

Roberto Bin - Giovanni Pitruzzella

Diritto pubblico



VENTESIMA EDIZIONE



Giappichelli

PREFAZIONE ALLA VENTESIMA EDIZIONE

Anche quest'anno la pandemia da Covid-19 è rimasta in primo piano, specie per quanto riguarda alcuni problemi che sono insorti nell'applicazione delle misure governative (vedi per esempio la c.d. *direttiva Lamorgese*), spesso provocando decisioni dei giudici di merito che hanno richiesto precisazioni importanti da parte della Corte costituzionale (i singoli punti sono contrassegnati da uno dei *fili rossi* ¹² che, come si avverte nell'*Introduzione*, legano le varie parti del manuale). Ma ovviamente anche la guerra in Ucraina ha richiesto che fossero approfondite le spiegazioni sulla disciplina della emergenza bellica in Costituzione, sulla portata del c.d. *principio pacifista* e sulle implicazioni dell'adesione dell'Italia a organizzazioni internazionali di tipo difensivo.

La “ *riforma Cartabia*” della giustizia ha richiesto che fossero inseriti i primi aggiornamenti nel capitolo dedicato all'ordinamento giudiziario, almeno laddove la nuova normativa è già applicabile: cioè, sia per quanto riguarda la separazione delle carriere, sia per la modifica della disciplina del CSM.

Altri aggiornamenti importanti sono stati dedicati alla recente riforma del testo costituzionale, per ciò che riguarda gli artt. 9 e 41: sembra che l'emersione del tema delle “generazioni future” e della considerazione dei loro interessi (che già nell'edizione precedente avevano fatto comparsa a seguito di una nota decisione del tribunale costituzionale tedesco) ormai abbiano acquisito rilevanza concreta anche in Italia. Un accenno è stato introdotto anche allo scenario europeo del tema ambientale, cioè all'*European Green Deal*.

La rielezione del Presidente Mattarella ha persuaso ad affrontare con attenzione specifica il problema del secondo mandato del Presidente della Repubblica. Qualche considerazione è dedicata anche alle vicende dei *referendum* votati quest'anno, che registrano l'inedito attivismo delle Regioni nel promuoverli.

L'aggiornamento del testo cade proprio nei giorni dell'apertura della crisi del Governo Draghi. Di essa probabilmente non potrà darsi conto in questa fase, ma gli aspetti più rilevanti della vicenda verranno illustrati negli *aggiornamenti* inseriti nel sito del manuale.

Quanto al sito, le innovazioni preannunciate nelle edizioni precedenti sono ormai consolidate:

– il sito ospita una sezione che può essere autonomamente gestita dai docenti che adottano il manuale e che possono usarla per offrire ai propri studenti dispense, registrazioni di lezioni, esercizi, simulazioni di esami, materiali, ecc.;

– sono rese disponibili in un canale *YouTube* una serie di *introduzioni metodologiche* che aiutano gli studenti a meglio capire come studiare, offrendo loro una chiave di lettura del tema che stanno per affrontare. È un esperimento che sembra dare buoni frutti e incontrare l’approvazione di molti studenti: va a sommarsi agli altri “servizi” che il sito offre da sempre ai suoi utenti, cioè agli studenti.

Altre importanti innovazioni sono in corso di realizzazione.

ROBERTO BIN-GIOVANNI PITRUZZELLA

Luglio 2022

UN'INTRODUZIONE DA LEGGERE

SOMMARIO: 1. Diritto: ma che cos'è? – 1.1. Definizioni. – 1.2. Pluralità degli ordinamenti. – 1.3. Norme sociali e norme giuridiche. – 1.4. “Diritto” e punti di vista. – 2. Oggetto e funzione del diritto pubblico. – 3. Come si usa questo manuale. – 4. Come si studia il diritto pubblico.

1. DIRITTO: MA CHE COS'È?

1.1. *Definizioni*

Se si chiede ad un medico che cosa sia la “vita”, o la “salute”, è probabile che esiti molto a rispondere, che divaghi o si rifugi in una definizione “tecnica”, assai poco impegnativa. Così accade se si chiede ad un giurista cosa sia il “diritto”. Il diritto è ciò di cui il giurista vive, con cui opera quotidianamente, di cui è un tecnico più o meno eccellente e più o meno specialista: ma è assai probabile che non si sia mai interrogato sulla sua essenza, non ne abbia mai cercato una definizione appagante.

Per operare ogni giorno, il medico, come il giurista, si può accontentare di definizioni minime dell'oggetto della sua professione: il problema di indagare ulteriormente è lasciato ad altri. Il giurista lo delega alla *Filosofia del diritto* e procede tranquillamente con le sue definizioni “minimaliste”. Inizierebbe osservando che il termine “diritto” viene impiegato, nel linguaggio tecnico dei giuristi, in almeno due significati diversi: in senso *soggettivo*, esso indica una *pretesa* (in questo senso si dice usualmente “io ho il diritto di ...”, oppure “è un mio diritto!”); invece, in senso *oggettivo*, “diritto” indica *un insieme di norme giuridiche*, ossia un *ordinamento giuridico* (in questo senso si parla comunemente di “diritto civile” o di “diritto tedesco”). Naturalmente, tra i due significati vi è una forte interdipendenza: non ha senso che io pronunci la fatidica frase “è mio diritto”, usando “diritto” in senso soggettivo, se non ho in mente che quella mia *pretesa* trova riscontro in qualche *norma giuridica* che me la riconosca e mi dia gli strumenti per tutelarla. E, d'altra parte, è fuori dalla nostra immaginazione un “diritto”, nel senso di un ordinamento giuridico, che non abbia come suo principale scopo assegnare i “diritti”, in senso soggettivo, e apprestare gli strumenti per la loro tutela.

1.2. *Pluralità degli ordinamenti*

Definire il “diritto” (in senso oggettivo) come un insieme di *norme giuridiche* non risolve affatto il problema, ma lo sposta sulla definizione di “norma giuridica”. Noi siamo immersi in un discreto numero di “insiemi di norme”, ossia di “ordinamenti”: lo

siamo come cittadini europei, cittadini italiani, residenti in una certa Regione e in un certo Comune, fedeli di una qualche religione, soci di un certo circolo, appartenenti ad una società sportiva o ad un club di tifosi, iscritti ad un partito o ad un sindacato, componenti di una famiglia e, sebbene forse inconsapevoli, membri di un gruppo di amici o di conoscenti, anch'essi, come tutte le realtà appena citate, organizzati secondo un "codice" di regole di comportamento più o meno esplicite. Il diritto è lo strumento con cui la vita sociale si organizza al livello più embrionale come a quello più elevato.

