

# Il «gigante assopito»: «guarantee clause» e omogeneità nel diritto comparato\*

di Giuseppe Martinico \*\*  
(16 dicembre 2018)

## 1. Il rinnovato interesse per il tema delle clausole di omogeneità

Il tema delle clausole di omogeneità sta vivendo una nuova stagione e le ragioni sono le più diverse: la crisi «esistenziale»<sup>1</sup> dell'Unione - nei suoi aspetti finanziari e valoriali - e le preoccupazioni per la situazione in Ungheria e Polonia<sup>2</sup> (con le prime timide attivazioni della procedura ex art. 7 TUE) hanno per esempio portato anche gli studiosi del diritto dell'Unione a confrontarsi con il diritto comparato<sup>3</sup>. Il formante dottrinale<sup>4</sup> ha offerto spunti di riflessione con pregevoli contributi, come il recentissimo saggio di Williams<sup>5</sup> dedicato alla «guarantee clause» statunitense e, da noi in Italia, il bel libro di Delledonne<sup>6</sup>. Sulla scia di questo rinnovato interesse questo breve saggio cercherà di offrire qualche riflessione (necessariamente senza pretesa di esaustività) sulla *guarantee clause* statunitense<sup>7</sup> che, come ha detto Palermo, ha svolto «una funzione paradigmatica»<sup>8</sup> in questo ambito.

Ciò che si cercherà di fare sarà fornire la prospettiva di un comparatista italiano interessato a sviluppare essenzialmente tre punti: il primo punto consiste nella necessità di una lettura non meramente formalistica della *guarantee clause*, sottolineando il bisogno di leggere il testo nel suo contesto storico, al fine di enfatizzare l'importanza di alcune delle ragioni che storicamente hanno portato alla genesi di tale disposizione. In secondo luogo,

---

\*Vorrei ringraziare Paolo Addis, Giacomo Delledonne, Guerino D'Ignazio, Matteo Monti e Anna Margherita Russo per i preziosi commenti.

1 Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 453 ss.

2 Bogdandy, Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015; Kochenov, "Busting the Myths Nuclear: A Commentary on Article 7 TEU", *EUI Law Working Papers*, 2017, [https://www.rug.nl/research/portal/files/56910548/Busting\\_the\\_Myths.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/56910548/Busting_the_Myths.pdf)

3 Closa, Kochenov (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016

4 Sacco, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, 1 ss.

5 Williams, *The 'Guarantee' Clause*, in *Harvard Law Review*, 2018, 602 ss.

6 Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017

7 Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, in *Columbia Law Review*, 1988, 1 ss.; Lerche, Jr., *The Guarantee of a Republican Form of Government and the Admission of New States*, in *Journal of Politics*, 1949, 578 ss.; Bonfield, *The Guarantee Clause of Article IV, Section 4: A Study in Constitutional Desuetude*, in *Minnesota Law Review*, 513 ss.; Wiecek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, Cornell University Press, Ithaca, 1972; Smith, *The Rule of Law and the States: A New Interpretation of the Guarantee*, in *Yale Law Journal*, 1984, 561ss.; Kurland, *The Guarantee Clause as a Basis for Federal Prosecutions of State and Local Officials*, in *California Law Review*, 1989, 367 ss.; Stelzer, *Bearing the judicial mantle: state court enforcement of the Guarantee clause*, in *New York University Law Review*, 1993, 870 ss.; Chemerinsky, *Why Cases Under the Guarantee Clause Should Be Justiciable*, in *University of Colorado Law Review*, 849 ss.; Choper, *Observations on the Guarantee Clause - As Thoughtfully Addressed By Justice Linde and Professor Eule*, in *University of Colorado Law Review*, 1993, 741 ss. Natelson, *A Republic, Not a Democracy? Initiative, Referendum, and the Constitution's Guarantee Clause*, in *Texas Law Review*, 2002, 807 ss; Hasen, *Leaving the Empty Vessel of 'Republicanism' Unfilled: An Argument for the Continued Non-Justiciability of Guarantee Clause Cases*, *Loyola-LA Public Law Research Paper No. 2003-10*, 2003, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=385920](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=385920); Heller, *Death by a Thousand Cuts: The Guarantee Clause Regulation of State Constitutions*, in *Stanford Law Review*, 2010, 1711 ss.

8 Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, 134.

si tenterà di interpretare la clausola dell'art. IV, sez. 4<sup>9</sup>, alla luce del concetto di omogeneità costituzionale.

Infine, si scorgerà nella *guarantee clause* un tassello di un mosaico costituzionale più ampio, evitando così di relegarla alla famosa immagine dello *sleeping giant*<sup>10</sup>.

Questi tre punti ruotano attorno alla grande ambiguità che la clausola ha sempre presentato, basti pensare al timore che da subito suscitò nei sovranisti statuali (*state sovereigntist*), che in essa scorgevano una minaccia per gli Stati e le loro Costituzioni. Nell'elaborazione di queste tesi si tenterà di valorizzare un approccio comparato<sup>11</sup> – sia nella sua accezione sincronica sia in quella diacronica. Un approccio diacronico, del resto, permette di spiegare anche gli adattamenti che l'interpretazione di questa clausola ha subito: da possibile *extrema ratio* a parametro attraverso cui valutare e condizionare l'entrata dei nuovi Stati<sup>12</sup>, ad esempio.

La prospettiva prescelta non esaurisce, ovviamente, le possibilità di analizzare una disposizione che è stata oggetto di attenzione anche negli studi sulla *political question doctrine*<sup>13</sup> della Corte Suprema.

---

9 Art. IV, della Costituzione statunitense: «Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof.

The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states. A person charged in any state with treason, felony, or other crime, who shall flee from justice, and be found in another state, shall on demand of the executive authority of the state from which he fled, be delivered up, to be removed to the state having jurisdiction of the crime.

No person held to service or labor in one state, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due.

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.

The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence».

10 Ci si riferisce alle celebri parole del senatore 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 Smith Jr., *Awakening the People's Giant: Sovereign Immunity and the Constitution's Republican Commitment*, in *Fordham Law Review*, 2012, 1941 ss. Su questa fortunata immagine si veda anche: Wiecek, *The Guarantee Clause of the United States Constitution: "a Sleeping Giant"*, Madison, 1968.

11 Per una prospettiva comparata si veda: Frowein, *The European Community and the Requirement of a Republican Form of Government*, in *Michigan Law Review*, 1984, 1311 ss.

