

SOVRANITÀ**

Fra gli avi di Tallyerand si risale al leggendario Aldeberto. A lui è attribuita una risposta, intorno all'anno 1000. Ugo Capeto gli chiede: «Chi ti ha fatto conte?». Aldeberto risponde: «Chi ti ha fatto re?». Il punto pericoloso per ogni sovranità, è la sua origine...La sovranità può essere attaccata riconducendola all'origine, ma la sovranità vince la sua ordalia quando rifiuta di render conto, se non a qualcosa («Diou») su cui nessuno può contare.

L'ideologo Sieyès era ridicolo agli occhi di Napoleone, ma Napoleone appariva goffamente arcaico agli occhi del finanziere Ouvrard, perché non aveva saputo riconoscere la potenza che si apprestava a oscurare ogni Impero: il credito.

R. Calasso, *La rovina di Kasch*, Milano (1983), 1984, 81, 67.

Sommario: 1. Un'introduzione. Le origini del concetto nella storia del pensiero politico: cenni. – 2. La sovranità, il suo fondamento ed i suoi limiti. Costituzione e diritti: il ruolo della giurisdizione e della giustizia costituzionale. – 3. Sovranità in assenza di Costituzione scritta: the Sovereignty of Parliament nel sistema costituzionale del Regno Unito. – 4. Segue: Judicial Review, Sovereignty of Parliament e Common Law. Il diritto europeo e le giurisdizioni – 5. Sovranità popolare, autorità politica, governo. – 6. Sovranità, sovranità popolare, Costituzione: la questione della legittimazione del potere politico (per una sociologia della Costituzione: rinvio).

1. Un'introduzione. Le origini del concetto nella storia del pensiero politico: cenni.

Il riferimento ai meri “cenni” per richiamare le origini e la fortuna del concetto di “sovranità” nel pensiero politico moderno non è rituale. La prospettiva di questo contributo, per l'occasione che ne è all'origine e per il contesto di riflessione nel quale si colloca non è, infatti, quella di tentare di rielaborare una sorta di voce enciclopedica sull'argomento, dalle origini

* Ordinario di Diritto costituzionale nell' Università degli Studi “G. d'Annunzio” di Chieti e Pescara.

** Relazione svolta in occasione 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.

ai giorni nostri¹. Per provare a riflettere, infatti, sulle sorti di questa fondamentale categoria negli sviluppi del pensiero giuridico contemporaneo; e per tentare almeno di interrogarci su cosa sia rimasto della sua originaria dimensione teorica, su quale sia cioè la sua possibile proiezione storica e quali significati tale nozione possa assumere nello studio del fenomeno giuridico, è indispensabile scegliere uno specifico approccio tematico. Una prospettiva che, ad un tempo, riduca sia le linee di sviluppo dell'analisi, che i margini della riflessione e della sua dimensione storica a pochi, apodittici, assiomi. Lo spettro delle questioni sullo sfondo è, infatti, estremamente ampio e variegato: quale ne sia il significato attuale; quanto forte sia tuttora il nesso della nozione con il fenomeno statale; quale ne sia l'eventuale ruolo epistemologico e, ancor più difficile da ipotizzare, la effettiva collocazione nel sistema degli strumenti teorici per l'analisi degli sviluppi del diritto statale e del costituzionalismo; quanto incida il suo denotato sulle categorie fondamentali del diritto pubblico contemporaneo; se ne siano ipotizzabili il fondamento ed i limiti, e così via.

Si procederà, perciò, lungo specifiche linee di riflessione a meno che, ovviamente, non si renda occasionalmente necessaria qualche incursione su aspetti e prospettive ulteriori, laddove occorrono rinvii a specifiche vicende, o puntuali elementi "di fase" in riferimento all'importante eredità di questa categoria. La quale è nata, e si è parallelamente evoluta, in una con le origini e la storia dello stesso fenomeno statale e, quindi, fino a non molti anni fa – e direi, tuttora, salvo la consapevole presa d'atto della relativa lunga e indefinita *crisi*² – dello stesso fenomeno giuridico, se non *come tale*, almeno nei suoi connotati essenziali propri dell'epoca moderna³ e contemporanea⁴.

Un primo punto fermo che si intende qui assumere, pertanto, è la coincidenza temporale che caratterizza la stessa genesi materiale – se non teoretica – del diritto pubblico⁵, tra

¹ Così, esemplarmente, nelle diverse prospettive, E. Cortese, voce *Sovranità (Storia)*, in *Enc.dir.*, XLIII, Milano, 1990, 205 ss.; M.S. Giannini, voce *Sovranità (Diritto vigente)*, *ibidem*, 224 ss.; G. Berti, *Sovranità*, in *Enc.Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 1067 ss.; oltre ai saggi di M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, spec. 151 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv.dir.cost.*, 1996, 3 ss.; e di G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, 1.1 *Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, 2006, 251 ss., ma già Id., *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass.dir.pubbl.*, 1965, 269 ss.; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, ai quali si rinvia anche per un secondo fondamentale profilo di indagine che non si potrà condurre in questa sede: la ricognizione della importantissima letteratura storica e di storia del pensiero politico e giuridico sull'argomento, in esse richiamate, analizzate e discusse (si pensi agli studi di de Jouvenel, Bryce, Calasso, Carlyle, Skinner, Heller, Kelsen, Schmitt, Crosa, Gueli, Ullmann, Galizia, Piano Mortari).

² M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv.dir.cost.*, 1996, 124 ss.; G. Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, 211 ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, spec. 50 ss.; G. de Vergottini, *La persistente sovranità*, in Aa.Vv., *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe La Torre*, III, Torino, 2014, 1373 ss.; nonché, *si parva licet*, F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000.

³ Come già la celebre riflessione di Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in Id., *Scritti minori*, I, (1959), rist., Milano, 1990, 379 ss., nonché già in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 5 ss.

⁴ Si pensi alla prospettiva di riflessione di cui al saggio di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

⁵ Rinvio alla approfondita ed interessantissima analisi storica di M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., spec. 17 ss., 50 ss.

la formazione delle entità statali e la comparsa del concetto di *sovranità*⁶ soprattutto, come vedremo più avanti, con riferimento alla genesi dei concetti e delle astrazioni teoriche (rispetto agli effettivi, concreti, titolari del potere politico ed alla definita e conchiusa proiezione territoriale dell'entità statale). Come punto di partenza acquisito potremmo, così, condividere l'idea che "State and sovereignty emerge as concepts of modern Western rationalism"⁷.

Del resto la coincidenza, fenomenica prima che teorica, del momento della prima apparizione consapevole, nel pensiero giurpolitico moderno, delle due categorie è testimoniata dalla comparsa, proprio nella fase della presa d'atto dell'ormai intervenuto tramonto del regime feudale in Europa, di quelle opere che unanimemente incarnano le riflessioni scientifiche considerate all'origine dell'elaborazione concettuale della nozione di sovranità. Mi riferisco, come è ovvio, alle opere di Bodin ed Hobbes⁸. Ma al di là di questi doverosi richiami, e salve le incursioni necessarie a sostenere l'analisi che si intende proporre, è sulla sopravvivenza dell'utilità del concetto che svolgeremo la nostra riflessione che tenderà, come vedremo, a discostarsi dal fondamentale ed originario nesso tra sovranità e stato⁹ (moderno), per tentare di articolare un percorso di analisi che ne utilizzi il paradigma storico e teorico al fine di illuminare il fenomeno contemporaneo del potere politico. Ciò sia con riferimento al fondamento delle sue manifestazioni correlate all'esercizio della funzione di governo; così come nelle interrelazioni di esso con le costituzioni ed i sistemi costituzionali; nonché nei suoi rapporti con le giurisdizioni, interne ed internazionali; e in relazione alla sua proiezione territoriale. Alla ricerca dei fondamenti e dei limiti di resa del potere, che la sovranità tradizionalmente incarna, rappresenta e, come subito vedremo, legittima. Per verificare l'importanza contemporanea di questa categoria anche nello studio del diritto pubblico e dei processi di integrazione tra ordinamenti. Nonché nell'osservazione delle interferenze tra società e potere politico, reciproco fondamento l'una dell'altra, così come reciproco è il rispettivo ruolo di parametro di definizione e, al contempo, limite.

Uno degli ambiti contemporanei di riflessione più frequenti, in relazione al tema della sovranità, muovendo dall'analisi delle trasformazioni in atto nel sistema delle istituzioni statali di governo, focalizza il punto di osservazione sugli elementi di sovrapposizione e contatto tra

⁶ C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 21 ss.

⁷ M. Loughlin, *Why Sovereignty?*, in R. Rawlings, P. Leyland and A.L. Young (eds), *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*, Oxford, 2013, 34.

⁸ J. Bodin, *The six Bookes of a Commonweale*, London, (1606), 1903, Libro I, capp. VIII, 84 ss. e X, 153 ss.; T. Hobbes, *De cive* (1642), tr.it. a cura di N. Bobbio (1959), *Elementi filosofici sul cittadino*, Torino, 1988; Id., *Leviathan, or the matter, forme and power of a Commonwealth ecclesiasticall and civill* (1651), tr.it. del testo curato da C.B. Macpherson (1968), *Leviatano, ovvero la materia, la forma e il potere di uno Stato, ecclesiastico e civile*, a cura di T. Magri, Roma, 1976. Si v. M.S. Giannini, *ad vocem*, cit., 225; G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 7 ss.; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997, spec. 18 ss.; A. Baldassarre, *La sovranità dal cielo alla terra*, in Aa.Vv., *Metamorfosi della sovranità tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, a cura di G.M. Cazzaniga, Pisa, 1999, 61 ss.; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 17 ss.; B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, 46 ss.

⁹ V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 63 ss.

tale categoria ed il *governo*¹⁰. Generando una sintesi tematica semplificatrice tra la sovranità ed il governo, rimanendo altresì nell'orbita dell'ordinamento statale¹¹.

Così centrando, quindi, l'analisi sul potere politico¹², sulla capacità di questo di selezionare ed imporre i fini generali della propria azione e sulle modalità per il loro perseguimento, la disponibilità di spazi di manovra adeguati per il reperimento delle risorse necessarie, ecc. Insomma lo spazio, se non di libertà di azione, di discrezionalità politica ed i margini di potenziale arbitrio nei processi decisionali connessi all'esercizio delle funzioni (qualificate, appunto, come *sovrane*) di governo statale.

Questo punto di osservazione apre ad una importante serie di conseguenti problematiche. A partire dalla presa d'atto e dalla qualificazione al cospetto della sovranità (statale) degli importanti limiti all'esercizio della funzione di governo posti dalle costituzioni contemporanee e, con esse, dal sistema di istituti e garanzie quali sviluppo del principio della divisione dei poteri; quindi le interferenze della funzione di garanzia costituzionale affidata alle Corti; il ruolo delle giurisdizioni statali ed europee nella definizione di limiti e funzioni delle politiche pubbliche; l'articolazione territoriale della funzione di governo, nei sistemi federali in primo luogo, ma non soltanto in essi. Per considerare ancora la necessità che le istituzioni di governo statale debbano condividere con istituzioni sovrastatali regionali ed internazionali la responsabilità di scelte e decisioni – si pensi alla politica monetaria ed alle politiche finanziarie ed economiche – tipiche espressioni della tradizionale sovranità statale¹³; considerando pertanto anche la questione dei limiti alla resa delle decisioni c.d. "sovrane" in quanto esercizio della funzione di governo imposti, per lo meno di fatto, dai processi di integrazione dei mercati e dalla globalizzazione.

Non è immediatamente autoevidente, ma questo approccio reca sullo sfondo anche il conflitto – storico, direi, genetico del fenomeno stesso dello stato contemporaneo, ma potenzialmente attuale anche nelle forme di composizione degli ordinamenti odierni – tra la tradizionale concezione della sovranità *statale*, e la irruzione condizionante nella dimensione giuridica della sovranità *popolare*, origine e veicolo delle rivoluzioni borghesi di fine '700, e paradigma fondante del costituzionalismo del secondo Novecento. Spostando l'attenzione, nella nostra prospettiva di analisi, sull'incontro-scontro, il conflitto attuale o potenziale, la dipendenza – in una con la limitazione reciproca – tra sovranità e democrazia.

¹⁰ Lo segnala, ad esempio, criticamente M. Loughlin, *Why Sovereignty?*, cit., 35 ss.

¹¹ Non ho il tempo qui di argomentare oltre, ma questa sintesi tematica rischia di confondere i concetti di *sovranità* ed *autorità*, la cui acritica sovrapposizione può indurre ad una lettura del concetto tacciabile di approccio autoritario. Riprendendo sul punto le note teorizzazioni di Michel Foucault, si vedano infatti le riflessioni critiche di J. Morison, *'A Sort of Farewell': Sovereignty, Transition, and Devolution in the United Kingdom*, in R. Rawlings, P. Leyland and A.L. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, cit., 120 ss.

¹² Per semplicità espositiva sovrappongo momentaneamente le due nozioni di potere politico e istituzioni di governo, lasciando sullo sfondo la altrimenti indispensabile prospettiva di analisi proprio della nozione di "potere politico" come distinta dalle istituzioni di governo, da esse presupposta, ma a volte ad esse contrapposta, e che richiederebbe tra l'altro un'indagine ulteriore, in merito cioè alle relazioni tra potere politico e poteri privati, laddove titolari di attribuzioni ad elevato tasso di *politicalità*.

¹³ Qui riprendo il paradigma di cui alla riflessione di G. Ferrara, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. Labriola (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 657 ss.

Il che ci conduce, in chiave di possibile sintesi, ad una diversa concezione della “sovranià”, in quella che potremmo assumere come dimensione, funzione attuali del concetto. Una declinazione che ne disvela ad un tempo la indefettibilità per la sua consustanzialità al fenomeno giuridico (il diritto è *sovranià* articolata in norme); ed il carattere esteriore rispetto all’ordinamento, di cui rappresenta il fondamento ed il limite (la *sovranià* è lo strumento di legittimazione del diritto, il punto di riferimento esteriore e, conseguentemente, la sede di sintesi dei limiti del diritto stesso). La *sovranià* è, pertanto, essenzialmente un concetto di *relazione*¹⁴ tra entità fenomeniche diverse, intendendosi per tali non i diversi poteri statali, ma il sistema sociale complessivamente inteso e, via via nella storia, la religione, la politica, l’economia e il diritto.

In questo si compie un processo circolare, per il momento soltanto intuito, posto ma non ancora descritto, enunciato ma non ancora spiegato. La indefettibilità dell’elemento *sovrano* perchè il diritto, nel senso di un ordinamento dato, possa venire ad esistenza, articolarsi in norme giuridiche e sopravvivere, è deducibile da due fondamentali requisiti del fenomeno giuridico in quanto concretamente dato: la legittimità e la effettività¹⁵. L’una e l’altra presuppongono la sponda del Politico, perchè 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. Perchè essenza e “*scopo del diritto*” è “definire un *ordine sociale*”¹⁶, il che implica in sé la *capacità* e la forza di *ordinare*. Ma allo stesso tempo 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 *sovranià*, non può non tenere conto, prestando ossequio e disvelando una dipendenza essenziale dal proprio limite, che rappresenta allo stesso tempo il proprio fondamento, la propria sponda esteriore di legittimazione.

Perchè la *sovranià* assume a sua volta degli impegni, si obbliga, si veste in specifiche *forme* di esistenza visibile e di esercizio del suo proprio potere, compone legami e vincoli con altri soggetti sovrani, si autolimita quindi, e se del caso storicamente si *costituzionalizza*, proprio al fine di collocarsi in uno spazio definito¹⁷, distribuirsi ed adattarsi ad una determinata società che si trasforma, pertanto, in comunità politica. La *sovranià* assume, in sostanza, la forma ed i limiti funzionali alla sua propria stabilizzazione¹⁸, in chiave di processo di legit-

¹⁴ Questa importante considerazione è ricorrente in studi e contesti di riflessione molto differenti tra loro. Tra i tanti, ad esempio, C. Mortati, *Art. 1*, cit., 21; G. Silvestri, *La parabola della sovranià*, cit., 41 ss., con riferimento a quelli che potremmo definire “limiti di contesto”; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 7 ss.; G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, rist. 2005, 19, 36 ss., 46 ss., 72 ss., 91 ss., 99.

¹⁵ G. Silvestri, *La parabola della sovranià*, cit., 5, 8.

¹⁶ G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 22.

¹⁷ Riprendo, come è naturale, il celebre paradigma de “Il diritto come unità di ordinamento e di localizzazione”, di cui alla riflessione di C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, (1950), Berlin, 1974, tr.it. di E. Castrucci, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”*, Milano, 1991, 19 ss., 54 ss.

¹⁸ G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, cit., 88 ss., 109 ss., 220 s., seppur in una prospettiva di analisi differente dalla presente, insiste molto sul carattere essenziale, quale elemento della giuridicità, della *stabilità* dell’ordinamento, tributando un ruolo fondamentale al consenso, alla “condivisione” come strumento di “legittima-

timazione e perpetuazione nel tempo – non della sua costituzione, del suo diritto, ma della stessa comunità *sovrana* – . La forma ed i limiti della sovranità, insomma, ne sono ad un tempo concreto esercizio¹⁹.

Come proveremo a chiarire meglio più avanti, il fenomeno può essere descritto allo stesso modo anche laddove le forme espressive della sovranità assumano la veste della discussa nozione di *potere costituente*, come potere che ha in sé la forza di fondare un nuovo ordinamento generando, se necessario, una soluzione di continuità nelle forme istituzionali di esercizio della sovranità. Ma che allo stesso tempo si autolimita attraverso l'instaurazione di un regime a costituzione rigida (come è in effetti storicamente accaduto), che escluda espressamente il permanente esercizio dello stesso potere costituente²⁰, la sua capacità di azione contingente. Ciò non elimina il potere costituente dall'orizzonte del possibile, ma lo colloca di fronte ad una continua, permanente possibilità di scelta. Quella di sostenere con forza la costituzione che lo limita, dando ad essa effettiva vitalità e continuità nella legittimazione. O di travolgerla, abbattendo ogni limite legale all'esercizio del proprio potere, ma con il rischio di compromettere la propria stessa stabilità²¹.

Così concepita, appunto, la sovranità è definito lo spettro del suo esercizio, preso atto del suo carattere non più *trascendente*, ma *immanente* alla comunità politica, essa può onorare immediatamente la propria "essenza unitaria", garantendo stabilità al sistema nel rispetto delle forme di esercizio del potere esistente, o costruendone di nuove; o all'opposto generando turbolenze. Ma non per questo la sovranità muta di sostanza, o di sede. Semplicemente mutano le forme delle sue manifestazioni, cambiando eventualmente gli strumenti del suo svolgimento, del suo esercizio, alla ricerca di una nuova stabilizzazione, di una nuovamente stabile linea di tendenziale perpetuità.

Qualora lo Stato assuma una forma federale di organizzazione politica, si dia una costituzione scritta che limiti i poteri di governo, stipuli trattati internazionali non distrugge la sovranità, ma la esprime in forme senza le quali rischierebbe forse di perdere legittimazione, di non dotarsi di adeguati strumenti per la propria stabilità. Pur se nel mutamento delle forme di manifestazione e di esercizio della propria capacità di azione, stabilizzata in un quadro istituzionale condiviso ed effettivo o in fibrillazione instabile, si tratterebbe pur sempre di manifestazioni del fenomeno della sovranità.

zione sociale" dell'ordinamento, anche (soprattutto) nell'ipotesi di instaurazione di fatto un nuovo ordinamento, misurandosi con le note riflessioni di Santi Romano 150 ss., 160 ss.

¹⁹ Come sembrano dimostrare ad esempio, oggi, i fatti di cui al processo politico c.d. della *Brexit*, laddove la decisione di attivazione della procedura per l'eventuale uscita dall'UE da parte del Regno Unito si fonderà su scelte e valutazioni di convenienza qualificate dai processi di legittimazione e consenso catalizzati dalle istituzioni *sovrane*.

²⁰ Qui non posso andare oltre il riferimento alla celebre lezione di M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione* (1995), ora in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 253 ss., oggi oggetto di importanti critiche ad opera di B. de Giovanni, *Elogio*, cit., spec. 6 ss., 225 ss., 307 ss. Sulla questione rinvio, altresì, alla recensione del citato libro di de Giovanni scritta da C. Pinelli, in *Dir. Pubbl.*, 2016, 465 ss.

²¹ Sono qui fortemente debitore dell'impostazione culturale di cui ai saggi raccolti nel volume di A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova, 2002, con particolare riferimento a *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale* (2000), *ivi*, 99 ss.

Ecco, il concetto di sovranità assorbe in sé tutte e due queste funzioni, e la sua definizione, o almeno descrizione, deve se possibile inquadrarle entrambe. Aggiornando ed integrando gli elementi di questa categoria tradizionalmente confusi con la mera percezione di forza, di dominio, di esclusività, di indipendenza e di autofondazione, storicamente coesenziali alla nascita del diritto politico statale come fenomeno non più fondato sulla religione²², l'autorità imperiale o altra *trascendenza*. Ma non più sufficienti a dare conto dell'attuale reale consistenza del fenomeno giuridico, non più soltanto, ma ancora essenzialmente statale.

Così, pur se il potere di governare attribuito ad una determinata istituzione può essere diviso, distribuito e limitato, in sostanza giuridicamente *organizzato*, allo scopo di assicurarsi legittimazione e stabilità attraverso il diritto, la sovranità – per sopravvivere come concetto – deve continuare ad esprimere un principio di *unità*²³, soltanto così potendo esercitare la propria funzione legittimante l'esercizio del potere sovrano. E, quindi, anche laddove si intendesse seguire un approccio di *costituzionalismo prescrittivo*, continuando a garantire il fondamento di legittimazione e la effettività, grazie alla sua forza, all'ordinamento giuridico, al diritto che esso produce ed incarna ad opera della costituzione. Laddove in assenza di sostegno da parte del soggetto politico in grado di esercitarne il potere, il *dover essere* giuridico che esso esprime rischierebbe di restare lettera morta. Di qui il carattere essenzialmente giuridico della sovranità, e la necessità che essa si esprima nelle *forme* di un sistema giuridico²⁴. E ad un tempo la sua essenziale funzione perché giuridicità si abbia in un concreto ordinamento dato²⁵. Ma su di ciò, poi.

