



Simona Rossi*

“La teoria della sovranità dal Medioevo sino alla Rivoluzione francese” e lo Stato costituzionale nella pandemia (Covid-19)**

SOMMARIO: I Parte. La sovranità nello Stato costituzionale e le sfide della pandemia covid-19 - 1. L'ipostatizzazione del concetto di sovranità nello Stato costituzionale liberal-democratico. - 2. La sovranità e l'obbligo di tutela dello Stato nella pandemia. - 3. La Repubblica federale tedesca e la pandemia. - 3.1. La tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale. - 3.2. Il dibattito giuridico. – II Parte. La teoria della sovranità secondo Mario Galizia - 1. Premessa. Riferimenti interpretativi nella lettura de «La teoria della sovranità dal Medio Evo fino alla Rivoluzione francese». - 2. La sovranità dai principi fondamentali del diritto pubblico romano alla dottrina teocratica della sovranità alla fine del secolo XVIII - 2.1.-Gli elementi della sovranità tra il IX e il XII secolo. - 2.2. Le trasformazioni della legge in rapporto alla sovranità tra 1200 e 1400 2.3. Riflessioni per lo Stato. - 2.4. Lo Stato a misura d'uomo - 2.5. L'uomo e il «suo» Stato nella storia. – III Parte. Il contributo di Galizia nel «problema» contemporaneo della sovranità: spunti per ulteriori riflessioni.

Se come ai tempi del dottorato di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate potessi fare una domanda a Mario Galizia, gli chiederei come secondo Lui si sta evolvendo il concetto di sovranità in considerazione degli sforzi compiuti dagli Stati per governare un virus.

Nelle seguenti riflessioni non proverò a indovinare la Sua risposta che sarebbe stata unica per contenuto, forma e presentazione. Ripercorro invece il lavoro «La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese¹» che è il primo libro pubblicato da Galizia nel 1951 e finito di scrivere, come premesso dall'Autore, già nel 1949. Ciò facendo, spero di mettere in giusta luce quei Suoi insegnamenti che seppure raccolgono gli inizi di un'attività di studio sempre in azione,

* Dottoressa di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*

¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese*, Milano 1951. (di seguito citato come «Teoria della sovranità»).

si proiettano talmente in avanti, da rendere il lavoro che li contiene un classico del suo genere e come tale, dunque, sempre necessario quando si deve riflettere sull'attualità.

L'intento è quello di utilizzare il concetto di sovranità ispirato all'opera giovanile di Mario Galizia quale elemento di valutazione dello «stress-test» cui la pandemia covid-19 ha sottoposto lo Stato costituzionale democratico di diritto. A tal fine, dopo aver illustrato il rapporto tra concetto di sovranità e Stato costituzionale alla luce delle sfide poste dalla gestione pubblico-statale della pandemia (I Parte), ripercorrerò il «saggio sullo svolgimento storico della teoria della sovranità dello Stato dalla compilazione giustiniana alla fine del secolo diciottesimo»² alla ricerca di spunti (II Parte) per un nuovo giro di riflessioni (III Parte).

È bene chiarire subito il punto di vista di questo scritto. Se, come evinco da «La teoria della sovranità», la forza normativa della spinta sovrana è quella che unifica una comunità e che si rispecchia nei valori della costituzione, di fronte ad una questione così generale come la minaccia della salute pubblica da parte di un virus letale, una regolamentazione per divieti (di uscire di casa, di lavorare, di andare a trovare i parenti, a scuola ecc.) o obblighi (di vaccinazione) non rispetta i valori dell'unione fondante. Una gestione burocratica della pandemia è insufficiente, perché politicamente e normo logicamente non si aggancia al patto di solidarietà che è dietro la spinta unitaria che forma la comunità sociale e statale, e non lo rinnova davanti ad una situazione di crisi. Una normativa per divieti ed obblighi che si richiama ad una situazione di emergenza, se prolungata, divide la società e successivamente mette in crisi la sovranità dello Stato che sulla solidarietà civile si fonda.

I Parte. *La sovranità nello Stato costituzionale e le sfide della pandemia covid-19*

1. *L'ipostatizzazione del concetto di sovranità nello Stato costituzionale liberal-democratico*

Quando nel diritto costituzionale ci si spinge a parlare del concetto di sovranità in genere si accetta un'aporia di fondo.

Come funziona un concetto aporetico lo spiega bene Adorno. Secondo il Filosofo critico il concetto aporetico tipico è quello di «essere», perché esso «trasforma il più astratto in più concreto e quindi in più vero»³. Analogamente, il concetto di sovranità dello Stato costituzionale trasforma il più concreto, cioè un atto o un fatto o una forza vitale in movimento (il potere costituente) in una forma fissa dell'essere ossia il potere costituito in un ordinamento positivo. L'aporia della «sovranità come concetto aporetico» consiste nel compiersi annullandosi in un qualcosa di diverso.

² M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, Introduzione, 1.

³ T. ADORNO, *Dialettica negativa* (1966), Torino 1970, 68.

Come forza generante lo Stato, infatti, la sovranità si deve esaurire con il suo compimento, pena l'impossibilità della 'tenuta' dell'ordine costituito. Una sovranità concepita come forza continua sarebbe un potere costituente eterno, uno stato permanente di emergenza, una rivoluzione senza fine - forze incapaci della funzione concettuale della sovranità che è quella della *reductio ad unum*.

Le carte fondamentali dei Paesi ricostituitisi dopo le esperienze nazi-fasciste pongono a baluardo della sovranità i valori fondamentali dell'ordinamento che si rispecchiano nei diritti costituzionali. I preamboli delle costituzioni sono indicativi, ma anche gli articoli 1: la solidarietà (Italia), dignità umana (Germania), libertà e uguaglianza (Francia), libertà giustizia e pluralismo (Spagna) sono i valori comuni che hanno animato la penna del costituente e che alle forze costituite faranno sia da stella polare che da limiti (di legittimità costituzionale e di modifica alla costituzione)⁴.

Nello iato tra potere costituente e potere costituito⁵, la sovranità che ha fondato lo Stato pluralistico deve sperare che la sfera pubblica costituita sia formata dal maggior numero possibile di interpreti⁶ e che gli interpreti si attengano quanto più possibile alle motivazioni generanti l'unità del politico⁷.

2. La sovranità e l'obbligo di tutela dello Stato nella pandemia

Dunque la sovranità dello Stato costituzionale si basa su un sistema di valori fondanti, e la pluralità sottesa a questo sistema fa sì che la dialettica tra i diritti, che su quei valori si basano, mantenga il sistema consapevolmente aperto⁸. Nello Stato costituzionale democratico e liberale gli attori-portatori di diritti e doveri sono i cittadini. Allo Stato e ai suoi enti spettano diritti e doveri in funzione dei cittadini, cioè obblighi.

⁴ Per una introduzione storica a tutte le problematiche giuridiche e politiche del concetto di sovranità, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Rivista di diritto costituzionale, nr. 1 1996, 1 ss. Per uno sviluppo di teoria costituzionale del concetto di potere costituente cfr. T. HERBST, *Legitimation durch Verfassunggebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Baden-Baden 200 28 ss. Sulle «condizioni» del potere costituente H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, C. MÜLLER, a cura di, 2. ed., Tübingen 1992, 421-433. Sul momento normativo del potere costituzionale, H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, 2. ed. Aalen 1928, 6 ss. Per il rapporto costituzionale-valori si parta da A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in Pol. Dir. 1991, 639 ss. Sul rapporto tra diritti fondamentali e costituzione P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997.

⁵ Si vedano i diversi contributi di AAVV, a cura di L. LANFRANCHI, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997

⁶ P. HÄBERLE, *Öffentlichkeit und Verfassung* in ID. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Ed. Berlin 1998 225 ss. Dello stesso autore *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in ID. *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein 1980.

⁷ A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento*, Milano 2002.

⁸ Sul rapporto tra modifiche costituzionali, riforma della costituzione, violazione della costituzione e potere costituente, A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in Riv. dir. pubbl., 1952, 41 ss.

Stante queste premesse si pone ora la seguente questione: davanti ad una pandemia che minaccia la salute pubblica, la tutela della salute dei cittadini fa parte dei valori fondanti lo Stato?

E se, ovviamente, rispondiamo in maniera affermativa, che rapporto c'è tra la tutela della salute pubblica attraverso lo Stato e l'esercizio dei diritti?

Tale domanda sottende tre premesse che distinguono lo Stato costituzionale occidentale da quello ad esempio cinese. La prima è che l'agire dello Stato, sebbene volto al bene di tutti, è per definizione limitato dai diritti fondamentali dell'individuo. La seconda è che il bene va costruito attraverso la partecipazione di tutti. La terza è che le scelte politiche si orientano «alla rotta» indicata dai valori fondamentali dell'ordinamento.

Muovendo da questo complesso di premesse, di fronte ad una pandemia che minaccia la salute del singolo e contemporaneamente quella di tutti, il patto sovrano fondante e la carta costituzionale fanno obbligo allo Stato di agire tenendo presente: a) che spetta prima di tutto al cittadino di provvedere alla propria salute; b) che nell'ordine costituzionale pluralistico spetta al sovrano costituito, cioè al popolo rappresentato, trovare il giusto compromesso tra le misure di tutela da adottare per la salute pubblica e quelle di tutela dell'esercizio degli altri diritti; c) che le misure di tutela adottate dallo Stato regolano l'esercizio dei diritti lasciando il massimo spazio per la loro interazione⁹.

Se dunque lo Stato cinese può dire: «la salute è un bene primario per le persone, senza il quale non ci sarebbero diritti» e ciò autorizza lo Stato a intervenire per tutelare la salute di tutti (ossia la salute pubblica e dello Stato) a scapito degli altri diritti del singolo, lo Stato democratico di diritto occidentale deve tutelare la salute di tutti attraverso delle regole condivise sui fini da raggiungere e sui mezzi da applicare, per arrivare allo scopo comune che come minimo, per dirla con J. Rawls¹⁰, è la salute massima pensabile per ognuno.

Di fronte alla pandemia covid-19 gli Stati hanno reagito con una regolamentazione di emergenza a carattere prevalentemente amministrativo, fondata su dati scientifici probabili più che sulla discussione pubblica, restringendo l'esercizio dei diritti di tutti in una portata tale che in altre condizioni non avremmo avuto remore ad additarla come dittatoriale.

Due sono i fattori che hanno sostenuto l'azione dello Stato. Il primo è il consenso popolare, tacito e di fatto. Davanti alle condizioni di vita o di morte dell'emergenza sanitaria, i cittadini si sono adeguati alle misure di sicurezza. Il secondo fattore è lo sforzo, a volte successivo all'azione ma comunque presente da parte dello Stato di attenersi ai requisiti minimi dello Stato di diritto democratico. In effetti, con il prolungarsi della pandemia, gli esecutivi degli Stati occidentali hanno mostrato di avere presente i limiti di tempo, spazio e incisività posti dai diritti fondamentali all'azione statale e non hanno del tutto ignorato il parlamento. Ma – ai sensi di uno stress-test che

⁹ Quella che K. HESSE chiama «concordanza pratica», K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ristampa della 20. ed., Heidelberg 1999, marg. 72.

¹⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), S. Maffettone a cura di Milano 2008.

ha come parametro il concetto di sovranità – può dirsi che lo Stato democratico di diritto durante la pandemia abbia agito in maniera consona ai valori fondanti?

Trovandoci ancora nello stato di pandemia l'analisi è difficile visto che atti e fatti normativi sono ancora in corso e dunque manca la distanza che aiuta l'oggettività scientifica. Per cercare almeno un «distacco spaziale» dall'oggetto di studio ci avvarremo del metodo comparato, perciò le prossime considerazioni riguarderanno la Germania¹¹.

3. La Repubblica federale tedesca e la pandemia

3.1. La tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale

È il 27 gennaio 2020 quando si registra il primo caso di covid-19 in Germania. Lo Stato, nella persona del Ministro federale della Sanità, tranquillizza la popolazione con uno *statement*: «siamo preparati».

Normativamente la «preparazione» consiste nella Legge federale per la protezione e la lotta alle malattie umane infettive del 2000 (Legge sulla tutela dalle infezioni, qui abbreviata con LTI/2000)¹², un testo unico (lett. un articolo) suddiviso in 14 titoli (lett. sezioni) e 77 articoli (lett. paragrafi) che modifica buona parte della normativa precedente basata su La legge federale sulle contaminazioni del 1961¹³. Nella sua *ratio* la LTI/2000 è una legge di pubblica sicurezza¹⁴, con un fine di garanzia e di mantenimento dell'ordine, piuttosto che uno organizzativo di prestazioni e servizi pubblici. L'applicazione della LTI viene affiancata da una serie capillare di sostegni pubblici all'economia, al sistema sociale e sanitario¹⁵.

¹¹ Seguo così le orme di Mario Galizia nell'uso della comparazione, sia quelle suggerite per gli studi teorici, cfr. M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954, sia quelle suggerite per studi di «dogmatica aperta» (le virgolette sono di chi scrive), cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milano 1972, ad es. 137 dove l'Autore introduce l'analisi storica della costituzione inglese per introdurre il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, perché è «unicamente per mezzo di tale inquadratura che si possono eliminare alcuni equivoci che, sussunti attraverso la letteratura politica nella dottrina giuridica, ne confondono la visuale e pertanto la capacità interpretativa», 138.

¹² Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz, IfSG), BGBl. 2000, Teil I, Nr. 33, S. 1045 – in internet www.bgbl.de. Un utile indirizzo web per seguire l'evoluzione dei testi legislativi per singole norme è www.buzer.de. Questa legge era entrata in vigore il primo gennaio 2001.

¹³ Bundesseuchegesetz, 18. Juli 1961, BGBl. 1961, Nr. I, S. 1012.

¹⁴ R. POSCHER, *Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht*, in S. HUSTER/T. KINGREEN, ed., *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, 117–169 (Rn. 3, 98–100).

¹⁵ Tra Federazione, Stati membri, Comuni, associazioni comunali e sanità pubblica lo Stato tedesco si è indebitato per quasi duemila miliardi per far fronte alla pandemia. Gli interventi sull'erario si sono avvalsi dell'eccezione al principio costituzionale del «freno all'indebitamento pubblico» (Art. 109 co. 2 f. 3 e art. 115 Legge fondamentale) di cui all'art. 115 co. 2 f. 6 Legge fondamentale. Per un sunto giornalistico sulle cifre: S. Rauch, <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/panorama/corona-pandemie-kosten-schulden-impfung-tests-masken-100.html> - reportage della MDR.

Lo scopo della LTI/2000 è quello di prevenire le malattie infettive tra gli uomini, riconoscere preventivamente le infezioni e impedirne la diffusione (art. 1 co. 1), migliorando la cooperazione tra gli Stati membri (*Länder*) e i comuni, le loro amministrazioni (in particolarità gli uffici sanitari) nonché tra i medici, i veterinari, gli ospedali, i ricercatori pubblici e privati (art. 1 co. 2) e facilitando la circolazione della ricerca scientifica (art. 5). Nella coordinazione dell'informazione scientifica viene assegnato un ruolo centrale l'Istituto Robert Koch (*Robert Koch Institut –RKI*) al quale spetta il compito di rilasciare delle direttive (*Richtlinien*) in cooperazione con gli Istituti superiori di sanità dei *Länder* (Art. 4 co. 2) per definire ufficialmente lo stato della conoscenza epidemiologica attuale nonché le cifre ufficiali sui casi. La legge poi prevede una regolamentazione articolata a seconda dei tipi di malattie infettive. Particolarmente importante è l'art. 28 co. 1 f. 1 con il quale la LTI delega «l'ufficio amministrativo competente» (*zuständige Behörde*) «a prendere le misure di tutela finché e nella misura in cui esse siano necessarie a limitare la diffusione delle malattie infettive». L'ufficio competente deve segnalare i casi, può ordinare la quarantena, vietare di andare al lavoro, vietare manifestazioni pubbliche e «obbligare le persone a rimanere in un determinato luogo, o non entrare in particolari luoghi, fino a che le misure di tutela non siano state eseguite» (art. 20 co. 1 f. 2 LTI/2000). Al co.1 f. 4 lo stesso art. 28 LTI/2000 nomina i diritti fondamentali che vengono in caso di contagio o contrazione delle malattie infettive vengono limitati: la libertà personale (Art. 2 co. 2 Legge fondamentale), di riunione (art. 8 Legge fondamentale) e della inviolabilità dell'abitazione (Art. 13 co. 1 Legge fondamentale).

Secondo l'indirizzo politico della coalizione CDU/CSU-SPD al governo, l'art. 28 LTI/2000 contiene le deleghe legislative che autorizzano il governo federale e i governi dei *Länder* a prendere le misure necessarie durante la pandemia covid-19 ed è dunque sulla base di questa normativa che il governo federale insieme ai governi dei *Länder* nell'ambito della Conferenza Federazione/*Länder* discute e adotta velocemente misure preventive di contenimento. Già alla fine di febbraio si allarga l'obbligo di quarantena a chi è entrato in contatto con un contagiato, per chi rientra dall'estero (nel febbraio 2020 i Paesi sono: Cina, Corea del Sud, Iran, Giappone e Italia) o è stato in contatto con una persona in quarantena. I contagiati nel frattempo sono saliti a 70.

Nel corso del marzo 2020 «le condizioni sono serie» dichiara la cancelliera A. Merkel e il 22 marzo 2020 la Conferenza Federazione/*Länder* si accorda su «severe misure di limitazione dei contatti e di circolazione», in base alle quali i residenti nella Repubblica federale possono uscire di casa solo tra le 5.00 e le 22.00 per alcuni specificati scopi e, tranne nel caso dei servizi essenziali, lavorano via *home office*.

Seppure necessarie, le misure governative prese tra il 23 febbraio 2020 e il 23 marzo 2020 in base agli accordi tra governo federale e quelli statali non hanno fondamento costituzionale, perché la LTI/2000 viola i limiti della delegazione contenuti all'art. 80 co. 1 Legge fondamentale¹⁶

¹⁶ I dubbi di costituzionalità che la LTI/2000 potrebbe sollevare in relazione alla ripartizione delle competenze legislative tra Federazione e Stati membri vengono meno leggendo l'articolo 74 co. 1 nr. 19 Legge fondamentale. Questo prevede che

per due motivi. La delega all'«ufficio competente» dell'art. 28 co. 1 f. è troppo generica. Essa si può indirizzare al governo federale come a quello dei *Länder*, come alla Conferenza Federazione/*Länder*, come anche a tutti gli altri enti pubblici, dunque è una delega all'intero potere esecutivo. L'Art. 80 co. 1 f. 1 Legge fondamentale prevede infatti che il *Bundestag* possa autorizzare «il governo federale, un ministro federale oppure i governi dei *Länder* ad emanare decreti legislativi (*Rechtsverordnungen*)». L'altro limite ecceduto dall'art. 28 LTI/2000 riguarda quello di «contenuto, misura e scopo» di cui all'art. 80 co. 1 f. 2 Legge fondamentale. Quest'obbligo fatto al legislatore è tanto più rigido quanto più la legge-delega autorizza il potere esecutivo a prendere misure restrittive dell'esercizio dei diritti fondamentali. E questo è il caso dell'art. 28 co. 1 f. 2 e 4 LTI/2000. Per la sua *ratio* l'art. 28 co. 1 f. 2 LTI/2000 non può rispondere ai criteri di legittimità costituzionale né nel fine, né nelle misure adottate, perché l'intero art. 28 così come l'intera LTI sono strutturati per regolare situazioni di contaminazione o infezioni circoscrivibili¹⁷, non pandemie. L'art. 28 LTI non ha la struttura normativa e nemmeno il «potere» di delega sufficiente, in quanto non contiene la volontà del legislatore ad autorizzare i governi statali a emanare disposizioni che impongano *una tantum* a tutti i cittadini un esercizio ristretto di tutte le libertà. La dottrina ha focalizzato soprattutto un altro aspetto di incostituzionalità dell'art. 28 LTI/2000, e cioè quello in cui l'autorizzazione fatta all'esecutivo di intervenire per limitare la libertà di circolazione all'art. 28 co. 1 f. 2 e 4 LTI/2000 è troppo generica e lederebbe anche l'art. 19 co. 1 e 2 della Legge fondamentale, ossia l'obbligo di circoscrivere le limitazioni dei diritti fondamentali (*Bestimmtheitsgebot*).

Va inoltre rilevato che le disposizioni amministrative prese in base all'art. 28 LTI/2000 sono andate ben oltre le deleghe degli art. 28-31 della LTI/2000, tanto è vero che in singoli casi i tribunali amministrativi hanno sospeso l'efficacia di alcune disposizioni¹⁸. Disposizioni amministrative contenute o in decreti delegati statali (*Verordnungen* dei *Länder*) o in provvedimenti amministrativi generali (*Allgemeinverfügungen*). Quest'ultimi, una *sub specie* dell'atto amministrativo, sono generali e concreti e possono essere emanati da tutti gli enti pubblici nell'ambito delle proprie competenze. In questo modo su una delega legislativa federale generica e inadeguata allo

«le misure da adottare in caso di malattie pericolose per la comunità o trasmissibili tra gli uomini e tra uomini e animali» rientrano nelle materie di legislazione concorrente. Ciò vuol dire che i *Länder*, che hanno l'esclusività dell'azione amministrativa (art. 30 Legge fondamentale) e legislativa residuale («laddove la Legge fondamentale non assegna competenze legislative alla Federazione», art. 70 co. 1 Legge fondamentale), devono provvedere con proprie misure laddove il parlamento federale (*Bundestag*) non ha emesso una legge federale che regola la materia. Là dove esista questa legge, come nel caso della LTI/2000, ai *Länder* rimane la competenza sussidiaria. Ciò vuol dire che la Legge fondamentale riserva ai parlamenti dei *Länder* la regolamentazione della materia nei casi non previsti dalla LTI/2000.

¹⁷ La legge definisce il proprio ambito di applicazione. Oggetto della regolamentazione sono infezioni e soggetti sono «ammalati, sospetti ammalati, portatori sani, sospetti portatori», Art. 2 co. 1 Nr. 1, 4-7 LTI/2000 (rimasto sempre immutato).

¹⁸ Lì dove nei singoli casi le violazioni erano manifestamente incostituzionali o se la regolamentazione non prevedeva l'entità delle multe in caso di contravvenzioni, dunque per violazioni di evidenti principi costituzionali (l'*habeas corpus* dell'art. 104 co. 1. f. 1 Legge fondamentale. Un commento ai primi ricorsi è di A. Zünd/C. Errass, *Pandemie – Justiz – Menschenrechte*, in ZSR 2020, 69 ss., una raccolta di decisioni si trova <https://brak.de/die-brak/coronavirus/corona-und-die-justiz/rechtsprechungsuebersicht/>

scopo si è venuto a creare un sistema di azione normativa statale e comunale capillare veloce, che ha sostenuto le azioni concrete dell'amministrazione locale relative alle imposizioni di obblighi, divieti e controlli, nonché provocato una valanga di cause davanti ai tribunali amministrativi¹⁹.

Il *Bundestag* è intervenuto per ovviare a questa situazione con la Legge sulla tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale del 27 Marzo 2020²⁰ (che qui abbrevierò con LTI/marzo 2020, cioè con una «sanatoria». Tecnicamente la LTI/ marzo 2020 è una legge di modifica, si compone di 7 articoli, di cui i primi tre modificano la LTI/2000, l'art. 4 modifica la Legge sull'applicazione della normativa internazionale in materia sanitaria²¹, l'art. 5 la Legge sull'assicurazione sanitaria pubblica²², l'art. 6 il Codice degli appalti²³ e l'art. 7 regola l'entrata in vigore differita delle disposizioni. La LTI/marzo 2020 è anche una legge che delega, questa volta nei limiti dell'art. 80 co. 1 f. 2 Legge fondamentale, i governi e gli enti pubblici a prendere le misure necessarie in pandemia nelle più diverse materie.

Con un iter legislativo di tre giorni (24.-27.03.2020) la LTI/marzo 2020 detiene il record di velocità parlamentare (insieme alla Legge sull'applicazione di misure per la stabilizzazione del mercato finanziario del 2008²⁴). Tanto è vero che il Ministro federale della salute, presentando al *Bundestag* il progetto di legge, ringrazia i ministri federali quelli dei *Länder* ed i deputati per l'ottimo lavoro svolto presso la Cancelleria²⁵.

Questa legge modifica l'art. 5 della LTI/2000, assegnando al primo comma dell'art. 5 LTI/marzo 2020 una nuova funzione del *Bundestag*, quella di «dichiarare lo stato di epidemia di portata nazionale» e di poterlo sospendere, «quando le condizioni per la sua dichiarazione non sussistono più». Il secondo comma dello stesso art. 5 della LTI/marzo 2020 sono una serie di importanti deleghe al Ministro della sanità in caso di 'stato di epidemia nazionale'²⁶. Gli ultimi

¹⁹ Nel 2020 più di 10.000 istanze, presentate soprattutto in forma di ricorso di urgenza, il c.d. «Einstweiliger Rechtsschutz» previsto per i tribunali amministrativi agli artt. 47 co. 6, 80 co. 4, 80 a co. 3 e 123 co. 1 dell'Ordinamento della giurisdizione amministrativa (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO).

²⁰ Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 27.03.2020, BGBl I S. 587.

²¹ Gesetz zur Durchführung der Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005) (IGV-Durchführungsgesetz - IGV-DG), del 21.03.2013, BGBl. I S. 566.

²² Il quinto libro del codice di diritto sociale (Das fünfte Sozialgesetzbuch), Gesetzliche Krankenversicherung, Art. 1 des Gesetzes vom 20 Dezember 1988, BGBl. I S. 2477.

²³ Baugesetzbuch in der Fassung von 3. November 1997, BGBl. I 3634.

²⁴ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) del 17.10.2008, BGBl. I 2008, Nr. 46, 1982

²⁵ La prima lettura si è svolta il 25.03.2020, vedi 1. Beratung BT-Plenarprotokoll 19/154, S. 19118B-19119, su <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19154.pdf# 19118>

²⁶ Alcuni esempi: Il Ministro federale della sanità può attraverso provvedimenti limitare gli spostamenti di persone che tornano da Stati dichiarati «pericolosi» dall'Istituto Robert-Koch, prenderne i dati e quelli dei loro contatti, farli sottoporre a visite mediche; limitare la circolazione dei treni, pullman, navi e aerei; elaborare dati personali al fine di identificare persone infette, ammalate o entrate in contatto con altre persone contagiate; regolare la fornitura dei servizi essenziali, l'approvvigionamento dei medicinali, personale e materiale medico di protezione e disinfezione; consentire deroghe alle leggi sui medicinali, sulle farmacie, sul sistema sanitario, sulle trasfusioni e relative norme delegate; provvedimenti di esproprio; contingentamento di merci e controllo dei prezzi; e deleghe per tutte le materie riguardanti la sanità dall'istruzione del personale

commi e l'art. 4 della stessa legge accentrano tutte le attività per l'informazione ufficiale in materia di pandemia nell'Istituto Robert Koch. La legge modifica poi l'art. 28 della LTI/2000, introducendo deleghe più precise (cioè più consone all'art. 80 Legge fondamentale) in materia di restrizione delle libertà personali. In particolare il nuovo co. 1 f. 1 LTI/2020 prevede che gli uffici competenti possono obbligare i cittadini a lasciare «il luogo dove si trovano solo a particolari condizioni o entrare in particolari luoghi a determinate condizioni». E al co. 1 f. 4 la LTI/2020 cita i diritti fondamentali soggetti a limitazioni (libertà di circolazione di cui all'art. 11 co. 1 Legge fondamentale e la libertà personale di cui all'art. 2 co. 2 f. 2 Legge fondamentale) ottemperando al relativo dettame dell'art. 19 co. 1 Legge fondamentale.