12 Su cui Lerche, Jr, *The Guarantee of a Republican* cit., 578 ss. Wiecek, *The Guarantee Clause* cit., 203 ss. «Wiecek has provided a detailed analysis of the use of the Guarantee Clause by Congress, a clause which was used by the Republicans during the Civil War and Reconstruction to justify, in part, the imposition of conditions on states», Biber, *The Price of Admission: Causes, Effects, and Patterns of Conditions Imposed on States Entering the Union*, in *American Journal of Legal History*, 2004, 119 ss., 122. Sull'importanza della frontiera nella storia americana si veda Buratti, *La frontiera americana: una interpretazione costituzionale*, Ombre Corte, Roma, 2016.

13 Pur facendo riferimento nel testo a questo dibattito, per ragioni di spazio non ci si occuperà di questa questione in maniera diretta. Su questo concetto si vedano: Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 1976, 597 ss.; Barkow, *More Supreme Than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, in *Columbia Law Review*, 2002, 237 ss.; Drigo, *Giustizia costituzionale e political question doctrine*, Bologna, 2012; Pappone, *La doctrine delle political questions nell'esperienza statunitense*, in *Consulta Online*, 2016, 1 ss.

## 2. La paura nella genesi della «Guarantee clause»

Come scritto in apertura, per comprendere le ragioni dell'ambiguità di questa disposizione è necessario contestualizzare il dibattito sulla sua origine, cercando di evidenziare l'importanza che la contingenza ha avuto nella nascita della *guarantee clause*.

La dottrina negli anni ha riflettuto molto sui modelli che sarebbero stati seguiti nella genesi della *guarantee clause*, rinvenendo fonti di ispirazione nelle Carte dell'epoca coloniale del XVII secolo<sup>14</sup>.

Più in generale, è nota l'influenza che sulla disposizione ebbe il pensiero di Madison, vero «architect of the clause»<sup>15</sup>, ed altrettanto conosciuta è la funzione che essa dovrebbe svolgere, fungendo da punto nevralgico nella ricerca di un delicato equilibrio fra forze centripete e centrifughe o, se si vuole utilizzare la terminologia di Elazar, fra «self rule» e «shared rule»<sup>16</sup>. La clausola in questione, insieme ad altre disposizioni costituzionali, ha come funzione quella di garantire la sostenibilità del sistema federale americano. Qui per sostenibilità non si intende un concetto quantitativamente misurabile, ma, nelle parole di Glenn, la «proven ability to hold together, to sustain, mutually inconsistent sub-traditions» o, in altre parole, di «achieve complexity»<sup>17</sup> in un sistema composto come quello federale statunitense<sup>18</sup>. Proprio la delicatezza della sua funzione ha probabilmente influito sull'ambiguo linguaggio della disposizione. Questo spiega anche una serie di incertezze che fin dall'inizio ne hanno contrassegnato la storia, trattandosi di una clausola che, in teoria, potrebbe essere utilizzata sia come fonte dell'intervento federale sia come garanzia a presidio dell'autonomia statale:

*«The precise balance between the occasions when the guarantee clause operates as a sword for federal intrusion into state affairs and those when it operates as a shield depends on the meaning courts attach to the phrase 'republican form of government'. If the courts give that phrase an expansive meaning, requiring specific election procedures and legislative forms, then the clause will operate frequently as a federal sword. On the other hand, if the courts define a republican government simply as one in which the people control their representatives in some manner, then the clause will have greater scope to operate as a shield. The history of the guarantee clause suggests that the concept of republican government should be construed narrowly, because the Framers appeared to contemplate relatively infrequent intervention in state affair»*<sup>19</sup>

Sinora – anche per il limitato contributo della Corte Suprema – la lettura astensionista sembra aver prevalso su quella interventista, secondo una dinamica che ha reso la clausola più «spada» che «scudo»<sup>20</sup>.

Questa potenziale duplice natura della clausola rivela come la stessa sia stata concepita come un espediente rischioso<sup>21</sup>, volto, però, a evitare pericoli maggiori e a contrastare

14 Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 108 anche sulla base di quanto riportato anche da Hestermeyer, *Un análisis sincrónico cit.*, 97. Su questo si veda anche Williams, *The Guarantee clause cit.*

15 In questi termini: Toren, *Protecting Republican Government from Itself: The Guarantee Clause of Article IV, Section 4*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 371 ss., 372.

16 Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, 1987.

17 Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, 368

18 Sulla complessità si veda, ovviamente, Morin, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano 1993.

19 Merritt, *The Guarantee Clause cit.*, 26.

20 Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 143 e dottrina ivi citata.

21 Si vedano le parole di Madison: «There are two methods of curing the mischiefs of faction: the one, by removing its causes; the other, by controlling its effects. There are again two methods of removing the causes of faction: the one, by destroying the liberty which is essential to its existence; the other, by giving to every citizen the same opinions, the same passions, and the same interests. It could never be more truly said than of the first remedy, that it was worse than the disease. Liberty is to faction what air is to fire, an aliment without which it instantly expires. But it could not be less folly to abolish liberty, which is essential to

alcune paure ben presenti agli occhi di Madison (e non solo). Innanzitutto, il timore dell'instabilità<sup>22</sup> e della violenza delle fazioni<sup>23</sup>, ma non solo. Per Toren ci sono almeno tre ordini di ragioni che spiegano il senso della *guarantee clause*:

«I find that the function of the clause can be described in three ways: (1) Protecting the existing states from upheaval; (2) Preventing the states from changing their government to one not republican; and, ultimately, (3) Protecting the union as a whole from disintegration. The Founders, both Montesquieu loyalists and his doubters, agreed that in order for a federation of republican governments to survive, all members of the union must be republican. This element is the one most neglected in past discussion of the clause»<sup>24</sup>.

