

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

AUTORE: Omar Chessa *

SOVRANITÀ: TEMI E PROBLEMI DI UN DIBATTITO GIUSPUBBLICISTICO ANCOR ATTUALE **

Sommario: 1. Domanda di fondo – 2. La sovranità statale e il diritto costituzionale positivo – 3. La sovranità popolare tra teoria e dogmatica – 4. Segue: l'indirizzo politico dentro il Leviatano – 5. La decisione sovrana del popolo costituente – 6. L'eccedenza della «sovranità politica» – 7. Il nesso tra sovranità e Fundamental Law nel pensiero di Hobbes – 8. Uno sguardo ad alcuni "classici" del pensiero costituzionale italiano novecentesco... – 9. Segue:...e ad alcune teorizzazioni attuali – 10. Sovranità e costituzionalismo – 11. Sovereignty of Parliament: è veramente un altro modello? – 12. Segue: il diaframma apparente dei "principi supremi" – 13. Globalizzazione e sovranità statale.

1. Domanda di fondo

La domanda di fondo che mi porrei in questa relazione di sintesi è se la categoria teorica della sovranità sia ancora di qualche utilità per la scienza del diritto costituzionale e del diritto pubblico.

Le due relazioni base di Andrea Morrone e di Francesco Bilancia offrono una risposta affermativa: di sovranità merita ancora parlare. Si tratta di un'inversione di marcia rispetto alla direzione che la riflessione giuspubblicistica sembrava aver assunto fino a qualche anno fa, quando da più parti si negava l'utilità teorica del concetto.

Dico subito che condivido l'idea che la scienza costituzionale non possa sbarazzarsi tanto facilmente della nozione di sovranità, seppure con i distinguo che illustrerò.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Sassari.

** Relazione di sintesi della prima sessione ("Sovranità") 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.

2. La sovranità statale e il diritto costituzionale positivo¹

Innanzitutto va detto che, in quanto costituzionalisti e giuristi positivi, siamo obbligati a ragionare di sovranità, perché la parola compare espressamente due volte nel testo costituzionale². In primo luogo nell'art. 1, là dove si dice che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». E poi nell'art. 11 Cost., in cui afferma che «l'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (e) promuove le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

Abbinando le due disposizioni nell'interpretazione sistematica si è autorevolmente suggerito di leggere l'art. 11 come se consentisse «limitazioni di sovranità (popolare)»³. La tesi è condivisibile nella misura in cui muove dalla presunzione (teorica) che ogni «limitazione di sovranità» subita *direttamente* dagli organi costituzionali (e non) del nostro ordinamento ridondi *indirettamente* in limitazioni della sovranità popolare. Ma resta il fatto che senza il diaframma delle competenze degli organi rappresentativi, di governo, giudiziari, etc., non si può dire che le «limitazioni di sovranità» introdotte finora abbiano inciso la sovranità del popolo in modo immediato⁴.

È inoltre opinabile che l'art. 11 riferisca le «limitazioni di sovranità» a quelle che colpirebbero le prerogative sovrane del popolo. L'interpretazione sistematica, infatti, deve tenere conto di almeno altri due elementi testuali. Il primo è il fatto che lo stesso art. 11, nell'asserire che «l'Italia consente alle limitazioni di sovranità», aggiunge che ciò deve avvenire «in condizioni di parità con gli *altri Stati*» (corsivo mio): il che comporta che l'Italia sia *uno* degli Stati che consente alle limitazioni della propria sovranità⁵. Il secondo dato testuale è l'art. 7 Cost., primo comma, che definisce lo Stato e la Chiesa cattolica, come «indipendenti e sovrani». Nella nostra Costituzione, dunque, non c'è solo il riconoscimento della sovranità

¹ In questo paragrafo, la cui funzione è porre alcune premesse che saranno poi utili per inquadrare il dibattito che ha avuto per oggetto le relazioni al nostro Convegno, riprendo ampiamente alcune tesi che ho già sostenuto in *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Napoli, 2017, 301-329.

² Nel dibattito non sono mancati gli inviti a ragionare della sovranità come concetto del diritto costituzionale positivo: Mattioni, Luther, Luciani.

³ È l'interpretazione proposta da M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 7, da cui discende, come corollario, che i contro-limiti alle limitazioni di sovranità popolare non farebbero altro che ribadire quest'ultima.

⁴ Difatti, l'integrazione europea non ha limitato direttamente i diritti politici dei cittadini italiani, né ha formalmente compresso altre forme di manifestazione della sovranità popolare, sebbene sia innegabile che, con riguardo a taluni ambiti importanti della politica nazionale, abbia svuotato di senso politico l'esercizio dei diritti di elettorato attivo e passivo. Mi riferisco, in modo particolare, alla decisione di bilancio, ormai quasi interamente attratta nell'orbita sovranazionale della c.d. *governance* economica europea. Non c'è dubbio che sottraendo questa decisione alla rappresentanza politica nazionale si svilisce indirettamente il significato politico del voto popolare, cioè la sua capacità di contribuire effettivamente alla determinazione della politica nazionale con riguardo alle questioni cruciali della politica economica. Svolgo alcune considerazioni in tal senso nel breve lavoro *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2016.

⁵ Di segno diverso l'interpretazione di M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit., 6-7, il quale esclude che «l'Italia» equivalga a Stato italiano.

tà popolare, ma ci sono pure dei cenni alla sovranità statale: ed è a quest'ultima che, precisamente, si riferisce l'art. 11 quando parla di «limitazioni di sovranità».

Bisogna però intendersi. Di “sovranità” può parlarsi sia in senso teorico che dommatico, sebbene tra le due accezioni non manchino collegamenti e reciproci rimandi. Quando si affronta il tema sul piano teorico occorre confrontarsi con la linea di investigazione che da Bodin e Hobbes, passando per Schmitt, Kelsen, Heller, Mortati, ecc., arriva fino ai giorni nostri. Ma mentre la “teoria della sovranità” può essere considerata fondata o infondata, a seconda che si consideri concepibile e possibile ovvero inconcepibile e impossibile un potere sovrano nel senso proprio messo a punto dalla riflessione teorica, invece la “dogmatica della sovranità”, nella misura in cui il testo costituzionale recepisce il termine, è inescapabile per il giurista. Possiamo criticare la teoria della sovranità, nelle diverse declinazioni offerte dalla storia del pensiero giuspolitico, e ritenere che non abbia diritto di cittadinanza al fine di inquadrare la natura del diritto e dello Stato; ma dobbiamo elaborare una ricostruzione dommatica della nozione di sovranità che è recepita nel testo costituzionale.

Ora, la mia tesi è che il testo costituzionale, quando allude alla «sovranità dello Stato», voglia semplicemente richiamare l'insieme di quelle che Max Weber negli scritti dedicati alla nozione di «dominio» chiamava «potestà di comando»⁶, e cioè il complesso di potestà legislative, esecutive, di governo, giurisdizionali, di controllo, di indirizzo, ecc., previste e disciplinate dalla Costituzione in giù, a prescindere dal fatto che siano competenze dello Stato inteso quale livello di governo, cioè quale ente costitutivo della Repubblica, ovvero delle Regioni e degli Enti Locali: è indubbiamente «limitazione di sovranità» ai sensi dell'art. 11 anche quella che riguarda le funzioni legislative regionali. Seguendo questa linea interpretativa, la «sovranità dello Stato (italiano)» equivale alla “sovranità della Repubblica (italiana)”, cioè al complesso dei poteri e delle competenze previste dall'assetto costituzionale: indica, quindi, nient'altro che l'*ordine costituzionale delle competenze*⁷.

Seguendo questa linea interpretativa, se ne evince che: a) le «limitazioni di sovranità» debbono intendersi come deroghe all'ordine costituzionale delle competenze; e che b)

⁶ M. Weber, *Herrschaft. Wirtschaft und Gesellschaft die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*, J.C.B Mohr, Tübingen, 2005, trad. ital. *Dominio. Economia e società*, Donzelli Editore, Roma, 2012, 24 ss.

⁷ D'altro canto l'ambiguità semantica che il termine «Stato» assume nel testo costituzionale, ora riferito a un particolare ente costitutivo della Repubblica ora adoperato per indicare la Repubblica nella sua interezza, non deve stupire, poiché è perfettamente spiegabile e lecita. In origine era pacifico che la Costituzione del 1948 adoperasse come sinonimi i termini «Repubblica» e «Stato»: basti pensare che per la vecchia formulazione dell'art. 114 «la Repubblica si ripart(iva) in Regioni, Province e Comuni» e che gli artt. 117, 118, 119, 122, 123, etc., nella loro formulazione originaria, definivano le leggi statali come «leggi della Repubblica». È solo a partire dal 2001, con la riforma costituzionale del Titolo V e in particolare dell'art. 114, che s'introduce il concetto di «Stato» quale particolare livello di governo della Repubblica. Ciò però non fa venire meno, a mio avviso, il dovere di leggere le disposizioni non toccate dalla legge costituzionale 3/2001 secondo il canone interpretativo dell'*original public meaning*, cioè ricostruendo il significato che originariamente e pubblicamente era assegnato alle parole del documento costituzionale nel momento della sua entrata in vigore: e non c'è dubbio che nel 1948 (e negli anni seguenti) la «Repubblica italiana» fosse il nome ufficiale, costituzionalmente prescelto, dello “Stato italiano”. Illustro le ragioni a sostegno del canone interpretativo dell'*original public meaning* (nonché le condizioni e i limiti del suo utilizzo) ne *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 168-173, e nel saggio *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 31-37.

tutte le norme costituzionali di tipo sostantivo (ossia diverse da quelle competenziali e procedurali direttamente interessate dalle deroghe stabilite dai Trattati europei) sono, di per sé, contro-limiti⁸.

Ovviamente, rimane il problema – giustamente evocato da Andrea Guazzarotti – se il testo costituzionale ponga limiti anche “quantitativi” oltre che “qualitativi” al primato del diritto europeo. Non c’è dubbio, infatti, che non possiamo cedere agli organi europei troppe competenze senza che la quantità ridondi in qualità: diversamente, come osserva sempre Guazzarotti, ciò che rimane a livello nazionale rischia di essere qualcosa che difficilmente potrebbe chiamarsi ancora “sovranità”⁹.

3. La sovranità popolare tra teoria e dogmatica

Quanto alla formula della «sovranità popolare» di cui all’art. 1 Cost., la grande questione, insieme dogmatica e teorica, è se sia la stessa sovranità statale o qualcosa di diverso. La tesi di Vezio Crisafulli sul punto è nota: in polemica con la risalente tradizione giuspubblicistica germanica e italiana dello Stato-soggetto come persona sovrana, cerca di distinguere la sovranità del popolo da quella dello Stato¹⁰. Il punto è se ci riesca veramente.

Propende decisamente per la risposta negativa Gladio Gemma, a giudizio del quale la sovranità popolare sarebbe un «mito dannoso», nel presupposto che «esistano gli individui ma non il popolo come soggetto unitario» (che infatti sarebbe solo una «metafora»). A questa tesi Massimo Luciani ha replicato che i costituenti assunsero un punto di vista diverso, incorporando esplicitamente nel testo costituzionale il principio di sovranità popolare, al quale pertanto, come giuristi positivi, bisogna riconoscere un qualche significato normativo. Ma il contrasto tra le due tesi è soltanto apparente, vuoi perché riposano su piani diversi – su quello teorico la posizione di Gemma, sul piano dogmatico quella di Luciani – vuoi perché entrambe contengono un nucleo profondo di verità.

Non c’è dubbio che dal punto di vista teorico il concetto di sovranità popolare debba fare i conti con la grande lezione di Thomas Hobbes, secondo la quale al di fuori di uno Stato non può esserci un “popolo”, ma solo una «moltitudine». Anzi, il “popolo politicamente unito” è solo un altro modo di chiamare lo Stato, il Leviatano. Sulla stessa lunghezza d’onda era

⁸ Difatti, deve escludersi che per «limitazioni di sovranità» possa intendersi qualcosa di più di quello che significa: in particolare, che si possa estenderne il senso fino a ricomprendere le limitazioni dei diritti inviolabili e di altra norma costituzionale di principio o comunque sostantiva (cioè diretta a porre vincoli di contenuto alle leggi). Se la «sovranità dello Stato» è l’assetto costituzionale delle competenze, per «limitazioni di sovranità» dovranno intendersi solamente quelle incidenti su norme di competenza o procedurali, che prevedono e disciplinano l’adozione di atti costituzionali (sia normativi che di altro tipo). Per logica conseguenza, le norme costituzionali che non possono essere violate nell’esercizio delle competenze attribuite agli organi europei sono le stesse che non potrebbero violarsi se quelle competenze fossero rimaste a livello statale anziché dislocate a livello sovranazionale: contro-limite è pertanto qualsiasi norma costituzionale che il legislatore nazionale avrebbe dovuto osservare se avesse trattenuto a sé la competenza anziché trasferirla all’ordinamento dell’Unione.

