

Giuliana Stella

STATO E SOVRANITÀ
NELLA DOTTRINA PURA
DEL DIRITTO

ARACNE

Copyright © MM
ARACNE EDITRICE S.r.l.

00173 Roma
via R. Garofalo, 133
tel./fax 06 93781065

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

ISBN 88-7999-287-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: aprile 2000

Capitolo Primo

L'EUROPA E IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ

La finalità di questo lavoro è innanzi tutto quella di esporre, anche a scopi didattici, la teoria kelseniana della sovranità, al fine di trarne alcune conclusioni che possano essere utili per l'attuale dibattito sul "tramonto" della sovranità quale caratteristica essenziale dello Stato nazionale. Da questo punto di vista, le considerazioni che seguono si inseriscono nel filone di ricerca già inaugurato dal mio volume sui fondamenti epistemologici della dottrina di Kelsen (*Stato e scienza. I fondamenti epistemologici della dottrina pura del diritto*), ma se ne distinguono per una più marcata finalità analitica delle attuali concezioni sulla crisi e addirittura sulla fine della sovranità, in particolare per quanto concerne quello che viene considerato il carattere distintivo della statualità, specialmente in rapporto all'idea di "personalità dello Stato" come si afferma nella scienza giuridica europea tra Otto e Novecento (prima in Germania, poi in Italia con Vittorio Emanuele Orlando e infine nei teorici dello Stato autoritario, che se ne appropriano piegandola ai fini di un sistema politico decisorio "dall'alto")¹.

¹ La bibliografia sul concetto di sovranità è vastissima e, paradossalmente, essa va estendendosi proprio in riferimento al dibattito sull'integrazione europea e al 'superamento' della sovranità degli Stati nazionali. Per una storia del concetto, nei suoi intrecci con le altre categorie e concetti giuridici, può essere utile il rinvio ai tre volumi della storia del diritto pubblico tedesco dal 1600 al 1939 di MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 1988-1992-1999. Cfr. anche, in una prospettiva filosofica, A. BIRAL, *Per una storia della sovranità*, in "Filosofia politica", anno V/1, giugno 1991, pp. 5-50, nonché, nello stesso fascicolo di "Filosofia politica", PIETRO COSTA, *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, pp. 51-69.

Sempre fondamentale resta il volume di H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität. I: Die Grundlagen*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1970,

Il concetto di sovranità, com'è noto, è un concetto complesso, di non facile definizione, tanto che un'analisi dei principali testi in materia consente di classificare differenti concetti di sovranità (interna ed esterna, popolare e statale, assoluta e relativa, diretta e indiretta, "giuridica" e "politica", formale e materiale, giuridica e "sociologica" e via dicendo)². In linea di massima, il termine rinvia a due accezioni principali: la prima definisce la sovranità come il potere supremo, quello che ha il diritto, e la possibilità, di far prevalere, in ultima istanza, la sua autorità; la seconda designa il detentore ultimo della legittimità del potere, rinviando quindi al fondamento dell'autorità che viene esercitata. Quando si parla di sovranità "della nazione", seguendo la tendenza inaugurata dalla Rivoluzione francese e dall'ideologia russoviana-giacobina, si pensa alla

mentre una silloge molto utile è quella curata da HANNS KURZ, *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970. Tra le cose più recenti, ci limitiamo a segnalare: J. BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; A.H. CHAYES, *The New Sovereignty*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995; B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.

Sul problema della sovranità in riferimento al Trattato di Maastricht, cfr. M. BALDUS, *Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht*, in "Der Staat", Bd. 36, 1997, pp. 381-398. Sul dibattito italiano cfr. poi A. CARRINO, *Costituzione e sovranità. L'Italia e l'Europa prima e dopo Maastricht nel recente dibattito giuspubblicistico*, in ID. *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 171-202.

² Non si deve dimenticare che la sovranità, così come è stata sistematizzata nella scienza giuridica e politica moderna, è un concetto le cui caratteristiche fondamentali sono storiche ed anzi storicamente determinate; esso è infatti un «*Kampfbegriff*», sviluppato soprattutto a favore degli Stati assoluti europei nella loro lotta contro papato e impero da un lato e ceti dall'altro. Contemporaneamente, però, occorre anche sottolineare il fatto che il concetto di sovranità, intesa quest'ultima come "summum imperium", come potere supremo, «appartiene ai concetti apriori del diritto e riveste importanza per tutti i tempi»: così GEORG DAHM, *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Stuttgart und Köln, W. Kohlhammer Verlag, 1951, p. 201.

sovranità nel primo significato; quando si parla di sovranità “popolare”, si pensa al secondo significato, perché si ritiene che il popolo sia il “legittimo” detentore della sovranità, ma in realtà si pone anche una questione filosofica generale, perché si tratta, in questo caso, di interrogarsi sul potere e sulla sua legittimità indipendentemente da chi è poi il “titolare” del potere stesso; da questo punto di vista, la questione non è priva di referenti sociologici e antropologici e in effetti bisognerebbe, qui, appoggiarsi soprattutto sulle analisi di Max Weber.