Questo conferma il delicato equilibrio fra forze centripete e centrifughe nella genesi della clausola, e la natura non «neutrale» della Costituzione federale con riferimento alle decisioni relative all'organizzazione interna degli Stati<sup>25</sup>. Tuttavia, sarebbe sbrigativo concludere che l'unico «spauracchio» dei costituenti fosse l'opzione monarchica. È nota l'influenza che le Costituzioni statali ebbero avuto su quella federale<sup>26</sup>, ma è anche conosciuta la diffidenza verso modelli di democrazia radicale<sup>27</sup>, come rileva Delledonne,

political life, because it nourishes faction, than it would be to wish the annihilation of air, which is essential to animal life, because it imparts to fire its destructive agency. The second expedient is as impracticable as the first would be unwise. As long as the reason of man continues fallible, and he is at liberty to exercise it, different opinions will be formed. As long as the connection subsists between his reason and his self-love, his opinions and his passions will have a reciprocal influence on each other; and the former will be objects to which the latter will attach themselves». Madison, *The Utility of the Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*, *The Federalist* No. 10, 1787, <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>

22 «Madison primarily feared instability and violent upheaval. Of course, as noted above, Madison believed that even a peacefully instituted monarchy was ultimately a threat to the union and to peace, and this fear was reflected in the Clause. But section 4, taken as a whole, gives primacy to the peaceful stability of a union of republican», Toren, *Protecting Republican cit.*, 379.

23 Among the numerous advantages promised by a wellconstructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the violence of faction. The friend of popular governments never finds himself so much alarmed for their character and fate, as when he contemplates their propensity to this dangerous vice. He will not fail, therefore, to set a due value on any plan which, without violating the principles to which he is attached, provides a proper cure for it. The instability, injustice, and confusion introduced into the public councils, have, in truth, been the mortal diseases under which popular governments have everywhere perished; as they continue to be the favorite and fruitful topics from which the adversaries to liberty derive their most specious declamations.», Madison, *The Utility of the Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*, *The Federalist* No. 10, 1787, <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>.

24 Toren, *Protecting Republican cit.*, 372.

25 Tribe, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, 133.

26 «Pennsylvania's constitutional theory and practice was influential not only in the state constitutional debates of the founding decade, but also in the drafting of the federal Constitution. Those who had fought against Pennsylvania's 1776 constitution but failed repeatedly to change it began to turn their sights to the national level to accomplish reform of state governments. Many in other states began to follow the same approach. James Wilson of Pennsylvania expressed this view when he told the Constitutional Convention on June 1 'Where do the people look at present for relief from the evils of which they complain? Is it from an internal reform of their Govt.? No. Sir, it is from the Natl. Councils that relief is expected'. Wilson had been an opponent of the 1776 Pennsylvania constitution and many of the legislative policies of the period. In 1779 his Philadelphia home was the scene of fatal shootings in a clash between a militia company supporting price regulation and opponents of such legislative policies. After the Convention Wilson told the Pennsylvania ratifying convention that 'the greatest potential threats to popular rule were the state governments themselves.' James Madison, a long time critic of even the relatively moderate Virginia constitution, noted that problems with how state governments were operating, rather than only defects in the Articles of Confederation, led to the federal Convention. Likewise, Edmund Randolph, in introducing the Virginia Plan to the Convention, argued: 'our chief danger arises from the democratic parts of our [state] constitutions . . . None of the constitutions have provided sufficient checks against the democracy», Williams, *The Influences of Pennsylvania's 1776 Constitution on American Constitutionalism during the Founding Decade*, in *Pennsylvania Magazine of History and Biography*, 1988, 25 ss., 37-38.

27 Delledonne scrive di un «modello costituzionale radicale», del quale la Costituzione della Pennsylvania

ricordando i timori suscitati dalla Pennsylvania.

Del resto, nella Costituzione federale ci sono altre tracce della diffidenza verso il radicalismo democratico. Per esempio, in un noto saggio dedicato all'esperienza referendaria in Svizzera e negli Stati Uniti, Auer sottolineava 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»<sup>28</sup> e, alla luce di ciò, spiegava l'assenza del referendum nel diritto federale americano<sup>29</sup>.

Questo ci riconduce alle note riflessioni fatte dalla dottrina sul ruolo della paura nella genesi delle costituzioni. Qualche anno fa, in un notissimo saggio - e già prima in alcune conferenze al *Collège de France* - Elster rifletteva sul ruolo della paura e della violenza nelle fasi costituenti, partendo dalla considerazione per cui «contrary to a traditional view, constitutions are rarely written in calm and reflective moments. Rather, because they tend to be written in period of social unrest, constituent moments induce strong emotions and, frequently, violence»<sup>30</sup>. Nel saggio citato l'Autore si soffermava sui casi delle rivoluzioni americana e francese, ma sono riflessioni che si legano molto bene a un fenomeno altrettanto noto che ha portato alle c.d. costituzioni «nate dalla Resistenza», per dirla con Mortati<sup>31</sup>, così ricche di disposizioni volte a esorcizzare la paura del passato. Su questa scia il costituzionalismo del secondo dopoguerra, nel tentativo di stabilire, parafrasando la nostra Costituzione, «le forme» e i «limiti» in cui la sovranità popolare va esercitata, ha accentuato il suo carattere contro-maggioritario, finendo per identificare alcuni nuclei costituzionali intoccabili la cui alterazione porterebbe a rivoluzioni in senso tecnico, a interruzioni della catena di validità<sup>32</sup> su cui i delicati equilibri costituzionali si reggono.

In fondo, come ha scritto Luciani l'orrore e il timore sono alla base del patto costituzionale fin dalle teorizzazioni di Hobbes:

*«Alle radici del costituzionalismo moderno stanno due sentimenti: l'orrore e il timore. È l'orrore di fronte all'anarchia e ai massacri delle guerre civili e religiose che fa nascere il bisogno di pace e di ordine e che reclama l'investitura di un potere pacificatore e ordinante che ai massacri ponga fine ed elimini l'anarchia»*<sup>33</sup>.

Questo ci ricollega anche ai lavori di Sajó che, fra gli altri, ha ben evidenziato il ruolo che le emozioni giocano nella genesi (oltre che nella «vita») delle costituzioni<sup>34</sup>.

---

del 1776 avrebbe costituito il modello principe, più di tutti capace di suscitare timori per la capacità di tenuta del complessivo ordinamento confederale», *L'omogeneità costituzionale cit.*, 108. Su questo si veda anche Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 70 ss.

28 Auer, *L'esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in Luciani, Volpi (a cura di), *Referendum*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 61 ss., 64.

29 Su democrazia diretta e *guarantee clause* si veda Wagner, *Rewriting the Guarantee Clause: Justifying Direct Democracy in the Constitution*, in *Willamette Law Review*, 66 ss.

