



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

La federazione di stati

di GEORG JELLINEK (INTRODUZIONE DI GIORGIO REPETTO)

SOVRANITÀ E FEDERAZIONI DI STATI
ALCUNE PAGINE DEL GIOVANE JELLINEK

di *Giorgio Repetto*

Le pagine che si presentano al lettore, a completamento del numero monografico dedicato a *Crisi e conflitti nell'Unione europea: una prospettiva costituzionale*, costituiscono la traduzione di alcune pagine di un'opera di Georg Jellinek del 1882 dal titolo *La dottrina delle unioni tra stati (Die Lehre von den Staatenverbindungen, von Haering, Berlin, 1882)*. Si tratta, in particolare, delle pagine che Jellinek dedica alla "federazione di stati"¹ (*Staatenbund*) intesa come variante delle unioni organizzate di stati (*organisierte Verbindungen*) alternativa, da un lato, alle alleanze amministrative di natura internazionale (*internationale Verwaltungsbündnisse*) e all'unione reale (*Realunion*), e, dall'altro lato, allo stato federale vero e proprio (*Bundesstaat*)².

L'opera, sinora mai tradotta in tutto o in parte in italiano, può ritenersi significativa da più di un punto di vista.

Innanzitutto perché getta una luce su una fase della riflessione jellinekiana e su una temperie storico-costituzionale che costituiscono, entrambe a pieno titolo, un capitolo fondativo della riflessione tedesca e europea sul diritto pubblico e sulla dottrina dello stato.

Jellinek (1851-1911) è nel 1882 un giovane docente a Vienna al suo primo incarico e quella che si presenta qui è la sua seconda opera monografica di rilievo, dopo *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* del 1878. Benché si possano intravedere delle anticipazioni di quelle che saranno, di lì a poco, le sue opere maggiori, che gli valsero la fama di maggior rappresentante del pensiero pubblicistico liberale (dal *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* del 1892 allo studio sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del

¹ Benché vi sia una certa sovrapposizione di significati, si è ritenuto preferibile tradurre la parola *Staatenbund* con "federazione di stati" anziché con "confederazione di stati", sia per salvaguardare l'univocità di significati della radice *Bund* (che genericamente denota il patto o l'alleanza e, tecnicamente, appunto la federazione) sia perché le tesi di Jellinek muovono, come si vedrà, da una prospettiva prevalentemente dogmatica benché non priva di riferimenti storici a forme associative tradizionalmente annoverate tra le confederazioni.

² Il contenuto del libro è disponibile in *open access* su [Internet Archive](#).

1895, sino alla *Allgemeine Staatslehre* del 1900), prevalgono sicuramente nel corpo dell'opera (e nelle pagine che qui si presentano) le riflessioni più direttamente legate alla "questione nazionale" che già da qualche tempo affannava i giuristi di lingua tedesca come specifico problema di diritto costituzionale.

Tutto il tormentato processo di unificazione nazionale, infatti, avviene in Germania dal Trattato di Vienna fino al 1870 nel segno di un complesso equilibrio tra le aspirazioni democratiche e liberali nei confronti di uno stato federale, emerse in particolare nel 1848, e il mantenimento delle prerogative sovrane dei singoli territori, che saranno alla base dei *Novemberverträge* e della soluzione prussiana che portò all'unificazione. Oggetto del contendere erano gli interrogativi intorno alla composizione di questo equilibrio nel nuovo scenario unitario, in cui alla matrice pattizia (e quindi al mantenimento della sovranità in capo agli stati) faceva da contraltare l'attribuzione espressa di una supremazia all'impero (art. 2 della Costituzione del 1871), e nel quale era discusso il potere dell'autorità centrale di adottare atti immediatamente vincolanti per i sudditi dei singoli stati. Tutte le soluzioni che a questi interrogativi erano state fornite in un'ottica federalista da autori ancora legati all'eredità del 1848 come Georg Waitz furono prontamente accantonate dai giuristi conservatori più legati alle posizioni sovraniste dei singoli stati membri, come ad esempio il bavarese Max von Seydel. Le posizioni di Jellinek nell'opera che si presenta, quindi, si legano a questo scenario e dei problemi ora evocati prospettano una soluzione "nazionale" nel senso di affiancare al dogma dell'unità della sovranità la possibilità di ricavare degli spazi d'azione per l'esercizio congiunto anche di funzioni sovrane tra i diversi livelli di governo (come sosterranno in quegli anni, tra gli altri, Gierke e Triepel)³. È emblematico quindi che Jellinek ponga, nelle pagine del volume dedicate allo stato federale, un'equivalenza tra questo ultimo e l'affermazione del principio di nazionalità, laddove invece riferendosi alla federazione di stati, che quella nazionalità invece non presuppone, prevalgono – come vedrà a breve il lettore – toni di marcata difesa degli ambiti di sovranità degli stati membri, al punto da immaginare co-

³ Per un approfondimento richiamo, oltre che le classiche pagine di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, München, 1992, pp. 365, l'accurato saggio di A. DI MARTINO, *Il federalismo tedesco e Georg Waitz*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2016.

me prototipo di essa la Confederazione degli Stati del sud che ha come nome tutelare John C. Calhoun.