2. La sovranità, il suo fondamento ed i suoi limiti. Costituzione e diritti: il ruolo della giurisdizione e della giustizia costituzionale

L'impostazione della nostra analisi si fonda, pertanto, sull'assunto dell'intervenuto superamento dell'idea originaria di sovranità quale potere giuridicamente illimitato, fonte suprema di ogni regola, emanazione di un *Sovrano* dotato di *autorità* assoluta in quanto sostituto di Dio in terra. Della nozione di sovranità si discute, infatti, muovendo dall'intervenuta se-

²² Rinvio all'esemplare analisi di cui al celebre saggio di E.W. Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, già in Id., *Säkularisation und Utopie*, Erbacher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart, 1967, 75 ss., ora in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2007, 31 ss. Ma si vedano, altresì, D. Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, 1973, spec. 29 ss.; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 50 ss., nonché, proprio con riferimento alla Guerra dei Trent'anni ed al Trattato di Westfalia, 79 ss. Un'attenta ed informata riflessione sulla relazione tra processi di secolarizzazione, *crisi* e nascita del *moderno*, ricomposta attraverso la rilettura del pensiero di Reinhart Koselleck, è offerta dal bel saggio di G. Imbriano, *Le due modernità. Critica, crisi e utopia in Reinhart Koselleck*, Roma, 2016, la cui lettura stimola ad ulteriori importanti analisi e riflessioni che in questa sede mi è impossibile anche soltanto impostare.

²³ "It is an expression of illimitability, perpetuity, and indivisibility. Any limit on sovereignty eradicates it, any division of sovereignty destroys it", M. Loughlin, *Why Sovereignty?*, cit., 38 s., e 43 *ivi* richiamando la stessa distinzione tra sovranità e governo già in Bodin.

²⁴ B. de Giovanni, *Elogio*, cit., 46 ss., 47 "nel concetto di sovranità è immanente il principio della legge...senza la legge, la sovranità non avrebbe potuto «parlare», esprimersi. Ma (che) senza la sovranità la legge non avrebbe trovato il fondamento su cui muoversi".

²⁵ "the absolute authority of the collective ruling power", M. Loughlin, *Why Sovereignty?*, cit., 43.

parazione concettuale, oltre che storica e politica, tra l'istituzione sovrana e la persona che ne veste il ruolo²⁶; la volontà personale – e quindi l'arbitrio – del sovrano, del potere legislativo del momento non potendo essere assimilati al concetto di sovranità²⁷. Questo essenziale distacco comporta, in primo luogo, la sopravvivenza temporale della "entità sovrana" alla "persona del sovrano", la continuità dell'ordinamento oltre la storia degli individui che ricoprono cariche e ruoli di potere, imponendosi all'autorità sovrana il vincolo della direzione e dello scorrere del tempo (appunto, a differenza di Dio)²⁸. Del resto alle origini della nozione e della sua declinazione giuspolitica si trovano, quali elementi essenziali alla sua stessa definizione, fondamentali vincoli di *relazione* tra l'entità sovrana ed un *Altro da sé*. Si è già accennato al tema della secolarizzazione ed alla nascita del Politico come processo di affrancamento dello Stato dalla autorità religiosa, dalla Chiesa e dal suo potere temporale incarnato nel Sacro Impero.

Nella cultura giuridica anglosassone, allo stesso modo, la nozione di sovranità ha assunto quale termine di relazione, quale parametro di definizione della identità politica (dell'entità statale in embrione), da una parte dell'oceano il potere del Re (conformandosi quale *sovranità del Parlamento*); e dall'altra l'arbitrio del potere legislativo sì, ma di un ordinamento altro da sé, lontano geograficamente dalle colonie americane. Potere legislativo prodotto di un altrove, della legge della madrepatria, del Parlamento inglese²⁹. Nei pur differenti contesti emergendo, pertanto, un'idea di sovranità come supremazia su entità, soggetti e poteri *altri*, individuati in base ad una rete di relazioni necessarie, biunivoche e presupposte, ma mai come sintomo di un potere illimitato, di onnipotenza. Essenziale alla emersione storica della nozione di sovranità è, appunto, la relazione con un altrove, entità politica, so-

²⁶ Come ci ricordano esemplarmente G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 18 ss.; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, cit., 254 s.; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 41 ss., 67 ss., 91 ss., 102, 107 e, con riferimento al pensiero di Rousseau, 117 ss.; B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, cit., 2, 33 ss., richiamando il pensiero di Hegel. Ma per un'analisi di ampio respiro sui rapporti tra Stato e religione in Hegel non può non rinviarsi al saggio di E.W. Böckenförde, *Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel*, 1982, ora in Id., *Diritto e secolarizzazione*, cit., 55 ss. Si veda, altresì, in una diversa prospettiva, G.M. Cazzaniga, *Sovranità come Incarnazione. Individualità degli Stati e unità del genere umano in Hegel*, in Aa.Vv., *Metamorfosi della sovranità*, cit., 31 ss. La questione di cui nel testo è stata oggetto di una recente, interessante, riflessione ad opera di P. Costa, *Gemina persona. Un'ipotesi giuspubblicistica intorno alla crisi del soggetto politico*, Milano, 2015, spec. 31 ss., muovendo dalla felice intuizione di cui al celebre saggio di E.H. Kantorowicz, *I due corpi del Re*, tr.it., Torino, 2012, e ne ha efficacemente riattualizzato le rilevanze anche nei sistemi giuspolitici contemporanei. Resta comunque esemplare sul punto la riflessione di G. Agamben, *Homo sacer*, cit., spec. 102 ss.

²⁷ G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford, 1957, 12, parla di "...an impersonal criterion of authority specifically distinguished from the personal will of any legislator".

²⁸ G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 13.

²⁹ "Sovereignty moved from the Queen-in-Parliament in England to the people in the American colonies", D.J. Galligan, *The People, the Constitution, and the Idea of Representation*, in D.J. Galligan, M. Versteeg (eds), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, 2013, 146. Rinvio ancora una volta alla lucida analisi di G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 47 ss., che, in riferimento, nella storia inglese, alla lotta tra Parlamento and King richiama le note analisi di C.H. McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York-Oxford, 1947, in tale edizione capp. V e VI, 100 ss., spec. 133 ss., indicando specialmente alcuni eventi degli anni 1642-1643, nel conflitto tra i *Commons* e Carlo I, sul finire della *Civil War*, e J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, tr.it. dell'ed. critica di P. Laslett, Cambridge, 1967 a cura di L. Formigari, Pordenone-Roma, 1991, in riferimento agli eventi di cui alla Rivoluzione del 1688-1689. Sul punto, altresì, diffusamente M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., spec. 238 ss., nonché G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 48 ss.

ggetto, luogo ordinato, sistema di valori, dominio, ecc., che rende consustanziali al fenomeno della sovranità non l'assenza di limiti o l'onnipotenza, tutt'altro; piuttosto l'indipendenza, l'originarietà, la costruzione di un'identità che, appunto, presuppongono sempre un termine di relazione, di opposizione, di confronto. L'Impero, la *trascendente* spiritualità religiosa, per quanto secolarizzata, o ancora un'altra entità statale parimenti sovrana.

Alterità che, se da un lato incarna l'antagonista che giustifica il confine, l'*eclusività* politica e giuridica nel proprio territorio, l'indipendenza, l'impermeabilità ad ogni interferenza militare, politica e religiosa esterna e, infine, l'uso della forza, dall'altra concorre a delimitare, dal di fuori, l'identità stessa dell'entità sovrana. Con ciò rappresentandone il presupposto, se vogliamo il fondamento stesso, e ad un tempo il limite. Questo approccio analitico induce altresì a superare la confusione tra sovranità ed eccezione – nel senso schmittiano del termine – generatrice di quella che di recente è stata qualificata, a mio giudizio correttamente, "l'eccezione novecentesca"³⁰, per via della rinnovata sovrapposizione tra sovranità e sovranità³¹, e della identificazione dell'una nell'altro, in ciò trascinando il *demos* nella totalizzante dimensione *identitaria*³², matrice di un ritorno alla originaria, ma storicamente tramontata, idea di sovranità illimitata.

Come chiariremo meglio già a partire dal prossimo paragrafo, l'inquadramento problematico del concetto di sovranità, e del suo carattere essenzialmente giuridico, che si è venuto delineando nelle riflessioni raccolte fino a questo punto illumina alcuni importanti elementi di tensione tra la fenomenologia che essa rappresenta e la sua posizione nel contesto di regimi con costituzioni scritte e rigide³³. In questa ottica si è ritenuto, seppur al costo di qualche necessario rischio di semplificazione, di districare in parte le sovrapposizioni concettuali implicate dal potenziale conflitto tra sovranità (politica) e costituzionalismo spostando momentaneamente l'attenzione su un ordinamento privo di costituzione scritta e rigida, l'ordinamento del Regno Unito. Il cui sistema ha in comune con tutti gli altri, a partire da quelli europei continentali, compresa l'Italia, la collocazione nell'attuale fase di crisi del fenomeno statale e del suo diritto, la crisi finanziaria ed i gravi mutamenti di prospettiva nel processo di integrazione europea, le tensioni generate dai limiti spaziali e temporali dei possibili effetti dell'esercizio delle proprie funzioni sovrane.

Un ordinamento, un sistema politico, una storia costituzionale caratterizzati anch'essi dalla centralità del concetto di sovranità, declinata però come *Sovereignty of Parliament*. Anzi, in seno al quale il principio costituzionale fondamentale, direi il cuore stesso della costituzione, è proprio il principio della *sovranità del Parlamento*³⁴. Sovranità tradizionalmente de-

³⁰ B. de Giovanni, *Elogio*, cit., 19, ma già G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 52 ss.; e O. Chessa, *Sovranità, potere costituente, stato di eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Diritto pubblico*, 2012, 755 ss., spec. 768 ss.

³¹ Rinvio alla interessantissima riflessione di cui al citato saggio di G. Agamben, *Homo sacer*, cit., fondata sul paradigma dell'eccezione ma mai indulgente su tale ipotesi di confusione.

³² G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, spec. 42 ss.

³³ Se ne può cogliere il precipitato, anche se forse ricostruito in forme un po' troppo estremizzate, nel recente saggio di B. de Giovanni, *Elogio*, cit., 5 ss., 121 ss., 189 ss., ma *passim*.

³⁴ Tra i tanti, sul punto, M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution*, Oxford-Portland, 2015, 6.

clinata quale elemento essenziale del costituzionalismo inglese, ed anche essa oggi discussa e misurata al cospetto delle importanti trasformazioni in atto nel Regno Unito – e, in esso, anche nel sistema del *common law* – in Europa e nella sfera globale, ma senza lo schermo altrove rappresentato da una costituzione rigida, assunta come *norma superiore*. Questa comparazione, come vedremo, isolando gli elementi di tensione già individuati, consente di definirne meglio i contorni e condurre l'analisi ad una proposta di sintesi idonea a riaprire una discussione sulla sovranità che sia stimolante e proficua.

Per la cultura giuridica anglosassone qualsiasi discorso intorno al tema della sovranità del Parlamento non può non muovere dalle riflessioni di Dicey³⁵, che incarna lo spirito del costituzionalismo inglese ed è considerato il primo interprete contemporaneo della effettiva essenza del diritto costituzionale, in riferimento alle sue fonti, alla sua struttura e consistenza, ed ai suoi contenuti³⁶. Più avanti vedremo come gli sviluppi contemporanei della riflessione scientifica sulle questioni alle quali qui, per ora, accenniamo soltanto, siano tutti costruiti, ad opera della più recente letteratura giuridica, nel solco della impostazione culturale tradizionale, che si fonda proprio sulla sistematizzazione di Dicey. Lo scenario descritto nel più celebre saggio dedicato dall'illustre autore alla costituzione inglese³⁷, offre un utilissimo quadro teorico al fine di ragionare sul ruolo della sovranità e sulla sua funzione di legittimazione dell'ordine giuridico, muovendo proprio dalle categorie fin qui descritte e utilizzate. Nel contesto teorico anglosassone la comunità politica e, per essa, la comunità degli interpreti istituzionali del diritto vigente, giudici e funzionari pubblici *in primis*, assumono un fondamentale ruolo nel rappresentare il fondamento delle forme di espressione e di manifestazione della cultura giuridica del momento, in funzione di legittimazione dello stesso sistema legale. È quanto emerge, ma tutto questo è noto, dal valore della “public morality (...) as a final sanction on law”, che finisce con il fondare la propria capacità sanzionatoria sull'essenza stessa del diritto vigente³⁸.

La relazione che si compone tra il senso di legalità, il rispetto del diritto costituzionale vigente come condivisione da parte di *tutti* del valore delle forme di esercizio della sovranità, il riconoscimento del valore sostanzialmente costituzionale delle regole procedurali e l'attitudine di ossequio e rispettosa sottomissione delle istituzioni stesse a tali regole in quanto costituzionali (*fairness*)³⁹, sono infatti rese evidenti dal diffuso sentimento di biasimo in ca-

³⁵ Così, tra gli infiniti esempi che si potrebbero fare, pressoché tutti gli autori dei saggi raccolti nel già citato volume R. Rawlings, P. Leyland and A.L. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, cit.

³⁶ Come ci ricorda, infatti, P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, 7, Dicey “propone la spiegazione forse più esauriente delle nozioni-cardine di sovranità parlamentare e del principio della rule of law”. XV ss.; Id., *Regno Unito*, Bologna, 2005, spec. 32 s., 50 s., 109 ss.

³⁷ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (1908), 1915 con l'aggiunta di un'Introduzione a seguito dell'approvazione del *Parliament act del 1911*, rist., Indianapolis, 1982, dal quale sono tratte le citazioni che seguono.

³⁸ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 13, 33 s., 254 ss.: “a breach of constitutional morality...the obligatory force of constitutional morality is derived from the law itself”, 259.

³⁹ Non è certo questa la sede per affrontare la questione della resa terminologica dei concetti nella declinazione linguistica propria di ciascun sistema e ciascuna specifica cultura giuridica, ma non possiamo non ricordare come nella lingua inglese, e nel diritto proprio del sistema anglosassone, si utilizza lo stesso termine per indicare i diversi concetti di *regola*, *norma*, *decisione*, da una parte, e *governo* e *dominio*, dall'altro: *rule*, con il

so di loro violazione (considerata, appunto, *unfair*⁴⁰). “This system opposes unconstitutional legislation by means of moral sanctions, which resolve themselves into the influence of public sentiment”⁴¹.

I fondamenti della giuridicità, la legittimazione del sistema giuridico, la stessa effettività dell'ordinamento trovano, pertanto, nella *constitutional morality*⁴² uno dei punti di riferimento essenziali. Effettività e legittimazione che si riversano, a seguire, sulle stesse forme di esercizio delle funzioni sovrane: le norme che compongono (esprimono) la *constitutional morality*, prima ancora di assumere la forma di *constitutional conventions* “are all, or at any rate most of them, rules for determining the mode in which the discretionary powers of the Crown (or of the Ministers as servants of the Crown) ought to be exercised”⁴³. Questo impianto, di *legal culture* prima ancora che di sistema giuridico, che radica profondamente lo spirito del diritto inglese tradizionale nel profondo rispetto per la legalità, per la prevalenza delle regole condivise, proprio di *tutta* la comunità *territoriale* (*the law of the land*), giustifica la centralità del ruolo delle *constitutional conventions*⁴⁴, tuttora sede della disciplina delle principali funzioni degli organi costituzionali nei loro reciproci rapporti. Così è, ad esempio, per i poteri di *prerogativa*, che non siano fondati su un *Act of Parliament*, diremmo oggi poteri discrezionali, che “legally left in the hands of the Crown”, sono tipicamente disciplinati dalle *conventions of the constitution*, che definiscono appunto “the mode and spirit in which the prerogative is to be exercised”⁴⁵.

Ma tornando al problema della sovranità ed alla sua dimensione in un ordinamento privo di costituzione scritta, quale ne sia la collocazione istituzionale nell'ordinamento anglosassone è da tutti noto. Tornando, pertanto, al pensiero di Dicey, egli osservava che “Parliament is, from a merely legal point of view, the absolute sovereign of the British Empire, since every Act of Parliament is binding on every Court throughout the British dominions, and no rule, whether of morality or of law, which contravenes an Act of Parliament binds any Court throughout the realm. But...the essence of representative government is, that the legislature should represent or give effect to the will of the political sovereign, *i.e.* of the electoral body, or of the nation”⁴⁶. Da un lato ponendo al centro della discussione – ed è il primo elemento di profondo interesse nella nostra prospettiva di analisi – il fatto che né il diritto, sia esso di matrice legislativa o di *common law*, né conseguentemente il potere giudiziario, né la costituzione stessa possano assumere il ruolo di limite legale all'esercizio della sovranità del

verbo *to rule*, che significa ad un tempo *dominare, governare* (anche *vincere*), appunto, nonché *decidere* e, soprattutto, *giudicare*.

⁴⁰ Categoria ad alto tasso di giuridicità.

⁴¹ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 124. Da cui la sovrapposizione strutturale dei concetti di political morality, constitutional morality, public opinion, v. 245 ss.

⁴² A. Torre, *Introduzione. Dicey, o della «constitutional morality»*, alla traduzione italiana di A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* (1885), 1915, nella versione inglese del 1959, rist. London-New York, 1964, a cura di A. Torre, Bologna, 2003.

⁴³ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 246.

⁴⁴ Rinvio all'insuperata analisi critica di cui al celebre saggio di G. Marshall, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, 1984.

⁴⁵ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 247; G. Marshall, *Constitutional Conventions*, cit., spec. capp. 1-3.

⁴⁶ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 249.

Parlamento qualora questa si manifesti attraverso una legge, un *act of Parliament*. Dall'altro vincolando politicamente, però, l'azione del Parlamento al rispetto della sovranità popolare, essenzialmente garantita dal necessario carattere rappresentativo del Parlamento stesso⁴⁷.

Naturalmente, come già in più occasioni emerso dai riferimenti bibliografici in precedenza richiamati, il Parlamento del Regno Unito è, è sempre stato, composto dal Re (oggi la Regina), dalla *House of Commons* e dalla *House of Lords*. Circostanza che comunque implica la necessità di un esercizio congiunto, pertanto condiviso nel sistema misto, della sovranità⁴⁸. Gli sviluppi nella storia recente del parlamentarismo britannico si sono, inoltre, a loro volta articolati per via di revisioni, anche importanti, della disciplina della struttura e del ruolo del Parlamento funzionali, anche, ad onorare il tradizionale ossequio nei confronti della sovranità popolare⁴⁹. Del resto già Dicey segnalava il fondamento dell'asimmetria dei ruoli delle istituzioni parlamentari in funzione del carattere rappresentativo della (sola) Camera dei Comuni: "The conventions of the constitution...are at the present day maintained for the sake of ensuring the supremacy of the House of Commons, and ultimately, through the elective House of Commons, of the nation. Our modern code of constitutional morality secures, though in a roundabout way, what is called abroad the «sovereignty of the people»"⁵⁰. Il che, di nuovo, chiude il cerchio che dalla sovranità popolare conduce alla legge (*statutes*), per via della rappresentanza, così come lo stesso vincolo della *constitutional morality* che, in ossequio alla sovranità popolare, troverà nella legge medesima una fondamentale sponda, per essere a sua volta assimilata ad essa (al diritto) quanto ad effetto.

Già nella prospettiva storica, continuando l'analisi lungo il solco della ricostruzione del pensiero classico, emergeva con chiarezza estrema la radicale differenza di struttura di altri ordinamenti, quelli dotati di costituzione scritta. In essi, come ad esempio nei sistemi europei continentali a costituzione rigida, il carattere del potere di governo e/o della funzione legislativa sono senz'altro qualificabili come *non sovrani*. Ancorché questo dato possa apparire come non essenziale, come meramente accidentale, esso rappresenta la norma. Ma guardando agli ordinamenti federali⁵¹, inoltre, al vertice del sistema, in funzione assorbente del

⁴⁷ Sulle origini del governo rappresentativo nel mondo anglosassone rinvio alla approfondita riflessione di D.J. Galligan, *The People, the Constitution, and the Idea of Representation*, cit., 134 ss. Sul punto, altresì, le riflessioni di M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 48 ss. Si veda, inoltre, G. Ferrara, *La forma dei parlamenti*, in *Storia d'Italia, Annali, 17 Il Parlamento*, Torino, 2001, spec. 1170 s., 1183 s.

⁴⁸ Nella letteratura italiana rinvio, sul punto, all'esemplare ricostruzione critica di G.G. Floridia, *Fortuna e crisi del governo misto nella costituzione inglese*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 2000, 305 ss. Più di recente sull'argomento si v., inoltre, O. Chessa, *La legge di Bryceland. Saggio sulle costituzioni rigide e flessibili e sulla sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Quad.cost.*, 2012, 769 ss., spec. 782 ss.; Id., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 383 ss.

⁴⁹ Il riferimento va, ovviamente, alla prevalenza della *House of Commons* sulla *House of Lords*, in primo luogo nel procedimento legislativo, *infra*.

⁵⁰ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 250, 260. Che dalla sovranità popolare faceva derivare il fondamento della *dissolution of Parliament* (252 ss.), per assicurare che "in the long run the sentiment of the legislature will harmonise with the feeling of the public" (253).

⁵¹ Come è naturale non è guardando alle origini del federalismo nell'Europa continentale che si compone il confronto tra il sistema inglese e quelli a costituzione scritta e rigida. Si veda, così, a titolo di esempio il bel saggio di A. Di Martino, *Il federalismo tedesco e Georg Waitz*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3 del 2016, ed *ivi* spec. 18 ss. in merito all'influenza dell'esperienza costituzionale federale statunitense sulla cultura giuspolitica europea in relazione alle origini del federalismo tedesco.

denotato della sovranità, si colloca senz'altro la costituzione⁵². Da qui, ad esempio, il valore fondativo della Costituzione degli Stati Uniti, in quel sistema assunta nel nome e nei fatti come "supreme law of the land"⁵³, matrice fondante e sede attuale della sovranità⁵⁴. Questi assunti, questi presupposti essenziali, validi sul piano storico-politico in primo luogo, e conseguentemente su quello giuridico-formale, comportano importantissime conseguenze sul valore della costituzione, il suo regime giuridico ed il rapporto tra quel testo normativo e la legge ordinaria, la legge del Parlamento.