Con la Legge sulla tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale, la LTI/2020 per l'appunto, il *Bundestag* ha così affrontato due problemi costituzionali. Con l'art. 5 ha interpretato il testo costituzionale là dove esso non prevedeva un assetto di emergenza nazionale in caso di pandemia. Con il nuovo art. 28 LTI/marzo 2020 ha creato basi legittime per la delegazione legislativa. Si può dunque riassumere che il Parlamento con questa legge ha messo l'esecutivo in condizioni di agire. Infatti, nella logica dell'art. 5 LTI/marzo.2020 anche se il *Bundestag* si è riservato conformemente ai principi dello Stato costituzionale democratico di diritto la competenza a dichiarare «lo stato di emergenza pandemico a livello nazionale» chi agisce sono i governi. Ma se nel sistema della LTI/marzo 2020 con un solo atto il parlamento autorizza in maniera «automatica» una serie di deleghe, perché il sistema parlamentare dello Stato democratico di diritto non corra il pericolo di cadere in una fase direttoriale, occorre che il *Bundestag* non mantenga lo stato di emergenza troppo a lungo, che nella LTI/marzo 20 le deleghe siano non solo puntuali ai sensi dell'art. 80 co 1 f. 2 Legge fondamentali ma anche che siano funzionali a gestire l'emergenza, e occorre che il parlamento aumenti la funzione di controllo sull'esecutivo. È andata così?

Chi vuole ricostruire l'attività parlamentare federale dal febbraio 2020 ad oggi può molto comodamente ricorrere al dossier del Servizio documentazione del *Bundestag* che raccoglie – e ancora continua a raccogliere - tutti gli atti parlamentari attinenti alle misure anti-covid-19²⁷. Dal dossier emerge prima di tutto che il *Bundestag* si è preoccupato di mantenere la normale attività parlamentare anche nelle fasi più acute della pandemia. Scartata la proposta avanzata dal proprio Presidente di creare un «parlamento di emergenza» attraverso una riforma costituzionale, il *Bundestag* sceglie la via dell'emendamento al regolamento per preservare la sua normale funzionalità²⁸. Dal dossier emerge anche che fino all'aprile 2021 il *Bundestag* ha emanato

sino all'approvvigionamento e alla costruzione degli ospedali; provvedimenti in materia di regolamentazione del traffico, delle infrastrutture digitali, lavoro.

²⁷ «Corona-Dossier» cfr. <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier>

²⁸ Sulla base di una proposta della Giunta sul regolamento adotta un nuovo articolo 126 a (§ 126 a Geschäftsordnung des Bundestages, abbreviato GOBT) che stabilisce una serie di eccezioni al regolamento stesso. Al primo comma abbassa il quorum di presenze per la validità delle sedute dell'Aula ad un quarto dei membri del Bundestag (dove l'art. 45 GOBT prevede la presenza della metà dei membri) e al secondo comma riduce il quorum dei membri di una commissione ad un quarto (dove l'art. 67 GOBT prevede la presenza di almeno la metà dei membri della commissione). Negli ulteriori commi è previsto che

trentanove leggi che intervengono sulla pandemia, mentre nella Gazzetta ufficiale, *Bundesgesetzblatt*, i decreti governativi federali sono centodieci, e che l'attività di controllo sul governo sembra essere aumentata, come si evince dalla crescita delle interpellanze parlamentari sia ad opera dei gruppi che dei singoli deputati.

Questi elementi dell'attività parlamentare non devono far pensare però che sia il *Bundestag* a imprimere l'indirizzo politico nell'azione dello Stato per il contenimento della pandemia. L'accelerazione che hanno subito i tempi della legislazione, l'aumento delle leggi di delega e il controllo parlamentare ex-post – quale quello delle interpellanze –, sono nella prassi istituzionale invero indici di un'accresciuta influenza governativa. Se è vero che per tradizione e anche in tempi non sospetti la legislazione ordinaria va avanti a «colpi di maggioranza governativa», a maggior ragione durante la pandemia è il governo che forte della necessità e urgenza detta le regole sia ai cittadini che al *Bundestag*. A conferma di ciò si può rilevare che con le modifiche apportate da ultimo mentre scrivo (dicembre 2021) il *Bundestag* ha modificato la LTI/marzo 2020 ventiquattro volte in un anno e mezzo. Per le prime ventidue l'iniziativa è partita dal governo e il *Bundestag* si è limitato a una funzione di legittimazione dell'azione governativa. Per le ultime due volte, invece, l'iniziativa è stata del neo-eletto *Bundestag* (la 20. legislatura ha avuto inizio il 26 ottobre 2021). Come ha rilevato la stampa, si tratta di misure di nuova emergenza, presentate dai partiti usciti vincitori dalle elezioni e che ancora in fase di contrattazione per la formazione della maggioranza, hanno ritenuto necessario ri-aumentare le norme di sicurezza, le cui maglie si erano andate allargando in sede di campagna elettorale²⁹. Nell'emergenza si accetta ancora di più che non in tempi ordinari, che ci sia poco tempo per esperire le procedure parlamentari in maniera consona ad una cultura parlamentare rappresentativo-democratica, e si ritiene anche che vi sia così tanta pressione sul sistema federale, che questo agisca in maniera efficiente solo sulla base di accordi tra amministrazioni statali presi in sedi diverse da quella politica del *Bundesrat*.

Torniamo alla LTI/marzo 2020. Questa solleva due ordini di problemi costituzionali. Il primo è quello relativo alle condizioni alle quali il *Bundestag* può nel dichiarare lo stato di emergenza di pandemia nazionale (art. 5), il secondo è (di nuovo) quello relativo alle deleghe (di cui all'art. 28).

Circa il primo punto il dibattito politico ha fatto rilevare, che la facoltà del parlamento di dichiarare lo stato di emergenza andava limitata. E dunque l'art. 5 viene modificato nel novembre 2020³⁰ con la Terza legge di tutela della popolazione in uno stato di epidemia di portata nazionale. In base al nuovo art. 5 LTI/novembre 2020 il *Bundestag* «può» (*kann*) dichiarare lo stato di

le sedute, le audizioni e le votazioni in commissione possono avvenire anche via video. Siccome nulla è previsto per il plenum, discussioni e votazioni continuano ad avvenire sotto la cupola di vetro dell'Aula. È previsto che queste modifiche rimangano in vigore sino al settembre del 2020, ma possono essere prolungate previa «decisione» del *Bundestag* (verranno mantenute in vigore sino al settembre 2021). Con la modifica all'appendice nr. 6 del GOBT viene regolato anche il caso in cui un deputato debba essere allontanato dall'edificio del *Bundestag* quando risulti positivo al covid-19. Il perché è evidente – in condizioni normali ci vorrebbe l'autorizzazione della Camera (art. 46 co. 2 Legge fondamentale regola l'immunità).

²⁹ La visione meno restrittiva delle misure di contenimento è stato sin dall'inizio un tema della destra (AfD) e in parte dei Liberali (FDP).

³⁰ Artikel 1 - Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020, BGBl. I, 2397.

emergenza quando «sussiste un pericolo serio per la salute pubblica in tutta la Repubblica federale». Il pericolo è serio quando a) l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato uno stato di emergenza internazionale e questo può colpire la Repubblica federale, b) è in corso una diffusione dinamica di una malattia infettiva pericolosa tra più *Länder*. A sua volta l'art. 5 LTI/novembre 2020 viene modificato dalla LTI del marzo 2021³¹, che attraverso il nuovo dettame dell'art. 5 inserisce il meccanismo di automatismo per il quale, una volta che il *Bundestag* ha dichiarato lo stato di emergenza di pandemia nazionale, questo decade se entro tre mesi dalla dichiarazione non viene prolungato (per altri tre mesi). Rimane salva la possibilità del *Bundestag* di dichiarare la fine dello stato di emergenza in qualsiasi momento³². Un'ulteriore restrizione della propria competenza a dichiarare lo stato di emergenza di pandemia nazionale la inserisce il *Bundestag* neo-eletto su iniziativa tutta parlamentare delle forze in via di coalizione (SPD, Bündnis/Die Grünen, FDP), non all'art. 5, ma all'art. 28a co. 7 della LTI/novembre 2021³³. Questo prevede che «indipendentemente dalla dichiarazione di sussistenza di uno stato di epidemia a livello nazionale del *Bundestag* secondo l'art. 5 co. 1 f. 1, possono essere presi provvedimenti statali di tutela nel senso dell'art. 28 co. 1 f. 1 e 2 nella misura in cui essi sono necessari per impedire l'espandersi della malattia coronavirus-2019 (covid-19):» segue un copioso elenco di misure che i *Länder* possono adottare indipendentemente da Berlino. E con l'ultima «Legge sul rafforzamento della prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il Covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19»³⁴ del 12 dicembre 2021 il *Bundestag* delega con una modifica dell'art. 5 co. 2 nr. 7 LTI/2020 il Ministero federale della salute a prendere sino al marzo 2022 – eventualmente anche oltre – le misure necessarie a mantenere il sistema sanitario funzionante, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di epidemia nazionale. La tendenza del nuovo indirizzo politico sembra dunque quella di tornare ad affidare all'esecutivo la gestione della pandemia attraverso un'ampia e generica delegazione.

Ma vediamo l'articolo centrale di tutte le leggi che riguardano la gestione della pandemia da parte dello Stato tedesco, ossia l'art. 28 che è quello che sin dalla LTI/2000 regola le misure da adottare in caso di malattie infettive o pandemia. Come già scritto, esso risulta sin dall'inizio

³¹ Artikel 1 Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29. März 2021, BGBl. I, 370.

³² Dal punto di vista della tecnica legislativa l'art. 5 della LTI/marzo.2021 è un chiarissimo esempio di «arrotolamento linguistico» attraverso rinvii interni. Ecco le prime quattro frasi del primo comma dell'art. 5 LTI/marzo.2021: „1. Der Deutsche Bundestag kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 vorliegen. 2. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 nicht mehr vorliegen. 3. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als nach Satz 2 aufgehoben, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellt; dies gilt entsprechend, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Fortbestehen erneut feststellt. 4 Die Feststellung des Fortbestehens nach Satz 3 gilt als Feststellung im Sinne des Satzes 1.»

³³ Artikel 1 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite del 22 Novembre 2021, BGBl. I 4906.

³⁴ Artikel 1 - Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (ImpfPrG), del 10.12.2021 BGBl. I S. 5162 (Nr. 83).

piuttosto problematico, perché è la base delle deleghe legislative all'esecutivo per la gestione della pandemia Covid-19 pur essendo strutturato sui casi di malattie infettive non pandemiche. Ed è per questo che il legislatore federale non solo lo ha modificato più volte³⁵ ma lo ha integrato con una nuova regolamentazione di cui agli art. 28a, 28b e 28 c.

L'art. 28a della LTI/novembre 2020 contiene l'elenco, molto dettagliato, di tutte le misure di restringimento delle libertà personali che l'esecutivo federale e statale sono autorizzati a prendere per il contenimento della pandemia: dall'obbligo di portare la mascherina, alla limitazione della circolazione, di accesso nei luoghi pubblici, nei pensionati per anziani, di spostamento sul territorio nazionale (ecc.), il divieto di uscire da casa se non per motivi previsti dalle regolamentazioni, il divieto di manifestazioni - insomma tutte le misure che servono a ridurre effettivamente i contatti tra le persone. La delega puntualizza al co. 3 f. 1 anche lo scopo in direzione del quale le misure possono essere adottate e cioè (1) la tutela della vita e della salute e (2) il funzionamento del sistema sanitario. Allo stesso co. 3 f. 2 l'art. 28a prevede anche quali condizioni fattuali pandemiche si devono verificare, perché le restrizioni siano legittime. Segna cioè i c.d. «valori soglia» (*Schwellenwerte*). Questi sono in relazione all'andamento settimanale dei contagi, e «scattano» lì dove vengono raggiunte le soglie su tre livelli: province (lett. distretti, *Kreise*)³⁶, Stati membri e Federazione, indipendentemente gli uni dagli altri. Perché questa disposizione non leda il principio federale della ripartizione amministrativa, esso viene adottato in maniera coordinata da tutti gli Stati (art. 28 co. 3 f. 9 LTI/novembre 2020). L'art. 28 LTI/novembre 2020 regola anche la sicurezza nella rilevazione dei dati personali. Al co. 5 impone ai decreti delegati l'obbligo di motivazione e al co. 7 prevede che quando il *Bundestag* abbia dichiarato la fine dello stato di emergenza di pandemia nazionale, i parlamenti dei *Länder* possano dichiararlo qualora il virus-covid-19 fosse ancora diffuso. Le successive modifiche dell'art. 28 a LTI/novembre 2020 tengono conto delle evoluzioni della pandemia. La LTI/marzo 2021³⁷ inserisce tra gli elementi di ponderazione per l'applicazione delle misure restrittive le nuove varianti più contagiose del virus-covid-19, che potrebbero mettere ancora più in difficoltà il sistema sanitario, ma anche il fatto che la popolazione viene vaccinata. Dunque al co. 3 f. 9 prevede che: «nell'esaminare se sussistono le condizioni per sospendere o limitare le misure di tutela bisogna tenere presente nel calcolo del fattore riproduttivo i vaccinati». Nel settembre del 2021 c'è un ulteriore sviluppo. L'art. 28 a LTI/settembre 2021³⁸ inserisce l'obbligo di mostrare

³⁵ Alle modifiche della LTI/marzo 2020 già rilevate, si aggiungono quelle della LTI/novembre 2020 che accanto alle altre limitazioni aggiungono alla f. 4 quella del diritto fondamentale alla integrità fisica di cui all'art. 2 co. 2 f. 1 della Legge fondamentale.

³⁶ Se superano 50 nuovi contagi per 100.000 abitanti a settimana «devono prendersi misure estese e complessive (leggi: lockdown totale), dalle quali si può aspettare un effettivo contenimento dei contagi», se si superano 35 nuovi contagi «devono prendersi misure estese efficaci, dalle quali ci si può aspettare una rapida diminuzione dei contagi» (lockdown parziali), con una soglia al di sotto dei 35 nuovi contagi a settimana «si considerano misure di tutela per mezzo delle quali ci si può aspettare che lo sviluppo dei contagi rimanga prevedibile. 50:100.000, o 35:100.000 per settimana è il c.d. «fattore riproduttivo».

³⁷ Artikel 1 Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29. März 2021, BGBl. I 370.

³⁸ Artikel 12 Aufbauhilfegesetz 2021 (AufbhG 2021) del 10. Settembre 2021, BGBl. I 4147.

in diverse occasioni di vita quotidiana il «*covid-pass*» dei vaccinati, dei guariti oppure il tampone molecolare e – dato il crescere del numero dei vaccinati – considera come fattore esclusivo per l'adozione delle restrizioni delle libertà allo scopo di contenere la diffusione del covid-19 il livello di ospedalizzazione in terapia intensiva. In base a questo criterio, chiamiamolo di «emergenza sanitaria», le misure restrittive di tutela possono essere adottate nelle province, negli stati o anche a livello federale a seconda se i reparti di ospedalizzazione regionale o interregionale sono davanti ad un sovraccarico. La modifica dell'art. 28a con la LTI del novembre 2021 (menzionata sopra nel commento all'art. 5 della stessa legge) introduce al nuovo co. 7 «le misure da adottare per evitare la diffusione della malattia coronavirus-19 (Covid-19), nella misura in cui siano necessarie» tra le altre anche le seguenti: distanziamento nei luoghi al chiuso, provvedimenti di limitazione dei contatti in luoghi pubblici e privati, l'obbligo di portare la mascherina, l'obbligo di mostrare il certificato di vaccinazione, guarigione o test in determinate occasioni (viaggi in treno, al lavoro, negozi ecc.), l'obbligo fatto ai ristoratori o datori di lavoro di applicare «concetti igienici», contingentamento delle persone che frequentano locali al chiuso, *home office* anche per le università, la raccolta dei dati personali relativi alle certificazioni covid-19, controllo del numero dei contagiati nelle imprese. Queste misure entrano in vigore, come già ricordato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di emergenza di pandemia nazionale da parte del *Bundestag*. Stato di emergenza, tra l'altro, che non prolungato, è decaduto il 24. Novembre 2021. Dal 24.11.2021 alle 24 sono entrate in vigore le misure previste all'art. 28a LTI/novembre 2021, secondo le quali nei *Länder* dove si supera la soglia di urgenza sanitaria (quella che nel modello con i colori del semaforo raggiunge il «profondo rosso») possono essere ancora più restrittive. Interessante è anche il co. 8 dell'art. 28a LTI/novembre 2021 che prevede che qualora i *Länder* dichiarino lo stato di emergenza di pandemia territoriale, indipendentemente dal *Bundestag*, le misure restrittive «da escludere» sono, riassuntivamente, le seguenti: a) riguardo l'obbligo a rimanere a casa non si può vietare di fare sport, manifestazioni pubbliche, e riunioni a scopi religiosi; b) non si possono vietare i viaggi, i pernottamenti in hotel o di entrare nei ristoranti; c) non si possono poi chiudere i posti di lavoro, gli esercizi e le imprese, le scuole, gli asili e i nidi. Al comma 9 lo stesso art. 28 prevede di rimanere in vigore sino al 15.12.2021, mentre i decreti rimarranno in vigore sino e non oltre il 19 marzo 2022. Puntuale a metà dicembre 2021 arriva la nuova modifica dell'art. 28 a LTI/2020 con la già citata «Legge sul rafforzamento della prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19» (15.12.2021) che – passate le elezioni ma non la pandemia – esclude dalle esclusioni, insomma reintroduce, la facoltà dei *Länder* di vietare le attività sportive, di manifestazione in cortei, di viaggiare, di pernottare in alberghi e pensioni e le chiusure delle attività di ricreazione. Insomma per il nuovo *Bundestag* il quasi *lock-down* diventa una responsabilità dei *Länder*.

Ancora due articoli completano la regolamentazione della pandemia secondo l'art. 28 LTI/2000 e modifiche relative. Con l'art. 28 b LTI/ aprile 2021 inserito con la „Quarta legge

sulla tutela della popolazione in uno stato di epidemia di portata nazionale»³⁹ il legislatore federale prevede il c.d. «freno federale di emergenza» (*Bundesnotbremse*). Questo consiste in una soglia di guardia (100 nuove infezioni per 100.000 abitanti di un distretto di città o di campagna in una settimana, la c.d. «*Sieben-Tage-Inzidenz*») superata la quale intervengono automaticamente misure di emergenza per il contenimento dell'espansione del virus attraverso la limitazione delle libertà personali note nel loro insieme come *lock-down*. Il «freno federale di emergenza» che prevede deleghe ai governi attraverso una regolamentazione molto dettagliata (ad es. il numero delle persone con le quali ci si può incontrare in privato, il numero di persone per metri quadri dei negozi che possono essere fatte entrare nello stesso tempo ecc.) è rimasto in vigore sino al giugno 2021⁴⁰.

³⁹ Artikel 1 - Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (4. COVIDSAnpG) del 22.04.2021 BGBl. I S. 802 (Nr. 18) in vigore dal 23.04.2021.

⁴⁰ La lunghezza dell'art. 28 b LTI/aprile 2021 è – in senso letterale – degna di nota – anche perchè costituisce la base legislativa di riferimento dei ricorsi individuali accolti in giudizio dalla Corte costituzionale federale (in proposito cfr. il prossimo paragrafo) e perciò eccolo qui: (1) 1 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen: 1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt; 2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen: a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen, b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien, c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts, d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender, e) der Versorgung von Tieren, f) aus ähnlich gewichtigen und unabwiesbaren Zwecken oder g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen; 3. die Öffnung von Freizeiteinrichtungen wie insbesondere Freizeitparks, Indoorspielplätzen, von Einrichtungen wie Badeanstalten, Spädbädern, Hotelschwimmbädern, Thermen und Wellnesszentren sowie Saunen, Solarien und Fitnessstudios, von Einrichtungen wie insbesondere Diskotheken, Clubs, Spielhallen, Spielbanken, Wettannahmestellen, Prostitutionsstätten und Bordellbetrieben, gewerblichen Freizeitaktivitäten, Stadt-, Gäste- und Naturführungen aller Art, Seilbahnen, Fluss- und Seenschiffahrt im Ausflugsverkehr, touristischen Bahn- und Busverkehren und Flusskreuzfahrten, ist untersagt; 4. die Öffnung von Ladengeschäften und Märkten mit Kundenverkehr für Handelsangebote ist untersagt; wobei der Lebensmittelhandel einschließlich der Direktvermarktung, ebenso Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörakustiker, Tankstellen, Stellen des Zeitungsverkaufs, Buchhandlungen, Blumenfachgeschäfte, Tierbedarfsmärkte, Futtermittelmärkte, Gartenmärkte und der Großhandel mit den Maßgaben ausgenommen sind, dass a) der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, untersagt ist, b) für die ersten 800 Quadratmeter Gesamtverkaufsfläche eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 20 Quadratmeter Verkaufsfläche und oberhalb einer Gesamtverkaufsfläche von 800 Quadratmetern eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 40 Quadratmeter Verkaufsfläche eingehalten wird, wobei es den Kundinnen und Kunden unter Berücksichtigung der konkreten Raumverhältnisse grundsätzlich möglich sein muss, beständig einen Abstand von mindestens 1,5 Metern zueinander einzuhalten und c) in geschlossenen Räumen von jeder Kundin und jedem Kunden eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder eine medizinische Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz) zu tragen ist; abweichend von Halbsatz 1 ist a) die Abholung vorbestellter Waren in Ladengeschäften zulässig, wobei die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe 1 bis c entsprechend gelten und Maßnahmen vorzusehen sind, die, etwa durch gestaffelte Zeitfenster, eine Ansammlung von Kunden vermeiden; b) bis zu dem übernächsten Tag, nachdem die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinander folgenden Tagen den Schwellenwert von 150 überschritten hat, auch die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger

Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum zulässig, wenn die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe a und c beachtet werden, die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 40 Quadratmeter Verkaufsfläche, die Kundin oder der Kunde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Leistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt hat und der Betreiber die Kontaktdaten der Kunden, mindestens Name, Vorname, eine sichere Kontaktinformation (Telefonnummer, E-Mail-Adresse oder Anschrift) sowie den Zeitraum des Aufenthaltes, erhebt; 5. die Öffnung von Einrichtungen wie Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Musikclubs, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten sowie entsprechende Veranstaltungen sind untersagt; dies gilt auch für Kinos mit Ausnahme von Autokinos; die Außenbereiche von zoologischen und botanischen Gärten dürfen geöffnet werden, wenn angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden und durch die Besucherin oder den Besucher, ausgenommen Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Beginn des Besuchs mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt wird; 6. die Ausübung von Sport ist nur zulässig in Form von kontaktloser Ausübung von Individualsportarten, die allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands ausgeübt werden sowie bei Ausübung von Individual- und Mannschaftssportarten im Rahmen des Wettkampf- und Trainingsbetriebs der Berufssportler und der Leistungssportler der Bundes- und Landeskader, wenn a) die Anwesenheit von Zuschauern ausgeschlossen ist, b) nur Personen Zutritt zur Sportstätte erhalten, die für den Wettkampf- oder Trainingsbetrieb oder die mediale Berichterstattung erforderlich sind, und c) angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden; für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ist die Ausübung von Sport ferner zulässig in Form von kontaktloser Ausübung im Freien in Gruppen von höchstens fünf Kindern; Anleitungspersonen müssen auf Anforderung der nach Landesrecht zuständigen Behörde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor der Sportausübung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen; 7. die Öffnung von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes ist untersagt; dies gilt auch für Speiselokale und Betriebe, in denen Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle abgegeben werden; von der Untersagung sind ausgenommen: a) Speisesäle in medizinischen oder pflegerischen Einrichtungen oder Einrichtungen der Betreuung, b) gastronomische Angebote in Beherbergungsbetrieben, die ausschließlich der Bewirtung der zulässig beherbergten Personen dienen, c) Angebote, die für die Versorgung obdachloser Menschen erforderlich sind,

d) die Bewirtung von Fernbusfahrerinnen und Fernbusfahrern sowie Fernfahrerinnen und Fernfahrern, die beruflich bedingt Waren oder Güter auf der Straße befördern und dies jeweils durch eine Arbeitgeberbescheinigung nachweisen können, e) nichtöffentliche Personalrestaurants und nichtöffentliche Kantinen, wenn deren Betrieb zur Aufrechterhaltung der Arbeitsabläufe beziehungsweise zum Betrieb der jeweiligen Einrichtung zwingend erforderlich ist, insbesondere, wenn eine individuelle Speiseaufnahme nicht in getrennten Räumen möglich ist; ausgenommen von der Untersagung sind ferner die Auslieferung von Speisen und Getränken sowie deren Abverkauf zum Mitnehmen; erworbene Speisen und Getränke zum Mitnehmen dürfen nicht am Ort des Erwerbs oder in seiner näheren Umgebung verzehrt werden; der Abverkauf zum Mitnehmen ist zwischen 22 Uhr und 5 Uhr untersagt; die Auslieferung von Speisen und Getränken bleibt zulässig; 8. die Ausübung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist, ist untersagt; wobei Dienstleistungen, die medizinischen, therapeutischen, pflegerischen oder seelsorgerischen Zwecken dienen, sowie Friseurbetriebe und die Fußpflege jeweils mit der Maßgabe ausgenommen sind, dass von den Beteiligten unbeschadet der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen und, soweit die Art der Leistung es zulässt, Atemschutzmasken (FFP2 oder vergleichbar) zu tragen sind und vor der Wahrnehmung von Dienstleistungen eines Friseurbetriebs oder der Fußpflege durch die Kundin oder den Kunden ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Dienstleistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzulegen ist; 9. bei der Beförderung von Personen im öffentlichen Personennah- oder -fernverkehr einschließlich der entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen samt Taxen und Schülerbeförderung besteht für Fahrgäste sowohl während der Beförderung als auch während des Aufenthaltes in einer zu dem jeweiligen Verkehr gehörenden Einrichtung die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar); eine Höchstbesetzung der jeweiligen Verkehrsmittel mit der Hälfte der regulär zulässigen Fahrgastzahlen ist anzustreben; für das Kontroll- und Servicepersonal, soweit es in Kontakt mit Fahrgästen kommt, gilt die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz); 10. die Zurverfügungstellung von Übernachtungsangeboten zu touristischen Zwecken ist untersagt. 2 Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/inzidenzen> für alle Landkreise und kreisfreien Städte fortlaufend die Sieben-Tage-Inzidenz der letzten 14 aufeinander folgenden Tage. 3 Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. 4 Die Bekanntmachung nach Satz 3 erfolgt unverzüglich, nachdem aufgrund der Veröffentlichung nach Satz 2 erkennbar wurde, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 eingetreten sind. (2) 1 Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. 2 Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. 3 Für die

Dal 24 Novembre 2021 il nuovo art. 28 b prevede tutt'altro e cioè la vaccinazione, il certificato di guarigione o il tampone molecolare per lo svolgimento di tutte le attività lavorative nelle quali si entra in contatto con altre persone e l'obbligo di controllo del personale da parte del datore di lavoro (che deve anche mettere a disposizione i tamponi) e delega all'azione coordinata di vari ministeri federali la regolamentazione di dettaglio. Le ovvie difficoltà di realizzazione hanno portato alle recenti modifiche dell'art. 28 b da parte della Legge sul rafforzamento della

Bekanntmachung des Tages des Außerkräftretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. 4 Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt. (3) 1 Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. 2 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. 3 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. 4 Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. 5 Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. 6 Für das Außerkräfttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. 7 Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. 8 Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkräftretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. 9 Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend. (4) Versammlungen im Sinne des Artikels 8 des Grundgesetzes sowie Zusammenkünfte, die der Religionsausübung im Sinne des Artikels 4 des Grundgesetzes dienen, unterfallen nicht den Beschränkungen nach Absatz 1. (5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt. (6) 1 Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen: 1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten. 2 Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. (7) 1 Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. 2 Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. 3 Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1. (8) Das Land Berlin und die Freie und Hansestadt Hamburg gelten als kreisfreie Städte im Sinne dieser Vorschrift. (9) 1 Anerkannte Tests im Sinne dieser Vorschrift sind In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind. 2 Soweit nach dieser Vorschrift das Tragen einer Atemschutzmaske oder einer medizinischen Gesichtsmaske vorgesehen ist, sind hiervon folgende Personen ausgenommen: 1. Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 2. Personen, die ärztlich bescheinigt aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske tragen können und 3. gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen. (10) 1 Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. 2 Dies gilt auch für Rechtsverordnungen nach Absatz 6. (11) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden eingeschränkt und können auch durch Rechtsverordnungen nach Absatz 6 eingeschränkt werden.

prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19 (15.12.2021) prevalentemente di carattere organizzativo nei diversi settori.

