

14 gennaio 2013

Riflessioni su alcuni aspetti teorici della territorialità

di Paolo Costa

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico all'Università degli Studi di Milano - Bicocca

Abstract Nell'ambito della dottrina dello stato e della scienza giuridica, gli approcci allo studio dell'elemento territoriale sono stati diversi. Tuttavia la storia concettuale e la riflessione filosofica sembrano mostrare come le differenti teorie non possano offrire ricostruzioni dell'elemento territoriale aderenti alla realtà dello stato moderno se prescindono dai debiti concettuali verso la filosofia politica: e, in particolare, verso il moderno concetto di sovranità e la relativa teoria dell'obbligazione politica. In altri termini, la storia del concetto di territorio dello stato sembra dover essere compresa come un capitolo della storia della sovranità. In the scope of general theory of state and of law science, several theories have investigated the state territory. However, history of concepts and philosophical studies seem to demonstrate how those theories cannot offer reconstructions of the territory connected to the reality of the modern state if they do not take into account the conceptual debts towards the political philosophy: and in particular towards the modern concept of sovereignty and the related theory of political obligation. In different words, the history of the concept of state territory might be considered as a chapter of the history of sovereignty.

Sommario: 1. Statualità e territorialità. - 1.1. Sul piano storico. - 1.2. Sul piano razionale. - 2. Le diverse teorie sul territorio. - 3. Alcune brevissime riflessioni conclusive.

Statualità e territorialità.

Nell'ambito della dottrina dello stato e della scienza giuridica, diverse teorie hanno indagato il territorio dello stato tentando di offrirne una definizione dogmatica o quantomeno ricostruttiva^[1].

Ancor prima che il merito delle singole teorie, può essere utile premettere alcune considerazioni che in

fondo giustificano il fatto stesso che ci si occupi scientificamente del territorio statale. Alla considerazione di un osservatore ingenuo, infatti, la circostanza che ad uno stato corrisponda un territorio risulterebbe di tale evidenza da indurlo ad interrogarsi su quale reale esigenza teorica spinga ad indagare su di esso. Una tale considerazione dell'osservatore ingenuo conterrebbe una premessa vera ed un conseguente interrogativo legittimo.

Che ad uno stato corrisponda necessariamente un territorio è effettivamente circostanza non controversa. Tale è anzitutto sul piano dell'osservazione empirica, che non offre esempi plausibili di stati senza territorio. In questa regola, o sarebbe meglio dire "regolarità", è possibile distinguere stati che la dottrina internazionalistica definisce come "esigui" (come ad esempio la Repubblica di San Marino) che sono tuttavia ancora enti territoriali. Si danno poi rare ipotesi di enti non territoriali a cui è riconosciuta personalità di diritto internazionale, come ad esempio la Santa Sede e, per parte della dottrina e della giurisprudenza anche italiane, l'[Ordine](#) di Malta[2]. Per tali enti, tuttavia, sembra difficile poter parlare di statualità, più che per la mancanza dell'elemento territoriale, per la mancanza di prerogative di sovranità analoghe a quelle statali.

Ma che ad uno stato corrisponda necessariamente un territorio è circostanza non controversa anche sul piano della dogmatica teorico-statalistica e della dogmatica giuspubblicistica. La cosiddetta *Drei-elementen-lehre*, formulata più o meno implicitamente da Georg Jellinek nella sua fondamentale opera *Allgemeine Staatslehre* (1900)[3], è diventata punto di partenza di ogni tentativo di ricostruzione del fenomeno statualistico. È elemento teorico acquisito a tal punto che non si troverà manuale di diritto pubblico o di teoria dello stato che non faccia propria, anche solo implicitamente, la definizione dello stato quale ente che esercita poteri sovrani su di un popolo presente su un dato territorio.

E tuttavia, anche spese queste prime considerazioni, ci si può ancora domandare quale sia la ragione profonda che giustifica la territorialità del fenomeno statualistico. Ci si può in altri termini domandare se la considerazione empirica e la constatazione di una consolidata concettualità siano di per sé sufficienti ad interrompere l'indagine teorica; o se, invece, richiedano uno sforzo ulteriore volto a ricercare sul piano storico e, non meno, sul piano razionale, argomentazioni che presentino la territorialità degli stati come costante storica piuttosto che come esigenza razionale. È quanto si intende brevemente indagare nelle pagine che seguono.

1.1. Sul piano storico.

Il problema del territorio dello stato si è posto storicamente in modo diverso, in particolare nel passaggio dall'ordinamento premoderno all'ordinamento moderno.

L'epoca medievale è l'epoca degli ordinamenti universali. Chiesa e Impero, proprio in quanto ordinamenti universali, non pongono, sul piano teorico, un vero problema del territorio, o, quantomeno, lo pongono in termini sostanzialmente diversi rispetto a quanto avviene in epoca moderna. Il problema moderno del territorio è infatti problema proprio di una realtà caratterizzata da una pluralità di ordinamenti territoriali particolari ugualmente sovrani. Nondimeno, le strutture del potere medievale sono comunque strutture a base territoriale.