Ogni nostro comportamento può essere giudicato secondo le regole di ciascun ordinamento, e non è detto che le regole siano compatibili e i giudizi coincidenti. Prendiamo il caso di Anna, che decide di andare a vivere con il suo ragazzo. La sua scelta – se è maggiorenne – è indifferente per lo Stato, che le riconosce la libertà di decidere e, anzi, le garantisce gli strumenti per difenderla: Anna si appresta a dare luogo ad una "famiglia di fatto" che, nel nostro ordinamento, non solo è lecita, ma è anche non priva di garanzie giuridiche. Ma per la sua famiglia no: per la famiglia, la scelta di Anna è inaccettabile ed è senz'altro condannata. Così anche per il circolo parrocchiale che Anna frequenta: anzi, questo suo comportamento le costa caro, la perdita del suo lavoro, come insegnante in una scuola materna cattolica. Per il Comune il comportamento di Anna non solo è lecito, ma, dando inizio ad un nuovo nucleo familiare, può essere il presupposto per concedere gli aiuti finanziari previsti in un apposito programma sociale di sostegno delle "giovani famiglie" a basso reddito. Le amiche invece "rompono" i rapporti, perché Anna ha compiuto questo passo senza consultarle (e lo ha fatto perché sa che il suo ragazzo non è "gradito"). Nella sua società di pallavolo invece sono tutti felici, perché il ragazzo gioca in serie "A", ecc.

Come si vede, la povera Anna si trova nei pasticci, perché la sua decisione fa scattare divieti, obblighi, premi, sanzioni ispirati da valutazioni diverse compiute da ognuno dei "suoi" ordinamenti. Con quali conseguenze? Il discorso delle conseguenze è interessante e consente di fare qualche passo avanti.

L'ordinamento familiare contiene una norma, ossia una regola di comportamento, che Anna ha violato, e che può suonare più o meno così: "da questa casa le ragazze se ne escono solo con regolare matrimonio". Ma la violazione di questa regola che cosa può comportare? La sanzione massima è l'espulsione: "vattene da questa casa!". Non diversamente reagiranno il circolo parrocchiale, la chiesa, la scuola, le amiche e le amiche della mamma: solo di espulsione (di "radiazione" o di "scomunica", che poi sono la stessa cosa) si può trattare. Questa è la sanzione massima che possono minacciare gli ordinamenti di cui Anna fa parte: tutti, salvo uno, lo Stato.

In altri tempi non avremmo ragionato così. La Chiesa cattolica, per dirne una, non limitava le sue sanzioni alla scomunica, come streghe ed eretici ben sanno: il fuoco era la via dell'espiazione e della purificazione. Anche le famiglie avevano ben altri poteri di correzione nei confronti dei figli snaturati. E non ragioneremmo così neppure oggi, se vivessimo in altre parti del mondo, per esempio dove la legge coranica funge da legge penale. Il che significa che i fenomeni giuridici, ciò che noi chiamiamo "diritto", sono qualcosa di fortemente legato alle coordinate geografiche e storiche. Nelle *nostre* coordinate, il diritto dello Stato si è differenziato dagli altri ordinamenti giuridici ed ha ottenuto un risultato formidabile: il monopolio della forza coercitiva. Il nostro ordinamento statale riconosce e garantisce le "**formazioni sociali**", ossia gli altri ordinamenti che si formano nella società: ma solo il diritto statale può prevedere, come sanzione

alla propria violazione, l'uso della coercizione fisica, cioè l'arresto e il carcere; chiunque altro intendesse imporre con la forza il rispetto delle proprie regole compirebbe un reato, cioè una violazione del diritto dello Stato, con conseguente sanzione coercitiva.

1.3. *Norme sociali e norme giuridiche*

Tutte le definizioni sono convenzionali, tanto più lo sono quelle di "diritto". Oggi, il giurista a cui chiedessimo di definirci il "diritto" non esiterebbe a dirci che ciò che chiamiamo "diritto" è l'insieme delle regole poste dallo Stato, e fornite quindi della "sua" sanzione, la coercizione. A ciò corrisponde la stragrande parte della sua esperienza professionale. Ed in effetti le materie giuridiche che si studiano all'Università, salvo quelle storiche o filosofiche, sono tutte attinenti a sottoinsiemi di norme poste dallo Stato (diritto civile, penale, amministrativo, processuale, commerciale, ecc.) o da soggetti in qualche modo derivati dallo Stato (il diritto internazionale e quello dell'Unione europea, da un lato, e il diritto regionale, dall'altro): l'unica eccezione è forse il *Diritto canonico*, che studia l'insieme delle regole poste dalla Chiesa cattolica. Il "diritto" posto dalle altre istituzioni sociali, dalla famiglia alle associazioni, dai partiti alle società, non ci appare fatto di "norme giuridiche", se non laddove sia il diritto dello Stato a richiamarlo e riconoscerlo come "diritto" da applicare (per esempio, i rinvii che gli artt. 2363 ss. cod. civ. fanno allo statuto della società). Esse sembrano piuttosto *norme sociali*, che saranno sì anch'esse sanzionate, ma con sanzioni, appunto, sociali, che culminano con l'espulsione dal gruppo e non possono andare oltre.

La percezione comune è questa: da un lato, sta il diritto "vero", quello dello Stato (o derivato dallo Stato), fatto di "vere" norme giuridiche, il cui rispetto è garantito dal ricorso alla "forza pubblica"; dall'altro, stanno i fenomeni pre- o paragiuridici, costituiti da norme non propriamente giuridiche, ma sociali, come squisitamente sociali sono le reazioni che si producono quando siano violate. Se uno non cede il passo ad una signora, non viene prelevato dai carabinieri e sbattuto in carcere: al massimo farà la figura del cafone e verrà ignorato dalla "società". Ai tempi di Balzac essere esclusi dalla "società" significava la morte civile, e forse anche il tracollo economico. Oggi non significa molto: la reazione sociale è fiacca e nessuno più considera "giuridiche" le regole di *bon ton*. Infatti, chi cede più il passo alle signore?

Ma naturalmente, se ogni concetto di diritto è legato alle coordinate storiche e geografiche, lo è anche il *nostro* concetto di diritto, imperniato sullo Stato. È un concetto caduco, destinato ad essere superato: e già oggi i segni della decadenza sono evidenti, di fronte all'integrazione europea, da un lato, e, dall'altro, di fronte ad un processo di globalizzazione dei mercati e delle comunicazioni che sta mostrando tutti i limiti di una regolazione "giuridica" legata agli Stati. Il bombardamento dell'Iraq in nome della lotta contro i "terroristi" è forse una sanzione per la violazione di una regola giuridica? E se sì, una regola giuridica di quale diritto? I segni di una trasformazione della nostra stessa esperienza del diritto non sono pochi e appaiono in fenomeni di grande importanza. Perciò, a questi nuovi fenomeni si accennerà spesso nel corso di questo manuale: ciò non toglie però che esso resterà nell'alveo della tradizione nel considerare come "diritto" solo quelle regole per la cui violazione si possa adire un giudice e invocare una sanzione.

1.4. "Diritto" e punti di vista

Il termine "diritto", oltre a indicare cose diverse se usato in senso "soggettivo" o in senso "oggettivo", indica una cosa ancora diversa se usato per designare una "materia" di studio. Qui si sta introducendo un manuale di "diritto" pubblico, inteso certo non come "pretesa", né come "insieme di norme", ma come disciplina di studio: altrettanto si fa nei libri di diritto penale, civile, o di "diritto" romano.

