

Rivista N°: 3/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 02/08/2017

AUTORE: Angelo Mattioni *

LEGGE-SOVRANITÀ**

Anche in un breve intervento sono necessarie due considerazioni preliminari. La prima: la genesi della sovranità, come molte categorie attinenti alla teoria generale dello Stato, non è normalmente da ricollegarsi ad una riflessione teoretica; la sua configurazione matura fondamentalmente attraverso processi storici e si offre successivamente alla elaborazione scientifica soprattutto ad opera dei cultori della scienza giuridica.

Questa considerazione potrebbe essere ulteriormente suffragata se si facesse riferimento anche all'altra categoria che con la sovranità si interseca, l'idea di territorio, la cui rilevante comparsa nella storia delle istituzioni è da ascrivere, come è stato di recente dimostrato (nella letteratura medievalista francese) dall'affermarsi nel diritto della Chiesa dell'istituto della diocesi, che anticipa la territorialità degli Stati dell'assolutismo e che sarà poi con la sovranità oggetto di considerazione della scienza giuridica.

Se si tiene presente che anche sulla genesi della sovranità politica ha influito il processo di assolutizzazione del potere pontificio nell'ordinamento canonico, le due categorie risultano espressamente collegate ad un sistema istituzionale parallelo a quello delle istituzioni politiche; si rafforza quindi l'idea qui sostenuta dell'origine 'istituzionale' di queste categorie che trovano contestualmente origine nello sviluppo di sistemi che risultano complementari per la loro formazione.

La seconda considerazione preliminare consiste nel mettere in evidenza come non si vuole qui considerare la sovranità genericamente come categoria della statualità che si offre quindi alla considerazione di discipline che a titolo diverso e dando vita kelsenianamente a oggetti diversi ne potrebbero indagare la natura; si vuole invece qui considerare la sovranità concepita espressamente come categoria giuridica e ancor più propriamente come categoria

* Emerito di Diritto costituzionale nell'Università Cattolica di Milano.

** Intervento svolto nell'ambito del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Università degli studi di Trento, 11-12 novembre 2016.

della scienza di diritto costituzionale, come del resto esige opportunamente il titolo di questo convegno.

Il punto di vista dal quale ci si colloca porta ad escludere, seguendo Jellinek, che la sovranità possa essere considerata una forza bruta sottratta al diritto; se nell'accezione storica può essere oggetto di altre discipline, per la scienza giuridica essa non potrà che essere categoria che nel diritto trova necessariamente dei limiti.

Soltanto se la sovranità è concepita in termini giuridici potrà risultare funzionale e servente alle esigenze proprie di questa scienza e ancora una volta del diritto costituzionale in particolare.

Quando ci si colloca in questa prospettiva è lecito, quasi formulando un'ipotesi scientifica, proporre preliminarmente una configurazione mediante la sua identificazione con la legge, che, nell'accezione della scienza giuridica contemporanea, si definisce materiale, il cui contenuto consta di norme generali ed astratte.

Solo in un secondo momento sarà opportuno considerare anche i profili della sua efficacia formale, al fine di determinare, all'interno di un ordinamento, in quale tipo di legge la sovranità sarà da identificare.

Per una prima ipotetica definizione è sufficiente indicare la normatività come dato qualificante dell'atto che vuole qualificarsi come sovranità. Occorre subito notare che quando si sia deciso di identificare ipoteticamente l'idea di sovranità nel concetto di legge, lo sviluppo logico del discorso deve rigorosamente attenersi a questa premessa così che assunto come parametro di giudizio questa identificazione ogni valutazione dovrà ad essa essere necessariamente ricondotta.

Si dispone dunque di una serie di omogenee valutazioni in ordine alle attività dello Stato sulla base di un parametro peraltro non arbitrariamente assunto.

Alla formulazione di questa ipotesi concorre infatti in maniera determinante la storia delle istituzioni nel passaggio dall'ordinamento feudale all'ordinamento dello stato moderno e la storia delle dottrine che dell'idea di sovranità si sono occupate.

Senza poter qui ripercorrere le vicende storiche che conducono all'indipendenza dei regni dall'Impero, ciò che deve essere sottolineato è che all'interno di queste oramai autonome sintesi politiche prende forma un sistema istituzionale di autorità che si esprimono con i caratteri propri del potere politico. Si delinea intorno all'anno 1000 un ordinamento in cui i rapporti tra queste autorità sono disciplinati sia da contratti che da consuetudini. Ne deriva che i rapporti intercorrenti tra i soggetti di questa complessa struttura sono disciplinati da norme che direttamente o indirettamente si riconducono ai loro comportamenti e alle loro volontà.

Questa considerazione costringe a constatare che il regime giuridico dei diritti e dei doveri di cui queste autorità sono titolari non è in alcun modo riconducibile ad una decisione fondata sulla volontà di una superiore autorità, quella del titolare del regno.

In un sistema in cui le diverse autorità sono gerarchicamente organizzate, il superiore potrà pretendere di esercitare diritti e l'inferiore sarà tenuto all'adempimento di doveri solo in quanto essi si possano dedurre dalla fonte consuetudinaria o convenzionale.

Il rapporto tra le diverse autorità si iscrive quindi in un sistema che si diversifica profondamente da quello che si instaurerà quando al sistema feudale verrà a sostituirsi lo stato moderno all'interno del quale ogni potere troverà il proprio fondamento e la propria disciplina nell'affermato potere superiore in cui appunto la sovranità si esprime.

Nel sistema feudale che stiamo considerando ogni autorità è titolare di diritti e di doveri propri fondati su un titolo giuridico che non può essere alterato volontariamente dalla decisione di qualunque altra autorità.