⁹ In particolare il problema è sollevato con riguardo al tema della sovranità monetaria, su cui ritornerò nelle battute conclusive di questa relazione di sintesi.

¹⁰ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954-1955), ora in Id., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 95 ss.

Carl Schmitt, per il quale lo Stato non indicherebbe altro che «un determinato *status* di un popolo, e precisamente lo *status* dell'unità politica»¹¹. Ma se lo Stato è la condizione in cui si trova un popolo politicamente unito, possiamo perciò dire, indifferentemente, che *il popolo è lo Stato* e che *lo Stato è il popolo*, come le due facce di una stessa medaglia o i due termini di un'identità. Questa trasmutazione di una moltitudine in popolo, e quindi in Stato, si realizza – sempre a seguire il filo del pensiero hobbesiano – nel momento preciso in cui l'insieme degli individui (prima disuniti, dispersi e in conflitto costante tra loro) *autorizzano una persona rappresentativa sovrana*, ossia quando accettano di riconoscere «le parole e azioni» di un rappresentante sovrano come se fossero una cosa propria¹². Poiché per quest'ordine di idee è la mediazione unificante della rappresentanza politica sovrana a rendere possibile il popolo statale, è escluso che, a rigore, possa ragionarsi di una sovranità del popolo, distinta e/o contrapposta alla sovranità del rappresentante statale¹³.

Tuttavia l'identità di popolo e Stato non può celare una “eccedenza” del primo rispetto al secondo (e viceversa, come dirò). Il popolo è un potenziale energetico e polemico che il Leviatano statale non può catturare e “neutralizzare” del tutto. Dal popolo emergono continuamente divisioni, dissensi, moti di tumulto, che mettono in discussione l'unità politica statale nella sua conformazione data e che quindi potrebbero riportare il popolo allo stadio della moltitudine divisa tra individui e fazioni in lotta. Non c'è popolo senza unione statale, ma è in nome dello stesso popolo che l'unione statale viene di solito contestata e sfidata, o per provocare soltanto una sostituzione del suo vertice rappresentativo ovvero per dissolverla e poi ricostituirla su nuove basi sociali e assiologiche. È lo stesso Hobbes a prefigurare implicitamente la strutturale, ineliminabile turbolenza popolare dentro il Leviatano allorquando paventa la possibilità che dalla «società civile» si cada nello stato di natura (che non per caso Carl Schmitt identificherà con lo «stato di eccezione»).

Ma pure lo Stato per certi versi “eccede” il (suo) popolo. Il Leviatano si costituisce con un rappresentante sovrano, la cui posizione pur essendo emersa in seno al popolo nondimeno se ne differenzia, poiché il «sovrano» è comunque diverso dai «sudditi»: e ciò è tanto più evidente allorquando il primo si vale della collaborazione di «ministri pubblici», ossia di una folla di funzionari e personale vario, cioè soldati, forze di polizia, tecnici, ecc., organizzati in organi e uffici in modo da formare un apparato complesso e coeso di governo, che “sta di fronte” al popolo, all'insieme dei sudditi governati, distinguendosi.

Questa “reciproca eccedenza”, del popolo rispetto allo Stato-apparato e dello Stato-apparato rispetto al popolo, è solo un altro modo di descrivere la dialettica tra Leviatano e Behemoth, tra unità politica e guerra civile, ordine e disordine. Hobbes sa bene che dentro il Leviatano possono annidarsi le forze distruttive di Behemoth: «sebbene la sovranità,

¹¹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, trad. ital. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 272.

¹² T. Hobbes, *Leviathan*, trad. ital. *Leviatano*, BUR, Milano, 2014, 169.

¹³ Sembrerebbe doversi escludere, altresì, la possibilità di imputare la sovranità allo Stato, considerato che per Hobbes sovrano non sarebbe lo Stato, ma il suo vertice rappresentativo. Sennonché, come dirò meglio in seguito, la teoria hobbesiana della sovranità coincide in modo perfetto con la sovranità statale per come l'ho ricostruita dommaticamente nel paragrafo precedente.

nell'intenzione di quelli che la fanno, sia immortale, tuttavia, per sua natura, non solo è soggetta a morte violenta per una guerra esterna, ma, a causa dell'ignoranza e delle passioni degli uomini, ha anche in sé, fin dalla sua stessa istituzione, molti germi di mortalità naturale, per discordie intestine»¹⁴. Lo Stato è sempre esposto al pericolo di cadere nello stato di natura del *bellum omnium contra omnes*, con la degradazione del popolo unito e pacificato a moltitudine disunita e in lotta. Hobbes è consapevole del fatto che la sottomissione della collettività degli individui alla «persona rappresentativa» non è una condizione di per sé stabile, scontata e acquisita una volta per tutte, ma è una sfida sempre risorgente, che impegna costantemente le risorse coercitive e integrative del sovrano.

Nel popolo unito sotto il rappresentante c'è dunque un'energia polemica mai completamente doma, un'eccedenza di forza naturale che vuole liberarsi dal controllo accentrato del Leviatano e che può scuotere quest'ultimo con la contestazione e la sedizione. Lo Stato democratico del Novecento, basato sulla rappresentanza elettiva, non fa altro che istituzionalizzare e neutralizzare questa eccedenza, questo potenziale energetico. Alla "sovranità popolare", al popolo non rappresentato – che per Hobbes sarebbe un ossimoro, poiché nella misura in cui si pone contro il sovrano si manifesterebbe invero come moltitudine – sono infatti affidate talune competenze, come quella di rinnovare la composizione dell'organo rappresentativo (e ciò non sarebbe incompatibile col pensiero hobbesiano, considerato che il rappresentante può essere un'assemblea di persone naturali, anche selezionate col metodo elettivo), o quella di proporre disegni di legge ovvero di abrogare le leggi o non approvare taluni tipi di legge nei casi in cui è richiesta la conferma popolare degli atti legislativi adottati dal rappresentante. È vero che la formula "sovranità popolare" sembra inconcepibile dal punto di vista hobbesiano – per quanto il *Leviathan* contempra la possibilità, seppure come caso limite, che la persona rappresentativa sia l'assemblea di tutti coloro che ne vogliono fare parte, come negli «Stati popolari» - ma se guardiamo con attenzione alle funzioni che le costituzioni democratiche assegnano al popolo sovrano non rappresentato, scopriamo che confermano la logica del modello leviatanico: il popolo può compiere solo atti negativi di sovranità, di interdizione o inibizione dei poteri rappresentativi. Lo prova il fatto che nelle diverse forme referendarie, finanche quelle approvative o confermative, la sovranità popolare si manifesta più nel dire "no" alla legge del rappresentante che non nel confermarla (e infatti, è l'alternativa tra "prendere o lasciare" l'atto del rappresentante, senza possibilità di emendarlo). Qui il popolo si palesa come moltitudine che rifiuta la persona rappresentativa, come "soggetto di sedizione", sebbene di una sedizione regolata e ritualizzata in forme istituzionali.

Si prenda ad esempio l'art. 138 della Costituzione italiana nella parte in cui prevede che le leggi costituzionali o di revisione costituzionale siano sottoposte a referendum popolare (se non sono approvate dalle Camere con la maggioranza dei due terzi e se ne fanno richiesta un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori ovvero cinque consigli regionali). In questo caso il popolo può dire "sì" o "no" alla legislazione costituzionale deliberata dalle Camere, consentire o impedire la sua promulgazione ed entrata in vigore: è,

¹⁴ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 234.

evidentemente, un potere che, per quanto finale e risolutivo, si caratterizza in termini più negativi che positivi, visto che comunque, qualora il popolo approvasse, sarebbe l'approvazione di un atto legislativo il cui contenuto non è determinato dallo stesso popolo ma dalla rappresentanza elettiva. E infatti la consultazione referendaria non può modificare il testo esitato dalle Camere, ma può scegliere solo tra "prendere o lasciare" la deliberazione parlamentare.

Ecco dunque che la sovranità popolare non sconfessa veramente la logica leviatani- ca. Peraltro lo stesso Hobbes avverte che una delle tre forme di Stato possibili è la «demo- crazia» o «Stato popolare», in cui la sovranità appartiene alla «assemblea di tutti coloro che vogliono riunirsi»¹⁵: non c'è dubbio che in questa categoria rientrerebbe il tipo dello Stato democratico contemporaneo la cui costituzione affidasse al referendum popolare (cioè alla «assemblea di tutti coloro che vogliono riunirsi») la deliberazione ultima sulla vigenza delle leggi costituzionali, cioè su quegli atti che – come dirò meglio in seguito – costituiscono l'esercizio della funzione legislativa sovrana in senso proprio (ossia in senso hobbesiano)¹⁶.

4. Segue: l'indirizzo politico dentro il Leviatano

Non è escluso che in talune ipotesi il popolo non rappresentato possa adottare anche atti "positivi" oltre che "negativi": in base alla Costituzione italiana, infatti, può proporre di di- segni di legge ovvero esprimere "indirizzi politici" attraverso l'elezione dei rappresentanti e prima ancora organizzandosi in partiti politici e agendo per il tramite di questi.

Tuttavia si tratta pur sempre di attività non conclusive, che debbono trovare confer- ma, recepimento e definizione compiuta dagli atti della rappresentanza, con ciò confermando la tesi hobbesiana che il popolo non può veramente volere e agire da solo, senza la presta- zione unificante di un rappresentante: da solo può agire solo negativamente, ossia come moltitudine. Al massimo può elaborare, appunto, indirizzi politici, che per definizione sono sempre di parte, legati a un programma di partito, quello che risulta vittorioso nel confronto elettorale: ma ancora una volta si conferma la logica hobbesiana, perché l'indirizzo partitico vittorioso è sintomatico di una disgregazione del popolo unito nel Leviatano in più parti con- trapposte; è una manifestazione della moltitudine più che di unità popolare; è la voce di Be- hemoth più che del Leviatano. Sarà poi compito della rappresentanza neutralizzare la carica divisiva dell'indirizzo politico canalizzandolo nelle forme della legislazione generale e astrat- ta, dell'esecuzione amministrativa imparziale soggetta al principio di legalità o *rule of law*, nel

¹⁵ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 196.

¹⁶ Da ciò si ricavano inoltre indicazioni di ordine normativo. Non c'è dubbio che, a prendere sul serio il principio costituzionale di sovranità popolare nonché lo schema concettuale hobbesiano, debba coerentemente seguire un ruolo decisivo della deliberazione popolare diretta nella legislazione costituzionale, che è la funzione legislativa sovrana per eccellenza: in uno Stato la cui costituzione indicasse il popolo come sovrano, l'ultima pa- rola sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale dovrebbe a rigore spettare al popolo, fermo restando il ruolo della rappresentanza politica nei termini in cui si è detto.

presupposto che la volontà parlamentare rappresentativa sia comunque qualcosa di qualitativamente diverso dalla volontà partitica¹⁷.

Nello Stato democratico contemporaneo da una parte c'è la forza centripeta del Leviatano, quale è impressa dalla rappresentanza politica e dalla macchina amministrativa, dall'altra c'è la forza centrifuga di Behemoth, che sprigiona dalla lotta politica nella quale si forma la volontà popolare, cioè l'indirizzo partitico che emerge vittorioso dalle elezioni popolari. È una raffigurazione che mira a portare dentro il Leviatano l'esperienza delle democrazie statali odierne, ma che, a prima vista, sembra assai lontana dal modo in cui la dottrina giuspubblicistica novecentesca, specialmente italiana, ha teorizzato la nozione di «indirizzo politico» e, prima ancora, di «funzione di governo», intesi come fattore vivificante, unificante e coordinante le attività statali – «il principio di unità contro la divisione delle funzioni statali» – anziché come forza divisiva e antagonista rispetto a un'unità statale preformata. Ma in realtà i due approcci – quello che propongo in queste pagine e quello che era di Mortati e Crisafulli – sono meno distanti di quanto appaiano.