A livello internazionale, la sovranità significa che nulla può essere imposto dall'esterno ad uno Stato senza il suo consenso. In questa ottica, le stesse norme del diritto internazionale si fondano sul principio di uguaglianza degli Stati, definiti per ciò come sovrani. Questa sovranità, tuttavia, è di tipo «relazionale», perché la sovranità di uno Stato non dipende soltanto dalla sua volontà di essere sovrano, ma anche dal grado di sovranità che esso può non soltanto affermare, ma fattualmente conservare dinanzi alla sovranità degli altri Stati. Si può dire, da questo punto di vista, che la limitazione della sovranità di uno Stato discende logicamente dall'esistenza di fatto di più Stati “sovrani”³.

Sarebbe però un grave errore credere che la sovranità – che certo pare essere concetto tipicamente moderno, nonostante alcuni riferimenti reperibili in testi medievali⁴ – sia limitata al quadro di uno Stato-nazione di tipo classico, come si è andato cioè formando nella modernità e che oggi, a torto o a ragione, sembra a molti essere in una crisi irreversibile. La sottolineatura del nesso sovranità-statalità-nazionalità è propria di molti autori, cosiddetti “realisti”, quali, tra gli altri, Alan James⁵, F.H. Hinsley⁶, o di marxisti come J. Rosenberg⁷, i quali, però, implicano una

³ Cfr. CHARLES DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1955, II ed., pp. 286 ss. Cfr. anche, da un punto di vista giusfilosofico, PIETRO PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953.

⁴ Ovvio il riferimento al saggio di F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957

⁵ A. JAMES, *Sovereign Statehood*, London, Allen & Unwin, 1986.

⁶ F.H. HINSLEY, *Sovereignty*, II ed., Cambridge, Cambridge University Press,

identificazione tra Stato e nazione che non è logicamente dimostrabile, anche se storicamente forte. La verità è che la sovranità sarà sempre un problema insolubile fino a quando essa verrà legata strettamente ai concetti di Stato e di nazione, il che è giusto da un punto di vista storico-fenomenologico, ma problematico da un punto di vista concettuale ed anche politico *tout court*. Se anche, forse, il termine è moderno, il concetto è antico e non è detto che con questo termine non si possa continuare ad esprimere l'antico significato, l'esserci sempre, in tutte le forme associative, un potere supremo, un'autorità suprema; i Romani non parlavano di "sovranità", ma di *summum imperium*, che non è altro che ciò che noi intendiamo, in definitiva, con il termine "moderno" di sovranità. La sovranità è inerente, di fatto, ad ogni tipo di esercizio del comando politico e fino a quando si pensa che vi sarà comando politico, vi sarà sovranità. Essa potrà certo essere nascosta, camuffata, esercitarsi su campi a lei precedentemente estranei, ma non per questo cesserà di esistere e ciò anche nello Stato di diritto, cioè in una forma di Stato che si vuole subordinata al diritto e che caratterizza oggi la civiltà occidentale. Come ha osservato nel suo fondamentale lavoro, *L'essence du politique*, un allievo di Carl Schmitt, Julien Freund, «il y a un domaine spécifique du droit et un autre de la politique qui ne coïncident pas, d'où conflits possibles entre les deux [...] Aucun système juridique n'est en mesure d'abolir la volonté politique originelle et arbitraire du commandement. Ce raisonnement est en lui-même suffisant pour régler définitivement la question de la juridicité de la souveraineté [...] La raison juridique est de la procédure, non de la puissance. Autrement dit, l'expression de 'souveraineté du droit' n'a d'autre sens que de légitimer un pouvoir, non de le constituer»⁸.

1986, pp. 17 ss. sulla stualità precisamente come «necessary condition» della sovranità.

⁷ JUSTIN ROSENBERG *The Empire of Civil Society*, London, Verso, 1994.