L'evoluzione storica e la dinamica sociale pongono ovviamente il problema di una continua revisione del contenuto del patto o della consuetudine ma tanto i tentativi dell'inferiore di restringere i propri doveri quanto quello del superiore di ampliare il contenuto dei propri diritti possono aspirare al successo solo in quanto possano dedursi dal relativo titolo giuridico che a questi diritti e doveri dà fondamento.

Si tratta esemplificativamente da parte del superiore del ricorso alla prescrizione acquisitiva, capace di configurare un nuovo contenuto del diritto e da parte dell'inferiore del tentativo di affidarsi al metodo dell'accumulo dei precedenti al fine di ridurre il contenuto della propria obbligazione; in ogni caso la pretesa dovrà essere suffragata dall'evolversi della consuetudine o dalla stipula di un nuovo contratto.

Questa logica dei rapporti tra autorità governati da titoli giuridici si estende al complesso della scala gerarchica, interessando necessariamente la più alta autorità della gerarchia, il titolare del regno, senza che egli possa nulla circa la titolarità dei diritti e doveri delle altre autorità che non si ricollegli al mutare dei titoli giuridici.

Complesse sono le ragioni storiche che trasformano un ordinamento politico costruito sulla pluralità di autorità gerarchicamente organizzate i cui rapporti sono fondati su titoli giuridici in un sistema in cui, anche quando continuerà a sussistere l'antica pluralità, fondamento e disciplina di queste autorità saranno oggetto di decisioni affidate alla volontà sovrana dell'autorità che l'ha monopolizzata.

Di questo processo interessa mettere qui in evidenza il percorso che porterà la sovranità a identificarsi nel *règlement général* e cioè nell'atto legislativo a contenuto normativo e a destinatarietà universale. Il processo storico è fondamentalmente caratterizzato dall'apparire dell'istituto dell'assemblea, conosciuta sotto denominazioni diverse, in cui sotto la presidenza del re, si riuniscono le autorità nelle quali sin qui si era articolato il sistema feudale.

Questo organo non può in alcun modo essere considerato un'assemblea parlamentare nel significato che oggi si attribuisce a questo istituto non fosse altro per il fatto che il re, dotato di propri poteri originari, non necessita del consenso delle autorità della scala gerarchica per il loro esercizio. La convocazione dell'assemblea piuttosto va messa in relazione col fatto che questa struttura politica ignora l'apparato di una pubblica amministrazione e quindi soggettivamente di un corpo di funzionari addestrati all'esecuzione senza poter sindacare l'opportunità politica del provvedimento che si è chiamati ad eseguire.

L'assemblea costituisce lo strumento all'interno del quale le autorità del regno acquisiscono consapevolezza dell'utilità della decisione del re offrendo quindi la loro opera perché gli atti relativi ottengano esecuzione. Essi così diventano, come è stato detto, esecutori natu-

rali, capaci di amministrazione, che nello stato moderno sarà il compito di un corpo professionalmente addestrato a ciò.

Il ruolo di questa assemblea è particolarmente rilevante nel processo di costituzione del concetto di sovranità. L'incontro divenuto istituzionale tra le autorità del regno sviluppa la coscienza reciproca di solidarietà e concorre a formare l'interesse della comunità rappresentata nel regno che oramai si configura sempre più come unità e quindi come corpo politico che incorpora tutte le autorità a capo del quale si colloca il re.

Le decisioni che si prenderanno in questa sede assumeranno una forma giuridica sin qui sconosciuta; nelle assemblee si adottano atti normativi, i regolamenti generali, capaci proprio perché ne è assicurata l'attuazione di ottenere una destinatarietà universale.

Si intende allora perché si sia potuto ritenere che quando le autorità del regno si ritrovano riunite intorno all'autorità più alta questa concentrazione fisica crea un corpo capace di un potere che comincia a identificarsi con ciò che intendiamo con potere sovrano che significativamente si esprime con l'atto che modernamente identifichiamo con la legge materiale.

In questo contesto storico il rapporto tra il re e il parlamento, denominiamo così questa assemblea con la riserva già messa in evidenza, si configura in termini radicalmente diversi dal rapporto che verrà ad instaurarsi tra il re della monarchia assoluta e la nascita delle assemblee rappresentative. In questa nuova condizione i parlamenti assumeranno la funzione di limitare la sovranità del re, arrivando a dividerla e infine a monopolizzarne la relativa funzione. Nel contesto storico qui considerato l'assemblea tutt'al contrario è strumento di instaurazione della sovranità perché ha consentito alle autorità in essa riunite l'adozione di atti normativi in cui appunto si esprime la sovranità stessa.

Nei secoli XVI e XVII la sovranità appare ormai nella titolarità monopolizzata del re, come dimostrano alcuni eventi storici come quelli in cui si avalla l'idea che la messa in dubbio che la sovranità appartenga al re costituisce sacrilegio, o quelli in cui si chiede che venga condannata l'idea che possa legittimamente affermarsi un diritto di resistenza, un diritto di resistenza al re sovrano perché titolare della potestà legislativa; è questa la condizione storica in cui si colloca il pensiero di Bodin, all'interno del quale l'idea che identifica la sovranità con la legge è espressamente ripetuta con grande evidenza; tale identificazione diventerà patrimonio generalizzato di tutte le dottrine che dell'idea di sovranità vorranno occuparsi.

La *puissance de gouvernement* che si esprime nella legge ha nel pensiero di Bodin un presupposto logico se non storico nell'opera di Loyseau (l'opera di Bodin precede quella di Loyseau) rappresentata da una concettualizzazione della funzione pubblica generatrice di norme generali, di cui la sovranità bodiniana rappresenterà la categoria di vertice.

Alla *seigneurie privée* che per Loyseau ha per oggetto i diritti reali che l'individuo ha sulla cosa si contrappone la *seigneurie publique* definita come una funzione *intellectuelle*, che l'autorità esercita su una persona libera e sulle cose da lui possedute. Questa definizione è ricca di significato e potrebbe utilmente ancora oggi essere utilizzata per descrivere il potere normativo che nello stato contemporaneo si esercita ai diversi livelli della gerarchia delle fonti, conseguendo quindi i diversi gradi dell'efficacia formale.