L'art. 28 c LTI/marzo 2021 delega i governi e le amministrazioni dei *Länder* a prevedere per chi è guarito, vaccinato o dotato di tamponi giornalieri negativi a prevedere delle eccezioni alle restrizioni. Modificata più volte la regolamentazione che doveva prevedere la restituzione alla popolazione della normalità grazie alla vaccinazione, si rivela invece da ultimo restrittiva, in quanto l'art. 28 c f. 2 LTI/Novembre 2021 autorizza il governo federale a prevedere tramite decreto delegato «alleggerimenti» delle restrizioni solo per chi è guarito o vaccinato, e, inoltre, non sottrae quest'ultimi alla possibilità di doversi sottoporre in situazioni da determinarsi dall'amministrazione all'obbligo di tampone molecolare.

3.2. Il dibattito giuridico

Non è necessario scendere ulteriormente nei particolari della LTI, né esaminare il resto – davvero enorme – della legislazione federale in relazione alla pandemia covid-19. Quanto fin qui esposto rende in pieno il senso dell'indirizzo politico che mira a contenere la diffusione del virus attraverso la limitazione dei contatti tra le persone e il mantenimento della funzionalità del sistema sanitario⁴¹ tramite misure amministrative generali e concrete.

Sia il dibattito giuridico che la Corte costituzionale federale rimangono in sostanza all'interno di questa ottica di contenimento della pandemia attraverso divieti.

L'attesissima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in tema di pandemia (del 19 novembre 2021)⁴² è un'opera di *self restraint* giurisdizionale. Con una decisione che nella sua struttura argomentativa segue punto per punto i manuali di diritto costituzionale, la Corte costituzionale federale dichiara la legittimità costituzionale di tutte le misure previste nell'art. 28 b LTI/ aprile 2021 impugnate dalle parti, perché seppur profondamente invasive dei diritti fondamentali esse nel loro complesso perseguono in maniera ragionevole lo scopo estremamente importante della salute pubblica. Il Tribunale costituzionale federale ha esaminato in particolare le restrizioni imposte ai diritti di cui agli art. 6 co. 1 della Legge fondamentale (la tutela del matrimonio) e l'art. 2 co. 1 in comminato con l'art. 1 co. 1 e art. 2 co.1 f. 2 della Legge fondamentale (diritto al libero sviluppo della personalità relazione alla dignità umana, ai diritti degli altri, all'ordinamento costituzionale e alla legge morale) discendenti dai divieti di fare visita ai parenti stretti e di uscire di casa dalle ore 22.00 alle 5.00. scattati al raggiungimento dei valori di soglia. La Corte ritiene il fine perseguito dal legislatore, vale a dire la tutela della salute dei cittadini e in correlazione con questo scopo

⁴¹ La via di mezzo tra le due impostazioni, quella cioè di consentire così tanta libertà, finché è possibile seguire la catena dei contagi – utilizzando più strumenti, come ad esempio un'applicazione che registri gli spostamenti dei cittadini – non ha funzionato ed è rimasta come un ulteriore fattore di controllo delle dinamiche del virus covid-19.

⁴² https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html. I ricorsi individuali alla Corte costituzionale federale sono stati tantissimi sin dall'inizio della pandemia. La Corte li ha rigettati quasi tutti per manifesta inammissibilità.

anche il mantenimento della funzionalità del sistema sanitario, legittimo ed estremamente rilevante ai sensi costituzionali. Infatti dall'art. 2 co. 2 Legge fondamentale discenderebbe oltre il diritto alla salute individuale anche l'obbligo di tutela della salute da parte dello Stato. I mezzi con i quali il legislatore persegue questo fine sono anch'essi legittimi, perché le misure di contenimento delle infezioni sono – in assenza dei vaccini – le uniche efficaci per raggiungere lo scopo di tutelare la salute. I divieti non sono da considerarsi misure di polizia (anche se prevedono multe a seguito di violazioni) ma come misure di contenimento della pandemia, dunque come provvedimenti sanitari. Da questo intendimento discende la competenza legislativa federale in materia e la non equiparabilità dell'obbligo a rimanere in casa ad una misura di reclusione⁴³. Per quanto i provvedimenti violino i diritti fondamentali in tutte le loro forme di espressione della persona umana, anche relazionale, l'invasività si giustifica sia per la mancanza di misure altrettanto efficaci a perseguire il fine di tutela della salute pubblica, sia in considerazione dell'articolata regolamentazione (marg. 228 ss. c.d. «pacchetto di misure», *Massnahmebündel*) con la quale il legislatore ha tenuto conto della necessità di eccezioni alla regolamentazione, dell'andamento dinamico della pandemia e ha legato i divieti a limiti temporali. Considerate nel loro insieme queste misure mostrano secondo la Corte, come anche per ciascuna di esse il legislatore abbia costantemente bilanciato i mezzi impiegati nel perseguimento dei fini alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali (marg. 232 ss., in particolare 289 ss.). La Corte ritiene inoltre che in questo caso non le spetti un esame più penetrante delle norme legislative. Nel *Leitmotiv* di questa decisione, il Tribunale federale costituzionale ripete, portandosi così nella traccia di una giurisprudenza (che se applicata è) costante, che nei casi in cui il legislatore non ha dati oggettivi certi sulla base dei quali operare, questi deve prendere delle decisioni di orientamento generale ricorrendo ad una valutazione politica. In questi casi il *Bundestag* ha una «prerogativa di previsione» (*Einschätzungsprärogative*), marg. 171 ff.) e la Corte può solo accertare se il legislatore si è attenuto al compito di documentazione. Con la creazione di una commissione parlamentare *ad hoc* e il rafforzamento del ruolo dell'Istituto di ricerca Robert-Koch, il legislatore vi ha in effetti adempiuto (marg. 178). Anche la scelta del legislatore di adottare delle leggi di delega sempre più concrete sino a divenire *self-executing*, hanno riscontrato il *placet* del Tribunale costituzionale federale, il quale rileva che l'alternativa sarebbe stata una regolamentazione tramite decreti delegati. Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, se è vero che la norma legislativa che trova diretta applicazione riduce i modi di accesso al processo amministrativo (perché si possono impugnare davanti al tribunale amministrativo le norme di legge direttamente solo nell'ambito dell'azione di accertamento negativo di cui all'art. 43 dell'Ordinamento giurisdizionale amministrativo), essa non crea vuoti e dunque risponde ai dettami del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 19 co. 4 Legge fondamentale.

Il dibattito in sede dottrina ha anticipato tutte le argomentazioni della Corte costituzionale federale e sollevato rilievi interessanti per ulteriori riflessioni.

⁴³ Per il quale scatterebbero altre competenze in sede legislativa e un altro tipo di tutela giurisdizionale.

Partiamo da una considerazione di base. Nella logica del contenimento dei contagi attraverso la riduzione dei contatti si può dire che il massimo di tutela per i cittadini si ha quando tutti rimangono a casa; mentre il minimo grado di tutela dei cittadini accettabile è dato dal funzionamento degli ospedali, dunque lo strumento di intervento meno invasivo consiste nell'applicare i divieti per la riduzione dei contatti quando i reparti di terapia intensiva sono vicini alla «congestione» (*Überlastung*) da malati di covid-19. Il criterio di razionalizzazione delle misure normative statali passa così da contatto=contagio a quello della velocità di aumento dei contagi che incide sulle ospedalizzazioni. Giuridicamente ciò significa passare da una regolamentazione mirante alla sicurezza pubblica ad una della prevenzione dal rischio in materia sanitaria. È da molti anni che la giuspubblicistica tedesca in ambito di interpretazione dei diritti fondamentali si interroga sulla c.d. «società del rischio» (*Risikogesellschaft*). Basti pensare al dibattito sull'impiego sicuro dell'energia atomica, per passare più recentemente ai temi della sicurezza di fronte al terrorismo internazionale, alle catastrofi naturali, all'impiego responsabile degli sviluppi tecnologici, sino alle conseguenze che il cambiamento del clima terrestre ha sull'esercizio dei diritti delle generazioni future⁴⁴. A cospetto della pandemia la «società del rischio» diviene (anche) la «società vulnerabile»⁴⁵.

Se la società è più debole per colpa di un virus – questo il tema centrale del Convegno dei giuspubblicisti tedeschi del 2021 – allo Stato spetta il compito di proteggerla. Davanti a possibili illegittimità dell'azione statale bisogna irrobustire la «resilienza»⁴⁶ sia dei cittadini, rafforzando i diritti fondamentali, sia dell'azione dello Stato, rivedendo i mezzi che mette a disposizione il diritto amministrativo.

Accettare la resilienza come fondamento del vivere associato in uno stato di pandemia, significa appoggiarsi ad un modello antropologico nel quale gli individui devono essere messi in grado di riprendersi dalle avversità e trasformarle in occasioni.

⁴⁴ Indichiamo solo le opere da cui partire per avvicinarsi alle questioni appena nominate, perché sono quelle le cui riflessioni sopravvivono ai differenti «colpi di maggioranza» del legislatore. Sul tema 'rischio e energia atomica' cfr. H. HOFMANN, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, Stuttgart 1981. Sul tema 'rischio e sviluppi tecnologici' cfr. J. IPSEN, D. MURSWIEK, B. SCHLINK, «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», in *VVDStRL* 48 (1990), 117 ss. Sul tema 'rischio e terrorismo' cfr. T. BARCZAK, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, Tübingen 2020. E ancora, sul tema: 'rischio e catastrofi naturali' cfr. C. GUSY, *Resilient Societies- Staatliche Katastrophenschutzverantwortung und Selbsthilfefähigkeit*, in D. HECKMANN, R. P. SCHENKE, G. SYDOW, a cura di, *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für T. Württemberg*, Berlin 2013, 995 ss. Per quanto riguarda il tema 'rischio e pandemia' cfr. la precorritrice A. KLAFKI, *Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätze am Beispiel von Pandemien*, Tübingen 2017.

⁴⁵ Il Convegno della Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer del 2021 si è dedicato al tema «Stato e società nella pandemia», e di società vulnerabile parla S. RIXEN, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, 37-63, in *VVStRL*, 2021, Berlin/Boston 2021, <https://doi.org/10.1515/9783110711196>

⁴⁶ Concetto filosofico e psicologico di resilienza è in voga in ambito giuspubblicistico da quando nella società del rischio i problemi etici sono tornati ad essere anche sociali. L'input, un re-import dagli Stati Uniti, è stato il saggio di CROWFORD STANLEY HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4 (1973), 1 ss. Per un'introduzione al dibattito giuridico cfr. K. V. Lewinski, a cura di, *Resilienz des Rechts*, Baden-Baden 2015.

Secondo la dottrina è necessario a tal fine rafforzare la «dimensione relazionale» dei diritti fondamentali. A.K. Mangold, nell'intervento che apre il convegno⁴⁷, suggerisce di elaborare un'ulteriore distinzione nell'ambito di tutela degli diritti fondamentali e accanto a quello negativo (diritto fondamentale come difesa soggettiva), oggettivo (diritto fondamentale come valore), partecipativo (diritto fondamentale di partecipazione alla sfera pubblica), sociale (diritti fondamentali sociali) pone l'ambito – per dirla con Kant – di socievolezza. La «dimensione relazionale» dei diritti fondamentali prenderebbe le mosse dall'immagine dell'uomo della Legge fondamentale (Art. 1 co. 1 Legge Fondamentale) che non rispecchierebbe un individuo isolato e sovrano ma la «tensione tra individuo e società nel senso della relazione e del vincolo della persona con la società (*Gemeinschaftsbezogenheit* e *Gemeinschaftsgebundenheit*)»⁴⁸. Da questa dimensione che estrapolata dal *Grundgesetz* ha il vantaggio di essere già dogmatica, discende l'obbligo costituzionale fatto al legislatore dello stato di pandemia di rispettare tutti quei rapporti umani che richiedono la presenza fisica quale condizione necessaria per essere vissuti. L'incontro tra i coniugi o i familiari, tra i bambini al parco o al nido, con gli altri fedeli in chiesa, o con chi coltiva le proprie idee o gusti nelle manifestazioni di protesta, culturali o del tempo libero, sono aspetti della dignità umana che i diritti fondamentali di famiglia, istruzione, fede, manifestazione tutelano nel proprio campo non solo di tutela ma anche di efficacia (*Schutz-* e *Wirkbereich*)⁴⁹ anche nella loro sfera di «relazionalità». Al legislatore ne discenderebbe l'obbligo di intervenire non con provvedimenti singoli ma con un «pacchetto di misure», nel quale le regole amministrative raggiungono un'azione efficace nel loro insieme, sì che nessuna di essa debba essere eccessivamente restrittiva di un diritto fondamentale⁵⁰.

Quest'ultimo aspetto è stato invero sollevato dai magistrati amministrativi ordinari che nelle controversie generate dalle misure di contenimento della pandemia, nel ponderare le misure amministrative nel caso singolo, si sono orientati alla *ratio* dei provvedimenti nel loro complesso. Infatti, nessuna delle norme in base alle quali sono stati emessi gli atti amministrativi sarebbe stata di per sé sufficiente a raggiungere lo scopo di contenere l'espansione della pandemia e dunque ogni restrizione dei diritti di libertà sarebbe stata illegittima.

S. Rixen ha collegato il diritto amministrativo dello stato di pandemia con il concetto di resilienza⁵¹. La resilienza costituirebbe una competenza fondamentale del diritto amministrativo e consisterebbe nella sua «capacità di impedire limitazioni strette e a lungo termine della funzionalità della società intera, e lì dove non è possibile, nella capacità dello Stato di compensare o arginare le conseguenze, in modo che sia poi possibile ristabilire o rafforzare la capacità di

⁴⁷ A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit in der Pandemie*, in Staat und Gesellschaft in der Pandemie, VVStRL, 2021 cit., 7 ss., 13 ss.

⁴⁸ A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit in der Pandemie*, cit., 14.

⁴⁹ Ivi, 15-17. Iscrivibili all'ambito di tutela dell'Art. 2 co. 1 GG sarebbero anche i diritti alla «amicizia, al vicinato e allo sport di squadra».

⁵⁰ Ivi, 20-21.

⁵¹ S. RIXEN, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, cit., 54 ff.

funzionamento di tutta la società». In altri termini: in base al ‘principio di resilienza’ è fatto obbligo alle misure tanto normative quanto amministrativo-esecutive di mantenere le condizioni alle quali l’agire dell’individuo e la società, limitati gravemente dalla pandemia, si possano riprendere il più velocemente possibile.

Non è un caso, come sottolinea correttamente la Mangold, che il legislatore tedesco della pandemia avrebbe adottato la tecnica del *dulde et liquidare*. Cioè, lì dove il restringimento delle libertà individuali ha profondamente inciso sulle libertà economiche, lo Stato ha approntato un sistema capillare di rimborsi, al fine di rendere le misure restrittive meno pesanti. Solo che, come rileva la Mangold, la libertà personale non è monetarizzabile⁵².

Sia il concetto di resilienza che quello di ‘pacchetto di misure legislative’ proposti al Convegno dei giuristi si collocano all’interno della lettura che la maggior parte della dottrina dà all’impostazione del rapporto tra Stato e individuo nella Legge fondamentale – che è poi quello in cui si rispecchia la sovranità. Un rapporto prevalentemente di separazione, se non addirittura di contrapposizione tra Stato e individuo, espresso dalla formula schmittiana del *rechtsstaatliches Verteilungsprinzip*. In base al «principio di distribuzione dello Stato di diritto», prima di intervenire nella sfera pubblica è fatto obbligo allo Stato dal patto fondamentale di interrogarsi sull’effetto del suo intervento sui diritti fondamentali. Allo Stato cioè, rimarrebbe così tanto spazio di agire, quanto ne lasciano aperte le sfere di esercizio dei diritti fondamentali. Questo criterio che lo Stato liberale aveva posto alla base dell’azione amministrativa è divenuto non solo il riferimento principale nell’interpretazione dei diritti fondamentali da parte dei giudici (come fondamento della ragionevolezza) ma – grazie alla stretta opera di controllo della Corte costituzionale federale sulla legge⁵³ – anche un criterio direttivo per il legislatore. E non solo nello scrivere le norme⁵⁴ ma anche per il dibattito in Aula. Se si ascoltano gli interventi dei parlamentari in tema di pandemia, si riscontra che i termini «proporzionalità» e «ragionevolezza» sono stati i più ricorrenti, a cominciare da quelli dei deputati della destra. Ma se la ragionevolezza sottende una concezione del rapporto Stato-individuo conflittuale, la legge che si imposta sulla stessa logica

⁵² A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit*, cit. S. 29.

⁵³ Una prima selezione tra le sentenze della Corte costituzionale federale sugli «obblighi» redazionali del legislatore: Informationspflicht BVerfGE 65, 1 (47); BVerfGE 86, 90 (116); Nachbesserungs-Beobachtungspflicht: BVerfGE 16, 147, 188; BVerfGE 25, 1 (13, tatsächliche Entwicklungen); BVerfGE 49, 89 (143, 130); BVerfGE 50, 290 (335); BVerfGE 53, 30 (58); BVerfGE 56, 54 (76f.); BVerfGE 84, 239; BVerfGE 88, 203 (309, f.); Miteinbeziehung von Sachverständiger: BVerfGE 96, 288 (304); Begründungspflicht: BVerfGE 102, 197 (221); Bestimmtheitsgebot (Regelungsdichte): BVerfGE 17, 67 (82); BVerfGE 21, 245 (260); BVerfGE 33, 303 (345f.); BVerfGE 48, 210 (221); BVerfGE 56, 1 (13); BVerfGE 57 295 (327); BVerfGE 58 257 (277f.); BVerfGE 59, 104 (114); BVerfGE 64, 285 (286); BVerfGE 77, 109; BVerfGE 78, 205 (212); BVerfGE 83, 137 (161); BVerfGE 84, 133 (149); BVerfGE 87, 234 (263); BVerfGE 89, 69 (84); BVerfGE 93, 213 (238); Klarheit: BVerfGE 1, 14 (45); BVerfGE 14, 13 (16); BVerfGE 20, 150 (158 f.); BVerfGE 21, 73, (79); BVerfGE 31, 255 (264); BVerfGE 45, 400 (420f.); BVerfGE 65, 1 (54); BVerfGE 93, 213 (238); Gestaltungsfreiheit: BVerfGE 66, 234, 244; BVerfGE 270 (290); BVerfGE 65; 141 (148); BVerfGE 325 (345); BVerfGE 64, 367 (378); Prognose BVerfGE 50, 290, 334; BVerfGE 57, 139 (160); BVerfGE 65, 1 (55); Sachangemessenheit als Ausschöpfung der erreichbaren bzw. ihm zugänglichen Erkenntnisquellen: BVerfGE 50, 290 (334); BVerfGE 57, 139 (160); BVerfGE 65, 1 (55).

⁵⁴ Sulla tecnica legislativa orientata alla ragionevolezza si parla da W. HUGGER, *Gesetze, ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium*, Baden-Baden 1983.

diventa più uno strumento di limite dei diritti che non uno per il loro svolgimento, come invece – e lo vedremo esaminando il lavoro di Mario Galizia – dovrebbe essere in uno Stato democratico di diritto.

Per ora limitiamoci a rilevare come il concetto di ‘resilienza’ si differenzi da quello di ‘barriera’ o ‘limite’ schmittiano per due motivi. Il primo è la diversa sensibilità argomentativa nei confronti dell’individuo. Infatti il modello antropologico che sottende al diritto individuale oggi non è più quello dell’uomo d’azione degli anni 1900-1940 come per Schmitt ma l’uomo ‘delicato’ del post-modernismo. Il secondo motivo di differenza è la diversa consapevolezza epistemologica. I giuristi nel 2021 non ragionano solo in termini di certezza *versus* antagonismo delle situazioni di fatto e di diritto, ma in termini di valutazioni, probabilità e prognosi. Questo ragionamento, che si adotta nel momento in cui si prendono sul serio non solo i diritti ma anche il pluralismo, da qualcuno viene impiegato per rafforzare nell’indirizzo politico il contributo del parlamento, ossia il luogo istituzionale di ricomposizione del conflitto politico in uno Stato democratico di diritto⁵⁵. La maggior parte della dottrina tedesca, però, al parlamento della *Risikogesellschaft* riconosce solo una maggiore autonomia rispetto allo stretto controllo di legittimità della Corte costituzionale federale - che è poi quello che, come visto, la Corte concede al legislatore. Anche il ragionamento della dottrina è lo stesso della Corte. Siccome davanti ai problemi posti dalla tecnologia, la società è a rischio perché quelle stesse scienze che le davano sicurezza e progresso ora la mettono per l’appunto a rischio, il legislatore non potrà essere preciso nel calcolare l’opportunità, la necessità e la proporzionalità delle norme. La valutazione dei fatti da regolare e dei mezzi da applicare è, nell’incertezza, soggetta a prognosi e a calcoli probabilistici. Perciò la legislazione potrà essere di contenimento, di pianificazione, muoversi per *trial and error*, con il beneplacito della Corte costituzionale federale che si atterrà a valutare solo lo sforzo di oggettività del legislatore, consistente nell’aver ricercato, considerato e valutato quanti più aspetti possibili dei problemi insiti nella materia da regolare.

Se la giuspubblicistica in Germania rimane focalizzata sulla giustapposizione tra individuo (società) e Stato, è perché si sente più a suo agio all’interno di categorie giuridiche ben protette, e razionalmente deducibili in sottocategorie attraverso fini distinzioni razionali e ragionevoli, benché ciò facendo incorra - anche a cospetto di una pandemia – sempre nelle stesse aporie, che poi sono quelle che discendono dal concepire la sovranità come ascrivibile alla formula ‘protezione in cambio di obbedienza’.

II Parte. *La teoria della sovranità secondo Mario Galizia*

⁵⁵ Questo è quanto suggerisce Mahlmann, giurista svizzero, al convegno della Staatsrechtslehre del 2021, cfr. M. MAHLMANN, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, in VVDSRL, cit., 69-100.

Uno dei regali più grandi che ci ha fatto Mario Galizia con il suo studio sulla sovranità è quello di aver esaminato il concetto mai partendo dal presupposto ‘protezione in cambio di obbedienza’. Ad esso concede uno spazio minimo nelle teorie dove tale rapporto si fonda. Altrimenti la ricerca resta aperta a tutti gli elementi del vivere degli uomini in forma associata che nel corso dei secoli le teorie della sovranità hanno colto. Essa rimane sensibile ad ogni esigenza materiale e spirituale dell’uomo portata in evidenza dai pensatori siano essi teologi, politici o giuristi, e sempre attenta alle necessità del potere costituito che vuole mantenersi anche oltre le persone che lo rivestono in un determinato momento.

Dopo le chiusure concettuali cui era giunta la giuspubblicistica dell’Ottocento e dei primi anni del Novecento⁵⁶ la riapertura di un dialogo con gli elementi del concetto di sovranità è possibile solo in una prospettiva storica risalente e in una relativistica.

Della stringente e al tempo stesso analitica ricostruzione storicistica galiziana spero di riuscire a mettere in risalto i momenti salienti⁵⁷.

1. Premessa. Riferimenti interpretativi nella lettura de «La teoria della sovranità dal Medio Evo fino alla Rivoluzione francese»

La ricostruzione di un’opera utilizza *nolens volens* chiavi interpretative. In queste righe di premessa chiarisco brevemente le mie.

È plausibile immaginarsi che Galizia, studiando la sovranità prima durante e dopo un momento unico della storia italiana, in un ambiente giuridico che cercava un «ponte» con il Risorgimento per rafforzare la ricrescita dello Stato democratico di diritto⁵⁸, non avesse certo in animo il problema di come ‘governare’ un virus. Sicuramente però aveva ben presente la questione che si poneva a tutte le costituzioni nate dopo le dittature nazi-fasciste, quella cioè di creare un assetto valoriale e istituzionale tale, da ridurre al minimo i rischi che un «virus politico», insinuandosi nel sistema, lo distrugga dall’interno. Nelle pagine di ricerca storica sulla teoria della sovranità, Galizia tiene sempre vivissimo il problema della effettiva costruzione dello Stato; tutta l’opera è imperniata sulla disamina di come la teoria dello Stato abbia individuato e interpretato quelle forze che nel corso dei secoli sono state decisive perché si statuisse un ordine pubblico⁵⁹.