Anche questo uso del termine "diritto" è lecito e tecnicamente corretto, ed anch'esso ha relazioni strette con la nozione di "diritto" in senso oggettivo. Chi insegna, per esempio, diritto penale o diritto commerciale ha come riferimento un insieme di regole di comportamento poste dallo Stato e "garantite" da sanzione. Ma per lui il diritto penale è molto di più, perché comprende un "sistema" di lettura di quelle regole: queste vengono esaminate, interpretate, legate l'una all'altra da rapporti di coerenza e di mutua interdipendenza; vengono scoperti principi comuni che le saldano insieme, attorno a determinati interessi o valori di cui ognuna di esse è espressione ed attuazione; e questi principi comuni a loro volta si saldano con altri principi e possono suggerire l'esistenza di altre regole che, magari, il legislatore non ha mai scritto, ma non sono che la logica espansione del principio stesso. Insomma il diritto è assai di più dell'insieme delle regole che lo Stato ha posto, perché è anche l'insieme delle interpretazioni che di esse hanno dato i giudici chiamati ad applicarle nei casi specifici (la c.d. "**giurisprudenza**") e gli studiosi che si sono sforzati di ricreare attorno ad esse un sistema coerente (la c.d. "**dottrina**"). E tutto ciò è altrettanto "diritto" di quanto lo siano le regole poste dallo Stato; e bene lo sa anche il nostro giurista pratico, a cui abbiamo richiesto all'inizio che cosa significhi la parola "diritto": mai si avventurerebbe ad invocare l'applicazione di una norma giuridica senza prima guardare a come essa sia stata in precedenza interpretata da dottrina e giurisprudenza.

In fondo, il "diritto" inteso come materia non è cosa troppo diversa dal "diritto" inteso come insieme di regole. Tutto infatti gira attorno all'esigenza di elaborare una norma che regoli un certo comportamento: semplicemente si constata che per assolvere a questo compito non basta "leggere" ciò che il legislatore ha scritto, ma bisogna compiere operazioni assai più complesse. Ma se noi chiedessimo cos'è il "diritto", mettiamo, ad un sociologo – non ad un sociologo generico, ma proprio ad un cultore della *Sociologia del diritto* – rischieremmo di ricevere una risposta spiazzante. Ci potrebbe dire che, *dal suo punto di vista*, il "diritto" non è che una delle possibili tecniche di controllo sociale, attraverso le quali un certo soggetto (che potrebbe essere l'apparato politico che governa, ma anche – perché no? – quella inquietante casta sacerdotale che sono i giuristi) cerca di condizionare e guidare i comportamenti degli individui, risolvendo i conflitti che sorgono tra essi. Per lui quello che si svolge nelle Facoltà giuridiche potrebbe non essere altro che una lunga e difficile pratica di iniziazione, attraverso la quale nuovi "sacerdoti" vengono addestrati a perpetuare un linguaggio criptico e un po' magico a cui però, in certi posti o in certe fasi storiche, gli individui sono disposti a prestare fede; e potrebbe aggiungere che, da questo punto di vista, il "diritto" sta dando segni di cedere il passo, almeno in certi settori, ad altri strumenti di controllo sociale, come la pubblicità commerciale per esempio.

Se poi noi ci rivolgessimo ad un filosofo – anche qui, non ad uno "generico", ma

proprio ad uno studioso di *Filosofia del diritto* – potremmo ricevere risposte non meno spaesanti. Potremmo sentirci dire che il diritto è un sistema di segni e come tale va analizzato; oppure che è espressione di una legge naturale, dalla quale il legislatore non è libero di discostarsi; oppure che è il comando del sovrano o un insieme di enunciati deontici e così via. Non c'è nulla di strano: le definizioni non sono “vere”, ma servono e vanno apprezzate per la loro utilità. Come strumenti, non sono apprezzabili se non in vista di un fine: quindi, per ogni fine c'è almeno una definizione utile, “giusta”.

E così siamo ritornati al punto di partenza. Per i fini del giurista pratico, la definizione del diritto come insieme di regole va più che bene: le idee che del diritto gli prospettano sociologi e filosofi gli sembreranno troppo astratte per essere utili, semplici schizzi, immagini stereotipate troppo lontane dalla sua esperienza, semplificazioni eccessive di una realtà della cui complessità egli è ben conscio. Il suo problema sarà anzi ancora più concreto: non già chiedersi cosa sia il diritto in astratto, ma quale sia il diritto da applicare ad un problema specifico e concreto. Qual è il diritto – cioè l'insieme di regole – applicabili ad *internet*, per esempio? È questa la ragione che porta chi inizia il corso di un qualsiasi “diritto” (inteso come materia) a dichiarare innanzitutto quali sono le “fonti” delle regole che quella specifica materia disciplinano. Poi, ogni tanto, il lavoro del pratico inciampa in qualcosa di non classificabile, come un codice di autoregolamentazione di qualche corporazione professionale (i giornalisti, per esempio, o i *provider* di *internet*), una regola contrattuale applicabile al commercio internazionale, elaborata da qualche autorevole organismo privato, o un corpo di regole mai scritte sulla cui base una corte internazionale pretende di giudicare i misfatti del dittatore di turno. E allora gli sorge immediatamente la domanda: questo è diritto?

2. OGGETTO E FUNZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO

Premesso che tutto (o quasi) il diritto che si insegna nelle Università è diritto dello (o derivante dallo) Stato, una grande divisione viene tracciata tra due famiglie di “diritti”, ossia tra due sottoinsiemi di norme: il *diritto pubblico* e il *diritto privato*. La differenza è indicata in ciò: mentre nel *diritto pubblico* si tratta, oltre che dell'organizzazione dei pubblici poteri, dei rapporti tra l'*autorità pubblica* ed i *privati* – rapporti dominati dalla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato – nel *diritto privato* si tratta dei rapporti tra soggetti *privati*, che stanno in posizione di *parità*. È una classificazione tradizionale che fa acqua da tutte le parti, ma non produce danni, perché serve solo come indicazione di massima per orientarsi tra le materie di insegnamento.

Dal ceppo del *diritto privato* derivano il *diritto civile*, il *diritto commerciale*, il *diritto del lavoro*, il *diritto industriale*, il *diritto di famiglia*, ecc. Dal ceppo del *diritto pubblico* derivano invece il *diritto costituzionale*, il *diritto amministrativo*, il *diritto ecclesiastico*, il *diritto tributario*, il *diritto penale*, ecc.

L'oggetto specifico dell'insegnamento del diritto pubblico è costituito essenzialmente dai principi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. Può essere diviso in sei argomenti:

– l'*organizzazione costituzionale* dello Stato, ossia i rapporti tra gli organi costitu-

zionali (il Parlamento, il Governo, il Presidente della Repubblica, ecc.: la c.d. *forma di governo*) e quelli tra l'apparato dello Stato e il popolo (la c.d. *forma di stato*);

– l'*organizzazione della pubblica amministrazione*, sia a livello statale che regionale e degli enti locali;

– le *fonti del diritto*, ossia i meccanismi con cui si producono le norme giuridiche nell'ordinamento italiano;

– i *provvedimenti amministrativi*, ossia gli atti di applicazione delle leggi da parte della pubblica amministrazione;

– le *libertà* e i *diritti costituzionali*;

– la *organizzazione della giustizia* e, in particolare, il funzionamento della *giustizia costituzionale*.