È sufficiente notare che, soprattutto in ambiente democratico-pluralistico, l'indirizzo è per definizione vario e mutevole: mentre ora la direzione politica delle competenze statali può perseguire certe finalità, dopo invece può perseguirne altre; mentre ora l'unità politica statale, il suo baricentro, si assesta su un dato assetto di fini e interessi sociali, dopo può essere ricostituita su differenti basi finalistiche e di interesse. Ciò implica che nel momento in cui un indirizzo si afferma in luogo di altri, ha per definizione una valenza antagonista rispetto agli equilibri di un ordine statale preesistente: è la sfida dinamica, il movimento centrifugo di Behemoth rispetto alla stabilità, alla staticità centripeta del Leviatano quale si era assestata in conformità all'indirizzo precedente. È solo dopo la sua traduzione in legislazione e amministrazione che il nuovo indirizzo diventa il fattore vivificante e unificante, con la rinnovata prevalenza del Leviatano su Behemoth. Ma ciò fino a quando non si affermerà un nuovo indirizzo, con la sua carica dirompente, con la sua volontà di contestazione, più o meno radicale, dell'ordine statale preesistente.

La Stato democratico è un'applicazione peculiare del modello leviatano, perché mira a neutralizzare il potenziale distruttivo della dialettica tra ordine e disordine (tra Leviatano e Behemoth), canalizzandola in modo che il fattore disordinante – il nuovo indirizzo partitico che inizia ad affermarsi nel popolo e che infine diventa prevalente, stabilendo una nuova egemonia – operi come istanza di rivitalizzazione del Leviatano statale, come risorsa al servizio della sua capacità integrativa e quindi come forza contenitiva delle dinamiche più intensamente centrifughe. Nello Stato democratico Behemoth è un male che si cura omeopaticamente.

La sovranità dello Stato, in definitiva, nulla dice sulla forma di Stato ed è perciò compatibile con più regimi politici, democratici e non. Invece la formula della “sovranità popolare” segnala il carattere democratico dell'ordinamento statale: questo però a condizione che poi

¹⁷ Mi sembra che possa leggersi in questo senso pure il noto ragionamento kelseniano sul compromesso parlamentare: vedi H. Kelsen, *Il primato del parlamento* (1927), Giuffrè, Milano, 1982, 29 ss.; Id., *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *I fondamenti della democrazia*, il Mulino, Bologna, 1966, 65 ss.

la sovranità statale, intesa come somma dei poteri pubblici, come ordine costituzionale delle competenze, sia articolata in modo coerente con la proclamazione della sovranità popolare, cioè prevedendo organi elettivi, contemplando la possibilità che nel tempo indirizzi diversi si avvicendino nella direzione politica e assegnando direttamente al popolo l'esercizio di talune competenze. Ma in ogni caso il principio della sovranità del popolo deve convivere col fenomeno della sovranità statale, non foss'altro per il fatto che questa è comunque lo strumento tecnico necessario al servizio di quella, nel senso che la sovranità popolare si esprime essenzialmente mediante la sovranità statale: non molto, anzi pochissimo può essere deciso direttamente dal popolo senza il supporto della mediazione rappresentativa statale.

5. La decisione sovrana del popolo costituente

Lo stesso deve dirsi per l'atto più importante che la sovranità popolare può decidere: una costituzione. Alfine, oltre a eleggere l'assemblea costituente, il popolo potrebbe solo approvare o respingere il documento costituzionale predisposto dalla persona rappresentativa: e quindi, *hobbesianamente*, potrebbe o autorizzare il nuovo sovrano rappresentativo oppure non autorizzarlo affatto, riaprendo così il processo costitutivo della sovranità.

È una prospettiva che prende le distanze dall'approccio decisionistico schmittiano, per il quale alfine solo il popolo costituente può essere il «sovrano» che «decide sullo stato d'eccezione»¹⁸. In particolare, è sovrano il popolo colto nella sua immediatezza originaria, datità naturale, cioè riguardato come popolo non rappresentato, che di per sé si manifesta come unità di volontà e azione: non avendo nessuna forma prestabilita può decidere liberamente «nuove forme di esistenza politica» a partire dal nulla, cioè da una condizione di assoluta anomia, che Schmitt chiama, infatti, stato d'eccezione¹⁹.

Tuttavia il popolo non rappresentato può solo esprimere un'energia polemica distruttiva, in grado di travolgere ogni ordine costituzionale dato e creare uno stato d'eccezione, ma non può, senza una mediazione rappresentativa (ossia un'assemblea costituente), esprimere una decisione costituente positiva. Può dire "no", negare, ma non può costruire, affermare qualcosa²⁰.

¹⁸ Faccio ovviamente riferimento all'incipit di *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker & Humblot, Munchen-Leipzig, 1934, trad. ital. *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 1972, 33: «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione». In tempi più recenti la tesi è riproposta da M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 142 ss., «il passaggio teorico che conduce ad isolare il potere costituente come unica espressione della sovranità è veramente decisivo»: la sovranità può essere coerentemente rappresentata come *potestas absoluta* solo se è identificata col potere di instaurare un nuovo ordine e ridotta a «potenza creatrice, spogliata di qualunque connotazione contenutistica».

¹⁹ Al contrario, la monarchia ereditaria non può essere un vero potere costituente: essendo un'istituzione pre-formata, non può negare se stessa, determinando il nulla istituzionale per trarne un nuovo ordinamento. Com'è noto, questa teoria del potere costituente popolare (e la sua differenza dal potere costituente del monarca) è sviluppata in C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., *passim*.

²⁰ Certo, in alcuni casi il no significa "sì": negare la monarchia equivale a volere la repubblica. Ma bisogna comunque definire «le ulteriori possibilità di strutturazione di questa repubblica», nel senso che «l'ulteriore realizzazione e formulazione della decisione politica presa dal popolo nella sua immediatezza abbisogna di una

Ecco dunque che senza la rappresentanza il popolo non può manifestarsi come soggetto costituente e, prima ancora, neppure come unità politica. Il che significa che la rappresentanza non sarà solo l'oggetto, il prodotto della decisione costituente, ma anche il suo presupposto. Ritorniamo quindi a Hobbes: non c'è popolo senza rappresentanza; ma se non c'è popolo, non ci sarà neanche decisione fondamentale costituente, cioè quello che è ritratto come l'atto di sovranità per eccellenza.

Questa circostanza però è un "cavallo di Troia" per la stessa teoria schmittiana. Se la decisione sovrana presuppone la rappresentanza, allora significa che presuppone anche un complesso preesistente di norme, istituzioni, status, ruoli, procedimenti, funzioni, ecc. Lo stato d'eccezione non potrà essere raffigurato come un vuoto di norme, di ordinamenti, ma sarà pieno zeppo di regole, status, competenze, etc. Insomma, le «norme sono costitutive della sovranità», come scriveva Hart e come Kelsen avrebbe sicuramente sottoscritto²¹.

qualche organizzazione e di un procedimento» (C. Schmitt, *op. ult. cit.*, 120). Bisogna infatti decidere *quale* repubblica, con quale articolazione di poteri, organi, limiti, procedimenti, etc. Anche C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 (ristampa inalterata dell'edizione del 1940), 43, scriveva che «di volontà, emanante dall'unità originaria e spontanea del popolo, è possibile parlare solo in quanto essa sia affermata in forma incosciente e negativa». Per il vero con quest'asserzione Mortati intendeva criticare le tesi di Schmitt, il quale però – come si è visto – era perfettamente consapevole del rilievo.

²¹ Nel dibattito che è seguito alle relazioni introduttive Massimo Luciani ha obiettato che la visione della sovranità politica come processo dinamico, continuo e intrinsecamente giuridico di istituzionalizzazione e stabilizzazione di un ordinamento statale (visione proposta da Andrea Morrone) non darebbe conto delle «cesure» che sempre intervallerebbero la scomparsa di un ordinamento preesistente e l'avvento di uno nuovo. A me pare che dietro quest'osservazione di Luciani faccia capolino il decisionismo schmittiano. D'altronde, la radice etimologica di «cesura» e di «decisione» è la medesima: e anzi, i due termini per certi versi esprimono lo stesso significato originario di "taglio" (significato che in «cesura» rimane integro, mentre in «decisione» viene metaforizzato in modo da esprimere l'attività di chi volontariamente prende una "risoluzione", una scelta tra diverse possibili alternative). Mi sembra quindi che le ipotesi di «cesure» vadano incontro alle medesime obiezioni che nel testo ho mosso nei confronti dell'idea di «decisione sovrana»: e cioè che "in natura" non possono esistere discontinuità radicali tra ordinamenti posti in successione cronologica, poiché sempre la costruzione di un nuovo ordinamento deve poter attingere a materiali, ruoli, strutturazioni date, ecc., che provengono dall'ordine precedente. La decisione sovrana che con un *fiat* crea un nuovo assetto *ex nihilo* è irrealistica. Non è un colpo di scettro che, quasi fosse una bacchetta magica, improvvisamente e *miracolosamente* dispone le cose secondo i *desiderata* del sovrano. Nella realtà sappiamo che allo scettro non è associato un potere così forte, un potere che per trasformare il mondo non abbia bisogno del lavoro umano (*rectius*: che non abbia bisogno di più lavoro umano di quanto ne occorra per muovere lo scettro-bacchetta). Perché, infatti, il *dictum* sovrano abbia effetto occorre che al proferire della volontà che le cose si dispongano in un certo modo segua lo sforzo di uomini e organizzazioni. Non basta che il sovrano parli agitando lo scettro. Senza il mobilitarsi coerente di forze coordinate, senza un lavoro collettivo che impegna uomini, risorse e mezzi secondo un piano d'azione ben congegnato, la decisione sovrana rimarrebbe un *flatus vocis*. Sennonché l'agire coordinato di uomini in vista di uno scopo non sarebbe possibile senza presupporre funzioni di status, riparti regolati di compiti, fatti istituzionali complessi e stratificati. Perché la decisione sia efficace occorre che lo stato d'eccezione in cui si palesa sia, invero, colmo di norme, istituzioni, automatismi organizzativi, ruoli ben definiti, ecc: dovrebbe perciò essere il contrario di come Schmitt lo raffigura e concettualizza. Una decisione sovrana non può mai azzerare improvvisamente una normalità e normatività preesistente – creando quindi uno stato d'eccezione – ma deve invece esaltarne al massimo grado la capacità di strutturazione e regolazione sociale. Per un più approfondito sviluppo di queste considerazioni rinvio al mio saggio *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2012, 755-800.

6. L'eccedenza della «sovranità politica»

Ricapitolando: per sovranità statale ho inteso l'assetto costituzionale delle competenze, l'insieme delle potestà d'imperio quali risultano dal testo costituzionale (con al vertice il potere legislativo ovvero il potere legislativo costituzionale, nel caso di costituzioni emendabili mediante apposito procedimento); invece per sovranità popolare ho inteso un certo modo di organizzare la sovranità statale (sempre nel senso di cui sopra): un modo che contempla il carattere elettivo della «persona rappresentativa», nonché l'attribuzione di talune competenze direttamente al popolo non rappresentato (senza però far venire meno la presenza necessaria della rappresentanza).

Le due relazioni, di Morrone e Bilancia, propongono una linea d'indagine assai differente da quella avanzata qui: una linea imperniata sull'idea di «sovranità politica», nozione che è irriducibile sia alla sovranità statale che alla sovranità popolare (per come declinati sopra). Si tratta, evidentemente, di una categoria teorica generale e non di un concetto del diritto costituzionale positivo; è un uso teorico e non dommatico della parola «sovranità», poiché indicherebbe l'origine e il fondamento (sia di validità che di effettività) dell'ordinamento giuridico statale. Su questa idea di fondo si registra un punto di accordo tra le due relazioni (che invece divergono per molti altri e rilevanti profili): entrambe accolgono l'idea che si debba postulare una «sovranità politica», senza la quale non sarebbe possibile spiegare l'origine, l'effettività e l'unitarietà dell'ordinamento giuridico statale e del complesso delle potestà pubbliche d'imperio. La sovranità politica sarebbe quindi fondamento dell'ordine giuridico e suo fattore vivificante, poiché ne assicurerebbe costantemente la vitalità; sarebbe, ad un tempo, un fenomeno intrinsecamente giuridico ma anche una «realtà», un «dato», un *quid* in qualche modo esterno all'ordine giuridico, non interamente assorbibile da (o risolvibile in) questo. I passi delle due relazioni che propongono questa tesi sono numerosi.

Ad esempio, nella ricostruzione offerta da Andrea Morrone la «sovranità politica» non indicherebbe un potere determinato e quindi neanche il potere legislativo, sebbene da Bodin in poi la sovranità sia riferita soprattutto a quest'ultimo: anzi, tra sovranità e poteri ci sarebbe uno scarto concettuale incommensurabile. Neppure indicherebbe una qualità del potere, cioè la supremazia di un potere sugli altri; e nemmeno sarebbe solo un criterio di legittimazione del potere politico. Avrebbe invece a che fare col processo di istituzionalizzazione e stabilizzazione del «Politico» e sarebbe la causa prima (o ultima) dell'obbligazione politica. Intesa la sovranità in quest'accezione ampia, è giocoforza che non si risolve nella costituzione, ossia che questa non l'assorbisca completamente: di qui l'*eccedenza* della sovranità politica rispetto all'ordine costituzionale delle competenze, ossia a ciò Massimo Severo Giannini chiamava «la somma delle potestà pubbliche dello Stato»²².