30 Elster, *Constitution-making and violence*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 7 ss., 7. Sulla scia delle considerazioni di Elster, Choudhry aggiungeva che: «Theorists who explain and justify constitutional practice through historical examples deploy an account of a pristine past. Bruce Ackerman's theory of "constitutional moments," which is a leading account of the phenomenology of extra-legal constitutional change in the United States, is an illuminating illustration...we should revisit Ackerman's historical account. Ackerman claims that the Civil War amendments were produced through this special, and peaceful, constitutional process. But entirely absent from his analysis is that these amendments were adopted in the immediate aftermath of what remains the bloodiest war in American history», Choudhry, *Civil War, Ceasefire, Constitution: Some Preliminary Notes*, in *Cardozo Law Review*, 2012, 1907 ss., 1908.

31 Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, 222.

32 Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, 1945, 115 ss.

33 Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 131.

34 «For rationalism, emotions are separate from reason; the passions' interference in reasoning, even if irresistible, is only a troubling external nuisance. Law is described as a mechanism to counter such interference, institutionally reinforcing reason's shelter. This isolationist position, based on the reason-

Nella selezione delle «emozioni» operata dalle costituzioni un ruolo fondamentale viene giocato dalla storia che ogni ordinamento ha: le paure, i conflitti, il passato. Tutto ciò, insomma, che ha indotto alla rottura dell'ordinamento *che fu* e all'istaurazione di quello *che sarà*. Ciò è noto con particolare riferimento ai diritti che, come già Bobbio magistralmente ricordava<sup>35</sup>, sono prodotto della storia, ma il ragionamento si applica ovviamente anche a tutti quei congegni che ogni testo costituzionale appronta per affrontare le sfide che il proprio contesto di riferimento propone.

Alla luce di quanto sommariamente ricordato si può, quindi, dire che, anche nel caso americano, «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»<sup>36</sup>. 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» politico<sup>37</sup>.

Non è un caso, allora, che Vermeule abbia strutturato la propria teoria proprio partendo dalle preoccupazioni madisoniane espresse nel già ricordato Federalista no. 10<sup>38</sup>.

Tuttavia, la clausola è stata oggetto di vari ripensamenti interpretativi e, come giustamente ha sottolineato Wagner, oggi «[t]he Guarantee Clause is not being interpreted to reassert the Madisonian fear of factions, but rather to actually guarantee a broad set of democratic principles»<sup>39</sup>.

Quali sono questi principi? Balkin, favorendo una lettura ampia del concetto di «governo repubblicano», ha fatto della *guarantee clause* il perno di quella che potremmo chiamare l'identità costituzionale degli Stati Uniti<sup>40</sup>, identificando almeno sette principi dietro questa clausola:

«[R]epublicanism includes seven principles: (1) opposition to monarchy, aristocracy, and oligarchy; (2) duties to further the public good and act for the public interest; (3) equality of citizenship with no special classes, privileges, or disabilities that might create a new aristocracy; (4) freedom as non-domination; (5) individual and political self-rule; (6) a principle against corruption (including individual and systemic corruption); and (7) a principle against political self-entrenchment»<sup>41</sup>.

Ecco allora che la *guarantee clause*, agli occhi dei padri fondatori, non aveva solo una funzione oppositiva, ma doveva anche canalizzare gli attori del sistema verso una serie di valori e principi espressione di un bene comune<sup>42</sup>.

Del resto, in un famoso passaggio del Federalista lo stesso Madison aveva sottolineato come fosse nello stesso interesse del *compact* favorire una vicinanza fra le parti:

«The more intimate the nature of such a union may be, the greater interest have the

emotion divide, is unsustainable. Emotions participate in building a constitution and a culture of constitutionalism, and then these creatures of constitutional sentiment patrol emotion display [...] How do constitutional sentiments (the specific constitutional and public affairs– oriented part of public sentiments) contribute to constitution building? There are several models for this relationship, beginning with theories that advocate that law should follow emotions and moral intuitions, in particular. I argue that modern societies are emotionally and morally divided, and that constitutions approach public sentiment in a selective way», Sajó, *Emotions in constitutional design*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 354 ss., 354- 355.

35 Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 5 ss.

36 Sajó, *Emotions cit.*, 358.

37 Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2013.

38 Vermeule, *The Constitution cit.*, 60 ss.

39 Wagner, *Rewriting the Guarantee cit.*, 88.

40 Toniatti, *La «nazione costituzionale»: genesi e consolidamento dell'identità repubblicana dell'ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1150 ss.

41 Balkin, *Republicanism and the Constitution of Opportunity*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 572, 2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2783064](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2783064)

42 Sull'idea repubblicana si veda: Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

members in the political institutions of each other; and the greater right to insist that the forms of government under which the compact was entered into should be substantially maintained. But a right implies a remedy; and where else could the remedy be deposited, than where it is deposited by the Constitution? Governments of dissimilar principles and forms have been found less adapted to a federal coalition of any sort, than those of a kindred nature»<sup>43</sup>.

Qui tornano in mente le discussioni fra i costituenti sui rischi di una clausola di questo tipo, che avrebbe potuto, secondo alcuni<sup>44</sup>, annichilire l'autonomia statale.

Contestualizzare del resto l'origine della disposizione ci aiuta a capire il clima in cui si svolsero i lavori della Convenzione: la ribellione di Shay<sup>45</sup>, la diatriba sulla sovranità che avrebbe portato, fino alla guerra civile almeno, alla contesa sull'interpretazione della Costituzione federale alla luce della *compact theory* e della teoria degli *States' rights*<sup>46</sup>. La Costituzione federale, del resto, rimase silente su molti punti<sup>47</sup> oppure creò veri e propri tabù, argomenti da non toccare. Questo spiega in parte perché la *guarantee clause* non sia quasi mai stata – con alcune recenti eccezioni – chiamata in considerazione con riferimento al tema dei diritti<sup>48</sup>, si pensi al dibattito sulla schiavitù<sup>49</sup> o a quello della segregazione razziale, nonostante la nota *dissenting opinion* del giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson*<sup>50</sup>.

---

43 Madison, *The Powers Conferred by the Constitution Further Considered (continued)*, *The Federalist* No. 43, 1788, <http://www.constitution.org/fed/federa43.htm>.