Su questi argomenti si impernia anche questo manuale.

3. COME SI USA QUESTO MANUALE

Questo manuale ha alcune caratteristiche pensate per facilitare lo studio.

Innanzitutto è diviso in due percorsi. La ragione di questa scelta è duplice. La prima è che bisogna dare un ordine coerente all'esposizione degli argomenti, cosa non sempre facile. I problemi sono sempre connessi e intrecciano questioni e prospettive diverse. Tuttavia è necessario che gli argomenti seguano un filo logico. In genere, nel diritto pubblico, questo filo ha due possibili capi: da una parte, può iniziare dall'esposizione dei principi dell'organizzazione dei poteri pubblici, dell'organizzazione dello Stato e, in particolare, del sistema di governo italiano; dall'altra, può invece iniziare dal concetto di diritto, dai modi in cui si formano le norme giuridiche, le fonti del diritto, ecc. La scelta dipende dalle inclinazioni del docente. La seconda ragione è facilitare questa scelta, staccando nettamente i due percorsi; il docente può tranquillamente iniziare da un capo o dall'altro, ossia dal primo o dal secondo percorso.

La seconda caratteristica è di metodo. Come regola di massima, ogni argomento inizia con le *definizioni*. Le definizioni sono fondamentali nello studio del diritto, anche perché esiste una terminologia tecnica abbastanza precisa (e spesso di origine remota), l'utilizzazione della quale semplifica il discorso tra tecnici: non è soltanto una questione di gergo professionale, ma è l'apparato concettuale che viene evocato dal termine giuridico. I termini che vengono definiti sono scritti in **grassetto**, e l'indice in fondo al volume ne facilita il reperimento.

Si è scelto poi di staccare il testo essenziale del manuale dalle numerose "finestre", che servono a scopi diversi: a raccontare la "storia" da cui origina una regola o un **istituto** (che, nel linguaggio giuridico, indica il complesso di norme che disciplinano lo stesso fenomeno sociale); a portare dati statistici o quadri sinottici; a raccontare casi. I casi servono a capire il significato e il modo di funzionare delle regole descritte nel testo; servono a stimolare il "senso giuridico" dello studente, cioè la sua capacità di affrontare il diritto come tecnica di soluzione dei problemi; servono anche a rendere lo studio meno noioso e meno astratto dall'esperienza.

Le "finestre" sono spesso corredate dall'indicazione di siti internet: è un incoraggiamento ad usare internet come strumento di lavoro ordinario; ma ci ha anche con-

sentito di evitare di appesantire il testo con parti di documentazione che ormai si possono trovare nella rete.

Un manuale ha sempre il difetto di rendere lineare, con un inizio e una fine, una serie di temi che sono fortemente collegati e intersecati. È inevitabile che la linearità appiattisca e faccia perdere i continui riferimenti che un argomento ha con gli altri: si è ovviato con due stratagemmi.

Il primo e più banale è il richiamo, fatto con sistematicità proprio per ridurre le ripetizioni: il segnale “→ P., §” indica i rinvii ad altri punti del manuale in cui l’argomento è approfondito, mostrando la “parte” (I o II) e il §. Poi ci sono i “bottoni”: essi sono relativamente pochi e indicano i “fili rossi”, quei temi, quei principi che riemergono di continuo in un corso di diritto pubblico. I “bottoni” indicano questi “fili rossi”:

✓ “FILI ROSSI”

- 1 legittimazione tecnica e legittimazione politica
- 2 unità e pluralismo
- 3 integrazione europea
- 4 globalizzazione
- 5 Stato e mercato
- 6 maggioranza e minoranze
- 7 riforma del “Titolo V”
- 8 confusione tra i diversi significati di “Costituzione” (regola e regolarità)
- 9 norma di principio e norma di dettaglio
- 10 disposizione e norma
- 11 effetto diretto delle norme
- 12 effetti del Covid-19

Sono solo pochi “fili”, nulla più che un suggerimento o un esempio. Infatti, l’individuazione e l’evidenziazione dei “fili rossi” che collegano le varie parti del programma è forse il compito principale, il più difficile ma anche il più “creativo”, che deve affrontare lo studente nel corso di una preparazione intelligente dell’esame.

4. COME SI STUDIA IL DIRITTO PUBBLICO

Un primo suggerimento può servire per studiare anche qualsiasi altra materia giuridica “positiva”. Questo parte da una premessa: il diritto è una raffinata tecnica plurimillenaria di soluzione di conflitti sociali (eccone un’ennesima definizione, dunque); non c’è nulla nel diritto che non sia servito a risolvere un problema concreto. La conseguenza è che bisogna studiare il diritto ponendosi sistematicamente questa domanda: a che servono la regola, il principio, l’eccezione o l’istituto che ho di fronte? Purtroppo le risposte ai problemi negli anni e nei secoli si sono sedimentate, e i manuali di diritto le espongono, per lo più, senza ricordare perché e da cosa siano sorte; i manuali raccolgono risposte a domande non formulate e incoraggiano a stu-

diarle come dogmi. Niente di più fuorviante e di meno produttivo, ovviamente.

La regola di studiare chiedendosi sempre a che serve o, come si dice in gergo, quale sia la *ratio* della norma oggetto degli sforzi di apprendimento, vale ovviamente anche per il diritto pubblico. Si tratta di una materia giovane, soprattutto se confrontata con il diritto civile o il diritto penale: giovane perché, come poi si vedrà meglio, l'organizzazione giuridica dello Stato e le costituzioni sono un fenomeno relativamente recente. Per cogliere la *ratio*, per esempio, dei meccanismi costituzionali non è necessario risalire ad esperienze lontane da noi: in fondo, le prime pagine di un buon quotidiano nazionale sono uno dei migliori testi di studio; non tanto per le soluzioni che in esse si prospettano – perché politici e giornalisti politici vivono per lo più in uno stato di accentuata ignoranza giuridica e di insensibilità istituzionale – ma per i casi che si propongono. I quotidiani sono perciò un ottimo “quaderno di esercizi” per chi studia le materie pubblicistiche: il dibattito parlamentare sul bilancio, la realizzazione di ingenti opere pubbliche, le vicende drammatiche di un padre che vuole mettere fine alla “vita” vegetale della figlia in coma irreversibile, il magistrato che inizia un'azione penale contro l'amministrazione pubblica, il problema dell'uso delle testimonianze dei pentiti che poi si ripentono, l'“esternazione” del Presidente della Repubblica, la questione del “conflitto di interessi”, i parlamentari che dicono peste e corna dei propri avversari in televisione e poi eroicamente si nascondono dietro all'immunità, e l'elenco potrebbe non finire mai. Un'avvertenza perciò: studiare diritto pubblico senza leggere i giornali (non si parla certo di quelli sportivi!) è come studiare anatomia senza mai aver visto un corpo umano. Più che difficile, è inutile!