È lecito infatti leggere nella qualifica di *intellectuel* un riferimento all'astrattezza dei precetti che ne derivano in quanto non diretti ad incidere direttamente sulle persone o sulle

cose specificatamente individuate ma capaci di avere una destinatarietà universale, perché capaci di attingere alla generalità delle cose e delle persone destinate a ricadere appunto sotto la previsione normativa generale ed astratta.

Il carattere *intellectuel* della funzione pubblica quando si esercita su una persona libera apre la via al potenziale rispetto dei diritti inviolabili; il processo che nell'ambito del 'generÈ dello stato moderno condurrà alla 'speciÈ dello stato costituzionale è potenzialmente aperto perché è soltanto con l'instaurazione del governo per legge che si renderà possibile l'acquisizione del governo dello stato di diritto.

Quando la funzione pubblica creatrice di norme generali ed astratte è, come si è visto, monopolizzata risulta costituita la sovranità, anche se nel sistema politico continua a sussistere la precedente pluralità delle autorità pubbliche dell'ordinamento feudale che però nella nuova condizione sono da considerare legittime soltanto se nella funzione pubblica sovrana trovano legittimazione.

In altri termini nell'ordinamento della funzione pubblica-sovrano, a differenza del precedente sistema feudale, le autorità non trovano più legittimazione in se stesse perché dotate di originari poteri il cui regime è governabile esclusivamente da un titolo giuridico ma la pur sussistente pluralità di poteri pubblici trova il suo fondamento e la sua legittimazione nella oramai costituita sovranità.

Appare nel mondo del diritto l'istituto della competenza delle competenze che consente forse – ma lo spunto qui proposto andrebbe approfondito – di configurare gli ordinamenti politici nell'una o nell'altra categoria dei sistemi feudali o dei sistemi propri della sovranità; nei primi la pluralità delle autorità ha una legittimazione in se stessa ed è disciplinata da regole giuridiche; ciò che caratterizza i secondi non è tanto la riduzione dell'autorità all'unità quanto la constatazione che la pluralità delle autorità ha un'unica fonte; da essa e da essa soltanto dipende la distribuzione della titolarità delle funzioni pubbliche, o nel senso di trattenerle o nel senso di ripartirle tra le diverse autorità. I regimi di sovranità nel mondo contemporaneo continuano ad ammettere pluralità di autorità e quindi di funzioni pubbliche ma la loro assegnazione ai relativi titolari dipende esclusivamente dal sovrano, oggi identificato nell'ente a competenza generale portatore della legge sovranità.

Negli ordinamenti contemporanei la pluralità delle territorialità può essere chiamata a godere di garanzie autonomistiche diverse perché esemplificativamente la loro istituzione e la loro disciplina può essere affidata alla legge costituzionale o alla legge ordinaria; ciò che accomuna comunque la loro condizione è la loro dipendenza dall'ente sovrano.

Conquistato il concetto di funzione pubblica e identificato nell'atto a contenuto normativo, nel pensiero di Bodin è il detentore originario di questo potere che è sovrano. Legge e titolarità originaria sono i connotati della categoria sovranità.

Quanto alla legge, come già ricordato, in Bodin l'identificazione del potere legislativo con la sovranità è espressamente e ripetutamente dichiarata quando si afferma che il sovrano non è sottoposto ad alcun potere perché è il solo autore della legge, che può modificare o abrogare. La legge dipende esclusivamente dalla sua volontà, volontà sovrana appunto; legge che a differenza del contratto che richiede il consenso del destinatario si caratterizza per la sua unilateralità perché il suo autore la impone ai soggetti "*sans leur consentement*";

l'identificazione della sovranità con la legge nel pensiero di Bodin appare ancora una volta espressamente quando, abbandonando l'idea che la sovranità si articola in cinque diversi attributi tra i quali la promulgazione e l'abrogazione della legge, si identifica la sovranità esclusivamente nel potere di dare legge, volendo con ciò assolutizzare questa identificazione senza attenuarne la sostanza come avverrebbe quando si pretendesse di poterla frazionare in prerogative diverse.

Come non vi è stato senza sovranità perché di esso è l'essenza, non vi è sovranità che non si identifichi nella volontà legislativa del re, che significativamente è destinata anche a prevalere in quanto atto appunto di volontà del sovrano sulla fonte del diritto consuetudinario.

Se l'idea sovranità-legge è universalmente riportata al pensiero di questo autore, è sempre a Bodin che risale l'elaborazione della originarietà come presupposto necessario della titolarità della legge che voglia identificarsi con la sovranità. Nel pensiero di Bodin infatti la legge che aspira ad essere sovrana non solo deve necessariamente rivestirsi del carattere dell'assolutezza in quanto *pouvoir de commandement* ma deve anche trovare il suo fondamento in un ordinamento in cui l'assolutezza si traduce in originarietà. Operando con le categorie della nostra cultura assolutezza e originarietà si riferiscono rispettivamente alla sovranità interna che in tanto potrà sussistere in quanto fondata su un ordinamento necessariamente indipendente da altri ordinamenti – sovranità esterna – perché originario.

L'assolutezza intesa come indipendenza espressione della genesi originaria consente di concepire la sovranità anche come connotato di un ordinamento che proprio per questo suo carattere è capace in via esclusiva di rendere sovrana la funzione legislativa perché fondata su un ordinamento sovranamente indipendente perché originario.

