sul referendum sottolineandone le ambiguità e il suo uso improprio, partendo da Weber e ricordando quanto Luciani abbia affermato in merito, ossia che il referendum sia «istituto di partecipazione popolare, di tipo istituzionale», senza dimenticare che il referendum può essere promosso da attori istituzionali, quanto dalla società civile in funzione di limitazione del potere. L'esperienza britannica è, come noto, particolare, dato il regime giuridico di *common law* e la storia dell'istituto referendario in riferimento all'Unione Europea, che ne svela la sua natura polifunzionale. In effetti, il referendum svoltosi sulla permanenza della Gran Bretagna nell'Unione Europea si presta molto alla lettura per mezzo della *Reference*, soprattutto laddove si richiama il problema della “chiara maggioranza” e ai possibili limiti da riconoscere al referendum, per evitarne un suo utilizzo distortivo. La contestualizzazione del referendum, nell'ambito dell'ordinamento britannico, è resa così necessaria, e l'Autore ne sintetizza gli elementi essenziali che vale la pena riportare: il dibattito sul tema dalla fine dell'800 e il pensiero di Dicey, la sua applicazione recente, il referendum visto come strumento del Governo e l'assenza di una costituzione scritta. Quest'ultimo punto, in particolare, non significa che nel Regno Unito manchi la normativa in materia. Gli spunti di riflessione, che conducono l'Autore a notare importanti analogie con le riflessioni “continentali”, sono forniti dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords* e dalla sentenza *Thoburn*. Nondimeno, l'assenza di una codificazione, può ampliare i rischi legati all'utilizzo del referendum, la cui prevalente funzione “governativa” appare confermata (p. 164).

Nella parte finale le note vicende costituzionali relative alla Brexit sono ripercorse dall'Autore nella dinamica della forma di Governo, del ruolo del Parlamento e delle sentenze delle corti, interne e dell'Unione Europea. Il cuore del dibattito è stato, come noto, il coinvolgimento di Westminster, ciò che il Governo ha cercato di evitare. La saga Miller è giunta, dopo che la *High Court* di Belfast si era espressa in modo opposto, all'imprescindibile coinvolgimento del Parlamento, che ha permesso la notifica di recesso ex. Art. 50 TUE; accanto a ciò, la sentenza della Corte Suprema chiarisce con fermezza il ruolo del referendum nell'ordinamento britannico e le sue conseguenze facendo sì che «lo sforzo fatto in particolare dalla *High Court* d'Inghilterra e Galles nel tentare di riallineare l'agire politico al quadro giuridico (*rectius*, costituzionale) è stato encomiabile e ha reso queste decisioni una pietra miliare [...] le decisioni Miller hanno ricordato che le norme sono soprattutto la cornice entro cui si deve articolare il potere». Non, quindi, norme come cristallizzazione dei rapporti di forza, ma come cornice predefinita, cornice procedurale e valoriale, in una fase politica di forte tendenza populista che si ripercuoteva nell'estrema conflittualità tra legislativo ed esecutivo. L'accentuazione del conflitto si è avuta con l'investitura di Johnson, con la tentata *prorogation* del Parlamento, a cui ha risposto in modo opposto la Corte Suprema nella *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* ([2019] UKSC 41). Anche questo giudizio, rappresenta una piccola enciclopedia di diritto costituzionale (britannico in questo caso), ma tale attitudine non è nuova nelle Corti apicali dei regimi giuridici di *Common Law* o misti, come

evidenzia la *Reference*, ma anche altre Corti Costituzionali o Supreme, come quella sudafricana (*First Certification Judgement* e *Makwanyane case*) e indiana (*Kesavananda case*).

L'ultima parte del capitolo tratta della sentenza *Wightman*, che ha offerto una lettura teleologicamente orientata dell'applicazione dell'art. 50 TUE: la CGUE ha concluso per la revocabilità della notifica, data la dimensione volontaria dell'adesione al processo di integrazione europea, la cui lettura è fornita dalla lettura teleologica dell'art. 49 e 50 del TUE. In questo senso, Martinico sottolinea la strategia della CGUE, che ha tentato di proceduralizzare la fase di uscita: si potrebbe ben affermare, d'altronde, che il richiamo alla flessibilità, ai valori comuni, alla disponibilità di considerare "ripensamenti" sia stato un tentativo di ammorbidire certe posizioni. Lasciare la porta aperta, così, è stato un tentativo di leggere il processo di integrazione in senso comprensivo e non conflittuale. La conseguenza, avvisa Martinico, è il possibile uso strumentale di questa interpretazione mentre la Corte, sempre con un approccio morbido e tendente alla comprensione, si esprimeva nei termini della sovranità, probabilmente anche qui con fini strategici. Il referendum del 26 giugno 2016 ha avuto pesanti conseguenze non solo sul processo di integrazione europea; il referendum ha scosso l'ordinamento britannico, proprio ove la centralità del Parlamento si è sviluppata nel corso dei secoli. Le sentenze richiamate hanno sottolineato l'importanza del concetto qualitativo di democrazia, così come fatto dalla *Reference* ove ha affermato che «*our principle of democracy [...] is richer*».

In definitiva, l'insegnamento della Corte Suprema canadese, afferma l'Autore, ricorre spesso (o dovrebbe...) nelle cronache costituzionali odierne, dato che la «contro-narrazione costituzionale dei populismi ci conferma che l'unica via per rafforzare l'essenza della democrazia costituzionale è quella dell'inclusione favorita da un diritto costituzionale davvero pluralista, che contribuisca a forgiare identità condivise, grazie alle procedure e ai suoi meccanismi di garanzia» (p. 197). Nel complesso di un ordinamento, quello canadese, che viene considerato un esempio positivo in chiave comparata, la *Reference* è «un'ottima bussola per orientarsi nelle questioni relative alla necessità di integrare democrazia rappresentativa, diretta e partecipativa in un contesto dove la grande apertura alle pretese avanzate da una parte della popolazione viene bilanciata con il necessario coinvolgimento delle istituzioni e il rispetto delle procedure» (p. 200). Di qui, la "speranza", affinché il diritto costituzionale possa essere "inclusivo", riconducendo in un quadro normativo ciò che sembra lasciato al mero fatto.

Adriano Dirri