Una delle cose più difficili è imparare a studiare: dato che assai spesso non lo si impara nelle scuole, bisogna impararlo all'Università. Per di più, bisogna impararlo da soli. Non ci sono metodologie univocamente “giuste”, perché ogni testa è diversa dall'altra; ma vi sono metodologie sicuramente sbagliate. Sbagliato è sicuramente ripetere e ancora ripetere il “libro”, facendo svariate volte lo stesso lavoro; sbagliato è cercare di imparare pagine e pagine a memoria; sbagliato è arrivare all'esame senza aver mai “testato” la propria preparazione esponendo ad alta voce. Conviene perciò differenziare il lavoro: una prima lettura complessiva, per capire l'estensione della materia, la sua suddivisione, i punti centrali; una seconda lettura “attiva”, cioè sottolineando, evidenziando le definizioni, scrivendo schemi, diagrammi, ecc. Mai riassunti però, perché il riassunto, fatto da chi – per definizione – non conosce ancora la materia, è un vero e proprio autogol. Si tratta invece di tracciare su un foglio lo schema di ripartizione di un argomento o il diagramma dei diversi procedimenti previsti per ottenere un risultato (alcuni esempi sono contenuti in questo manuale: lo schema delle riserve di legge, il diagramma del procedimento legislativo, ecc.), scrivendo le definizioni, evidenziando le ipotesi, le eccezioni, ecc.

Mentre la prima lettura è “passiva” – il che non equivale però “a cervello spento”! –, la seconda è “attiva”, perché consiste in un lavoro di rielaborazione, nella trasformazione del testo scritto in immagini di sintesi. Il terzo lavoro deve essere ancora diverso: si tratta di “ripetere” ad alta voce. Questa è una verifica indispensabile, per vedere se le nozioni che si ritiene di aver appreso sono effettivamente chiare e chiaramente esponibili. Senza questa terza fase, è all'esame che si prova per la prima volta ad esporre un argomento, trovandosi nella stessa situazione di chi, svegliandosi la mattina, racconta il sogno appena fatto: tutto sembrava chiaro, eppure ...

Altro errore, diffusissimo, è ripetere con il libro aperto davanti. Perché in questo modo si cerca, inconsapevolmente, di apprendere a memoria la struttura del discorso usato dall'autore del manuale, invece di elaborare e saggiare la propria struttura narrativa. Il risultato è visibile: quando, alla prima domanda all'esame, il candidato esordisce con un "come abbiamo appena visto", è chiaro che sta ripetendo ciò che sta scritto nel libro. Uno sforzo del tutto inutile – si usa la memoria per immagazzinare cose che non servono – e negativo, perché impedisce di affrontare la risposta ad una domanda senza partire dall'inizio del raccontino memorizzato. Bisogna usare meno la memoria, riservandola a definizioni e nozioni di base, più la capacità di ragionare, di collegare le cose, di risalire ai principi e di applicarli agli esempi. Questo è l'obiettivo dello studio del diritto.

Chiunque, quando inizia a scrivere un libro, specie un manuale per studenti del primo anno, si propone di essere chiaro e facilmente comprensibile. Ma, siccome quasi mai ci si riesce, chi, studiando questo volume, incontrasse difficoltà o imprecisioni, può inviarcì le sue osservazioni o le sue richieste di spiegazione. Vi è un sito internet in cui si trova una rubrica FAQ (*frequently asked questions*) con le risposte alle richieste più frequenti e l'indirizzo e-mail per inviare le richieste di spiegazioni più approfondite. Cercheremo di rispondere a tutti, anche direttamente, nel limite dell'umanamente possibile!

Nel sito si potranno trovare inoltre materiali utili alla preparazione dell'esame, schemi e persino lezioni registrate, i test di valutazione, suddivisi capitolo per capitolo, gli aggiornamenti del testo resi necessari da modifiche costituzionali o legislative. Quest'anno saranno introdotte anche delle "introduzioni metodologiche" ad ogni parte del testo, consigli per affrontarne lo studio "attrezzati". Per accedere bisogna iscriversi, e l'iscrizione è "controllata" nel senso che possono farla solo coloro che hanno acquistato una copia originale del manuale, non la solita fotocopia abusiva. È una via "premiale" (il "premio" è costituito dai servizi aggiuntivi), anziché puramente (e inutilmente) repressiva, per concorrere alla lotta per la legalità: vendere e acquistare copie "pirata" è illegale anche quando si tratta di libri!

L'indirizzo è:

www.diritto-manuali.giappichelli.it

INTERNET Nel testo vengono citate alcune leggi e numerose sentenze della Corte costituzionale o di altri giudici. Spesso le citazioni sono corredate dal *link* per consentire di recuperare rapidamente i testi (talvolta i testi, quelli più difficili da ritrovare, sono riprodotti nel sito stesso del manuale). Tuttavia, anche quando il *link* è stato tralasciato, tutte le sentenze della Corte costituzionale si possono ritrovare in www.giurcost.org, ma anche nel sito istituzionale della Corte (www.cortecostituzionale.it), dove si trovano anche gli atti di promovimento dei giudizi. Tutte le leggi più recenti sono nel sito www.camera.it: negli ultimi anni è stato realizzato un sistema "non ufficiale" delle leggi, nel testo aggiornato: www.normattiva.it. Il dibattito tra costituzionalisti sui temi di attualità lo si può seguire su alcuni siti specializzati, tra i quali si segnalano in particolare www.forumcostituzionale.it, www.associazionedeicostituzionalisti.it, www.federalismi.it, www.costituzionalismo.it, www.confrontocostituzionali.it, www.lacostituzione.info. Abituarsi a consultare direttamente le fonti e ad usare a tal fine le tecnologie telematiche è il miglior consiglio "metodologico" che si possa dare a chi si accosti agli studi di diritto. Il diritto è una materia viva: non riducetelo all'elenco del telefono!

PERCORSO I
ORGANIZZAZIONE
DEI POTERI PUBBLICI

I. LO STATO: POLITICA E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il potere politico. – 1.1. Definizioni. – 1.2. La legittimazione. – 2. Lo Stato. – 2.1. Definizione. – 2.2. La nascita dello Stato moderno. – 2.3. Sovranità. – 2.4. Nuove tendenze della sovranità. – 2.5. Sovranità e organizzazione internazionale. – 2.6. Territorio. – 2.7. Cittadinanza. – 2.8. La cittadinanza dell'Unione europea. – 2.9. Lo Stato come apparato. – 2.9.1. L'apparato burocratico. – 2.9.2. Lo Stato come persona giuridica. – 2.9.3. Gli enti pubblici. – 2.9.4. La potestà pubblica. – 2.9.5. Uffici ed organi. – 2.9.6. Organi costituzionali.

1. IL POTERE POLITICO

1.1. *Definizioni*

Il *diritto pubblico* si occupa del potere.

In qualsiasi gruppo di individui capita che qualcuno riesca a far prevalere le sue preferenze e la sua volontà, anche quando gli altri abbiano opzioni differenti. In situazioni come queste si dice che essi esercitano un **potere sociale**, che è *la capacità di influenzare il comportamento di altri individui*.