Ferme quindi restando le ragioni di storicizzazione dell'opera di Jellinek, appare tuttavia significativo – e questa è la seconda ragione di interesse e quella che ha spinto a offrirne la lettura a conclusione del fascicolo monografico sull'Europa – che molti dei problemi toccati in queste pagine sollevino per più versi interrogativi *persistenti* sulla natura e sulle sorti delle unioni sovranazionali in Europa. Già il lessico usato da Jellinek e dalla dottrina del tempo risuona, oltre che nella riflessione più recente, anche nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, che ad esempio anche di recente ha fatto valere come fondamento per l'efficacia del diritto dell'Unione europea nel diritto interno un “ordine di applicazione” (*Rechtsanwendungsbefehl*, v. 2 BvR 2735/14, § 40) di natura in fondo non diversa da quello che prospettava Jellinek nel par. 6 che segue. Ma al di là di questo, la vera posta in gioco risulta essere quella che ruota intorno alle sorti di categorie e concetti come sovranità, competenze, effetti diretti e (come le cronache più recenti ci raccontano) secessione. La lettura delle pagine che seguono, a dispetto dei centotrentacinque anni passati dalla pubblicazione dell'opera, potrebbe rivelare come proprio l'attuale fase di crisi dell'Unione europea torni a riproporre in termini talvolta quasi inalterati i problemi con cui Jellinek si cimentava, primo fra tutti il problema della sovranità. Certo, si può ben dire che si tratta pur sempre di una prospettiva che resta interna al mondo tedesco e ai suoi giuristi, per i quali ancora di recente questa opera di Jellinek è stata rievocata come capitolo irrisolto della distinzione tra statualità (*Staatlichkeit*) e sovranità, in una fase nella quale all'attenuarsi della prima corrispondono le incerte sorti della seconda⁴. Non si sarebbe quindi troppo lontani dal vero nel ritenere che, per la cultura giuridica tedesca, molti problemi dell'integrazione costituzionale europea sono anche problemi della propria storia costituzionale.

Ma è anche vero, come scrive Jellinek stesso richiamando proprio le posizioni di Calhoun, che le vicende delle federazioni di stati e il loro orientarsi verso esiti più integrativi o più secessionistici dipendono, in ultima istanza, proprio dalle direzioni prese da quel “profondo conflitto” che in esse si svolge e che viene evocato nel par. 7 che segue.

⁴ C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt a.M., 2008, p. 19.

Potrebbe valere, questo ammonimento, a spostare oggi quel conflitto dalla prospettiva della lotta per la sovranità tra stati e a orientarlo al perseguimento del patrimonio di ideali del costituzionalismo democratico.

LA FEDERAZIONE DI STATI^(*)

di Georg Jellinek

1. Una federazione di stati sorge quando gli stati danno luogo ad un'unione politica duratura, il cui scopo consiste almeno nella difesa comune, e che sia dotata di organi federali permanenti. La federazione di stati si differenzia dalla semplice alleanza in ragione della creazione di organi permanenti destinati a perseguire gli scopi della federazione, e dalla pura unione amministrativa in ragione del requisito essenziale della presenza di un fine politico. Quest'ultimo può anche investire aspetti della vita interna dello stato: tra gli scopi della federazione può ammettersi una comunanza della legislazione e dell'amministrazione, ma a restare essenziale è solamente l'unione in vista di una difesa reciproca e comune. Senza il perseguimento di questa finalità, l'accordo perderebbe il suo carattere politico, che appunto è riscontrabile nel fatto che gli stati intervengono come enti dotati di imperio. Dal versante opposto è facile tracciare dei limiti. Dipende dalla volontà degli stati confederati se si debba agire solamente verso l'esterno, ovvero se debbano essere esercitate in comune anche competenze sovrane interne. L'unico presupposto è che, per quanto possa essere stretto il legame che avvince gli stati l'uno con l'altro, questi sono vincolati esclusivamente attraverso un trattato, e di conseguenza che gli stati così uniti sono e restano sovrani. La federazione di stati incontra il suo proprio limite solamente nella sovranità degli stati federati.

Le incertezze, le oscurità e le contraddizioni in cui è incorsa sinora la storia delle dottrine della federazione di stati, ed in particolare la difficoltà di tracciare una linea di confine con le altre forme di unione tra stati, hanno tutte la loro origine prima di tutto nell'incerta spiegazione del concetto di sovranità e in secondo luogo nella circostanza che, scambiando l'essenziale con l'accidentale, il *proprium* della federazione di stati si è intravisto nel modo in cui è organizzato il potere federale, in cui sono reperite le risorse finanziarie per il raggiungimen-

(*) Trad. it. parz. delle pp. 172-197 dell'edizione tedesca, a cura di Giorgio Repetto.

to degli scopi della federazione, ovvero nella domanda se le decisioni più importanti e soprattutto se una modifica del trattato federale debbano essere prese all'unanimità ovvero a maggioranza, e via dicendo. Lungo questa via è sorta anche la credenza che esistano dei "confini mobili" tra la federazione di stati e lo stato federale, perché su diversi punti possono aver luogo degli spostamenti appena percepibili da una forma all'altra, e nelle confederazioni realizzatesi storicamente solo di rado il tipo invocato si realizza in forma pura, senza alcuna deviazione da quanto si pretende sia la norma. Se si considera tuttavia il momento essenziale grazie al quale solo è possibile avere una chiara percezione dell'essenza di un'unione tra stati, cioè la sovranità, e si affronta quest'ultima da una prospettiva squisitamente giuridica, scompaiono all'improvviso tutti gli ostacoli che apparentemente si frappongono ad una conoscenza della natura giuridica della federazione di stati e si rimuove tutto ciò che di mobile e di opinabile vi è nel suo concetto, che sta quindi come una costruzione giuridica autonoma, stabile, chiaramente distinta dalle altre. Uno scopo, il cui momento essenziale è la difesa del territorio federale; un'organizzazione necessaria per raggiungere lo scopo della federazione; la conservazione della sovranità degli stati federati: queste sono le caratteristiche essenziali della federazione di stati, presenti in tutte le forme dello stesso, anche quelle che fino ad oggi hanno riscontrato una minore attenzione da parte della dottrina.