La Chiesa ha per definizione giurisdizione universale *in spiritualibus*. Non solo, ha giurisdizione sull'intera comunità dei battezzati e missione evangelizzatrice nei confronti di tutti i non battezzati[4]. I confini territoriali non ne definiscono pertanto la missione. Nondimeno, anche la Chiesa si articola al suo interno in realtà di natura territoriale: a base territoriale è infatti la medesima struttura di governo

della Chiesa (diocesi, parrocchie, chiese, etc.). Ciò riguarda tuttavia non già la missione della Chiesa e i destinatari di questa missione, bensì l'organizzazione della Chiesa quale istituzione visibile. Sappiamo infatti, come insegna ad esempio san Roberto Bellarmino, che la Chiesa Militante è anche istituzione visibile, non diversa da qualunque istituzione presente nel tempo[5], e come tale si articola di necessità anche nello spazio. In altri termini, una corretta ecclesiologia cattolica comprende la Chiesa nella sua dimensione istituzionale e giuridica senza con questo frustrare l'universalità del suo fine[6].

Quanto all'Impero, esso esaurisce in sé la civiltà: ciò che è fuori dall'Impero può essere tutt'al più oggetto di conquista e non è ancora pensato come soggetto uguale e libero sottoposto ad un comune ordinamento internazionale (si potrebbe parlare di rapporto internazionalistico diseguale, tenendo tuttavia presente che si sta usando non ancora del tutto propriamente, in termini giuridici, il riferimento all' "internazionalità"). In breve, l'ordine internazionale medievale è ordine eurocentrico che può essere sintetizzato, ricorrendo ad una rappresentazione schematica offerta da Carl Schmitt, come segue. Nel territorio europeo si dà l'ordine della *respublica christiana*, ripartito secondo il diritto territoriale del tempo (principati, signorie, città, castelli, chiese, monasteri, etc.). Il territorio dei popoli non cristiani e pagani è territorio di missione cristiana, che può essere oggetto di un incarico papale a favore di un principe cristiano. Gli imperi islamici sono considerati territorio nemico. L'unico problema di diritto internazionale in senso proprio è il problema della continuità dell'Impero romano nell'Impero bizantino[7].

Il problema del territorio nel Medioevo meriterebbe invero riflessioni approfondite, non possibili in questa sede. Ciò che invece si intende semplicemente evidenziare è come la territorialità sia anche nel Medioevo elemento che non fa difetto: anche nell'ordinamento medievale – ancorché non ancora dominato dalla statualità moderna e dal concetto suo proprio di sovranità - si dà comunque un nesso inscindibile e necessario fra strutture del potere e territorialità[8]. La *respublica christiana* ha un proprio ordinamento *interno* a base territoriale, ha la propria unità di ordinamento e di localizzazione (*Ordnung e Ortung*)[9].

È tuttavia con la nascita degli stati nazionali che il territorio assume fondamentale valore, anche teorico, con riguardo al fenomeno statualistico.

La nascita degli stati nazionali europei è fatta risalire (in qualche misura convenzionalmente) alla pace di Vestfalia (1648) che pone fine alla cosiddetta Guerra dei Trent'anni. I Trattati hanno comportato il definitivo venire meno della *respublica christiana* quale ordinamento universalistico e il conseguente emergere degli stati nazionali europei quali soggetti liberi ed uguali assoggettati ad un comune *jus publicum europeum* che ne regola i reciproci rapporti.

Con la nascita degli stati nazionali il problema del territorio diviene urgente poiché il territorio coincide ora con i diversi spazi di sovranità che hanno il non secondario effetto pratico di porre fine alla guerra interna di religione che ha caratterizzato gli ultimi anni della *respublica christiana*. Il capitolo non può essere affrontato in questa sede poiché più che il problema del territorio interessa anzitutto il problema della sovranità: ciò che caratterizza il passaggio dal Medioevo alla modernità è infatti l'affermarsi del moderno concetto di sovranità, e, in particolare, del concetto assolutistico di sovranità, concetto volontaristico che va a sostituirsi al precedente ordine non volontaristico[10].

È utile tuttavia, per comprendere la rilevanza che assumono i confini territoriali in questo nuovo scenario europeo, soffermarsi un istante sulla variazione intervenuta circa aspetti fondamentali di un fondamentale concetto del diritto internazionale, il concetto di guerra. Lo *jus publicum europeum*, che in quest'epoca si afferma, comporta un superamento del problema della giusta causa di guerra (*justa causa*) e pone al centro del diritto di guerra il problema del giusto nemico (*justus hostis*). In una realtà di stati ugualmente liberi e sovrani, la guerra assume vieppiù le sembianze di un duello, che va regolarmente dichiarato ed ingaggiato, e sempre meno le sembianze di una disputa teologica. La guerra

diventa una *guerre en forme*, “e ciò solo per il fatto che essa diventa guerra tra Stati europei chiaramente delimitati sul piano territoriale, ovvero un confronto tra entità spaziali raffigurate come *personae publicae*”[\[11\]](#).

Il territorio dello stato diviene allora il luogo della pacificazione, il luogo dove si dispiega la sovranità, dove la decisione sovrana pone fine al conflitto interno e garantisce l’unità di volontà sul piano esterno innanzi ad unità di volontà ugualmente sovrane. Il significato ed il valore del territorio pertanto mutano, ma mutano non già in virtù di uno sviluppo interno allo stesso concetto di territorio, bensì per il riverbero che ha su di esso l’affermarsi del moderno concetto di sovranità.