44 «The inordinate pride of State importance has suggested to some minds an objection to the principle of a guaranty in the federal government, as involving an officious interference in the domestic concerns of the members. A scruple of this kind would deprive us of one of the principal advantages to be expected from union, and can only flow from a misapprehension of the nature of the provision itself. It could be no impediment to reforms of the State constitution by a majority of the people in a legal and peaceable mode. This right would remain undiminished», A. Hamilton, *Other Defects of the Present Confederation*, *The Federalist* No. 21, 1787, <http://www.constitution.org/fed/federa21.htm>.

45 Szatmary, *Shays' Rebellion: The Making of an Agrarian Insurrection*, 1984, Amherst, 130.

46 Calhoun, *To General Hamilton on the subject of State Interposition*, 1832, [https://archive.org/stream/correspondenceof00calhrich/correspondenceof00calhrich\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/correspondenceof00calhrich/correspondenceof00calhrich_djvu.txt); La Pergola, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, 58 ss.

47 Sull'importanza del silenzio nella vita delle costituzioni si veda Foley, *The Silence of Constitutions: Gaps, "abeyances," and Political Temperament in the Maintenance of Government*, Abingdon, 1989.

48 Delledonne giustamente cita il caso *Pacific States Telephone & Telegraph v. Oregon* in cui la Corte Suprema sostenne che «The attack on the statute here made is of a wholly different character. Its essentially political nature is at once made manifest by understanding that the assault which the contention here advanced makes is not on the tax as a tax, but on the State as a State. It is addressed to the framework and political character of the government by which the statute levying the tax was passed. It is the government, the political entity, which (reducing the case to its essence) is called to the bar of this court not for the purpose of testing judicially some exercise of power assailed on the ground that its exertion has injuriously affected the rights of an individual because of repugnancy to some constitutional limitation, but to demand of the State that it establish its right to exist as a State republican in form. As the issues presented, in their very essence, are, and have long since by this court been, definitely determined to be political and governmental, and embraced within the scope of powers conferred upon Congress, and not therefore within the reach of judicial power, it follows that the case presented is not within our jurisdiction», Corte Suprema degli Stati Uniti, *Pacific States Telephone & Telegraph v. Oregon*, 223 U.S. 118, 150-151 (1912). Su questo si veda anche Heller, *Death by cit.*, 1721.

49 Ackerman, *We the People: Transformations*, Cambridge, 1998, 105, Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 111.

50 «I am of opinion that the statute of Louisiana is inconsistent with the personal liberty of citizens, white and black, in that State, and hostile to both the spirit and letter of the Constitution of the United States. If laws of like character should be enacted in the several States of the Union, the effect would be in the highest degree mischievous. Slavery, as an institution tolerated by law would, it is true, have disappeared from our country, but there would remain a power in the States, by sinister legislation, to interfere with the full enjoyment of the blessings of freedom to regulate civil rights, common to all citizens, upon the basis of race, and to place in a condition of legal inferiority a large body of American citizens now constituting a part of the political

Proprio queste considerazioni ci permettono di sviluppare il secondo dei tre punti sopra citati, quello relativo alla *guarantee clause* come clausola di omogeneità.

### 3. Il concetto (polisemico) di «Republican form of government»

Come ricordato in apertura, è stato sostenuto che la *guarantee clause* «riveste in questo campo una funzione paradigmatica sia sotto il profilo storico (si tratta infatti della più antica prescrizione costituzionale di omogeneità), sia per aver presentato numerosissimi casi giurisprudenziali relativi alla clausola di omogeneità, sia infine per le spesso (e non sempre opportunatamente) ricordate analogie tra il processo federativo statunitense e l'integrazione europea»<sup>51</sup>.

Tuttavia, a dispetto del ruolo fondamentale per la sostenibilità del sistema federale americano, la clausola di garanzia è stata spesso letta come un gigante assopito: *sleeping giant* è infatti la famosa definizione data da Sumner per sottolineare la difficile giustiziabilità della clausola.

Questo ha indotto a descrivere la clausola come una *extrema ratio*, quasi impossibile da attivare. Tuttavia, come si è ricordato in apertura, la clausola in questione in realtà è stata oggetto di interpretazione ed elaborazione (anche dottrinale) ed è stata anche chiamata in causa in maniera sistematica con la sez. 3 dell'art. IV, relativa all'inclusione di nuovi Stati<sup>52</sup>. Più in generale, in dottrina è stato sottolineato il carattere polisemico del concetto di «forma di governo repubblicana»:

*«The term 'Form of Government' was chosen specifically to mean three things: First, a 'form of government' was synonymous with state constitutions, as distinct from state substantive laws or officers. Constitutions were understood at the time to primarily define the structure of government and its absolute limits – the branches and their defined functions, how often elections happen, and who qualifies the office, for example. Second, the Clause is not explicit about limiting state constitutions only because there was a fear that using that language would restrict states to their then-existent constitutions, and not allow for constitutional amendments. The purpose of the wording, especially the use of 'form,' was to allow the states flexibility to amend their constitutions, as long as they did not introduce un-republican elements. Finally, while 'form' allows the states flexibility to change their constitutions, the use of the word also connotes that whatever was meant by 'Republican,' it was meant to be adhered to with some specificity»*<sup>53</sup>.

Si tratta quindi di una formula volutamente flessibile (noi diremmo elastica) che non chiarisce esplicitamente il suo perimetro di operatività e che, soprattutto, non dice molto su chi sia incaricato di far valere l'eventuale rimedio alla sua violazione. In realtà, qualcosa si può desumere dal fatto che l'Art. IV in generale, e la sez. 4 non fa eccezione, sembra riferirsi a organi politici (il Congresso nelle sez. I e III, il governo e il legislativo degli Stati nella sez. IV). Anche sulla scia di queste considerazioni, sin dal caso *Luther v. Borden*<sup>54</sup>, successivo alla famosa ribellione di Dorr avvenuta nel Rhode Island<sup>55</sup> nel 1841-1842,

community called the [p564] People of the United States, for whom and by whom, through representatives, our government is administered. Such a system is inconsistent with the guarantee given by the Constitution to each State of a republican form of government, and may be stricken down by Congressional action, or by the courts in the discharge of their solemn duty to maintain the supreme law of the land, anything in the constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding», Corte Suprema degli Stati Uniti, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), dissenting opinion del giudice Harlan.

51 Palermo, *La forma di Stato cit.*, 134.

52 Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 111, Heller, *Death by cit.*, 1735 ss.