La traduzione del concetto di sovranità in originarietà che genera indipendenza e quindi fonda la sovranità interna consente di superare la pretesa dicotomia tra sovranità che qualifica il modo di essere dell'ordinamento e la sovranità come potere supremo perché le due accezioni derivano necessariamente da una unica idea presupposta, perché soltanto un ordinamento indipendente in quanto originario legittima un potere sovrano

Nel primo caso la sovranità è una qualificazione dell'ordinamento, nel secondo caso è propriamente una funzione; le due concezioni non soltanto non si contraddicono ma anzi mutuamente si implicano in quanto costituiscono due distinte qualificazioni tendenti a connotare rispettivamente la natura dell'agente e la natura della funzione dell'agente.

Dall'analisi storica e dalla ricostruzione teorica emergono idee che possono essere così sinteticamente formulate: la sovranità è una funzione pubblica che si esprime nella legge il cui contenuto consta di precetti generali ed astratti, scondizionati da ogni altro potere perché fondati su un ordinamento che in quanto originario è necessariamente indipendente da ogni altro ordinamento.

Benché questa funzione nel pensiero di questi autori possa essere ulteriormente caratterizzata, si pensi al caso della perpetuità, in queste brevi note ci si può limitare a queste considerazioni perché ad esse si farà costantemente riferimento nelle dottrine successive cui non si può qui che fare sintetici riferimenti.

Da Grozio che, contrattualista e giusnaturalista, avrebbe dovuto ipotizzare una società governata da atti normativi di diritto naturale e che invece, in realistico omaggio allo stato moderno, individua il fine dello stato nella sottoposizione della collettività alla legge positiva che quindi non può che avere il carattere normativo del diritto naturale che per così dire si appresta a sostituire; ad Hobbes, nel cui pensiero il ruolo sovrano della legge a contenuto normativo è ripetutamente affermato; a Locke che enumerando le funzioni della sovranità fa riferimento espresso alla legge nella quale scorge anche il parametro cui devono conformarsi gli atti degli altri poteri; a Rousseau in cui la volontà generale si riporta alla legge democraticamente originata, a Jellinek che per primo sottopone la legge a forme di autolimitazione.

Una condizione particolare merita in proposito il pensiero dell'autore della teoria pura del diritto; la sovranità identificata nella legge a contenuto normativo originario colloca il grande giurista in un processo di continuità relativamente all'idea qui sostenuta, perché la mancata accettazione di una sorta di ipostatizzazione dello stato-persona e la sua riconduzione ad un ordinamento giuridico consente a Kelsen di considerarlo come "*l'ordre suprême dont la validité se déduit d'aucune norme supérieure*"; la sovranità è un carattere dello stato perché è un carattere dell'ordinamento in cui si identifica. È su questo ordinamento originario che alla norma fondamentale è attribuito il compito di istituire l'organo creatore del diritto, dando vita ad una "*constitution ipothétique*" che individua l'organo legislativo necessariamente sovrano perché fondato sullo stato ordinamento originario.

Come nel pensiero di Bodin, la legge a contenuto normativo è sovrana perché dettata da un apparato organico fondato su un ordinamento originario configurando quindi una categoria in cui normatività e originarietà risultano collegate nel definirla.

Per un lungo periodo di tempo, da Bodin in avanti, il potere legislativo in cui si riassume la sovranità è stato concepito come sempre sottoposto alla legge di Dio o di natura, risultando inconcepibile che il sovrano potesse volere quel che non è giusto perché, come vuole Hobbes, distinguendo tra legge naturale e legge positiva, la prima ha il carattere di eternità e non può quindi essere abrogata dalla legge positiva che questo carattere non ha.

Sarà il processo di laicizzazione che riduce il ruolo del supremo ordine morale e la riconduzione del diritto al diritto positivo dello stato, come sarà teorizzato da Jellinek, a costringere a cercare i limiti alla legge sovrana attraverso un processo di razionalizzazione interna alle istituzioni che in qualche modo giuridicizzandone la natura la sottopone a limiti cui necessariamente soggiace ogni categoria giuridica.

La configurazione della legge sovrana come categoria giuridica si affida allora alla istituzionalizzazione di processi che costringono l'autore sovrano delle legge stessa a poter diventare destinatario, alla pari dei soggetti ai quali è originariamente destinata. Il limite che non è più affidato a un supremo ordine esterno deve essere ricercato in forme di razionalizzazione interna, in particolare nei processi della sua formazione che consentono tra l'altro di far sì che la legge possa perseguire i suoi fini soltanto se a questo limite si autosottopone.

È proprio con Jellinek che si colloca in questa condizione la sovranità autolimitata. Si tratta di ipotizzare limiti alla sovranità senza che questo potere dismetta il carattere che gli è proprio, perché Jellinek pensa che la sovranità sia la qualità della funzione pubblica legislativa in virtù della quale essa ha la facoltà esclusiva di limitarsi giuridicamente da se stessa.

Se nel pensiero di Jellinek è da escludere che la sovranità sia illimitata, è anche necessario che questi limiti non possano che dipendere dalla stessa volontà dello stato sovrano; a pensare diversamente lo stato non risulterebbe più dotato di questo carattere perché non si identificherebbe più nel potere positivo più alto.

L'apparente contraddizione tra l'idea di limiti al potere sovrano e l'idea che essi non possano che dipendere dall'espressione della sovranità stessa si supera se ci si appella al fatto che l'ordinamento statale deve necessariamente dotarsi di una organizzazione; lo stato non può privarsi dell'ordinamento giuridico che in un dato momento lo limita che a condizione di dotarsi di un nuovo ordinamento che regge una nuova organizzazione che costituirà una nuova fonte di limitazione. Ne deriva che lo stato risulta oggettivamente sottoposto ad un regime di limitazione permanente; è per questa ragione che si è potuto dire che la sovranità non può identificarsi con una sorta di onnipotenza. Lo stato conserva la sua posizione di sovrano perché conserva il potere di imporre le regole utili a limitarlo; i limiti imposti al suo potere sono dunque riducibili a una sua manifestazione di volontà; ma contestualmente non se ne può privare così che alla decisione di innovare alla propria organizzazione non può che seguire la necessità di imporsi un nuovo ordinamento.