In conclusione, si può affermare che negli svolgimenti storici la relazione fra strutture del potere e territorialità sia una costante. Muta invece, e muta significativamente, la rilevanza teorica e pratica del territorio in ragione degli sviluppi della moderna sovranità.

1.2. Sul piano razionale.

Ci si può poi domandare se si dia una giustificazione che imponga la territorialità dello stato come esigenza razionale.

Contributi teorici di grande importanza mostrano che la risposta potrebbe essere affermativa.

In quello che è uno dei suoi lavori più importanti, il *Nomos della terra*, Carl Schmitt ha sottolineato la natura tellurica del diritto. **“La terra – scrive Schmitt in apertura del libro - è detta nel linguaggio mitico la madre del diritto. Ciò allude ad una triplice radice dei concetti di diritto e di giustizia”**[\[12\]](#).

Vediamo qual è per Schmitt questa triplice radice. Anzitutto, la terra fertile reca dentro di sé una misura di giustizia: esiste un’intima proporzione tra la fatica e il lavoro che l’uomo dedica alla terra e la ricompensa in termini di crescita e di raccolto. Il terreno dissodato e coltivato, la delimitazione di prati, campi e boschi, la rotazione delle colture, mostrano poi misure e regole che scandiscono il lavoro dell’uomo sulla terra. La terra infine reca sul proprio suolo recinzioni, confini, edifici, rendendo evidenti le localizzazioni della convivenza umana. “Così – scrive Schmitt - la terra risulta legata al diritto in un triplice modo. Essa lo serba dentro di sé, come ricompensa del lavoro; lo mostra in sé, come confine netto; infine lo reca su di sé quale contrassegno pubblico dell’ordinamento. Il diritto è terraneo e riferito alla terra”[\[13\]](#).

Per contro, a conferma della natura terranea del diritto, non è data una *giuridicità naturale* propria del mare: il mare è libero e deve essere aperto a tutti per le diverse attività umane, in particolare per la pesca, per la navigazione, per la belligeranza[\[14\]](#).

Tale concezione tellurica del diritto pone un evidente rapporto di necessità tra ordinamento e territorio, rinvenendolo addirittura nelle “fonti mitiche del sapere storico-giuridico” e giungendo ad una ricostruzione dell’origine terranea degli ordinamenti che si potrebbe definire archetipica[\[15\]](#).

Ma radici teoriche ancor più significative per lo stato moderno si trovano nel *Leviathan*. Hobbes - può affermarsi senza particolari dubbi - è il principale teorico dello stato moderno. Il *Leviathan*, in particolare, contiene pressoché l’intero sistema concettuale che fonda, attorno al concetto di rappresentanza, la moderna teoria dell’obbligazione politica[\[16\]](#).

Qui interessa tuttavia soffermarsi su un punto in particolare. Nel *Leviathan* la proprietà è un diritto costituito da un atto di *distribuzione* del sovrano. In questa distribuzione, la prima legge riguarda la divisione della terra[17]. Prima dell'istituzione del potere sovrano, nello stato di natura, dove vige il *bellum omnium contra omnes*, ognuno ha un diritto su tutto, non è dato né mio né tuo, ogni uomo ha diritto a ciò che riesce ad ottenere e conservare per sé. Dopo l'istituzione del potere sovrano, il mio e il tuo sono invece decisi dalle leggi civili con un atto, appunto, di distribuzione. “Lo sapevano bene quegli antichi – scrive Hobbes - che chiamavano νόμος (vale a dire distribuzione) ciò che noi chiamiamo legge e definivano la giustizia come il distribuire ad ognuno il suo”[18]. Ma prima della distribuzione è necessario un atto di presa di possesso: la presa di possesso territoriale è atto presupposto non solo di uno *stato per acquisizione*, ma anche dello *stato per istituzione*, come mostra Hobbes citando gli esempi dei figli di Israele e di Guglielmo il Conquistatore[19].

Nei rapporti tra stati, dove non è data un'istanza sovrana superiore, la presa di possesso territoriale continua a vigere negli stessi termini dello stato di natura: alla difesa dell'incolumità individuale e di quanto si è potuto ottenere con la forza, si sostituisce, sul piano internazionale, la difesa dei confini territoriali. “In questo contesto – si legge nel *Leviathan* – non ho bisogno di dire nulla a proposito dei compiti di un sovrano nei confronti degli altri sovrani, che sono compresi, a livello giuridico, in quello che viene comunemente chiamato il *diritto delle nazioni*, perché il diritto delle nazioni e la legge di natura sono la stessa cosa. Nel procurare la sicurezza del popolo ogni sovrano ha lo stesso diritto che ogni uomo particolare può avere nel procurarsi la propria sicurezza, e la stessa legge che detta agli uomini privi di governo civile quello che devono fare e quello che devono evitare di fare l'uno nei confronti dell'altro, detta le stesse cose agli stati”[20].