Ciò che distingue un tipo di potere sociale dall'altro è il *mezzo* attraverso cui si esercita questa azione di influenza sul comportamento altrui. A seconda del tipo di mezzo impiegato sono stati distinti tre tipi diversi di potere sociale: il *potere economico*, il *potere ideologico*, il *potere politico*. Il primo è quello che si avvale del possesso di certi beni, necessari o percepiti come tali in una situazione di scarsità, per indurre coloro che non li posseggono a seguire una determinata condotta. L'esempio più immediato è offerto dal proprietario che, grazie alla disponibilità esclusiva di un bene produttivo (la terra o la fabbrica), ottiene che il non proprietario lavori per lui alle condizioni da lui stesso poste. Il *potere ideologico* è quello che si avvale del possesso di certe forme di sapere, di conoscenze, di dottrine filosofiche o religiose per esercitare un'azione di influenza sui membri di un gruppo inducendoli a compiere o all'astenersi dal compiere certe azioni. È il potere detenuto da intellettuali, sacerdoti, scienziati e oggi da coloro che operano nei mezzi di informazione. Il *potere politico*, invece, è quello che per imporre la propria volontà può ricorrere, sia pure come ultima risorsa, alla *forza*, alla coercizione fisica.

Nelle società antiche non esistevano nette demarcazioni fra le tre specie di potere sociale, che spesso si cumulavano in capo ai medesimi soggetti; questo avveniva anche nel medioevo con il sistema feudale. Solamente con l'era moderna si realizza un processo di affermazione dell'autonomia del potere politico, così da impedire che

soggetti privati utilizzino una combinazione tra le altre due forme di potere sociale e la forza per prevaricare sugli altri. Perciò l'uso della forza viene progressivamente concentrato in un'istanza unitaria, togliendolo ai soggetti privati. A questa istanza è riservato il compito di assicurare la pacifica coesistenza degli individui e dei gruppi in una determinata società.

Lo Stato, che nell'esperienza attuale incarna la figura tipica di potere politico, per fare rispettare le sue leggi può ricorrere ai suoi apparati repressivi: per esempio, può imporre l'esecuzione di un'ordinanza di sgombero di un edificio, o assicurare la presenza di un testimone in un'aula di tribunale; può anche privare chi viola la legge della libertà, attraverso la sanzione della detenzione (→ § 1.2 dell'*Introduzione*).

Il **potere politico** è quella specie di potere sociale che permette a chi lo detiene di imporre la propria volontà ricorrendo alla forza legittima.

1.2. La legittimazione

Per qualificare il potere politico il riferimento all'uso della forza è necessario ma non sufficiente. Noi di solito ubbidiamo alle leggi dello Stato senza che vengano i carabinieri a casa ad imporcelo. L'uso della forza è sempre una risorsa estrema e ciò che realmente conta è l'astratta possibilità del suo impiego. Normalmente però si obbedisce al comando di chi detiene il potere politico non soltanto perché questi può ricorrere alla forza per imporre la sua volontà, ma perché si ritiene che sia moralmente obbligatorio obbedire a quel comando in quanto chi lo ha adottato è moralmente autorizzato a farlo.

Il potere politico quindi non si basa solamente sulla forza ma anche su un *principio di giustificazione* dello stesso, che si chiama **legittimazione**.

✓ MAX WEBER E IL POTERE LEGITTIMO

Il sociologo tedesco Max Weber (1860-1920) in rapporto alle diverse ragioni che inducono all'obbedienza ha individuato tre differenti *tipi di potere legittimo* ❶:

- α) il **potere tradizionale** si basa sulla credenza nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre e nella legittimità di coloro che esercitano un'autorità in attuazione di tali tradizioni;
- β) il **potere carismatico** poggia sulla dedizione straordinaria al valore esemplare o alla forza eroica o al carattere sacro di una persona e degli ordinamenti che questa ha creato;
- γ) il **potere legale-razionale** poggia sulla credenza nel diritto di comando di coloro che ottengono la titolarità del potere sulla base di procedure legali ed esercitano il potere medesimo con l'osservanza dei limiti stabiliti dal diritto.

Il potere legale-razionale è un tipo di potere che è emerso in tempi relativamente recenti, a seguito delle grandi rivoluzioni liberali del XVIII secolo (la guerra di indipendenza delle Colonie americane nei confronti dell'Inghilterra negli anni 1774-1781 e la rivoluzione francese del 1789). Esso trova la sua consacrazione in due fondamentali documenti costituzionali: la *Costituzione americana* del 1787 e la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* approvata in Francia nel 1789. In quel periodo storico si afferma – in Europa e nel Nord America – il principio secondo cui il potere politico non agisce libero da vincoli giuridici, ma è esso stesso sottoposto al diritto, perché le regole garantiscono la libertà dei cittadini contro i pericoli dell'abuso da parte di chi detiene il potere.

Nella nostra cultura il potere politico deve porsi il problema della legittimità. Ad esso è riservato il monopolio della forza, perché serve ad evitare le prevaricazioni dei soggetti più forti a danno dell'autonomia degli altri individui: ma come evitare che il potere attribuito a questo scopo alle istituzioni non ingigantisca esso stesso e non giunga a distruggere le libertà che dovrebbe proteggere? Il *costituzionalismo* ha avuto la funzione di dare una risposta a questo problema mediante la sottoposizione dello stesso potere politico a limiti giuridici. Attraverso principi e regole giuridiche il potere politico viene limitato, "imbrigliato": il principio di legalità, la separazione dei poteri, le diverse libertà costituzionali e la possibilità di difenderle davanti ad un giudice sono i principali mezzi giuridici attraverso cui è stato perseguito l'obiettivo di legare il potere politico con il diritto. "*Stato di diritto*" è il nome che viene usualmente dato ai sistemi politici in cui questi mezzi vengono effettivamente impiegati (→ P. I, § II.2.4).

Con la democratizzazione delle strutture dello Stato e l'avvento dell'era della sovranità popolare, che caratterizza i sistemi politici occidentali del XX secolo, la legittimazione di tipo legale-razionale è divenuta insufficiente: perché il potere sia legittimo non basta che sia sottoposto ad una regola, ma deve essere legittimato dal libero consenso popolare, espresso tramite le elezioni e attraverso i tanti strumenti (dai partiti, ai sindacati, al *referendum*, ecc.) con cui il popolo può esercitare la sua sovranità.

Da qui sono derivati nuovi problemi e nuovi compiti per le costituzioni moderne. Da una parte, hanno dovuto predisporre i mezzi giuridici ed istituzionali affinché il potere politico derivasse effettivamente dal popolo sovrano, ne rispecchiasse le esigenze e le aspirazioni, evitando al contempo che finisse prigioniero dei conflitti tra gli innumerevoli interessi sociali e perdesse quella funzione di decidere e di far rispettare l'ordine sociale per adempiere la quale era sorto. Dall'altra parte, hanno dovuto escogitare nuove tecniche istituzionali attraverso cui scongiurare il pericolo che il consenso popolare legittimasse un nuovo assolutismo: la tirannia della maggioranza. In questo quadro si inseriscono i tanti istituti che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo, tra cui: la rigidità costituzionale (→ P. II, § II.3), la giustizia costituzionale (→ P. II, § IX), i diritti sociali (→ P. II, § VII.6), i *referendum* (→ P. I, § II.4.3), le tecniche organizzative di rafforzamento del potere di governo (→ P. I, § III.2.2), la regolamentazione dei mercati (→ P. I, § II.9.3), l'indipendenza del giudiziario (→ P. II, § VIII) e di alcune amministrazioni indipendenti (→ P. II, § VII.7.7).