53 Heller, *Death by cit.*, 1745.

54 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

55 Chaput, *The People's Martyr: Thomas Wilson Dorr and His 1842 Rhode Island Rebellion* Lawrence,



questioni di questo tipo vennero viste come di competenza degli attori politici, secondo il già citato schema della *political question doctrine*:<sup>56</sup>

«Under this article of the Constitution it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not... Looking to all these considerations, it appears to me that we cannot rightfully settle those grave political questions which, in this case, have been discussed in connection with the new constitution; and, as judges, our duty is to take for a guide the decision made on them by the proper political powers, and, whether right or wrong according to our private opinions, enforce it till duly altered. But it is not necessary to rest this conclusion on reasoning alone. Several precedents in this court, as well as in England, show the propriety of it»<sup>57</sup>.

Tuttavia, in *Luther* la Corte chiarì anche che «unquestionably a military government, established as the permanent government of the State, would not be a republican government, and it would be the duty of Congress to overthrow it»<sup>58</sup>. Successivamente, nel caso *In Re Duncan* la Corte Suprema aggiunse che:

«By the Constitution, a republican form of government is guaranteed to every state in the union, and the distinguishing feature of that form is the right of the people to choose their own officers for governmental administration, and pass their own laws in virtue of the legislative power reposed in representative bodies, whose legitimate acts may be said to be those of the people themselves; but while the people are thus the source of political power, their governments, national and state, have been limited by written constitutions, and they have themselves thereby set bounds to their own power as against the sudden impulses of mere majorities»<sup>59</sup>.

In *Texas v. White* la Corte chiarì anche che «the power to suppress insurrection and carry on war, and authority to provide for the restoration of State governments, under the Constitution, when subverted and overthrown, is derived from the obligation of the United States to guarantee to every State in the Union a republican form of government»<sup>60</sup>.

*Texas v. White* fu però una decisione fortemente ambigua, come nota Palermo<sup>61</sup>, che giustamente riprende la nota *dissenting opinion* del giudice Grier, incentrata sull'incoerenza nel ragionamento della Corte Suprema<sup>62</sup>. In quell'occasione, la Corte Suprema, infatti, – al di là delle parole usate nell'opinione di maggioranza – entrò nella scelta politica, sconfessando la decisione del Congresso e riconoscendo la legittimazione processuale del Texas come Stato dell'Unione «when Congress have decided that she is

---

2014. Gettleman, *The Dorr Rebellion: A study in American radicalism, 1833-1849*, Random House, New York, 1973.

56 Weinberg, *Political Questions and the Guarantee. Clause*, in *University of Colorado Law Review*, 1994, 887 ss.

57 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

58 Ibidem.

59 Corte Suprema degli Stati Uniti, *In re Duncan*, 139 U.S. 449 (1891).

60 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700 (1869).

61 Palermo, *La forma di Stato cit.*, 143.

62 «Now, by assuming or admitting as a fact the present status of Texas as a State not in the Union politically, I beg leave to protest against any charge of inconsistency as to judicial opinions heretofore expressed as a member of this court, or silently assented to. I do not consider myself bound to express any opinion judicially as to the constitutional right of Texas to exercise the rights and privileges of a State of this Union, or the power of Congress to govern her as a conquered province, to subject her to military domination, and keep her in pupilage. I can only submit to the fact as decided by the political position of the government, and I am not disposed to join in any essay to prove Texas to be a State of the Union when Congress have decided that she is not. It is a question of fact, I repeat, and of fact only. Politically, Texas is not a State in this Union. Whether rightfully out of it or not is a question not before the court». Corte Suprema degli Stati Uniti, *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700 (1869), *dissenting opinion* del giudice Grier.

not»<sup>63</sup>. In altre parole, in *Texas v. White* la Corte Suprema avrebbe non – consapevolmente forse – affermato «la possibilità finale per la Corte di valutare la ragionevolezza dell'azione del livello federale»<sup>64</sup>.

Tuttavia, sono più numerosi i casi<sup>65</sup> in cui la Corte ha deciso di non esercitare tale potere di controllo, ma questo non implica necessariamente la fine della natura giuridica di tale disposizione, come si ricorderà anche successivamente.

Come noto, non sono mancati in dottrina tentativi di individuare dei casi in cui non si possa rinunciare alla giustiziabilità della clausola in questione<sup>66</sup> e, del resto, la stessa giurisprudenza della Corte Suprema ha mostrato una certa insofferenza per questo schema:

«*The view that the Guarantee Clause implicates only nonjusticiable political questions has its origin in Luther v. Borden. ... This view has not always been accepted. In a group of cases decided before the holding of Luther was elevated into a general rule of non justiciability, the Court addressed the merits of claims founded on the Guarantee Clause without any suggestion that the claims were nonjusticiable... More recently, the Court has suggested that perhaps not all claims under the Guarantee Clause present nonjusticiable political questions... Contemporary commentators have likewise suggested that courts should address the merits of such claims, at least in some circumstances*»<sup>67</sup>.

L'eccessiva attenzione al nesso *political question* e *guarantee clause* rischia di cogliere solo uno degli importanti apporti della disposizione in questione, relegando le clausole di omogeneità a costituzioni «del cattivo tempo», per dirla ancora con Palermo<sup>68</sup>, come se si trattasse di norme destinate a funzionare solo nei periodi di crisi degli ordinamenti, nei momenti patologici.

#### 4. Omogeneità e diritto comparato

Come si è sostenuto altrove<sup>69</sup>, invece, le clausole di omogeneità svolgono un ruolo anche nella fisiologia degli ordinamenti, essendo indissolubilmente legate alle norme sul primato del diritto federale e a quelle richiedenti una compatibilità strutturale in termini di valori alle parti del patto federale (*infra*). Un'altra conferma della possibilità di leggere la clausola in questione alla luce della categoria dell'omogeneità ci viene dal diritto comparato, se è vero, come è stato sottolineato in dottrina, che proprio su influenza e spinta americana<sup>70</sup> si introdusse l'art. 28 della Legge Fondamentale tedesca<sup>71</sup>. Conviene brevemente ricordare

63 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700 (1869), dissenting opinion del giudice Grier.