Tale concezione presenta *in nuce* possibili e suggestive implicazioni geopolitiche e rappresenta una delle possibili chiavi metodologiche di una lettura realista delle relazioni internazionali. Essa è rilevante anzitutto in quanto, rispetto a concezioni archetipiche, mitiche, simboliche, etc., è una concezione più propriamente politica, e politica in senso moderno, fondata su una ricostruzione razionale (ma non ancora razionalista) della fenomenologia statale.

La stesso Schmitt, tuttavia, pare scorgere anche in questi passi - e nel *Leviathan* in generale - alcunché di elementare, di arcano. Schmitt enuclea da tale concettualità profili evocativi di azioni elementari (*Nehmen, Teilen, Weiden*, le tre azioni del *nomos*, traducibili come *appropriazione, divisione, produzione*[21]) che valgono a gettare lo sguardo al di là di ogni comprensione razionalistica della sovranità moderna. Di più: l'intero *Leviathan* è per Schmitt un libro “in tutto e per tutto esoterico”[22].

E tuttavia, tale lettura esoterica pare da imputare più ad una fase scientifica della traiettoria di ricerca del giurista tedesco[23] che all'esistenza di un vero *arcanum* del *nomos*.

Le azioni del *nomos* sono una verità facilmente conoscibile con una semplice considerazione realistica dell'ordine naturale delle cose. In questo senso sono una lampante verità di ragione. Schmitt stesso afferma che l'uomo è un essere che “calca la terra” e che ciò “determina il suo punto di vista, le sue impressioni e il suo modo di vedere il mondo”[24]. Per tale ragione, anche le forme della sua vita organizzata sono *naturaliter* terrestri.

A questa considerazione, tuttavia, Schmitt dovrebbe fermarsi, per non spingersi là dove egli stesso non intendeva spingersi, “oltre le soglie dell'escatologico”[25].

Le azioni della presa e della distribuzione della terra sono bensì azioni elementari, ma non già arcane. Sono azioni a contatto con momenti pre-politici dell'esistenza umana, e, forse, con momenti in cui pare dissolversi ciò che chiamiamo civiltà: il bisogno elementare le domina.

Ma tutto questo non è un *arcanum*.

Le medesime azioni sono precisamente descritte con la calma propria della ragione da un autore dell'*Aufklärung* quale Kant[26].

E, più ancora, la misurazione della terra, che ne darebbe per Schmitt il *nomos*[27], e l'apposizione di confini al mare, che ne contengano la naturale antinomia, sono azioni che la Rivelazione attribuisce direttamente a Dio. Si legge nel Libro di Giobbe: “Dov’eri quando gettai le fondamenta della terra? Dillo, se sei tanto esperto! Chi fissò le sue misure? - di certo lo sai! – Chi vi tese sopra la corda? In che cosa furono immersi i suoi basamenti? Chi gettò la sua pietra angolare, mentre le stelle del mattino gioivano insieme e tutti i figli di Elohim applaudivano? Quando Jam [*il mare*] eruppe fuori dalle porte, e uscì prorompendo dal grembo, io gli misi come abito le nubi e i nubi come fasce; gli imposi la mia legge, disposi spranghe e battenti e dissi: «Fin qui giungerai e non oltre! Pongo un litorale contro l’arroganza delle tue onde!»” (Giobbe, 38, 4-11)[28]. Innanzi alla rivelazione di un atto di Dio (l’atto della Creazione), spingersi alla ricerca dell’*arcanum* in esso racchiuso significherebbe, appunto, spingersi “oltre le soglie dell’escatologico”, probabilmente non verso la realtà, ma (è modesta opinione di chi scrive) verso un’irreale gnosi.

Giungendo a delle prime conclusioni, sembra potersi affermare che le due grandi concezioni ora descritte possono dirsi la riprova dell’esigenza razionale di pensare la territorialità come essenziale alla statualità.

Da un lato, si dà una concezione elementare che vede la terra come elemento necessario della giuridicità. Concezione la cui portata archetipica e simbolica sembra tuttavia da doversi ridimensionare una volta osservata alla luce della ragione e della Rivelazione.

Dall’altro, si dà la concezione politica in senso moderno che vede il territorio come luogo razionalmente necessario della sovranità.

La territorialità sembra dunque un indefettibile postulato per pensare gli ordinamenti giuridici e per pensare il moderno stato sovrano.

2. Le diverse teorie sul territorio.

All’interno della dogmatica giuridica e teorico-statualistica possiamo enucleare diverse teorie che tentano di definire, sul piano teorico e concettuale, il territorio dello stato.

Vi sono teorie che descrivono territorio e stato come oggetto, il primo, e soggetto, il secondo, di uno specifico rapporto. In questa prospettiva, lo stato *non sarebbe*, anche, un territorio, ma lo stato *avrebbe un territorio*. Tali teorie possono distinguersi in ragione della diversa natura del rapporto tra stato e territorio.

Vi sono teorie che pensano il rapporto tra stato e territorio anzitutto come un rapporto giuridico e, segnatamente, come un rapporto giuridico di diritto privato. Si pensi in modo particolare alle teorie patrimonialistiche (e al cosiddetto *Patrimonialstaat*), teorie dalla matrice premoderna che affondano le loro radici in un sistema concettuale, quello medievale e feudale, che non conosceva una distinzione netta, quale quella moderna, tra diritto pubblico e diritto privato.