Espressione diretta della sovranità, nel Regno Unito; ormai soggetta alla Costituzione come *legge superiore*, nell'ordinamento americano. Differenza dalla quale consegue un elemento di sistema estremamente importante. Laddove ogni singolo giudice americano è tenuto, nell'esercizio della giurisdizione, ad obbedire innanzi tutto alla Costituzione, fino al punto di spingersi ad esercitare un sindacato sulle leggi soggette alla sua propria competenza, il che conduce alla istituzione della *Supreme Court* e della giustizia federale ed al loro ruolo in relazione al sindacato delle leggi federali al cospetto della Costituzione, all'opposto "his English brother must in giving judgment obey every Act of Parliament bearing on the case"⁵⁵. In ciò si rivela la derivazione della Corte suprema degli Stati Uniti, il suo ruolo nell'ordinamento e le funzioni che le sono attribuite, direttamente dalla Costituzione. "and stand therefore on an equality with the President and with Congress"⁵⁶. Quello che potrebbe apparire uno scandalo al cospetto della concezione della sovranità propria dell'ordinamento inglese, come concentrata in capo all'autorità politica, al King in Parliament, è invece essenziale al sistema costituzionale americano, laddove è addirittura una Corte ad avere il ruolo di interprete di chiusura del testo della Legge suprema, con l'autorità di decidere in ultima istanza se una legge del Parlamento sia o no conforme a Costituzione⁵⁷.

Con il che cominciano a delinearci tutti i corollari delle profonde differenze emergenti dalla comparazione tra sistemi a costituzione scritta (e rigida), posta quale *legge superiore*, ed il sistema del Regno Unito ancora oggi, come vedremo, fondato sul principio della sovranità parlamentare come norma costituzionale di chiusura. La equiparazione della Corte suprema al Governo (al Presidente) ed al Parlamento; la condivisione della titolarità e dell'esercizio della sovranità in capo a più organi costituzionali; il ruolo della Corte costituzio-

⁵² A.V. Dicey, *Op.ult.cit.*, 135, laddove osserva che "under a federal system is otherwise. The legal supremacy of the constitution is essential to the existence of the state".

⁵³ *Op.loc.ult.cit.*

⁵⁴ Per comprendere alla radice la originaria più profonda essenza della Costituzione degli Stati Uniti, risalendo ai suoi fondamenti storici attraverso l'interpretazione dello spirito dell'epoca è d'obbligo la rilettura dei saggi raccolti nei *The Federalist Papers* di Alexander Hamilton, James Madison and John Jay pubblicati dai giornali di New York negli anni 1787-1788, ora anche raccolti nel volume curato e molto efficacemente introdotto da M.A. Genovese, New York, 2009. Ma si vedano anche le riflessioni critiche nella rielaborazione contestualizzata dello spirito dei fondatori di cui al bel saggio di B. Ackerman, *We the People*, 1, *Foundations*, Cambridge (Mass.), London, 1991, 3 ss., spec. 165 ss., rileggendo i *Federalist Papers*. Immediata emerge la centralità nella storia americana della Costituzione nella composizione, conflittuale ma sempre in tensione costruttiva tra, appunto, *The People* e le istituzioni di governo.

⁵⁵ A.V. Dicey, *Op.ult.cit.*, 136.

⁵⁶ *Op.loc.ult.cit.*

⁵⁷ *Op.loc.ult.cit.*

nale quale supremo interprete e giudice di ultima istanza nell'applicazione della Costituzione in tutte le controversie tra gli organi supremi dello Stato, con il potere di sindacare la legittimità costituzionale della legge del Parlamento, in un caso. E la centralità, per non dire la supremazia, del *Queen in Parliament*, dall'altro. Dovendo qui, tra l'altro, necessariamente trascurare la suggestiva sollecitazione che ci verrebbe dalla considerazione di quanta influenza possa avere esercitato, sul processo storico di affermazione del principio della sovranità parlamentare in quella esperienza costituzionale, il ruolo stesso del Parlamento quale suprema Corte di diritto⁵⁸.

3. Sovranità in assenza di Costituzione scritta: the Sovereignty of Parliament nel sistema costituzionale del Regno Unito

Le premesse rapidamente richiamate nel paragrafo precedente offrono, pertanto, un utilissimo punto di osservazione per isolare, in una diversa articolazione concettuale, il tema della *sovranità* nelle sue relazioni sistemiche, ma anche conflittuali, con la costituzione, l'ordinamento giuridico nel suo divenire, i limiti al suo esercizio, la sua eventuale condivisione tra istituzioni diverse, starei per dire tra differenti organi costituzionali. Con specifica attenzione alle distinzioni, che possono assumere anche la *forma* di vere e proprie *divisioni*, tra potenziali contendenti della sua titolarità e del suo esercizio collocati sugli opposti fronti delle istituzioni politiche e delle corti di giustizia, del governo e del sistema giudiziario⁵⁹.

Secondo la tradizione che assumiamo quale punto di partenza teorico, in virtù dell'ossequio tuttora manifestato nei confronti del pensiero giuridico e della ricostruzione storica di Dicey⁶⁰ dalla cultura giuridica anglosassone contemporanea, "The legislative sovereignty of Parliament...King, House of Lords, and the House of Commons acting together"⁶¹, (t)he doctrine of the legislative supremacy of Parliament *is the very keystone of the law of the constitution*⁶². La sintesi materiale di questi concetti, che sono veri e propri principi di regime, comporta che in capo al Parlamento si concentri "the power of law-making unrestricted by any legal limit"⁶³. Da queste premesse discendono corollari che, nella loro articolazione normativa, rendono di immediata evidenza 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. I tre elementi chiave della so-

⁵⁸ Come giustamente ricordato, ad esempio, da G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 55, "One powerful and significant influence in the development of the doctrine of parliamentary supremacy in the United Kingdom has almost certainly been the idea of Parliament as a court of law", circostanza che ha sicuramente condotto ad un processo di più forte accelerazione nella costruzione di una stabile alleanza tra questa istituzione ed i protagonisti della costruzione del sistema di *common law*, le corti, appunto.

⁵⁹ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 194 ss., 201 ss., 217, 293 ss.

⁶⁰ A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 11, 87 ss.; anche in riferimento alla *rule of law*, 145 ss., ed alle *conventions of the Constitution*, 244 ss.

⁶¹ *Op.ult.cit.*, 20, come più sopra ricordato, appunto, "The King in Parliament" that "constitute Parliament", 87.

⁶² *Op.ult.cit.*, 100, 145, corsivo mio; M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 6.

⁶³ A.V. Dicey, *Op.ult.cit.*, 101.

vrantà parlamentare, infatti, vengono identificati rispettivamente in “the power of the legislature to alter any law...”; in “the absence of any legal distinction between constitutional and other laws”; ed in “...the non-existence of any judicial or other authority having the right to nullify an Act of Parliament, or to treat it as void or unconstitutional”⁶⁴. Il che non esclude, ma anzi presuppone, che la sovranità si manifesti, come da tradizione storica, fin dalle origini del concetto, predicandosi in funzione di *unità*⁶⁵. L’*Uno*, non più trascendenza ma, appunto, immanenza nel sistema⁶⁶, nell’articolazione del dogma della sovranità del Parlamento inglese è, però, “incompatible with the existence of a fundamental compact, the provisions of which control every authority existing under the constitution”⁶⁷. L’unità, cioè, è il prodotto del sistema politico ed istituzionale fondati sulla tradizione, non di un documento costituzionale, e si manifesta ed esprime basandosi sulla condivisione dei suoi meccanismi giuridici da parte di *tutti* gli appartenenti alla comunità territoriale, che appunto forma “the law of the land”.

Del resto la assunzione di una rappresentazione della sovranità quale funzione di unità giuridica e politica è più adeguatamente sostenibile, ripetto alle origini della nozione, in assenza di un inquadramento costituzionale, di un documento assunto quale camicia di forza che tale sovranità pretenda di racchiudere in sé, limitare, se non dominare, rendendosene ad un tempo fondamento, parametro e, quindi, limite⁶⁸. È nei sistemi a costituzione scritta e rigida che si determina infatti la tensione indicibile tra sovranità e limite legale⁶⁹, sia esso incarnato da un documento politico che si assuma come supremo, oppure dai diritti fondamentali⁷⁰, o da un controllo di costituzionalità delle leggi. In comune restando soltanto la questione, invero di non secondaria importanza, del potenziale conflitto tra la sovranità *tout court* (dello Stato? delle sue istituzioni? del Parlamento? dell’ordinamento giuridico? o, appunto, della costituzione?), da una parte, e la sovranità popolare dall’altra. Tema sul quale torneremo più avanti⁷¹, ma che per il momento possiamo almeno tentare di definire – usando una matrice descrittiva schematica – come la questione del contrappunto tra la nozione di sovranità giuridica (ad es., nel Regno Unito, la sovranità parlamentare) e la differente (?) nozione di sovranità politica (espressione dell’azione, politica appunto, del popolo). Per il momento utile a segnalare una evidenza empirica, ma non ancora a definire i termini di una relazione, pur storicamente ritenuta oramai necessaria. Partendo dall’assunto, ovvio nella sua evidenza

⁶⁴ *Op.ult.cit.*, 109.

⁶⁵ “the principle...which gives form to our system of government is... «unitarianism», or the habitual exercise of supreme legislative authority by one central power, which in the particular case is the British Parliament”, *op.ult.cit.*, 128.

⁶⁶ Diffusamente sul punto M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 83 ss.

⁶⁷ A.V. Dicey, *Op.ult.cit.*, 131.

⁶⁸ C. Mortati, *Art. 1*, cit., 21 s.

⁶⁹ G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 40 ss., 55 ss., spec. 58 ss. e, con riferimento alla costituzione americana, 48 ss.; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, cit., 251 ss.

⁷⁰ Per un distinto, originale approccio critico sulla complessa relazione storica e teorica tra la sovranità (statale) e la protezione dei diritti fondamentali si vedano le interessanti riflessioni di V. Angiolini, *Sovranità e diritti fondamentali* (la responsabilità di avere diritti), in Id., *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Torino, 2016, 1 ss., nonché, in una prospettiva ancora diversa, Id., *Sovranità e reciprocità (potere e libertà)*, in *Lo Stato*, 7/2016, 11 ss.

⁷¹ Nel successivo § 6.

concreta, che la sovranità popolare in sé, in assenza di un fondamento legale, rischierebbe di non potersi considerare giuridicamente rilevante, almeno fintantoché la sua volontà non sia assunta quale contenuto articolato nella veste formale di atti legali⁷². Come tenteremo, infatti, di chiarire più avanti, la relazione tra sovranità *popolare* e sovranità *tout court*, salvo i rari, estemporanei momenti di coincidenza-sovrapposizione, è una delle questioni a più alto tasso di problematicità, prima che sul piano teorico, già sul terreno della sua evoluzione storica ed affermazione giuridica.

Pur senza poter per il momento entrare nel merito delle significative implicazioni di tale acquisizione, è indubbio che il *dover essere costituzionale* nei sistemi europei continentali a costituzione rigida assuma infatti quale premessa teorica, a partire dal secondo Novecento, l'avvenuto assorbimento della sovranità popolare nella costituzione e nelle sue forme⁷³. Questa diviene la vera e propria "sua fonte giuridica" lasciando ad essa, quale "entità costituita" il reciproco determinante ruolo di fonte di legittimazione della costituzione⁷⁴ e dell'intero sistema istituzionale⁷⁵. Con ciò definendo una *relazione* dialettica con la sovranità dell'ordinamento, espressione della sovranità *tout court*. Ma, appunto, torneremo sulla questione più avanti.

Quindi, nella sua dimensione più propria, la sovranità giuridica, "the legally sovereign power", per pressoché tutti i costituzionalisti inglesi, è "nothing but Parliament"⁷⁶. Ma se ciò,

⁷² Così, altresì, lo stesso A.V. Dicey, *Op.cit.*, 101 s., che giustamente osserva come il potere giudiziario non potrebbe altrimenti tenere in alcuna considerazione l'espressione della volontà popolare in sé e per sé, se non assunta come contenuto di atti normativi legali. P. Viola, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, 1989, descrive in maniera suggestiva ed efficace il senso di angoscia, se non il panico, generato proprio dal venir meno del sistema istituzionale matrice della legalità all'indomani del rovesciamento della sovranità regia da parte dei rivoluzionari francesi. Sul punto le interessanti osservazioni di F. Modugno, *La dicotomia "Stato ordinamento" – "Stato soggetto" nel pensiero dei tre Maestri*, in L. Carlassare (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 17 ss., spec., 51 ss. Ma su ciò torneremo più avanti.

⁷³ O, addirittura, nei suoi valori, G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., spec. 58 ss.

⁷⁴ C. Mortati, *Art. 1*, cit., 21 ss.; A. Pace, *L'instaurazione di una nuova costituzione*, cit., 156 ss., tornando sulla distinzione tra sovranità "politica" e sovranità "giuridica" a proposito della importanza della legittimazione popolare nelle ipotesi di esercizio di fatto di potere costituente; G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 23 ss., 41 ss., 74, per il ruolo di limite al potere costituente 56 ss.; anche se a volte assunta quale mera destinataria di un ossequio formale, se non di pura retorica, *ibidem*, 26. Per una denuncia critica "della gravità e dell'ampiezza della frattura esistente tra la legalità costituzionale scritta e la situazione reale" in merito all'attuazione del principio della sovranità popolare ed al carattere effettivamente rappresentativo dell'ordinamento statale, già, V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, 1954, quindi in Id., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 89 ss., spec. 131 ss. In riferimento alla costituzione inglese D.J. Galligan, *The People, the Constitution*, cit., 137 osserva che "The high-sounding declarations of the sovereignty and supremacy of the people are important symbolically but do not translate into a vigorous engagement in government"; ma si v. altresì oltre, *ivi*, 147, 151. G. Gemma, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 1068 ss., spec. 1077 ss., ma già in suoi precedenti lavori, giunge addirittura a rifiutare gli stessi concetto e nozione teorica di sovranità popolare, in quanto "entità assolutamente irreali" la cui "configurazione è una fallacia".

⁷⁵ Seppur riconoscendo che il popolo non costituisca soltanto "la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)", seguendo la celebre lezione di C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, 1948, poi in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 1 ss., 10.

⁷⁶ Così, appunto, già A.V. Dicey, *Op.cit.*, 102.

da un punto di vista del sistema istituzionale, può assumersi quale elemento qualificante lo stesso fenomeno costituzionale, è principio che ha bisogno di caratterizzarsi anche in termini di legittimazione, istituzionale e popolare insieme. La sovranità del Parlamento, incontrando il popolo e la società, in una comunità politica, deve essere composta e sostenersi in *forme* di manifestazione e rappresentando interessi tali da essere idonea a generare una diffusa attitudine all'obbedienza: il consenso popolare⁷⁷. Il punto di sintesi tra i due poli, le due fonti di legittimazione del costituzionalismo anglosassone sono appunto dati, in sostanza, dalla rappresentanza. È su queste premesse storiche, culturali, politiche ed istituzionali che si fonda, perciò, l'importanza del governo "rappresentativo"⁷⁸. La sua fondamentale attitudine ad offrire al sistema di governo, alla sovranità del Parlamento e, quindi, alla costituzione stessa, legittimazione ed effettività. Basti riflettere, per un momento, sulla circostanza per cui il termine *constituent*, tanto nella sua forma aggettivale quanto come sostantivo, esprima il significato, ad un tempo, di *costituente* (inteso come *soggetto costituente*, quindi come *potere o assemblea costituente*); e di *elettore*, nel senso di cittadino titolare del diritto di voto, per comprendere la naturale, starei per dire essenziale, sovrapposizione delle due dimensioni. Il *costituente* e l'*elettore* sono lo stesso soggetto, nell'esercizio della medesima funzione. Che comprende, pertanto, rappresentanza e sovranità popolare intesa quale titolarità ed esercizio (permanente?) del potere costituente. Che però per il sistema costituzionale del Regno Unito dovrà esprimersi nelle, se non esclusive, dominanti forme della sovranità parlamentare.

Per questa ragione, su queste basi ad un tempo teoriche, storiche e politico-materiali nessun organo, nessuna istituzione nel Regno Unito può tradizionalmente annullare una legge del Parlamento per contrasto con la costituzione, ad esclusione dello stesso Parlamento, per via di abrogazione, esercitando quindi la funzione legislativa ordinaria⁷⁹. Questo spiega le profonde differenze tra il governo misto inglese, fondato sulla sovranità parlamentare, ed i sistemi costituzionali in cui vige un essenziale divisione dei poteri, fondata sulla costituzione. Così nei sistemi federali di governo garantiti dalla costituzione scritta e protetti da un giudice costituzionale, come pure in riferimento alla separazione – contrapposizione per giustapposizione simmetrica – in quegli stessi sistemi tra potere esecutivo, potere legislativo e potere giudiziario⁸⁰. La conseguenza di tale stato di cose, di un simile assetto costituzionale è che in quegli ordinamenti, a differenza di quanto accade nel Regno Unito, non esiste un'autorità

⁷⁷ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 102 ss. Ma anche H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 3rd ed., Oxford, 2012, 100 ss, che insiste però anche sull'importanza delle istituzioni e dei funzionari (compresi i giudici) quali fonti di tale riconoscimento.

⁷⁸ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 105 s., che su ciò compone l'essenziale differenza del sistema inglese, ad esempio, con l'ordinamento francese, per la presenza *ivi* di una Costituzione che è fondamento e limite del potere legislativo, che pertanto non è "sovrano", e laddove è appunto, invece, essenziale la differenza tra legge ordinaria e Costituzione, 121 ss. Come pure con la Costituzione americana, laddove qualunque giudice (the Courts) ha il potere di dichiarare nulla una legge che violi, appunto, la Costituzione, 127 ss.

⁷⁹ Ancora A.V. Dicey, *Op.cit.*, 108 s.

⁸⁰ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 130, laddove individua le tre caratteristiche fondamentali del federalismo nei principi: della supremazia della Costituzione, della distribuzione dei poteri tra enti differenti, e nell'autorità delle Corti nel ruolo di interpretare e far rispettare la Costituzione: "A federal state derives its existence from the constitution", appunto.

sovrana che concentri in sé tutta la sovranità⁸¹. Il federalismo, pertanto, va di pari passo con “the limitation of powers”, anche del potere dell’autorità legislativa (di quelle nazionali come di quella federale). La presenza di autorità indipendenti ed i limiti legali (costituzionali) alla portata ed all’esercizio della funzione di governo finendo con il rappresentare la differenza essenziale con un sistema, come quello inglese, all’opposto definibile come an “Unitarian system of government”⁸².

Come la complessa e mutevole storia dello stesso parlamentarismo anglosassone è lì a dimostrare, peraltro, anche le forme della sovranità del Parlamento hanno però subito nel tempo rilevanti mutamenti. Si pensi, già, alla importante riforma intervenuta a seguito dell’entrata in vigore del *Parliament Act* del 1911, con il conseguente notevole ampliamento del ruolo della *House of Commons* in danno della *House of Lords* nell’esercizio della funzione legislativa⁸³. Eppure, esemplarmente, Dicey si limitò ad aggiungere all’edizione del proprio saggio del 1908 semplicemente un’*Introduzione*, senza poter considerare in alcun modo mutato il complessivo impianto del principio costituzionale fondamentale della sovranità del Parlamento. Anzi l’intento del saggio sembra proprio quello di dimostrare che nessuno dei limiti legali di norma attribuiti alla sovranità del Parlamento esista realmente⁸⁴: “nor judges, about morality or international law, either royal prerogatives”⁸⁵. Quale emblema della estensione dei poteri implicati dalla sovranità parlamentare secondo il pensiero tradizionale, può forse essere utile richiamare il ruolo esemplare dei c.d. *Acts of Indemnity*, leggi (*statutes*) aventi la funzione di intervenire al fine di sanare eventuali usurpazioni, da parte della Corona, di attribuzioni non proprie, nell’adozione di atti giuridicamente infondati e come tali illegali, se non addirittura illeciti, così consentendo per via di atto legislativo “the legalisation of illegality...the highest exertion and crowning proof of sovereign power”⁸⁶.

Purtuttavia resta essenziale il rispetto delle forme, la conformità dell’esercizio della sovranità del Parlamento all’idea che essa debba esprimersi esclusivamente attraverso atti legali⁸⁷. Questo elemento è, a sua volta, essenziale per la tenuta stessa del sistema, per via delle importantissime implicazioni che esso determina in merito al ruolo delle corti di *com-*

⁸¹ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 133, 139, 141.

⁸² A.V. Dicey, *Op.cit.*, 134, corsivo mio.

⁸³ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 24, 68.

⁸⁴ “The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this...that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”, 87, compreso ovviamente il potere giudiziario, le Corti di *common law*, 87, 96 ss.

⁸⁵ *Op.locc.ultt.citt.*, citando dai Blackstone’s *Commentaries*, e richiamando le note espressioni di Edward Coke relative alla “onnipotenza” del Parlamento; ivi anche la celebre citazione del passo di De Lolme: “everything but make a woman a man, and a man a woman”, a proposito dell’estensione materiale dei poteri riconducibili alla sovranità del Parlamento, 89

⁸⁶ A.V. Dicey, *Op.cit.*, 92, 242 ss. Malgrado la indubbia rilevanza attuale della questione non è possibile richiamare, in questa sede, le pur interessantissime considerazioni in merito al potenziale conflitto tra la sovranità del Parlamento e l’introduzione del *referendum*, su cui, criticamente, *ivi*, 63 ss.; anche con riferimento agli effetti dell’utilizzo di questo istituto sulle carriere politiche, 67. Resta indubbia la impossibilità di qualsivoglia interferenza diretta degli elettori sui lavori e le decisioni del Parlamento, *ivi*, 96. Ma, appunto, in questa sede non ci è possibile proiettare questi elementi della tradizione giuridica inglese nel presente politico di tale ordinamento.