Quando si ritenesse che la sovranità possa consistere nello svincolarsi dall'ordinamento-organizzazione si abbandonerebbe il mondo del diritto e non si darebbe alcun contributo alla costruzione di una teoria generale dello stato ma si accedrebbe soltanto alla descrizione di una forma di anarchia.

L'autolimitazione presenta dunque seri fondamenti perché capaci di rendere compatibili la libera volontà dello stato e la necessità oggettiva di limiti; ciò che rileva è che si è di fronte a limiti di schietta natura giuridico-istituzionale, connaturati alla funzione pubblica, costretti ad esprimersi sotto la dominazione del diritto.

È evidente che gli autolimiti e la conseguente razionalizzazione istituzionale del potere sovrano operano all'interno di un ordinamento costituito, il cui orientamento politico è collegato alla natura del titolare della sovranità in quell'ordinamento specifico. È ben vero che l'idea di sovranità è sempre uguale a se stessa, come del resto concordemente i teorici citati dimostrano, sia che il titolare sia uno, o pochi, o molti; è altrettanto evidente che le garanzie del sistema costituito possono risultare dal punto di vista sostanziale fortemente diversificate, a seconda che l'ordinamento originario assuma un indirizzo impresso da democrazia, da oligarchia, o da monarchia (assoluta).

In un sistema di diritto positivo le garanzie che si possono legittimamente pretendere sono quelle di cui quel sistema risulta capace sulla base della sua natura politica; si vuole dire che la teoria dell'autolimitazione prospetta un sistema di garanzie di diritto positivo che non possono rilevare in ordine all'orientamento politico di quell'ordinamento che dipende esclusivamente dalla natura della genesi della sovranità che lo governa.

Un limite al potere sovrano che abbia la capacità di orientarlo politicamente non è problema che può essere risolto dal diritto positivo che opera all'interno di quell'ordinamento; esso può essere ricercato soltanto in principi metapositivi collegati alla genesi della sovranità.

La giuridicizzazione della legge sovrana trova fondamenti in altre dottrine che sia pure in termini diversi si riportano alla logica dell'autolimitazione jellenikiana perché propongono modelli istituzionali capaci di costringere l'autore della legge sovrana, il sovrano quindi, ad essere destinatario della legge stessa, alla pari con i soggetti dell'ordinamento.

Il primo riferimento è alla dottrina di Jehring, che pensa che lo stato abbia la capacità di imporre il proprio diritto soltanto se le norme relative sono necessariamente assistite dalla capacità di sottoporre a se stesse oltre che i soggetti che ne sono destinatari anche lo Stato che le adotta. Si tratta di un autolimita perché però questo modello istituzionale possa essere riportato al modello jellenikiano dell'autolimitazione occorre anche che da questo limite lo stato legislatore non possa prescindere e cioè che voluto risulti oggettivamente necessitato.

Nel pensiero di Jehring il fondamento oggettivo di questo limite è da ricercare nella constatazione che la norma giuridica acquisisce un alto grado di positività intesa come rilevante probabilità di essere osservata soltanto se ad essa lo Stato che ne è autore risulterà sottoposto. Pur avvertendo che è stata oggetto di critiche l'idea che costituisce carattere della norma il fatto di avere come destinatario anche il suo autore, se ci si fonda su questo presupposto l'autolimita implicito nel pensiero di Jehring risulta sicuramente dotato di una sua necessità oggettiva, se si tiene presente che è dogma indiscusso il principio secondo il quale la norma giuridica rispetto ad altro genere di norme che pure si rivolgono agli osservanti deve necessariamente essere dotata di un alto grado di positività, assicurato anche dal sistema istituzionale nell'ambito del quale è inserito; se il contenuto normativo della legge non risultasse dotato di questo carattere, la norma relativa cesserebbe di aspirare ad avere il carattere che necessariamente deve assistere il diritto positivo.

Sulla base di presupposti diversi si inserisce nella medesima logica la dottrina di Duguit che pensa che la legge trovi il fondamento della sua obbligatorietà nell'essere sostegno indeclinabile di solidarietà sociale, con la conseguenza che essa obbliga i governanti allo stesso modo che i soggetti perché alla sua instaurazione risulta necessitato tanto l'uno quanto l'altro comportamento.

La naturalità del vivere in società implica che la solidarietà sia il fondamento del diritto oggettivo le cui norme si impongono per la forza stessa delle cose. Anche con riferimento a questa dottrina perché essa partecipi dei caratteri del modello jellenikiano dell'autolimitazione, è necessario che il limite voluto sia permanentemente e oggettivamente vincolante; allo stesso modo che la solidarietà sociale non può che reggersi su analoghi comportamenti di sostegno alla legge di autore e soggetti destinatari, la mancata sottoposizione del suo autore costituirebbe violazione della solidarietà allo stesso modo che la solidarietà risulterebbe disattesa dalla mancata sottoposizione del soggetto destinatario; ma in tal caso la legge, in questo autore espressamente intesa come atto a contenuto normativo, si priverebbe del carattere che ne definisce la natura e non risulterebbe più utile al fine che naturalmente le inerisce.

Le considerazioni offerte da queste dottrine risultano ovviamente utili, come già si è ricordato, in quanto se ne accettano i presupposti. Non potendo in questa sede discuterne il fondamento, si vuole comunque riflettere sul contributo che queste dottrine possono oggettivamente apportare alla razionalizzazione istituzionale che qui interessa, specie se autolimi-

tazione jellenikiana, teoria della positività della legge e concezione della legge servente e funzionale alla solidarietà siano considerate in parallelo e non alternativamente.