64 Palermo, *La forma di Stato cit.*, 144.

65 A parte i già citati si veda anche *Taylor and Marshall v. Beckham*: 178 U.S. 548 (1900) e *Coleman v. Miller*: 307 U.S. 433 (1939) e *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

66 Chemerinsky, *Why Cases cit.*

67 Corte Suprema degli Stati Uniti, *New York v. United States et al.*, 488 U.S. 1041 (1992), nelle parole della giudice O'Connor.

68 Palermo, *La forma di Stato cit.*, 144 -145.

69 Martinico, *Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese*, in *Ordines*, 2018, 54 ss. Si veda ancora Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*

70 Chiaramente in questi termini Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 162 – 163, che cita il rapporto preliminare dallo *Special Advising Committee for Decentralization* (US Group C) su *Decentralization of the Political* del 23 marzo 1945.

71 Art. 28 della Legge fondamentale tedesca: «1. L'ordinamento costituzionale dei Länder deve essere conforme ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei Länder, nei Distretti e nei Comuni il popolo deve avere una rappresentanza che emerga da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. Nei Comuni, l'assemblea dei cittadini del Comune può sostituire l'organo elettivo. Per le elezioni nei Distretti e nei Comuni hanno diritto di voto e sono eleggibili,

cosa si intende per omogeneità costituzionale nel diritto comparato:

«Le costituzioni federali e i trattati federativi che conosciamo concepiscono normalmente l'omogeneità federale come un limite all'autonomia costituzionale degli Stati membri, quindi come un vincolo di natura giuridica nel primo dei sensi indicati, ma presuppongono anche una omogeneità in fatto di elementi pre-giuridici, così come pure manifestano la tendenza degli Stati membri (sempre in via di fatto) a indirizzarsi verso modelli costituzionali affini, talvolta al di là di quanto previsto da esplicite clausole federali omogeneizzanti»<sup>72</sup>.

Dal passaggio riportato si può evincere l'importante distinzione fra omogeneità *de iure* e omogeneità *de facto*. Quest'ultima, a differenza della prima, viene ricostruita guardando soprattutto ad elementi pre-giuridici. Va tuttavia segnalato che, ad avviso di chi scrive, l'omogeneità costituzionale dovrebbe essere intesa come processo di costruzione anche giuridica e non solo come qualcosa di pregresso di cui espedienti come la *guarantee clause* possono usufruire. Detto in altro modo, le clausole costituzionali di omogeneità, grazie ai vincoli giuridici prodotti, contribuiscono a canalizzare la diversità (senza stritolarla), creando istituzioni e valori comuni.

Alla luce di questo si spiega anche la distinzione – sempre cara alla dottrina europea – fra omogeneità e uniformità, presumendo la prima una certa dose di autonomia che non può essere violata dal livello federale e questo ci riporta alla duplice immagine della *guarantee clause* come spada a vantaggio del livello federale o come scudo a protezione della diversità statale<sup>73</sup>.

La nozione di omogeneità costituzionale è stata – specie nel dopoguerra – oggetto di ripensamenti, perché intrisa – secondo i suoi critici – di nazionalismo e di ideologia *Völkisch* e perché utilizzata anche da figure discusse come Maunz<sup>74</sup>.

Tuttavia, attenta dottrina ha sottolineato l'ampiezza della categoria nel diritto costituzionale tedesco, confermando la sua validità analitica ancora oggi<sup>75</sup>.

Se concepita in senso ampio, la nozione di omogeneità costituzionale riacquista un significato che sembrava perduto anche 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

---

secondo le modalità del diritto della Comunità europea, anche persone in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri della Comunità europea.

2. Ai Comuni deve essere garantito il diritto di regolare, sotto la propria responsabilità, tutti gli affari della comunità locale nell'ambito delle leggi. Anche i consorzi di Comuni hanno, nei limiti dei loro compiti fissati dalle leggi, il diritto di autonomia amministrativa nei limiti delle competenze loro attribuite dalle leggi. La garanzia dell'autonomia amministrativa si estende anche ai fondamenti dell'autonomia finanziaria; questi fondamenti comprendono una risorsa fiscale basata sul potenziale economico, di cui i comuni beneficiari fissano l'aliquota impositiva.

3. La Federazione garantisce la conformità dell'ordinamento costituzionale dei Länder ai diritti fondamentali e alle disposizioni di cui ai commi primo e secondo».

72 Atripaldi, Miccù, *La Costituzione Europea multilivello*, <http://www.ecln.net/elements/conferences/bookrome/miccuatripaldi.pdf>, 53 ss, 59.

73 «Le clausole di omogeneità pretendono solo una certa affinità tra Federazione e Stati membri nelle loro componenti strutturali e sostanziali, che tuttavia non si spingono mai fin nel dettaglio. Il principio di omogeneità richiede, quindi, di norma solo una misura minima di omogeneità, che è stabilita dai principi al riguardo fissati nella costituzione federale e cui le costituzioni degli Stati membri sono vincolate. Si può, anzi, affermare che l'omogeneità, rettamete intesa, presuppone la preservazione dell'autonomia delle entità cui si riferisce, le quali devono rimanere tra loro distinte», Atripaldi, Miccù, *La Costituzione* cit., 60.

74 Maunz, *Verfassungshomogenität von Bund und Länder*, in Kirchof, Isensee (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, Heidelberg, 1990, 444 ss. Maunz era noto anche per la sua militanza nazista, mai rinnegata nemmeno negli ultimi anni di vita. Su questo si veda, ad esempio, García Amado, *Un ejemplo más. El caso de Theodor Maunz. Introducción* a B. Rùthers, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, 2016, 15 ss.

75 Delledonne, *L'omogeneità costituzionale* cit., 74 ss.

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 cantonali<sup>76</sup>. Sempre ragioni di omogeneità possono suggerire il controllo e la possibilità di attivare forme di intervento centripeto nel caso di «discostamento» dai valori fondanti del patto costituzionale: è questo il caso del noto art. 155 della Costituzione spagnola<sup>77</sup> e soprattutto dell'art. 37 della Legge Fondamentale tedesca, la c.d. «coazione federale»<sup>78</sup>. Si trovano esempi simili anche a livello sovranazionale. Basti pensare al riferimento ai «valori» richiamati dall'art. 2 TUE<sup>79</sup> – che sono a loro volta distinguibili dai principi a cui si riferisce l'art. 6 TUE<sup>80</sup> – o al celebre art. 7 TUE<sup>81</sup>.