2. Spesso anche la durata illimitata viene evocata come una caratteristica della federazione di stati, e questo avviene in considerazione del fatto che essa poggia sostanzialmente su una compatta comunanza per nazione o per storia tra gli Stati federati, allo stesso modo in cui lo Stato stesso rivendica il carattere dell'eternità. Ora, è senz'altro vero che una federazione di stati non è dipendente, come ogni semplice alleanza, da un mutamento di politica e non viene concordata solamente per una durata di pochi anni, allo stesso modo di un trattato commerciale. La federazione può essere addirittura definita come a durata illimitata e i suoi membri ben possono rinunciare al diritto di recesso. Ciò nonostante, lo stato federale non è, per sua natura, un'istituzione eterna. Il trattato federale stesso – ne vedremo un esempio nel prossimo capitolo – può, senza che con ciò l'unione che ne nasce perda il carattere di una federazione di stati, essere concluso in vista di un preciso termine di durata, per quanto lungo possa essere, e la possibilità

giuridica dello scioglimento di una federazione, per quanto definita come a durata illimitata, per il tramite del comune consenso di tutti i suoi membri non è revocabile in discussione. Inoltre, siccome gli stati federati sono pur sempre stati sovrani, e l'interpretazione dei trattati stipulati tra stati è rimessa secondo il diritto internazionale alle stesse parti contraenti, ne discende con evidente consequenzialità che nel caso in cui, a giudizio di uno degli stati federati, dal suo permanere nella federazione derivi una minaccia alle sue condizioni di esistenza, ovvero quando il potere federale travalichi, a giudizio dello stato, le competenze ad esso assegnate e non residui alcun altro mezzo che non sia l'assoggettamento alla federazione ovvero il suo recesso, quest'ultimo sia da ritenersi giustificato. La nullificazione e la secessione, strumenti assolutamente preclusi ai membri di uno stato unitario o di uno stato federale, discendono logicamente come strumenti giuridici dall'essenza stessa della federazione di stati inteso come istituto che si misura in base alla sua conformità ai trattati istitutivi. Lo stato sovrano, come abbiamo già dimostrato, non può essere vincolato né in modo incondizionato né per una durata indeterminata.

[...]

3. Ciò che rende la federazione di stati “un'organizzazione informe e poco soddisfacente della vita statale” (G. Waitz) è esattamente la perdurante sovranità degli stati che si uniscono in una federazione di stati. La realizzazione degli scopi federali è e resta affidata in ultima istanza sempre alla volontà del singolo stato. Il potere della federazione non è neanche, come molti credono, situato al di sopra del potere statale degli stati federati, e questi non sono sottoposti ad un potere superiore e da essi distinto, ma al contrario il potere della federazione consiste dei singoli poteri sovrani degli stati federati, di cui questi dotano la federazione. Nello stato federato, il singolo stato esercita determinati poteri sovrani solo in società e con l'accordo di altri stati. Ma li esercita in autonomia allorché delega questi poteri ad un organo centrale comune, alle cui decisioni egli prende parte e i cui atti esso può controllare nella loro forza giuridica. Le decisioni di quest'organo centrale sono quindi sue proprie decisioni, che tuttavia nel contenuto sono identiche a quelle degli altri stati. Anche quando le decisioni della federazione sono adottate con la maggioranza dei voti, lo stato messo in minoranza dà pur sempre seguito alla propria decisione, manife-

stata al momento in cui ha sottoscritto il trattato, di conformare la sua volontà a quella della maggioranza (Haenel). Anche quando la concreta esecuzione della decisione federale debba venire imposta con la forza, per il tramite di un atto esecutivo della federazione, lo stato ha a che fare con la propria stessa volontà, come accade a colui che non adempie ad un contratto di diritto privato ed è quindi la sua stessa volontà, allorché si adempie coattivamente la volontà contrattuale, a trovare così esecuzione. Allo stesso modo, non è incompatibile con la sovranità degli stati la creazione di un tribunale federale che decida sui conflitti che insorgono tra i membri della federazione. Lo stato che decida di sottoporsi ad una pronuncia arbitrare non si assoggetta ad una volontà giudiziaria che gli è aliena, bensì consente che sia un terzo a farsi carico della funzione logica di individuare una regola di diritto. Un tribunale federale ha, in una federazione di stati, il carattere di un tribunale arbitrare permanente; è e resta un tribunale volontario. Infine, è addirittura immaginabile che all'organo centrale venga trasferito un potere sovrano in modo tale che questi possa esercitarlo direttamente, senza la mediazione dell'autorità del singolo stato. Si è dimostrato *supra*, discutendo dei rapporti di protettorato, che l'esercizio di un potere sovrano per il tramite di uno stato estraneo non ha nulla di incompatibile con l'esercizio della sovranità. Tanto meno è questo il caso quando l'esistenza stessa dell'organo, per il tramite del quale viene esercitato il potere sovrano, scaturisce dalla volontà stessa dello stato delegante.