Il movente della ricerca però non è solo l’analisi del momento costituente. Quello che davvero interessa a Galizia è individuare quelle condizioni giuridiche alle quali lo Stato funziona come

⁵⁶ I cui capisaldi sono – come scrive lo stesso Galizia in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, cit., 10 – lo statalismo e il legalismo, che possono fare anche a meno del concetto di sovranità.

⁵⁷ Dato che questo scritto si inserisce in un lavoro collettaneo di riflessione sull’opera di Mario Galizia, mi sembra più adeguato cercare di recensire «La teoria della sovranità» piuttosto che riassumerla sinteticamente ai fini del mio scritto. Ne manterrò perciò lo svolgimento in senso cronologico, dedicandole qualche pagina.

⁵⁸ L’espressione è di E. CHELLI, *Mario Galizia e la tradizione giuspubblicistica*, in «Per Mario Galizia», Atti del Convegno, in *Nomos*, N. 3, 2014, 15-18, 15.

⁵⁹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., Introduzione, 2-3.

Stato di diritto democratico, perché solo a queste condizioni «il giurista può porsi concretamente come difensore della legalità e della libertà»⁶⁰. La ricostruzione operata da Galizia delle teorie della sovranità mira dunque in particolare ad evidenziare e comprendere gli elementi dello Stato democratico di diritto.

A tal fine può ben adempiere uno studio del pensiero giuridico nel campo della teoria della sovranità, perché la scienza giuridica è una scienza pratica. Infatti «tutti i maggiori scrittori, anche quando conducono le loro indagini sulla base delle istituzioni positive, hanno sempre presenti le conseguenze pratiche, a cui possono portare le loro conclusioni e di queste osservazioni tengono conto nell'elaborazione dei loro sistemi giuridici»⁶¹.

Con una ricerca *ab ovo* sul concetto di sovranità Galizia torna a riflettere sullo Stato democratico di diritto, rimanendo scientemente in guardia di fronte alle categorie elaborate da quella dottrina più recente che aveva rinchiuso il dibattito sul funzionamento democratico dello Stato di diritto in termini di legalità e legittimità.

La nostra chiave di lettura è dunque la seguente: Galizia ripercorre le teorie della sovranità sino alla Rivoluzione francese per recuperare quegli elementi dello Stato democratico di diritto che la giuspubblicistica dell'Ottocento e del Novecento aveva ipostatizzato in un contrasto, che aveva ritenuto necessario o per difendere i diritti dell'individuo o per affermare una volta per tutte la supremazia dello Stato sulla società; in entrambi i casi però la dottrina dello Stato, privando la società di valenza politica, finiva con svilire sia i diritti dei cittadini che la personalità dello Stato.

Nel libro di cui riferisco, sebbene si intitoli «*La teoria della sovranità*», non c'è una definizione bella e pronta di sovranità. A mio avviso questo dipende sia dalla indole esploratrice di Mario Galizia che dalla coerenza con la Sua scelta metodologica. Tuttavia l'Autore deve aver pur avuto un 'concetto operativo' per poter ricostruire storicamente come di volta in volta sia comparsa la sovranità.

Partiamo da un'analisi testuale che si può limitare alle prime pagine dell'opera, perché Galizia ha tra gli innumerevoli doni quello della chiarezza. Dunque già nelle prime pagine l'Autore colloca gli elementi che compongono il problema dello Stato e della sovranità nella storia, e che possono essere elencati come segue: l'individuo, lo Stato, la legge, il diritto naturale, lo *jus gentium* (temi del diritto romano⁶²), l'universalità dell'uomo e l'uguaglianza degli uomini (temi del pensiero etico romano⁶³) e – rivoluzionaria - la volontà fondatrice di un Creatore (tema del pensiero cattolico primitivo insieme al *princeps* come diretta espressione della divinità e lo Stato come creazione della

⁶⁰ Ivi, 3.

⁶¹ Se la scienza del diritto va intesa come una scienza pratica non è necessario uno studio sulla teoria della sovranità nell'Ottocento e poi nel Novecento, come pure Mario Galizia aveva intenzione di fare (Introduzione, 1), ma è sufficiente un esame della «Scienza giuridica e diritto costituzionale» (Milano 1954), perché la dottrina post-moderna trae le conseguenze metodologiche proprio in base alla teoria della sovranità prescelta.

⁶² M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 5-8.

⁶³ Ivi, 9.

Provvidenza⁶⁴). Inoltre: «il problema del diritto» (legato al tema della volontà e della libertà⁶⁵) e che consiste nel rapporto tra diritto di natura e diritto positivo, e chiaramente il tema del popolo (tema sempre più consistente) che compare con la rottura provocata dalle invasioni Germaniche⁶⁶, in ultimo, ma non per rilevanza, l'elemento territoriale della sovranità⁶⁷.

Volendo rapportare tutti questi elementi in una teoria della sovranità si potrebbe dire che essa si interroga sul modo in cui gli uomini fondano la forma associata del loro vivere, di come questa possa valere anche oltre la generazione che l'ha fondata, di come essa venga organizzata e sul quando questa organizzazione assume un carattere squisitamente giuridico. Dal punto di vista costituzionale studiare la sovranità significa seguire come gli uomini fondano e organizzano lo Stato che si può definire moderno quando gli uomini vengono pensati come liberi e uguali, e lo Stato sottomesso alla legge. Temi quali la (e le) libertà, la dignità dell'uomo, i diritti individuali, gli elementi dell'azione individuale ossia *voluntas* e *ratio*, i fondamenti antropologici del potere sono elementi della sovranità legati all'individuo. Lo Stato come persona o ente sovrano, la legge, le forme di Stato e di governo, la sovranità popolare, la territorialità, il rapporto tra gli Stati e con la Chiesa e i valori sono i temi ricorrenti che attengono allo sviluppo dello Stato sovrano. Le teorie del contratto (i *pacta*), così come le teorie storicistiche dello Stato sono gli elementi che uniscono le due «entità», reali e storiche, individuo-Stato, delle quali si potrebbe sostenere che costituiscono le teorie della sovranità in senso stretto.

Altro indizio del concetto galiziano di sovranità è l'affermazione secondo la quale sarebbero presenti due dinamiche, l'una quella della sovranità limitata, nella quale il *princeps* è in funzione del popolo (*pactum functionis*⁶⁸) e nella quale le libertà e i diritti vengono prima della legge, l'altra quella della sovranità dal potere unico, esclusivo⁶⁹, *superiorem non recognoscentes*, consono alla concezione volontaristica. Questa distinzione permette di mostrare un carattere importante della sovranità limitata, quello della possibilità concettuale dell'autolimitazione del potere⁷⁰, base della legalità⁷¹, dalla quale discende la distinzione tra le varie funzioni dello Stato⁷² e per cui 'divisione dei poteri' non significa annullamento della sovranità. La limitatezza come carattere proprio del concetto di potestà sovrana che verrà rigettato dalle teorie volontaristiche e che invece – Galizia chiarisce subito – costituisce la base per la tutela della *persona humana*⁷³.

⁶⁴ Ivi, 10-25.

⁶⁵ Ivi, 25.

⁶⁶ Ivi, da 30 ss.

⁶⁷ Ivi, 60 e 102-123 per la teoria dello Stato come ente territoriale.

⁶⁸ Ivi, 51.

⁶⁹ Ivi, 52.

⁷⁰ Sul punto in particolare da 91 con Marsilio da Padova e 95.

⁷¹ Ivi, 95 e 98 s.

⁷² Ivi, 99 e dell'organizzazione dello Stato in generale, come si chiarisce con Bodin, ivi 143,

⁷³ Ad es. ivi 101.

Da un punto di vista giuridico-filosofico è significativo lo sforzo di Galizia di seguire la funzione del concetto di sovranità nel suo evolversi in senso umano. Questa impostazione è anche il motivo per cui l'Autore comincia l'analisi con la «crisi» dell'Impero romano e con la «Rivoluzione Cristiana»⁷⁴. In questi due fenomeni storici Galizia identifica l'inizio della «umanizzazione» della fondazione dello Stato, non più concettualmente assorbita nell'ordine naturale o in quello divino, ma già così presto in dialettica con esse. Questa impostazione mette al centro non l'individuo astratto, ma quello storico, l'uomo. Uomo che è come è, e che se vuole sa anche tendere al bene, al meglio, in un futuro. Un uomo che se si mette su questo cammino, agisce secondo principi etici.

Il fondamento antropologico della ricerca sulla sovranità ha un corollario importante che struttura ulteriormente l'opera. Se le argomentazioni che devono fondare il potere sovrano umano non sono più al di fuori di ciò che l'uomo può fare e pensare nella sua vita terrena, nella teoria della sovranità bisogna tenere conto di due aspetti del fondamento antropologico del potere⁷⁵: il rapporto tra l'uomo e la giustificazione dell'origine del potere da un lato, e il rapporto tra l'uomo e l'altro uomo dall'altro. Dal punto di vista teorico significa evidenziare nella teoria della sovranità le differenti teorie del contratto sociale nelle sue forme di *pactum subjectionis*, *socialis*, *functionis*, *unionis*. Così facendo, la ricostruzione di Galizia unisce due visioni tendenzialmente contrastanti nella teoria della sovranità. Normalmente, infatti, il teorico che muove i propri studi partendo dal patto sociale, procede nella costruzione dello Stato in maniera logico-deduttiva e svisciva il dato storico. Al contrario, chi parte dalla storia, relativizza la forza ideale e ideologica del patto. Galizia invece sottolinea sempre come queste due impostazioni di studio si relazionino l'una con l'altra nelle varie epoche esaminate. E mi pare di poter affermare con una certa sicurezza, che per l'Autore la relazione tra patto come idea e il modificarsi dello Stato nella storia sia un elemento fondamentale della ricostruzione. Nel patto (o anche solo nell'idea dello stesso, come sottolineerà più volte Galizia) si esprimono i valori giusnaturalistici e quelli giuspositivistici che confluiscono idealmente nello Stato liberale di diritto e nelle sue costituzioni, e che possono fare da guida all'esercizio del potere costituito. Nelle trasformazioni della forma di Stato e di governo si concretizzano quei valori a livello organizzativo del potere costituito, come si rispecchia sia nelle dottrine che nella storia delle carte costituzionali.

Tirando le somme da questi primi rilievi, sostengo che in senso lato per Galizia la sovranità è l'insieme di forze umane (capaci di fatti e di spirito) che sono in grado di generare un ordine giuridico per la comunità. Il rapporto tra forze costituenti e forze costituite è continuo. Infatti, lì dove la forza sovrana fissa i contenuti e i soggetti della sovranità, la forza costituita li porta avanti. La separazione, cioè, non è nel contenuto o nel soggetto della sovranità ma nel momento in cui il soggetto portatore della sovranità si mostra. Momento tenuto fermo nella dichiarazione

⁷⁴ Ivi, 5 ss.

⁷⁵ Ivi, aspetti che Galizia già vede comparire chiaramente nel basso medioevo, 71, poi modificarsi sia nella fondazione dello Stato che nel rapporto tra diritto di natura e diritto positivo, 80

formale, che può essere implicita (il raggiungimento di un determinato assetto istituzionale di fatto, una presa di coscienza generale) o esplicita (una dichiarazione dei diritti, una costituzione, il rivolgimento di un potere sovrano operante); una dichiarazione a partire dalla quale il potere costituito si atterrà a determinati principi e condizioni. Il rapporto tra potere costituente e costituito è dialettico nel senso che il loro dialogo svolge i presupposti dell'ordinamento. Ciò è possibile solo se i presupposti dell'ordinamento non sono un limite, un baluardo allo svolgimento del potere, ma i principi fondamentali valoriali e organizzativi.

E a proposito di 'definizioni concettuali' devo fare qualche rilievo metodologico su come intendo il contributo di Mario Galizia a riguardo.

Mario Galizia ha recepito e sviluppato quell'importante sensibilità metodologica che si acquista riflettendo sul rapporto tra le diverse discipline giuridiche, formandosi come costituzionalista tra giusprivatisti, storici e filosofi del diritto⁷⁶. E il *genius loci* è stato rielaborato con una tale forza che in tutto lo scritto «La teoria della sovranità» Galizia riesce ad evitare di utilizzare termini sottendenti categorie giuspubblicistiche da 'crisi dello Stato' quali: legittimità, generalità e astrattezza, garanzie, controlli esterni ecc. Invece scrive di diritto di natura, legge, democrazia, volontà popolare, separazione dei poteri ecc. Ma ciò non deve portare fuori strada. Al centro dello studio «La teoria della sovranità» c'è la legalità, o meglio: lo studio del fondamento della legalità, che per Galizia consiste nella libertà e nell'uguaglianza. Libertà e uguaglianza che non sono categorie della legittimità dell'apparato pubblicistico ottocentesco che ha preso coscienza della costituzionalità dei diritti individuali, anche politici e che le ingloba nelle categorie dei diritti soggettivi pubblici. Libertà e uguaglianza sono prima di tutto forze storiche, ricche di umanità, che riescono a divenire diritti e a fare diritto. Anche termini da storici del diritto tipici come 'continuità' e 'rottura' rimangono alle spalle del discorso storicistico galiziano fatto di «momenti e figure»⁷⁷, o, per usare direttamente la terminologia galiziana, di «lieviti» e «inchiodature».

In tal modo Galizia offre a chi si avvicina alla storia e in particolare alla storia delle istituzioni un avvertimento importantissimo: la storia non si perde niente, quello che brucia lo trasforma e quello che scarta lo ricicla. Queste – ovviamente – non sono le parole di Mario Galizia. Però leggendo da «La Teoria della sovranità» ho l'impressione che voglia dirci anche questo. Nella ricostruzione storica Galizia non elide mai, semmai proietta verso il futuro.

Dal punto di vista metodologico ciò significa che Galizia apre il dialogo con i concetti di allora e li lascia raccontare – e ciò ben prima che questo modo di fare storia costituzionale diventasse un consolidato metodo scientifico utile al diritto⁷⁸.

⁷⁶ Su quest'aspetto i contributi al Convegno nel già ricordato volume monografico di Nomos, nr. 3, 2014 e F. LANCHESTER, *Le università di Mario Galizia*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, Vol. 79, No. 1 (235), 193-199.

⁷⁷ Come scrive chi di Galizia approfondisce e applica il metodo, v. F. LANCHESTER, *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e Germania*, Milano 1994.

⁷⁸ L'opera storicistica sui concetti fondamentali dello Stato a cura di O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart 1973-1982 è di vent'anni dopo.

Certo che anche Galizia pur dialogando con il passato in maniera aperta, valuta e funzionalizza. E di ciò avverte subito il lettore. Come premette a pag. 1: «Principio base ed ispiratore ci è stato sempre quello della funzionalità dell'esame storico compiuto. Per questo più che in sé stessi i vari contributi sono stati studiati in relazione a quei concetti di Stato e di sovranità affermatasi nei tempi moderni ed al cui ulteriore e più preciso chiarimento la nostra opera era diretta». Un altro aspetto di grandezza de «La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese» consiste proprio in questa chiarezza, che con Nardoza potremmo chiamare 'consapevolezza' del giurista⁷⁹.

2. La sovranità dai principi fondamentali del diritto pubblico romano alla dottrina teocratica della sovranità alla fine del secolo XVIII

Ciò premesso, ripercorro il testo de «La teoria della sovranità» sperando di cogliere nella mole dei rilievi, tra gli arguti approfondimenti e i moltissimi pensatori presentati quei «lieviti» – come scrive Galizia quando scopre elementi della sovranità particolarmente importanti - che più la caratterizzano.

Lo scritto si compone di cinque capitoli, di cui il primo accorpa gli elementi del concetto di sovranità dal IX al XII secolo, il secondo dal XIII al XV secolo e gli altri ognuno un secolo sino alla fine del XVIII. Mille anni di racconto.

2.1. Gli elementi della sovranità tra il IX e il XII secolo

In questo percorso il primo momento importante per il concetto di sovranità moderno è il passaggio dalla concezione di ordine che soggiaceva alle istituzioni politiche dei Greci, a quello di sovranità della *Respublica* prima e del Principato dopo⁸⁰. Soprattutto quando la legge diventa l'unica fonte del diritto la sovranità come forza accentratrice ed espressiva del potere diventa giuridica oltre che evidente. È proprio nel passaggio dalla legge come forma di più contenuti –

⁷⁹ Sul rapporto tra dogma e storia lì dove si è manifestato per primo cfr. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica nel primo Novecento*, Torino 2007; per la disciplina giuspubblicistica cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986 e M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, XXXIII, 1963, in particolare 75-106. Per un «reset»: M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954. Sul ruolo del giurista nella conoscenza giuridica cfr. A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, in particolare i saggi «Una prospettiva valutativa nello studio del diritto costituzionale, 26-46 e «Diritto costituzionale e impegno etico dei giuristi», 47-57.

⁸⁰ L'ordine della natura, divino, della società degli uomini è un tema costante del rapporto uomo-società-Stato. Ne ha mostrato il legame con la teologia politica due importanti opere sul rapporto tra sviluppo delle categorie giuridiche e quelle del pensiero teologico H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western legal Tradition*, Cambridge Mass. & London 1983. Sulla tradizione aristotelica A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Milano 1997.

ad es. come *recta ratio* (Cicerone), o come *rebus ipsis dicantibus et necessitate exigente* (Ulpiano)⁸¹ – alla legge come espressione della volontà del sovrano che travolge tutte le altre fonti, che si estrinseca la sovranità costituita come potere e l'unicità dell'ordinamento giuridico positivo sotto di essa⁸². «Stato e ordinamento giuridico vengono così a coincidere; e che cos'è lo Stato se non una comunità vivificata dal diritto? »⁸³ Se tutti sono subordinati al diritto statale si è liberi: «*legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*», ricorda Galizia citando ancora Cicerone⁸⁴. Nel diritto romano il rapporto tra libertà del cittadino e Stato è dunque subito centrato come problema giuridico e la legge si pone tra di essi.

Nel cattolicesimo primitivo Galizia sottolinea importanti elementi del concetto di sovranità. Prima di tutto l'uomo con la sua uguaglianza, l'universalità del suo essere e la sua comunione con tutti gli altri uomini⁸⁵. Poi la figura del sovrano-persona; e con la personalizzazione del potere sovrano si esprime anche il vincolo della sovranità terrena a un potere ancora superiore, ossia la giustizia naturale e divina, che rende il potere sovrano terreno un *officium*⁸⁶. Nel pensiero cattolico primitivo, Galizia fa l'esempio di St. Agostino, compare anche il passaggio da uno stato di natura degli uomini (di uguaglianza) allo stato sociale, nel quale si rende necessaria una organizzazione capace di mantenere la pace e la giustizia, ossia lo Stato per grazia di Dio, stanti le condizioni di malvagità e odio⁸⁷. E sempre nel pensiero cattolico – così legato al concetto di ordine, che da cosmico-ciclico diviene teologico-gerarchico – si trovano diversi tipi di legge: la *lex divinae* o *aeterna* e la *lex humanae*, nonché (nel pensiero di alcuni) la *lex naturalis* che fa da collegamento tra le altre. L'ordine della legge fa emergere con evidenza il problema della giustizia e del rapporto tra Regno di Dio (ordine divino) e Stato degli uomini (ordine positivo)⁸⁸.

Mentre nel pensiero cattolico si manterrà un concetto unitario di sovranità, che si trasmetterà in maniera gerarchica da Dio al principe, altri concorsi storici favoriscono l'affacciarsi di una concezione limitata della sovranità. I popoli germanici diffondono la loro tradizione di rapporti

⁸¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 6. La lex – dal fas fino all'editto e poi alle codificazioni - è un capitolo a sé del diritto romano, importante perché come mostra Galizia con solo due esempi, la legge nel diritto pubblico romano mantiene sempre due nature, l'una quella di essere una proposizione legata al fatto, l'altra di poter valere razionalmente per una generalità di casi e numero indefinito di persone. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 35 ss.; di orientamento, anche sull'opera dei giuristi, F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, it. Storia della giurisprudenza romana, Firenze 1968.

⁸² M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 7.

⁸³ La citazione è di Galizia che si rifà a Cicerone «*Quid est enim civitas, nisi iuris societas*»? De Republica, I, 32, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 8.

⁸⁴ Cit. Cicerone Pro Cluentio 53, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 8.

⁸⁵ E come proprio questo Uomo della tradizione cristiana che al di là di tutte le differenze esteriori rimane uguale e libero per «riconoscimento reciproco» sia ancora al centro del diritto costituzionale contemporaneo viene ricordato da H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde (1993) Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen, 1994, 105 ff., 119. It., *La promessa della dignità umana*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 76, (4), 1999, 620-650.

⁸⁶ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 10-29.

⁸⁷ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 17-18, che cita di S. Agostino il De Bono Coniugali e il De Civitate Dei.

⁸⁸ Tutti questi temi vengono esaminati oltre che da Berman e Giuliani, già citati, soprattutto da M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien 1975.

pattizi tra re e popolo, che non annullano ma limitano la sovranità. Il patto non è un *pactum subiectionis* ma *pactum functionis*, sancisce l'obbligo di osservare la legge fatto a tutti e quello fatto all'organo regio nei confronti della collettività. Nella tradizione germanica l'ente comunità comprende il principe e il popolo, separati ed uniti nello stesso tempo⁸⁹. Una tradizione, questa, che poi sfocia nelle grandi *chartes* inglesi e nelle *leges fundamentales*⁹⁰ sul territorio tedesco. La giustizia, come *aequitas*, come *epikeia* e come obbligo fatto al re di rispettarla e rispettare lui stesso le leggi, diventa misura del rispetto del patto tra re e popolo⁹¹. La legge nella tradizione germanica è «manifestazione impersonale di tutta la collettività. Solo infatti in questo modo tutti questi rapporti convenzionali reciproci e paritari possono trovare una norma su cui regolarsi». In ciò è importante sottolineare, secondo Galizia, come il rapporto tra re e popolo, entrambi portatori di diritti propri, non sia conflittuale⁹² e non vadano considerati come istituzionalmente contrapposti tra loro. Inoltre: «Il patto non sancisce i diritti particolari ma riafferma l'obbligo di osservare la legge e di riconoscere la dipendenza dell'organo regio dalla collettività nella sua integrità»⁹³.

Quando invece il patto viene espresso in forma di tutela prende la forma di feudo, e qui non vi è legge, ma la decisione del signore⁹⁴.

Diversamente nei Comuni. Qui la vita è regolata da statuti emanati dall'assemblea e rivolti astrattamente alla generalità dei cittadini⁹⁵. La vita comunale affonda le sue radici nel popolo, alla cui volontà è assoggettato il magistrato. Il popolo è inteso ancora organicamente e i diritti non sono soggettivi ma vengono tutelati attraverso l'attuazione oggettiva della legge, però è nel Comune che «comincia a svilupparsi quell'energia vitale, quell'attivismo che sfocerà nell'umanesimo, che dell'individualismo è il prodromo diretto»⁹⁶.

⁸⁹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 51.

⁹⁰ Ivi, 42. Solo per fare un esempio delle c.d. legge salica: «de rachineburgiis des Pactus legis Salicae. La parte si rivolge ai Rachinburgi: dicite nobis legem Salicam. Si illi tunc noluerint dicere, tunc iterum dicit: vos tangano, ut mihi et ist legem dicatis. bis aut tertio hoc debet facere. Si vero illi noluerint dicere, tunc qui caussam repetit debet dicere: ego vobis tangano, usuque quo mihi legem dicatis Salicam». Questa legge, forse più corretto dire diritto, è ciò che viene dichiarato dall'autorità e richiesto dalle parti. Sul tema l'opera classica di K. KROESCHELL, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*, in Reichenau-Vorträge, 1965-1967, Hrsg. von Konstanzer Arbeitskreis für mittelalterliche Geschichte, Konstanz-Stuttgart 1968, 327.

⁹¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 35.

⁹² La critica è diretta contro la ricostruzione di O. GIERKE, *Political theories*, 70, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 51.

⁹³ In tal senso si tratta di un *pactum functionis* e non *subiectionis*, ivi, 51. A sostegno della ricostruzione galiziana si possono citare opere recenti della storiografia giuridica tedesca che nella molteplicità delle forme giuridiche riconoscono l'elemento pattizio a sua volta come costitutivo della giuridicità dei rapporti di potere, ad es. G. DILCHER, *Leges-Gentes-Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur: Fragen und Probleme*, In G. DILCHER, E.-M. DIESTLER, *Leges-Gentes-Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin 2006. Ma in questo senso anche già l'opera di F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Bd. I, Le fonti, Milano 1954, 109 ss.

⁹⁴ Ivi, 40 e 42: «Nella mancanza di un potere sovrano, che fissi con leggi generali ed astratte i diritti di tutti, il suddito, la cui vita diventa ogni giorno più incerta, chiede al signore che gli determini e garantisca in modo stabile i suoi diritti».

⁹⁵ Ivi, 45.

⁹⁶ Ivi, 45.

Per i Glossatori – che si assumono il compito di adeguare il diritto romano alle necessità giuridiche dei Comuni e dunque «interpretano in termini giuridici fenomeni politici»⁹⁷ - il popolo è l'unica fonte di autorità e dunque ripropongono nel concetto di sovranità il principio politico romano, secondo il quale «la *Respublica* è l'organizzazione unitaria di tutti i cittadini sotto un potere supremo (*imperium*) strutturalmente sorretta da un ordinamento giuridico»⁹⁸. Riaffermando la supremazia del principe, a cui la volontà popolare trasmette con la *lex regia* i propri poteri senza alcuna possibilità di riassumerli⁹⁹, la legge riacquista principalmente il carattere volontaristico del *quod principi placuit legis habet vigorem* e la giustizia ritorna nell'alveo delle norme statali¹⁰⁰. I Glossatori evidenziano in termini giuridici anche l'identità territoriale come entità statale e ciò perché affrontano il problema dell'entità territoriale statale o comunale in rapporto con l'Impero, allora concepito come *Ecclesia universale*. Riconoscendo alle unità territoriali il carattere d'imperio, poteva esser loro assegnata la condizione di ordinamento indipendente, esclusivo e supremo nel proprio territorio¹⁰¹.

2.2. Le trasformazioni della legge in rapporto alla sovranità tra 1200 e 1400

Nel corso del basso Medioevo l'argomento dell'origine divina dello Stato perde forza e dunque l'azione dell'uomo nell'organizzazione della sua vita sociale viene rivalutata in tutti i problemi pubblicistici in particolare nel concetto di legge¹⁰². Dalla pluralità di fonti si passa alla loro gerarchizzazione e alla riduzione delle fonti stesse per mezzo volontà dell'autorità che le emette. Questa centralizzazione delle fonti accompagna e sostiene quella del potere sovrano, in quanto la legge come comando ne è la più diretta espressione. Galizia sottolinea ancora un altro aspetto dell'evoluzione del concetto di legge insieme all'opera del «grande maestro inglese» Bracton che

⁹⁷ Ivi, 60.