Vi sono teorie che pensano il rapporto tra stato e territorio in termini di rapporto di potere politico,

dunque, in definitiva, di rapporto giuspubblicistico. Il territorio diviene il luogo in cui il sovrano esercita il suo potere pubblico. Il paradigma del rapporto tra il sovrano e il suo territorio non è più quello privatistico della proprietà (il *dominium*) ma quello giuspubblicistico di un potere autoritativo delimitato territorialmente (l'*imperium*). Questa prospettiva è esattamente la prospettiva moderna e nel trattarla, come sopra si è già accennato, il problema del territorio passa inevitabilmente in secondo piano, restando assorbito nel problema della sovranità e della sua genesi moderna. Su di essa si tornerà tra breve.

Vi sono poi teorie che non pensano stato e territorio come soggetto ed oggetto, dunque in termini di rapporto, ma pensano il territorio come elemento costitutivo della statualità, dunque in termini di coesistenzialità. Secondo queste teorie, lo stato *non ha* un territorio *ma è*, anche, un territorio.

La prima di queste teorie è la già citata *Drei-elementen-lehre* formulata da Jellinek nella sua *Allgemeine Staatslehre*: “Lo Stato è l’unità di associazione di uomini con sede fissa, dotato di un potere di dominazione originario”. Notissima, presupposta – se non espressamente formulata - pressoché in ogni manuale di diritto pubblico, costituisce acquisizione certa della teoria generale e in questa sede non necessita indugiare su di essa.

Ancorché con molte cautele concettuali, può probabilmente ricondursi a questa categoria anche la dottrina smendiana dello stato come integrazione. In particolare, nella complessa dottrina di Rudolf Smend, il territorio dello stato potrebbe essere pensato, in particolare nei suoi elementi simbolici, come fattore di integrazione materiale. L’olismo dinamico della dottrina dell’integrazione, la sua impostazione secondo le scienze dello spirito, il suo tentativo di comprendere il fenomeno statualistico come un contenuto ideale di senso, non consentono tuttavia una formulazione specifica del problema del territorio. Con riguardo ai singoli elementi dello stato, alla dottrina smendiana può muoversi la critica che formulò Hegel a proposito della metafisica di Schelling: rischia di essere una notte in cui tutte le vacche sono nere. Analoga difficoltà sembra essere evidenziata da Costantino Mortati a proposito della sovranità: “Il riferimento, che si trova nello Smend, ai supremi valori politici, che sono in essa [*la costituzione*] positivizzati, non vale a conferirle il ricercato carattere della permanenza, in quanto i valori stessi non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore, ma sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad un incessante mutamento”^[29].

Vanno infine considerate le dottrine normativiste, e, parlando di dottrine normativiste, ci si riferisce anzitutto, ovviamente, ad Hans Kelsen ed alla sua *reine Rechtslehre*. Su tale dottrina è necessarie soffermarsi un istante, per l’enorme influenza da essa esercitata sulla scienza del diritto pubblico del ‘900.

La peculiarità di questa dottrina è la negazione dello stato come datità ontologica attraverso la risoluzione del relativo concetto in quello di ordinamento giuridico: in altri termini, lo stato coinciderebbe *sic et simpliciter* con l’ordinamento giuridico. In questa prospettiva, il territorio diviene oggetto di una concezione formalista e positivista: il territorio coinciderebbe con la sfera di validità spaziale dell’ordinamento.

Sintetizzata in questi termini, la dottrina kelseniana è effettivamente riduzionista e meramente descrittiva: non si preoccupa di fornire una qualche ricostruzione del territorio dello stato, ma si limita a presentarlo secondo un apprezzamento meramente descrittivo di quanto pacificamente può dirsi osservando gli ordinamenti giuridici nazionali. La dottrina kelseniana non va tuttavia vista solo in questa sua più limitata ricaduta teorica. Essa si fa invero più interessante se considerata dal punto di vista internazionalistico, che ne coglie in effetti il vero intento.

La teoria kelseniana è teoria normativista, fa coincidere cioè il diritto con le norme. È inoltre teoria positivista: considera come proprio oggetto di indagine le sole norme che possano considerarsi “vigenti” (concetto che in termini di teoria generale può tradursi con quello di effettività). Quanto alla struttura

dell'ordinamento, Kelsen la concepisce come *Stufenbau*, come costruzione "a gradi". Ogni grado superiore contiene le norme sulla produzione normativa del grado inferiore. L'ordinamento è così concepito non già staticamente (un ordine dato) ma dinamicamente (un sistema di produzione normativa). Al vertice dello *Stufenbau* troviamo la *Grundnorm*, norma che chiude il sistema ma che non è a sua volta giuridica. La *Grundnorm* è ipotesi trascendentale nel senso kantiano del termine, è necessario postulato scientifico per poter pensare in termini normativi e positivi l'ordinamento. Il contenuto della *Grundnorm* può essere così sintetizzato: la coercizione sia esercitata nelle forme decise dal primo costituente, sia esso un'assemblea eletta o un usurpatore qualunque. È questa, in sintesi, la teoria illustrata da Kelsen nei suoi *Lineamenti di dottrina pura del diritto*.