Il medesimo approccio compare nella relazione di Francesco Bilancia: da un lato sottolinea la «consustanzialità» della sovranità «al fenomeno giuridico (il diritto è *sovranità* articolata in norme)» e, dall'altro il suo «carattere esteriore rispetto all'ordinamento, di cui rap-

²² Che poi era il modo in cui M.S. Giannini, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 225, definiva la sovranità stessa.

presenta il fondamento ed il limite». Perché il diritto e l'ordinamento stesso possano sorgere e sopravvivere occorrerebbe pertanto una «forza ordinante», che altresì fungesse da sostegno costante nel tempo: occorrerebbe, insomma, «qualcuno o qualcosa» che, in virtù della sua energia politica, operasse come fondamento dell'ordine giuridico assicurandone materialmente l'effettività²³.

Inoltre, sempre nelle due relazioni di base si assume pacificamente che la sovranità, in quanto fenomeno intrinsecamente giuridico (che si esprime necessariamente nelle forme del diritto), non possa descriversi come un potere giuridicamente illimitato, come sovranità “assoluta”: e ciò nonostante la sua visione “eccedente”, quale origine, fondamento e garanzia di effettività dell'ordine giuridico. La sovranità starebbe *fuori* e *dentro* il diritto: e sarebbe perciò fondativa del diritto e limitata dal diritto.

Il punto però è se ciò che stabilisce e mantiene un ordine giuridico possa concepirsi come, a sua volta, condizionato e limitato dalle norme giuridiche vigenti. È in relazione a questo nodo concettuale che s'inserisce l'intervento di Antonino Spadaro, diretto a sottolineare l'incompatibilità tra diritto (costituzionale) e sovranità: quest'ultima sarebbe un dato di fatto, che – a seguire Schmitt – si palesa nello «stato d'eccezione», cioè nella situazione in cui non vige più alcuna norma giuridica; indicherebbe perciò una realtà che si colloca fuori dal diritto, con la conseguenza che la nozione di “sovranità limitata” sarebbe un ossimoro.

L'obiezione di Spadaro merita di essere attentamente considerata. A essa può replicarsi che invero nel «tipo di pensiero giuridico fondato sulla decisione», come lo stesso Schmitt definisce il proprio contributo teorico, la decisione sovrana che pone il diritto è essa stessa “giuridica”, essendo l'*archè*, il principio primo del fenomeno giuridico. Come scrive Schmitt, «la decisione (permane) nell'ambito del dato giuridico»²⁴. E infatti lo stato d'eccezione «si sottrae all'ipotesi generale (cioè alla norma), ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione»²⁵. La ricostruzione attenta del pensiero giuridico decisionista mostra, dunque, che sarebbe sbagliato ipotizzare un'opposizione radicale tra sovranità e diritto.

Eppure ciò non prova ancora che Spadaro abbia torto nel sostenere che l'idea di una sovranità limitata dal diritto (costituzionale) sia un ossimoro: proprio alla luce del concetto

²³ Riporto di seguito i passi della relazione di Francesco Bilancia da cui traggio questa ricostruzione del suo pensiero: «la indefettibilità dell'elemento sovrano perché il diritto, nel senso di un ordinamento dato, possa venire ad esistenza, articolarsi in norme giuridiche e sopravvivere, è dovuta a due essenziali caratteri del fenomeno giuridico in quanto concretamente dato: la legittimità e la effettività. L'una e l'altra presuppongono la sponda del Politico, perché qualcuno, o qualcosa, assicuri quel tanto di energia, di forza, di *κράτος* che consenta all'ordinamento di esistere e sopravvivere, prestando forza ordinante ad una determinata comunità politica (territoriale), ad una specifica società. «Allo stesso tempo – scrive sempre Bilancia – quel qualcuno, o qualcosa, nel legittimare il fenomeno giuridico, nel sostenerne materialmente la effettività, ne diviene in parte il fondamento, di cui il diritto, per quanto espressione di sovranità, non può non tenere conto, prestando ossequio e disvelando dipendenza essenziale dal proprio limite, che rappresenta allo stesso tempo il proprio fondamento, la propria sponda esteriore».

²⁴ C. Schmitt, *Teologia politica*, 34.

²⁵ C. Schmitt, *op. ult. cit.*, 39. Affronto in maniera più approfondita questi temi del pensiero schmittiano in *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, cit., 786-791.

schmittiano di sovranità, è infatti impensabile che l'ordine costituzionale delle competenze possa valere come vincolo nei confronti della decisione sovrana, la cui peculiarità è, per l'appunto, quella di poter rimuovere tale ordine per sostituirlo con un altro completamente nuovo. La decisione sovrana è già, di per sé, "diritto", ma è un "diritto" che nessun documento costituzionale o regola materialmente costituzionale potrebbe condizionare o arginare.

Il vero problema, allora, non è tanto quello se la sovranità stia *fuori* o *dentro* il diritto, ma se debba intendersi secondo il paradigma che è stato messo a punto da Carl Schmitt: un paradigma che, a ben vedere, sta alla base sia dell'obiezione di Spadaro sia delle ricostruzioni teoriche proposte da Morrone e Bilancia (sebbene, come vedremo, entrambi prendano le distanze dal decisionismo schmittiano). La mia tesi, infatti, è che la visione della sovranità come realtà *eccedente* prenda le mosse dalle opere del giurista renano e che sia invece estranea al pensiero dell'autore al quale più di ogni altro Schmitt dichiara di ispirarsi: mi riferisco ovviamente a Thomas Hobbes.

7. Il nesso tra sovranità e *Fundamentall Law* nel pensiero di Hobbes

Bisogna, infatti, tenere presente che, per Hobbes, il complesso di potestà o assetto di competenze di cui consiste la sovranità è l'oggetto della «legge fondamentale», *Fundamentall Law*, che è «quella per cui i sudditi sono vincolati a sostenere qualunque potere sia dato al sovrano, sia esso un monarca o un'assemblea sovrana, senza il quale non può sussistere lo stato: tale è il potere di guerra e di pace, di giurisdizione, di elezione degli ufficiali e di fare tutto ciò che (il sovrano) penserà sia necessario per il bene pubblico». Infatti, «in ogni Stato una legge fondamentale è quella che, essendo tolta, lo stato viene meno e si dissolve completamente come una costruzione a cui vengono distrutte le fondamenta»²⁶.

Come si vede, «legge fondamentale» e prerogative di sovranità stanno assieme o cadono assieme, *aut simul stabunt aut simul cadent*. Si può discutere a lungo sulla natura del *Fundamentall Law* in Hobbes: può dubitarsi che sia perfettamente sovrapponibile al concetto moderno e contemporaneo di «costituzione» e non è detto che debba risultare per iscritto e può, quindi, vigere solo materialmente²⁷; ma non c'è dubbio che consista di norme giuridiche, considerato che Hobbes ne tratta nella parte del Capitolo XXVI di *Leviathan* che è dedicata alle partizioni delle fonti normative e considerato che essa, come riportato sopra, vincola i sudditi²⁸.

²⁶ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 305-306. Al contrario, «non fondamentale è quella legge la cui abrogazione non porta con sé la dissoluzione dello stato».

²⁷ Come del resto vale per il concetto di costituzione come «regola del procedimento legislativo» proposto da H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, 1928, trad. ital. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, 152-153.

²⁸ Inoltre, come osserva M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 1 ss., nel diritto medievale inglese il *fundamental law* si distingueva dall'*ordinary law* per il fatto di non riguardare i rapporti tra i sudditi bensì i rapporti tra gli organi di governo, sicché per certi versi poteva farsi corrispondere alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Insomma, l'assetto delle funzioni sovrane, l'ordine delle competenze che sostanziano la sovranità è «la legge fondamentale»; e viceversa, la legge fondamentale è l'insieme delle prerogative sovrane. Il *Fundamentall Law* di cui parla Hobbes è perciò il *Frame of Government*, la regola (giuridica) della sovranità, il criterio normativo o insieme dei criteri normativi che individuano gli atti di sovranità: è la *rule of recognition* del potere sovrano. Ed è proprio questo legame di implicazione reciproca e profonda con la sovranità a spiegare la sua “fondamentalità”, cioè la sua importanza vitale per lo Stato.

In quanto basamento della costruzione statale la legge fondamentale non può essere rimossa senza con ciò provocare la dissoluzione statale e la negazione della sovranità. Hobbes non si chiede se il sovrano possa disporre del suo *Fundamentall Law*: non gli passa minimamente per la testa il dilemma odierno se una costituzione sia un limite al potere sovrano o invece una sua manifestazione di potenza. Al contrario, dà per scontato che il sovrano non sia un pericolo per la carta (o regola non scritta) che sancisce i suoi diritti di sovranità: attendendo alla legge fondamentale, attenterebbe infatti alla propria integrità.

D'altronde l'idea della costituzione come limite al potere sovrano nasce insieme alla dialettica politico-istituzionale tra Corona e Parlamento e opera ideologicamente in favore del versante parlamentare, che assurge così a garante della costituzione contro le pretese regie: il che però non poteva nascondere il fatto che le costituzioni liberali più che limitare il sovrano preesistente lo ri-plasmassero ponendo al suo posto una più complessa persona sovrano-rappresentativa formata dall'unione tra Corona e Camere: sul piano ideologico le carte costituzionali erano ritratte come limite al potere sovrano, ma invero limitavano solo il “vecchio” potere regio e non già il “nuovo” sovrano costituito dal “Re in Parlamento”²⁹.

Ciò premesso, quasi non avrebbe senso chiedersi se la «legge fondamentale» sia un vincolo nei confronti della persona sovrano-rappresentativa: non per caso, nel definirla, Hobbes scrive che essa è «quella per cui *i sudditi sono vincolati* a sostenere qualunque potere sia dato al sovrano»³⁰. Sono i sudditi i primi a dover osservare la legge fondamentale: il che significa che sono, sì, tenuti a prestare obbedienza agli atti di sovranità, ma che prima ancora debbono individuarli secondo i criteri offerti dal *Fundamentall Law*³¹.

²⁹ Lo prova il fatto che le costituzioni liberali ottocentesche, anche se divenute “flessibili” nella prassi a dispetto della loro originaria immutabilità, conservassero tuttavia carattere di intangibilità nella parte che regolava quella che è, come vedremo, l'attribuzione sovrana per eccellenza, ossia la funzione legislativa: vale a dire, in quanto “leggi fondamentali” nel senso hobbesiano del termine, cioè nella misura in cui ponevano la regola della sovranità (in particolare la norma del procedimento legislativo), le costituzioni ottocentesche erano per definizione sottratte alla possibilità di mutamenti nelle forme del diritto: perciò era suscettibile di legittimo mutamento solo ciò che, a rigore, non costituiva *Fundamentall Law* bensì *Not Fundamentall Law*.

³⁰ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 306 (corsivo mio). L'originale recita: «a Fundamentall Law is that, by which The Subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the Sovereign».

³¹ Un'altra possibile linea interpretativa del passo hobbesiano potrebbe sottolineare un'assonanza con la teoria kelseniana della *Grundnorm*. Il *Fundamentall Law* di cui parla Hobbes, infatti, potrebbe tradursi pianamente con la formula “norma fondamentale” (in luogo di “legge fondamentale”) ed evocare quindi la distinzione, anch'essa kelseniana, tra costituzione «in senso logico-giuridico» e «in senso giuridico-positivo». Anzi, direi che assomma in sé queste due accezioni di “costituzione”: per *Fundamentall Law* può intendersi la costituzione nel senso consueto, cioè la regola «giuridico-positiva» (scritta o tramandata oralmente) che costituisce e disciplina le funzioni sovrane: e in tal caso è corretto tradurre con “legge fondamentale”; ma può intendersi anche come costituzione nel primo senso, ossia come “norma fondamentale”, che necessariamente occorre presupporre per

8. Uno sguardo ad alcuni “classici” del pensiero costituzionale italiano novecentesco...

Ma dai passi del *Leviathan* citati sopra si evince anche un'altra conclusione importante: che per Hobbes non c'è sovranità che si collochi fuori dai confini del *Fundamentall Law* e che pertanto abbia carattere “eccedente” rispetto al dettato costituzionale. La sovranità è “solo”, per dirlo con le parole di Massimo Severo Giannini, «la somma delle potestà pubbliche dello Stato», quali risultano dalla costituzione o legge fondamentale³². Non c'è sovranità se non nel quadro di un *Fundamentall Law*, di una costituzione; e non si può parlare di costituzione (almeno nel senso moderno) se non con riguardo a un potere statale sovrano.