⁸⁷ Sulla relazione tra *Sovereignty of Parliament* e *Rule of Law*, A.V. Dicey, *Op.cit.*, 145 ss., 240 ss.

mon law ed ai rapporti tra il loro sistema ed il principio stesso della sovranità parlamentare. “The principle that Parliament speaks only through an Act of Parliament greatly increases the authority of the judges”⁸⁸. Il che dà fondamento all’opposta certificazione del fatto che il Parlamento inglese non abbia mai utilizzato il suo potere di governo “as a means of interfering with the regular course of law”⁸⁹. Ritengo che questo sia un passaggio particolarmente importante nella descrizione del tradizionale assetto delle relazioni assunte, quali corollario del principio fondamentale della sovranità parlamentare, in rapporto ed all’interno del sistema di *common law*. La sovranità del Parlamento, infatti, nell’incarnare l’essenza della Costituzione inglese, assorbe in sé, quale proprio elemento *essenziale* – e costitutivo del suo carattere eminentemente giuridico – le regole costituzionali sulle forme e i limiti di esercizio dei poteri del governo. Il rule of law comporta “the absence of arbitrary or discretionary power on the part of government”⁹⁰, il che spiega quale sia l’altrettanto fondamentale ruolo of “The Courts on behalf of the rights of individuals”.

In riferimento al sistema delle garanzie costituzionali dei diritti individuali, infatti, “...the British Constitution «is a judge-made constitution»⁹¹. Ma per quanto la costituzione sia fondata direttamente sulla garanzia stessa dei diritti individuali ed in ciò rappresenti un limite legale al potere di governo, personale, arbitrario o discrezionale che dir si voglia⁹², “English judges do not claim or exercise any power to repeal a Statute, whilst Acts of Parliament may override and constantly do override the law of the judges. Judicial legislation is, in short, subordinate legislation, carried on with the assent and subject to the supervision of Parliament”⁹³. Come vedremo più avanti, il rapporto tra il principio della sovranità parlamentare ed il ruolo dei giudici di *common law* nel sistema costituzionale del Regno Unito, è estremamente complesso, in quanto non soltanto complicato dai reciproci rapporti in merito alla garanzia dei diritti individuali, come qui rapidamente richiamato. La relazione tra i due distinti, ma reciprocamente condizionanti, sistemi di legalità che compongono il diritto costituzionale inglese, infatti, è estremamente importante, direi fondamentale, anche in merito ai processi di legittimazione svolti dall’attitudine di *riconoscimento* del posto e del ruolo della sovranità del Parlamento nel sistema costituzionale del Regno Unito ad opera del sistema istituzionale nel suo complesso. In particolare proprio della giurisdizione di *common law*.

⁸⁸ Osserva Dicey, *cit.*, 242 s.

⁸⁹ *Op.ult.cit.*, 241.

⁹⁰ *Op.ult.cit.*, 13, 147.

⁹¹ *Op.ult.cit.*, 151 ss. “The «rule of law»...for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts...thus the constitution is the result of the ordinary law of the land”, *ivi*, 153. Ho tentato di ricostruire gli elementi essenziali della dottrina di Dicey sul punto nel mio *I diritti fondamentali e la loro effettività*, già in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/diritti_fondamentali_bilancia/, nonché con modifiche e aggiornamenti in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, 21 ss., al quale rinvio per non ripetermi.

⁹² “If the sovereignty of Parliament gives the form, the supremacy of the law of the land determines the substance of our constitution”, A.V. Dicey, *Op.ult.cit.*, 268.

⁹³ A.V. Dicey, *cit.*, 96 nonché 142 ss., per l’analisi critica delle differenze rispetto ai sistemi federali di governo limitati da una costituzione rigida.

Queste ultime considerazioni nel completare, seppur in forma succinta, l'analisi degli interessanti profili della nozione di sovranità parlamentare, consentono di introdurre quella che, su quelle stesse basi, può considerarsi la rappresentazione degli attuali punti di tensione che gravano oggi sulla tenuta e il ruolo di tale nozione, per come fondata sulla tradizionale ricostruzione del pensiero di Dicey. In particolare tanto la prassi, almeno all'apparenza, quanto una parte della letteratura scientifica che si è occupata dell'argomento, sembrano voler mettere in discussione uno dei corollari più importanti della dottrina Dicey: la non spettanza al Parlamento del potere di limitare il legislatore futuro⁹⁴, vale a dire un successivo Parlamento, in tesi generale a sua volta sovrano; con la conseguente possibilità che the "existing Parliament may be limited by enactments of its predecessors"⁹⁵.

Come vedremo la questione tocca il cuore del principio della sovranità parlamentare, rendendo plausibili alcuni potenziali limiti opponibili a tale principio costituzionale fondamentale. Con il rischio di aprire così la strada all'ipotesi di un fondamento esterno della legittimazione giuridica della potestà legislativa del Parlamento del Regno Unito, tale da ridurre la *capacità* di innovare il diritto vigente, limitando cioè la competenza giuridica attuale della legge. Fino al punto da poter contemplare l'ipotesi che un giudice possa successivamente sindacarne la validità in relazione alle forme legali del procedimento per la sua approvazione definite, in assenza di un quadro di regole formalmente costituzionali, dallo stesso legislatore in precedenza⁹⁶.

Senza poter entrare nel complicato dibattito relativo all'ipotesi di una *constitutional codification*, l'idea della possibile futura approvazione cioè di un testo costituzionale scritto⁹⁷ al fine di rendere giuridicamente vincolanti – e sindacabili in sede giudiziaria – eventuali vincoli procedurali da far gravare sul futuro legislatore, è opportuno ricordare che il principio della sovranità parlamentare è storicamente bilanciato dal potere di *judicial review* affidato (riconosciuto) ai giudici di *common law*⁹⁸. Il punto focale della questione dei limiti giuridici attua-

⁹⁴ In questa prospettiva si vedano sul punto le considerazioni di A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, ora in Id., *Potere costituente*, cit., 177 ss., proprio in riferimento alle critiche mosse da Jennings a Dicey sui limiti alla sovranità del Parlamento.

⁹⁵ A.V. Dicey, cit., 98 s.

⁹⁶ Questa circostanza rende, a mio giudizio, incomparabile con la questione qui analizzata la questione della legittimità e della portata dei vincoli al futuro legislatore imposti con legge ordinaria in un sistema a costituzione rigida con sindacato di costituzionalità sulle leggi. In questa seconda ipotesi il problema viene di norma agevolmente ricondotto al livello del parametro di costituzionalità delle leggi, assunzione come vedremo indicibile nel sistema del Regno Unito.

⁹⁷ La discussione sul punto nel Regno Unito, e non soltanto in sede scientifica, è molto attuale e da tempo particolarmente approfondita. Si veda ad es. R Gordon, *Constitutional Change and Parliamentary Sovereignty. The Impossible Dialectic*, in M. Qvortrup (ed.), *The British Constitution: Continuity and Change, A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford-Portland, 2013, 153 ss., cit., 160 ss., tuttavia per concludere che "If our prevailing constitutional doctrine is that of parliamentary sovereignty, and if, as Bogdanor emphasizes, this kind of sovereignty is incompatible with codification precisely because codification in whatever form could simply be repealed by a later statute, the only way that codification could ever take place is with abandonment of the sovereignty principle", 161.

⁹⁸ R Gordon, *Constitutional Change*, cit., "Parliamentary Sovereignty...is part of a historic compromise by which the counterpart of the common law's deference to Parliament as the single legislative power has been Parliament's recognition of the courts as the single adjudicative power", 159. Si vedano altresì l'analisi e le considerazioni di M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 21 ss.

li della sovranità del Parlamento, per quanto in potenziale conflitto con il potere di sindacato delle corti – che mai potrebbero però, in effetti, annullare un atto legislativo del Parlamento stesso non esistendo una *judicial review of legislation* – può forse cogliersi nella sua sostanza tenendo presente che è di un potere legale, di una *competenza* formale, non necessariamente della *capacità* in concreto, o del potere materiale di un organo che si sta discutendo: “The fact that Parliament cannot do something in a practical sense...does not mean that it cannot do it in a legal sense”⁹⁹.

Come vedremo, per quanto rapidamente in questa sede, il rapporto tra sovranità del Parlamento e *judicial review* si risolve nella disponibilità, sempre presente in capo al Parlamento, della competenza ad abrogare, modificare o integrare la legislazione vigente¹⁰⁰, con l’unico limite – forse – del vincolo di abrogazione espressa quando si tratti di disciplina a garanzia dei diritti fondamentali. Di disciplina “legislativa” (by statute law) dei diritti, ovviamente, tenendo presente che la materia – come è noto – è in realtà prevalentemente oggetto di disciplina ad opera del *common law*. Quindi in riferimento allo *statute law* in materia di diritti fondamentali, così come il *principio di legalità* (*principle of legality* in senso proprio) impone ai giudici il divieto di riduzione o privazione di elementi della garanzia dei diritti per via meramente interpretativa, così graverebbe il Parlamento di un onere di abrogazione espressa¹⁰¹. La questione, tuttora aperta, è se questi elementi siano il sintomo di una potenziale limitazione della sovranità del Parlamento, sia o meno riconducibile tale limitazione ad un “common law constitutionalism” contrapposto al principio della parliamentary sovereignty.

In definitiva, e pur partendo dal costante riconoscimento in capo al Parlamento UK di un potere legislativo “legally unlimited”¹⁰², la letteratura scientifica contemporanea è solita analizzare criticamente, quali sfide attuali alla sopravvivenza del principio della sovranità parlamentare, più o meno sempre gli stessi fenomeni di “contemporary constitutional developments in the UK”¹⁰³: i processi di devolution a favore dei Parlamenti di Irlanda del nord,

⁹⁹ R Gordon, *Constitutional Change*, cit., 153.

¹⁰⁰ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 23 “...the legislative power of Parliament is hierarchically superior to all other constitutional authority”, superiore al *common law* ed agli stessi poteri di prerogativa regia, “and can limit and modify both”.

¹⁰¹ La nozione di *principle of legality* è, pertanto, diversa da quella definita dalla corrispondente formula *principio di legalità* secondo gli ordinamenti continentali. Sono grato a Stefano Civitarese per avermi aiutato a chiarire questo punto. Sull’argomento, criticamente, anche M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 206 ss.

¹⁰² Il principio è, del resto, richiamato nello stesso sito web del Parlamento, con la seguente spiegazione: “Parliamentary sovereignty is a principle of the UK constitution. It makes Parliament the supreme legal authority in the UK, which can create or end any law. Generally, the courts cannot overrule its legislation and *no Parliament can pass laws that future Parliaments cannot change*. Parliamentary sovereignty is the most important part of the UK constitution”, corsivo mio, riportato all’indirizzo <http://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/>.

¹⁰³ Il recentissimo saggio di M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., presenta una dettagliatissima analisi di tutti questi fenomeni proprio in relazione alla sovranità parlamentare, offrendo altresì un informato confronto critico con le più importanti riflessioni della scienza giuridica anglosassone sul tema e componendo egli stesso una propria dottrina in merito al potenziale ruolo dei vincoli procedurali sulla sovranità del Parlamento (“manner and form theory”). Per un’analisi completa delle questioni qui soltanto evocate, in una con la ricognizione della letteratura scientifica rilevante, non posso che rinviare a tale saggio ed ai capitoli rispettivamente dedicati ai differenti fenomeni che di norma si pretende possano mettere in crisi la sovranità del Parlamento, risp., a partire dalla *devolution* e dal *Human Rights Act*, 111 ss., 151 ss., 193 ss., 239 ss., seppur concludendo per la insufficienza di queste vicende e la loro incapacità di mettere in discussione la dottrina della sovranità del Parlamento.

Galles e Scozia; lo *Human Rights Act* del 1998 e, con esso, il c.d. *common law constitutionalism*, vale a dire il diritto dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale; il diritto dell'Unione europea; e infine, e forse il più stimolante dal punto di vista della presente analisi, il potere dello stesso Parlamento di alterare, modificare, aggravare la struttura o le forme del procedimento legislativo imponendone il rispetto al futuro legislatore¹⁰⁴.

Pur senza poter entrare nel merito dei riflessi di quella che viene qualificata, nelle diverse versioni argomentativamente sostenute in dottrina, “the manner and form theory of legally unlimited legislative authority”¹⁰⁵, è opportuno richiamare alcune delle implicazioni teoriche deducibili dalle questioni presenti nei concreti recenti sviluppi dell'ordinamento inglese in quanto estremamente utili al fine di illuminare gli aspetti più controversi, ma allo stesso tempo più interessanti, dell'attuale consistenza del concetto di sovranità. Proprio muovendo dalla comparazione tra il sistema del Regno Unito, come più volte ricordato privo di una costituzione scritta, ed i sistemi nei quali la sovranità è costretta a misurarsi (scontrarsi) con una pre-supposta superiore sovranità legale (costituzionale).

Il primo punto fermo consiste nel tenere presente che stiamo discutendo dell'esercizio di una funzione sovrana fondata sul suo carattere essenzialmente giuridico, come tale non illimitato. “The parliamentary sovereignty is a legal doctrine which allocates *legally unlimited law-making authority, rather than absolute power, to Parliament*”¹⁰⁶. Un potere giuridico il cui esercizio deve svolgersi nelle forme prescritte perché gli atti in cui si sostanzia possano manifestarsi come atti del Parlamento, quindi leggi, *statute law*, in quanto *Parliament acts*. Ciò impone il rispetto delle forme legali di esercizio della funzione legislativa, il che implica la fa-

Ma si veda, altresì, quanto richiamato in proposito sul sito ufficiale del Parlamento UK, <http://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/>.

¹⁰⁴ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 55 ss., 283 ss., il quale ritiene che tale dottrina sia un'applicazione, uno sviluppo che ne rafforza la sostanza e non una negazione della posizione di Dicey circa il divieto, per l'autorità legislativa, di porre vincoli ai futuri Parlamenti. La questione è vivacemente dibattuta nella letteratura rilevante sull'argomento, fin dal citato saggio di V. Jennings. A mero titolo di esempio è possibile contrapporre la posizione di M. Gordon, nei rinvii di cui alle successive note, a quella di A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty Re-defined*, in R. Rawlings, P. Leyland and A.L. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, cit., 68 ss. Ma ad esse deve aggiungersi la rilettura di tale dottrina da parte di J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, 2010. Non avremo né tempo né spazio da dedicare a questo dibattito, qui mi limito a richiamare, senza poter procedere oltre nella analisi, che laddove Goldsworthy ritiene di riconoscere la plausibilità di un potere del Parlamento di legiferare in materia di procedimento legislativo, in ciò vincolando il futuro legislatore a patto che ciò non incida *nella sostanza* sull'autorità del futuro Parlamento che potrà, quindi, sempre abrogare la legge che ponga questi limiti di procedura, M. Gordon ascrive invece questo possibile oggetto della disciplina legislativa come meramente relativo alla c.d. *Manner and Form for future Law-making*, su cui v. *infra*. Rinvio, sul punto, anche alla ricostruzione di cui al saggio di O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., spec. 401 ss., 414 ss., 426 ss.

¹⁰⁵ Che muove da alcuni importanti episodi che hanno determinato rilevanti mutamenti di sistema in relazione al procedimento legislativo ed ai requisiti formali delle leggi, (*Parliament Acts* del 1911 e, soprattutto, del 1949 in riferimento ai casi di approvazione di leggi senza la partecipazione della House of Lords) su cui il celebre caso deciso dalla House of Lords *Jackson and Others vs. Her Majesty's Attorney General*, UKHL 56/2005 (sui cui si v. tra i tantissimi commenti A.L. Young, *Hunting sovereignty: Jackson v. Her Majesty's Attorney-General*, in *Public Law*, 2006, 187 ss.) ed affonda le sue origini nelle già citate confutazioni delle tesi di Dicey (“the legislative authority of Parliament could not bind its successors”) da parte di I.W. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, 1959 su cui ancora M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 15 ss., 57 ss., 64 ss., 74 s. Ancora sul punto O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., loc. cit.

¹⁰⁶ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 69, 74, corsivi miei.

coltà del Parlamento di definirne le forme, e di modificarle e in ciò, ma in ciò soltanto, vincolando il futuro legislatore. Fintantoché, almeno, il futuro Parlamento non intervenga nuovamente laddove ritenga di voler modificare a sua volta le forme di esercizio delle sue proprie attribuzioni. L'esercizio della funzione legislativa nel rispetto delle forme legali, infatti, non può essere limitata nel contenuto, comprendendo in esso la facoltà di disporre di tali forme, purché ciò non si sostanzi, appunto, in limiti di contenuto materiale, in limiti sostanziali al potere del futuro legislatore di esercitare la medesima funzione¹⁰⁷.

Queste conclusioni sembrano confermate dal più rilevante precedente prodottosi nella recente storia costituzionale inglese¹⁰⁸. Come è noto il più volte citato *Parliament Act* del 1911 ha riformato il procedimento per l'approvazione delle leggi consentendo l'adozione di atti legislativi, con l'unica eccezione della proroga della durata stessa del Parlamento, anche senza il consenso espresso della House of Lords. Il *Parliament Act* del 1911 è stato, successivamente, emendato dal *Parliament Act* del 1949¹⁰⁹ seguendo la procedura definita nello stesso *statute* del 1911, quindi a sua volta senza il consenso espresso della House of Lords. La questione che ne emerge è se ciò fosse legittimo secondo il principio costituzionale della sovranità del Parlamento, se cioè i singoli atti legislativi successivamente approvati seguendo la procedura di cui agli atti 1911-1949 siano o meno a loro volta *riconoscibili* quali *Acts of Parliament*¹¹⁰. Può l'autorità legislativa nella forma strutturale derogatoria definita dalla legge del 1911 (Queen and House of Commons) procedere "a sua volta" a modificare il procedimento, addirittura la *forma* del legislatore¹¹¹, o è necessario che sia il Parlamento nella sua composizione ordinaria (che comprende appunto anche la House of Lords) a farlo?

I giudici della House of Lords, riuniti in sede giurisdizionale, hanno rigettato la questione così posta in riferimento alla istanza sulla validità (in realtà *esistenza*) di un atto legislativo successivo, ritenendo "legittimo" sia il *Parliament Act* del 1949 sia la legislazione successiva, che era stata impugnata di conseguenza. Ma al di là del merito della vicenda, resta la questione di forma: quello svoltosi dinanzi alla House of Lords è stato un giudizio sulla validità di un atto legislativo del Parlamento? La House of Lords ha forse esercitato una competenza a sindacare la *validità*, per conformità ad un parametro superiore, di un atto di rango legislativo? Perché questo assunto, in effetti, sarebbe in palese contraddizione con la dottri-

¹⁰⁷ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 74, 173, ma *passim*, seppur criticando l'approccio dell'importante lavoro di J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, 1999 in relazione alla differenza tra limiti procedurali e limiti sostanziali come possibile oggetto della disciplina legislativa che limiti il futuro legislatore, 95 ss., 227 ss. Su quest'ultimo libro, sulla questione qui in discussione, si veda comunque l'interessante riflessione di V. Bogdanor, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 179 ss., *article review* del saggio di Goldsworthy.

¹⁰⁸ *Jackson and Others vs. Her Majesty's Attorney General*, cit., su cui diffusamente M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., spec. 193 ss.

¹⁰⁹ Si è trattato sostanzialmente di una riduzione del termine temporale concesso alla House of Lords per richiamare a sé un atto legislativo approvato dalla House of Commons prima che quest'ultimo, nel silenzio della Camera Alta, divenga definitivo. Si v. l'analisi critica di cui al citato saggio di O. Chessa, *La legge di Bryceland*, cit., spec. 786 ss.; ld., *I giudici del diritto*, cit., 406 ss.

¹¹⁰ Si v., già, H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, in *Cambridge Law Journal*, 1955, 171 ss.

¹¹¹ "by reducing the length of time that the House of Lords could delay the passing of legislation", cit., A. L. Young, *Hunting sovereignty*, cit., 190. Diffusamente sul punto M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 193 ss., 194.

na della sovranità parlamentare per come fino a qui ricostruita a partire dalla teoria di Dicey¹¹². Ma qui sta il punto.

Riconoscere la supremazia nel sistema costituzionale del Regno Unito, di un atto legislativo come espressione della sovranità del Parlamento presuppone semplicemente che l'atto in questione sia ascrivibile al tipo al quale venga ricondotto (lo *statute* sia in effetti *formalmente* un *Act of Parliament*)¹¹³. Attribuzione, quest'ultima, dell'attitudine di *riconoscimento* dell'atto legislativo come appartenente al tipo di atto legale predefinito da sempre assegnata agli organi della giurisdizione¹¹⁴. Non un giudizio sulla validità dell'atto, insomma, ma il *riconoscimento* di questo come appartenente al tipo definito dalla *forma* dell'atto legislativo, unica espressione corretta di esercizio legale della sovranità del Parlamento¹¹⁵.

Il che presuppone che l'autorità legislativa, anche se nella composizione che esclude una partecipazione certa della House of Lords al procedimento, sia a sua volta *riconosciuta* come *Queen in Parliament*, così tirando in ballo il fondamentale ruolo legittimante l'esercizio della funzione legislativa da parte dello stesso sistema giudiziario, dei giudici di common law¹¹⁶. In definitiva, seppur connotando nuovamente il concetto di sovranità quale elemento di essenziale collegamento tra il fenomeno della giuridicità (statale) ed i principi di effettività e legittimazione tanto con riferimento ad una determinata comunità politica quanto al relativo sistema istituzionale, neanche questa vicenda è foriera, pertanto, di alcun significativo *vulnus* alla dottrina della sovranità parlamentare.

Cosa del resto verificabile anche in relazione agli altri potenziali ostacoli alla sopravvivenza della dottrina, compreso quello apparentemente più penetrante rappresentato dalla

¹¹² Per cui nessuna autorità è legittimata a giudicare della validità di un atto del Parlamento di natura legislativa.

¹¹³ In fondo si tratta pur sempre dell'applicazione della *rule of recognition* vigente (e sostenuta da *effettività* garantita dallo stesso apparato istituzionale), nel senso di cui in H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., spec. 100 ss., 107 ss., 113 ss. V., infatti, le considerazioni di A. Tucker, *Uncertainty in the Rule of Recognition and in the Doctrine of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, 61 ss., spec. 85 ss.; e di O. Chessa, *La legge di Bryceland*, cit., 783 ss., nonché in forma più approfondita in Id., *Sovranità, potere costituyente*, cit., 755 ss.