L'omogeneità, in altre parole, più che come un gigante assopito dalla difficile attivazione si presenta come una «funzione flusso» che attraversa tutta la vita di un ordinamento. Questo spiega la divisione del lavoro cercata dalla giurisprudenza della Corte Suprema fra *guarantee clause* ed *equal protection clause*, ad esempio, come si può notare nel caso *Baker v Carr*<sup>82</sup>, oppure quella fra *guarantee clause* e *due process clause*, trattandosi tutti di strumenti da leggere in sistema. Queste considerazioni ci conducono verso le conclusioni del saggio.

---

76 Art. 51 della Costituzione elvetica: «1. Ogni Cantone si dà una costituzione democratica. La costituzione cantonale richiede l'approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda.

2. Le costituzioni cantonali devono ottenere la garanzia federale. La Confederazione conferisce tale garanzia se la costituzione cantonale non contraddice al diritto federale». Atripaldi, Miccù, *La Costituzione cit.*, 58-59.

77 Art. 155 della Costituzione spagnola: «1. Ove la Comunità Autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità Autonoma e, ove questa sia disattesa con l'approvazione della maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi.

2. Il Governo potrà dare istruzioni a tutte le Autorità delle Comunità Autonome per l'esecuzione delle misure previste nel comma precedente».

78 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».

79 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».

80 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».

81 Su cui, di nuovo, si veda Delledonne, *L'omogeneità costituzionale cit.*, 215 e bibliografia ivi richiamata.

82 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 223 (1962). Bonfield, *Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government*, in *California Law Review*, 245 ss.

## 5. Un pezzo di un mosaico costituzionale

Come scrisse qualche anno fa Balkin, la *guarantee clause* dovrebbe essere letta come parte di un mosaico costituzionale:

«*We should not consider the Guarantee Clause in isolation. The principle of republicanism reaches into many different elements of the Constitution, and the mere fact that this particular Clause has been neglected does not mean that republican principles and ideals are not at stake in many other different clauses and parts of the Constitution. For example, the requirement of regular elections, the bans on titles of nobility and bills of attainder, the First Amendment's guarantees of speech, press, assembly, and petition, and the Fourteenth Amendment's guarantee of equal protection of the laws all speak to republican concerns*»<sup>83</sup>.

Questo ci riporta all'incerta giurisprudenza della Corte Suprema; il fatto che la stessa abbia spesso sostenuto (con qualche oscillazione, come visto in precedenza) la non giustiziabilità della clausola non esclude che dietro la lettera dell'Art. IV, sez. 4, si celi un *positive duty* che vale per tutti i poteri e per tutti i livelli di governo (non solo per le Costituzioni statali, ma anche per quella federale<sup>84</sup>), secondo un'interpretazione ampia. La necessità di leggere la *guarantee clause* in sistema la rende norma aperta che acquisisce un significato più generale grazie agli altri tasselli del mosaico costituzionale, facendosi espressione di quella funzione di omogeneità che attraversa tutto il rapporto fra centro e periferia – dall'entrata (sez. III, Art. IV) fino all'eventuale tentativo di rottura, rappresentato dai casi estremi di ribellione e insurrezione (sez. IV, Art. IV) –. Al di là delle parole ricordate di Balkin – che scorge nel concetto di governo repubblicano un elemento essenziale dell'identità costituzionale statunitense e che fa leva sul legame fra I e XIV Emendamento e *guarantee clause* – si possono trovare altri validi argomenti a supporto di questa interpretazione. È il caso della *supremacy clause* dell'Art. VI, norma a presidio della sovranità della Costituzione federale, in virtù della quale si spiegano i vincoli posti dall'Art. IV alle Costituzioni statali<sup>85</sup>. Un altro esempio è offerto dalla ricca *dissenting opinion* del giudice Fortas nel caso *Fortson v. Morris*, in cui si propose una lettura sistematica della *guarantee clause* alla luce della *Welfare clause* (Art. I, sez. 8):

«*The republican form of government guaranteed by the Constitution, read in light of the General Welfare Clause, the guaranties of equal protection of the laws and the privileges and immunities of citizens of the United States, requires something more than an adherence to form. This Court's apportionment and voting rights decisions soundly reflect a deepening conception, in keeping with the development of our social, ethical, and religious understanding, of the meaning of our great constitutional guaranties. As such, they have reinvigorated our national political life at its roots so that it may continue its growth to realization of the full statute of our constitutional ideal. Today's decision is a startling reversal; a belittling, I say with all respect, of our Constitution's dynamic provisions with respect to the basic instrument of democracy -- the vote*»<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Balkin, *Republicanism cit.*

<sup>84</sup>«The Guarantee Clause seems only to assert that states must be republican. But it follows from constitutional structure that the federal government must also be republican; a federal monarchy or oligarchy, for example, would be inconsistent with the guarantee of republicanism in the several states. Therefore, if the federal government must guarantee the states a republican form of government, it must also guarantee them that it will continue to be a republican form of government», Balkin, *Republicanism cit.*

<sup>85</sup> Si veda anche la trattazione proposta da: de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2014, 463 ss.

<sup>86</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Fortson v. Morris*: 385 U.S. 231 (1966), *dissenting opinion* del giudice Fortas.

Anche sulla base di queste considerazioni la dottrina ha sostenuto la necessità di una nuova stagione interpretativa per questa disposizione, sottolineandone l'incredibile potenziale per superare quello che è stato definito lo «state political lockup»<sup>87</sup>. Nel farlo, si è cercato di rivendicare per la clausola repubblicana una centralità che essa finora non ha avuto nella giurisprudenza della Corte Suprema<sup>88</sup>, seguendo un approccio combinato in cui le garanzie politiche del federalismo<sup>89</sup> non escludono per forza il contributo dei giudici alla costruzione dell'identità costituzionale statunitense.

\*\* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

---

87 Zafran, *Referees of Republicanism: How the Guarantee Clause Can Address State Political Lockup*, in *New York University Law Review*, 1418 ss., 1440.

88 Forse la questione del *gerrymandering* potrebbe rappresentare una buona arena in questo senso. Si veda. Filippi, *Partisan e racial gerrymandering: quattro recenti sentenze della Corte Suprema americana*, 2018, <http://www.diritticomparati.it/partisan-e-racial-gerrymandering-quattro-recenti-sentenze-della-corte-suprema-americana/>.

89 Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in *Columbia Law Review*, 1954, 543 ss.