Ciò prova inoltre che per Hobbes, il più importante teorico moderno della sovranità e dello Stato, si può parlare di sovranità *solo se e una volta che* è sorto il Leviatano statale con al vertice la persona rappresentativa. Non prima. Il processo costitutivo della sovranità non è la sovranità. Il sovrano rappresentativo e lo Stato si costituiscono assieme, non prima uno e poi l'altro. Tutto quello che accade prima che lo Stato e il sovrano rappresentativo si costituiscono compiutamente non può descriversi adoperando la categoria della “sovranità”. L'idea di una sovranità pre-statale e pre-costituzionale è, a ben vedere, estranea al pensiero hobbesiano. Il sovrano hobbesiano non si crea da sé, non si auto-fonda miracolosamente, quasi fosse *causa sui*. E non precede il Leviatano statale quale sua origine, fondamento e condizione di effettività³³.

spiegare lo stesso processo autorizzativo del sovrano (nonché la vigenza e vincolatività della costituzione «giuridico-positiva»). Ne segue che la presenza stessa di una «persona rappresentativa» esercitante potestà sovrane presuppone una «costituzione in senso logico-giuridico», cioè una *Grundnorm*, una norma fondamentale, *Fundamentall Law*, che prescrive di osservare gli atti sovrani adottati dalla persona sovrana secondo dati criteri e che ciascun individuo autorizzante avverte dentro di sé come vincolante: per dirlo ancora una volta con le parole eloquenti di Hobbes, la norma fondamentale è «quella per cui i sudditi sono vincolati a sostenere qualunque potere sia dato al sovrano». Autorizzare un sovrano equivale perciò a presupporre una *Grundnorm*, una regola interiore, non posta ma solo pensata, che dica: “attieniti alle prescrizioni che il sovrano adotta in quanto sovrano”. Ciò però chiama in causa pure l'altra accezione kelseniana di “costituzione”: quando si autorizza il sovrano presupponendo dentro di sé la “norma fondamentale” che prescrive tale autorizzazione, ci si vincola altresì a osservare una «costituzione in senso giuridico-positivo» (scritta o meno), che reca i criteri in base ai quali debbono adottarsi gli atti di sovranità. Del resto, la distinzione kelseniana tra costituzione «logico-giuridica» e «giuridico-positiva» è relativizzata dal concetto di *rule of recognition*, non per caso elaborata nel contesto del diritto pubblico britannico con riguardo al principio della *Sovereignty of Parliament*. La “norma di riconoscimento” (sia nella prima formulazione che ne diede Wade che in quella di Hart) è allo stesso tempo *Grundnorm* dell'ordinamento del Regno Unito e regola materiale del procedimento legislativo sovrano. Ma su questo tema ritornerò nel prosieguo.

³² M.S. Giannini, *Sovranità*, cit., 225.

³³ Credo che Kelsen non faccia un discorso diverso da quello hobbesiano. Infatti, bisogna intendersi sulla critica kelseniana alla categoria della sovranità. Si riferisce alla sovranità della Stato-persona e alla teoria dell'auto-limitazione statale (lo Stato come origine del diritto e come oggetto del diritto, come soggetto attivo che crea il diritto e come oggetto passivo e destinatario del vincolo giuridico: dottrina paradossale); ma anche alla teoria decisionistica, che pone la sovranità fuori dallo Stato e dall'ordinamento giuridico. Kelsen non avrebbe avuto nessuna difficoltà a definire in termini di sovranità il complesso dei poteri pubblici istituiti e regolati dall'ordinamento. L'importante è che si accetti l'idea che le «norme sono costitutive della sovranità», e non il contrario. Ciò che rende effettivo e vigente l'ordinamento non è la sovranità, ma il fatto che le persone preposte all'applicazione delle sue norme e all'esercizio delle sue competenze presuppongano dentro di sé il dovere di seguire i criteri di validità offerti dall'ordinamento, ossia che presuppongano una *Grundnorm*: chi applica la costituzione (legislatori, corpi giudiziari e amministrativi, etc.) lo fa perché ritiene di doverlo fare, perché pensa di doversi adeguare alla regola che dice “osserva la costituzione”. Donde nasca questa regola che è presupposta nella

Nella teoria giuspubblicistica novecentesca, però, ha avuto un formidabile successo la lettura schmittiana del discorso hobbesiano, per la quale il concetto moderno di sovranità, quale si evincerebbe dal *Leviathan*, non si risolverebbe nelle funzioni del potere statale sovrano, nell'ordine delle competenze "costituite" che spettano al rappresentante statale, ma avrebbe una dimensione eccedente, in qualche misura pre-statale, poiché sarebbe all'origine dell'ordine giuridico, quale fondamento e principio primo, quale suo *fiat* o *archè*. Schmitt, infatti, scorge in Hobbes «il rappresentante classico del tipo decisionistico»³⁴.

Per questa visione "metafisica" della sovranità – poiché andrebbe alla ricerca di una sostanza originaria, forma o idea della sovranità in quanto tale, che riposerebbe su se stessa, traendo da sé la propria esistenza, come *causa sui*, come *decisione* fondativa di sé e dell'ordine statale – il "vero" sovrano non sarebbe il potere legislativo che si esercita secondo la regola costituzionale del procedimento legislativo (o secondo una *rule of recognition* effettivamente seguita), ma colui che può imporre questa stessa regola costituzionale (o norma di riconoscimento): ovverosia, il sovrano sarebbe «chi decide sullo stato d'eccezione», cioè, infine, il potere costituente.

Nella letteratura giuspubblicistica italiana questa visione "eccedente" della sovranità emerge nettamente dai lavori di Carlo Esposito pubblicati a partire dagli anni Trenta del secolo scorso. Mi riferisco in particolare alla distinzione tra «Stato-Persona» e «Nazione» o «Stato come ente sociale»³⁵. È una distinzione che ha che fare con la sede della sovranità: contro l'opinione allora dominante, Esposito scrive che «la potestà d'imperio non può riferirsi e non appartiene allo Stato come persona giuridica ma come ente di fatto, e perciò in Italia allo Stato-Nazione». Ne discende che la sovranità «in quanto originaria e primaria, non può derivarsi dal diritto ma si legittima per il solo fatto che esiste e si fa valere. Perciò non è potestà giuridica di un soggetto giuridico»³⁶. E così, mentre lo Stato come persona giuridica manifesta la propria volontà mediante atti tipici, conformi alle regole sulla produzione del diritto, al contrario le manifestazioni di volontà della Nazione, cioè dello Stato come ente sociale e di fatto, sono immediate, originarie, spontanee, a-giuridiche e intrinsecamente "politiche": sono, per l'appunto, manifestazioni di sovranità. Certo, lo Stato-Persona rappresenta, sì, la Nazione, ma quest'ultima tuttavia conserva sempre la possibilità di manifestare la propria volontà sovrana in modo immediato e spontaneamente irresistibile³⁷.

testa di chi la segue, non si può dire: le spiegazioni possono essere tante (c'è chi la osserva perché condivide sul piano assiologico i contenuti normativi dell'ordinamento; chi perché così fanno tutti gli altri; chi perché pensa di trarre personale vantaggio dalla posizione sociale che è garantita dall'ordinamento; chi perché non vuole sfidare l'autorità costituita, etc.). In ogni caso il complesso dei poteri, funzioni, competenze che risulta dall'ordinamento vigente e che possiamo chiamare "sovranità statale", ha i caratteri tradizionali della sovranità: autofondatezza, esclusività, originarietà, illimitatezza (nel senso che spiegherò subito).

³⁴ C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, cit., 57.

³⁵ C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, 409 ss., ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, II, 205 ss.; vedi pure Id., *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 303 ss., ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, cit., 311 ss.

³⁶ Le parti virgolettate sono tratte da C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana*, cit., 254, 255.

³⁷ La tesi di Esposito, volta com'è a disgiungere con nettezza la sovranità intesa come potestà d'imperio agente sul piano del mero fatto dalle competenze giuridicamente previste e regolate, sembra collegarsi idealmente all'approccio kelseniano, ma invero la conclusione sarebbe azzardata: anzitutto perché, diversamente da quan-

Nel solco di questa concezione “metafisica” della sovranità come realtà eccedente le competenze statali, fondativa e auto-fondata, si colloca pure la teoria della «costituzione in senso materiale» di Costantino Mortati, secondo cui la sovranità politica di una forza politica dominante (o classe governante, considerando la seconda versione della teoria mortatiana) sarebbe il fondamento di validità e la garanzia di effettività e unitarietà dell’ordinamento giuridico statale e della sua costituzione formale. Vale a dire, ponendosi dichiaratamente sulla scia di Schmitt, Mortati afferma che «la costituzione normativa postul(a) un principio ordinativo, dal quale le norme ricevono valore, principio che sussiste accanto e sopra di esse e presiede al loro mutamento, sorpassando il quadro di ogni competenza costituzionale»³⁸. Al pari della decisione schmittiana, la mortatiana costituzione materiale sarebbe l’«elemento primigenio dell’esperienza giuridica»³⁹, poiché ricollega la fondazione e l’effettività dell’ordinamento statale (e della costituzione formale) alla forza materiale e alla predicazione ideologica di un partito politico o classe governante.

Diversamente da Esposito, per Mortati il soggetto sovrano non è estraneo al diritto ma è già intrinsecamente giuridico (e in ciò ha evidenti affinità col modo in cui Schmitt teorizza la sovranità). Ma quel che più conta in questa sede è che tanto il pensiero espositiano quanto quello mortatiano si discostano da quello hobbesiano nella misura in cui postulano una duplicazione dei soggetti sovrani: accanto e alla base della sovranità *formale* (il potere legislativo e gli altri organi costituzionali di direzione politica previsti dal documento costituzionale) ci sarebbe una sovranità *materiale* (la Nazione o Stato come ente sociale, il partito dominante o la classe governante col suo fine politico e ideologia). La sovranità politica insediata nella costituzione materiale avrebbe carattere fondante ed eccedente rispetto alla sovranità statale che risulta dalla costituzione formale: con la conseguenza che non si comprende più chi sia veramente la «persona sovrano-rappresentativa», se quella (più o meno articolata e complessa) che è delineata dalla costituzione scritta vigente o quella che viene prima del dato giuridico-formale, come sua origine e sostanza (il gruppo politico dominante o classe governante)⁴⁰.

to si trae da Kelsen, la teoria espositiana non riconosce all’ordinamento giuridico la possibilità di fondare veramente un sistema di poteri e competenze e, in particolare, un sistema delle fonti, visto che le «regole sulla produzione» sono sempre solo ricognitive delle fonti vigenti e non realmente costitutive delle stesse; in secondo luogo, il fatto che le potestà d’imperio, tra cui rientrano soprattutto le competenze normative, ossia proprio le «regole sulla produzione», non possano essere una creazione giuridica ma un evento di mero fatto cui il diritto darebbe solo una veste formale, dimostra che la sovranità, identificata con la forza preminente collocata nella dimensione fattuale, sorgerebbe prima del diritto (sia sotto il profilo logico che cronologico), a conferma del carattere “eccedente” (ma anche fondativo e auto-fondato) della sovranità politica rispetto all’ordinamento giuridico.

³⁸ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., 45

³⁹ C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, 150 ss.

⁴⁰ Può obiettarsi che invero il discorso mortatiano sulla costituzione materiale dovrebbe leggersi come un’integrazione della teoria hobbesiana della rappresentanza leviatanica, poiché la sua finalità sarebbe quella di svelare in che modo si afferma una persona rappresentativa sovrana in luogo di altre: mostrerebbe, in particolare, di quale natura sia il processo formativo che sta dietro il tipo hobbesiano dello «Stato per acquisizione», il quale, a leggerlo in termini mortatiani, sorgerebbe dalla preminenza di una fazione su un’altra (o su altre), dalla vittoria di un gruppo politico o classe dominante rivelatosi in grado di sbaragliare tutti i concorrenti in una fatale lotta politico-militare. Non ci sarebbero perciò due sovranità e due persone rappresentative, una *materiale* e l’altra *formale*, bensì un solo rappresentante e, quindi, un solo potere legislativo sovrano: l’integrazione teorica mortatiana servirebbe solo a spiegare in che modo e attraverso quali fenomeni reali questa unica persona sovrano-

9. ...e ad alcune teorizzazioni attuali.