¹¹⁴ Anche se G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 67 s., osserva che "The role of the courts in the development of the theory of legislative onnicompetence has been, though crucial, a passive rather than active one... In no case, it is agreed, has a court of law ever declared the provisions of such an Act to be *ultra vires*", purché atto approvato nelle forme dovute. Ma si veda, ora l'approfondita riflessione di A. Tucker, *Uncertainty in the Rule of Recognition*, cit., spec. 79 ss.

¹¹⁵ La questione può, naturalmente, scendere ad un livello ulteriore di approfondimento: "it is an established principle of the common law that courts ascertain whether a statute is valid by examining the parliamentary roll. In *Jackson*, however, the House of Lords examined the provisions of the Parliament Act 1911 to determine the validity of the Parliament Act 1914", A. L. Young, *Hunting sovereignty*, cit., 192. Un caso di vero e proprio giudizio di validità della legge? Nella motivazione della sentenza, comunque, si legge che il raffronto tra i due atti legislativi avrebbe avuto la funzione di ricercare eventuali errori di interpretazione-applicazione, non di valutazione della legittimità dell'atto legislativo successivo. Ma si v., ancora, l'approfondita analisi di M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 194 ss., 201 ss., 206 ss.

¹¹⁶ A. L. Young, *Hunting sovereignty*, cit., 195 s. Anche se M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 206 ss., 284 espressamente esclude si tratti di judicial review of legislation, né di sostituzione della sovranità del Parlamento con il "principle of legality".

supremazia del diritto dell'UE¹¹⁷ sul diritto nazionale. Anche in questa ipotesi, infatti, è notoriamente innegabile che il Parlamento mantenga intatta l'autorità legislativa necessaria ad abrogare, ad esempio, l'*European Community Act* (ECA) del 1972 e a consentire al Regno Unito di uscire dall'Unione europea¹¹⁸. Purché ciò avvenga espressamente, mediante abrogazione diretta o, forse anche, approvazione di c.d. "express notwithstanding clauses"¹¹⁹.

Insomma, nessuna delle pretese sfide alla sovranità del Parlamento, prodotte dall'evoluzione del diritto costituzionale del Regno Unito qui richiamate sembra risultare, comunque, idonea – per la letteratura scientifica dominante – a mettere in discussione la permanente vitalità ed effettività del principio costituzionale in questione¹²⁰. Che, come vedremo tra poco, assume una connotazione più chiara e lineare, e sempre più significativamente rilevante al fine di comprenderne l'attuale consistenza anche negli ordinamenti a costituzione scritta.

4. Segue: Judicial Review, Sovereignty of Parliament e Common Law. Il diritto europeo e le giurisdizioni

Come la stessa realtà costituzionale europea contemporanea sembra confermare la disciplina delle modalità di adeguamento del diritto interno del Regno Unito al diritto dell'UE, per come contenuta in atti legislativi del Parlamento, resta quindi pur sempre nella stessa disponibilità del Parlamento¹²¹. Questo oggetto si inquadra bene, in fondo, nella medesima prospettiva – appena richiamata – del valore dei vincoli procedurali – o di *manner and form* – previsti in Acts of Parliament e gravanti sul futuro legislatore che non possono assumere mai il ruolo di limiti sostanziali alla sovranità del Parlamento.

Ma tutto questo, si potrebbe obiettare, vale soltanto sul piano formale, del rapporto tra le fonti del diritto, tra ordinamenti, tra sistemi istituzionali. La ricostruzione teorica composta ordinatamente in base all'indagine degli elementi formali, seppur correttamente argomentata

¹¹⁷ Tanto dei trattati quanto della giurisprudenza della CGCE, dagli anni '70 alla sentenza *Factortame 1* del 1990, e 2 del 1991 (*Costa v. Enel*, 1964; *Internationale Handelsgesellschaft*, 1972; *Simmenthal*, 1978, partendo quindi dal *European Communities Act* del 1972).

¹¹⁸ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 182 "it seems undeniable that Parliament retains the legislative authority to repeal the ECA outright, and withdraw from the EU". Id., a proposito del *European Union Act* del 2011, che emenda ed integra l'ECA del 1972 richiedendo un referendum popolare per l'approvazione di ogni futuro ampliamento dei poteri e delle competenze del sistema istituzionale dell'UE, *ibidem*, 239 ss., 246 ss. Così, ancora, di recente A. Bradley, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK's Supreme Court*, in *Dir.p pubbl.*, 1 del 2017, in corso di pubblicazione, fine § 2 e ultimo cpv. del saggio; P. Leyland, *Brexit and the UK: charting the Constitutional and Legal Obstacles*, in corso di stampa su *le Ist.del Fed*, 1 del 2017, spec. § 2; F. Sgrò, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *Federalismi.it*, fasc. 5 del 2017, spec. 11 ss., 32 ss.

¹¹⁹ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 174 ss., 192, 251 ss., 263 discutendo altresì le differenti tesi di A.L. Young, riprese tra l'altro in *Parliamentary Sovereignty Re-defined*, cit., 68 ss., sui limiti della nozione di abrogazione implicita e sulla qualificabilità del ritenuto obbligo di abrogazione espressa come "vincolo gravante sul futuro legislatore".

¹²⁰ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 114 ss., 126 ss., 182.

¹²¹ Sul punto, ancora di recente, M. Troper, *Sovereignty*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, spec. 358 s.

sul piano storico e della storia del pensiero, può così consentire di concordare con quanti convergono sulla dimostrazione della sopravvivenza intatta della sovranità del Parlamento del Regno Unito. Malgrado i profondi mutamenti subiti nel tempo dai regimi politici a causa degli sviluppi geografici, economici, tecnologici, culturali. Ma il mondo di Dicey non esiste più, né forse allora quello dei costituenti italiani del 1946. Cosa rimane della sovranità? Assume essa la stessa connotazione di allora? La stessa forza? La stessa funzione? La stessa attitudine ad ordinare e giustificare l'esistente politico? Nelle pagine che precedono abbiamo tentato di dare conto di come questa nozione, in un sistema privo di costituzione scritta, possa tuttora fungere da paradigma ermeneutico, da strumento di lettura di una epistemologia del sistema giuridico. Ma è poi davvero così? Anche a fronte dei condizionamenti materiali dell'economia finanziaria e della globalizzazione dei mercati? Degli evidenti limiti, che da materiali tendono a farsi formali e ad assumere veste giuridica, emergenti dalla crisi del sistema istituzionale dell'Unione europea¹²²? Esiste ancora una sovranità giuridica, composta ed ordinata, fondata e legittimata da una sovranità politica territorialmente collocata, per quanto confusa e disordinata quest'ultima possa rappresentarsi? Ma, soprattutto, dove si colloca oggi la sovranità? In quale istituzione?

Prima di tentare una sintesi dell'analisi critica che si è qui inteso proporre, provandoci a valutare quali possano essere oggi la capacità di legittimazione di una costituzione e l'attitudine a sostenerne l'effettività da parte della sovranità, del suo potere materiale e delle sue forme, quali che ne siano i titolari ed i relativi strumenti, resta ancora da chiudere alcune delle tracce di riflessione aperte fin qui. Cercando di assorbire, per lo meno logicamente¹²³, quelli che continuano ad apparire come elementi di contrasto, conflitto, contraddizione – per non dire negazione – dell'idea di sovranità che si è fin qui tentato di descrivere, se non proprio di sottoporre ad analisi. Come conciliare con la nozione tradizionale di sovranità la sua contemporanea – ma già moderna – collocazione nel mondo del diritto, per essere generatrice e destinataria ad un tempo di norme, e quindi limiti, giuridici? Sono forse i giudici un ostacolo al libero dispiegarsi delle potenziali attitudini della sovranità? La giurisdizione costituzionale, le giurisdizioni europee ma forse, prima ancora, le istituzioni europee e quelle finanziarie internazionali, ne hanno usurpato davvero, se non la titolarità, l'esercizio effettivo? Come giustificare altrimenti la dottrina costituzionale dei “controlimiti”, spesso oggi rappresentata quale ultimo baluardo della sovranità “costituzionale” degli Stati? È forse in atto l'ultima battaglia in una guerra ormai secolare tra Stato e sistemi economici, tra istituzioni statali e mercati finanziari su sfera globale, tra costituzioni e ordine giuridico mondiale¹²⁴? La sovranità, in

¹²² Alludo a quegli approcci metodologici che mi sembrano fondatamente rappresentati, ad esempio, dagli studi raccolti nel bel volume M. Fichera, S. Hänninen, K. Tuori (eds.), *Polity and Crisis. Reflections on the European Odyssey*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2014.

¹²³ Ogni riflessione sulla sovranità che si rispetti, così come ogni analisi del fenomeno costituzionale, devono infatti necessariamente fare i conti con la storia e la realtà politica, geograficamente e temporalmente collocate.

¹²⁴ Si pensi all'approccio dell'analisi di cui al saggio di L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007.

tal modo contesa, è ormai appannaggio delle giurisdizioni più che dei sistemi politico-rappresentativi e di governo?

Il primo elemento di sintesi che sembra opportuno proporre attiene alle sorti della sovranità al cospetto del sistema istituzionale dell'Unione europea, come prima delle Comunità europee. Come più sopra accennato, la ricostruzione contemporanea e le funzioni della nozione di sovranità che qui si propongono, comportano un alleggerimento delle tensioni che, in apparenza, proprio sulla sovranità parrebbero gravare in virtù di questi processi di integrazione tra ordinamenti¹²⁵. Muovendo già dal testo dell'art. 11 della Costituzione italiana, ad esempio, ancorché si parli espressamente di "sovranità", è alle possibili "limitazioni" che si fa riferimento, non certo a cessioni o rinunce. Così come nell'art. 117, primo comma della Costituzione, nel testo riformato nel 2001, si fa parola di "vincoli" e di "obblighi". Tutti condizionamenti assunti dall'ordinamento italiano *deliberatamente* e direttamente, e come tali tuttora legalmente nella disponibilità del proprio sistema istituzionale interno¹²⁶. Come nel caso del Regno Unito¹²⁷ così in quello italiano la questione si sposta allora semmai sulle conseguenze materiali della violazione di tali obblighi, sulle contromisure attivabili dalle controparti delle relazioni internazionali ed in seno alle istituzioni dell'Unione europea, sulle eventuali condanne da parte dei giudici competenti, ma certo mettendo in dubbio che si sia trattato, invece, di una rinuncia definitiva alla titolarità di poteri sovrani *giuridicamente* non più nella disponibilità delle istituzioni statali.

Di nuovo potrà discutersi della diversità di piani tra una attribuzione "sovrana" sì e tuttora *legalmente* esercitabile, ma della contemporanea assenza della capacità *materiale* di farlo concretamente. Ma non certo del venir meno della legale possibilità di agire, seppur pagandone le eventuali conseguenze¹²⁸. Quando si proceda ad analizzare in dettaglio i rapporti tra le istituzioni nazionali e quelle dell'UE, pertanto, il piano dell'indagine non dovrà essere quello della *sovranità*, della sua distribuzione, dei suoi limiti giuridici, quanto piuttosto quello della *competenza*. Appunto della distribuzione delle competenze tra istituzioni statali ed istituzioni europee composta da norme prodotte dalle stesse istituzioni degli Stati membri nell'esercizio sì *congiunto*, ma agito formalmente e materialmente da parte di ciascuno di essi, dei propri poteri sovrani.

Altra questione essendo quella della effettiva collocazione di questi poteri sovrani nel contesto dei singoli sistemi costituzionali nazionali. Come è noto a proposito della disciplina ad opera del diritto internazionale della c.d. "competenza a stipulare" accordi, ed a ratificar-

¹²⁵ Trovo molto utili, in proposito, le riflessioni critiche di cui al saggio di G. Guzzetta, *L'Unione europea e il problema della sovranità. Quesiti oziosi, conclusioni sbrigative e dilemmi cruciali*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, II, Milano, 2015, 1433 ss.

¹²⁶ Caso *Brexit docet*.

¹²⁷ Naturalmente dovendo distinguere tra i casi di formale denuncia complessiva, da parte di uno Stato, degli obblighi assunti internazionalmente o regionalmente, ad opera di un trattato, con altri Stati o in seno ad istituzioni sovranazionali, dai casi di apertura polemica di fasi negoziali allo scopo di alleggerire, deformalizzare, flessibilizzare il senso giuridico ed il peso di obblighi e vincoli internazionali e sovranazionali. Negoziati e confronti polemici comunque, a loro volta, passibili nel tempo di una degenerazione in rottura radicale e definitiva delle relazioni sovrane tra gli Stati.

¹²⁸ M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2/2016, 5.

li¹²⁹, e come è ad esempio chiaramente disposto dall'ormai famoso art. 50 del TUE, sono gli Stati stessi a disciplinare i relativi poteri, così come "Ogni Stato membro può decidere, *conformemente alle proprie norme costituzionali*, di recedere dall'Unione"¹³⁰. Con il che la questione appunto si sposta, per gli Stati dotati di costituzione scritta, sulla ricerca del titolare effettivo dei poteri sovrani in seno al sistema costituzionale interno. Ma di questo si è già detto in precedenza. Lasciamo, invece, per il momento sullo sfondo la diversa questione, anche se in parte se ne è già affrontata la sostanza, del se la costituzione abbia o meno, come dire?, usurpato la sovranità dalla sua sede *naturale* – oggi pretensivamente il potere politico – per averla neutralizzata, riservata a sé e quindi sublimata nelle procedure formali disciplinate dalle sue norme, oppure attribuita ad un determinato soggetto (il popolo). O se la sovranità continui, invece, ad esprimere la sua potenziale energia sempre e comunque, seppur nelle forme da essa stessa *poste* nella costituzione, o a prescindere da queste, ma in base ad una scelta comunque sempre libera e consapevole.

Un utile, ancorché rapido, passaggio di riflessione, in questa parte dell'analisi, può essere rappresentato anche dalla c.d. "dottrina dei controlimiti", per tale assumendo convenzionalmente la pretesa riserva, in capo agli ordinamenti costituzionali statali, di attribuzioni a tutela di principi assunti quali fondamentali ai fini della conformazione della propria *identità costituzionale* al cospetto del processo di integrazione europea¹³¹. Dottrina, come è noto, professata dai giudici costituzionali statali nei giudizi di sindacato di atti legislativi che incrocino, appunto, le attribuzioni delle istituzioni UE o, laddove previsto, delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati stessi. Alcune posizioni dottrinali assumono in proposito un approccio *normativo*, proponendo cioè soluzioni interpretative orientate da uno specifico quadro assiologico¹³². Questa lettura del principio di sovranità tende però a svuotarne di senso la nozione, eliminando dalla prospettiva di riflessione proprio la dimensione politica¹³³. In altra prospettiva la dottrina dei controlimiti illumina certo anche il ruolo, se non direttamente del dato materiale della sovranità politica, almeno di alcuni importanti sintomi di vitalità, meglio,

¹²⁹ B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, 57 ss., 62.

¹³⁰ Corsivo mio.

¹³¹ La letteratura sul punto è sterminata, per cui mi limito qui a pochi riferimenti meramente esemplificativi. Si v., così, G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 63 ss.; E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv.dir.cost.*, 1996, 75 ss., spec. § 10; F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, spec. 20 ss., 47 ss., 288 ss., 313 ss.; M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit.; Id., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc.dir. Annali*, IX, Milano, 2016, 453 ss., nonché, in riferimento alle principali esperienze europee, i saggi raccolti nel volume N. Zanon (a cura di), *Il controllo preventivo dei Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2015 e, con riferimento alla Germania ed alla giurisprudenza del BVerGe, F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015, spec. 281 ss.

¹³² Così, ad es., mi sembra G. Silvestri, *La parabola*, cit., 67 s., 74, che riconduce all'unità in nome dei valori costituzionali la stessa categoria della sovranità; nonché, ad esempio, R. Bellamy, D. Castiglione, *Building the Union: the nature of sovereignty in the political architecture of Europe*, in *Law and Philosophy*, 1997, 421 ss.; A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, 11/2016.

¹³³ C. De Fiore, *Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità nella Costituzione italiana. A quarant'anni dal contributo di Gianni Ferrara*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 169 ss., spec. 200 ss.

di alcune importanti tracce della persistente effettività della sovranità popolare¹³⁴. Nella prospettiva qui prescelta, comunque, è bene chiarire esplicitamente che non si ritiene plausibile poter ridurre la questione della sovranità (statale) alla dottrina dei “controlimiti”, e non soltanto per la riconducibilità di fatto di questa teoria, essenzialmente, alla sola giustizia costituzionale.

Se al fine di cogliere la persistente capacità epistemologica della nozione di sovranità sembra opportuno accantonare momentaneamente gli approcci *normativi, prescrittivi* che orientino le analisi dell’esistente giuridico in base a valori e principi presupposti, per concentrare l’attenzione, almeno momentaneamente, sul dato di *realtà* – nel senso di realtà *materiale* – è indubbio, infatti, che gli sviluppi ordinamentali più utili siano quelli mossi dalla pressione esercitata dagli stimoli della democrazia, piuttosto che non dalla mera azione della giustizia costituzionale. Non mancano, ad esempio, letture degli sviluppi ordinamentali del Regno Unito, descritti più sopra, che tendono a ricondurre l’evoluzione del sistema legislativo, da noi analizzato nella diversa prospettiva della tenuta del principio della sovranità parlamentare, nella differente ottica di un costante rafforzamento del principio democratico-rappresentativo¹³⁵. Ancorché l’interpretazione valoriale della nozione di *manner and form theory*, in quanto ispirata in funzione di una evocata maggiore democraticità¹³⁶ del sistema, rischi a sua volta di indebolire la sostenibilità in sé della dottrina¹³⁷.

Anche la dottrina dei controlimiti, in sostanza, muove a favore di una lettura della nozione di sovranità – seppur orientata alla declinazione in senso democratico della sua rappresentazione (sovranità popolare, quindi) – che guardi al suo ruolo di legittimazione, e quindi di garanzia della effettività del sistema giuridico statale, per quanto volontariamente proiettato, avvolto, compromesso nei processi di integrazione europea. Sviluppi ordinamentali che, nella nostra prospettiva, sono in effetti a loro volta funzionali a garantire al soggetto sovrano legittimazione attraverso una più solida garanzia di effettività della propria manifestazione ordinamentale, normativa (qui nel senso di giuridica). Un ritrovato ruolo ordinante della costi-

¹³⁴ Così M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit. 6 ss.

¹³⁵ Nella prospettiva del rafforzamento di ruolo della House of Commons rispetto al Monarca ed alla House of Lords.

¹³⁶ Se la principale virtù del principio della sovranità del Parlamento, in una prospettiva assiologico-normativa, sta oggi nell’assicurare il primato della democrazia in opposizione, anche in un sistema di common law, ad un ipotetico governo dei giudici, la nozione di democrazia che viene *ivi* professata è sinonimo di sovranità parlamentare nel senso di democrazia elettiva, di sistema *democraticamente* maggioritario, quindi necessariamente rappresentativo in forme che non tendano al “power concentrating”, M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 41, 42 nt. 125), 46: “democracy is about more than just majoritarian political decision-making...the existence of a «democratic culture» is also vital”, discutendo quindi criticamente del rischio connesso ad un sostanziale dominio parlamentare del governo, del Primo ministro, fino all’ipotesi estrema, ancorché non attuale, della “elective dictatorship”, tema in relazione al quale l’autore rinvia al noto saggio di Lord Hailsham, *The Dilemma of Democracy. Diagnosis and Prescription*, London, 1978.

¹³⁷ M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty*, cit., spec. 281 ss., 321 ss., cadendo di fatto in un approccio sostanzialmente valutativo, per non dire prescrittivo esso stesso: “...the legislative power to alter the manner and form *must be exercised within*, and thus structured and conditioned by the operation of, a *system of democratic accountability*”, 321; “If the manner and form theory of parliamentary sovereignty is to be democratically justified, *it must not be used* in ways which undermine its democratic foundation”, 322. Da cui la proposta di un insieme di riforme orientate a tali fini. Analogamente, mi pare, O. Chessa, *La legge di Bryceland*, cit., 796 s.; di nuovo sull’argomento in Id., *I giudici del diritto*, cit., 451 ss.

tuzione statale, quindi, quale fondamento di una difesa della democraticità del sistema istituzionale.

Con il che si torna al perenne dilemma di quale sia il processo di più efficace *unificazione* in funzione di *legittimazione*, di fondamento del dato di *effettività* di un ordinamento, della stabilità del fenomeno giuridico a fronte della crisi attuale della nozione stessa di giuridicità che, spero sia chiaro a questo punto dell'analisi, anche chi scrive riconduce essenzialmente ad una perdita di effettività proprio della funzione *politica* della sovranità, sia essa o meno *impegnata* da vincoli, obblighi e pressioni materiali generati dalla rete di relazioni sovra- ed ultra-statali. Se cioè sia più plausibile – ma ancora una volta è una questione di realtà, non di teoria politica né di argomentazione giuridica – un processo di costruzione di un'identità politica¹³⁸ che “dia forma” all'esistente giuspolitico; oppure un'istanza di unificazione valoriale fondato sulla stessa composizione normativa dell'ordinamento, un'istanza di chiusura, cioè, legittimata dai valori e dai principi della costituzione e che agisca per il tramite di sviluppi costruiti in base alla sostenibilità di uno stabile processo di argomentazione giuridica. Da una parte legittimazione attraverso le istituzioni politiche, in quanto portatrici di istanze democratico-rappresentative; dall'altra attraverso il diritto, la costituzione, l'argomentazione giuridica: in una parola, la giurisdizione e, ove prevista, la giustizia costituzionale¹³⁹.

Nella prospettiva della cultura giuridica anglosassone questo potenziale conflitto, meglio dilemma, è invocato dalla permanente contrapposizione dialogica tra *political constitutionalism*, fondato sulla sovranità del Parlamento, e *common law constitutionalism*, ricondotto, ovviamente, al ruolo del sistema giudiziario nei processi di costruzione e legittimazione dell'ordinamento. Sebbene, come più volte ricordato, in quel sistema l'ipotesi di una *judicial sovereignty* sia tendenzialmente rifiutata in radice, perfino dalla dottrina che più analiticamente ha proceduto nell'indagare sugli elementi di criticità della attuale consistenza della sovranità parlamentare. Ma il Regno Unito non possiede una costituzione scritta, e la sfida del *judicial constitutionalism* alla sovranità parlamentare è, per questo, monca dello strumento essenziale perché possa pretendere di avere successo.