⁹⁸ Ivi, 55.

⁹⁹ Galizia cita Irnerio, Piacentino e Rogerio con la formula «Populus transtulit ei et in eum potestatem omnem», ivi 57, accanto alla quale pone l'altra interpretazione della *translatio imperii* – in questo periodo meno fortunata - secondo la quale il principe sarebbe solo vicario del popolo, popolo che potrebbe riprendersi la potestà di cui ha fatto concessione. I riferimenti sono Azo, Ugolino e Accursio. Secondo Galizia è il concetto di «popolo» che ancora non può convincere, perché «rinchiuso nei termini rigidi e precisi della *universitas*» risulterebbe una «massa fluida e indistinta», ivi 58.

¹⁰⁰ Ivi 59.

¹⁰¹ Ivi 61. Galizia cita Azone, Quaestio XIII e rimanda all'opera fondamentale di Calasso, I glossatori e la teoria della sovranità cit.

¹⁰² A conferma di questa lettura vi sono estese ricerche di giuristi medievisti, dell'epoca comunale e dei canonisti. Sulla pluralità delle fonti si parta dal classico F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2 ed., Milano 1965, G. CHITTOLINI, D. WILLOWEIT, a cura di, *Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland*, Berlin 1992; per la raccolta di fonti: A. Wolf, *Gesetzgebung in Europa, 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten* 2. Aufl. (che è il contributo alla raccolta di H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. 1 Mittelalter, München 1973, S. 518-800), München 1996. Sul rapporto tra legge e sovrano il classico sulla *lex animata* in E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957. Il lavoro di riferimento è di E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2. Bd., Milano 1962 nel quale ben si segue il passaggio nella legge dall'elemento della *ratio* a quello della *voluntas*.

della legge come manifestazione spontanea e impersonale della collettività (presente anche in Glanvill, Beaumanoir, Ostiense e Alberto Magno) dà una definizione rimasta celebre, e secondo la quale: «non è l'autorità politica che crea la legge, ma è la legge che fa il re. Se il re deve essere superiore a tutti nel suo regno, egli deve essere sempre assoggettato alla legge»¹⁰³.

Questa formula acquista tanto più significato, quanto più la legge contiene limiti materiali alla volontà del legislatore. Galizia mostra questo punto con una bella ricostruzione della *Summa theologicae* di San Tommaso¹⁰⁴. Secondo Tommaso d'Aquino ragione (elemento oggettivo della legge) e volontà (elemento soggettivo) sono fortemente legati. Nella *lex* del Secondo tomo della *Summa theologica* domina la ragione, una ragione che nella *lex aeterna* e nella *lex naturalis* è legata alla ragione divina e a quella naturale, specificazione della prima. La *lex humana*, collegabile per *conclusionem* o *determinationem* con la legge naturale, si lega ai bisogni dell'uomo e perciò accanto all'elemento regolativo (sostanziale o razionale) compare anche quello coattivo che dipende dalla potestà – umana – che le emana. Il vincolo del principe alla *lex naturalis* dipende dalla sua volontà. Le leggi positive contrarie al diritto naturale anche se sono «*magis violentiae quam leges*» hanno sempre efficacia positiva¹⁰⁵.

Nel *Defensor pacis* di Marsilio da Padova emerge il carattere giuridico della legge e la sua connessione con la sovranità con maggiore chiarezza, in quanto essa viene intesa come regola esterna alla vita interiore, che influisce sui rapporti intersubiettivi con lo scopo pratico di realizzare ordine e pace. Galizia evidenzia come il carattere sociale della legge strumento della vita concreta sia da mettere anche in relazione all'indebolimento del diritto naturale¹⁰⁶. Se il diritto posto dalla legge, dunque positivo, nasce per l'uomo, dall'uomo e dalla sua necessità di organizzarsi, l'organizzazione (anzi ogni organizzazione) non può che avere un organismo unito dal diritto. La legge però non è solo espressione della volontà del sovrano, essa si lega alla giustizia in sé, si adatta oggettivamente alla situazione concreta, che l'intero popolo può vedere¹⁰⁷. La legge positiva come prodotto della «migliore osservazione del popolo» si esprime ponendo l'autorità nel consenso dei cittadini: «*Quae igitur omnium tangere possunt commodum et incommodum, ab omnibus sciri debent et audiri*», che si manifesta secondo il principio rappresentativo della *pars pro toto*. Da

¹⁰³ Ivi, 71-72.

¹⁰⁴ In particolare la *Secundae* dedicata all'etica e alla morale, muovendo dall'assunto secondo cui se a l'uomo riesce di agire secondo volontà e ragione tende alla felicità (I/IIae qu. 3 a. 4). Villey sottolinea come la riscoperta di Aristotele, in un mondo scientifico non ancora pervaso dal more geometrico e dal positivismo cartesiano, la ricerca delle cause secondo il metodo dialettico fosse la ricerca scientifica per eccellenza, indipendentemente poi se quella era collocata in ambito teologico o politico. La bellezza della ricerca tomistica attraverso il domandare scolastico, consiste nel *sic et non*, perché esso permette una pluralità di risposte. M. Villey, *Questions des Saint Thomas sur le Droit et la Politique*, Paris 1987, 23 ss.

¹⁰⁵ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 73-77. Ai cittadini rimane un diritto di deposizione o il ricorso all'autorità superiore qualora previsto.

¹⁰⁶ Ivi, 81-82.

¹⁰⁷ Sulla «*melius ex observatione potentium vacare*» Galizia rimanda ad una lunga citazione dal *Defensor pacis* I, 12; I, 13 a 84. Ivi 84.

questa premessa discende il principio di sovranità popolare¹⁰⁸ che anticipa quello cusano ma fornisce anche argomenti anche al volontarismo esclusivamente personalista (la sovranità come volontà di Dio o del sovrano) dei Nominalisti (Scoto e Ockham¹⁰⁹). Galizia osserva come in Marsilio da Padova si superi dialetticamente «la concezione germanica della supremazia della legge, nella quale la sovranità si identificava con la semplice detenzione di un potere esecutivo nell'ambito della onnicomprensiva *iusitia*», sostituendosi ad essa «una nuova concezione per cui, pur tenendo ferme sul piano etico-politico le esigenze di moralità e di giustizia, si afferma che, all'interno della organizzazione statale, unica arbitra della legge è la pubblica autorità, che si pone come veramente sovrana». Nel concetto di sovranità della legge si fondono così elementi volontaristici e razionalistici¹¹⁰.

Nicolò da Cusa afferma ancora di più il valore dell'individuo nella costruzione dell'organizzazione statale. La formula del *quod omnis tangit, ad omnibus approbari debet* ribadisce il popolo come originario detentore della potestà fondatrice e quest'ultima si basa su un contratto a cui tutti gli uomini partecipano: *natura aequae potentes et aequae liberi homines sunt*¹¹¹.

Dunque l'uomo fonda lo Stato, mentre il principio volontaristico della sovranità popolare si concretizza nella realtà delle istituzioni statali in Inghilterra, in Spagna, nei Comuni, sin anche nella Chiesa conciliaristica¹¹² e, importante, questo sviluppo vede il sovrano sottomesso alla legge. La legalità si accompagna alla sovranità con un doppio significato. I governanti e tutta l'azione dello Stato devono essere sottoposti alla legge, la loro azione si svolge regolata dalla legge e il legame da quella imposto non è esterno, non è un dovere di conformità ad una norma ma un'autolimitazione¹¹³. Nell'ambito di questa legalità si sviluppa anche la distinzione tra le varie funzioni dello Stato¹¹⁴. Una separazione tra funzioni tesa ad affermare non la tutela dell'individuo ma la sovranità popolare, e dove certo con 'popolo' bisogna intendere i ceti o le corporazioni (non gli individui), dove tuttavia la tutela dell'individuo potrebbe passare per l'«*omni videtur*» di Marsilio¹¹⁵.

¹⁰⁸ Ivi, 87-89. A questa costruzione della teoria della sovranità popolare manca naturalmente l'uomo pensato come individuo, è dunque pre-moderna, tuttavia in essa «batte sempre l'anima dell'individuo come persona humana», 89.

¹⁰⁹ I Padri francescani si distanziano dall'intellettualismo determinista di Tommaso d'Aquino attraverso il primato della volontà sulla ragione e ponendo gli universalia non più nella ragione ma nella volontà di Dio. Ne discende un diverso concetto di ordine, cfr. M. VILLEY, *Philosophie de Droit*, cit., 224 ss. Sul valore degli universalia come categorie della conoscenza, cfr. W. WINDELBAND, *Lehrbuch zur Geschichte der Philosophie* (1902), 14. ed., Tübingen 1948, 262 ss.

¹¹⁰ Ivi, 85.

¹¹¹ Ivi, 92.

¹¹² I decreti Haec santa (il Concilio può rappresentare tutta la Chiesa ed è superiore al Papa) e Frequens (il Concilio si riunisce regolarmente) sono rispettivamente del 1415 e del 1417. Del 1448 è il Concordato di Vienna con il quale il Papa riceve la tutela dell'Imperatore e dunque già nel 1459 Pio II con la Bolla Execrabilis stabilisce che chiunque si rivolgerà al Consiglio e non al Papa verrà condannato. Nel 1493 Alessandro VI si dichiara con la Bolla Inter coetera dominus. Cfr. H.J. Berman, *Law and Revolution*, cit., 233.

¹¹³ Ivi, 95.

¹¹⁴ Ivi, 99.

¹¹⁵ Ivi, 101.

L'altro «problema» della sovranità è quello della sovranità esterna dello Stato, cui Galizia dedica un paragrafo estremamente ricco e lineare¹¹⁶, che mostra come avvenga in quest'ambito che lo Stato assume la sua caratteristica di ente dotato di una propria esclusiva personalità. Intuendo la forza costruttiva del *corpus mysticum* marsiliano, i Commentatori, in particolare Baldo, confermano il rapporto tra l'ente come unità e come distinto dai singoli membri componenti: «*secundum fictionem juris, universitas repraesentat unam personam*». Applicato allo Stato si ha che questo è: «*hominum collectio in unum corpus mysticum*». «Una unità» scrive Galizia «che non tollera altre comunità autonome nel suo seno, che si pone come eterna, perpetua attraverso il variare delle sue componenti». Lo Stato diviene titolare di diritti e doveri, e il principe è un suo organo. «Il significato nuovo dello Stato quale forza viva ed ente unitario, emerso dalle travagliose elaborazioni intorno al concetto di sovranità interna ed esterna, attinge così la sua formulazione tecnica giuridica»¹¹⁷. Stato dunque come ente unitario territoriale, unità indivisibile ed esclusiva, il cui diritto nasce unicamente da una manifestazione volontaria ed unicamente su una sua libera adesione può fondarsi una organizzazione internazionale, che si compone perciò solo di entità pari tra loro¹¹⁸.

2.3 Riflessioni per lo Stato

Nel corso del '500 lo Stato diviene il prodotto dello spirito creativo dell'uomo, che sempre di più sente la vita come un'espressione della sua personalità individuale, scrive Galizia all'inizio del terzo capitolo. Seguendo la versione aristotelica lo Stato si sviluppa come perfetta realizzazione dell'uomo, sino a diventare un mito¹¹⁹. Questo pensiero sullo Stato prepara e accompagna la formazione degli Stati nazionali, la cui fondazione, organizzazione e funzionamento sono problemi giuridici e politici e allo stesso tempo problemi dello Stato in sé.

In questo senso si deve leggere l'opera di Machiavelli. Creare lo Stato, realizzarlo nella sua più completa «durabilità» che consiste nell'attitudine a garantire il benessere collettivo nella maniera migliore e più duratura possibile, costituisce la più alta virtù individuale. Machiavelli non arriva a distinguere Stato e governo – annota Galizia - lo Stato cioè non è persona giuridica, esso si identifica sempre con i governanti, i sudditi sono materia su cui scende dall'alto la forma della vita civile. Lo Stato però è una «personalità» storica, un organismo formato da un vivere civile, cioè dall'insieme degli abitanti che vivono su un territorio, con un governo e un ordinamento che

¹¹⁶ Ivi, 102-123.

¹¹⁷ Ivi, 120-121.

¹¹⁸ Ivi, 123.

¹¹⁹ Ivi, 127.

hanno sovranità assoluta ed esclusiva nel suo territorio¹²⁰. E questi sono tutti elementi dello Stato moderno.

La Riforma, pur partendo da un impulso di liberazione, dal risveglio della coscienza individuale anche nel campo della fede, sfocia però, attraverso la teoria del peccato, del servo arbitrio e della predestinazione in una visione deterministica, nella quale Dio è sovrano assoluto, l'uomo strumento passivo, l'ordine sulla terra necessario e affidato solamente al sovrano temporale e alla sua legge¹²¹, visto che non essendoci più collegamento tra Dio e l'uomo il diritto naturale si è svuotato¹²². I principi e le loro leggi sono lo strumento della volontà di Dio, il cristiano è sottoposto sempre e comunque ad entrambi. Il sovrano diviene così arbitro assoluto del contenuto della legge¹²³. La Chiesa non dovrà occuparsi delle questioni terrene, mentre lo Stato invece può occuparsi anche questioni religiose (esteriori, secondo Lutero)¹²⁴ divenendo sovrano anche in esse.

La teoria della sovranità di Bodin può considerarsi moderna perché risponde all'esigenza di delineare il fondamento, il pilastro che regge lo Stato non per fini etici o teologici ma per lo Stato stesso, cioè la ragione di Stato. La ragione della sovranità dello Stato è il riunirsi «*omnia civitatis membra familiasque singulas in unum corpus*». Senza di essa «*Respublica nullo modo consistere potest*»¹²⁵. Se è vero che l'ordine così costituitosi in unità mantiene i vari elementi della vita sociale dell'epoca precedente (che sono il diritto naturale e il diritto di genti, chiese, corporazioni, famiglie e individui), esso non rende la sovranità strumento del principe ma strumento per la salvezza dello Stato. Dunque, la *maiestas* non è più un diritto, un privilegio personale, ma una funzione nell'interesse dell'autonomia dell'ente supremo collettivo – non ancora persona giuridica ma comunque entità a sé¹²⁶ – potremmo aggiungere: un *ufficiūm*. È per questa sua esigenza e forza unitaria che la sovranità è il potere più alto e più esterno, originario, supremo, perpetuo, incondizionato, assoluto, imprescrittibile, uno, indivisibile e illimitato, svincolato da ogni legge che non provenga dalla propria volontà. Ne discende che la vera essenza della sovranità si manifesta nel «donare» la legge¹²⁷. Se la sovranità è illimitata il suo esercizio, cioè il potere del principe è limitato, è vincolato dalla legge naturale, da quella divina, dalla giustizia, da ciò che

¹²⁰ Ivi, 128 ss.

¹²¹ Ivi, 133. Sul punto sollevato da Galizia e sugli aspetti sociali e istituzionali della Riforma quali la rivolta contadina e la Dieta di Worms del 1521, in particolare sugli effetti politici dell'opera di M. LUTERO si cfr. M. VILLEY, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Bd. I, Definitions et fins du droit, (1957) Paris, 12. Ed. 1978, 289 ff. Cfr. M. LUTHER, *Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei* del 1523, in *Luther Deutsch. Die Werke Martin Luthers. In neuer Auswahl für die Gegenwart. Herausgegeben von Kurt Aland*. Vol. 7: Martin Luther. Der Christ in der Welt. 2. Ed. 1967, Göttingen, 9-51.

¹²² D'altra parte nelle teorie teologiche dello Stato quel collegamento era affidato o alla volontà (come in Ockham) o alla ragione (come in Tommaso d'Aquino) di cui il diritto di natura a sua volta si componeva e costituiva il ponte con la ragione o la volontà di Dio che ora per la dottrina della Predestinazione viene a mancare.

¹²³ M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, cit., 136.

¹²⁴ D'altra parte alla Chiesa riformata serve l'appoggio politico contro la Chiesa cattolica.

¹²⁵ Ivi, 141.

¹²⁶ Ivi, 144.

¹²⁷ Ivi, 145.

rende i cittadini tali, cioè la libertà, la proprietà e le *leges imperii*, quelle leggi toccando le quali la sovranità distruggerebbe sé stessa, cioè lo Stato. E infatti lo Stato riunisce e organizza le famiglie ma senza distruggerle, «trasforma gli individui in cittadini ma senza privarli della libertà, dell'autonomia», li sacia «*francs-sujets*» altrimenti «lo Stato stesso, privato di ogni linfa vitale non potrà esistere e funzionare»¹²⁸. Galizia fa notare come nell'idea secondo la quale il principe che abusa delle leggi cessa di essere legittimo titolare della sovranità e vero rappresentante dello Stato, sia contenuta l'intuizione della personalità giuridica dello Stato¹²⁹. Con questo rilievo l'Autore de «La teoria della sovranità» sottolinea ancora un punto: nel contesto in cui la personalità giuridica dello Stato si forma in senso moderno e segna lo stato di legalità non presenta una contraddizione Stato-individuo, nasce invece sull'assunto che quella contrapposizione non ci deve essere. La contraddizione è successiva al momento fondatore dello Stato e riguarda l'esercizio della sovranità.

E proprio il problema dell'esercizio della sovranità – in relazione sia al soggetto che al modo in cui viene esercitata – diventa centrale nelle teorie di coloro che si oppongono ai tiranni, ai sovrani illegittimi. Centrale nelle teorie dei Monarcomachi¹³⁰ sono «i dogmi» della sovranità popolare e il consenso. Per questi pensatori, anche laddove Dio potrebbe essere l'origine remota dell'autorità regia, è solo il patto del popolo con il monarca, cioè il contratto sociale, che istituisce l'autorità terrena conferendo al principe l'esercizio della sovranità per il bene comune, nel rispetto della legge e per l'attuazione della giustizia. La condizione giuridica del principe viene dunque chiarita: questi è superiore al singolo, ma inferiore al popolo e il suo *imperium* (potere esecutivo) ha forza soltanto in quanto espressione della *maiestas* incorporata nel popolo di cui è il mandatario. Il popolo alla base dello Stato è una collettività unitaria che agisce attraverso organi rappresentativi e che può giudicare il principe che ha violato il patto. Per molti Monarcomachi però il diritto di agire contro il tiranno è anche individuale. Metri valutativi e limiti dell'azione del principe sono i diritti naturali degli uomini.

Queste teorie trovano una sistemazione nel pensiero dell'Althusio, nel quale Galizia, rivalutando l'elemento individuale della vita in comunità, evidenzia più di altri¹³¹ aspetti precorritori della costruzione costituzionale dello Stato basata sulla consociazione progressiva delle comunità. Da quelle sociali, la famiglia e la corporazione, a quelle generali o territoriali quali il comune, la provincia, sino allo Stato. Lo Stato, dunque la comunità più ampia che abbraccia le altre senza annullarne la sfera giuridica originaria, è dotato di sovranità suprema, perché al

¹²⁸ Ivi, 147.

¹²⁹ Ivi, 149.

¹³⁰ Tra i quali Galizia Anovera Ponet, Goodman, Konx, Hotman, Teodoro di Béza, Bruto, Boucher, Buchanam, Althusio, Hooker, Salamoni, Molina, Suarez, Bellarmino, Mariana, ivi, 156-164.

¹³¹ H. HOFMANN, *Die Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit- Zur Frage des Repräsentativprinzips in der «Politik» des Johannes Althusius*, in H. HOFMANN, *Recht-Politik-Verfassung*, Frankfurt a. M. 1986, 1 ss., 29-3 ove viene sottolineato l'aspetto dell'agire collettivo nella corporazione piuttosto di quello individuale. Per Galizia, invece, nell'aspetto individuale si lega all'uomo storico, inteso come l'individuo concreto e questo si evince dal legame de 'La Politica' di Althusius con l'etica dell'agire individuale aristotelica, 165.

principe è fatto compito di tutelare gli altri ceti e di mediarne le controversie¹³². Il principe è il magistrato, l'amministratore, *summus* competente nel settore esecutivo mediante una delega all'esercizio della sovranità fattagli dalla intera comunità¹³³. Secondo Galizia, il corporativismo di Althusio mira a fondere insieme le esigenze degli individui e quelle della collettività. Così per Galizia: «dietro la collettività vi sono gli individui, nel cui cuore vive spontanea la legge di natura e per i quali le collettività non sono che lo strumento per raggiungere lo Stato, per realizzare integralmente il loro impulso sociale»¹³⁴. E però, dato che la persona del principe e quella dello Stato non sono separate, per Galizia non si può in Althusio ritrovare uno Stato con propria personalità giuridica.

Le teorie della sovranità che costruiscono il «corpo» dello Stato partendo dall'individuo calato collettivamente nel sociale insistono sull'elemento psicologico umano della volontà, ricorrendo a costruzioni quali l'ufficio, il mandato e la (in Althusius doppia) rappresentanza. Se queste teorie si pongono come limitative dell'agire del principe perché muovono dal basso, dalla volontà popolare, è anche vero che svilendo l'elemento etico-razionale dell'azione, indeboliscono quelle componenti dell'agire pubblico che nelle teorie precedenti risiedevano nei diritti di natura e che facevano da misura all'agire del principe. Questo elemento Galizia lo vede recuperato in Riccardo Hooker¹³⁵, il quale similmente a Tommaso d'Aquino ritiene che la ragione, facoltà di cui Dio ha dotato l'uomo, possa conoscere anche la volontà di Dio presente nello stato di natura e nei diritti di natura. Questo procedimento non è esterno all'uomo ma si lega allo *gnosci te ipso*, così che l'uomo cercando le leggi di natura è legge di sé stesso, conformemente all'insegnamento paolino¹³⁶. Ne discende che gli uomini sono liberi ed uguali e il potere pubblico si basa sul consenso, esprimendosi come un accordo tacito sull'organizzazione civile. Dunque lo Stato non può identificarsi né con il principe né con la nobiltà né con una classe di cittadini ma con tutto il popolo unitariamente considerato come totalità e nella successione delle generazioni. Questa unità è la sovranità, che coincide con la superiore autorità, che si manifesta nel *King in Parliament*. Galizia sottolinea come l'accordo tacito, cioè il *pactum*, abbia qui la doppia funzione di *pactum societatis* e *pactum subiectionis*, in quanto assoggetta tutti, anche il Re, alla legge, cioè alla volontà del Parlamento. Dunque, per Hooker, il potere che ha il Re, lo ha per legge. Galizia annota: «Il *pactum societatis*, quantunque basato sulla naturale uguaglianza e libertà degli individui, non crea in ogni cittadino una sfera originaria ed intangibile, indipendente dalla sovranità statale, ma pone semplicemente come principio strutturale supremo la volontà del popolo, dei liberi individui». Da cui la seconda affermazione di Galizia: «Il *pactum subiectionis* non mira a stabilire fra cittadini e sudditi un rapporto contrattuale dualistico di reciproca obbligazione, minaccioso per l'unità dello

¹³² Althusio, *Politica methodice digesta*, IX, 19,26, M. GALIZIA, *ivi*, 166.

¹³³ *Ivi*, 167.

¹³⁴ *Cit.* a 169.

¹³⁵ R. HOOKER, *Politica ecclesiastica*. M. GALIZIA, *ivi*, da 170.

¹³⁶ M. GALIZIA, *La teoria della Sovranità*, *cit.*, 172.

Stato ma tende invece a ben delimitare e fissare la posizione ed i poteri dei governanti, a farne degli organi dello Stato al servizio esclusivo del bene della collettività»¹³⁷. Un altro elemento della teoria di Hooker ha per Galizia un importante significato. Per Hooker la legge positiva deve essere fatta in accordo con le leggi naturali, tuttavia è possibile che la legge naturale non comprenda tutte le possibili azioni umane. Qui la volontà popolare trae la forza legislativa da sé stessa. L'elemento della coattività di questa legge deriva unicamente dalla sovranità. Per Galizia Hooker apre in questo modo la strada al diritto naturale inteso in senso dinamico e storico¹³⁸.

A conclusione Galizia così riassume: Il passaggio allo Stato completamente secolarizzato, artefice del destino politico dell'individuo, sembra sollevare soprattutto il problema delle forme di garanzia. Di fronte allo Stato assoluto già nel '600 «vi è un lento agitarsi di nuovi rigogli individualistici», tra i quali Galizia annovera: l'uomo machiavellico creatore dello Stato, la virtù rinascimentale, il *populus* monarcomaco, il diritto naturale storico e sociale, accenni allo *status naturae*, al *pactum societatis* e al *pactum subietionis*. «E del resto sotto questo stesso potenziamento dello Stato compiuto in nome dell'uomo, palpita una profonda, altissima istanza di liberazione». La libertà «non è un valore esterno ma interno, che tende a concretarsi in positivi congegni costituzionali e che vuole non opporsi ma conciliarsi, armonizzarsi con la sovranità dello Stato». Seppur vagamente i temi dello Stato democratico-liberale moderno e dello Stato di diritto sono stati annunciati¹³⁹.

2.4. *Lo Stato a misura d'uomo*

Se il medioevo era caratterizzato dal dualismo tra trascendenza e immanenza, attraverso l'Umanesimo, il Rinascimento e la Riforma l'uomo afferma la sua autonomia, idealmente si libera da tutti i vincoli precostituiti – come quelli corporativo-cetuali – e diviene autonomo come individuo. Se cadono i vincoli per l'individuo, però, cadono anche quelli dello Stato. Se anche i limiti di fatto delle corporazioni vengono meno, il problema del contenimento dell'azione statale si pone con ancor maggiore urgenza. Questi vengono ricercati al di fuori dello Stato, perché devono essere più forti di lui per poterlo arginare. Si ricorre di nuovo all'idea dei diritti naturali, solo che essi vengono intesi non più come prodotto della natura – più o meno vicino a Dio – ma della ragione individuale, cioè della natura umana. In proposito dobbiamo fare una premessa, necessaria allo svolgimento delle argomentazioni successive. Se i limiti da porre allo Stato provengono dalla ragione umana essi non possono essere logicamente contrapposti alla sovranità o allo Stato che devono fondare, piuttosto essi, connaturati al sistema, contribuiscono a svolgerlo.

¹³⁷ Ivi, 175.

¹³⁸ Ivi, 177.

¹³⁹ Ivi, 183.

«La composizione armonica di questi momenti, l'individuale e il sociale», scrive Galizia, «viene ad essere il nuovo drammatico problema della dottrina»¹⁴⁰.