Come si vede, la visione “eccedente” della sovranità è una costante della riflessione giuspubblicistica italiana (e non solo, visto che prende le mosse con Schmitt). Le relazioni di Morrone e Bilancia s’inseriscono in questa tradizione. Si tratta allora di capire cosa aggiungano (o cosa sottraggano) alle teorie dei “classici”.

Sicuramente prendono le distanze dall’impostazione decisionistica, nonostante sia mantenuta ferma (nel caso di Morrone) la tesi, anch’essa schmittiana, secondo cui la sovranità sarebbe «un concetto teologico secolarizzato». Né paiono condividere la tesi espositiana che colloca la sovranità rigorosamente al di là del fenomeno propriamente giuridico. Diverso è, invece, il rapporto col pensiero mortatiano. Anche se la teoria della «costituzione in senso materiale» non è mai evocata esplicitamente (è citata solo la voce di Mortati sull’art. 1 del *Commentario Branca*), le due relazioni, proprio dove individuano l’*eccedenza* della sovranità nella fondazione e garanzia di effettività dell’ordine costituzionale, sono profondamente mortatiane. Resta allora da capire se e in cosa divergono dalla teoria della costituzione in senso materiale.

È noto che uno degli scopi della teoria mortatiana, nelle due versioni in cui è stata proposta, è quello di individuare il soggetto politico sovrano che regge l’ordinamento statale e la costituzione formale (quale suo fondamento di validità e garanzia di effettività e unitarietà). Nella prima versione del 1940 la sovranità viene fatta risiedere nel partito politico dominante con la sua ideologia e forza materiale. Nella seconda versione (illustrata nel 1962 nella voce *Costituzione (dottrine generali)* dell’*Enciclopedia del diritto*) il sovrano diventa la «classe governante» che al proprio interno tiene la «classe politica» e in posizione sovra-ordinata la «classe dirigente»⁴¹. È il partito politico dominante o la classe governante a produrre e reggere la costituzione formale, cioè ad assicurarne la vigenza effettiva. È una teoria che con-

rappresentativa conquisterebbe e stabilizzerebbe il suo potere di direzione politica. Questa lettura di Mortati “hobbesianamente conforme”, per la quale il concetto di «costituzione in senso materiale» sarebbe complementare rispetto ai concetti hobbesiani di «persona sovrano-rappresentativa» e di «Stato per acquisizione», indubbiamente coglie *uno dei modi* di acquisizione e stabilizzazione della sovranità statale. Ma non ha carattere esaustivo, perché si focalizza, appunto, su “uno dei modi” e non può valere pertanto come chiave interpretativa generale, in grado di assorbire tutte le possibili ragioni per cui gli individui *autorizzano* stabilmente un rappresentante sovrano.

⁴¹ È la seconda, in particolare, a essere quella realmente determinante, poiché alfine raccoglie i detentori del patrimonio materiale e spirituale, ossia la classe capitalistica e i suoi ideologi. E infatti, nel 1962 C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 163, nt. 66, mostra di intendere il concetto di «classe» in modo non dissimile da quello marxiano di «struttura economico-sociale», stabilendo una «connessione tra classe e costituzione», da cui emergerebbe la «priorità delle strutture economico-sociali rispetto a quelle politiche». Tuttavia va detto che Mortati non si limita a richiamare espressamente «le concezioni marxista e leninista» e a recepire, conformemente al detto indirizzo di pensiero, l’idea della «costituzione dello Stato come espressione delle forze sociali dominanti», ma si preoccupa altresì di differenziare il suo punto di vista, giudicando «ineliminabile l’organizzazione coattiva del potere in correlazione con i rapporti delle forze sociali». E quindi, diversamente dalle concezioni marxiste e leniniste, che giudicano possibile la scomparsa delle differenze di classe attraverso l’appropriazione collettiva dei mezzi di produzione prima (la dittatura del proletariato) e la realizzazione della società comunista poi, Mortati reputa «pensabile (...) non già l’eliminazione ma solo l’attenuazione di tale fenomeno (le differenze e il dominio di classe, ndr), quale può ottenersi imprimendo una più accentuata mobilità sociale che può riuscire a neutralizzare la spinta sovversiva dell’ordine costituito da parte della classe dominata».

cepisce la sovranità del partito dominante o della classe governante come «l'elemento primigenio dell'esperienza giuridica e statale»; e che mira a dare risposta ai problemi che la teoria decisionistica lasciava irrisolti. Infatti muove proprio dalla critica del pensiero schmittiano, pur riconoscendogli il grande merito di avere correttamente impostato il problema della sovranità.

Possiamo discutere a lungo sulla teoria della costituzione in senso materiale; appartiene senza dubbio al grande filone delle teorie elitistiche (che lo stesso Mortati cita). Diverse sono le obiezioni che sono state mosse all'indirizzo mortatiano. E forse l'obiezione più robusta è quella che può elaborarsi in base alla teoria poliarchica di Robert Dahl. Non ho il tempo e lo spazio per affrontare questo tema⁴². Qui osservo solo che le due relazioni di Morrone e Bilancia dicono che cosa fa il sovrano (fondare l'ordine giuridico e garantirne l'effettività e unitarietà, operando come causa dell'obbligazione politica), ma, diversamente dalla teoria mortatiana, non dicono chi sia il sovrano⁴³. In questo modo cadono nella critica che Mortati rivolgeva al pensiero di Schmitt, quando scriveva che «manca di determinatezza e gli sviluppi sono incerti e oscuri»⁴⁴. Se la sovranità non è identificata col complesso dei poteri pubblici, con l'ordine costituzionale delle competenze, ma ha una dimensione eccedente, allora bisogna uscire dall'indeterminatezza e precisarne la fisionomia. Altrimenti la sovranità rimane sempre il grande *noumeno* del diritto pubblico: una *cosa in sé* di cui si postula la presenza ma che non è conoscibile. Sappiamo che c'è, ne affermiamo la necessaria esistenza, ma non sappiamo dire che aspetto abbia.

10. Sovranità e costituzionalismo

Si è detto che non c'è nessuna incompatibilità tra la categoria della sovranità e il concetto di costituzione. Anche le relazioni di Morrone e Bilancia, nella misura in cui sottolineano la giuridicità del potere sovrano, si attestano su questa linea (sebbene proponano una visione "eccedente" della sovranità come realtà che l'ordine costituzionale delle competenze non può assorbire integralmente). Tuttavia nel dibattito scientifico è parecchio diffusa la tesi che afferma l'impossibilità di conciliare la sovranità col "costituzionalismo"⁴⁵.

Da tempo, infatti, nel pensiero gius-politico è all'opera uno schema binario basato su due ideal-tipi contrapposti. Da una parte ci sarebbe il *rule of law*, il costituzionalismo come limitazione giuridica del potere, gli *iura*, cioè i diritti difesi dalla *iurisdictio*, l'ordine giuridico medievale e post-moderno, il pluralismo delle fonti normative con la prevalenza del diritto giurisprudenziale e consuetudinario, cioè del diritto di ragione, espressione di *ratio* e non di *voluntas* (quali presidio degli *iura* e fulcro del costituzionalismo). Dall'altra parte ci sarebbe lo

⁴² Rinvio al mio *I giudici del diritto*, cit., 575 ss.

⁴³ Francesco Bilancia, ad esempio, afferma che bisogna distinguere tra «sovrano» e «sovranità».

⁴⁴ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., 42.

⁴⁵ Vedi, ad esempio, *ex plurimis*, N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1990, 260; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, 86; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, spec. 43 ss.

Stato, la sovranità, l'accentramento del potere, la riduzione delle fonti alla sola *lex*, intesa quale atto di volontà sovrana, l'ordine giuridico della modernità.

I due ideal-tipi sono costruiti sul calco della distinzione tra *iurisdictio et gubernaculum*: e chiaramente danno vita a un'opposizione manichea, dove la parte virtuosa spetta ovviamente alla *iurisdictio*, al *rule of law*, al costituzionalismo, ai diritti inviolabili e al diritto di ragione, ecc., mentre la parte del *villain* è recitata dal lato hobbesiano dell'autorità accentrata e illimitata, dell'oppressione, attuale o anche solo potenziale, delle libertà, degli *iura*, della riduzione del pluralismo delle fonti alla sola legge come atto di *voluntas*.

La rappresentazione manichea delle differenze tra la statualità moderna e l'ordine giuridico medievale (che sarebbe la culla del vero costituzionalismo) è prevalsa soprattutto negli studi di storia del diritto e del pensiero politico⁴⁶: mentre la prima è dipinta come un'epoca di accentramento dispotico del potere politico nelle mani del legislatore statale, con la estromissione di altre fonti dal novero del diritto positivo e con la conseguente semplificazione e riduzione della complessità del fenomeno giuridico, il secondo invece è rappresentato come un regime pluralistico, equilibrato, rispettoso della ineliminabile complessità del fenomeno giuridico e delle istanze di libertà individuale e sociale che è sempre stato compito del diritto di veicolare e garantire.

Sono in particolare gli studi di Charles Howard McIlwain, con l'enfasi sulla distinzione medievale tra *gubernaculum et iurisdictio* quale nucleo generatore del costituzionalismo inteso come limite giuridico al potere politico⁴⁷, ad avere contribuito non poco ad alimentare la credenza che lo Stato moderno sia, nella sua logica basilare, sostanzialmente incompatibile con la tensione assiologia del costituzionalismo garantista: e del resto, è quasi intuitivo che la massima concentrazione di potere mai realizzata in precedenza nella storia umana e che il più efficace meccanismo tecnico di comando che mai sia stato concepito e realizzato costituisca di per sé il "problema" cui intende porre rimedio la limitazione giuridica che informa il costituzionalismo di origine medievale.

Senonché, dall'analisi delle opere che hanno teorizzato l'avvento e la necessità dello Stato moderno emerge un quadro diverso, quasi rovesciato rispetto alla narrazione che ora sembra andare per la maggiore. Lo Stato nasce infatti come strumento di neutralizzazione e limitazione del potere, proprio (e anche) attraverso il *medium* della razionalizzazione giuridica. Ma di quale potere? Di quello sociale delle differenze di ceto (e di patrimonio): un potere che, *pro quota*, deteneva altresì la produzione giuridico-normativa (mi riferisco ovviamente alla rete complessa delle giurisdizioni feudali). La promessa dello Stato moderno era che la costituzione di un potere statale accentrato fosse la via maestra per liberare gli individui, tutti gli individui, secondo una legge universale di uguaglianza, dall'assetto tradizionale

⁴⁶ Per quanto riguarda la letteratura italiana vedi soprattutto le voci *Costituzionalismo* e *Stato* curate da Nicola Matteucci per N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1990, spec. 255 ss. e 1085 ss.; P. Grossi, *Un diritto senza Stato*, in *Quaderni per una storia del pensiero giuridico*, n. 25, 1996, 267-284; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 1998, 56 ss. e Id., *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, 71 ss. e 118 ss.

⁴⁷ C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York, 1947, trad. ital. (a cura di N. Matteucci) *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990, *passim*.

dei poteri feudali/giurisdizionali ed economico/sociali, che assicuravano libertà ed eguaglianza soltanto a pochi e a spese dei più⁴⁸.

Nel progetto statale moderno inoltre lo stesso potere statale accentrato, cioè la sovranità, era sottoposto a un processo di intrinseca limitazione per il tramite della sua giuridificazione. In Hobbes questo è palese, tanto che gli studi più recenti rinvengono nel Leviatano gli elementi essenziali di quello che più tardi sarà chiamato “Stato di diritto”⁴⁹. E in ogni modo, il problema non era il potere dello Stato – ché questo era invero la soluzione, il rimedio – ma l'intreccio dei poteri sociali di Antico Regime: qui era l'origine della oppressione dei molti a beneficio dei pochi. Il potenziale liberticida e oppressivo del potere statale sarà una preoccupazione che emergerà solo nel Novecento, con l'avvento dei regimi totalitari.

Resta nondimeno che l'affermazione della libertà e uguaglianza come progetto emancipativo che riguarda tutti gli individui non poteva trovare ospitalità nell'ordine giuridico medievale, che invero si reggeva su presupposti antitetici. Il pluralismo delle fonti era espressivo del pluralismo dei ceti, degli ordini, degli status, delle giurisdizioni. La differenziazione dei regimi giuridici, il c.d. “particolarismo giuridico”, era al servizio del privilegio feudale, delle situazioni di subordinazione e sopra-ordinazione che sostanziano gli ordini corporativi, religiosi, comunali, ecc., e che innervavano la società di insuperabili steccati, barriere, divisioni, all'insegna del diritto diseguale e della cristallizzazione giuridica dei ruoli sociali e delle condizioni personali. Tutto ciò era garantito dalla *iurisdictio* contro il *gubernaculum*. I diritti particolari erano infatti basati su titoli autonomi, sottratti alla disponibilità di un potere accentrato.