4. La tesi sostenuta da alcuni ancora di recente che in una federazione di stati viene esercitato un dominio sui poteri degli stati federati fa venire meno il concetto stesso di federazione di stati e, con esso, ogni possibilità di operare una distinzione con lo stato federale per il tramite di una caratteristica essenziale. Un potere che eserciti un dominio priva coloro i quali sono oggetto di quel dominio di qualsiasi sovranità. Un dominio esercitato su stati sovrani costituisce una contraddizione in termini ed è impossibile sia teoricamente che praticamente. Quando a dominare è il potere della federazione, allora gli stati non sono sovrani, ragion per cui si possono differenziare la federazione di stati e lo stato federale soprattutto sulla base dei relativi scopi, ma non attraverso la loro formazione giuridica; difatti una limitazione dei compiti della federazione di stati allo scopo minimo indispensabile della protezione del territorio federale non si è mai manifestata stori-

camente, poiché ovunque sono diventate oggetto degli accordi federali anche quelle finalità riguardanti aspetti interni della vita dello stato. L'idea di una posizione prevalente del potere federale si può giustificare solamente facendo propria l'idea per cui il trattato, che come è stato riconosciuto costituisce il fondamento giuridico della federazione, si staglia al di sopra di essa e la rende, in questo modo, qualcosa di diverso da quello che è. Come sia poi possibile che un trattato possa essere stipulato in modo che non contenga alcuna delle caratteristiche essenziali di un trattato, come il fatto che le decisioni prese da un potere federale istituito dallo stesso riescono a intaccare il dato di fatto di un accordo che poggia sulla comune volontà dei contraenti al punto che esse si trasformano in comandi d'autorità rivolti ai poteri statali, è un enigma giuridico che i sostenitori di questa posizione non hanno né risolto, né hanno provato a risolvere.

La federazione di stati è una formazione del diritto internazionale. Il diritto internazionale tuttavia non conosce altri soggetti giuridici che non siano gli stati. La federazione di stati, che in quanto tale non è uno stato, non può di conseguenza essere un soggetto giuridico. Essa è al contrario, come l'hanno correttamente descritta von Mohl e Laband, un rapporto giuridico. Essa non è una persona giuridica e non può esserlo. Infatti, come che la si pensi sul discusso concetto di persona giuridica, si deve ritenere che essa possa sorgere solamente all'interno dell'ordinamento giuridico statale e che essa, come dice il suo stesso nome, costituisce pur sempre la creazione di un ordinamento giuridico, che deve situarsi al di sopra di coloro i quali con la loro volontà quella persona giuridica l'hanno creata. Tuttavia, l'ordinamento giuridico del diritto internazionale, che ha la sua sanzione giuridica nella volontà degli stati, non può creare una persona giuridica che emana dalle personalità degli stati e si situa al di sopra di esse. Certo, il singolo stato è di per sé in grado di attribuire, nel rapporto con gli individui, il carattere di persona giuridica, nel momento in cui agisce come fisco, ma solamente ad un gruppo che riconosce come propria parte, e né esso né altre sue componenti possono disporre di ciò che è collocato al di là della sua sfera di imperio. Quando all'interno dello stato, grazie all'accordo dei singoli, viene creata una persona giuridica, l'ordinamento giuridico ricollega alle azioni delle parti contraenti come effetto giuridico la nascita della persona giuridica. Non la volontà delle parti, quindi, ma la più alta volontà dello stato costituisce il fondamento giuridico di esistenza

della persona giuridica. Al di sopra di una federazione di stati non si erige tuttavia alcuna potenza in grado di creare ciò che anche alle volontà sommate dei singoli stati sarebbe precluso.

[...]

6. All'interno delle federazioni di stati bisogna distinguere due tipi diversi. Finora nella scienza si è prestata attenzione quasi esclusivamente ad un primo tipo, dalle cui forme in cui si è manifestato storicamente è stato costruito il tipo di federazione di stati per eccellenza. Tuttavia questo tipo è il più antico e l'unico che ha avuto una duratura e riconosciuta applicazione.

Le leghe di città greche e latine, la Lega Anseatica nel medioevo, i Paesi bassi e la Confederazione dei cantoni svizzeri fino al 1798 e successivamente dal 1815 al 1848, gli Stati uniti d'America dal 1778 al 1787, la Confederazione del Reno e la Confederazione tedesca appartengono in tutto e per tutto a questa serie di federazioni di stati. La loro caratteristica essenziale consiste nel fatto che l'organo centrale della federazione è composto da un congresso di delegati degli stati federati, il quale o è un organo permanente oppure può essere rappresentato in via temporanea da uno dei governi federati che opera quale sede decentrata. Altra caratteristica essenziale è poi che in tale congresso di delegati i componenti votano secondo le istruzioni fornite dai rispettivi governi e che una revisione del trattato federale può avvenire solamente attraverso un voto all'unanimità di tutti i membri della federazione, ed infine – e questo punto è il più importante per questa tipologia di federazione di stati – che le decisioni dell'organo federale non posseggono un immediato valore vincolante per i cittadini degli stati, bensì lo acquistano grazie ad un esplicito ordine da parte degli stati, in modo tale che i cittadini restano soggetti pur sempre al potere del loro stato come stato unitario, e non sono sottoposti al potere associativo. Questo vale tuttavia solamente per la legislazione, rimanendo riservato esclusivamente agli stati il potere di adottare norme con efficacia vincolante. La federazione può tuttavia ben nominare alcuni organi esecutivi comuni, ad esempio istituire un'autorità, i quali agiscono rispetto ai sudditi senza alcuna intermediazione dei poteri statali. La confederazione nordamericana ha nominato i generali del Contingente degli stati arruolato per la difesa comune (*Articles of Confederation VI, VII*), così come la federazione tedesca aveva il drit-