Infine, in tempi più recenti, a partire dal secondo dopoguerra e soprattutto negli ultimi due decenni, il diritto costituzionale ha dovuto affrontare la sfida lanciata dalla asimmetria tra la dimensione prettamente nazionale del potere politico e la dimensione sovranazionale (europea o addirittura mondiale) dell'economia e dei mercati ⁴. Ne è derivata la spinta alla progressiva costruzione di organizzazioni sovranazionali – di cui, ai nostri fini, la più importante è l'Unione europea – cui vengono demandate certe funzioni che in origine appartenevano agli Stati, soprattutto per quanto riguarda la regolamentazione dell'economia (→ P. I, § II.9). Ancora una volta, assistiamo ad una grande costruzione giuridica in virtù della quale il diritto – questa volta di derivazione sovranazionale – circonda e limita il potere politico statale. In questa fase, alla spinta verso lo spostamento di alcune funzioni (come il governo della moneta) nelle istituzioni europee, si affianca una spinta di direzione inversa, e cioè quella al trasferimento di importanti compiti dallo Stato a livelli territoriali inferiori, come le Regioni ed i Comuni (→ P. I, § V).

Sono quelli sinteticamente esposti i fili principali seguendo i quali verrà ora illustrato il modo in cui, nell'esperienza costituzionale occidentale ed in particolare in quella italiana, si è realizzato il rapporto tra politica e diritto.

2. LO STATO

2.1. Definizione

Stato è il nome dato ad una particolare forma storica di *organizzazione del potere politico*, che esercita *il monopolio della forza legittima* in un determinato territorio e si avvale di un *apparato amministrativo*.

Lo Stato moderno nasce e si afferma in Europa tra il XV ed il XVII secolo e si differenzia dalle precedenti forme di organizzazione del potere politico, per la presenza di due caratteristiche: a) una concentrazione del potere di comando legittimo nell'ambito di un determinato territorio in capo ad un'unica autorità; b) la presenza di un'organizzazione amministrativa in cui opera una burocrazia professionale.

✓ IL NOME "STATO" E LA "COSA" NUOVA

La storia delle parole è spesso molto utile per capire l'evoluzione delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici. Il vocabolo "Stato" è relativamente recente. I romani, per esempio, usavano altre espressioni, come *Res Publica* o *Civitas*, mentre la parola "*status*" aveva un significato assai diverso da quello che oggi attribuiamo allo Stato, perché indicava la condizione di un soggetto, il suo modo di essere. La fortuna del significato moderno di Stato si deve soprattutto al prestigio dell'opera di Machiavelli, *Il Principe* (1513), che si apre con queste parole: "Tutti gli Stati e tutti i domini che hanno avuto et hanno impero sopra gli uomini, sono Repubbliche o Principati". Anche i romani conoscevano il *regnum* come forma di organizzazione del potere politico distinta dalla *Res publica*, ma non conoscevano un vocabolo di genere di cui *Regnum* e *Res Publica* costituissero le specie. Invece, con l'opera di Machiavelli si diffonde l'uso del vocabolo "Stato" per designare appunto questa nozione di genere. Ma il nome nuovo corrisponde ad una "cosa" che è essa stessa nuova, perché lo Stato moderno ha dei caratteri che non si ritrovano nelle strutture politiche delle epoche storiche precedenti.

2.2. La nascita dello Stato moderno

La spinta alla concentrazione del potere politico nello Stato è nata come reazione alla dispersione del potere tipica del **sistema feudale**, che si era consolidato tra il tardo dodicesimo secolo ed il tredicesimo.

✓ IL SISTEMA FEUDALE

La base del sistema feudale era costituita dal rapporto *vassallo/signore*. Il signore concedeva al vassallo un feudo instaurando con lui un rapporto di obblighi e diritti reciproci: come corrispettivo del feudo il vassallo aveva obblighi di aiuto nei confronti del signore, sia in termini finanziari che militari; al con-

tempo il feudo diventava la fonte dell'autosufficienza economica del vassallo ed il quadro di riferimento spaziale del suo potere di comando.

Il rapporto tra signore e vassallo riversava i suoi effetti su un numero assai maggiore di individui che erano legati al feudo e ne seguivano le sorti (contadini, villani, dipendenti domestici, servi, abitanti dei villaggi, ecc.), restando sottoposti al potere di comando del vassallo. I rapporti di potere erano dunque di carattere *personale e privato* e c'era coincidenza tra proprietà privatistica del feudo e potere di comando sugli individui che a quel feudo erano collegati. Questo tipo di rapporti, inoltre, si riproduceva a vari livelli: il cavaliere che sfruttava il feudo e vi esercitava il potere lo faceva come vassallo di un signore che a sua volta era vassallo di un signore più elevato. Di grado in grado si giungeva sino ad una specie di "sopra-signore" che si fregiava di un titolo d'origine romana, come *rex, princeps, dux*; egli reclamava un insieme di poteri di dominio più vasti rispetto a quelli normalmente trasmessi con il rapporto feudale e riferiti a un territorio determinato piuttosto che a singoli fondi posseduti a titolo privato.

Con l'andare del tempo il grado di *dispersione del potere* di comando andò crescendo per effetto di diversi fattori: il vassallo che cedeva una parte del proprio feudo a uno o più vassalli inferiori non instaurava un rapporto diretto tra quei vassalli e il suo signore, che quindi difficilmente poteva contare sull'appoggio e sull'effettiva fedeltà di coloro che in qualche modo facevano capo a lui; uno stesso individuo poteva essere contemporaneamente vassallo di più signori; poiché il rapporto feudale aveva carattere personale, i suoi contenuti, e quindi le modalità di esercizio del dominio, potevano variare da caso a caso, creando incertezze sui poteri del signore; il feudo era considerato parte del casato del vassallo e divenne perciò divisibile, ereditabile e talora alienabile, con la conseguenza che i legami tra vassallo e signore divennero ancora più tenui.

Un altro elemento accentuava il policentrismo dell'organizzazione sociale e politica che storicamente ha preceduto il sorgere dello Stato (l'antitesi tra esigenze di unità e esigenze di pluralismo costituisce uno dei "fili rossi", contrassegnato da ②). La società non era composta di *individui*, bensì da *comunità minori* tra loro variamente combinate: quelle familiari (la famiglia-clan non già la famiglia mononucleare dell'epoca attuale), quelle economiche (come le corporazioni, cui appartenevano tutti coloro che esercitavano un determinato mestiere), quelle religiose e, infine, quelle politiche. Ciascuna comunità e il complesso dei signori feudali si sforzavano di avere garanzie dei diritti e dei privilegi conquistati, nel corso del tempo, nei confronti dei signori di livello più elevato. Ne derivavano due implicazioni. In primo luogo, non esisteva un diritto unico per tutti, bensì una *molteplicità di sistemi giuridici*, uno per ciascuna comunità. Poiché un soggetto poteva appartenere a diverse comunità contemporaneamente, era sottoposto a più sistemi giuridici, con problemi di sovrapposizione, di confusione e di conflitto.