Spesso se si riflette sui limiti del rapporto tra Stato e individuo si parte dalla condizione di guerra. La grandezza dell'opera di U. Grozio sta nel pensare la guerra partendo dalla condizione di pace. Galizia ricostruisce il contributo sulla sovranità di Grozio come segue. *Bellum* secondo U. Grozio¹⁴¹ è lo stato di guerra che discende dalla violazione del diritto (*moribus et pacto tacito introductum*, Prolog.1) e vale sia per la guerra esterna tra Stati (diritto internazionale, come violazione dello *jus gentium*) sia per quella interna (come violazione dei diritti della persona – *ius in personas aut res*)¹⁴². Il diritto di natura è dunque prima dello Stato e prima dell'individuo, ma non è *ius divinum* né *lex aeterna*, invece: «*bonum et aequum id est merum naturae ius*»¹⁴³ e si esprime nei costumi (diritto privato e *jus gentium*) e nel patto (diritto «pubblico»). Il diritto naturale dello *stare pactis* diviene la fonte e la base dello *jus gentium* e degli ordinamenti statali¹⁴⁴. Galizia tira poi le somme: Grozio esalta nel diritto naturale la natura razionale e sociale dell'uomo (lo *stare pactis*) nella storia, separa il diritto naturale dalla teologia, rinforza il diritto come fenomeno di regolamentazione esterna e ponendo il patto come relazione fondamentale tra lo Stato e i cittadini, attribuisce allo Stato una funzione specifica che è quella di conservazione. Questo patto se nulla dice sulla forma di governo, esalta l'origine, il fondamento della sovranità sul diritto naturale, «sulla norma fondamentale della *custodia societatis*». Questa funzione è al contempo fondamento della sovranità, in quanto per adempiere ad essa la sovranità sarà *summa*, *perpetua*, *una*, *indivisibile*, *suprema*, non subordinata da alcun'altra volontà umana, *dominium supereminens*, dall'altra ne assorbe i limiti, perché non le spetteranno che quegli atti che minacciano a seconda delle circostanze la salvezza della società, nonché le norme del diritto internazionale¹⁴⁵. Grozio inoltre, sottolinea Galizia, affina la dottrina della sovranità. Nell'unica sovranità egli riunisce ma non identifica il *subjectum commune* che rispecchia il tutto e il *subjectum proprium* che di essa è solo una parte. Entrambe dotate di pari forza, perché soggetti della medesima ed unica sovranità, la parte è, in quanto tale, subordinata al tutto. Nella loro relazione si capisce il senso della distinzione. La sovranità del *subjectum commune* ha la titolarità dell'azione statale, è la parte però che agisce, ma solo a titolo della totalità. Vi è dunque una distinzione nel concetto di sovranità tra titolarità ed esercizio della stessa, una sovranità che nasce in funzione dell'individuo¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Ivi, 187. Galizia nota inoltre che in questo passaggio vi sono due tendenze fondamentali. Nell'una, propria dell'assolutismo del secolo XVII, il diritto di natura viene tutto individuato e dedotto dalla ragione, scardinando l'uomo-animale razionale dall'uomo-animale sociale calato nella storia. Nell'altra, propria del pensiero sullo Stato liberale del secolo successivo, il diritto naturale razionale ricerca il collegamento con la realtà storica.

¹⁴¹ L'opera di riferimento è il *De iure belli ac pacis*, la editio princeps è: Hugonis Grotii, *De iure belli ac pacis libri tres*. In quibus ius naturae et gentium: item iuris publici praecipua explicantur, Parisiis, Apud Nicolaum Buon, in via Jacobæa, sub signis S. Claudii, et Hominiis Silvestris, 1625.

¹⁴² Sul punto H. HOFMANN, *Hugo Grotius*, in *Recht, Politik, Verfassung*, cit., 31 ss., 46-47.

¹⁴³ Cit. da HOFMAN, *ivi*, 49.

¹⁴⁴ Ivi, 53.

¹⁴⁵ M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, cit., 195.

¹⁴⁶ Ivi, 197-199.

La costruzione dello Stato hobbesiano, nella quale il *pactum unionis* si identifica con il *pactum subiectionis*, è lontanissima dal rapporto tra Stato e individuo che interessa a Galizia. Galizia cita come esempio della finzione giuridica cui si riduce lo *status naturalis* all'immagine del *De Cive* (1642) in cui gli individui già adulti e senza alcuna obbligazione reciproca escono improvvisamente dalla terra a guisa di funghi – individui isolati o a gruppetti casuali, senza nessuna relazione tra loro. Una costruzione razionale, quella di Hobbes, con tante unità e zero diritti perché se lo stato di natura è una guerra continua di tutti contro tutti così come premesso, il diritto di natura perde non solo la dimensione morale, etica o sociale ma anche, come sottolinea Galizia, quella umana. E infatti, se ci richiamiamo a mente la famosa copertina dell'opera di Hobbes, il *Leviathan* (1651) si erge con corona, spada e scettro, tutto composto al suo interno da individui formalmente uguali (come le unità numeriche) e sovrasta campagne e città vuote. Perché Hobbes allora ha avuto successo? Perché con la sua costruzione astratta crea un modello di Stato giuridicamente funzionante, o per dirla con Galizia: «offre un preciso concetto unitario della personalità giuridica statale a partire da una nuova concezione della sovranità»¹⁴⁷. È chiaro subito anche il perché: l'unica vera società – intesa come luogo in cui gli individui possono vivere insieme – è lo Stato, l'unica volontà sovrana è quella dello Stato che la esercita direttamente tramite organi altrettanto statali, l'unico diritto è la legge positiva, l'unico limite è il mantenimento dell'ordine, l'unica libertà sono gli spazi lasciati aperti dalla legge, l'unico limite allo Stato è la sopravvivenza del singolo, cui non può essere ordinato di rinunciare alla vita fisica. Per la teoria della sovranità Hobbes, ricorda Galizia, offre tre spunti sui quali riflettere: lo stato naturale come esigenza astratta razionale, la necessità dell'unità della personalità dello Stato e la sovranità come *jus ad omnia* tramite legge¹⁴⁸.

Il presupposto antropologico hobbesiano del *bellum omnium contra omnes* diviene un paradigma delle teorie della sovranità – sia esso lo *status* naturale di partenza, sia esso uno *status* nel quale l'uomo tendenzialmente buono e socievole rischia di cadere, sia esso esplicitamente uno *status* da rigettare.

Per B. Spinoza¹⁴⁹ gli uomini per istinto portati all'autoconservazione finirebbero in uno stato di guerra se non si riunissero in società. Il passaggio dal primo stato quello naturale al secondo corrisponde però anche alla loro natura socievole e solidale. Perciò attraverso il patto gli uomini prendono coscienza della natura razionale. In questo elemento Galizia sottolinea come lo Stato venga a porsi non più come un freno necessario, bensì quale espressione concreta dei dettami della ragione; esso non ha il compito meramente negativo di eliminare la guerra, ma quello positivo di garantire agli uomini la *concordia animorum*, la *virtus*. Il vero fine dello Stato è la libertà. Stato e individui esistono come entità separate, coordinate ma autonome. Una volta creato infatti, lo Stato non può mai venire distrutto, semmai subire un cambiamento di forma. Gli individui non potranno mai essere asserviti allo Stato tanto da perdere la propria interiore libertà. Il

¹⁴⁷ I riferimenti a M. GALIZIA, *ivi*, 205.

¹⁴⁸ *Ivi*, 212.

¹⁴⁹ Il Trattato teologico politico è del 1670.

carattere essenziale dello Stato è la sovranità, unitaria, propria della ‘persona giuridica unitaria autonoma Stato’ che emana leggi in base alla propria volontà per perseguire le libertà di tutti, così che gli individui seguendo le leggi, seguono la propria libertà. Secondo Galizia, con sua opera Spinoza cerca da una parte di individuare i caratteri dello Stato concreto incentrati sull’esercizio del potere sovrano che in quanto tale è illimitato, dall’altra quelli dello Stato migliore, nel quale lo Stato cessa di essere tale quando viola i diritti fondamentali della natura umana perché contraddice il suo carattere razionale. La sovranità getta così un primo ponte tra l’autonomia dello Stato sovrano e la libertà individuale, scrive Galizia, in quanto: «lo Stato se vuole essere vero Stato deve servirsi del suo supremo potere per adempiere ai dettami della ragione¹⁵⁰».

Il Seicento vede crescere anche la scuola giusnaturalistica tedesca che, sulla tradizione di Althusio e per il perpetrarsi del dualismo territoriale Impero-Stati membri, approfondisce il tema della doppia sovranità, una *realis* attribuita alla *respublica* ed una *personalis* attribuita ai governanti. Se ambedue sono *summae, perpetuae* ed *absolutae*, la seconda è direttamente e necessariamente subordinata alla prima. Il principe titolare della mera *majestas personalis* è vincolato alla costituzione e al controllo del popolo. In quest’ambito Galizia si sofferma su S. Pufendorf¹⁵¹, C. Thomasius¹⁵² e G. G. Leibniz¹⁵³. In comune le teorie presentano la distinzione tra due atti o contratti, di associazione e di soggezione, necessari per fondare lo Stato come personalità giuridica dotato di sovranità suprema, la comprensione dei diritti naturali come norme fondamentali che obbligano il potere sovrano, la sempre maggiore distanza dallo stato di natura negativo hobbesiano e la propensione per uno Stato etico. Leibniz in particolare secondo Galizia, considera il diritto di natura non più come una categoria astratta ma come una conquista etica dell’agire dell’uomo e dello Stato nella storia. La legge da cui emana il diritto è quella positiva, che basa la sua efficacia unicamente su una potestà sovrana, che la editti e ne assicuri con la propria forza l’esecutiva. La legge positiva dovrà sempre tendere all’ideale di giustizia fissato dal diritto naturale. Laddove non lo farà, non perderà la sua efficacia giuridica, segnerà però sul piano etico una non giustizia. Il diritto naturale si pone così «quale idea razionale, principio direttivo deontologico non fissato empiricamente a priori ma attuato dinamicamente nella viva realtà della storia»¹⁵⁴.

Dall’altra parte della Manica nella «travagliosa epoca» costituzionale del XVII secolo i diritti dell’uomo potenziano il loro significato di libertà: in senso negativo come tutela dall’altro e dallo Stato attraverso la legge e una serie di congegni costituzionali, in senso positivo come sfera di libera espansione della propria personalità, e pure come attivo potere di partecipazione al governo

¹⁵⁰ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 212 ss., cit. 220.

¹⁵¹ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*. 1672.

¹⁵² C. THOMASIIUS, *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), e *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688).

¹⁵³ G.G. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1667, M. Galizia, *La teoria della sovranità*, cit., 220-245.

¹⁵⁴ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 242. Il diritto naturale per Leibniz, secondo Galizia, riunisce senza confondere morale teologia e diritto come tre species di un genus. Il fine è quello di mantenere l’unità dello spirito umano: «Perché una separazione netta di tali momenti verrebbe a negare quel carattere di vera eterne ed universali che è la loro più intima essenza. In particolare il diritto, sganciato da ogni collegamento con l’etica, non più inquadrato in una prospettiva trascendente degraderebbe a mero concetto empirico, degenererebbe automaticamente in violenza», cit. 241.

dello Stato¹⁵⁵. Affiorano e si affermano storicamente buona parte dei pensieri dei *Levellers*, attraverso le cui idee di uguaglianza e suffragio universale la sovranità perde il suo aspetto organico-corporativo e diviene sovranità del popolo composto di individui; una sovranità promanante dai singoli individui che devono organizzare lo Stato su norme fondamentali che lo ordineranno. La Dichiarazione dei diritti 1689 (*Bill of Rights*) e l'Atto di Stabilimento 1701, che diversamente dall'*Agreement of People* dei *Levellers* riescono a trasformarsi in legge positiva, si richiamano alla tradizione democratica inglese e affermano i più importanti principi elaborati dalla scuola inglese del diritto naturale¹⁵⁶. È forse questa una peculiarità dello sviluppo costituzionale inglese, che si richiama alla tradizione per affermare il nuovo.

Questo atteggiamento si riscontra anche nell'opera di G. Locke che, secondo Galizia, tramite il suo metodo empirico e razionale al contempo, riesce ad armonizzare in un sistema organico e completo tutte le premesse e le istanze sviluppate nel «glorioso movimento» e che costituiranno «il lievito» di tutta la successiva evoluzione costituzionale inglese americana e anche francese¹⁵⁷. Locke considera i diritti di natura come diritti giuridici efficaci tra i singoli, lo stato di natura come *status* di libertà e uguaglianza, nel quale la legge di natura costituita dalla ragione umana insegna il fondamento del *neminem ledere* nell'esercizio della propria libertà e a provvedere nei limiti del possibile alla salvezza spirituale e materiale degli altri uomini. Tale legge di natura disciplina tutti i rapporti umani, pubblici, privati, reali, successori e di obbligazione. Affinché questa legge sia realmente osservata e gli uomini si astengano dall'invadere la sfera altrui è attribuito ad ogni individuo il diritto di punire coloro che contravvengono alla legge. Alla formazione dello Stato si arriva a causa del difficile e difettoso funzionamento del diritto punitivo naturale. L'attribuzione a tutti della potestà di interpretare e applicare la legge sono pericolose per la piena e libera espansione dell'attività dei singoli, perciò per evitare lo stato di guerra si entra nella collettività che potrà sancire una serie di norme stabili di carattere impersonale, uguali per tutte le parti e istituire un corpo di magistrati. Il passaggio è il contratto sociale il quale, data la struttura egualitaria dello stato di natura esprime l'incontro volontario, razionale degli individui che si riuniscono nella comunità intesa – qui Galizia cita Locke – «a garantire una esistenza vicendevolmente sicura, pacifica, confortabile e tale da rendere possibile un godimento indistinto dei beni ed una più valida difesa contro gli attacchi esterni»¹⁵⁸. Lo Stato si fonda sull'atto razionale volontario, il successivo *pactum subiectionis* serve solo ad affidare i suoi poteri a un corpo più ristretto.

Le novità della teoria lockiana sono evidenti: gli individui, socievoli e razionali, sono mossi da motivi condivisi da tutti e sulla base di uguaglianza al patto sociale. I diritti sono preesistenti, il contratto esprime perciò solo l'accordo sulle modalità di tutela. La sovranità popolare diviene il

¹⁵⁵ Ivi, 246.

¹⁵⁶ Ivi, 257.

¹⁵⁷ Ivi, 259.

¹⁵⁸ Ivi, 261.

principio fondamentale organizzativo ed essendo sorta a difesa dell'individuo diviene anche strumento per realizzare la dignità dell'uomo e attuare e garantire concretamente le esigenze insopprimibili delle libertà¹⁵⁹. A ulteriore difesa dell'individuo la sovranità popolare dovrà separarsi in tre poteri affidati a persone distinte (legislativo, esecutivo, federativo), ogni potere verrà assoggettato a freni e limitazioni, il potere esecutivo e federativo sotto il potere legislativo e il potere legislativo sarà vincolato all'unico scopo cui deve tendere che è il bene del popolo. Il potere dovrà governare a mezzo di leggi promulgate stabili, non suscettibili di variare in ogni singolo caso, fatte per tutti, impersonali, diretta a questioni che riguardano tutti. In questo sistema costituzionale «la vera libertà consiste nel vivere sotto delle leggi certe e fisse... giacché in tal modo il popolo potrà conoscere i suoi doveri e si sentirà salvaguardato e sicuro sotto l'egida delle leggi». Riassumendo il passato per il futuro si può dire che: dove non vi è una legge stabile, non vi è certezza del diritto, non vi è libertà¹⁶⁰.

Galizia tiene ben fermi i cardini di questo sistema moderno esclusivamente statale. In esso lo Stato è un organismo politico unitario che agisce come corpo semplice, ha una volontà unica, tramite la quale la comunità statale ottempera alle finalità per cui è stata costituita. Lo Stato è la potestà superiore e una volta fondata, la sovranità dello Stato è perpetua, costante, inalterabile, irrevocabile. I tre poteri hanno l'esercizio della potestà la cui titolarità rimane al popolo, che controlla l'operato dei poteri. Essi sono dunque separati ma funzionano coordinati tra loro. Il legislativo è in posizione di supremazia rispetto agli altri due perché è il rappresentante del popolo. Ponendo le leggi in maniera esclusiva, lo Stato è l'unico interprete delle leggi naturali, l'unico che pone leggi valide. Inoltre i diritti naturali dell'uomo non negano la sovranità statale, poiché essi non costituiscono un *prins* a cui lo Stato debba necessariamente subordinarsi; una volta formato il corpo politico ogni individuo si obbliga verso ogni membro della società a sottomettersi alle deliberazioni della maggioranza e a riconoscerle sempre efficaci. La volontà popolare non è vincolata al contratto sociale ma può decidere i propri contenuti, così Lock lascia intatta la sovranità dello Stato pur garantendo la libertà degli individui¹⁶¹ e la legislazione diventa un modo di esercizio della sovranità.

2.5 L'uomo e il «suo» Stato nella storia

Lo Stato liberale fondato sul sistema rappresentativo-democratico quando è ancorato ad un'etica meramente utilitaristica può limitarsi ad assumere la forma di uno Stato di polizia «illuminato» quando le istanze per le quali agisce corrispondono ai bisogni e alle aspettative degli uomini nella società. L'etica utilitaristica però non tiene conto dell'uguaglianza se non in maniera

¹⁵⁹ Ivi, 262.

¹⁶⁰ Ivi, 265.

¹⁶¹ Ivi, 269.

formale, può infiacchirsi di fronte all'affacciarsi di nuove condizioni e soggetti sociali, può chiudere la ragione in esercizi categoriali statici. Il problema centrale dunque che secondo Galizia affronta il secolo XVIII è quello di conquistarsi un concetto storico-dinamico di ragione, come una forza che non si possiede ma perennemente si conquista. Solo così ci si può chiarire il dilemma se contratto, diritto natura e sovranità sono categorie razionali o storiche. Un dilemma che i grandi eventi e le trasformazioni rivoluzionarie del secolo vogliono vedere risolto. Non è un caso se questa parte della trattazione comincia con C. Wolff e la scuola tedesca del giusrazionalismo e prosegue con G.B. Vico «maestro di storia» (le virgolette sono di chi scrive).

C. Wolff¹⁶² considera la ragione formale e stratta, fissa, come contenente la realtà in sé a priori, perfetta, antistorica e la applica ai concetti giuridici (di diritto privato e diritto romano) con una consequenzialità che farà da guida al sistema giusprivatistico tedesco moderno. È proprio la certezza della razionalità applicata alle categorie giusnaturalistiche che permette di renderle positive. Lo *ius naturale*, di perfetta libertà e uguaglianza comprende i principi direttivi delle azioni umane, appartiene alla società originaria che però non è in grado di assicurare la sicurezza collettiva e dunque interviene il contratto sociale per creare la società civile. Alla sua base vi è il popolo che esercita la sua sovranità non direttamente ma attraverso un organo (assemblea rappresentativa o principe). Il modo di esercizio è fissato dalle norme sul mandato che si pongono perciò come *leges fundamentales*. Accanto ad esse vi sono gli *iura connata* fondati in «*ipsa hominis essentia atque natura*» che sono inalienabili e inviolabili. La loro violazione non è garantita da una tutela, i cittadini che disubbidiscono devono sopportare la pena. Al di fuori di questi limiti – che sono della stessa natura sovrana – la sovranità dello Stato è assoluta. Lo Stato deve mirare al bene comune e al miglioramento di ogni cittadino. Uno Stato di polizia illuminato, dunque, che regola tutte le azioni individuali per il perfezionamento individuale, lo Stato prussiano del '700.

Per G.B. Vico, secondo Galizia, la scienza non è un sistema di categorie astratte¹⁶³, se vogliamo conoscere «dobbiamo immergerci profondamente nel mondo dell'esperienza concreta, corpulenta, nel mondo dell'intuizione, del concreto», perché noi possiamo conoscere solo quello che noi facciamo. Ciò significa concentrarsi sul mondo della storia, della società, del diritto, quel mondo civile, cioè, fatto dagli uomini per gli uomini «onde se ne possono ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana»¹⁶⁴ così come esse si manifestano nella storia. La comprensione dei fatti non è immediata, la ragione si «spiega» nell'evolversi dei fatti, elevandosi dalla passione, all'utilità, all'etica. Questo passaggio corrisponde all'evoluzione delle forme di associazione nella storia, che è dunque concepita in un progredire verso l'etico e il vero. Un progredire che in Vico, come sottolinea Galizia, sarà pure legato alla Provvidenza, però

¹⁶² Galizia rimanda alle opere di C. WOLFF, *Institutiones juris naturae*, Halae 1754, *Jus naturae methodo scientifico pertractatum*, Frankfurt 1748; *Jus gentium*, Halae 1750, *Philosophia moralis sive Ethica, methodo scientifico pertractata*, Halae 1753, *Philosophia practica universalis*, Halae 1738, M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, nota 3, 286, su Wolff 286-290.

¹⁶³ «L'unico criterio gnoseologico universale», scrive Galizia, per Vico «è che per avere scienza di una cosa bisogna 'mandarla ad effetto': la verità coincide con la casuazione», ivi, 296. La citazione successiva di Galizia è a 297.

¹⁶⁴ Da G.B. VICO, *Scienza umana, Libro I, De' principi*, cit. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 298.

questa «non altro è che la stessa mente umana nel suo spiegamento, l'idea della razionalità stessa della storia, trascendente la vita dei singoli individui, ma interna ed agente in essi, costitutiva della loro intima essenza». Così si supera, nota Galizia, il dualismo medievale che il giusnaturalismo aveva spostato nello *status naturae* dell'individuo ma non risolto e che con Vico si conclude sull'unico piano dello spirito umano, della società¹⁶⁵.

Nelle teorie giusnaturaliste, fa notare Galizia, Vico compie una vera rivoluzione spirituale. Egli sposta il fondamento dell'esperienza etico-giuridica dalla ragione utilitaristica a quella etica utilizzando lo stesso punto di partenza: l'uomo. Mentre l'utilitarismo «si basa sulla parte corporale sensoriale» – scrive Galizia – e l'«utilità e la necessità non sono che le semplici occasioni, le quali favoriscono l'esplicazione della causa, ma non sono la vera causa» e dunque le leggi che ad esse si riconducono non sono che casuali, «il vero principio rimane costante, pur nelle variazioni formali» e qui cita Vico: «l'utilità del corpo è passeggera l'onestà invece è eterna»¹⁶⁶. Ciò che spinge gli uomini ad associarsi non è una necessità, ma l'etica. Con le parole di Vico riportate da Galizia, la forza consiste «nel rossore con cui la Provvidenza incominciò a tingere nel volto gli uomini perduti e di cui certamente niuna fu mai al mondo nazione, che non si tinse». Dunque non è la paura degli altri che spinge l'uomo in società, ma il timore di sé stesso, è nel pudore che l'individuo trova la spinta verso la società¹⁶⁷. E Vico rifiuta anche l'altro presupposto del giusnaturalismo razionalista, l'idea cioè che il diritto di natura sia compiuto e perfetto. Questa concezione è antistorica, perché si dimentica che l'uomo non ha vissuto in una società perfetta e non gli è dato di poter scoprire subito tutto il vero del diritto¹⁶⁸.

La società ha più forme, si muove dall'una e l'altra quanto più l'uomo prende ragione di sé stesso. La sovranità da espressione a queste forme, perché essa si manifesta chiaramente - almeno nella ricostruzione che Galizia dà del pensiero vichiano - come forza interna dell'individuo ed esterna dell'associarsi. Nel primo stadio storico l'uomo isolato è sovrano di sé stesso, dei suoi beni personali sui quali esercita un dominio. In questo stadio il vivere insieme degli individui genera una legge che si appoggia sull'autorità, il certo non si realizzerà in un giudizio razionale ma soltanto per mezzo del senso comune degli uomini intorno alle umane necessità o utilità. La natura dell'uomo spinge l'uomo ad uscire da questo «stato della bestiale libertà» ed a volgersi «all'aspetto del cielo» regolando i moti passionali impressi dal corpo alla mente¹⁶⁹. L'evoluzione passa per tre regolamentazioni tipiche: il dominio (ovvero la prudente destinazione delle utilità), la tutela (ossia l'uso temperato delle cose affermato nel campo dell'azione) e la libertà in cui «la forza governata dall'idea forma la tutela, cioè il diritto di difendere sé e le cose proprie». Questa evoluzione è un moto interno dell'uomo che si stacca dal mondo animale e si spinge sempre più

¹⁶⁵ Ivi, 302.

¹⁶⁶ M. GALIZIA, *ivi*, 303.

¹⁶⁷ Ivi, 304.

¹⁶⁸ Ivi.

¹⁶⁹ Ivi, 305.

verso «l'aseità», il suo essere. Nell'aseità Galizia pone la sovranità intesa come il potere interno di agire per la realizzazione della propria personalità. La sua qualifica è l'essere somma, fonte di tutti i diritti, di tutto l'ordinamento giuridico e anche di dominio, tutela e libertà¹⁷⁰.

L'autorità dell'individuo si svolge nella storia. Per Vico l'autorità – chiamiamolo il diritto individuale all'azione - nel primo periodo storico dell'uomo solitario, portava al diritto della violenza. Divenendo stabile, formando famiglia, nascono i primi ordinamenti sociali. L'autorità da individuale diviene economica e da questa derivano tutti i diritti familiari fino al testamento. La famiglia diventa il primo principio degli Stati. Alla società delle famiglie si aggiungono i «famoli», quelli che nulla hanno, sono schiavi e senza diritti. Questi mettono in pericolo le famiglie che danno il governo al Re e al Senato per essere difesi. Sorge la città, ovvero lo Stato e per Vico si conclude la fase primitiva eroica. Le successive modifiche non riguarderanno le strutture dello Stato, ma le «forme di regimento» che esso assume. Si ha così che all'interno dello Stato i «famoli» riescono ad annientare il dominio degli ottimati e a instaurare la repubblica libera popolare e il bene pubblico si ripartisce in minutissime parti di quanti sono i cittadini – l'individuo e lo Stato vengono così a coincidere. Questo è un periodo di buoni costumi e leggi ma non tutti gli individui si attengono al loro, dunque la repubblica va in rovina e sorge il capo che assume tutti gli interessi pubblici per ristabilire la tranquillità. Aristocrazia, democrazia, monarchia sono forme storiche di governo che si sviluppano a questo scopo. Lo Stato invece è una persona civile¹⁷¹. La definizione astratta di Stato, scrive Galizia, è per Vico «*omnium civilium communio*». Mentre la sfera giuridica – qui seguiamo da vicino la ricostruzione di Galizia - comprende solo le cose che erano nel dominio, nella libertà, nella sua tutela del singolo e la sfera quella della famiglia si identifica con le libertà, i patrimoni e le tutele, l'ordinamento statale, l'*universitas juris* statale è universale e generale e siccome contiene i patrimoni, le libertà, la potestà di tutti i cittadini si atteggia a persona civile¹⁷².