to di nominare il generale maggiore delle truppe federali (*Trattato federale dell'8 agosto 1815, art. 8*). La federazione di stati della Confederazione svizzera dal 1815 al 1848 ha stabilito che spetti alla decisione della Dieta determinare l'organizzazione delle truppe del contingente, disporre della loro collocazione e del loro impiego e nominare il generale, il comando generale e gli altri vertici confederali. È stato poi già detto che possono essere nominati i delegati comuni.

La posizione giuridica di questi organi comuni è la stessa della seconda forma delle unioni amministrative. Essi non sono solamente organi dell'unione, ma anche essenzialmente organi dei singoli stati. [...] Per questa forma di federazione di stati non è poi concettualmente escluso che per l'adozione delle norme comuni vengano messi da parte i rappresentanti dei governi ovvero i membri dei parlamenti degli stati che hanno sottoscritto il Trattato. [...] Poiché tutte queste federazioni di stati non dispongono di alcun potere fiscale trasferito alla federazione, così come non dispongono di un autonomo esercito, una caratteristica aggiuntiva che si è attribuita al modello tipico di federazione di stati è che dal punto di vista finanziario esso dipende dai contributi *ad hoc* dei membri della federazione e il suo esercito è composto dai contingenti dei singoli stati. Poiché le federazioni di stati devono pur sempre avere delle istituzioni comuni – corrispondentemente al concetto di esse, devono sussistere almeno un organo centrale permanente e la possibilità di una rappresentanza comune verso l'esterno –, in questi casi non è sempre agevole individuare una linea di distinzione.

[...]

7. A questa forma di federazione di stati, che non conosce una forma diretta di legislazione e che affida l'amministrazione per larghe parti agli stati federati, se ne contrappone un'altra che a dire il vero emerge nella sua purezza solo in forma teorica, ma che conosce un tentativo di trasformazione in realtà se si considera la più terribile guerra civile del nostro secolo.

Il partito dell'Unione nordamericana, che perorava la continuazione della sovranità degli stati nell'Unione fondata nel 1787, ha trovato il suo più brillante e acuto rappresentante in John C. Calhoun¹. Sebbene i suoi argomenti non siano applicabili all'Unione e per quanto la grande questione se siano l'Unione o gli Stati a essere sovrani,

come ha osservato il presidente Garfield nel suo discorso di insediamento, è stata decisa a favore dell'Unione solamente dal grande tribunale della guerra, resta il fatto che la Confederazione degli stati ribelli si fondava sui principi avanzati da Calhoun. Ma solo questi ultimi possono valere indiscutibilmente come una concreta realizzazione del concetto calhouniano di *federal government*. La trasposizione delle idee di Calhoun al nuovo impero tedesco, che Seydel ha tentato senza successo, al di là della questione se esse siano realizzabili o meno in termini giuridici, trascura soprattutto la profonda differenza delle condizioni storiche e sociali tra l'impero tedesco, composto prevalentemente da stati monarchici i cui principi sono stati sottoposti per secoli ad un'autorità di vertice comune, e quello stato federale costruito sull'idea della sovranità popolare e in larga parte sull'autonomia dei suoi membri, che come stati hanno ricevuto in regalo la loro sovranità all'atto della loro nascita come stati e che in precedenza erano sottoposti solo ad una potenza, con la quale essi non si sentivano però legati da alcun vincolo necessario di vicinanza.

Se nelle prossime pagine si entrerà nel merito della teoria di Calhoun sulla federazione, così come sulla natura della federazione degli stati secessionisti americani, è perché con ciò si intende dimostrare fino a dove possono estendersi i confini della federazione di stati e come questo possa assumere delle forme mediante le quali, fintanto che non esplode al suo interno un profondo conflitto, esso fatica a distinguersi nella pratica da uno stato federale; ma anche come, in una simile illusoria trasfigurazione, la natura della sovranità renda inesorabilmente l'esistenza stessa della comunità, come costituita dai trattati, condizionata e dipendente dalla perdurante volontà degli stati contraenti.

Calhoun muove dalla premessa che la Costituzione degli Stati Uniti sia un trattato tra stati e non una legge sullo stato. Da questa premessa egli ne fa discendere con irresistibile acutezza che un trattato rimane in ogni evenienza un trattato e che gli stati che con esso si vincolano sono e restano sovrani nonché, infine, che la sovranità è indivisibile e che essa può risiedere solamente presso l'Unione o presso gli Stati membri. La prima alternativa è esclusa dalla circostanza che gli stati continuano a esistere come parti contraenti del trattato e di conseguenza sono esclusivamente i singoli stati dell'Unione ad essere sovrani, non certo quest'ultima.