Come più volte osservato nel sistema teorico risalente alla ricostruzione della tradizione giuridica inglese ad opera di Dicey, l'indipendenza dei giudici non implica affatto che il potere giudiziario possa essere considerato alla stregua del Parlamento, un ordine di pari livello, contitolare della sovranità: “its functions might be modified at any time by an Act of Parliament; and such a statute would be no violation of the law”¹⁴⁰. Con ciò ribadendo, proprio su questo specifico punto, la sostanziale differenza ad esempio rispetto al sistema americano, ordinamento federale fondato su una costituzione assunta come *legge superiore*, laddove invece “Federalism...means legalism – the predominance of the judiciary in the consti-

¹³⁸ Nel senso di cui al più volte citato saggio di B. de Giovanni, *Elogio*, cit., spec. 53 ss., 78 ss.

¹³⁹ Tesi esemplarmente analizzata e discussa da C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

¹⁴⁰ A.V. Dicey, cit., 135.

tution – the prevalence of a spirit of legality among the people”¹⁴¹. Nel Regno Unito, all’opposto, “Sovereignty is a legal competence to change the rules of a system of law”, nel quale però non è ammessa “judicial review” nel senso di “judicial testing of legislation”¹⁴². Nel presupposto, lo si ripete ancora una volta, che esistano regole di diritto che disciplinano le forme di esercizio della funzione legislativa, “rules of law which provide for legislation to be carried out in particular ways”, e che la sovranità parlamentare abbia la capacità di *disporre* di queste regole.

Su questo assunto, come abbiamo visto, si è tentato anche di mettere in discussione l’ipotesi del divieto di vincolare, con norme sul procedimento, il futuro legislatore¹⁴³, considerando che quanto qualificato come limite guardando al futuro, rechi l’opposto significato di negazione dell’onnipotenza del Parlamento guardando, a ritroso, al passato¹⁴⁴.

Ma mantenendo per un momento ancora la prospettiva di analisi che muove da un punto di osservazione che tenti di individuare, definire e comprendere “il sovrano” dall’esterno, quindi come oggetto di regole; e facendo oscillare l’attenzione da un sistema senza costituzione come legge superiore¹⁴⁵, senza *grundnorm*, ad un sistema invece fondato su una costituzione formale, torniamo alla questione di fondo: esiste un limite alla *competenza* del sovrano? E qual è il fondamento del suo potere? Sovranità significa tuttora *capacità* di una decisione *arbitraria* e, soprattutto, infondata? È la prospettiva che apre alla considerazione dei limiti di tempo e di spazio, di contesto materiale¹⁴⁶, di fondamento politico-sociale della relativa *potestas*. Sullo sfondo è sempre presente, quindi, la questione della legittimazione politica nell’esercizio in concreto della potestà sovrana. Ma vanno pur sempre tenute distinte la *competenza* giuridica formale, il potere in astratto di compiere le proprie scelte e di *porre* in forma legale gli atti conseguenti; e la *capacità* in concreto, la forza materiale di portare a compimento un simile disegno.

5. Sovranità popolare, autorità politica, governo

Ricapitolando alcuni tra gli elementi teorici di fondo formulati fin qui, al fine di abbozzare qualche prima conclusione interlocutoria, intanto emergono alcuni utili riferimenti dalla evoluzione storica dello stesso concetto di sovranità, processo in permanente assestamento parallelamente agli sviluppi della civiltà giuridica e della stessa fenomenologia materiale del potere politico. La nostra analisi ha preso le mosse, in una tra le diverse prospettive che si è tentato di seguire, dal momento simbolico del distacco – teorico e materiale ad un tempo –

¹⁴¹ A.V. Dicey, cit., 142.

¹⁴² G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 10, 16, 31 ss.

¹⁴³ G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty*, cit., 13 ss. 30 ss., prendo alla questione del se il Parlamento sovrano debba essere considerato as “a series of entities through time or a continuing entity”, quindi lo stesso identico Parlamento sovrano che agisce nella continuità, attraverso il tempo.

¹⁴⁴ G. Marshall, *Op.ult.cit.*, 14, “What is a limitation looking forward” (subsequent Parliament), “is (limited) omnipotence looking back”, as “no Parliament can bind its successors”.

¹⁴⁵ G. Marshall, *Op.ult.cit.*, 16 ss., 31 ss.

¹⁴⁶ G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 41 ss.

tra il concetto di sovranità e la figura reale del sovrano¹⁴⁷. Questo fondamentale passaggio storico ha dimostrato, quindi, la sua rilevanza per separare e distinguere, dall'indagine sugli sviluppi della nozione di sovranità, l'approccio schmittiano reso celebre dall'apodittica asserzione che "Sovrano è chi decide sullo Stato di eccezione". È stato, infatti, giustamente osservato che la prospettiva dell'eccezione, storicamente, politicamente e quindi, teoricamente sempre plausibile, tuttavia presuppone l'intenzione di generare, appunto, un fenomeno di "eccezione" ad un regime a sua volta sovrano, nel senso di dotato di una sovranità che dovrebbe, all'opposto, distinguersi come "ordinaria", legittimante un ordinamento giuridico stabile sì, ma in quanto "ordinario" destinato ad essere sospeso, se non annientato e travolto dall'eccezione¹⁴⁸. In fondo un paradosso, per il metodo schmittiano, in quanto contaminato da una prospettiva ideologico-valoriale, in quanto tale, appunto, paradossalmente *normativa* e non più meramente descrittiva del reale¹⁴⁹. Abbiamo, quindi, ricordato come sia la sovranità stessa, ad un certo momento della storia, a dotarsi di apparati istituzionali e limiti costituzionali al fine di legittimarsi e garantire, a se stessa ed al proprio apparato istituzionale e normativo, legittimazione, stabilità e certezza¹⁵⁰.

A questo punto dell'analisi resta da rendere conto, in maniera più approfondita di quanto non si sia fatto accennando alla questione più sopra, dell'irrompere nella storia della sovranità popolare. Nonché, per concludere, della distinzione tra legittimazione e stabilità delle istituzioni sovrane, vale a dire della "sovranità" istituzionalizzata nelle forme costituzionali, da una parte e, dall'altra, la mera stabilità del governo¹⁵¹. Della distinzione, insomma, tra sovranità e governo¹⁵². Muovendo dal presupposto che la sovranità debba necessariamente garantire un'unità di ordine¹⁵³, una stabilità ed una effettività che si predichino nella realtà materiale prima ancora che in quella giuridica e poi, quindi, nella conseguente elaborazione teorica. Quest'ultimo elemento è, sia detto per inciso, non a caso confermato proprio da quello tra i sistemi che più spesso viene additato quale concausa della crisi della sovranità statale: l'ordinamento dell'Unione europea. È stato giustamente osservato¹⁵⁴ come molti tra i

¹⁴⁷ Ancora sul punto, in prospettive diverse, V. Crisafulli, *La sovranità popolare*, cit., 131 ss.; M. Loughlin, *Why Sovereignty*, cit., 47 s., ma *passim*.

¹⁴⁸ Rinvio a quanto già osservato *supra*, all'inizio del § 2 ed alla letteratura *ivi* citata. Problematizza la questione del salto dovuto al mutamento istituzionale e delle conseguenti trasformazioni costituzionali F. Rimoli, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente ora* in Id., *Democrazia Pluralismo Laicità*, Napoli, 2013, 35 ss.

¹⁴⁹ G. Azzariti, *Critica*, cit., 46 ss., giustamente mette in luce il drammatico ritorno del carattere teologico, assoluto e di nuovo *trascendente* della *decisione*. Un *ritorno* che procede rinnegando in radice la stessa storia moderna della nascita del concetto di sovranità, per come ricostruita in queste note, e che nel suo portato di senso di un'eccezione rappresenta in effetti una sospensione del processo storico fin qui descritto. Si v., ancora, criticamente Id., *Diritto e conflitti*, cit., 90 ss., 124 ss.

¹⁵⁰ G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, cit., 7, 13, 26.

¹⁵¹ Trovo esemplare, lungo il solco di questa dicotomia, l'approfondita riflessione critica di cui al bel saggio di E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 3 del 2015, 37 ss.

¹⁵² B. de Giovanni, *Elogio*, cit., spec. 78 ss.

¹⁵³ M. Loughlin, *Why Sovereignty*, cit., 48.

¹⁵⁴ Přebáň J., *Sovereignty in Post-Sovereign Society. A Systems Theory of European Constitutionalism*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2015: "Although the Union transgress its nation state segmentation, the notions of statehood and popular sovereignty continue to inform legal and political semantics of the EU", 150.

tentativi di legittimazione del processo di integrazione europea tuttora passino per le categorie della sovranità (statale) come fondamento del sistema giuridico (comprese le declinazioni di sovranità popolare e democrazia), per opporle al processo di integrazione per via giurisdizionale (la già evocata *judicial sovereignty*).

Ma veniamo alla sovranità popolare. Trovo davvero affascinante l'origine del suo fondamento storico, in due differenti contesti rivoluzionari, come proiezione di un *horror vacui* mosso dal vuoto improvvisamente apparso nel posto un tempo occupato da un sovrano spodestato. Il primo episodio è, come noto, la *Glorious Revolution* del 1688-1689, allorché in assenza di Parlamento, sciolto l'anno precedente, e con il Re Giacomo II in fuga, il principio di legittimità sovrana dovette sostenersi su quello di sovranità popolare, attraverso la convenzione convocata al fine di porre termine alla crisi e di evitare una guerra civile¹⁵⁵. Il secondo episodio, ancor più significativo e, se vogliamo, studiato proprio con riferimento alle origini della sovranità popolare, della volontà generale, poi tradite dall'affermazione della volontà della nazione, è ovviamente quello accaduto un secolo dopo in terra di Francia. All'indomani della Rivoluzione, infatti, si generò una vera e propria ondata di panico che questa potesse risolversi nella pura violenza, sfuggendo di mano ai suoi artefici, senza completarsi compendosi nell'instaurazione di un nuovo ordine politico, fondato su un nuovo principio di legittimazione¹⁵⁶. Alla morte del sovrano, non si sostituisce un nuovo sovrano, almeno non un nuovo monarca, e quindi? La transizione rivoluzionaria portò con sé un'importantissima trasformazione, non immediatamente percepibile.

La prima sensazione fu, appunto, di "vuoto", ed era dovuta al raggiungimento di una "frontiera" culturale: con il passaggio della sovranità dal re al popolo, infatti, "entrò in crisi la sovranità stessa, al livello ideologico e al livello simbolico"¹⁵⁷. L'immediata necessità avvertita era quella di "ripristinare l'ordine e di por fine all'anarchia", di generare cioè se non un'istituzione che desse una nuova *forma* alla sovranità – per la qual cosa mancavano forse ancora i presupposti culturali – un simbolo, un concetto, una nozione che potesse prendere il posto del sovrano. Perché quel trono vuoto non fosse usurpato da un "governo forte", che pretendesse di prendere di fatto il posto del sovrano. Sappiamo come rispose il giacobinismo¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Come ricorda anche L. Formigari nella *Introduzione* a J. Locke, *Trattato sul governo*, cit., XXXI ss. Ma si vedano, appunto, le considerazioni dello stesso Locke, *Op.cit.*, spec. 168 ss., sul ruolo del popolo sovrano nei casi drammatici di "dissoluzione del governo" e caduta del regime rappresentativo.

¹⁵⁶ Non si può non rinviare al bellissimo saggio di P. Viola, *Il trono vuoto*, cit., fin dalla *Prefazione*, pag. VII s.: "Il titolo di questo libro mi è stato suggerito da un passo di Mounier del 1792. Fra i massimi dirigenti della primissima fase della rivoluzione...non volle riconoscere la legittimità della sovranità popolare che...stava prendendo una piega illegale e catastrofica...Quello che Mounier non ammetteva, come tutti i controrivoluzionari, era che fosse stata distrutta la sovranità del re: «Chi ha meglio caratterizzato questa pretesa sovranità del popolo è stato uno zelante partigiano della democrazia, che per la cerimonia del 14 luglio 1790 consigliò seriamente di collocare nel mezzo del Campo di Marte un trono vuoto...Questo trono vuoto doveva rappresentare la sovranità della nazione francese. Si può dire in effetti che presso un popolo che ha la disgrazia e la stupidità di credersi sovrano il trono è vuoto, la sovranità vacante, e che più nulla si oppone ai guasti dell'anarchia».

¹⁵⁷ P. Viola, *Il trono vuoto*, cit., IX, "Il popolo, io credo, percepì con sgomento il vuoto di sovranità che si stava creando". Si vedano, altresì, le riflessioni di G. Silvestri, *La parabola*, cit., 24 ss.

¹⁵⁸ P. Viola, *Il trono vuoto*, cit., X.

Ma quello che questa crisi rivelò sarebbe apparso evidente molto tempo dopo e fu, in realtà, una trasformazione culturale profonda, ancora più importante perché investiva lo stesso concetto di sovranità. Quest'ultima si trasferiva dal re al popolo diventando, come sappiamo, "volontà generale"¹⁵⁹. Ma non fu subito chiaro, non fu questo l'originario svolgimento, che alla *unità sovrana* si sarebbe sostituita una molteplicità¹⁶⁰, vale a dire la *pluralità*. Ad occultare questo dato fu l'idea di "nazione"¹⁶¹, attraverso la quale "una nuova forza unificatrice subentrò a quella antica"¹⁶², una forza forse altrettanto indivisibile dell'assolutismo che si era inteso abbattere. Ma in realtà il tempo rivelò che dal trasferimento della sovranità da un soggetto ad un altro, dallo Stato al popolo, questa sarebbe stata contaminata dal carattere plurale del nuovo titolare¹⁶³, subendo una radicale, profonda trasformazione¹⁶⁴ concettuale.

Deconcentrandosi, frammentandosi e distribuendosi tra i *tanti*, poi *tutti* la sovranità mutò di natura. Riducendo e funzionalizzando la sua matrice di *potere*, per assumere la veste condizionata e condizionante di diritto soggettivo, diritto di partecipazione democratica e di voto, di libertà politica fondata sull'eguaglianza, generatrice di *forme* e, per il tramite delle forme, di *legalità*¹⁶⁵. Ma il progetto costituzionale che dalla Costituzione di Weimar in poi andò sviluppandosi per articolazioni normative ha subito poi nel tempo, e subisce tuttora, come è stato più volte osservato¹⁶⁶, processi di svalutazione, adeguamento, rimozione, che lasciano riaffiorare sullo sfondo l'idea di sovranità come unità, concentrazione di potere. La Rivoluzione tentò di sostituire il re con l'Assemblea nazionale, e l'importazione della rappresentanza politica¹⁶⁷ dall'Inghilterra servì per sostituire all'*uno* una *pluralità*. Ma in ciò giocò spesso un ruolo importante più il principio di legittimità¹⁶⁸ che il principio democratico. Presto fu chia-

¹⁵⁹ J.J. Rousseau, *Du contract social ou, principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, tr.it. di G. Barni, *Il contratto sociale o principi di diritto politico*, a cura di R. Guiducci, Milano, 1995, spec. il Libro secondo, 73 ss. Si vedano in proposito le considerazioni di G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, cit., 256 ss. e di M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 117 ss.

¹⁶⁰ B. de Giovanni, *Elogio*, cit., 99, 114.

¹⁶¹ Per un'approfondita riflessione sull'argomento C. De Fiore, *Nazione e Costituzione*, I, Torino, 2005, spec. 39 ss.; M. Dogliani, C. Tripodina, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi*, cit., 285 ss.

¹⁶² E.W. Böckenförde, *La nascita dello Stato*, cit., 52.

¹⁶³ Purtroppo qui non ho il tempo di sviluppare l'interessante intuizione di G. Agamben, *Homo sacer*, cit., 198 ss, circa la natura essenzialmente anfibia del corpo politico del popolo, "a Roma...sanzionata giuridicamente nella chiara divisione fra *populus* e *plebs*...nel Medioevo...fra popolo minuto e popolo grasso...ma quando, a partire dalla Rivoluzione francese, il popolo diventa il depositario unico della sovranità, il popolo si trasforma in una presenza imbarazzante e miseria ed esclusione appaiono per la prima volta come uno scandalo", generatore dell'insoluto dilemma della permanente frattura nel corpo politico del popolo.

¹⁶⁴ G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 13 ss.; Id., *La sovranità popolare e le sue forme*, cit., 258, 265.

¹⁶⁵ In questo percorso di analisi sono evidentemente debitore nei confronti delle riflessioni di G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, cit., 13 ss.

¹⁶⁶ Rinvio di nuovo a V. Crisafulli, *La sovranità popolare*, cit., 131 ss.

¹⁶⁷ Sull'emersione storica della rappresentanza nel corso della Rivoluzione francese si veda l'approfondita ricostruzione di M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, 50 ss.

¹⁶⁸ Per un'affascinante ricostruzione del ruolo del principio di legittimità nel corso della storia europea successiva alla Rivoluzione francese e, in tale prospettiva, delle evocazioni del posto e del ruolo del popolo e delle istituzioni rappresentative nella ricostruzione e nel consolidamento della legittimazione delle monarchie eu-

ro, infatti, che il trono restò, perché restava lo Stato (Ferrara) la cui forma implicava la concentrazione del potere, e quindi il trono ne continuava a costituire lo strumento essenziale.

La prima conclusione che verrebbe da trarre è che la sovranità popolare non si sia mai realmente realizzata, restando in fondo un dato di mera ideologia, una promessa e, infine, un progetto costituzionale¹⁶⁹. Almeno se si escludono le momentanee, occasionali parentesi rivoluzionarie, subito poi transitate in qualcosa di altro, del tutto differente da come progettate. Mai nella storia un regime rivoluzionario è riuscito a consolidarsi secondo il suo progetto in potenza; perché il risveglio è sempre avvenuto, oltre la rivoluzione, in un regime autoritario legittimato dal pericolo dell'anarchia, dalle occasioni offerte dall'anomia, dal bisogno di restaurazione di un principio di ordine. La degenerazione in forme autoritarie sembra l'esito empiricamente più probabile di ogni rivoluzione, anche quando scaturita dall'azione diretta del popolo. L'unica trasformazione a realizzarsi, e comunque non è poco, è di natura culturale. Ogni rivoluzione costringe a riformulare la teoria politica ed il progetto istituzionale conseguente, ma per legittimare il nuovo ordinamento, non per realizzare i fini stessi della rivoluzione.

Andando un poco oltre queste assunzioni necessariamente apodittiche, il riferimento alla inesistenza reale¹⁷⁰ della sovranità popolare può giustificarsi anche guardando ai testi costituzionali più avanzati. La sovranità popolare, di cui si predica ogni ordinamento democratico, una volta trasposta nelle forme legali per via di articolazione normativa nei testi costituzionali, perde infatti sostanzialmente il proprio ruolo presunto. Da potere costituente, da autorità titolata ad esprimere la provvista personale delle istituzioni rappresentative di governo¹⁷¹, sfigura stabilmente in mero strumento di legittimazione del potere politico¹⁷², matrice del principio di effettività e correttivo occasionale, anche se frequente, della composizione dell'indirizzo politico, elaborato però oramai direttamente ad opera delle istituzioni di governo. Interferenze che, in quanto imprevedibili, e spesso in effetti imprevedute, rivelano il carattere di estemporaneità ed accidentalità della sua azione potenziale. Soprattutto la sua intermittenza. Naturalmente queste constatazioni sul piano storico, senz'altro utili a ridurre l'enfasi ideologica a volte eccessiva, ma poco realistica, intorno alla nozione di sovranità popolare, andrebbero integrate nella prospettiva di analisi che muove dalla crisi attuale degli istituti della partecipazione popolare alla determinazione della politica, a partire come è noto dalla caduta del sistema dei partiti, fino alla degenerazione delle stesse istituzioni della rappresentanza politica. Discutere della attuale resa della sovranità popolare per come esercitata nelle

ropee dopo il Congresso di Vienna e, soprattutto, del ruolo di Talleyrand in questo processo politico-culturale, R. Calasso, *La rovina di Kasch*, Milano, 1994, *passim*, spec. 30 s., 54 ss., 58 s., 77 ss., 81. Durante "il Congresso di Vienna...l'oggetto delle trattative" fu "il restauro della sovranità monarchica", e "per la prima volta in un incontro di potenti occidentali, ci si preoccupa del consenso dei popoli", *ibidem*, 54 s..

¹⁶⁹ Si veda quanto osserva, a proposito del potere costituente del popolo, D. Grimm, *Constituent Power and Limits of Constitutional amendments*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 2 del 2016, 2.

¹⁷⁰ Rinvio ancora alla polemica riflessione critica di cui al saggio di G. Gemma, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri*, cit., locc.citt.

¹⁷¹ G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, cit., locc.citt.

¹⁷² F. Bilancia, *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in F. Bilancia, F.M. Di Sciuillo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli, 2013, 135 ss.

forme della democrazia rappresentativa, del ruolo del consenso dei cittadini al cospetto del sistema istituzionale e ai fini dei processi di legittimazione dell'ordinamento e, in definitiva, procedere ad un'indagine al fondo della questione della crisi contemporanea della relazione tra sovranità popolare e sovranità, imporrebbe una contestuale seria riflessione sull'intero sistema della democrazia rappresentativa. Studio naturalmente non possibile in questa sede¹⁷³.

A muovere l'attenzione verso la sovranità popolare sembra, pertanto, essere di nuovo la questione della "legittimità" del regime politico, piuttosto che non quella della effettiva titolarità del potere sovrano. Il che riporta l'attenzione, dopo una breve parentesi, sulla sovranità *tout court*. Per mettere in discussione la opposta ipotesi che ne imputa la titolarità in capo alle istituzioni di governo. Per rompere la frequente confusione, cioè, tra sovranità e governo¹⁷⁴.