⁸ JULIEN FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1986, pp. 122-123. La posizione di Freund, che vuole restituire il concetto di sovranità al campo della politica, è però giusta, a nostro avviso, soltanto nella misura in cui il riferimento è ad un diritto inteso in maniera esclusivamente "normativa", ad un diritto, cioè, che

La sovranità, dunque, non soltanto non ci sembra un concetto eliminabile dalla vita dei popoli, degli Stati, dalla storia del mondo, ma, per certi aspetti, una sua “rimozione” – come voleva Kelsen nel *Problema della sovranità* – potrebbe oggi addirittura risultare, a nostro avviso, deleteria, perché rischierebbe in definitiva di raggiungere il risultato contrario a quello che si vorrebbe raggiungere, perché si finirebbe con l’occultare ideologicamente i rapporti sostanziali che si danno tra i popoli, gli Stati, e così via, che sono ancora (e che forse saranno sempre) rapporti di forza e/o di potenza, anche quando espressi nel linguaggio della tecnica o dell’economia.

La nostra posizione è dunque, almeno in prima approssimazione, contraria all’idea sostenuta da Kelsen – e prima di lui, come vedremo, dal giurista olandese Hugo Krabbe⁹ – della “sovranità del diritto”, meglio, in Kelsen, della sovranità dell’ordinamento giuridico internazionale, della *civitas maxima*; la posizione di Kelsen e di Krabbe è quella di due difensori dello Stato di diritto e dell’universalismo pacifista in un periodo storico particolare. Noi crediamo che la critica di questi autori al dogma della sovranità statale sia però utile anche ai fini di una rivendicazione di una sovranità diversa dalla sovranità quale si è costruita a partire da Bodin, di una sovranità “tradizionale”, che rinvia anche ad un fondamento etico, insomma di una sovranità nuova, nella fattispecie dell’Unione Europea che si va costruendo, fondata sul principio di sussidiarietà e di

si vuole esso stesso “non-politico”, come pretende Kelsen. Se però il diritto viene considerato nella sua natura complessa, non soltanto formale, ma come aspetto della vita, la sovranità è un concetto che rientra a pieno titolo nel mondo del diritto.

⁹ H. KRABBE, *Die Lehre von der Rechtssouveränität. Beitrag zur staatslehre*, Groningen, Wolters, 1906. Di questo autore vedi anche *Die moderne Staatsidee*, Den Haag, Nijhoff, 1919 (reprint, Aalen, Scientia, 1969) e *Kritische Darstellung der Staatslehre*, Den Haag, Nijhoff, 1930, nonché il saggio *L’idée moderne de l’État*, in «Recueil des Cours de l’Académie de droit international», Paris, Librairie Hachette, 1926, Tome 13, III, pp. 505-581 (trad. it. a cura di G. Stella, *L’idea moderna dello Stato*, Roma, Aracne, 2000). Su Krabbe v. G. STELLA, *Il “nuovo principe”: la sovranità del diritto secondo Krabbe*, Postfazione a KRABBE, *L’idea moderna dello Stato*, cit.

decentramento. È certo un mero discorso ottativo, ma, crediamo, legittimo. Ed anche, forse, fornito di una certa novità, nella misura in cui alcuni aspetti della posizione kelseniana – a partire dalla critica al dogma della sovranità statale – potranno essere fatti valere nell’idea che la sovranità senza soggetto – senza Stato – può però concretamente vivere in un ordinamento giuridico fondato sulla coesistenza pacifica delle varie nazioni (grandi e piccole). Non si tratta, cioè, tanto, di far rivivere l’universalismo pacifista di Kelsen, quanto un pensiero giuridico-politico che certamente aveva le sue radici nell’esperienza sovra-nazionale dell’Impero austro-ungarico, che, a nostro avviso, potrebbe costituire oggi un modello per la costruzione politica dell’Europa.

Al problema della sovranità, com’è noto, Kelsen ha dedicato un’opera particolare, disponibile anche in lingua italiana (unica traduzione in lingua straniera, a quanto ci risulta), pubblicata nel 1920 ma redatta, stando alle sue stesse affermazioni, già nel 1916¹⁰, quindi in piena vigenza dell’ordinamento austro-ungarico. Le date, in questo caso, sono rilevanti anche ad altri fini, perché argomenti apparentemente vicini a quelli di Kelsen erano stati esposti da Krabbe¹¹ nel 1906, in un’opera del

¹⁰ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1920, 1928², Aalen, Scientia, 1981 (trad. it. a cura di A. Carrino: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989). Su questo testo si vedano i saggi raccolti in AA. VV., *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, Esi, 1990; A. CARRINO, *Kelsen e il tramonto della sovranità*, in ID., *Sovranità e costituzione*, cit., pp. 45-111. Cfr. anche, per ultimo, D. ZOLO, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in “Filosofia politica”, anno XII, n. 2, 1998, pp. 187-208.