Propriamente questo è il risultato che resta dell'impostazione di Calhoun, vale a dire che uno stato federale non può essere fondato attraverso un trattato e che se questo viene concordato tra i futuri stati membri all'atto della fondazione di uno stato federale, questo non può valere come fondamento giuridico della nuova formazione statale. Ciò che non convince nelle deduzioni di Calhoun riguardo all'Unione risiede nel fatto che egli non considera affatto l'eventualità che la Costituzione dell'Unione riposi su un fondamento diverso da quello del Trattato, sebbene la sua posizione sia in ciò convalidata dall'unilateralità con la quale in America si è radicata la convinzione popolare che lo stato ha una natura contrattuale.

Dalla prima forma di federazione di stati, la *confederacy*, si distingue tuttavia il *federal government*, come Calhoun chiama la nozione da lui sviluppata, per un aspetto essenziale, per quanto comune ad entrambe sia la base in un Trattato. L'organo centrale della federazione di stati intesa nel primo modo, così come era l'Unione al suo sorgere, equivale ad un'assemblea di diplomatici, che si riuniscono per decidere tra loro, in quanto rappresentanti di enti sovrani, in che modo si debba dare esecuzione all'alleanza o al trattato, sebbene l'esecuzione stessa resti affidata alle parti che concludono il trattato. Il *federal government* possiede al contrario come organo centrale un governo effettivo, che interviene direttamente sui cittadini degli stati, ed esso esercita quindi tanto la legislazione che l'amministrazione che la giurisdizione. Questo potere non spetta tuttavia di diritto all'organo centrale, ma esso è creato semplicemente dalla volontà degli stati allorché stipulano il trattato e in nulla esso è titolare di poteri sovrani determinati e delegati dagli stati. Gli stati sono e restano sovrani, così che essi devono restare anche i soggetti di tutti gli atti sovrani. Una percentuale del loro potere viene trasferito alla federazione perché questa lo eserciti, mentre il resto, sia sul versante della titolarità che dell'esercizio, rimane in capo ad essi. In questo modo, gli atti sovrani statali si dividono in due classi: *delegated e reserved powers*.

La potestà delegata viene esercitata dal potere federale in forma comunitaria con altri stati. L'individuazione del modo in cui la potestà delegata è esercitata risiede necessariamente nella Costituzione di ciascuno degli stati federati, ragion per cui la costituzione federale rappresenta una parte della costituzione degli stati. Questa costruzione non può essere messa in discussione troppo alla leggera, avvalendosi dell'obiezione per cui la costituzione federale possiede un contenuto

che è impossibile per la costituzione dei singoli stati membri, dato che in essa figurano norme che non potrebbero essere adottate dagli stati membri, risiedendo esse al di fuori della loro sfera di attribuzioni – così come è stato obiettato¹¹ al tentativo di Seydel di trasferire le idee di Calhoun all'impero tedesco. Ad esempio, se nella costituzione federale si stabilisce che il Massachusetts invia alla Camera dei rappresentanti quel certo numero di deputati e il Connecticut il tal altro, questa disposizione non ha alcun senso per la costituzione dello stato di New York, allo stesso modo in cui tale costituzione statale non può disporre che gli stati del Massachusetts e del Connecticut contribuiscano all'elezione del Presidente degli Stati Uniti, o che il Presidente stesso abbia titolo a disporre delle forze militari degli stati del Vermont o del Rhode-Island. Simili previsioni sarebbero solo impossibili nella misura in cui non potrebbero avere alcuna efficacia *pre c e t t i v a*, ma certo non contengono nulla di impossibile in quanto disposizioni puramente *d i c h i a r a t i v e*, perché con esse vengono stabilite le caratteristiche degli organi ai quali dovrebbero essere trasferiti, ai fini dell'esercizio, i poteri sovrani oggetto di delegazione. Non esiste alcuna contraddizione nel ritenere conforme alla Costituzione che si debba prestare rispetto come Presidente della federazione solamente a colui il quale sia stato eletto in un certo modo da tutti gli stati membri, anche se il singolo stato come tale non ha il potere di disporre dell'elezione del Presidente secondo la modalità stabilita nel trattato federale. Che l'appartenenza ad una federazione di stati sia regolata all'interno della Costituzione dello stato come sua parte essenziale e che i diritti e gli obblighi che promanano dalla costituzione federale vengano rivendicati come conformi alla costituzione dello stato è dimostrato da molti esempi riguardanti costituzioni di unioni di stati caratterizzate come federazione di stati. Così, ad esempio, si può leggere nella Costituzione del Baden del 22 agosto 1818: “§ 1. Il Granducato del Baden fa parte della Confederazione germanica. § 2. Tutte le leggi organiche dell'Assemblea federale, che riguardano l'organizzazione costituzionale della Germania od i diritti dei Tedeschi in generale, fanno parte del diritto pubblico del Granducato, e sono obbligatorie per tutti i cittadini, dopo che siano state promulgate dal capo dello Stato”. Allo stesso modo, l'appartenenza alla (con)federazione è predicata dalla maggior parte delle costituzioni dei cantoni svizzeri nel periodo della (con)federazione di stati. Se quindi l'appartenenza alla federazione e il significato pubblicistico delle decisioni della federazione

possono essere stabilite conformemente alla propria costituzione, allora non si può non tenere conto del perché nella legge fondamentale non possano essere individuati anche quegli organi comuni, per il tramite dei quali dovrebbe avere luogo l'esercizio dei poteri sovrani delegati, il modo della loro composizione e le funzioni ad essi spettanti, così da renderli conoscibili ai propri cittadini nella loro consistenza giuridica e da rendere doverosa la loro obbedienza nei confronti del governo federale.