Si vuole dire che è difficile non scorgere in queste dottrine contestualmente considerate una capacità di rendere sufficientemente probabile che in linea di massima la legge-sovranià risulti capace di vincolare oltre che i soggetti destinatari anche il suo autore, come gli ordinamenti contemporanei dello stato di diritto espressamente dimostrano; è certamente da ritenere che a dare fondamento a questa sottoposizione contribuiscano anche i caratteri della legge che queste dottrine hanno messo in evidenza.

Quando la sovranità sia identificata nella legge, essa anche per queste considerazioni, deve essere configurata una categoria giuridica immersa nel diritto e quindi dal diritto limitata, come in queste note si vuole dimostrare.

È nel pensiero di Montesquieu che si iscrive la dottrina del primato della legge-sovranià; il principio della divisione dei poteri implica un primato dell'atto a contenuto generale ed astratto, in cui si deve necessariamente identificare la prima decisione del potere politico. La considerazione è particolarmente rilevante perché è solo con Montesquieu che si attribuisce a questo principio il significato di un dogma di politica costituzionale che chiede di informare in maniera generalizzata l'organizzazione statale quando si voglia assicurare la libertà dei cittadini, destinati a rimanere sudditi indifesi in un ordinamento che conosca invece la concentrazione monocratica in cui si può articolare il potere sovrano. Quando il dogma si generalizza ne deriva anche una necessaria generalizzazione di questa categoria.

Quando si è indagato sul fondamento filosofico del dogma costituzionale di Montesquieu, esso è stato individuato in un *humanisme juridique*, secondo il quale è proprio delle istituzioni positive di garantire l'amore degli uomini alla libertà. Questo dogma di politica costituzionale esige per indeclinabile esigenza logica che tra gli atti che per la loro diversa titolarità si riportano ad organi diversi si instauri una successione necessaria sotto il cui imperio il potere sovrano deve necessariamente esprimersi in atto generale ed astratto, la legge, il cui significato garantista è di rivestirsi di imparzialità e di essere *égale pour tous*.

La garanzia è di natura esclusivamente istituzionale; la legge non è qui invocata perché portatrice di un qualche particolare contenuto ma perché qualunque contenuto vorrà assumere costituisce atto razionalmente imparziale. È implicito nella dottrina di Montesquieu che ogni processo di comando sovrano debba identificarsi nella legge alla quale ogni altro atto dovrà essere necessariamente conforme; ma, considerazione meno universalmente percepita, ne deriva anche che non deve essere consentito all'autore della legge di adottare atti rivestiti della sua forma e quindi dotati della sua efficacia benché di essa non abbiano il contenuto normativo generale ed astratto. Il dogma costituzionale sarebbe disatteso tanto nell'ipotesi che l'inizio del processo decisionale sovrano non si identificasse nella legge tanto nell'ipotesi che alla legge fosse consentito di contenere atti a contenuto concreto che potrebbero essere sottratti alla necessaria conformità all'atto generale necessariamente imparziale. Nello stato costituzionale questi principi sono destinati a governare gli atti dei parlamenti perché essi siano resi capaci di garantire la duplice implicazione logica del dogma di politica costituzionale 'inventato' da Montesquieu.

Il primato della legge sotto questi diversi aspetti offre un ulteriore contributo alla giuridizzazione della categoria quando la sovranità sia identificata appunto nella legge.

Accanto agli autolimiti e alla posizione privilegiata della legge si deve collocare un altro suo qualificante carattere, che è da ricollegare alla vocazione occidentale a perseguire costantemente forme di spersonalizzazione del potere, che sono state individuate in modelli la cui rilevanza è apprezzabile anche perché essi sono ricorrenti nella storia e quindi non costituiscono soltanto espressioni di una certa epoca ma possono aspirare a rappresentare manifestazioni dell'autorità in quell'ambiente sociale di un qualche valore universale e a costituire persino i prodromi dello stato di diritto.

Diversi sono i modelli cui si può appena accennare. Lo stato castale: i membri del ceto dominante eguali tra loro e paritariamente aspiranti all'autorità danno vita a una magistratura come ufficio astratto che diventa titolare di un fascio di funzioni che non possono essere imputate alle persone fisiche. Si tratta di un modello che ha trovato esistenza storica in epoche diverse, dalla Grecia classica al Comune cittadino. Ad una diversa forma di spersonalizzazione aspira anche il modello del principato monarchico, capace di identificarsi storicamente nel Principato ellenistico, nel Dominato romano e in maniera particolarmente rilevante nello stato moderno. La necessaria sottoposizione del principe a forme di spersonalizzazione e di razionalizzazione trova il suo fondamento, specie nello stato moderno, nel fatto che questo tipo di stato è portatore di servizi che devono essere amministrati mediante l'impiego di procedure tecniche che si sottraggono alla decisione arbitraria della persona fisica, risultando in termini diversi espressione ancora una volta di una personificazione astratta rappresentata dall'amministrazione. A risultati analoghi portano anche quegli ordinamenti in cui i ceti borghesi dominanti titolari di imprenditorialità esigono regole di diritto privato nel tentativo di ridurre i rapporti di obbligazione politica tra autorità e seguito ad un rapporto contrattuale nell'ambito del quale tecnici professionali assumono un potere loro imputato come potere depoliticizzato.

Al di là del fondamento di questi modelli che non può essere qui discusso, la loro considerazione è comunque funzionale e servente al costituirsi di un'idea secondo la quale poter configurare una entità astratta titolare del potere sovrano significa contribuire a garantire un'obiettiva razionalizzazione, diversamente da quello che accadrebbe quando l'inizio del processo decisionale sovrano fosse imputato ad una volizione psicofisica di una persona reale.