¹¹ H. KRABBE, *Die Lehre von der Rechtssouveränität. Beitrag zur staatslehre*, Groningen, Wolters, 1906. Di questo autore vedi anche *Die moderne Staatsidee*, Den Haag, Nijhoff, 1919 (reprint, Aalen, Scientia, 1969) e *Kritische Darstellung der Staatslehre*, Den Haag, Nijhoff, 1930, nonché il saggio *L’idée moderne de l’État*, in «Recueil des Cours de l’Académie de droit international», Paris, Librairie Hachette, 1926, Tome 13, III, pp. 505-581 (trad. it. a cura di G. Stella, *L’idea moderna dello Stato*, Roma, Aracne, 2000).

resto oggetto di esposizione e critica da parte dello stesso Kelsen in questa sua opera¹².

Gli autori – filosofi e internazionalisti – che avevano affrontato il problema prima di Kelsen avevano studiato il tema della “sovranità” sempre in funzione dello Stato, dello Stato moderno come si era sviluppato a partire dagli albori della modernità. I giuristi, in particolare, si limitavano ad affrontare il problema nei termini della pertinenza o meno della sovranità allo Stato quale suo elemento essenziale e specifico, ponendo poi – tutte le volte che risolvevano la questione in senso affermativo – il problema delle conseguenze che avrebbero dovuto trarsi da questa affermazione¹³.

Rispetto agli autori che lo hanno preceduto, Kelsen studia la sovranità in sé e per sé, al fine di stabilirne la portata teorica. Ed è proprio grazie a questo metodo che lo studio del problema della sovranità entra in una fase nuova del dibattito, nella quale, a distanza di qualche anno, sarebbero entrati in forze, con le loro proprie posizioni, ben diverse da quelle di Kelsen, autori come Carl Schmitt¹⁴, Hermann Heller¹⁵, Otto

¹² Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit., ai §§ 5, 6, 31, 39 rispettivamente pp. 22-31, 126 Anm. 1), 167-168 Anm. 1) (trad. it. cit., pp. 34-47, 185 n. 7, 244-247 n. 23).

¹³ Una sintesi del dibattito dell’epoca sul problema della sovranità è nel volume di J.L. KUNZ, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1929, pp. 5 ss., 21 ss.

¹⁴ Sulla concezione schmittiana della sovranità cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 333 ss., e bibliografia ivi citata. Cfr. anche M.W. HEBEISEN, *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995.

¹⁵ Cfr. HERMANN HELLER, *La sovranità dello Stato ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987. Su Heller cfr. per ultimo l’interessante lavoro di ALBRECHT DENHARD, *Dimensionen staatlichen Handelns. Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers*, Tübingen, Mohr, 1996, e la bibliografia ivi citata. È fatto noto ai giuristi europei che la famosa sentenza-Maastricht della Corte costituzionale tedesca ha fatto riferimento – secondo alcuni in maniera non molto appropriata – alla dottrina dello Stato di Heller.

Kirchheimer¹⁶ e molti altri. Ma è soltanto con Kelsen che la dottrina dello Stato entra nella fase propriamente “critica” e “auto-critica”, sforzandosi, cioè, di cogliere i presupposti logici della propria concettualizzazione con il sottolineare la rilevanza e la primazia del problema metodologico. In questa ottica, il problema della sovranità quale problema-cardine della dottrina dello Stato viene da questa enucleato per potervi poi essere riportato al fine di una disamina logico-dogmatica che mette in questione la stessa dottrina dello Stato, risolta alla fine in una dottrina del diritto statale (*Staatsrecht*) ovvero dello Stato-di-diritto (*Rechtsstaat*) in senso specificamente kelseniano: di una dottrina dello Stato “senza Stato”, che in definitiva equivale ad una scienza di un oggetto che si auto-dissolve nel momento stesso in cui lo si vuole conoscere (in maniera assai più drammaticamente radicale di quanto accade nella metodologia dei filosofi neokantiani)¹⁷.

Questa ottica “pangiuridica”, che pure potrebbe trovare un antecedente nel giurista olandese Krabbe, resta, a nostro avviso, specificamente kelseniana. È certamente vero, come ammette lo stesso Kelsen, che con la sua teoria della sovranità del diritto Krabbe inaugura una prospettiva e un metodo di ricerca nuovi, ma la posizione di Krabbe si limita, com’è noto, al diritto dello Stato e non si apre alla prospettiva del diritto universale, sicché, da questo punto di vista, la posizione kelseniana resta pionieristica nell’idea di un primato – fondato nella logica e nel pensiero – del diritto internazionale, della “*civitas maxima*”¹⁸.