Venendo all'ordinamento internazionale, Kelsen non vede grandi differenze qualitative tra quest'ultimo e gli ordinamenti nazionali. Già nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Kelsen definisce l'ordinamento internazionale come un ordinamento "primitivo", il quale "si trova solo all'inizio di un processo di sviluppo che l'ordinamento giuridico dello stato particolare ha già percorso"^[30]. In altri termini, ciò che distinguerebbe l'ordinamento internazionale dagli ordinamenti nazionali è l'aver percorso o meno la via che conduce al monopolio della violenza legittima: tale monopolio non è ancora dato a livello internazionale. Dal momento in cui è data una coincidenza qualitativa tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, si ripropone anche sul piano del diritto internazionale la ricostruzione a gradi con al vertice la *Grundnorm*. Ed ecco che se l'ordinamento internazionale non è altro che un ordinamento dinamico in cui ogni livello superiore disciplina le forme della produzione normativa del livello inferiore e che trova la propria unità in una *Grundnorm* mondiale, i singoli ordinamenti nazionali non sono che livelli inferiori di tale sistema di produzione dinamica del diritto, e il loro territorio pertanto non è altro che la loro sfera di validità spaziale. Questo concetto non è diverso dal concetto di competenza territoriale che ritroviamo generalmente nel diritto pubblico interno quale limite competenziale di un ordinamento sub-statale (ad esempio, il limite territoriale della legge regionale). È questa la teoria monista dell'ordinamento internazionale, che afferma cioè l'unità tra ordinamento internazionale e ordinamenti nazionali, in contrapposizione alle teorie che riconoscono l'esistenza di una pluralità di distinti e indipendenti ordinamenti ugualmente sovrani e comunque di una differenza qualitativa tra ordinamento internazionale e ordinamenti nazionali.

Tale teoria non può essere accettata acriticamente o acriticamente considerata priva di limiti.

In particolare, pare assunto indimostrato la coincidenza tra stato e ordinamento giuridico e dunque la negazione *tout court* della sovranità come problema giuridico.

L'assunto trascura la circostanza che il sistema concettuale dello stato moderno, che sappiamo con certezza trovare la sua definizione nel sistema filosofico-politico hobbesiano, ha, come fine, proprio la fondazione di una teoria dell'obbligazione politica, dunque la legittimazione di poteri di coercizione, che come tali non sono il diritto, bensì la garanzia della sua osservanza. Scriveva a questo proposito Hobbes: "I patti concordati da ogni uomo assembrato per la costituzione di uno stato, e messi per iscritto senza l'istituzione di un potere di coercizione, non costituiscono una ragionevole sicurezza per alcuno di coloro che così pattuiscono, né si debbono chiamare leggi, e lasciano ancora gli uomini nello stato di natura e di ostilità"^[31].

In altri termini, ciò che si vuole evidenziare è come l'indifferenza che la *reine Rechtslehre* mostra verso il problema della legittimità di un ordinamento mette in discussione la stessa comprensibilità di quell'ordinamento.

Il sistema giuridico moderno è concepito anzitutto come un sistema volontaristico, come un sistema di legislazione, di leggi date dal potere sovrano^[32]. È chiaro che tale comprensione dell'ordinamento giuridico è possibile solo in virtù di una analoga comprensione dell'ordine politico: *rectius*, ne è il

corollario. Al moderno concetto di stato quale “unità universale di decisione su un determinato territorio, la quale è perciò necessariamente unica e sovrana”^[33] consegue un sistema giuridico sintetizzabile nella massima hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem*, nella contrapposizione tra *voluntas* e *ratio*. Senza comprensione dell’*auctoritas* non è possibile alcuna comprensione della *lex*. Se la *lex* non è comprensibile quale *voluntas*, infatti, deve allora esserlo quale *ratio*. Ma ciò è proprio dei sistemi politici premoderni, la cui unità si fonda sull’unità *in sé* dell’ordinamento e non sull’unità della volontà sovrana. Si cade così in un’evidente aporia: per affermare l’indifferenza verso il problema della legittimità di un ordinamento, si tratta tale ordinamento secondo canoni che non ne consentono più la comprensione secondo la sua stessa legittimità. In altri termini, non è possibile fondare un ordinamento sulla volontà se prima non si legittima tale volontà.

3. Alcune brevissime riflessioni conclusive.

Svolgendo delle ultime riflessioni conclusive su quanto detto finora, si possono forse fissare alcuni punti.

La territorialità è essenziale tanto alla giuridicità quanto alla sovranità. Tuttavia, le diverse teorie sviluppate, in particolare dalla dottrina dello stato, non sempre paiono offrire ricostruzioni dell’elemento territoriale aderenti alla realtà dello stato moderno.

Il concetto moderno di sovranità determina ancora oggi la possibilità di pensare lo stato e la teoria dell’obbligazione politica che sta al suo fondamento; è pertanto difficile, da parte della scienza giuridica e della dottrina dello stato, tentare ricostruzioni teoriche che vadano al di là dei debiti concettuali verso la filosofia politica.