La teoria della persistente titolarità del complesso degli atti sovrani da parte dello stato membro all'interno di una federazione di stati strutturata nei termini di un *federal government* è pienamente conforme al fondamento del modo americano di intendere il diritto pubblico. Il soggetto di ogni atto sovrano è il popolo e ad esso la sovranità appartiene pienamente, senza alcuna possibilità di trasferimento. Il complesso degli organi che agiscono nella vita statale agiscono su incarico del popolo sovrano. Così come, quindi, il popolo sovrano può attribuire alcuni dei poteri che emanano dalla sua sovranità all'interno dello stato ad organi diversi, e come i diversi titolari delle diverse funzioni statali sono chiamati a svolgere il loro compito nel rispetto di queste idee dello stato, allo stesso modo ben può il popolo ripartire questi poteri in due organismi distinti. L'unità della sovranità è tanto poco messa a repentaglio nel secondo come nel primo caso^{III}. Di conseguenza, quella divisione della sovranità, che risulta impossibile tanto da un punto di vista concettuale che da un punto di vista pratico, sussisterebbe solo nel caso in cui venissero previsti due diversi soggetti per entrambi gli organismi, come nel caso in cui i suoi poteri venissero delegati ad uno dal popolo della federazione, all'altro dal popolo del singolo stato^{IV}.

Se il governo federale trova quindi il suo fondamento in un trattato stipulato dagli stati, se esso risulta il titolare di una quota di quella potestà statale delegata dai popoli degli stati membri, esso non potrà elevarsi al di sopra degli stati, non sarà sovraordinato rispetto ai governi degli stati ma si affiancherà ad essi. Tale governo è opera degli stati, una loro creatura. Quindi gli organi della federazione non possono rivendicare alcuna autorità nei confronti degli stati, non hanno alcun potere di dichiarare nullo e di annullare un atto dello stato membro. All'opposto, dalla natura della federazione, intesa come un'istituzione che deve agire conformemente ai trattati, e dall'essenza stessa della sovranità discende come necessaria conseguenza che gli stati sono

giudici dell'estensione delle competenze federali e della costituzionalità delle decisioni adottate dagli organi federali, e che quando un atto del governo federale appare ad essi incostituzionale, gli stessi hanno il diritto di pretendere dall'insieme degli stati (nel modo previsto nel trattato di unione per le modifiche della costituzione federale) un giudizio sulla costituzionalità dell'atto in questione, e finanche di considerarlo giuridicamente inefficace; e anche che appaia giustificato il recesso dello stato dalla federazione, nel caso in cui, nonostante l'approvazione dell'atto ad opera degli stati, lo stato che si trova in minoranza ritenga che il governo federale abbia travalicato le proprie competenze. Attraverso questo diritto alla secessione viene salvaguardata la persistente e ininterrotta sovranità degli stati, anche a dispetto del trattato federale: *“That a State, as a party to the constitutional compact, has the right to secede — acting in the same capacity in which it ratified the constitution — cannot, with any show of reason, be denied by any one who regards the constitution as a compact -- -- - - This results, necessarily, from the nature of a compact — where the parties to it are sovereign; and, of course, have no higher authority to which to appeal. That the effect of secession would be to place her in the relation of a foreign State to the others, is equally clear -- -- - All this results, necessarily, from the nature of a compact between sovereign parties”*.

8. La storia ha deciso che le affermazioni di Calhoun non sono applicabili all'Unione e che è essa, e non gli stati, a decidere sulla costituzionalità di una legge attraverso la Corte suprema federale, e quindi che la sovranità risieda a livello federale e non presso i singoli stati. Ma la Confederazione degli stati ribelli sottoscritta a Montgomery era costruita interamente sulla base dei principi di Calhoun. Nel momento in cui gli stati secessionisti si separavano dall'Unione, essi erano pronti a fare uso di quelli che reputavano i propri diritti. Il Presidente della Confederazione ha definito un abuso linguistico appellare quella che era in corso come una rivoluzione, e gli argomenti con i quali egli voleva giustificare la caduta dell'Unione erano gli stessi di Calhoun. A dispetto delle notevoli somiglianze tra la Costituzione della Confederazione e quella dell'Unione, la prima si distingue dalla seconda per il fatto essenziale che nel preambolo di essa si prevede espressamente che essa sia un trattato tra stati sovrani e che ogni pretesa ambiguità che ancora residuava nel preambolo della Costituzione federale

dell'Unione era spazzata via dalla dichiarazione che i popoli degli stati in quanto tali hanno fondato il Trattato confederale^V. Secondo le intenzioni delle parti contraenti, dal patto non sarebbero dovuti derivare né un autonomo potere statale né un popolo inteso unitariamente, bensì ogni cittadino sarebbe dovuto rimanere suddito del proprio governo statale, di modo che questo avrebbe dovuto esercitare l'insieme dei propri poteri sovrani in parte in forma autonoma, in parte in forma associata con gli altri stati confederati. La confederazione, se le fosse toccato in sorte di ottenere la vittoria per disgrazia dell'America, avrebbe quindi dato luogo, nonostante la sua difformità rispetto al tipo tradizionale di federazione di stati, ad una unione di stati interamente sovrani.