Possiamo descrivere questa “situazione costituzionale” come un complesso di “limiti giuridici al potere”, con una terminologia che retrospettivamente ne celebra le virtù evocando l'ideale del costituzionalismo e del *rule of law*. Ma sarebbe un rovesciamento paradossale, soprattutto perché idealizza quest'assetto, facendone la culla di quella libertà e uguaglianza giuridica che lo statalismo moderno avrebbe messo a repentaglio e che la riscoperta contemporanea del costituzionalismo e del *rule of law*, quali valori consustanziali dell'ordine giuridico medievale, avrebbe poi ripristinato.

⁴⁸ In un passo dedicato all'analisi del pensiero di Jean Bodin, cioè dell'autore che può a buon diritto considerarsi il primo teorico della sovranità politica moderna, C. Bonvecchio, *L'eclissi della sovranità*, Mimesis edizioni, Milano-Udine, 2010, 43, osserva che «paradossalmente, nel momento in cui la dottrina della sovranità assoluta proclama l'inesistenza dell'uguaglianza (tra sovrano e sudditi, ndr), in realtà costituisce il principio dell'uguaglianza dei sudditi nei confronti del Sovrano e rispetto all'ordine legale da esso promanante. Il cittadino che è, in realtà, l'esponente di una nuova ed emergente classe sociale (la borghesia) fa propria questa alleanza con la sovranità. E allo stesso modo, accetta di rompere l'antico rapporto di fedeltà con l'ordine religioso-feudale del Medioevo: in nome di una incisiva e più protezione che è – va precisato – protezione da perturbamenti civili, protezione dall'assetto nobiliare e feudale».

⁴⁹ A tale proposito C. Galli, *All'insegna del Leviatano. Potenza e destino del progetto politico moderno*, introduzione a T. Hobbes, *Leviathan* (1651), trad. ital. *Leviatano*, BUR, Milano, 2014, V, scrive che nel Leviatano hobbesiano «vi è contenuto il Dna del moderno Stato rappresentativo di diritto, che prenderà corpo e figura nelle esperienze politiche antiassolutistiche quali la Rivoluzione francese, le rivoluzioni borghesi dell'Ottocento e anche nelle vicende della democrazia». Nel mio *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 15-40, ho provato a spiegare perché nel «binomio hobbesiano di sicurezza e sovranità» ci sia la scaturigine del moderno Stato di diritto e del principio di legalità.

In realtà la storia delle istituzioni e del pensiero gius-politico moderno provano il contrario. È solo dentro il progetto statale moderno – cioè all'interno di un ordine giuridico nuovo rispetto al pluralismo medievale dei ceti, degli *status*, dei ruoli e delle differenze feudali – che può trovare ospitalità la libertà e uguaglianza per *tutti* gli individui⁵⁰. È questo il fine sostanziale specifico cui è rivolta la sovranità statale già nelle sue prime formulazioni, da Bodin e Hobbes in poi. La grammatica concettuale della nozione moderna di sovranità statale non può essere disgiunta da questo progetto di emancipazione individuale; e non c'è nessuna antitesi di fondo tra la sovranità dello Stato e la libertà ed eguaglianza delle persone.

Non c'è dunque bisogno di riesumare il “costituzionalismo medievale” o di ricostruire le radici storiche medievali del *rule of law* e della distinzione tra *gubernaculum et iurisdictio* per fondare una teoria e una prassi costituzionale di limitazione giuridica del potere statale sovrano in nome dei diritti universali di libertà e uguaglianza. Tutto sta nell'intendere correttamente la nozione di “sovranità statale” (e nel mostrare come essa sia sostanzialmente immutata, da Hobbes fino alla nostra Costituzione repubblicana...).

11. *Sovereignty of Parliament*: è veramente un altro modello?

Ma secondo me, l'argomento più forte contro queste rappresentazioni manichee è proprio l'esperienza costituzionale del Regno Unito (su cui si è focalizzata in modo particolare la relazione di Francesco Bilancia). Spesso si dice, almeno da Schmitt in poi, che il modello statale hobbesiano sia attecchito nel Continente europeo ma non nel Paese dove è stato elaborato⁵¹. In realtà il Leviatano di Hobbes potrebbe essere adottato come un manuale del diritto pubblico inglese. Il principio della *Sovereignty of Parliament* è perfettamente coerente con l'impianto del pensiero hobbesiano, ne è forse la traduzione più fedele. Insomma, non c'è una tradizione costituzionale inglese da cui sarebbero sortite quelle idee di costituzionalismo, di *rule of law*, di centralità del diritto giurisprudenziale, ecc., che sarebbero poi prevalse nelle esperienze costituzionali democratiche contemporanee contro l'idea hobbesiana di sovranità.

Per questa ragione è un'illusione ottica pensare che tra il regime costituzionale britannico della sovranità parlamentare e le costituzioni rigide delle altre democrazie ci siano

⁵⁰ Non foss'altro perché l'epoca medievale non conosce veramente il concetto di “individuo”. Come argomenta L. Bruni, *L'ethos del mercato. Un'introduzione ai fondamenti antropologici e relazionali dell'economia*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2010, 14, «nella comunità pre-moderna è (...) lo status a occupare tutta la scena della *communitas*; uno status non scelto ma assegnato, in una condizione di sudditanza per la grande maggioranza dei componenti della comunità, e di dominio per pochi. Gli individui sono determinati dal loro posto o ruolo all'interno della comunità. Non c'è nessun diritto assoluto dell'individuo nei confronti della comunità, ma doveri o obblighi orientati al bene organico del tutto. L'individuo (*in-dividuum*) non c'è, poiché l'unico *in-dividuum* è la comunità».

⁵¹ Scriveva infatti C. Schmitt, *Sul Leviatano* (1938), il Mulino, Bologna, 2011, 119, che «l'importante concezione hobbesiana dello Stato – una concezione in anticipo rispetto al suo tempo – non si è attuata in Inghilterra, né presso il popolo inglese, bensì invece nelle potenze dell'Europa continentale (...) il popolo inglese ha preso una decisione contraria a questo tipo di Stato».

più differenze che analogie⁵². Azzardo una tesi: sotto il profilo sostanziale non ci sono diversità. In entrambi i casi ritroviamo i requisiti posti da Hobbes per l'esistenza di un Leviatano statale: c'è una persona sovrano-rappresentativa (più o meno composita) che esercita o può esercitare un potere legislativo sovrano. Solo che bisogna intendersi con riguardo alla nozione di "legislazione sovrana".

Già Hobbes distingueva tra quegli atti del sovrano che sono propriamente atti di sovranità e quelli che non lo sono: il che implica che debba esserci un criterio, una regola deliberativa, cioè un *Fundamental Law* in base al quale distinguere gli uni dagli altri. Ad esempio, se il sovrano è un'assemblea di uomini, occorre una regola per stabilire quando può considerarsi formata la volontà sovrana del collegio: Hobbes dice che questa corrisponde alla maggioranza delle voci a favore o contro la proposta di deliberazione. C'è dunque una regola deliberativa che offre un criterio per distinguere gli atti di sovranità dagli altri. Nel Regno Unito questa regola deliberativa, questa regola del procedimento legislativo sovrano, si ricava ora da una lettura congiunta dei Parliament Acts del 1911 e del 1949⁵³. Nel caso, invece, degli ordinamenti con costituzioni rigide la regola del procedimento legislativo sovrano è quella prevista per le leggi costituzionali.

Quindi, sia nei regimi a costituzione rigida che nell'esperienza costituzionale britannica il potere legislativo sovrano riposa su un *Fundamental Law*, per dirlo con Hobbes, cioè su un testo costituzionale scritto ovvero su *constitutional statutes*. È inoltre un potere legislativo sempre assoluto e illimitato. Ciò è vero anche per un ordinamento costituzionale come quello statunitense, nonostante sia assunto comunemente come paradigma costituzionale antitetico rispetto a quello imperniato su una sovranità assoluta e illimitata. La pratica del *judicial review of legislation* non deve trarre in inganno. La garanzia giudiziale della costituzione rispetto alla legge non è un limite rispetto al potere sovrano, poiché questo non corrisponde al potere legislativo ordinario, bensì al potere (legislativo) di emendamento costituzionale. Se, come si è detto, lo stesso Hobbes afferma che il riconoscimento del sovrano e dei suoi atti avvenga sulla base di una regola deliberativa, di un *Fundamental Law*, nel caso del Leviatano americano gli atti di sovranità (e quindi la "complessa" persona rappresentativa che può adottarli) sono individuati dalla regola del procedimento di revisione costituzionale: il potere di legislazione costituzionale, cioè il potere sovrano, non conosce limitazioni, se non quelle formaliprocedimentali, le quali però sono anch'esse rimovibili per effetto di revisione costituzionale⁵⁴.

⁵² Come invece ha sostenuto nel dibattito Massimo Luciani, il quale infatti ha contestato l'utilità del confronto tra la problematica della sovranità che si pone nell'ordinamento del Regno Unito e quella che si pone negli ordinamenti a costituzione rigida. Ma pure Francesco Bilancia, che pure dedica ampio spazio nella sua relazione al "caso" del Regno Unito, sottolinea il «profondo discrimine tra la concezione della sovranità propria di quel sistema e la ben differente sintesi di significato che tale categoria assume tradizionalmente nei sistemi costituzionali continentali».

⁵³ E prima ancora dal Bill of Rights Act del 1689: il che implica che il principio della *parliamentary sovereignty* non sia né *customary law* né *common law*, come ho provato ad argomentare ne *I giudici del diritto*, cit., 457 ss.

⁵⁴ In particolare, se il sindacato di costituzionalità è per vizio procedimentale, questo, a ben vedere, c'è pure nell'ordinamento del Regno Unito: i giudici inglesi infatti non riconoscerebbero come diritto vincolante quegli *statutes* che non fossero approvati secondo i criteri procedimentali prescritti dai Parliament Acts. Quanto al

Tra l'altro in questo momento nel Regno Unito è vigente quello che è stato definito un *weak form of judicial review*, per differenziarlo dallo *strong form of judicial review*. A seguito dell'entrata in vigore del Human Rights Act del 1998 i giudici britannici hanno l'obbligo di intendere il diritto vigente, sia gli *statutes* che le norme del *common law*, in senso conforme alle disposizioni della Cedu e, qualora sia impercorribile la via dell'interpretazione adeguatrice, debbono pronunciare una *declaration of incompatibility* della legislazione con le previsioni Cedu, con trasmissione della questione al Parlamento per l'ultima parola⁵⁵.

12. Segue: il diaframma apparente dei “principi supremi”

Giunti sin qui, parrebbe che l'unico diaframma tra il modello britannico della sovranità parlamentare e il modello del costituzionalismo rigido sia la dottrina dei “principi supremi”. Ma invero è una paratia molto sottile, di cui è parecchio controversa l'esistenza.

È vero che in diversi sistemi democratici provvisti di giustizia costituzionale i tribunali costituzionali hanno asserito l'intangibilità dei principi costituzionali fondamentali o supremi anche da parte delle leggi costituzionali, come ha fatto la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 1146 del 1988 (indicando nel «contenuto essenziale dei principi supremi» un limite al potere di revisione costituzionale). Per la “dottrina dei principi supremi” ci sarebbe perciò un nucleo duro di norme costituzionali o un livello più alto di regolazione costituzionale di cui nessun potere legislativo sovrano potrebbe disporre, con ciò smentendo uno degli assunti basilari della teoria hobbesiana della sovranità. Ma questa conclusione dev'essere riconsiderata.

Anzitutto va detto che, diversamente dai tribunali costituzionali dei paesi europei, la Corte Suprema americana non ha mai ritenuto che esistessero limiti invalicabili dalla revisione costituzionale: del resto, negli USA la pratica del *judicial review of legislation* è oggetto di contestazione già per il solo fatto di assumere per oggetto la legislazione ordinaria; e quindi nessuno si sognerebbe di sostenere che possa sindacare persino gli esiti della legislazione costituzionale⁵⁶.

In secondo luogo lo stesso Hobbes espresse una posizione molto vicina all'idea che ci siano limiti invalicabili al potere legislativo sovrano: nel *Leviathan* è detto chiaramente che l'attore rappresentativo non può trasferire stabilmente la propria sovranità a favore di un altro

sindacato giudiziale della legislazione parlamentare per vizio sostanziale, questo nel Regno Unito è ammesso con riguardo alle norme della CEDU, ma può comportare soltanto – come dirò – a *declaration of incompatibility*, che rimette al Parlamento l'ultima decisione se abrogare o mantenere in vigore le norme legislative in contrasto con i diritti garantiti dalla Convenzione europea. Invece negli ordinamenti a costituzione rigida il sindacato per vizio sostanziale si esercita solo sugli atti di legislazione ordinaria, ma non sugli atti di legislazione costituzionale, cioè non sugli atti di autentica legislazione sovrana (salvo che non si aderisca alla dottrina dei principi supremi, come dirò subito nel testo).