Sembra allora che il territorio dello stato vada compreso, ancora, in termini di rapporto politico. Nell’ambito della dottrina giuridica italiana sembra averlo ben colto Tommaso Perassi, il quale, con chiarezza magistrale, ha scritto: “Ogni Stato, ossia l’organizzazione della quale si concreta e per mezzo della quale si esercita la propria signoria sugli uomini, è stabilito in una località della superficie terrestre. [...] Territorio è la denominazione tecnica di codesto ambito. Territorio non significa estensione di terra: ma ambito di signoria. Lo *Staatsgebiet* è l’ambito di spazio in cui lo Stato attua il suo diritto di *gebieten*, ossia d’imperare. Signoria e territorio non sono un diritto ed un oggetto materiale, da esso distinto, ma un diritto considerato in sé, e l’ambito di spazio in cui si esercita un diritto di signoria. Quando si dice che lo Stato ha un territorio, non si dice altro se non che lo Stato ha un diritto di signoria nell’ambito di uno spazio determinato”^[34].

Lo stato non è proprietario di un territorio. Nella modernità lo stato non esercita anzitutto un *dominium* sulla terra, bensì un *imperium* sugli uomini.

Lo stato non è un territorio. Lo stato, come ogni realtà finita, esiste nel tempo e nello spazio. È pertanto, necessariamente, mortale (per usare ancora un’immagine hobbesiana) e territoriale. Non è tuttavia lo spazio che ne determina il *proprium*, bensì la *Herrschaft*.

Lo Stato esercita su un territorio definito il proprio potere sovrano. Il territorio dello stato è il luogo dove la sovranità *legittima* si dispiega. La storia del concetto di territorio dello stato è un capitolo della storia della sovranità.

[1] La letteratura sul punto è ovviamente vasta, ancorché non quanto quella sulla sovranità. Circostanza questa che pare confermare, seppur solo empiricamente, la tesi di fondo che si intende seguire nel corso di queste brevi riflessioni. Ad ogni modo, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano alcune opere che sembrano avere impostato il problema nella dottrina italiana, a loro volta registrando le principali teorizzazioni formulate nella *Allgemeine Staatslehre*. In particolare: S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902; T. Perassi, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912; T. Perassi, *Sul concetto di ente territoriale*, in *Il Filangieri*, 1913; D. Donati, *Stato e territorio*, Athenaeum, Roma 1924; C. Cereti, *Costituzione e territorio*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Cedam, Padova 1957.

[2] Sui soggetti del diritto internazionale in generale, si rinvia a B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 1999, pp. 11 e ss.

[3] Sul punto, A. Mattioni – F. Fardella, *Teoria generale dello Stato e della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2009, p. 95.

[4] Cfr. Marco, 16, 15-18.

[5] “*Ecclesia enim est coetus hominum ita visibilis et palpabilis, ut est coetus populi romani, vel regnum Galliae, aut respublica Venetorum*”, *De Ecclesia Militante*, T. I, Lib. 3, Cap. II, 75.

[6] Non cattoliche sono infatti quelle ecclesiologie critiche della dimensione giuridico-istituzionale della Chiesa: basti pensare alla nota posizione di R. Sohm, formulata nell’opera *Kirchenrecht* del 1923, per la quale il diritto della Chiesa sarebbe in contraddizione con l’essenza della Chiesa.

[7] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano 1991, p. 41.

[8] Tale nesso è dimostrato ampiamente, già dal titolo, dall’imponente opera dello storico austriaco O. Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Rudolf M. Rohrer, Baden bei Wien 1939. Traduzione italiana, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale*, Giuffrè, Milano 1983.

[9] È la nota formula sintetica coniata da C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 19 e ss..

[10] Sul punto, mi permetto di rinviare a P. Costa, *La società davanti allo stato. Una riflessione sull’obbligazione politica*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano 2011, pp. 201 e ss..

[11] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., pp. 164 e ss.. Gli sviluppi attuali del diritto di guerra sembrano tuttavia mettere in una qualche misura in discussione questo approdo giuridico con la riemersione delle logiche della guerra giusta. Ancorché la *justa causa belli* si cerchi oggi non più sul piano teologico bensì sul piano della guerra umanitaria e della guerra al terrorismo. È interessante a questo riguardo osservare le ricadute di questi sviluppi sul concetto costituzionale di guerra. A tale proposito, si segnala G. de Vergottini, *Guerra e attuazione della costituzione*, in *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna 2004.

[12] *Il nomos della terra*, cit., p. 19.

[13] *Ibidem*, p. 20.

[14] *Ibidem*.

[15] Ciò è ancor più evidente nelle pagine introduttive di *Terra e mare*, in cui Schmitt risale a legami elementari. Commentando tale opera schmittiana, F. Volpi mostra chiaramente la dimensione elementare, simbolica e a tratti esoterica che anima questa fase del pensiero del giurista tedesco: “Schmitt è teso verso l’elementare, verso l’arcano che vi si trova racchiuso” (*Il potere degli elementi*, saggio pubblicato in postfazione a C. Schmitt, *Terra e mare*, Adelphi, Milano 2002, p. 121). In questo senso, il pensiero schmittiano sembra avventurarsi alla ricerca di archetipi collettivi. Scrive il padre della psicologia analitica: “Le «dottrine primitive delle origini» [...] trattano degli archetipi in speciali accezioni. Certamente non si tratta più di contenuti dell’inconscio: essi si sono già trasformati in formule consce insegnate secondo la tradizione soprattutto in veste di «dottrina segreta», tipica forma di trasmissione di contenuti collettivi, originariamente derivanti dall’inconscio” (C. G. Jung, *Gli archetipi dell’inconscio collettivo*, Bollati Boringhieri, Torino 2011, p. 101).