La sovranità, infatti, può conservare una sua dignità concettuale

¹⁶ Su Kirchheimer cfr. W. LUTHARDT, *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*, Opladen, 1986, pp. 70 ss.; J. PERELS, *Otto Kirchheimer (1905-1965). Demokratischer Marxist und Verfassungstheoretiker*, in KRITISCHE JUSTIZ (Hg.), *Streitbare Juristen? Eine andere Tradition*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1988, pp. 401-414.

¹⁷ Sul punto cfr. l’eccellente lavoro di GÜNTHER WINKLER, *Teoria del diritto e dottrina della conoscenza. Per la critica della dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1994.

¹⁸ Cfr. sul punto le considerazioni di un allievo di Kelsen, oggi ingiustamente dimenticato: JOSEF L. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1922.

soltanto se la sua sostanza viene sottratta al destino che le ha affidato il pensiero moderno, se non viene limitata al quadro dello Stato nazionale; e proprio in questa ottica la posizione di Kelsen, critica del dogma della *sovranità statale*, può, a nostro avviso, acquistare un'attualità finora impensata nella misura in cui, appunto, la sovranità, sottratta alla dimensione dello Stato-nazione, può essere riaffermata in un ambito sovranazionale, per esempio europeo: se è vero che la sovranità nazionale sembra essere morta¹⁹, al contrario, l'idea e il concetto della sovranità non possono essere considerati morti con essa, nella misura in cui, innanzitutto, si possono trovare tracce di una idea di sovranità nel pensiero politico antico; inoltre, un ordinamento giuridico europeo non può, in definitiva, sopra-ordinarsi a quelli statuali soltanto semplicemente rivendicando una sua sovranità. A questo fine, funzionale è l'idea kelseniana della sovranità del diritto internazionale, ovvero, meglio, del *jus gentium*, o, se si vuole, di un fondamento meta-giuridico della compagine giuridica.

Nelle pagine che seguono cercheremo di trarre tutte le conseguenze logiche che ineriscono a questa posizione, anche oltrepassando le considerazioni kelseniane, ossia superando l'idea del presunto «positivismo» kelseniano, la cui problematicità è stata sottolineata già da molti autori, da Virally²⁰ a Carrino²¹.

Prima del *Problem der Souveränität*, abbiamo già osservato, la sovranità era un concetto riservato alla persona statale, di cui si stava proprio allora terminando in dottrina la costruzione dogmatica²². Il

¹⁹ A dire il vero, le cose sono più complicate: da un lato, infatti, sembra riaffermarsi sempre più la sovranità universale degli Stati Uniti d'America, dall'altro gli stesso Stati europei appaiono talvolta, nonostante la perdita di poteri a favore dell'Europa, voler rivendicare la loro originaria sovranità, se non altro quando si tratta dei diritti fondamentali racchiusi nelle costituzioni nazionali (ma, in realtà, le intenzioni vanno certamente oltre).

²⁰ Cfr. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LG.D.J., 1998 (1960).

²¹ Cfr. A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Esi, 1992 (Terza edizione ampliata).

²² Su questo processo nella scienza del diritto pubblico e nella dottrina dello Stato tedesche dell'Ottocento, cfr. M. FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen*

termine indicava, in dottrina, sia il potere statale in quanto tale sia una “qualità” di questo stesso potere. Coloro che per primi usarono il termine ne fecero un attributo del potere statale – ovvero del potere regio –, destinato a segnare la sua sovraordinazione e la sua indipendenza, la sua non-derivabilità, per restare nell’ambito della terminologia kelseniana. L’autorità del re “sovrano” era superiore a quella dei suoi sudditi e al di sopra di essa vi era soltanto l’autorità di Dio. La sovranità, così intesa, aveva dunque un carattere puramente formale: la sua applicazione al potere regio non conferiva a quest’ultimo alcuna delle sue prerogative, ma si limitava a fissare il suo rango, la sua importanza, il suo valore in rapporto agli altri poteri.