Ecco dunque lo Stato storico. Dove si colloca la sovranità dello Stato o «esterna»? Per Vico lo Stato è fatto a somiglianza delle persone fisiche: il corpo è il popolo, l'anima è la volontà, la mente è la civile autorità. Questa ha tre fasi, proprio come l'autorità interna. Il dominio è l'esercizio della autorità sulle cose e sulle persone dei cittadini in vista del bene comune. La libertà consiste nel fatto che i cittadini abbiano proprie leggi e magistrati ed erario. La tutela si concretizza nel sommo impero del diritto penale. I tre atteggiamenti della civile autorità sono legati e se manca uno finisce la civile autorità. Questi gli elementi materiali dell'autorità, i caratteri formali sono la sovranità, l'unità e l'indissolubilità. I tre caratteri dell'autorità unitaria qualificano lo Stato come tale. In quanto sovrana l'autorità è principio di tutto il diritto, ha il monopolio della forza, emana l'unica legge valida e certa necessaria come legge esterna imposta a tutti per

¹⁷⁰ Ivi, 307.

¹⁷¹ Ivi, 310 anche per le citazioni da Vico, Diritto universale e Scienza nuova.

¹⁷² Ivi.

mantenere la pace, la certezza, l'uguaglianza – requisiti necessari ad una civile legislazione¹⁷³. Ecco perché, questo è fondamentale per Galizia, come ci mostra Vico, quando si combatte per la certezza si combatte per i diritti.

Come Leibniz in Germania e Vico in Italia D. Hume in Inghilterra inserisce le categorie del diritto naturale nella storia. Astorico è ad esempio il pensare che l'individuo possa vivere da solo e far discendere le regole del vivere associato da quell'errata supposizione. L'uomo vive in società e, come fa notare Galizia, per Hume in conformità ad una «*passion of self interest*»¹⁷⁴, in quanto l'individuo è capace di supplire ai suoi difetti soltanto mediante la società. Tra gli individui nasce il diritto per tacita comune convenzione. Tale convenzione non è un contratto o una promessa ma un senso generale del comune interesse che i membri della società si esprimono l'un l'altro e che li induce a regolare la loro condotta mediante certe norme, spontaneamente sentite di comune utilità. Il diritto nasce dunque nelle relazioni, sottolinea Galizia e aggiunge che tale senso del comune interesse, «se si manifesta quando l'uomo entra in contatto con gli altri uomini, non si concretizza in un ordinamento giuridico completo e perfetto immediatamente», piuttosto si sviluppa gradualmente, storicamente attraverso norme che acquistano forza attraverso progressione, ed esperienza anche della loro trasgressione. Se in questo modo il diritto naturale diviene storico e sociale, ha bisogno però di una sanzione coattiva, poiché la maggior parte degli uomini preferisce il vantaggio immediato a ciò che invece sarebbe di maggior utilità, anche se più lontano. È la stessa *passion of the selfinterest* che spinge alla vita sociale a spingere verso un potere supremo che dotando la legge di forza coattiva «renda per tutti l'osservanza delle leggi della giustizia il nostro interesse più prossimo e la loro violazione il più remoto». Il *pactum subjectionis* si basa anch'esso dunque sull'utilità, sull'interesse, può essere un accordo ma anche solo un atto di potere. Tuttavia una volta posto lo Stato, i cittadini non perseguono l'interesse ma l'autorità e la legge positiva. L'autorità sovrana è l'unica interprete della naturale equità, adattandola al clima, alla religione, al commercio, alle concrete situazioni di quella particolare società. I cittadini devono obbedienza, tranne quando l'azione governativa lede l'interesse non individuale ma collettivo.

Commenta Galizia: legando la sovranità al concetto di interesse comune sociale lo Stato serve ad una utilità individuale ma al contempo, perseguendo l'interesse comune, la trascende. «Il suo limite più che nei diritti indistruttibili individuali degli individui è nell'interesse sociale collettivo in cui, una volta ordinato lo Stato, si vengono a oggettivare i diritti dei singoli». «Ne risulta una valorizzazione del concetto di sovranità che non è la negazione della libertà individuale ma la sintetizza e la contiene»¹⁷⁵.

¹⁷³ Ivi, 311-314. Molto ci sarebbe ancora da dire della lettura offerta da Galizia di Vico in relazione al metodo storico, per motivi di spazio rimandiamo allo scritto originale, 314-317.

¹⁷⁴ Galizia si richiama alla raccolta dei lavori di Hume ad opera di T.H. GREEN e T.H. GROSE, *The Philosophical Works of David Hume*, London 1875, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 329.

¹⁷⁵ Ivi, 336.

A differenza di Vico che coglie il divenire storico, ci fa notare Galizia, Montesquieu¹⁷⁶ fotografa la storia, la pone come *examples* della *raison raisonnante*. Se il limite è che ne interrompe la dinamica, il pregio è che la sua costruzione può essere più chiara, può attenersi agli stessi criteri di valutazione della libertà e della dignità umana senza doversi arroccare al cospetto della «marea del divenire» su posizioni conservative (come Vico), e proprio perché «conclusiva» le pagine montesquieiane riescono ad offrire «un programma d'azione»¹⁷⁷. Con Montesquieu - «positivista storico» (il virgolettato è di chi scrive) che parte dall'osservazione storica per arrivare alla affermazione giuridica - dal giusnaturalismo si svolge il costituzionalismo¹⁷⁸. E infatti, inutile muovere da uno stato di natura, perché tutto accade nel sociale, bisogna partire anzi dallo Stato, perché non c'è società senza governo, senza una potestà suprema¹⁷⁹. Montesquieu non nega il diritto di natura, solo che esso, come tutto il conoscibile, si esprime attraverso rapporti costanti che vengono individuati da leggi. Così: la natura ha le sue leggi e l'uomo le proprie. Ci sono leggi universali e regole costanti ma non costituiscono un corpo di norme assolute ed immutabili valide in ogni luogo e in ogni tempo. Esse sono piuttosto i sommi principi, le fondamentali esigenze di giustizia, che si configureranno diversamente in rapporto alle varie contingenti situazioni particolari, alle necessità pratiche, alle diverse condizioni climatiche, etniche religiose ecc. La legge positiva è dunque una determinazione della legge universale e in quanto tale è in parte il riflesso della ragione universale e in parte il rapporto necessario che deriva dalla natura delle cose e che cambierà con il procedere della storia. La legge positiva, sensibile alla natura delle cose e alle esigenze degli uomini, permette di vincere «l'imperio delle forze materiali»¹⁸⁰. Ecco perché nella legge si rispecchia la libertà dell'uomo e il popolo libero è quello che gode della forma di governo istituita dalla legge. Ne discende che: «In una società dove vi siano leggi, la libertà consiste nel poter fare ciò che si deve volere e nel non essere costretto a fare ciò che non si deve volere». Ciò affermando, nota Galizia, la legalità diventa certezza del diritto e il «problema della libertà» diventa un problema di strutture costituzionali¹⁸¹. I due «congegni costituzionali» perché si instauri una costituzione della libertà sono da una parte un complesso di principi scritti e non scritti che riconoscono al cittadino una sfera di autonomia e inviolabilità, e dall'altra una certa distribuzione dei poteri.

Di questo sistema costituzionale consideriamo solo gli aspetti legati alla sovranità. La sovranità non ha un valore fondante lo Stato, che è già nella realtà umana, ma ha la forza di imporre una forma allo Stato e di organizzare quei principi fondamentali della convivenza, perché quell'uno

¹⁷⁶ L'opera di riferimento è chiaramente «L'Esprit de Lois. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce &c., à quoi l'Auteur a ajouté des recherches nouvelles sur les Loix Romaines touchant les Successions, sur les Loix Françaises et sur les Loix Féodales», del 1748.

¹⁷⁷ Su Montesquieu, *ivi*, da 341, cit. 344.

¹⁷⁸ *Ivi* 362.

¹⁷⁹ *Ivi*, 345.

¹⁸⁰ Per Galizia Montesquieu non è dunque un determinista, le cause naturali non hanno valore di assoluta determinazione ma di semplice condizionalità, *ivi*, 347.

¹⁸¹ *Ivi*, 350.

Stato si realizzi in funzione della forma prescelta. Se la forza (*puissance*) sovrana sceglie la libertà come condizione di vivere associato, lo Stato della libertà si organizzerà in modo da non ledere la libertà del singolo (libertà come diritto di difesa) e perché attraverso di esso il singolo goda delle libertà (libertà in senso oggettivo). In tal senso la sovranità, rileva Galizia, è una autolimitazione statale della propria sovranità e ciò perché, aggiungiamo, lo Stato possa raggiungere gli scopi umani nella necessità delle condizioni esterne. Lo Stato per perseguire questo scopo non annulla, semmai si basa sull'individuo e sui gruppi nei quali esso vive. La visione gerarchico-pluralistica della società è il mezzo e al contempo il limite della forza dell'esercizio dello Stato. Il concetto di limite che non riduce ma rinforza la funzione organizzativa è anche quello alla base della separazione dei poteri. Esso si presenta come un meccanismo dinamico che ben si adegua al valore organico e individualista contemporaneamente della società. Galizia conclude sul Barone de la Bredé, facendo notare come in Montesquieu la potestà sovrana non sia qualcosa di assoluto e immobile legata ad un organo, ma dinamica, elastica incardinata con la Nazione tutta¹⁸². I diritti non sono sfere concettuali o sfere di attribuzione di un individuo astratto, ma appartengono all'individuo sociale, legato alla libertà e alla vita di tutti gli altri uomini e si svolgono, si esercitano nello Stato, i diritti sono perciò diritti soggettivi pubblici¹⁸³.

È nella teoria democratica rousseauiana che la libertà si viene ad incardinare con la sovranità popolare nella maniera più diretta e forte. Il punto di partenza della ricostruzione galiziana è sempre l'uomo con la sua ragione. Non la ragione della logica pura, ma la ragione legata alla coscienza del «*sentio ergo sum*» dell'Emilio¹⁸⁴. Una coscienza dinamica, perfettibile nel suo sforzo etico-spirituale per trovare entro di sé i principi del diritto e della società. Secondo Rousseau, spiega Galizia, i giusnaturalisti – empiristi e razionalisti – avevano scambiato un elemento della natura esterna per uno proprio dell'uomo, confondendo così essere e dover essere, giustificando il diritto per mezzo del fatto. Guardando solo nel cuore Rousseau cerca l'essenza pura dell'uomo, un criterio deontologico e lo identifica in uno stato di libertà e uguaglianza. Lo stato di natura, che Rousseau considera un ragionamento ipotetico, mostra il «bestione» legato all'egoismo, libero ed uguale perché privo di freni. Per motivi di convenienza gli uomini vengono in contatto l'uno con l'altro e da queste relazioni che prendono più forme, danza, linguaggio, usi comuni, si sviluppa la coscienza sociale, una moralità. Ma la società, così come Rousseau vede intorno a lui, rinchiude l'uomo in ceppi, tuttavia tornare indietro non avrebbe senso e inoltre, la società, gli offre anche la possibilità di evolversi¹⁸⁵. Per migliorare l'uomo deve ascoltare la voce interiore del suo spirito, superare nell'*amour de soi* il cieco passionale *amour propre* e ritrovare il principio universale che lo lega agli altri uomini. Frutto di questo ripiegamento nella nostra intima coscienza è il contratto sociale, quella associazione per la quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisce

¹⁸² Ivi, 361.

¹⁸³ Ivi, 362.

¹⁸⁴ Ivi, 376. L'Émile ou De l'éducation è del 1762.

¹⁸⁵ Ivi, 383, Galizia cita: «sebbene in questo stato egli si priva di molti vantaggi che riceve dalla natura, ne riguadagna di tanto grandi, le sue facoltà si esercitano e si sviluppano, le sue idee si fanno più vaste...», dal Contratto sociale, I, 8.

che a sé stesso e resta libero come prima. Il contenuto del contratto è noto, importante è seguire Galizia quando sottolinea che a seguito a tale atto di associazione, al posto delle persone singole sorge un corpo morale collettivo fatto di tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, che proprio grazie all'atto trova il suo io comune, la sua vita e la sua volontà¹⁸⁶. Questa persona pubblica, prima città, poi repubblica è chiamato «Stato come passività, sovrano come attività, potenza nei confronti dei suoi simili»¹⁸⁷. In proposito ancora due annotazioni galiziane: 1) l'atto di associazione non è razionale ma volontario, perché esso non potrebbe esplicitare alcuna forza se non in quanto l'uomo ne abbia piena coscienza e vi presti il suo assenso sia pure tacito, 2) nella costruzione rousseauiana l'uomo 'fisicamente sociale' viene sostituito dall'uomo 'eticamente sociale'¹⁸⁸.

Dall'uomo singolo si è passati allo Stato come ente organico e autonomo che assume i caratteri di persona giuridica pubblica. Elemento essenziale di questo passaggio è la sovranità. Questa ha due aspetti quello esterno legato alle relazioni tra gli Stati e quello interno, tra Stato e individui, esaminato nel «Contratto sociale¹⁸⁹». La sovranità interna ha a sua volta due aspetti. Da una parte è il potere assoluto del corpo politico su tutte le parti che muove in direzione della volontà generale¹⁹⁰, questa è la sovranità-soggetto o formale. Dall'altra, cioè dal punto di vista del contenuto o sostanziale, la sovranità è la volontà generale, quella «volontà di tutto il popolo che delibera su tutto il popolo» (Contratto sociale II, 4). Essa si manifesta per votazione a unanimità o maggioranza nella legislazione. Ai cittadini – questo fa emergere con forza Galizia - si chiede non «se essi approvino la proposta o la rigettino ma se essa è conforme o meno alla volontà generale, che è la loro». Le qualità fondamentali della sovranità sono l'inalienabilità, l'indivisibilità, l'irrepresentatività, l'infallibilità e la indistruttibilità¹⁹¹. Più importante di questo aspetto esteriore però, è il funzionamento della sovranità, cioè gli atti in cui tale potere si realizza e da movimento al corpo politico, ossia le leggi. Come atto volitivo la legge è espressione di libertà, dunque se limita, esprimendo autolimitazione continua a esprimere libertà. La condizione è che essa sia sempre espressione della volontà popolare, il che vuol dire che venga emanata direttamente dall'assemblea popolare e sia diretta ad interessi generali. Solo da questa legge emana il diritto. Infatti «solo la volontà generale è in grado di far uscire i principi naturali della libertà e dell'uguaglianza dal chiuso della coscienza individuale, di esteriorizzarli in norme obbiettive e reciproche e di munirli, mediante la sua autorità, di una forza coattiva tale da renderne generale l'osservanza»¹⁹². Sulla legge si svolge la sovranità, che si esercita attraverso poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario), tra i quali il legislativo è necessariamente in posizione di

¹⁸⁶ Ivi, 384.

¹⁸⁷ Ivi, cit. Contratto sociale, I, 6.

¹⁸⁸ Ivi, 385-386.

¹⁸⁹ L'opera *Du contrat social: ou principes du droit politique* è del 1762.

¹⁹⁰ Ivi, 388.

¹⁹¹ Vedi, ivi 390-391.

¹⁹² Cit. M. GALIZIA, Ivi, 392.

superiorità. I rapporti tra sovrano e governo sono chiari: «mentre lo Stato non esiste che per sé stesso, il governo non esiste che per il sovrano»¹⁹³. Nella ricostruzione fattane a mio avviso da Galizia¹⁹⁴, con Rousseau la libertà, qualità interiore dell'uomo e dunque diritto soggettivo, diviene l'esercizio di un diritto oggettivo nei limiti fissati dalla volontà generale e imposti dallo Stato¹⁹⁵.

La seconda metà del '700 è l'epoca delle carte costituzionali. Negli Stati Uniti, poi in Francia dopo la Rivoluzione, vengono dichiarati – in maniera ineliminabile dalla storia dell'umanità – i diritti dei singoli, o meglio dell'Uomo e dei Cittadini – e definiti i limiti della sovranità del potere politico. I rilievi di Galizia riguardano la differenza nell'impostazione delle Carte fondamentali. Mentre al di là dell'Atlantico le idee di Montesquieu, Rousseau, Voltaire rafforzano la tradizione del pensiero legato a Locke, e nelle Carte costituzionali o nei *Bill of Rights* Stato e individuo rimangono idealmente separati, il costituzionalismo francese propone nell'idea della sovranità popolare o nazionale un punto di incontro¹⁹⁶.

Esemplificativa è l'opera politica, come scrittore e come uno degli artefici della Rivoluzione, di E. J. Siéyès, cui riesce di calibrare istanze liberali e democratiche che trovano nella costituzione, cioè nella carta fondamentale dello Stato nazionale la loro espressione giuridica e nell'esercizio della sovranità popolare il loro mezzo di sviluppo. Il punto di partenza di Siéyès secondo Galizia è l'individuo e la libertà, di cui i diritti di libertà sono espressione e che lo Stato deve riconoscere¹⁹⁷. La «legge protegge soltanto ciò che è, fino al punto in cui esso (l'individuo) non minaccia di nuocere all'interesse collettivo», cita Galizia da: *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789) e ancora: «La legge, proteggendo i diritti comuni di ogni cittadino, protegge ogni cittadino in tutto quello che egli può essere, fino al punto in cui ciò che egli vuole non è pericoloso per la vita sociale». I diritti, passivi (di tutela) e attivi (relativi alla partecipazione dell'individuo alla politica) costituiscono lo scopo supremo dello Stato, il fine di ogni legge e devono essere dichiarati solennemente e positivamente, sì da costituire il presupposto di tutta la vita sociale. E storicamente, infatti, le Dichiarazioni dei diritti nella terra di Francia (1789, 1791, 17935, 1795) hanno preceduto tutte le carte costituzionali. Queste istanze liberali si integrano con quelle democratiche attraverso l'esercizio della sovranità. Siéyès sviluppa dal concetto di popolo – o Terzo stato – quello di nazione, ossia di un ente che impersona tutti i cittadini, i loro discendenti e i bisogni comuni¹⁹⁸ nel quale risiedono «i veri rapporti di una costituzione politica». La nazione agisce tramite rappresentanti, cioè coloro che scelti dalla particolarità dei cittadini votanti agiscono esclusivamente per la nazione, perché nel loro ruolo, o funzione, di rappresentanti agiscono esclusivamente per tutta la nazione. L'esercizio della sovranità nazionale attraverso i

¹⁹³ Ivi, 394. La chiarezza di questo rapporto fa sì che anche Rousseau ammetta all'interno dello Stato altre associazioni, che approvate dalla sovranità popolare, saranno con lui in rapporto di subordinazione, ivi, 397.

¹⁹⁴ Che Galizia inserisce in maniera critica tra altre ricostruzioni della dottrina, ivi, 397-403.

¹⁹⁵ Riferimento testuale è in M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 400.

¹⁹⁶ Ivi, 450-455.

¹⁹⁷ Ivi, 443.

¹⁹⁸ Sul punto M. GALIZIA, ivi, 445, richiama il Discours du 2 Termidor.

rappresentanti della nazione assicura che le azioni pubbliche o statali siano quelle che desidera la nazione. I diritti fondamentali del singolo e il principio di rappresentanza democratica vanno tenuti fermi in una legge fondamentale, in una costituzione che «unifichi giuridicamente gli individui, organizzzi i poteri pubblici la loro corrispondenza e indipendenza reciproca e assicuri i diritti essenziali, sottomettendo il governo a delle forme certe e inderogabili, interne ed esterne»¹⁹⁹. La nazione è sia potere costituito che potere costituente, la volontà nazionale, come potere costituente «non ha bisogno che della sua effettiva realtà per essere legale... è sufficiente che voglia». Galizia sottolinea come questa volontà nazionale non vada considerata come anarchica, piuttosto come forza spontanea e dinamica, che segue il continuo evolversi della storia. «Rinchiudere la azione in delle regole fisse vorrebbe dire infatti ritornare alla vecchia idea tradizionale di legge fondamentale»²⁰⁰. La sovranità ha dunque un soggetto, la nazione, con due funzioni, l'una di potere costituente l'altra di potere costituito. La seconda è condizionata dai limiti posti da sé stessa attraverso la costituzione dello Stato. «Il quale Stato non è così altro che la nazione rinserrata nel quadro delle norme giuridiche, la personificazione giuridica della nazione»²⁰¹. Tra i principi fondamentali di svolgimento della sovranità costituita c'è la separazione dei poteri, intesa come separazione di funzioni dell'unico potere che le sottende, la sovranità nazionale. Tra le funzioni a quella legislativa spetta la posizione di superiorità perché regolatrice della società.

Dopo Siéyès si potrebbe essere tentati di considerare la costituzione come lo strumento politico e giuridico perfetto per disegnare forme di Stato e di governo quasi le sue norme fossero elementi di un'equazione matematica – oggi diremmo un algoritmo. Se i diritti fondamentali contengono i meccanismi di governo ed esprimono la volontà della nazione o del popolo, al giurista costituzionalista è sufficiente combinarne le disposizioni a seconda di ciò che ritiene in quel momento necessario ai fini della convivenza. Questo però non è quanto insegna il percorso de «La teoria della sovranità», che invece considera anche la costituzione-strumento di Siéyès un elemento storico.

Galizia ce lo ricorda soffermandosi su E. Burke. Ai contrattualisti – caduti per Burke proprio nella trappola del metodo matematico-geometrico «quasi che gli uomini fossero dei fantocci meccanici»²⁰² – il pensatore irlandese ricorda che le costituzioni non suonano buone in sé stesse ma a seconda che siano adatte per gli uomini a cui debbono servire²⁰³. L'uomo ha dei diritti naturali ma la loro naturalità è dimostrata dalla loro capacità di resistere nel tempo, essi costituiscono non un vincolo assoluto per la potestà statale ma soltanto la direttiva ideale da seguire, la premessa

¹⁹⁹ Ivi, 446.

²⁰⁰ Ivi, 447.

²⁰¹ Ivi.

²⁰² Ivi, da 462, cit. 462.

²⁰³ M. GALIZIA, ivi, 463 ss. fa riferimento agli scritti di E. BURKE, *An Appeal from the New to the Old Whigs* (1791), *Reflections on the Revolution in France* (1790), ivi, 463.

per le leggi positive²⁰⁴. La conclusione di Galizia: «Lo Stato non è il prodotto della volontà individuale ma creazione storica, risultato di una lunga evoluzione di una inveterata consuetudine. Creazione non statica ma dinamica sempre ulteriormente sviluppantesi, sempre arricchentesi di nuove energie». E: «La costituzione dello Stato non è che una veste che si accomoda lentamente al corpo che deve ricoprire»²⁰⁵. Conseguenza del lento processo formativo dello Stato, secondo Galizia, sono la sua natura complessa e la grande apertura dei suoi fini. Anche la sovranità è implicita nell'ordine eterno delle cose. Essa è il carattere fondamentale dello Stato, la sua origine, ma è un fatto spontaneo, lo sviluppo di una progressiva azione delle forze tradizionali storiche. Gli organi, i diritti e la legge sono la manifestazione di questa forza. Di fronte ad essa la libertà è una libertà umana morale, ordinata e limitata dal diritto. La realizzazione dei diritti naturali avviene attraverso l'interpretazione dei fini ad opera del potere politico (aristocrazia) e degli organi di governo.

Il pensiero di Burke si modella sull'evoluzione costituzionale inglese, che accoglie le trasformazioni della sovranità, come se essa nei suoi diversi assetti storici sapesse rimanere sempre coerente con i propri fondamenti. Qui il conservatorismo può essere la base della riforma, del «progresso», perché puntella alcuni principi e permette lo scorrere delle forze emergenti e torna poi a riflettere su sé stesso e su come si sia modificato. Questa interrelazione che si fonda su quella tra dato e principio, tipica dell'empirismo scientifico britannico, e su quella tra assetto costituzionale e forze politiche agenti (chiamiamola dell'empirismo costituzionale britannico), ha trovato sul continente una rielaborazione nell'opera di I. Kant²⁰⁶.

Il capitolo su Kant de «La teoria della sovranità» offre una ricostruzione davvero affascinante della filosofia pratica, cioè giuridica, del filosofo di Königsberg, quasi a volerlo rendere come l'ultimo giusnaturalista per ragion pura e il primo per ragion-pratica. Seguiamone i passi argomentativi.

Galizia muove da una considerazione generale: la conversione della ragion pura nella ragion pratica trova il presupposto ideale nella rivoluzione francese vista come atto concreto di emancipazione umana²⁰⁷. Questa è una bellissima chiave di lettura di un'opera filosofica spesso considerata un pilastro del metodo giuridico razionalista di deduzione e sussunzione, criticata per non aver saputo mantenere a sua volta tutti gli assunti metodologici, ma perdonata perché capace di giustificare le categorie giuridiche giuspubblicistiche in termini di diritti e libertà individuali. Galizia, inserendo la Critica della ragion pratica tra gli scritti politici²⁰⁸ di un pensatore universale

²⁰⁴ Ivi, 465.

²⁰⁵ Cita da Reflections, 300 seg., GALIZIA, ivi, 467.

²⁰⁶ L'influenza del pensiero inglese sul filosofo prussiano ruota intorno a I. Newton per i Fondamenti metafisici delle scienze naturali e a J. Locke per gli scritti etico-giuridici, su quest'ultimo punto W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Stuttgart 1993.

²⁰⁷ Qui Galizia si richiama a Marx e a De Ruggiero, ivi, 472.

²⁰⁸ Accanto alla Metafisica dei costumi (1797/1798) e alla Critica del giudizio (1790), cita più volte, l'Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico (1784), Per la pace perpetua, progetto filosofico (1795), Sul detto comune: «Questo

nel senso classico (dedito cioè allo scibile nei suoi vari aspetti) si spinge oltre gli aspetti sistematici e coglie il valore storico-politico delle distinzioni categoriali kantiane. Tratteggia un Kant attento alla vita dell'individuo nello Stato, un pensatore per il quale l'uomo e il suo vivere in forma associata sono calati nella storia in maniera pragmatica all'inglese oltre che pratica alla prussiana, in una maniera però che è anche rivoluzionaria alla francese perché inserisce individuo e Stato in un piano della natura che tende verso il meglio²⁰⁹.

Nella ricostruzione dei testi kantiani Galizia parte dalla *Metafisica dei costumi* e dalla distinzione tra azione morale, etica e giuridica. Una distinzione di fondamentale importanza per il giurista che senza confusioni metodologiche vuole dare al diritto, alla norma scritta e ai diritti individuali una dimensione etica. Kant suddivide l'azione razionale in base al motore dell'azione, cioè la volontà e, aggiungendo un elemento psicologico distingue i modi in cui il soggetto si pone di fronte all'azione. Sulla base delle distinzioni, fermo restando i fini dell'azione (razionali), la dimensione etica dell'agire si manifesta nella buona volontà o dell'azione secondo dovere. E il dovere «ci impone di agire secondo una massima, che possa valere come legge universale». Al dettame di ragione che è dovere, legge e libertà - qui Kant parte dall'autopraghia aristotelica²¹⁰ - il soggetto può aderire o con un moto interno allora la legge è morale, o per dovere allora la legge è etica, oppure per un motivo contingente, ad esempio economico o per sfuggire ad una pena nel caso la massima universale fosse stata esplicitata da leggi positive dotate di forza coercitiva come nel caso di vita associata nello Stato, allora in questo caso l'individuo agisce giuridicamente. Il fattore importante nella costruzione kantiana è che tra legge morale, etica e giuridica non vi è una differenza contenutistica, ma solo nel rapporto che il soggetto ha con il dettame.