[16] Sul punto, si rinvia principalmente agli studi di storia concettuale di G. Duso, in particolare, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari 1999

[17] Cfr. parte II, cap. XXIV, dall’evocativo titolo *La nutrizione e la procreazione di uno Stato*, e, in particolare, i paragrafi 5 e 6.

[18] *Leviatano*, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, p. 403.

[19] *Leviathan*, parte II, cap. XXIV, § 6.

[20] *Leviatano*, cit., p. 575.

[21] C. Schmitt, *Nehmen/Teilen/Weiden*, saggio tradotto e raccolto in *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 293 e ss.. In questo saggio del 1953, Schmitt riconduce al *nomen actionis* greco *nomos* (da cui il tedesco *Nehmen*), tre differenti azioni: prendere/conquistare, spartire/dividere, coltivare/produrre. Per Schmitt, queste tre azioni costituiscono “semplici, illuminanti e globali categorie di fondo” in grado di chiarire, superando i limiti delle specializzazioni, le vicende degli ordinamenti giuridici, economici e sociali: “Di fronte ad ogni ordinamento giuridico, economico e sociale, di fronte ad ogni dottrina giuridica, economica o sociale sorge la semplice domanda: dove e come si svolge qui l’atto del prendere? Dove e come quello del dividere? Dove e come quello del produrre?”.

[22] Così Carl Schmitt in un biglietto del 1938 ad Ernst Jünger (v., F. Volpi, *Il potere degli elementi*, cit., p. 121).

[23] Su tale fase, ancora, F. Volpi, *Il potere degli elementi*, cit.. Su di essa ha probabilmente influito la frequentazione degli scritti di Johann Jakob Bachofen, come sembra testimoniare la stessa prefazione de *Il nomos della terra* (p. 14)

[24] *Terra e mare*, cit., p. 11.

[25] Così Carl Schmitt in una lettera ad Alvaro d’Ors del 1951 (v., F. Volpi, *Il potere degli elementi*, cit., p. 145).

[26] *Metafisica dei costumi*, parte I (*La dottrina generale del diritto*), §§ 11 – 17. Cfr. I. Kant, *Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, UTET, Torino 2012, pp. 441 – 452. Tale ricostruzione kantiana è tuttavia considerata dallo stesso Schmitt “del tutto astorica” (*Il nomos della terra*, cit., p. 25), ancorché essa non sembri segnare grande distanza da quella hobbesiana,

differenziandosene principalmente – parrebbe - per affermare la sussistenza di un diritto di proprietà anche prima dell'istituzione della società civile, seppur avente natura provvisoria. Tale possibilità di una giuridicità pre-statuale sembra invero connotare la ricostruzione kantiana in senso più realista dello stato di natura hobbesiano.

[27] “Alle occupazioni di terra e alle fondazioni di città è infatti sempre legata una prima misurazione e ripartizione del suolo utilizzabile. Nasce così un primo criterio di misura che contiene in sé tutti i criteri successivi. Esso resterà riconoscibile fintanto che la costituzione rimarrà riconoscibilmente la stessa” (*Il nomos della terra*, cit., p. 23).

[28] È questa la traduzione del testo originale proposta da G. Borgonovo, *La notte e il suo sole. Luce e tenebre nel Libro di Giobbe. Analisi simbolica*, Pontificio Istituto Biblico, Roma 1995, pp. 286-288.

[29] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1998, p. 40.

[30] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, p. 151.

[31] *Elements of law*, parte seconda, I, 6.

[32] Tale concetto, impersonale e nondimeno volontaristico di diritto, è colto efficacemente dall'immagine schmittiana dello “stato legislativo”: “come «Stato legislativo» viene qui indicato un particolare tipo di sistema politico, la cui peculiarità consiste nel fatto che esso scorge l'espressione più alta e decisiva della volontà comune in *normazioni*, che vogliono essere diritto, che perciò pretendono di avere determinate qualità, e alle quali quindi devono essere subordinate tutte le altre funzioni, competenze e attività pubbliche. Ciò che, a partire dal XIX secolo, veniva inteso come «Stato di diritto» era in realtà soltanto uno Stato legislativo, e precisamente lo Stato legislativo parlamentare. La posizione di predominio e centrale del Parlamento riposava sul fatto che quest'ultimo, in quanto «corporazione legislativa», produceva queste normazioni con tutta la dignità del legislatore, del *législateur*”, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del “politico”*, cit., p. 211, 212.

[33] H. Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, testo raccolto e tradotto, a cura di P. Pasquino, in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano 1987, p. 183

[34] T. Perassi, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, cit., pp. 6, 7.