Questo significato puramente formale del concetto di “sovranità” si oscura con Bodin²³, ideologo dei regni territoriali, degli stati moderni in formazione, per il quale la sovranità non implicava soltanto un potere illimitato, assoluto e supremo appartenente allo Stato in qualità di diritto originario, ma comportava un contenuto positivo che comprendeva – di contro ai diritti regi dello Stato-fisco – tutti i diritti primari necessari al governo di uno Stato. Questo contenuto implicava comunque certi caratteri quali l’indipendenza assoluta, la indivisibilità – concetto, questo, che i costituenti della Rivoluzione francese avrebbero eretto a simbolo ed emblema della loro prassi politica –, che si addicono soltanto alla sovranità intesa in senso formale. Nella misura in cui la sovranità materiale non è che un insieme di competenze, è chiaro che essa può essere divisa, tanto che lo Stato decentralizzato e lo Stato federale ne costituiscono esempi concreti e storicamente positivi.

La dottrina trovò i motivi sufficienti per reagire ed impedire che lo stesso termine fosse inteso in due accezioni così diverse. La maggior parte degli autori nega che la sovranità debba essere usata soltanto in

Staatsrechtswissenschaft, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 174 ss., 206 ss.

²³ Su Bodin si vedano JEAN MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le Droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l’histoire*, Paris, Vrin, 1933; GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, Puf, 1989 Y.C. ZARKA (sous la dir.), *Jean Bodin. Nature, histoire, droit et politique*, Paris, Puf, 1996.

senso formale²⁴, conformemente alla etimologia del termine. Inoltre, si dà, al fine di definire la sovranità in senso materiale, un'espressione molto più comprensiva: quella di "potere statale" o "potere pubblico", mentre la sovranità in senso formale non avrebbe alcun sinonimo soddisfacente.

Potrebbe oggi sembrare insignificante discutere, a proposito della sovranità, se essa possa essere intesa anche in senso materiale, considerato che da più parti si discute della sua fine; tuttavia, anticipando le conclusioni di questa ricerca, cioè la presenza sussistente della sovranità se non più a livello nazionale almeno a livelli sovra-nazionali o inter-nazionali, va ricordato che non sono mancati, anche in passato, giuristi, dottrinari dello Stato e filosofi del diritto che hanno rivendicato la possibilità di un uso "sostanziale" del termine "sovranità"; tra questi, va ricordato Duguit, che pure molti associano alla dottrina pura di Kelsen su un versante certo meno formalista – e non a caso –, il quale sostenne argomentativamente la tesi della "materialità" del termine 'sovranità'²⁵. La sovranità, secondo Duguit, è il potere stesso o, piuttosto, una volontà, che possiede la particolarità di determinarsi da sé.

Applicata ad un potere, la sovranità, presa in senso formale, significa che questo potere è il potere supremo, vale a dire che tutto gli è

²⁴ JELLINEK, *Lehre von den Staatenverbindungen*, 1982, reprint Aalen, Scientia Verlag, 1976, p. 266; ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, Dritte Auflage, 1914, pp. 475-481; REHM, *Handbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart*, 1899, p. 61; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922, t. I, pp. 75 ss. Su Carré de Malberg cfr. G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Ed. du CNRS, 1985.

²⁵ Cfr. L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté*, Paris, Alcan, 1922, pp. 6 ss. Bisogna ricordare che Duguit e Kelsen, per vie pure molto differenti tra loro, sembrano arrivare alle stesse conclusioni: l'uno e l'altro riconducono il diritto ad un sistema di regole oggettive, cioè obbligatorie per se stesse, senza il soccorso di alcuna volontà imperativa. Essi concordano anche nell'applicare queste norme direttamente agli individui, eliminando il concetto di soggetto giuridico. Su Duguit cfr. il saggio di HAROLD J. LASKI, *M. Duguit's Conception of the State*, in *Modern Theories of Law*, London, Oxford University Press, 1933, pp. 52-67.

subordinato e che esso non è subordinato a nulla. La sovranità ha dunque un significato positivo ed un significato negativo. Nel significato positivo, essa è supremazia; in quello negativo, indipendenza. Applicando la sovranità allo Stato, si parla di una sovranità esterna e di una sovranità interna, nel senso che lo Stato avrebbe la supremazia all'interno del suo territorio (significato positivo) e sarebbe, all'esterno, indipendente da tutti gli altri Stati (significato negativo). Nell'uno e nell'altro significato si tratta della sovranità formale. Questa – abbiamo detto – dà al suo soggetto una posizione di superiorità. Si tratta di una superiorità relativa o di una superiorità assoluta? Etimologicamente, la sovranità ha il senso di un comparativo. Sin dall'inizio, però, la dottrina l'ha usata nel senso di un superlativo.