Questa distinzione razionale vale come massima pratica, perché ha come soggetto l'individuo concreto, quello alle prese con le determinazioni del reale, in breve: nella sua vita quotidiana. Questo individuo è essere razionale (*homo noumenon*) e ha perciò la facoltà di agire nel concreto (come *homo fenomenon*) secondo una massima di ragione, se lo fa è perché lo vuole fare. A ben vedere Kant concilia qui le due tradizioni della libertà quella razionale (la libertà è seguire la ragione) e quella volontaristica (la libertà consiste nella scelta tra alternative). Attraverso la volontà, la libertà intesa come potere di autodeterminazione dell'individuo si relaziona al determinismo naturale cui il singolo nella sua particolarità è soggetto, rendendolo uomo libero²¹¹.

può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica» (1793), Recensione di JOHANN GOTTFRIED HERDER, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità* (1785).

²⁰⁹ Questo pensiero che unisce tutti gli scritti antropologici, storico-filosofici, politici e pedagogici è anche vivo e forte nell'ultimo scritto di Kant *Il conflitto delle facoltà* (1798), dove Kant conclude il conflitto tra la facoltà di filosofia e quella di diritto con un ciceroniano «Sero sapiunt Phryges» alludendo al progresso del genere umano manifestatosi nella Rivoluzione di un popolo e di cui «gli oracoli» si accorgeranno presto.

²¹⁰ «Solo per colui che ha in sé stesso il suo proprio principio, l'agire o il non agire dipende da se stesso»; *Etica Nicomachea*, Milano 19991, III, 1 1110a 17.

²¹¹ I. KANT, *Il conflitto delle facoltà* (1798), Genova 1953, 27, 120 ss.

In tal senso Kant supera l'equazione ragione=libertà, dunque il determinismo razionalista, perché la volontà rimane libera, libera anche di essere irrazionale e dunque di sbagliare²¹².

Dalla distinzione sulle sfere della legge, discende la definizione kantiana del diritto come «l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro, secondo una legge universale di libertà». Il diritto dunque agisce nelle relazioni esterne tra gli individui. Quando l'agire dell'uno ha influenza sull'agire dell'altro, l'azione di entrambi va misurata alla legge universale del diritto che dice: «agisci esternamente in modo che il libero uso del tuo arbitrio possa accordarsi colla libertà di ogni altro secondo una legge universale di libertà»²¹³, un assunto che ci fa vedere come l'idea stessa di libertà nasca come in sé limitata dalla pluralità delle libertà che sottende. Infatti – annoto brevemente – solo in un ideale regno dei fini, dove il fine dell'azione di ognuno è il bene dell'altro la libertà potrebbe spiegarsi completamente. La socievole insocievolezza dell'uomo (argomento antropologico) e il principio di contraddizione (argomento logico) spiegano l'altro elemento del concetto razionale apriori del diritto, ossia la sua forza coattiva²¹⁴. Affinché la facoltà di costringere venga esercitata in maniera imparziale, essa deve essere affidata ad un terzo esterno che abbia la forza sufficiente per imporsi, cioè alla legge pubblica.

La costruzione kantiana dello Stato riassume e raffina le categorie delle teorie contrattualistiche precedenti. Per Kant nello stato di natura i diritti sono già degli individui (come per Hobbes e Rousseau), sono già in relazione giuridica tra loro²¹⁵ (come per Locke), e hanno anche un valore già un valore obbligatorio in senso etico-razionale²¹⁶. Ne discende che ciò che spinge gli individui a riunirsi nello stato civile, ove «il mio e il tuo sono garantiti da leggi pubbliche», ovvero da una «potenza sufficiente che non è quella dell'individuo, ma una potenza esterna», non è l'interesse egoistico di tutela della propria libertà, né principalmente un'esigenza di sicurezza, ma un dovere dell'uomo nei confronti di sé stesso e della propria natura umana, una forza etica. È la libertà che fa dovere all'uomo di entrare in uno stato in cui la libertà dell'uno si svolge in armonia con la libertà dell'altro. Dunque entrare nello Stato significa realizzare le condizioni dello sviluppo dell'uomo verso la sua umanità. Una libertà che essendo una qualità relazionale dell'uomo include, come genialmente nota Galizia, anche l'uguaglianza e l'indipendenza²¹⁷.

Il contratto sociale in Kant diventa una costruzione della ragione per raffigurare l'azione della volontà, un'idea regolativa. È il diritto naturale che acquistando una natura al contempo

²¹² Va da sé che non si può costruire un sistema razionale basandolo sulla facoltà di essere irrazionale, piuttosto al fine di esplicitare le condizioni di azione libera, tra le quali può rientrare anche quella della scelta irrazionale.

²¹³ I. KANT, *Metafisica dei costumi, Introduzione alla dottrina del diritto*, § 13., M. GALIZIA, ivi, 474.

²¹⁴ Galizia sottolinea la visione pessimistica cristiana accettata da Kant, ivi, 474, che lo spingerebbe a non agire sempre secondo l'etica. L'argomento logico dipende dal principio di contraddizione nel senso che se non è possibile dedurre un obbligo all'azione secondo dovere, è possibile dedurre un'imposizione esterna all'azione conforme al dovere, cioè tramite diritto. La legge positiva è dunque per definizione prescrittiva.

²¹⁵ Il meccanismo di relazione è quello della massima del mio e del tuo.

²¹⁶ Che ruota intorno «al postulato razionale del mio e del tuo (esterni)» ed evidenzia chiari rapporti tra diritti e doveri.

²¹⁷ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, ivi, 477.

meramente razionale e umana può porsi come principio non solo dello stato civile ma di tutta la vita sociale²¹⁸. Lo Stato che nasce con il compito limitato di mantenere le condizioni esterne dell'esercizio dei diritti, non crea i diritti, che sono già ordinamento, ma ne garantisce l'esercizio attraverso un ordinamento pubblico. Se l'ordinamento pubblico - lo *Staatsrecht* come lo chiama Kant - nasce con lo Stato, lo Stato non si risolve in esso. Il diritto pubblico viene logicamente prima. Dalla definizione di *Staatsrecht*, lett. diritto dello Stato, si legge che il diritto pubblico «è un sistema di leggi per un popolo, cioè una quantità di uomini (o di popoli- diritto internazionale), che necessitano di uno stato (*Zustand*) giuridico sotto una volontà che li riunisce - di una costituzione (*constitutio, Verfassung*), per poter partecipare (*teilhaftig zu werden*) di ciò che è di diritto (*Rechtens*)». Lo stato giuridico ha più aspetti. «Questo stato giuridico, considerando i singoli in rapporto tra loro si chiama stato civile (*bürgerlicher Zustand, status civilis*); in riferimento alla sua forma considerando il tutto in rapporto alle sue membra è lo Stato (*civitas*). Stato che in funzione dell'interesse comune di tutti a vivere in uno stato giuridico viene detto ente pubblico (*das gemeine Wesen*), e in rapporto ad altri popoli una potenza»²¹⁹. Da questa definizione discende, quanto sottolinea Galizia e cioè che lo Stato come condizione giuridica pubblica nasce con la volontà generale che è quella del contratto sociale (lo stato giuridico unito dalla volontà unica), che esso assume un'organizzazione propria (ha varie membra) e rimane in funzione dell'interesse comune (nel popolo o tra gli Stati). La sovranità, perciò, segna dapprima il passaggio dall'ordinamento giuridico naturale all'ordinamento giuridico pubblico, poi rimane legata alla funzione pubblica dello Stato che è quella di permettere all'ordinamento giuridico di svolgersi.

Galizia si interroga con un lungo passo sulla «tenuta» del sistema giuridico pubblico kantiano, partendo dall'obbligo di obbedienza contenuto nella «Considerazione generale della efficacia giuridica discendente dalla natura dell'unione civile» e che si esprime nel divieto fatto al cittadino di «sostituirsi sottilmente» sull'origine dello Stato. Correttamente Galizia mette in evidenza l'esigenza kantiana di non creare una contraddizione tra il sovrano costituente e il sovrano costituito. Quest'ultimo mettendo in dubbio l'agire del costituente metterebbe in dubbio sé stesso. Invece circa i «dubbi» sull'agire del costituito, cioè di come le forme di Stato e di governo vengano esercitate per Kant rimane aperto, per dirla con le parole del Maestro, il «potere positivo di riforma»²²⁰.

In relazione alla funzione dello Stato, che - lo ripeto è espressione della libertà di ogni uomo - Kant si interroga sui modi di esercizio della sovranità. L'analisi delle forme di Stato e di governo conduce sino al modello ideale della repubblica liberal-democratica, anche se Kant, pragmaticamente, consiglia una monarchia costituzionale rappresentativa. Il perno che non deve mancare nella costruzione è la legge positiva, quale espressione della volontà popolare

²¹⁸ Ivi, 478.

²¹⁹ Dall'originale I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt, Das Staatsrecht*, § 43, Ed. W. WEICHEDEL, Vol. VIII, Stuttgart, 10. ed. 1993, 429.

²²⁰ Ivi, 481-483.

rappresentata nell'assemblea legislativa. Le sue decisioni sono le norme che regolano l'esercizio delle libertà, tali per cui anche i limiti alle libertà non sono che autolimitazioni volontarie, sono decisioni giuridiche della ragion pratica.

Se Kant ha superato il giusnaturalismo inserendolo nel processo politico, G. De Maistre²²¹ apre secondo Galizia le porte allo storicismo moderno. E non è un caso se Galizia gli dedica l'ultimo capitolo della trattazione.

A conclusione di questa ricostruzione de «La teoria della sovranità» riporto un passo dell'Autore: «Lo Stato garantendo con le sue leggi e il suo potere sovrano la libertà esterna, crea la condizione unica in cui i fini etici, religiosi, economici, culturali, eudemonistici degli individui possono essere realizzati e in ciò stesso si pone come persona morale, diviene strumento di un'attività ed una cultura sempre crescente»²²².

III Parte. *Il contributo di Galizia nel «problema» contemporaneo della sovranità: spunti per ulteriori riflessioni*

Ora che ci siamo riappropriati di una visione ampia del rapporto tra Stato e individuo, di un concetto operativo (non aporetico) di sovranità, di una legge strumento di costruzione del vivere in comune, del diritto come espressione dei valori nelle relazioni esterne tra le persone, dello Stato persona giuridica che sui valori si fonda possiamo comprendere meglio le aporie in cui sono incorsi il legislatore e la dottrina costituzionalistica tedesca nella gestione statale della pandemia.

Partiamo dal legislatore, con il quale si intende già da tempo la funzione legislativa svolta da parlamento e governo.

La ricostruzione delle modifiche della LTI ci ha mostrato come il *Bundestag* si sia impegnato a legittimare l'azione governativa. Lo ha fatto su un doppio piano. Da una parte esso si è assunto il ruolo di istituzione autorizzata a dichiarare «lo stato di pandemia sul territorio nazionale». In questo modo ha definito lo «stato di pandemia» evitando il termine 'eccezione', e gli ha impresso un marchio democratico legittimando le modifiche amministrative necessarie al sistema federale e l'ampia portata delle deleghe ai governi. Dall'altra il *Bundestag* ha affiancato costantemente le misure normative del governo con nuove puntuali leggi-delega²²³.

In entrambi i casi il contenuto democratico delle soluzioni adottate dal *Bundestag* nello stato di pandemia è limitato.

La dichiarazione dello «stato di pandemia» è un *una tantum* concesso dal *Bundestag* al governo; un potere non previsto dalla Legge fondamentale e che può ricondursi al principio dello Stato di

²²¹ G. De MAISTRE, *Oeuvres complètes*, Lione, 1924-1928. Galizia rimanda a L'Essai sur le principe générateur des constitutions politiques, e a Considerations sur la France.

²²² Ivi, 490.

²²³ Una ricostruzione sistematica dell'assetto istituzionale dello Stato tedesco nella pandemia è di J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. ed. München 2021.

diritto democratico sulla base della considerazione: ‘se non il parlamento allora chi?’, ma la cui unica garanzia giuridica di fronte allo svuotamento del potere parlamentare a favore di quello governativo consiste nel limite temporale dell’*una tantum*.

Se ci si interroga sulla democraticità delle leggi-delega bisogna focalizzare il loro contenuto. Le leggi delega tra il 2020 e il 2021 hanno un carattere generale e concreto, che anche la Corte costituzionale federale riconosce come *sui generis*²²⁴ e di cui ammette la legittimità con un laconico «sempre meglio che la decretazione»²²⁵. Le leggi di delega generale e concreta perdono il loro contenuto democratico perché non rispecchiano una decisione parlamentare, per la quale non c’è stato tempo; perché non hanno avuto alla loro base un dibattito almeno sui fini e sui mezzi della misure previste; perché contengono solo articoli di modifica (c.d. leggi-articolo *Artikelgesetz*) di normative precedenti (non solo la LTI) sparpagliate in tutti i rami dell’ordinamento; perché hanno mirato a rendere legittima l’azione governativa rispetto ai dettami della gerarchia normativa e della legalità e non a creare per l’amministrazione una base di consenso parlamentare e quindi rappresentativo-popolare; perché la procedura legislativa si è avvalsa del principio maggioritario e della continuità tra maggioranza di governo e maggioranza parlamentare per dare l’*exequatur* parlamentare all’iniziativa del governo, piuttosto che coinvolgere i pure importanti rilievi delle minoranze.

Come abbiamo imparato da Mario Galizia ripercorrendo lo sviluppo democratico della legge positiva quale strumento giuridico, se la legge non rispecchia le decisioni di una maggioranza che si forma in parlamento, cioè nell’organo di rappresentanza popolare, il suo contenuto non rispecchia le istanze sociali. Se le leggi non rispecchiano la volontà del sovrano, esse finiscono per dividere piuttosto che unire i consociati, e la divisione può arrivare a minare la solidarietà dei cittadini fondamento dello Stato stesso. Il deficit democratico della legge (e del sistema parlamentare) certo non nasce con la pandemia ma in condizioni di «stress» si avverte di più, perché «l’esecutivismo» non si nutre di dibattito politico ma di scadenze, non è inclusivo ma focalizzato su un fine di cui non può rendere la generalità (pur pretendendo di perseguirla) perché mosso da intenti di parte. Quando la sua azione non è limitata nemmeno dalla forma normativa, quando cioè l’esecutivo non regola più solo soggetti e fattispecie circoscrivibili, l’agire burocratico diventa ancora più autoritario, perché di parte ma con effetti generali.

La mentalità burocratica del sistema parlamentare tedesco si è vista nella velocità con cui i deputati hanno accantonato il dibattito sull’emergenza. Certo, come abbiamo visto con Mario Galizia, discutere di emergenza significa discutere di sovranità, ma lo Stato democratico di diritto non deve avere paura di farlo. Il divieto fatto al popolo da Kant di «sostituirsi sottilmente sull’origine del potere», come ci ha mostrato Galizia, era una esigenza filosofica di tenuta del sistema, non una politica, infatti al rappresentante popolare della Repubblica lo stesso Kant attribuiva il potere di riforma. Così come hanno creato una sottocommissione parlamentare per

²²⁴ Decisione del novembre 2021, cit., marg. 145 s.

²²⁵ Nella citata ed esaminata decisione del novembre 2021, marg. 150.

la pandemia, hanno interpellato il Consiglio etico e potenziato l'istituto ufficiale di ricerca scientifica Robert-Koch, le forze di indirizzo potevano istituire un comitato di deputati di tutte le forze politiche per discutere almeno di un modello di funzionamento democratico del *Bundestag* nello stato di pandemia. E invece deputati poco lungimiranti hanno declinato l'invito autorevole del proprio Presidente in questa direzione, adducendo come argomentazione: 'nell'emergenza non si cambiano le regole' - peccato che l'emergenza le strapazzi comunque e che proprio i dibattiti parlamentari sarebbero stati importanti elementi di normalità.

Ma, come per l'appunto si diceva, l'agire burocratico non si nutre del dibattito perché sembra poco efficiente, piuttosto esso mette in risalto pericoli e contraddizioni per trovare velocemente i consensi, e insiste sulla drammaticità del fine per lasciare in ombra i mezzi che usa. Per questo alla gestione burocratica piace intendere la sovranità nei termini dell'equazione protezione-obbedienza, cui corrisponde l'equazione libertà-sicurezza a livello dei diritti fondamentali.

La relazione 'protezione in cambio di obbedienza' è estremante semplice, perciò, come ci ha detto Galizia illustrandoci la teoria di Hobbes, ha anche molto successo. Insistendo sulla paura, sulla perdita, sulle condizioni esistenziali vita o morte, desta l'interesse di tutti. Si rivela capace di giustificare una nuova teologia politica che nel suo afflato di salvezza semplifica i problemi e le lotte quotidiane. Questa però, come abbiamo letto in «La teoria della sovranità» è una concezione a-storica e aporetica per eccellenza, perché della sovranità dà una lettura contraddittoria anche nei fini, tanto è vero che il Leviatano viene creato per tutelare i diritti ma poi è lui stesso a metterli in pericolo. Un modello di sovranità che finisce per contrapporre gli elementi dello Stato di diritto a quelli dello Stato democratico, quando invece – abbiamo imparato da Mario Galizia - sono l'uno lo svolgimento dell'altro.

Che occasione si è fatto sfuggire il legislatore dello stato di pandemia! Finalmente tutti i cittadini avevano lo stesso fine: la propria salute. Se come abbiamo letto da Galizia esso fosse partito dalla concezione solidale dello Stato di cultura che si fonda sulla consapevole socievolezza dell'individuo più che non sulle sue tendenze psicologiche-solipsistiche, il legislatore avrebbe potuto fare leva sulla solidarietà dei consociati e trovare dei mezzi per la gestione della vita pubblica in uno stato di pandemia che ai divieti avrebbero potuto affiancare la partecipazione, l'iniziativa, l'inventiva e la spinta comunitaria presente tra i cittadini, come si è visto all'inizio della pandemia. Una solidarietà che poi invece, con il prolungarsi di uno stato di emergenza mai chiaro nella portata e nelle situazioni di urgenza, si è andato perdendo nella vita quotidiana che in qualche modo, per ognuno di noi, deve ripartire.

E invece il legislatore precipitosamente in cerca di soluzioni veloci e legali insieme, si è mosso sulla base della Legge di tutela dalle malattie infettive del 2000 (LTI/2000), il cui scopo autentico è quello di isolare soggetti ammalati o portatori del virus in una situazione di infezioni circoscrivibili. In questo modo il legislatore invece di cercare la solidarietà, si è posto sin dall'inizio in un'ottica di separazione e contrapposizione tra i consociati. E anche il giurista che dai ministeri,

dalle amministrazioni statali e in parlamento ha consigliato il legislatore politico²²⁶, arroccandosi nella sua proverbiale sistematicità, è rimasto nell'ottica della contrapposizione sino all'ultima modifica della LTI, anzi l'ha perfezionata con norme sempre più particolareggiate, perché di fronte ai limiti di azione postigli dal 'principio di distribuzione dello Stato di diritto' ha dovuto ponderare tra efficacia dei provvedimenti presi e violazione dei diritti individuali. A riprova di ciò, basta dire che la Corte costituzionale federale ha espressamente riconosciuto questo sforzo e ne ha fatto la base di legittimità costituzionale dell'operare del legislatore burocratico in pandemia.

Rimanendo in questa logica della efficienza burocratica, l'indirizzo politico invece di coinvolgere quanto più possibile i cittadini nella gestione della pandemia, li ha esortati a separarsi, a ridurre i contatti, a stare a casa per rimanere protetti, come ai tempi dei bombardamenti. L'indirizzo politico ha mancato di cercare misure basate sulla solidarietà, arroccandosi su una logica dell'emergenza di *bellum virorum contra omnes*, come ha scritto Häberle²²⁷, anche quando è stato chiarito (e piuttosto velocemente) dalla ricerca scientifica che il «nemico» non sarebbe scomparso e dunque sarebbe stato opportuno cominciare a discutere in base ad una logica di convivenza anche con il virus.

L'ottica dell'emergenza non è stata abbandonata nemmeno al convegno dei giuspubblicisti, né quando contro i provvedimenti della LTI si evocava la dimensione relazionale dei diritti fondamentali, né quando si è ricorso alla dignità dell'uomo di cui all'art. 1 Legge fondamentale.

Se, come ci ha fatto vedere Galizia, la relazionalità appartiene al diritto, essa appartiene anche allo Stato che si fonda sul diritto. Dunque non c'è bisogno di metterla sotto un «faro costituzionale» come hanno fatto i giuspubblicisti riuniti al convegno telematico del 2021. Così facendo, hanno finito per illuminare i diritti più per la loro funzione di tenuta (o negativa) che non il loro contenuto democratico (o positivo, partecipativo). E infatti il dibattito è sfociato non sui modi dell'esercizio della democrazia in base ai diritti in una situazione contingente di pandemia, ma sulla portata delle tutele e sulle procedure di esercizio giurisdizionali; non ci si è interrogati sui modi di partecipazione del cittadino, ma su quelli di tutela.

Quando in quella sede si è invocata la *Menschenbild* del *Grundgesetz*, l'immagine dell'uomo della Legge fondamentale, non ci si è accorti dell'aporia che ne sottende la generale interpretazione. L'art. 1 co. 1 *Grundgesetz* afferma la priorità assoluta della dignità umana in termini di inviolabilità e alla seconda frase poi fa obbligo a tutti i poteri dello Stato di rispettarla e tutelarla. Questo è tutto. Quando i giuspubblicisti per darne contorni giuridici positivi si appellano alle sentenze della Corte costituzionale federale, l'immagine dell'uomo del *Grundgesetz* diviene quella della Corte

²²⁶ Sul ruolo del governo nella legislazione cfr. K. v. BEYME, *Der Gesetzgeber*, Opladen 1997.

²²⁷ P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre*, in NJW 2021, 133.

costituzionale tedesca²²⁸. Essa, invece, va intesa, con Galizia, come struttura del patto fondamentale, e va intesa, con Hofmann, come promessa reciproca dei consociati²²⁹. Da questa prospettiva più ampia e colta, l'immagine dell'uomo richiama ai doveri di solidarietà i cittadini, che su di essa devono orientare l'esercizio dei diritti di libertà. Sottolineando l'aspetto costitutivo della dignità umana non solo i diritti fondamentali si rafforzano nel loro contenuto relazionale, positivo, oggettivo e partecipativo in maniera consona al loro esercizio mediante la sovranità costituita, ma sul piano teorico la conflittualità sociale non rimane più un presupposto dei diritti fondamentali semmai diventa una conseguenza eventuale, che con una adeguata cultura nell'esercizio positivo dei diritti può essere contenuta. Mario Galizia ci spiega con la sua ricostruzione storica proprio questo e cioè che in base al patto fondativo i diritti non sono armati l'uno contro l'altro, ma l'uno a favore dell'altro e su questa base lo svolgimento del sistema politico parlamentare significa autotutela.

Concepire i diritti fondamentali come basi dell'autotutela come fa Mario Galizia manda un altro importante messaggio alla giuspubblicistica tedesca. Se è vero che il diritto alla salute è un bene primario è anche vero che non spetta al giurista stabilire in che modo esso si relazioni con gli altri diritti. La gerarchia dei valori nella Costituzione non esiste, è una valutazione fatta dagli operatori giuridici che devono risolvere casi di conflitti, e se come metodo può valere nel caso singolo, quando si tratta di questioni di conflitto pubblico le valutazioni devono essere compiute dal rappresentante di tutti perché la scelta riguarda una questione generale. In altri termini: la diminuzione dei contatti tra le persone non è da valutare solo in base all'efficienza nei confronti della libera circolazione del virus covid-19, ma nei confronti della libera circolazione di tutte le persone; la salute non riguarda solo l'affrontare il virus covid-19 ma affrontare il virus insieme al mantenimento delle condizioni generali di salute di ognuno. Il fine deve rimanere ponderato sui mezzi. Il contrario significa imboccare la strada verso una dittatura.

L'opera di Galizia ci ricorda anche che pensando lo Stato *ab origine* si arriva a scegliere il sistema politico parlamentare. Della versione etica e culturale che sottende l'attaccamento di Galizia al sistema parlamentare, ci basta anche una piccola parte, per poter a ragione affermare, che anche di fronte all'emergenza della pandemia covid-19 il luogo per discutere in maniera trasparente e politicamente significativa delle misure da prendere che riguardano tutti è il parlamento. La decisione partecipata da tutte le istanze rappresentante costituisce il minimo democratico, la ragione relativamente più forte della decisione pubblica che deve saper coinvolgere²³⁰, «guadagnarsi» tutti i cittadini.

²²⁸ Come avvertiva già molto presto H. RIDDER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes. Zur Staatsreligion in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Demokratie und Recht*, 1979, nr. 2, 213 ff. E in effetti quando si parla di Menschenbild si cita sempre un lungo elenco di decisioni del Bundesverfassungsgericht.

²²⁹ H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, cit., 119.

²³⁰ M. MAHLMANN, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, in *VVDSRL*, cit., 92.

La scelta legalista dello Stato tedesco ha saputo impedire il Leviatano ma ha separato i cittadini tra loro nella società. Se ciò non ha preso risvolti politico-istituzionali è perché il pluralismo sociale e la stabilità economica hanno mantenuto le condizioni di pace sociale. In una dottrina che pensa che i pericoli per lo Stato partano dal basso, Galizia ricorda quelli che nascono quando si sottovaluta la sovranità democratica.

München, 15.12.2021

ABSTRACT

Il saggio ripercorre l'opera "La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese" di Mario Galizia per recuperare quegli elementi storici del concetto di sovranità che sono oggi utili per riflettere sul rapporto tra Stato e cittadini in generale e in particolare in una fase storica di pandemia nella quale la tutela da parte dello Stato del diritto alla vita dei cittadini sembra richiedere una concentrazione dei poteri nell'esecutivo al limine esterno dello Stato di diritto.

The essay retraces the work "The theory of sovereignty from the Middle Ages to the French Revolution" by Mario Galizia to recover those historical elements of the concept of sovereignty that are useful today to reflect on the relationship between state and citizens in general and in particular in a historical phase of pandemic in which the protection by the state of the right to life of citizens seems to require a concentration of powers in the executive at the outer limit of the rule of law.

PAROLE CHIAVE: sovranità, libertà, tutela, emergenza, Stato, pandemia, valori, legge, Galizia.

KEYWORDS: sovereignty, freedom, protection, emergency, state, pandemic, values, law, Galizia.