In realtà dalla nostra riflessione emergono elementi chiari, atti a distinguere tra loro i due piani di indagine: da un lato l'autorità di governo; dall'altro, appunto, la sovranità quale strumento di legittimazione del potere politico, del regime dominante, delle istituzioni di governo¹⁷⁵. In una lunga fase di sviluppo delle dottrine del costituzionalismo, e nei sistemi costituzionali contemporanei, questo ruolo è stato *attribuito* alla sovranità popolare. Ma è proprio la matrice, il fondamento di questa *attribuzione* ad essere, in effetti, oggetto di indagine: la *sovranità* stessa, o la *costituzione*? Ma, come la comparazione con il sistema inglese, prima, e del Regno Unito, oggi, aiuta a comprendere, in realtà la "sede" della sovranità, che può trovare nella costituzione scritta un utile, ulteriore, strumento di legittimazione, non risiede nel diritto, nel sistema giuridico, o almeno non soltanto. La stessa sovranità dei monarchi dell'assolutismo, ispirata dalla *trascendenza* divina, ha presto avuto bisogno di un fondamento di legittimazione sempre esterno rispetto a sé, ma terreno. Trovato, quindi, prima nella spiritualità rivelata e trasmessa ad opera della Chiesa, poi nell'*auctoritas* imperiale, anch'essa di discendenza divina¹⁷⁶. Quando l'assolutismo, nei fatti, riuscì a concentrare nella figura del *sovrano*, tanto l'*auctoritas* quanto la *potestas*, generò infatti un equilibrio instabile, che riuscirà a ristabilire il principio di legittimazione proprio muovendo di nuovo dalla separazione, come già osservato, tra *sovranità* e *sovrano*, proprio dall'invenzione, appunto, della *sovranità*. Che ha nell'alterità rispetto al potere e nella *relazione* con esso la sua essenza, come pure la capacità di prestare ad esso legittimazione ed effettività.

Questa relazione, questo processo, si articolano, arricchiscono e complicano in una con l'evoluzione della civiltà giuridica, incontrando presto, come abbiamo visto, la sponda

¹⁷³ Rinvio, in primo luogo, alle riflessioni dedicate a queste problematiche dalle Relazioni presentate in questo stesso Convegno sul tema della "Rappresentanza" e qui pubblicate, nonché ai saggi raccolti nel volume AIC, *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, vere e proprie miniere di stimolanti sviluppi tematici e prospettive di ricerca.

¹⁷⁴ Come già in Bodin, come ci ricorda M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 58 ss. Si veda quanto osserva altresì B. de Giovanni, *Elogio*, cit., 78 s., criticando la nozione di *governamentalità* di M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978* (2004), tr.it. di P. Napoli, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Roma, 2005, spec. 280 ss.

¹⁷⁵ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., fin dall'introduzione del volume.

¹⁷⁶ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., spec. 25 ss.

ulteriore della volontà popolare, della rappresentanza politica, delle *forme* di esercizio della sovranità *popolare*, e quindi del diritto. Ma la volontà divina, l'*auctoritas*, la sovranità, la volontà popolare, il diritto¹⁷⁷ e le costituzioni sono fenomeni *esterni* al potere, di quello dell'originario *sovrano assoluto* come della democrazia, in ipotesi definita allo stato puro. La stessa sovranità popolare ha avuto, ha, bisogno di una sponda di legittimazione esterna a sé. Che, introvabile in sé, nell'*immanenza*, essa ha storicamente individuato nelle costituzioni democratiche. Ma questi strumenti, per legittimare il sovrano e garantire ad esso effettività, stabilità e durata, finiscono altresì con il limitarlo. Così come farà la costituzione con la stessa democrazia, in quella forma di stato che viene non a caso qualificata come "democrazia costituzionale"¹⁷⁸.

Ma anche la sovranità, come sua fonte di legittimazione, è limite al potere. Assumendo però, il limite, una funzione scelta ed accettata dal potere stesso. Come sarà, a seguire nella contemporaneità, per le istituzioni europee¹⁷⁹ e della globalizzazione, per i mercati internazionali, il credito e, quindi e conseguentemente, le istituzioni finanziarie. Strumenti di legittimazione, sostegno alla effettività dei governi, riferimenti della sovranità, ma non suoi antagonisti. La sovranità nel suo svolgimento li sceglie, li implica, li lega a sé, li utilizza come sostegno¹⁸⁰, perché la sovranità popolare non garantisce più sufficienti stabilità, certezza e durata. Negli spazi aperti dalla tecnologia nei trasporti e nelle telecomunicazioni e con l'indebolirsi dei confini naturali e politici che racchiudono il territorio quale riferimento delle autorità statali, la legittimazione della comunità politica non è più sufficiente a garantire alla sovranità la sua capacità di svolgere la sua funzione ordinante.

La *competenza* giuridica, svolgimento della sovranità, non basta più a garantire l'efficacia della sua *capacità* materiale¹⁸¹ di offrire in concreto le prestazioni di effettività e legittimazione che le sono proprie. Per questa ragione, materiale quindi, prima che giuridica, la sovranità collega strumentalmente la propria *competenza* a quella di altri soggetti, si connette giuridicamente con altre entità sovrane, impegna se stessa in compromessi legalmente vincolanti. Ma è soltanto la sua *competenza* ad uscirne limitata, non la *sovranità* in sé. Come giustamente osserva Martin Loughlin¹⁸², con considerazioni che valgono a maggior ragione

¹⁷⁷ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 7, "Public law emerges as the law constituting the authority of government *only under conditions in which law is recognized to be an instrument of self-government*. And this transformation occurs only when the political realm can define itself as an autonomous sphere", corsivo mio.

¹⁷⁸ L. Carlassare, *Costituzionalismo e democrazia nella alterazione degli equilibri*, in *Studi Ferrara*, cit., I, 561 ss., spec. 577 ss.; nonché Id., *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in www.costituzionalismo.it, 1 del 2006.

¹⁷⁹ V. R. Calasso, *La rovina*, cit., 58, già in riferimento al ruolo della "sanzione dell'Europa" quale strumento della legittimità dei governi monarchici al Congresso di Vienna, allorché dopo la rivoluzione, ed insieme ai popoli, è "l'Europa che ha il potere di conferire la sovranità".

¹⁸⁰ Si veda, ad esempio, quanto osservano G. de Vergottini, *La persistente sovranità*, cit., spec. 1376 ss., 1380, 1386 ss.; e S. Mangiameli, *Sovranità costituzionale degli Stati membri e vincoli europei. Il difficile percorso per l'integrazione politica*, in A. Iacoviello (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, Milano, 2016, 321 ss.

¹⁸¹ Questa distinzione concettuale è esemplarmente elaborata, partendo dalla ricostruzione della stessa nel pensiero di Bodin, da M. Loughlin, *Foundations*, cit., 70 ss.

¹⁸² M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 12 del capitolo introduttivo, "in this sphere, constraints generate power. Thus understood, modern constitutional structures should not be seen to impose limitations on

in riferimento alla realtà contemporanea, questo fenomeno appare più chiaro osservandolo come paradosso: questa serie di vincoli, limiti, restrizioni all'esercizio dei c.d. poteri sovrani¹⁸³ – in realtà competenze giuridiche – alla fine servono al soggetto sovrano per mantenere, se non accrescere il suo potere. E tutto ciò è vero fin dalle origini della storia dello stato moderno, affondando le sue radici proprio nel *limite* costituito dalla presenza ed opposizione reciproca tra gli stati assoluti stessi, che è ad un tempo matrice di identità, sovranità e forza politica per ciascuno di essi. Deliberatamente cercata oggi anche al costo, anzi forse proprio al fine, di sostituire, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, il decadere della funzione legittimante del popolo, degli stessi cittadini destinatari degli effetti della funzione di governo.

6. Sovranità, sovranità popolare, Costituzione: la questione della legittimazione del potere politico (per una sociologia della Costituzione: rinvio)

La riflessione di Martin Loughlin sulla attitudine dei limiti ai poteri sovrani a rafforzarne e stabilizzarne la consistenza e l'efficacia procede anche nella sua ricostruzione del pensiero di Spinoza, contrapponendo *potestas* e *potentia*¹⁸⁴. Quest'ultima categoria, riferita alla capacità effettiva di realizzazione del proprio progetto di governo, nel senso di abilità nel reperire gli strumenti, le risorse materiali e finanziarie necessarie, nel conseguire concretamente i propri obiettivi, e così via, riporta la nostra attenzione sul problema del senso di vuoto in caso di cedimento della *legittimazione*, con il che si rivela nuovamente l'importante ruolo dei vincoli, del limite, quali mezzo alternativo di giustificazione e conservazione del potere stesso¹⁸⁵. Proseguendo nella dimensione del paradosso, infatti, nella cultura giuridica contemporanea un rafforzamento della *potentia* per il tramite dei limiti legali all'esercizio del potere, come accade per via degli sviluppi ordinamentali del principio della divisione dei poteri e degli altri limiti costituzionali, conduce ad una maggiore resa della *potestas*, rafforzando proprio il principio di legittimità che la sostiene, che sostiene cioè il potere politico¹⁸⁶. La presenza di regole, così come anche l'evocazione strumentale del vincolo "esterno", dei condizionamenti delle istituzioni sovranazionali, e delle istituzioni finanziarie che concedono i crediti (sostenendo la *potentia*, appunto) assumono la veste di strumenti di legittimazione di una più forte, pretesa, *potestas*, di una netta rivendicazione del "diritto di governare", a volte addirittura in contrapposizione alle istanze provenienti dal sistema rappresentativo nazionale. La legalità costituzionale integrata da quella europea giocando, in proposito, il medesimo ruolo un tem-

the exercise of some pre-existing power; these constitutional structures are the means by which political power is itself generated". Sul punto, ancora, *ibidem*, 70 ss., 87 s.

¹⁸³ Senza qui voler considerare le specificità della storia costituzionale inglese per l'importante ruolo giocato, nella medesima prospettiva, dai baroni e dalle Carte di diritti, a partire dalla *Magna Charta* di King John del 1215 e dalle sue molte, successive, ri-emissioni. Da cui scaturirà l'importante sostegno al fenomeno della *lex terrae* (the law of the land) e del suo ruolo, ad un tempo, ancora, di legittimazione e di limitazione dei poteri del re, anche se come sappiamo non del Parlamento. M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., 39.

¹⁸⁴ M. Loughlin, *Op.ult.cit.*, 104 ss.

¹⁸⁵ Mi sembra accedere a questa prospettiva problematica anche F. Palermo, *Diritto e legittimazione del potere. Primi spunti per una futura riflessione*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, cit., III, 2343 ss.,

¹⁸⁶ M. Loughlin, *Op.ult.cit.*, 106, 110 ss.

po proprio del consenso popolare: cioè quello di *condizionamento* che rafforza il potere e, ad un tempo, stabilizza la legittimazione politica. Di nuovo il potere, quindi, e la sovranità che lo limita e, con ciò, sostiene con i propri strumenti, in una intrecciata, complessa dinamica *relazionale*.

Per quanto possa apparire conseguente all'analisi fin qui condotta, l'approccio storico-evolutivo seguito per ricostruire il portato di senso, il possibile significato e la potenziale resa dell'attuale nozione giuridica di sovranità non è però funzionale ad una critica del normativismo, né ad una presa di distanza dal costituzionalismo giurisdizionale – con ciò intendendo il ruolo delle Corti negli sviluppi dell'ordinamento giuridico contemporaneo e nella sua stessa legittimazione –. Ad essere rifiutata in radice è la contrapposizione strumentale, frequente in realtà nella letteratura recente e nel discorso politico contemporanei, tra politica e giurisdizione, meglio tra costituzionalismo politico e costituzionalismo delle Corti. Atteggiamento polemico non unidirezionale, sia ben chiaro, ma evidentemente simmetrico, biunivoco.

L'analisi del concetto contemporaneo di sovranità e la concentrazione sugli elementi che di tale nozione fanno tuttora e ad un tempo il cuore della giuridicità, per via delle prestazioni di legittimità, effettività e stabilità di cui è funzione, sovraespongono infatti i caratteri essenziali del fenomeno qualunque sia l'approccio metodologico seguito per l'analisi e la ricostruzione scientifica dell'esistente giuspolitico. Quest'ultima espressione disvela, è vero, che l'approccio di analisi qui preferito è fortemente contaminato dai processi di interferenza sistemica tra diritto, economia e politica anzi, prima ancora, tra diritto e società, centrato com'è sul ruolo, costantemente nel cuore della riflessione, di quella che si è venuta via via qualificando ora come società, o società politica, ora come comunità politica, o comunità territoriale. Ma la sintesi rimarrebbe invariata, ovunque si intenda ipoteticamente collocare la sovranità: nel popolo, nelle istituzioni di governo, nel sistema giuridico inteso come stato di diritto, nella stessa costituzione, o nella struttura sostanziale del diritto; quindi anche nel normativismo inteso come ambito di esercizio di un metodo di ricostruzione *analitica* della giuridicità, per via di una teoria dell'argomentazione giuridica fondata su paradigmi formali e di teoria del linguaggio. Ciò varrebbe financo nell'ipotesi più estrema, apparentemente più distante dall'idea storico-politica di sovranità qui rappresentata. Neanche la più raffinata concezione culturale della teoria analitica quale strumento di irrigidimento nelle forme della decisione mediante tecniche argomentative rigorosamente riconducibili a paradigmi oggettivamente ricostruibili e, quindi, controllabili *ex post*¹⁸⁷, può rinunciare ad un'istanza di legittimazione esterna. Perché neanche la più raffinata tra le teorie analitiche è in grado di offrire adeguate prestazioni di neutralizzazione se non ottenga un diffuso consenso da parte di quella stessa comunità politica in seno alla quale sia chiamata ad offrire quelle prestazioni di unità che, *mutatis mutandis*, presuppongono il sostegno e la legittimazione politica del soggetto titolare della sovranità. Quali che ne siano le forme di manifestazione e di esercizio.

¹⁸⁷ Trovo paradigmatico, in materia, anzi quasi uno spartiacque, il saggio di R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1994, che cito soltanto a titolo di esempio, quasi evocativo.

Ma restando nella prospettiva di analisi prescelta, per concludere è utile accennare alla “questione costituzionale” nel contesto problematico della globalizzazione, per terminare le nostre riflessioni ancora sulla *relazione* tra sovranità, diritto e politica sullo sfondo del mutamento dei paradigmi. Come vedremo, rinvenendo assai utili elementi di analisi ancora negli interstizi illuminati dalla comparazione con un sistema privo di costituzione scritta. E ritornando sulla denunciata problematica di una presunta riduzione della “autonomia” dei governi statali, del peso delle *condizionalità* esterne sull’esercizio delle funzioni sovrane ad essi *attribuite*. In questa prospettiva può, forse, essere di qualche utilità l’apertura di un potenziale ulteriore quadro metodico in virtù degli stimoli rappresentati dai riferimenti obbligati alle questioni della democrazia, della libertà e dell’eguaglianza, della potenziale interrelazione gerarchica tra fonti del diritto appartenenti a sistemi diversi e della sovranità. Uno scenario paradigmatico verso il quale ci spingono proprio le questioni della legittimazione, della effettività e della stabilità del potere, quali connotati essenziali della sovranità: mi riferisco al quadro teorico incentrato sulle riflessioni in merito alla c.d. “sociologia della costituzione”¹⁸⁸.

Certo, l’utilizzo di strumenti culturali inusuali per le metodologie puramente giuridiche induce a forti cautele. Ma è indubbio che, nello studio delle costituzioni e della “questione costituzionale” la contaminazione, anche soltanto allusiva, tra l’approccio giuridico classico ed il confronto con un punto di vista esterno al sistema giuridico, in quanto orientato all’osservazione della società e del sistema sociale, sia estremamente stimolante.

È noto che le dottrine del costituzionalismo abbiano storicamente raggiunto alcuni importantissimi obiettivi, culturali prima ancora che politici e, quindi, giuridici¹⁸⁹. In primo luogo, ed in estrema sintesi, lasciandoci in eredità la pretesa di dare forma legale, attraverso la costruzione e l’imposizione di limiti giuridici, a qualsiasi autorità dotata di potere politico, organizzandone le strutture e disciplinandone le forme ed i processi decisionali, starei per dire dentro ed oltre lo Stato.

Ma cosa è, come appare, come può qualificarsi una *costituzione* da un punto di vista sociologico¹⁹⁰? Se guardassimo alla nascita ed all’affermazione storica di tale strumento politico a partire dalla seconda metà del ‘700, in prima battuta direi che il ruolo più importante assunto dalle costituzioni nelle società contemporanee sia stato quello di garantire la legitti-

¹⁸⁸ Il paradigma e le metodologie di tale approccio possono qui essere soltanto richiamati. Rinvio, pertanto, almeno alle analisi ed alle riflessioni di cui ai saggi di C. Thornhill, *Niklas Luhmann and the sociology of the constitution*, in *Journal of Classic Sociology*, 2010, 315 ss.; Id., *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, 2011; G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trans. by G. Norbury, Oxford, 2012, e, su tali due ultimi lavori, l’interessantissimo e approfondito saggio critico di J. Přibáň, *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner’s Constitutional Fragments and Thornhill’s A Sociology of Constitutions*, in *The author. Journal of Law and Society*, 2012, 441 ss.; nonché molti dei saggi raccolti nei volumi D.J. Galligan, M. Versteeg, *Social and Political Foundations*, cit.; A. Febbrajo, G. Corsi (edrs.), *Sociology of Constitutions. A paradoxical Perspective*, Ashgate, Abingdon-New York, 2016. Ma si veda quanto già osservava, sul piano metodologico, H. Heller, *Staatslehre*, 1934, tr.it. a cura di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988.

¹⁸⁹ G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

¹⁹⁰ Nel porre questa impossibile domanda sono fortemente condizionato dalle citate riflessioni di C. Thornhill, alle quali pertanto rinvio senz’altro. Si vedano, inoltre, D.J. Galligan, M. Versteeg, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, in D.J. Galligan, M. Versteeg, *Social and Political Foundations*, cit., 6 ss.

mità del potere giuridico, in particolar modo del potere di produrre diritto¹⁹¹, articolandolo sui diritti di partecipazione democratica dei cittadini nell'esercizio di questo stesso potere, in quanto destinatari dei conseguenti vincoli normativi. Partecipazione, ovviamente, garantita attraverso il Parlamento. Come efficacemente osservato da Andrea Manzella, infatti, nella fase contemporanea dello sviluppo della dottrina democratica dello stato, il diritto dei diritti viene identificato proprio nel diritto al Parlamento, ad una rappresentanza. Soprattutto nei contesti ordinamentali fondati sulle istituzioni della c.d. democrazia parlamentare¹⁹².

Se questo può essere assunto come punto di partenza, allora, la questione di fondo oggi è rappresentata dalla indiscutibile perdita di effettività delle costituzioni contemporanee, laddove esse “can no longer secure that any public power taking effect within the State finds its source with the people and is democratically legitimised by the people”¹⁹³.

Tutto questo è noto, si dirà. Ed in effetti, dopo aver fatto cenno, a tre ultime questioni che rimarranno sullo sfondo, è il momento di provare ad abbozzare una prima conclusione, al solo scopo di aprire il campo a più approfondite analisi ed alla conseguente eventuale discussione delle tesi proposte in questo lavoro.

1) La prima questione, anch'essa molto indagata, è rappresentata dalla già richiamata relazione contemporanea tra democrazia e costituzione, tra consenso popolare e limiti legali all'esercizio del potere. È a tema la denunciata attuale separazione, per non dire potenziale frattura tra democrazia e principi dello stato di diritto. Molti studiosi condividono, infatti, l'opinione che per assicurare la vitalità dei principi professati dalle dottrine del costituzionalismo, democrazia e legalità costituzionale devono assicurarsi reciproca, contestuale effettività. Alludo alle importanti riflessioni circa i pericoli di una democrazia in assenza di costituzionalismo (per tutti si pensi agli studi di Gianni Ferrara e Lorenza Carlassare).

Un forte consenso popolare – starei per dire consenso della maggioranza del popolo, o di una forte minoranza di esso – in assenza di adeguati limiti legali può, come più volte accaduto in passato, condurre a legittimare riduzioni nei livelli delle garanzie dei diritti individuali, insofferenza per gli istituti attuativi del principio della divisione dei poteri, e perfino nei confronti del legittimo esercizio della funzione giurisdizionale. Non siamo nuovi, ad esempio, in Italia a veementi attacchi polemici nei confronti della Corte costituzionale¹⁹⁴ quale strumento della garanzia giurisdizionale della prescrittività del testo della Costituzione¹⁹⁵, laddove ovviamente la Corte si trovi ad agire quale istituzione *counter-majoritarian*, sindacando le modalità di esercizio delle attribuzioni di governo e Parlamento. Fondare il sistema giuridico esclusivamente, o anche solo prevalentemente, sul consenso popolare può facilmente con-

¹⁹¹ D.J. Galligan, M. Versteeg, *Theoretical Perspectives*, cit., 6, parlano in proposito di “rules creating, empowering, and limiting government institutions”.

¹⁹² Per semplicità rinvio alle riflessioni elaborate nel mio *Considerazioni critiche sul concetto di “legge europea”*, in *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, 2004, 51 ss.

¹⁹³ D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 16.

¹⁹⁴ Ma oggi il fenomeno è sperimentato anche dal Regno Unito con veementi attacchi mediatici nei confronti dei singoli giudici della Supreme Court.

¹⁹⁵ O, nel Regno Unito, dell'attualità del principio della sovranità parlamentare.

durre, infatti, a tacciare perfino una Corte costituzionale di ostilità verso le istituzioni democratiche (laddove, come accade ad esempio nella Costituzione italiana, perfino il popolo è soggetto all'obbligo di esercitare la sovranità "nelle forme e nei limiti della Costituzione")¹⁹⁶.

È evidente però, allo stesso modo, che il principio di legalità costituzionale non sia sufficiente in sé a garantire l'instaurazione di una costituzione idonea a garantire effettività all'ordinamento giuridico. Un ordine legale fondato su un testo costituzionale evoluto è certo più qualificato di altri al fine di assicurare l'attuazione di quei valori che vengono universalmente ritenuti, oggi, fondamento di civiltà giuridica; certamente più di un regime politico affrancato dai limiti propri della garanzia giurisdizionale dei diritti e dal principio della divisione dei poteri. Ma un sistema giuridico non radicato in una rete di relazioni, sviluppo attuale e concreto del principio democratico non potrebbe, a sua volta, essere considerato come dotato di un fondamento *costituzionale*, per come lo si è definito più sopra. È il motivo per cui l'apparentemente impossibile processo di *costituzionalizzazione* del sistema istituzionale europeo – e, utopicamente, addirittura di quello globale – dovrebbe eventualmente essere condotta attraverso la necessaria positivizzazione, ad un tempo, dei principi della *rule of law* e degli istituti della democrazia rappresentativa.