Ciò ha dato luogo, col passare del tempo, a qualche difficoltà. È possibile, ci si è chiesto, riconoscere una sovranità assoluta a tutti gli Stati? Per certi tipi di Stato rinunciare alla sovranità non è stato un problema: così, ovviamente, per gli Stati membri di uno Stato federale, per i cosiddetti “protettorati” e così via. Senonché, la sovranità veniva considerata come un elemento essenziale dello Stato, sicché bisognava – e bisognerebbe, concettualmente – scegliere: radiare questi tipi di Stato dal novero degli Stati in senso proprio o non considerare più la sovranità come un elemento essenziale dello Stato.

I dottrinari dello Stato hanno deciso nel secondo senso, preoccupati di mantenersi fedeli e attinenti alla realtà data. Le costituzioni dei cantoni svizzeri, degli Stati tedeschi del Secondo Reich, dovevano evidentemente corrispondere a delle costituzioni di tipo “statale”, e tuttavia certe loro disposizioni, la loro stessa origine, erano incompatibili con l'idea di una sovranità assoluta. Non è un caso che proprio dalle problematiche suscitate dalla questione della “stualità” degli Stati che componevano il Secondo Reich tedesco nacque la disciplina che noi chiamiamo oggi “dottrina dello Stato” e ciò già sulla base delle discussioni svoltesi tra Gerber e Laband²⁶, superate poi da Jellinek.

²⁶ Su questa controversia, nell'ambito di una più ampia ricostruzione del significato del positivismo della scienza giuspubblicistica tedesca a metà

I giuristi, seguendo in ciò Jellinek²⁷, si convertirono all'idea che lo Stato in sé non è necessariamente sovrano, secondo una sovranità assoluta, che lo Stato unitario è il solo tipo di Stato che possa pretendere a questa sovranità – anche se va detto che lo Stato è, per sua genesi, tendenzialmente unitario, accentrato, altrimenti questa forma specifica della modernità politica non avrebbe il senso che pure gli compete. Ciò costrinse i giuristi tedeschi tra Otto e Novecento a cercare un altro carattere essenziale – diverso dalla sovranità – dello Stato, per differenziarlo come tale, in tutti i suoi tipi, dalle altre corporazioni pubbliche territoriali, i comuni, le province e così via.

Al fine di dare fondamento alla pretesa di una non-essenzialità della sovranità nelle ricerche di diritto pubblico, si cercò di dimostrare da più parti che la sovranità, in senso assoluto, non è adeguata ai caratteri empirici dello Stato moderno²⁸, nemmeno di quello più centralizzato.

L'idea di ridurre la sovranità dello Stato ad una semplice sovranità relativa, compatibile con i differenti tipi di Stato e di conservare così anche allo Stato subordinato questo attributo tradizionale non trovò rappresentanti in Germania, né in Francia; qualche eco, forse, è riscontrabile nella Confederazione Elvetica, proprio per la sua specifica tradizione federalista²⁹.

Oltre a ciò, il problema della sovranità sembrò perdere interesse per la scienza giuridica dal momento in cui non fu più possibile considerare la

Ottocento e nei decenni della costruzione del II Reich, cfr. l'interessante e per molti versi originale ricostruzione di WOLFGANG PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen, Mohr, 1993, pp.206 ss. (ma cfr. anche pp. 135 ss. e *passim*).

²⁷ Cfr. G. JELLINEK, *Staatenverbindungen*, cit., pp. 13, 14, 37; P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, Mohr, 1907, p. 18.

²⁸ H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin, J. Springer, 1889, Einleitung, § VI, pp. 101 ss. 131, 208. Su Preuss cfr. ora, nella letteratura italiana, S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, Il Mulino, 1999.

²⁹ Cfr. sul punto T. FLEINER-GERSTER, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, Springer, 1997.

sovranità come un elemento essenziale dello Stato. Probabilmente, il saggio di Krabbe sulla sovranità del diritto sarebbe rimasto l'ultimo grande lavoro sulla sovranità, se Hans Kelsen, partendo dalle condizioni specifiche dell'ordinamento giuridico austro-ungarico non avesse portato all'estremo il discorso sulla crisi della sovranità, per utilizzarlo al fine di una totale *reductio ad formam* del diritto. In altre parole, Kelsen ha inserito la sovranità come carattere essenziale della sovranità statale al fine di cogliere la dissolvibilità giuridica dello Stato stesso: attraverso la critica al dogma della sovranità, Kelsen opera una dissoluzione dello Stato in ordinamento giuridico, della sostanza in funzione³⁰, del potere in diritto. Il problema della sovranità diventa così, in ultima istanza, quello della democrazia, di una democrazia possibile: non è un caso che contemporaneamente al libro sulla sovranità appaia la prima edizione del famoso saggio kelseniano su «essenza e valore della democrazia»³¹. Ma per dissolvere lo Stato-sovrano, per far valere il valore della democrazia, reale, possibile (ovvero rappresentativo-parlamentare), Kelsen deve innanzitutto porre e porsi il problema cardine della sua dottrina, il problema della unità dell'ordinamento giuridico, della sistematizzazione scientifica del diritto e della «costruibilità» di un ordinamento giuridico coerente ed unitario.