Queste forme anticipano la costituzione dello stato in persona giuridica che si esprime in un fascio di procedure astratte. La transizione dallo stato assoluto allo stato costituzionale è sostanzialmente stata contrassegnata dal fatto che si trapassa da un ordinamento in cui della sovranità è titolare una persona fisica ad un ordinamento in cui ne è titolare una persona giuridica, nell'ambito della quale la sovranità-legge è l'espressione di una procedura spersonalizzata che impedisce ragionevolmente di ricercarne la genesi e la volontà concretamente ed espressamente individuabile. La persona giuridica è portatrice di un imperio imperpersonale che sostituisce alla volontà soggettiva di un individuo la volontà oggettiva dello

stato. La complessità delle procedure legislative dello stato contemporaneo di diritto danno un'evidente dimostrazione di questo fatto.

Accanto alla garanzia della legge-sovranià che si riconnette ai principi della divisione dei poteri nella lettura che si è adottata, si colloca allora ulteriormente la garanzia della legge in quanto atto spersonalizzato.

È quasi inutile ricordare anche a questo proposito che si è di fronte a garanzie istituzionali, le sole di cui il diritto positivo è capace; ancora una volta è nella genesi della sovranità di un ordinamento specifico che sarà da ricercare la genesi contenutistica di libertà e di interesse generale.

La sovranità-legge autolimitata espressione di procedure razionalizzate è dunque categoria giuridica capace di rendersi rilevante in ordine a contesti giuridici diversi che in estrema sintesi esemplificando possono essere indicati

- nella collocazione della sovranità nella gerarchia delle fonti;
- nella sovranità parametro naturale di valutazione dei rapporti tra ordinamenti;
- nella legge-sovranià acquisita a titolo originario;
- in ordine alla sovranità elettorale che si riconduce a popolo e nazione.

Quando la sovranità sia identificata nella legge, questo atto ne può essere investito in quanto sia considerato al vertice della gerarchia delle fonti perché soltanto in tal caso può costituire parametro cui commisurare ogni altro atto pubblico e rendere soggettivamente sovrano l'organo che ha il potere di governare la distribuzione di competenze legislative trattendole o ripartendole tra soggetti diversi. In regime di costituzione rigida è questo atto che governa l'assetto delle competenze legislative; quando la costituzione sia instaurata qualunque sia la forma che l'ha determinata è in essa che risulta iscritto il potere sovrano perché è in essa che sono iscritti i poteri attributivi delle competenze legislative ordinate secondo il criterio della successione nel tempo, di gerarchia e oggi sempre più di competenza.

Quando si voglia restare nel campo della scienza giuridica non ha senso porsi il problema se la sovranità sia identificabile in un potere fattuale o nel supremo tra i poteri costituiti. È certamente vero che la storia può essere apportatrice di un potere fattuale capace di trasformare anche radicalmente l'assetto delle competenze legislative, ma questa procedura non potrà mai essere oggetto di considerazione giuridica se non quando abbia prodotto la Costituzione e il diritto costituzionale che ne deriva.

In un assetto costituzionale costituito la sovranità è quindi da identificare nel potere di revisione costituzionale che potrà assumere negli ordinamenti positivi ambiti di azione anche molto diversificati e che potrà, proprio perché potere giuridico, essere sottoposto a limiti che soltanto la storia potrà rimettere in discussione.

Nel contesto di un ordinamento giuridico il potere costituito supremo funge per quell'ordinamento da potere che si potrebbe definire originario perché dalla Costituzione deriva una legittimazione che lo rende idoneo a dichiarare derivato ogni altro potere e in particolare a qualificare in questo modo anche le competenze legislative che possono essere af-

fidate ai diversi enti ricompresi nell'ordinamento. Nella capacità originaria di creare norme o di ridistribuirne la relativa competenza si identifica la sovranità che voglia definirsi esclusivamente come categoria giuridica.

La categoria legge-sovrani  manifesta ancora una volta la sua particolare rilevanza quando si tratta di indagare sui rapporti tra ordinamenti perch  sovrano   l'ordinamento i cui atti normativi prevalgono sugli atti dell'ordinamento con il quale si entra in rapporto, a condizione perch  nell'ordinamento dominante sia inscritta la competenza delle competenze.

Se si fa riferimento ai problemi che si pongono in proposito nell'ambito dei rapporti con le organizzazioni cosiddette sovranazionali, la storia del secondo dopoguerra insegna che la definizione dei rapporti tra gli ordinamenti degli stati nazionali e l'ordinamento oggi dell'Unione Europea si   prevalentemente affidata al rapporto intercorrente tra le leggi dei due ordinamenti, giungendo al risultato di mettere in evidenza come il primato della legge comunitaria si sia progressivamente affermato con scansioni temporali diverse fino a prevalere oramai anche su fonti costituzionali.

Questa considerazione nel momento storico considerato colloca l'ordinamento comunitario in una posizione di supremazia sugli ordinamenti nazionali ma perch  il primo possa aspirare a considerarsi anche ordinamento sovrano titolare della competenza delle competenze occorrerebbe che possa qualificarsi come ordinamento originario, capace di assicurare in maniera scondizionata il primato oggi storicamente in atto.

La dipendenza di questo ordinamento dal trattato internazionale che ne ha determinato la genesi e che ne governa le fonti esclude che ad esso si possa riportare sovraneamente la supremazia che oggi esercita sulle fonti degli stati nazionali, alla cui volont    affidato il governo dell'atto internazionale e quindi la possibile sussistenza o meno del rapporto oggi intercorrente tra le fonti dei due ordinamenti. Soltanto una acquisita originariet  da parte dell'ordinamento comunitario lo collocherebbe in rapporto con gli ordinamenti degli stati nazionali in una posizione capace di fare della sua legge una legge-sovrani .

Anche in relazione a questo problema la legge continua ad essere identificata nella sovraniti , ma perch  possa acquisire questa qualifica occorre che questo atto sia prodotto da un ordinamento che decide in via originaria circa la distribuzione delle competenze legislative in tutta analogia con ci  che accade nell'ordinamento interno, in cui si attribuisce la qualifica di sovrano alla legge che si colloca ai vertici della gerarchia delle fonti, perch  in tal caso capace di questo potere.