2) La seconda questione, fortemente connessa alla precedente, attiene al potenziale conflitto, che abbiamo già visto caratterizzare a tratti gli attuali sviluppi della concreta prassi e delle riflessioni di parte della cultura giuridica del Regno Unito, tra quelli che abbiamo chiamato, rispettivamente, *political constitutionalism* e *judicial constitutionalism*¹⁹⁷. Democrazia e sovranità (parlamentare), contro costituzionalismo di matrice europea e giurisdizionale. Il ruolo del sistema giudiziario è oggi spesso fatto oggetto di critiche in quanto ritenuto responsabile di scarso rispetto della volontà parlamentare, la volontà dei rappresentanti del popolo, espressa attraverso atti legislativi (si pensi, ancora, alla Corte costituzionale italiana, ma anche agli attacchi mossi da parte della stampa nei confronti della Supreme Court britannica nell'inverno del 2017 dopo la decisione sul caso Miller¹⁹⁸). Aprendo lo sguardo sulla dimensione europea della funzione giurisdizionale, e mettendo in reciproca relazione le corti interne con i giudici europei, a volte il *case-law* che si consolida viene visto quale vera e propria sfida alla sovranità statale, ai sistemi costituzionali nazionali. Di nuovo è in questione la pretesa affermazione di un costituzionalismo antagonista, di un formante di *common-law* europeo, governato da un potere giudiziario democraticamente infondato, non eletto né rappresentativo della volontà popolare (sic!). Tra l'altro seppur sia vero che il diritto europeo dei diritti fondamentali è in prevalenza il precipitato storico del *case-law* della Corte di Giustizia,

¹⁹⁶ Si v. J.D. Galligan, *The People, the Constitution*, cit., 137 ss., 154, a proposito dell'effettivo ruolo del popolo nelle costituzioni contemporanee.

¹⁹⁷ La questione viene da molto lontano, come testimoniano l'approfondita ricostruzione storica e la riflessione critica condotte da M. Luciani, voce *Interpretazione conforme*, cit., spec. 392 ss., nonché ad esempio i contributi di C. Pinelli, G.U. Rescigno, A. Travi, M. Bombardelli, V. Angiolini, P. Ciarlo, A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G. Azzariti, F. Bilancia, P. Carnevale e D. Sorace in riferimento al rapporto tra *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 483 ss.

¹⁹⁸ UKSC (5) 2017 del 24 gennaio 2017, consultabile al link <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>,

resta però dubbio, in verità, che possa parlarsi propriamente di un nascente *common law* europeo in senso proprio, in assenza di *pari* in un sistema che accomuna cittadini e grandi imprese, e con forti tensioni proprio in relazione alla resa del principio di eguaglianza. Ma di questo qui è proprio impossibile parlare.

3) Il principio di eguaglianza ci porta, così, alla terza questione. Siamo alle frontiere degli sviluppi del diritto dell'Unione europea, e allo stesso tempo alle soglie della sua crisi attuale¹⁹⁹. L'attenzione cade infatti sulla garanzia, da parte dei Trattati, della libertà di circolazione delle persone. Libertà di circolazione dei lavoratori, che però i Trattati sembrano considerare alla stregua delle altre libertà di circolazione, come la libertà di circolazione delle merci, fintantoché si riesca ad essere d'accordo sulla premessa per cui i *lavoratori* non sono delle merci. Sappiamo che gli effetti della recente crisi economico-finanziaria sono stati profondamente differenti nei diversi Paesi dell'Unione. Alcuni Stati, come Germania, Austria, Paesi Bassi e Belgio hanno infatti visto i tassi di disoccupazione scendere soltanto marginalmente. Laddove altri Paesi, tra i quali l'Italia, la Grecia, la Spagna, l'Irlanda ed il Portogallo hanno dovuto sperimentare un declino, peraltro a sua volta reciprocamente diseguale, ben più significativo. I dati statistici, e le condizioni materiali dei cittadini nei diversi contesti nazionali, hanno dimostrato che l'integrazione europea, la globalizzazione e la recente crisi finanziaria hanno generato vincitori e vinti nei diversi sistemi nazionali, con importanti conseguenze sui piani economico, politico e sociale.

Pensiamo alla nozione di cittadinanza europea, provando a guardarla attraverso la lente della Corte di giustizia: quanto spesso i diritti di libera circolazione sono visti piuttosto "as factors of production to be used instrumentally in the process of building an internal market", che non come diritti individuali in sé e per sé. Rilevanti, cioè, solo "whether they contribute to the economic aims of the EU, i.e., if they present any kind of cross-border element. Important as market building tools"²⁰⁰. Con la conseguenza che laddove tali diritti siano stati, invece, considerati dal potere giudiziario, tanto dalle corti nazionali quanto dal giudice dell'UE, come diritti economici individuali fondamentali, si sono generate tensioni che hanno portato a forti critiche nei confronti dello stesso processo di integrazione europea²⁰¹. È esplo-

¹⁹⁹ Ho trovato estremamente utili le riflessioni ed i dati di cui all'analisi empirica condotta da T. Winzen, *From capacity to sovereignty: Legislative politics and differentiated integration in the European Union*, in *European Journal of Political Research*, 2016, 100 ss.

²⁰⁰ Rinvio alla stimolante analisi critica di A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford-Portland, 2016, spec. 58, 66 ss., 79 ss., 91 ss.116 s., e ancor più criticamente, 155 ss., 196.

²⁰¹ Come emerso durante la campagna referendaria per il *Brexit* nel giugno scorso, a proposito delle aperture delle corti nel riconoscimento di diritti a prestazioni sociali e diritti correlati al diritto del lavoro a vantaggio di cittadini europei, legalmente residenti nel Regno Unito, ma non nazionali, generando polemiche e proteste da parte di molti cittadini del Regno Unito. E' bene ricordare, peraltro, come la questione dei diritti sociali dei residenti UE non cittadini sia oggetto di recenti riforme legislative da parte dell'UE, a partire dalla Direttiva 2004/38/EC divenuta applicabile nei Paesi membri a partire dal 30 aprile 2006. Il riferimento va al caso delle persone c.d. "economicamente inattive" (ad es. disoccupati, pensionati con trattamento al minimo, etc.) i quali sono oggi tenuti a disporre di risorse sufficienti per sé e le loro famiglie, al fine di non gravare sui sistemi di assistenza sociale dello Stato ospitante durante il soggiorno, e di un'adeguata protezione assicurativa sanitaria, per poter continuare a risiedere legittimamente in un Paese dell'UE diverso da quello di appartenenza. Sul punto si vedano, almeno,

sa la questione della distribuzione del costo dei diritti sociali – potremmo dire la questione redistributiva in sé – ed al centro della contesa politica è finito il problema della separazione e contrapposizione tra cittadini e stranieri (ma pur sempre cittadini UE) nella competizione al fine dell’ottenimento delle prestazioni connesse alla garanzia dei diritti sociali: in una parola, la questione “immigrazione”. Una lotta contro i diritti individuali (sociali e alla non discriminazione in base alla nazionalità), che torna ad essere nuovamente strumento di rafforzamento delle identità nazionali. Ancora una volta nella storia europea un ritorno polemico alla sovranità (statale), intesa però come *governo*, non come *costituzione*.

La possibile conclusione in relazione a queste ultime vicende, a margine delle nostre riflessioni sul concetto di sovranità, è in realtà un’ulteriore questione problematica, qui posta al solo fine di indicare, se possibile, un nuovo argomento di analisi, un nuovo punto di partenza. Nella sua importante riflessione in merito ai rapporti tra rappresentanza, democrazia e costituzione Denis Galligan osserva che, in sintesi: “*the universal problem is how a people can both govern itself and have effective government*”²⁰², come mettere in efficiente comunicazione tra loro la questione democratica e quella dell’efficacia dell’azione di governo²⁰³. È il problema dei problemi, sempre che si intenda affrontarlo dalla prospettiva del modello di democrazia proprio del sistema politico occidentale. Questo significa mantenendo al centro della riflessione la protezione dei diritti individuali e la democraticità della politica, cioè delle istituzioni politiche.

È indubbio che il tempo presente renda palesi, quasi dovunque in Europa, istituzioni parlamentari sostanzialmente sotto il controllo governativo²⁰⁴. Il che già porrebbe la questione del se, ad esempio, nel Regno Unito, in assenza di costituzione scritta, non si possa già parlare di sovranità dell’esecutivo in luogo della sovranità parlamentare.

Torniamo, quindi, all’argomento di fondo ed alle conclusioni di queste brevi note. Devo dire di non trovare convincente l’impostazione di Teubner tendente a separare la questione costituzionale dalla politica, per quanto trovi invece illuminanti le sue osservazioni in merito alla crisi del costituzionalismo statale. Ma una *sociologia della costituzione* dovrebbe preoccuparsi, oggi, piuttosto che non ancora esclusivamente della questione della protezione dei diritti, della separazione dei poteri, della *rule of law*, del sindacato di costituzionalità delle leggi, e degli atti del governo ritenuti equivalenti, tutti aspetti oramai definitivamente metabolizzati dalle dottrine contemporanee del costituzionalismo, al contrario della sorte, lo si ripete ancora una volta, della sovranità (statale) e della effettiva capacità delle istituzioni di governo statali di governare. Non per valutarne la debolezza, ma per considerare gli effetti delle trasformazioni che sono state messe in atto negli ordinamenti statali a questo fine.

CGUE, C-333713, Grande Camera, 11 novembre 2014, Elisabetta Dano e Florin Dano c. Jobcenter Leipzig; CGUE, C-67/14, Grande Camera, 15 settembre 2015, caso Jobcenter Berlin Neukölln vs. Alimanovic N., S., V., V.; CGUE, C-308/14, Prima Sezione, 14 giugno 2016, caso Commissione europea vs. Regno Unito.

²⁰² *The People, the Constitution*, cit., 154, corsivo mio, ad indicare che si tratta di questione di tale portata che meriterebbe un progetto di ricerca a sé, e l’elaborazione per lo meno di una monografia.

²⁰³ Secondo il paradigma criticamente elaborato, ad esempio, nel saggio di G.M. Salerno, *L’efficienza dei poteri pubblici nei principi dell’ordinamento costituzionale*, Torino, 1999. Sull’argomento, ancora, E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, cit.

²⁰⁴ R. Gordon, *Constitutional Change and Parliamentary Sovereignty*, cit., 154.

La costituzione deve tornare ad essere oggetto di riflessione anche nel suo fondamentale ruolo di strumento di legittimazione ed espansione tendenziale del potere politico, piuttosto che soltanto come tradizionale mezzo di contenimento e limite delle forme di esercizio della sovranità statale. Perché il processo di riduzione dell'attitudine delle costituzioni a limitare il potere politico rischia di condurre a sua volta ad un significativo indebolimento delle costituzioni stesse, quando non addirittura alla perdita della capacità di legittimazione del potere, tradizionalmente loro propria. Questa potrebbe assumersi come prima tesi conclusiva, al fine di osservarne gli sviluppi e le conseguenze. La descrizione di quello che appare come un circolo vizioso in atto: governo - costituzione come strumento di legittimazione - perdita della capacità di limitazione del potere politico in capo alla costituzione - conseguente espansione del potere del governo - perdita dell'attitudine legittimante della costituzione. In una parola, la decadenza del principio di legittimità come questione di fatto.

Chris Thornhill, nel suo *A Sociology of Constitutions*²⁰⁵, individua questi elementi quali passaggi essenziali necessari ad una riflessione secondo l'approccio di analisi e le metodologie professate: il carattere *normativo* della costituzione, sia al cospetto del potere politico che in riferimento ai diritti degli individui da esso governati; il ruolo della costituzione quale strumento di legittimazione politica, e quale fondamento della validità e della organizzazione sociale; ed ancora il suo ruolo di fondamento delle relazioni tra sistema politico e sistema giuridico. Thornhill ritiene anche lui, peraltro, che l'essenziale e tradizionale ruolo assunto dalla costituzione quale strumento per il riconoscimento (la positivizzazione) e la tutela dei diritti fondamentali abbia senz'altro condotto, parallelamente, ad una significativa espansione del potere politico, per via di una più forte legittimazione di quest'ultimo.

Laddove, a seguire, la pretesa espansione dei poteri dei governi al cospetto dei sistemi istituzionali europeo e sovra-regionale tende invece a fondarsi oggi, all'opposto, sulla riduzione dei diritti di protezione sociale e su un più forte contrasto alla libertà di movimento degli immigrati, a partire dagli stessi cittadini di altri Stati membri dell'UE. Un approccio di teoria costituzionale mosso da una costante, radicale, critica dei sistemi di giustizia costituzionale e del sindacato di costituzionalità degli atti legislativi; una critica ed un atteggiamento ostruzionistico nei confronti dei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani, visti come strumento di limitazione della sovranità statale (se non addirittura *nazionale*); la tendenza ad una sempre maggiore concentrazione di poteri e funzioni in capo ai vertici degli esecutivi statali, ove necessario attraverso vere e proprie riforme costituzionali ed istituzionali; l'utilizzo improprio dello strumento referendario e degli "appelli al popolo" per sostenere e legittimare politiche di contrasto del processo di integrazione europea e delle stesse politiche dell'UE, e delle altre istituzioni internazionali alle quali si sia aderito in precedenza; per finire con la lotta contro la stessa costituzione, in quanto portatrice di limiti nei confronti delle istituzioni di governo e di vincoli alle relative scelte di politica contingente, e così via.

Tutto ciò spesso, se non sempre, invocando il consenso popolare, cercando in una presunta e ritrovata sovranità popolare, strumentalmente ridotta a principio di maggioran-

²⁰⁵ Cambridge, 2011, cit.

za²⁰⁶, quella indispensabile sponda esterna di legittimazione che si sostituisca alla costituzione ed alla capacità di questa di farsi catalizzatore della sovranità. Sovranità che presupporrebbe invece, come più volte ricordato in precedenza, un assetto sociale, istituzionale e politico generale che, *ricosciuto* come tale da parte di *tutti* i destinatari degli effetti potenziali degli atti del governo, anche grazie alla identificazione in un disegno costituzionale comune e condiviso, garantisca allo stesso sistema politico-istituzionale stabilità, certezza, in una parola, effettività. Come dimostra l'assetto istituzionale ed ordinamentale del Regno Unito, pur in assenza di costituzione scritta.

Non credo, in sostanza, che la funzione *legittimante* della sovranità, che il principio di legittimità, possa essere surrogato dalle pretese di un ritorno ad un'idea di sovranità statale risalente all'epoca degli stati assoluti con governi forti e "popoli" identitariamente identitariamente separati l'uno dall'altro. In primo luogo perché la questione democratica oggi, a fronte della denunciata crisi del sistema della rappresentanza, non è facilmente mascherabile per via di un consenso popolare costruito artificialmente ad opera di strumenti selettivi di mere "maggioranze". Questo processo si tradurrebbe in un equilibrio molto instabile. La questione sullo sfondo è data, insomma, dal ruolo del consenso popolare, artificialmente ridotto, in sostituzione della costituzione, come strumento di rafforzamento delle istituzioni di governo.

A fronte della obiettiva perdita di effettività, e quindi del cedimento della funzione legittimante delle costituzioni, che si è storicamente imposto e consolidato anche attraverso una costellazione di limiti, vincoli e condizionamenti all'esercizio della funzione di governo; ed in considerazione della sempre più ridotta capacità delle istituzioni esterne allo stato, quelle europee e sovranazionali, dei mercati e delle istituzioni finanziarie, costruite dagli stati stessi proprio al fine di rafforzare il principio di legittimità a surrogarsi ad esse, è indubbio che si ponga anche un problema di stabilità delle istituzioni di governo. È molto dubbio però che sia sufficiente procedere per via di un rafforzamento diretto dei poteri di governo. La sostituzione non è per equivalenti, perché la ridotta capacità legittimante di fattori esterni alle istituzioni, verrebbe compensata dal rafforzamento dei fattori interni, dall'accrescimento diretto dei poteri delle istituzioni stesse. Ma questo conduce, come è ovvio, ad una caduta verticale del principio di legittimità.

Con il che rischia di aprirsi un varco ad una perdita di effettività della costituzione ancora più accentuata, passaggio a sua volta foriero di una potenziale crisi istituzionale generale, in quanto crisi dei fondamenti stessi di legittimazione delle istituzioni di governo. Rafforzare il singolo governo in carica, nel senso del gabinetto, indebolendo le istituzioni di governo, come già prima quelle rappresentative, non sembra in effetti un viatico per un rafforzamento dei fattori di stabilità, effettività e legittimità del sistema. Con ciò perdendo di vista l'essenziale funzione in tal senso esercitata, come dimostrato dalla storia, dalla separazione

²⁰⁶ Riferisce già di questa tendenza, tra gli altri, C. De Fiore, *Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità*, cit., 188 ss., risalendo alle prime tematizzazioni in merito già nel noto saggio di C. Mortati, *Art. 1*, cit., spec. 26 ss. Si vedano, peraltro, le interessanti considerazioni di A. Barbera, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, saggio introduttivo alla ripubblicazione della voce di C. Mortati, *La costituzione in generale*, (già in *Enc.dir.*, XI, Milano, 1962, 139 ss.), nel volume *"una e indivisibile"*, Giuffrè, Milano, 2007, 7 ss.

tra la sovranità ed il sovrano. L'equilibrio tra i diversi interlocutori della sovranità, come dimostra la storia del regime costituzionale anglosassone che pur concentra la sovranità in una singola istituzione, per quanto a sua volta plurale, è essenziale alla stabilità. È, in fondo, proprio la stabilità dell'equilibrio di cui si compone l'ordinamento, nel sistema costituzionale del Regno Unito assicurato dalla condivisione generale da parte di *tutti* i protagonisti della regola di *riconoscimento* degli assetti ordinamentali, starei per dire costituzionali, a fondare quel processo di unificazione che è essenziale per la tenuta stessa del principio di sovranità. E che incarna, appunto, la legittimità.

In ciò vedo, in sostanza, un profondo mutamento di prospettiva nello studio della sociologia delle costituzioni statali, dovuto al mutamento delle rivendicazioni avanzate dai sistemi politici nazionali. Forse una nuova dimensione del costituzionalismo contemporaneo? Un costituzionalismo che sarà costretto a prendere le mosse dal manifestarsi di un nuovo, e strutturalmente diverso, potere delle istituzioni di governo, fondato sul consenso prodotto dal principio di maggioranza e non più limitato, come in passato, da idonei condizionamenti costituzionali, sempre più deboli.

Sembra quasi che stia prendendo corpo una nuova rivoluzione costituzionale, come rivoluzione agita dai governi. Muovendo dalla sovranità popolare verso la sovranità dei governi che usano il consenso popolare (non più certo a loro volta serventi la volontà popolare, divenuta impalpabile e difficilmente sintetizzabile attraverso le nuove *forme* istituzionali in cui si esprime il potere politico) anche contro la rappresentanza politica, contro il Parlamento. In una parola, un banale ritorno alla confusione tra persona del sovrano, o almeno del titolare del potere, e sovranità²⁰⁷. Una sovranità che, però, così concepita perde il suo essenziale ruolo di legittimazione e di garanzia della effettività e stabilità del potere, quasi compiendo un giro completo della storia contemporanea e moderna, ma di ritorno, procedendo a ritroso.

E le costituzioni, di conseguenza, dovranno provvedere ad un rafforzamento dei poteri dell'esecutivo direttamente, incrementando la relativa *potestas*, non riuscendo più a passare per la sponda della *potentia* né dell'*auctoritas*. Ciò per via di riduzione dei limiti all'azione di governo, e senza più ritenere necessario legittimarne l'azione attraverso un incremento delle tutele tradizionalmente approntate a favore delle istituzioni della libertà politica e della protezione dei diritti sociali. Le società contemporanee si stanno, insomma, muovendo da sistemi costituzionali orientati ai diritti, verso costituzioni centrate sulle istituzioni di governo.

Seppur le costituzioni si prestino ancora ad esercitare un ruolo nei processi di legittimazione politica, esse si trovano sempre più, oggi, nella disponibilità stessa dei governi. Probabilmente è la stessa società contemporanea ad essere profondamente cambiata, essendosi fortemente depoliticizzata, ed essendo divenuta sempre più egoista e tendenzialmente separata dalle istituzioni politiche. Se l'era del secondo Dopoguerra aveva generato una profonda interazione tra società e costituzioni, laddove la prima aveva assunto la responsabilità storica di *costituire* la *costituzione*, pianificando profondi cambiamenti, allo stesso

²⁰⁷ Rinvio alla efficace ricostruzione critica di cui al recente saggio di P. Costa, *Gemina persona*, cit., spec. 1 ss., 111 ss.

tempo in sé e nel sistema politico (in sé nell'ambito del sistema politico, attraverso le istituzioni della democrazia, anzi, democratizzando lo stato); oggi il sistema politico, anzi, il governo sta procedendo in un uso della costituzione orientato allo scopo di cambiare la democrazia, nel senso dei suoi assetti istituzionali, costruendo anche concettualmente una separazione politica tra il popolo, i cittadini, ed il Parlamento cambiando, con essa, la stessa società.

Ovviamente mi riferisco semplicemente alle trasformazioni in atto, in quanto mosse dal proprio interno, nelle istituzioni statali, probabilmente quale forma di resilienza, di adattamento/resistenza alla globalizzazione ed alla crisi di legittimazione degli stessi sistemi istituzionali internazionali e sovranazionali. Come una reazione, insomma, ai profondi cambiamenti in atto ed alle sfide provenienti dall'esterno, dal di fuori del *dominio* statale.

In questa prospettiva di analisi dobbiamo prendere atto e, conseguentemente, accettare il fatto che forse lo stesso significato del concetto di costituzione stia radicalmente mutando.

Per concludere, prendendo in prestito una fondamentale categoria degli studi sociologici, infine, nel rassegnarmi ad accettare altresì che possa dirsi che io sia stato, almeno in questa circostanza, più apocalittico per eccesso di realismo, che non autopoietico.