Non si tratta, in questa sede, di sostenere la fondatezza della metodologia kelseniana, la quale, a distanza di decenni, è sostanzialmente datata. Si tratta, invece, innanzitutto, di comprenderla in ciò che di fondamentalmente dottrinale essa contiene perché oggi certamente di dottrina vi è bisogno di fronte a problemi come quello della sistematizzazione di concetti ancora informi prodotti da fenomeni nuovi quali l'unificazione europea, nonché della dissoluzione della vecchia statualità nazionale, con i suoi dogmi, *in primis* quello della volontà intesa come fonte privilegiata del diritto. Del resto, la dottrina di Kelsen,

³⁰ Cfr. sul punto A. CARRINO, *L'ordine delle norme*; cit., pp. 227 ss.; R. RACINARO, *Cassirer e Kelsen*, in ID., *Esperienza, decisione, giustizia politica*, Milano, Angeli, 1997, pp. 251-263.

³¹ H. KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, 1920 (trad. it. in ID., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1995).

che paradossalmente ha trovato sostenitori accaniti proprio in Italia negli ultimi decenni, a partire da Bobbio e dalla sua scuola o da coloro che hanno creduto di potersi rifare all'insegnamento del maestro torinese, fu sottoposta a critiche feroci, taglienti e penetranti appena apparsa; poiché queste critiche, da quella di Carl Schmitt a quella di Erich Kaufmann, a quella di Hermann Heller, sono in gran parte note agli studiosi, qui ci limitiamo a ricordare un autore tra i meno citati, perché più giurista e dottrinario dello Stato in senso classico che filosofo del diritto, F. Jerusalem – autore di un testo classico sullo Stato³² – il quale nel 1925³³, appena pubblicata la *Allgemeine Staatslehre* di Kelsen, cercò di mostrare quanto di artificiale e di arbitrario vi fosse nella costruzione di Kelsen, proprio a causa di quei postulati politici nascosti, ma per più versi produttivi di ideologia, che sono alla base e all'interno della dottrina kelseniana. Non c'è un solo ed unico metodo giuridico giusto, sosteneva Jerusalem, e nessun giurista si limiterebbe mai ad applicare, nella sua pratica concreta, un solo metodo. Kelsen, a suo avviso, adoperava il metodo che più si adattava alla sua mentalità logicista di giurista formalista, quello dei giuristi incaricati di interpretare il diritto, i quali risalgono da una norma sempre ad un'altra norma. Kelsen, continuava Jerusalem, quando non trova più regole positive risale ad una norma immaginaria, originaria (*Urnorm*), ma sempre, come i giuristi operatori del diritto, egli si astiene dichiaratamente dal giudicare il contenuto del diritto, semplicemente accusando di giusnaturalismo tutti coloro che invece vorrebbero occuparsi di contenuto.

Questa critica di Jerusalem, da lui ripresa in *Der Staat*, indipendentemente da certe asprezze di giudizio, si segnala, per un dato comune, del resto, ad altri interpreti di Kelsen, prescindendo poi dal fatto che egli li prendesse o meno in considerazione – pensiamo qui a W. Jöckel³⁴ –, interpreti che sottolinearono in particolare la centralità del

³² F. JERUSALEM, *Der Staat. Ein Beitrag zur Staatslehre*, Jena, G. Fischer, 1935.

³³ F. JERUSALEM, in "Zeit. f. die gesamm. Staatswissenschaft", Bd. 80, Heft 4, 1925, pp. 664 ss.

³⁴ Cfr. W. JÖCKEL, *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode*, 1930, reprint

metodo nella teoria kelseniana. Nelle pagine immediatamente seguenti affrontiamo, perciò, in breve, questo punto, poiché soltanto attraverso una chiarificazione del problema metodologico si potrà giungere ad una comprensione piena della critica kelseniana al dogma della sovranità.

Aalen, Scientia Verlag, 1981, un testo brillante di ricostruzione e critica del pensiero kelseniano, che paradossalmente non ebbe un rigo di commento da parte di Kelsen, il quale pure operava sulla base di un metodo fondamentalmente critico delle posizioni e delle opere altrui.