La Confederazione si differenzia ancora da quel tipo in un punto davvero essenziale. Per le modifiche e l'immissione di nuovi contenuti nel trattato costitutivo non sarebbe infatti stata necessaria solamente l'unanimità degli stati federati, bensì la decisione definitiva sarebbe dovuta spettare ad una maggioranza ancora più esigua di quella stabilita nella Costituzione federale – qui tre quarti, lì due terzi^{VI}. Nel caso in cui uno stato che si trova in minoranza dovesse considerare un emendamento accettato dalla maggioranza come contrario allo spirito del trattato federale, esso sarebbe garantito rispetto ad un assoggettamento coattivo alla volontà della maggioranza tramite il diritto alla secessione che promana dalla sua sovranità, così come esso potrebbe annullare atti del governo federale ritenuti a suo avviso contrari al diritto federale. Questo punto è decisivo per la questione se una costituzione di uno stato federale debba necessariamente qualificarsi come tale solamente in virtù della circostanza che essa può essere modificata con la maggioranza degli elementi a ciò autorizzati, e se quindi da ciò se ne debba ricavare che il potere federale è titolare del diritto a decidere sulle sue proprie competenze. Esso dimostra che in concreto il criterio che consenta di discernere tra federazione di stati e stato federale è quello che passa per la risposta alla domanda se esista un qualche fondamento giuridico che abiliti lo stato all'interno della federazione a recedere da essa; in altre parole, se lo scioglimento della federazione nella volontà degli stati membri è regolato oppure no.

9. Sia la teoria che la storia hanno dimostrato la possibilità effettiva di questa seconda forma di federazione di stati e con ciò hanno individuato i limiti fino a dove può spingersi la federazione di stati senza

perdere il suo carattere. Esse hanno insegnato che anche il diretto assoggettamento dei sudditi al potere federale non contiene nulla di contraddittorio rispetto all'essenza della federazione di stati, ma solo a condizione che il potere federale non abbia un'esistenza che si legittima da sé e quindi che non predomini nella forma di un potere statale autonomo indipendente dalla volontà degli stati federati; in conclusione, a condizione che non vi sia un diritto di dominio dello stesso sul potere del singolo stato federato. A fini teorici, da ciò si ricava la regola incontestabile che per tutte le varie conformazioni che possono essere attribuite alla federazione di stati esiste solo un punto fermo – quello della sovranità degli stati membri, e con ciò si è dimostrata, a partire dall'evoluzione storica delle costruzioni giuridiche, la correttezza dell'affermazione che abbiamo posto all'inizio di questo capitolo.

NOTE DEL TRADUTTORE

^I Il riferimento di J. è al *Discourse on the constitution and government of the United States*.

^{II} Da Haenel.

^{III} Vi è qui una citazione di un passo di Calhoun riportato nell'originale inglese: «*It is only by considering the granted powers, in their true character of trust or delegated powers, that all the various parts of our complicated system of government can be harmonized and explained. Thus regarded, it will be easy to perceive how the people of the several States could grant certain powers to a joint — or, as its framers called it — a general government, in trust, to be exercised for their common benefit, without an absolute surrender of them — or without impairing their independence and sovereignty*».

^{IV} Cfr. nota prec.: «*Regarding them in the opposite light, as powers absolutely surrendered and irrevocably transferred, inexplicable difficulties present themselves. Among the first, is that which springs from the idea of divided sovereignty; involving the perplexing question — how the people of the several States can be partly sovereign, and partly, not sovereign — sovereign as to the reserved — and not sovereign, as to the delegated powers? There is no difficulty in understanding how powers, appertaining to sovereignty, may be divided; and the exercise of one portion delegated to one set of agents, and another portion to another: or how sovereignty may be vested in one man, or in a few, or in many. But how sovereignty itself — the supreme power — can be divided — how the people of the several States can be partly sovereign, and partly not sovereign — partly supreme, and partly not supreme, it is impossible to conceive. Sovereignty is an entire thing — to divide, is — to destroy it*».

^V Seguono i testi dei due preamboli. Quello più noto della Costituzione federale, secondo cui «*We the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*»; e quello della Costituzione confederale del 1861: «*We, the people of the Confederate States, each state acting in its sovereign and independent character, in order to form a permanent federal government, establish justice, insure domestic tranquillity, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity — invoking the favor and guidance of Almighty God — do ordain and establish this Constitution for the Confederate States of America*».

^{VI} Questo è il testo dell'art. V della Costituzione degli stati confederati: «*Upon the demand of any three States, legally assembled in their several conventions, the Congress shall summon a convention of all the States, to take into consideration such amendments to the Constitution as the said States shall concur in suggesting at the time when the said demand is made; and should any of the proposed amendments to the Constitution be agreed on by the said convention, voting by States, and the same be ratified by the Legislatures of two-thirds of the several States, or by conventions in two-thirds thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the general convention, they shall thenceforward form a part of this Constitution. But no State shall, without its consent, be deprived of its equal representation in the Senate*».



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Andrea **DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)