⁵⁵ In particolare il Parliament dovrà decidere se abrogare la norma legislativa che contrasta coi diritti o se ribadirne la vigenza.

⁵⁶ Faccio riferimento, ovviamente, al dibattito che prende il nome di *counter-majoritarian difficulty* e che nei suoi esiti estremi arriva a negare ogni legittimità al controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi. Ricostruisco questo dibattito ne *I giudici del diritto*, cit., 103-276.

attore rappresentativo⁵⁷. E questa è, per certi versi, una delle declinazioni possibili nonché una delle giustificazioni più importanti della dottrina dei principi supremi quale è elaborata in ambiente costituzionale democratico: ossia impedire che attraverso la regola democratica di maggioranza si assumano decisioni che inibiscano per il futuro lo stesso processo decisionale democratico⁵⁸.

In terzo luogo bisogna chiedersi se il potere giudiziale di far valere i principi supremi abbia una realistica probabilità di esercizio effettivo. Delle due l'una, infatti: o la lesione di uno o più principi supremi è un errore, un effetto indesiderato che il legislatore costituzionale non intendeva realmente produrre oppure è esattamente ciò che si prefiggeva. Nel primo caso la giustizia costituzionale svolgerà indisturbata il proprio compito istituzionale di correzione e assistenza, senza temere reazioni dal sovrano, visto che esso stesso consente la perdurante vigenza di un sistema di *judicial review* precisamente rivolto a tale scopo. Nel secondo caso, invece, è presumibile che il potere sovrano reagisca con veemenza e che spazzi via la resistenza giudiziale, se ha – ovviamente – la forza per farlo. Ma si tratta evidentemente di situazioni limite, nelle quali il Leviatano fronteggia Behemoth, con una lotta feroce tra fazioni contrapposte per la conquista della sovranità e per la stesura di una nuova costituzione ovvero per la difesa della vecchia.

⁵⁷ Ad esempio, immaginando che il rappresentante sovrano sia un'assemblea composta da alcuni individui (cioè, che lo Stato sia una «aristocrazia»), quest'organo collegiale potrebbe deliberare che per il futuro gli atti legislativi di sovranità sono quelli stabiliti da quell'individuo che la stessa assemblea sovrana indicherà come suo rappresentante (con ciò transitando da uno Stato aristocratico a uno monarchico)? Hobbes sembra escluderlo, accennando al caso dei «re elettivi», i quali, a suo dire, «non sono sovrani, ma ministri del sovrano». E ciò perché «il re elettivo il cui potere è limitato alla durata della sua vita» può trovarsi dinanzi a un bivio: «se ha il diritto di designare il suo successore, non è più elettivo, ma ereditario», e quindi non sarà re per designazione da parte di un'assemblea sovrana preesistente, ma in virtù di altro; invece, «se non ha il potere di eleggere il suo successore, allora c'è qualche altro uomo o assemblea conosciuta, che, dopo il suo decesso, può eleggere un nuovo re», ma in tal caso sarebbe quest'ultimo il vero sovrano, poiché se ha il potere di dare la sovranità, allora «la sovranità era in lui prima», visto che «nessuno ha diritto di dare ciò che non ha diritto di possedere» (tutti i virgolettati sono tratti da T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 204). Questo passo di *Leviathan*, tuttavia, sembra concedere il fatto che si possa «dare la sovranità», cioè che possa essere trasferita da una persona rappresentativa a un'altra. Ma invero quel che più conta del discorso hobbesiano è il fatto che col venire meno del «cessionario» il diritto sovrano torni in capo al «cedente», con ciò accreditando l'interpretazione secondo cui non si sarebbe trattato propriamente di un trasferimento di sovranità, ma piuttosto di una delega temporanea, perciò sempre revocabile. In definitiva, il rappresentante sovrano non può stabilire che, a partire da un certo momento, il rappresentante sovrano debba considerarsi un'altra persona. Non può quindi disporre trasferimenti definitivi della sua sovranità. Del resto, se Hobbes ammettesse quest'eventualità, vanificherebbe tutto il discorso sull'«autorizzazione» come fondamento dell'autorità sovrana, poiché contemplerebbe l'ipotesi che un sovrano possa costituirsi al di fuori della complessa dialettica tra *autore* e *attore*, immaginando che un *attore* preesistente possa dare vita a un nuovo *attore*, destinato a prenderne il posto. Al limite, un sovrano potrebbe *tentare di* trasferire la propria sovranità a un nuovo sovrano, fermo restando però che quest'ultimo potrà considerarsi tale solo se i potenziali sudditi saranno disposti a riconoscere come proprie le sue parole e azioni, cioè solo se vorranno autorizzarlo. Ma in tal caso, a rigore, non ci sarà stato alcun trasferimento di sovranità, ma l'autorizzazione e la costituzione di un nuovo sovrano rappresentativo, ossia la morte del Leviatano precedente e la nascita di un nuovo.

⁵⁸ E difatti, tra i c.d. «principi supremi» figurano quei diritti la cui inviolabilità è preconditione della democrazia, nel senso che non potrebbero essere cancellati senza con ciò compromettere la democraticità dell'ordinamento.

13. Globalizzazione e sovranità statale

L'ultima questione, anch'essa toccata più volte nel dibattito (Guazzarotti, Amirante) oltre che nelle relazioni di base, è il rapporto tra sovranità statale e globalizzazione.

È noto che la globalizzazione è insieme un fenomeno tecnologico ed economico. La rivoluzione digitale e informatica abbatte le barriere spaziali e temporali, stendendo nel globo una rete virtuale nella quale transitano dati e informazioni e favorendo l'estensione globale del modo di produzione capitalistico con la liberalizzazione dei movimenti di capitale.

Va detto, però, che la globalizzazione "economica" non è un evento prodottosi spontaneamente, naturalmente, per effetto solo dell'innovazione tecnologica. Ma si è realizzata grazie alla rimozione consapevole di vincoli giuridici (al movimento dei capitali): sono cioè occorsi atti giuridico-normativi, basati su decisioni politiche statali. All'origine della globalizzazione economica c'è dunque la sovranità statale. Bisogna chiedersi, allora, cosa ci fosse prima che le sovranità statali inaugurassero la fase del capitalismo globalizzato.

Nella relazione di Andrea Morrone i processi storici di globalizzazione sarebbero due: il primo collocato tra i secoli XIX e XX, il secondo invece prenderebbe l'avvio subito dopo la parentesi delle due guerre mondiali, cioè negli anni '50 del secolo scorso. Obbedendo a questa periodizzazione, la creazione statale del mercato globale sarebbe intrinsecamente legato all'avvio delle esperienze novecentesche del costituzionalismo democratico. Questa ricostruzione, però, sembra non considerare che i "Trenta anni gloriosi" che accompagnarono le democrazie industriali a partire dal dopoguerra fino alle soglie degli anni '80 conobbero un regime economico-finanziario internazionale assai diverso dalla realtà globalizzata che caratterizza la fase storica presente. Mi riferisco al sistema di Bretton Woods, inaugurato nel 1944 e basato su due pilastri: il controllo statale dei movimenti di capitale e un regime monetario di cambi valutari fissi, ma aggiustabili unilateralmente del 10 per cento, entrambi volti ad assicurare agli Stati un'ampia flessibilità nella gestione nazionale della economia interna (ivi compresa, soprattutto, la disponibilità di politiche keynesiane di sostegno della domanda nazionale aggregata e di realizzazione della piena occupazione).

L'architettura di Bretton Woods era, per questi motivi, strumentale all'attuazione del costituzionalismo democratico-sociale, così come il precedente regime finanziario di *gold standard* e di libera circolazione dei capitali era strumentale al progetto sociale del costituzionalismo liberale ottocentesco. È quasi una verità teorica generale: l'efficacia interna di un modello costituzionale di organizzazione statale, cioè di sovranità statale, dipende sempre da un contesto esterno favorevole. L'esercizio del potere costituente – ossia di ciò che è descritto come la massima espressione di sovranità – non è sufficiente al fine di instaurare un nuovo ordine costituzionale se questo non si innesta entro un ordine internazionale di rapporti economico-finanziari che sia coerente con la nuova identità costituzionale. E difatti, la finalizzazione della sovranità statale al compromesso tra capitale e lavoro, attraverso le politiche di piena occupazione e l'istituzione di sistemi di welfare, non avrebbe potuto realizzarsi senza gli accordi di Bretton Woods, che pertanto furono altrettanto utili delle carte costituzionali nazionali.

Col tracollo di questo regime economico-finanziario internazionale nei primi anni '70 inizia a farsi strada quel processo chiamato "globalizzazione economica", che indubbiamente

mette in crisi il costituzionalismo democratico-sociale e le sovranità degli Stati democratici che ancora intendono perseguire il programma del compromesso tra capitale e lavoro. Ma ciò accade non già perché la globalizzazione sia incompatibile con la forma-stato o con la forma-costituzione, bensì perché prefigura un diverso modello di Stato e di progetto costituzionale, alternativo rispetto allo Stato democratico-sociale del secondo dopoguerra e più simile alle esperienze statali liberali del XIX secolo: non per caso la globalizzazione economica è associata all'avvento ed egemonia del "neoliberalismo". È venuta meno la condizione *esterna* che consentiva alla sovranità *interna* di realizzare la costituzione democratico-sociale; e si sta consolidando la condizione esterna che canalizza la sovranità interna in una diversa direzione costituzionale, non più combaciante con quella prescritta dalle costituzioni democratiche vigenti.

Quali siano i tratti essenziali del nuovo regime internazionale di rapporti economico-finanziari è noto. Per un verso è intervenuta una forte liberalizzazione finanziaria che ha messo i capitali nella condizione di poter circolare liberamente oltre i confini nazionali e praticamente per tutto il globo: questo, in sé, non è di aiuto alla causa del costituzionalismo democratico-sociale (che infatti stenta ormai a "catturare" il potere economico globalizzato) e riproduce non per caso la situazione precedente agli accordi di Bretton Woods. Per l'altro verso si è abbandonato il regime di cambio rigido e tutte le monete stanno tra loro in rapporti fluttuanti: il che consente ancora politiche economiche nazionali liberamente decise e in grado di contrastare gli *animal spirits* dei mercati internazionali. Nel caso, però, del nostro costituzionalismo democratico-sociale, cioè quello dell'Italia repubblicana e degli altri paesi dell'Eurozona, vale un discorso molto diverso: poiché siamo inseriti in un'unione monetaria, alla mobilità dei capitali associamo una condizione che equivale a un regime di cambio valutario ultrarigido, proprio come il regime del *gold standard* che caratterizzava il periodo storico tra ottocento e novecento. Alla costituzione politica ed economica interna non corrisponde dunque una coerente costituzione economico-finanziaria sovranazionale, con quel che ne consegue per la realizzabilità del progetto sociale cui si richiama la prima⁵⁹.

Finora il mio discorso sembra accreditare alla condizione esterna un'efficacia condizionante unilaterale degli assetti interni. Ma non è questa la mia intenzione. Bisogna infatti chiedersi cosa abbia determinato di volta in volta la riconfigurazione della dimensione extra-statale. Come ho detto, non si è trattato di trasformazioni prodottesi casualmente ovvero generatesi per forza propria. È dall'interno degli Stati (di alcuni Stati, quelli più potenti economicamente, tecnologicamente, politicamente, militarmente, etc.) che sono sorte quelle istanze politiche che, proprio grazie a decisioni e misure statali, hanno ri-plasmato lo spazio economico-finanziario extra-statale, creando forme varie di *governance* e sistemi policentrici di cooperazione istituzionale sovranazionale. Anche quando queste strutture e soggettività tendono a operare in modo sempre più autonomo, c'è sempre un nesso di derivazione giuridica

⁵⁹ Per un approfondimento di queste tematiche rinvio al mio *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene Editore, Napoli, 2016, *passim*, spec. gli ultimi due capitoli (pp. 423-483).

con organizzazioni di tipo statale: è sempre il diritto sovrano dello Stato il titolo originario di legittimazione.

Dunque, siamo ancora dentro il Leviatano, sebbene esso tenda vieppiù a celarsi dietro il paravento di forme, procedure, istituzioni, pratiche, ecc., che ne schermano la riconoscibilità, accreditando la diffusa ma erronea opinione che la sovranità statale sia ormai essenzialmente scomparsa.