La normativiti  di un atto e la sua genesi originaria continuano a rappresentare i connotati che definiscono la sovraniti  e che risultano funzionali alla lettura di problemi istituzionali.

In un ordinamento in cui accanto allo stato-persona si conosce la presenza di territorialiti  autonome si assiste necessariamente alla assegnazione di competenze legislative di cui si   titolari a titolo diverso, fondamentalmente originario o derivato. La sovraniti  assiste esclusivamente la legge che sia il prodotto di una competenza originaria e che normalmente risulta imputata all'ente a competenza generale.

Per ribadire il binomio normatività-originarietà fondamento della categoria legge-sovrani  si accenna brevemente ad una ipotesi offerta proprio nel nostro ordinamento per il tramite della disposizione costituzionale di cui all'art.117/4 , per il quale un ente territoriale, la regione,   messo nella condizione di acquisire nuove competenze legislative in via puramente storico-fattuale. Questa disposizione costituzionale candida infatti astrattamente la regione a divenire titolare di competenze legislative in ordine a interessi sociali che la collettivit  potr  esprimere e che potranno utilmente divenire oggetto di un necessario intervento legislativo. Bench  questo modello acquisitivo di nuove competenze legislative possa materialmente ancorarsi al fatto, esso in realt  non si differenzia dalle consuete procedure di attribuzione; normalmente   la legge costituzionale dello Stato che direttamente adempie a questo compito; anche nell'ipotesi qui considerata a provvedere   chiamata sempre la fonte costituzionale che anzich  decidere direttamente stabilisce che nuove competenze legislative potranno essere acquisite per via fattuale. Se da un punto di vista politico l'ipotesi   certamente interessante, non si assiste ad alcuna innovazione giuridicamente rilevante; lo Stato titolare della revisione costituzionale, continua ad essere sovrano. Queste ovvie considerazioni sono proposte allo scopo di ribadire l'idea che la sovranit  si identifica nella revisione costituzionale e che in questa ipotesi come in quella precedente, posizione di supremazia o acquisizione a titolo fattuale, sono destinate ad essere riportate a diversa condizione dall'autorit  che   titolare del potere sovrano.

La genesi di rilevanti categorie della scienza costituzionalistica   storicamente collegata al fatto di avere imputato a popolo o a nazione la titolarit  della competenza ad azionare la procedura di formazione della legge. A seconda che ci si ancori alla rappresentanza del popolo o della nazione si rende dogmaticamente possibile il configurarsi di istituti che si sono poi spesso generalizzati nel costituzionalismo contemporaneo senza che la relativa Costituzione debba necessariamente continuare a riferirsi all'una o all'altra idea.

L'idea di sovranit  popolare si lega al pensiero contrattualistico di Rousseau mentre l'idea di sovranit  nazionale trova la sua classica espressione nella Dichiarazione del 1789.

La prima implica, come vuole Rousseau, che ogni individuo del gruppo sociale sia titolare di una frazione di sovranit ; la seconda esige che della sovranit  sia titolare una collettivit  costituita in persona senza che si possa concepire una imputazione frazionata che la Dichiarazione del 1789 esplicitamente esclude.

Il voto-diritto in un sistema necessariamente a suffragio universale   una conseguenza indeclinabile della sovranit  popolare, per la quale ogni cittadino   titolare di una frazione di sovranit , effetto che invece non si ricollega all'altra concezione; allo stesso modo nella prima ipotesi con gli istituti del sistema rappresentativo possono coesistere istituti di democrazia diretta, espressione di soggetti storicamente situati e sovrani; nell'altra ipotesi risultano di per s  configurabili soltanto sistemi di rappresentanza; ancora, in una ipotesi risulta teoricamente possibile l'istituzione del mandato imperativo perch  la sovranit  appartiene a soggetti concretamente individuati, mentre nell'altro caso l'astratta titolarit  ne esclude l'impiego.

Se, come si è detto, questi diversi istituti si ricollegano alle due diverse concezioni della sovranità, essi si sono poi generalizzati. L'elettorato come diritto e conseguentemente il suffragio universale collegato alla sovranità popolare è divenuto istituto generale nello stato costituzionale come la storia costituzionale della Francia dimostra, perché pur appellandosi nelle sue Costituzioni alla sovranità nazionale, a questo regime resta costantemente ancorata. Il divieto di mandato imperativo è nel costituzionalismo contemporaneo largamente generalizzato ed operante indipendentemente dal tipo di sovranità cui si fa riferimento. Quanto alla possibilità della democrazia diretta, essa era logicamente capace di radicarsi nell'ambito della sovranità popolare; anche questo istituto è conosciuto da ordinamenti costituzionali indipendentemente dal riferimento alla diversa categoria di sovranità; peraltro nei regimi in cui si fa riferimento alla sovranità popolare la presenza di questi istituti è tutt'altro che generalizzata, anche perché si è a lungo discusso sulla compatibilità degli istituti di democrazia diretta con i regimi parlamentari.

Queste sintetiche considerazioni hanno lo scopo di dare ancora una volta fondamento all'idea di sovranità concepita come categoria giuridica, capace di configurare dogma e istituti di cui la scienza del diritto costituzionale opportunamente si avvale.

In sintesi: la sovranità come categoria giuridica è identificata in un atto normativo originario, autolimitato, razionalizzato, collocato al vertice di un sistema costituito di fonti, idoneo a definire rapporti tra ordinamenti e a distinguere tra acquisizioni di competenze legislative a titolo originario o a titolo derivato, capace quando la sua genesi sia riferita a popolo o nazione di generare categorie generalizzate negli ordinamenti costituzionali contemporanei. (per l'approfondimento di alcuni problemi qui trattati e per indicazioni bibliografiche si veda la voce Sovranità in Digesto delle discipline pubblicistiche, aggiornamenti, vol.V).