In secondo luogo, le comunità principali ("ceti", "stati", "ordini": i nomi utilizzati per chiamarli erano diversi e variavano da Paese a Paese) operavano come "custodi" delle "leggi tradizionali" fatte, per lo più, di accordi con il "principe" e di consuetudini, e con tale funzione sedevano nei parlamenti medioevali, limitando il potere del "principe". I *parlamenti medioevali* (che avevano diverse denominazioni: gli "stati generali" francesi, le "cortes" aragonesi, la "dieta" tedesca, il "parlamento" inglese), pertanto, erano delle assemblee in cui il "principe" ed i "corpi" della nazione dialogavano ed il cui consenso era necessario affinché le richieste di ordine finanziario del primo potessero essere soddisfatte.

La dispersione del potere ed il grande scisma religioso che sconvolse la cristianità dal 1378 al 1417 furono i principali propellenti delle guerre civili e di religione che sconvolsero l'Europa tra il sedicesimo ed il diciassettesimo secolo. Da qui il susseguirsi di guerre, di saccheggi e di miserie che caratterizzavano la vita dei popoli. La nascita e l'affermazione dello Stato moderno, con la concentrazione della forza legittima, rispondevano al bisogno di assicurare un ordine sociale dopo secoli di insicurezza.

2.3. Sovranità

Come si è visto, con l'edificazione dello Stato si realizza un grandioso processo di concentrazione del potere politico, che prende il posto dell'antica dispersione del potere tipica del feudalesimo.

Gli scienziati della politica dicono che lo **Stato moderno** è un *apparato centralizzato stabile* (→ P. I, § I.2.9.1) *che ha il monopolio della forza legittima in un determinato territorio*. Il concetto giuridico che è servito a inquadrare questa caratteristica dello Stato è quello di “**sovranità**”.

La sovranità ha *due aspetti*: quello interno e quello esterno. Il primo consiste nel *supremo potere di comando* in un determinato territorio, che è tanto forte da non riconoscere nessun altro potere al di sopra di sé. Possono esistere molteplici centri di potere all'interno dello Stato, ma nessuno è pari o superiore ad esso. Il secondo aspetto consiste nell'*indipendenza* dello Stato rispetto a qualsiasi altro Stato. I due aspetti sono strettamente intrecciati: lo Stato non potrebbe vantare il monopolio della forza legittima e quindi il supremo potere di comando su un dato territorio se non fosse indipendente da altri Stati.

✓ DALLO “STATO DI NATURA” ALLA NASCITA DEL “LEVIATANO”

Il principale teorico di questo processo è stato il filosofo Thomas Hobbes (1588-1679), che ha contrapposto alla raffigurazione di un'iniziale “stato di natura” caratterizzato da individui isolati pronti a distruggersi reciprocamente, un insieme di atti contrattuali con cui i singoli individui trasferiscono tutta la loro forza ad una “persona comune”, che è lo Stato. Nella sua celebre opera “Il Leviatano”, Hobbes così descriveva l'iniziale stato di natura degli uomini: “... quando gli uomini vivono senza un potere comune che li tenga in soggezione, essi si trovano in quella condizione chiamata guerra: guerra che è quella di ogni uomo contro ogni altro uomo”. Per porre fine a questa situazione di pericolosa incertezza, gli uomini affidano la loro sicurezza ad un potere comune: “L'unico modo di erigere un potere comune che possa essere in grado di difenderli dall'aggressione di stranieri e dai torti reciproci ... è quello di trasferire tutto il loro potere e tutta la loro forza a un solo uomo o a una sola assemblea di uomini”. Lo Stato ha il monopolio dell'uso della forza che gli è stata trasferita da individui isolati e terrorizzati, spinti dalla necessità di uscire dallo stato di natura.

Dopo l'affermazione dello Stato moderno, la storia politica europea ha posto la grande questione di chi fosse nello Stato il titolare ultimo della sovranità. Cioè si è posta la questione di “*chi*” *esercitasse effettivamente il potere sovrano*. Il campo è stato conteso principalmente fra tre teorie: la teoria della sovranità della persona giuridica Stato; la teoria della sovranità della nazione; la teoria della sovranità popolare.

a) Sono stati soprattutto i giuristi tedeschi (Gerber, Laband) e italiani (V.E. Orlando, S. Romano), fra la fine dell'Ottocento ed i primi decenni del Novecento, a configurare lo *Stato come persona giuridica*, cioè come vero e proprio soggetto di diritto, titolare della sovranità. Questa tesi poteva adempiere due funzioni. Da una parte, in Paesi di recente unità nazionale, serviva a dare una legittimazione di carattere "oggettivo" allo Stato, e quindi era utile al rafforzamento di ancora deboli identità nazionali: "sovrano" non è più una persona fisica, il Re, a cui i "sudditi" in qualche modo "appartengono", ma è un ente astratto, slegato dalle persone fisiche che lo governano. Dall'altra parte, poteva risolvere, occultandolo, il conflitto tra due diversi principi politici: quello monarchico e quello popolare. Secondo l'interpretazione prevalente dello *Statuto Albertino* (la Costituzione piemontese del 1848, estesa all'Italia intera dopo l'unificazione: → P. II, § II.3.2) sovrano non era né il re né il popolo, bensì lo Stato medesimo personificato.

b) La sovranità **della nazione** è stata una delle invenzioni più importanti del costituzionalismo francese dopo la rivoluzione del 1789. L'art. 3 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) affermava, infatti, che: "*la sovranità appartiene alla Nazione da cui emanano tutti i poteri*".

L'ordine politico che precedeva la rivoluzione francese (*l'Ancien Régime*) era quello dello Stato assoluto (→ P. I, § II.2.1), essenzialmente fondato sulla identificazione tra lo Stato e la persona del Re. Questo era il significato del famoso motto, che la tradizione imputa a Luigi XIV, "lo Stato sono io". Con l'ordine politico nato dalla rivoluzione francese cessa l'identificazione dello Stato con la persona del Re, al cui posto viene collocata l'entità collettiva "**Nazione**", a cui si appartiene perché accomunati da valori, ideali, legami di sangue e tradizioni comuni. La sovranità nazionale, che pure ha avuto interpretazioni diverse, storicamente è sorta con due funzioni precise. In primo luogo, era diretta contro la sovranità del Re: se la sovranità spettava alla Nazione, automaticamente veniva meno quella del Re. In secondo luogo, la Nazione era una collettività omogenea che metteva fine all'antica divisione del Paese in ordini e ceti sociali. Al loro posto subentravano i singoli *cittadini eguali* (→ P. II, § VII.2), unificati politicamente nell'entità collettiva chiamata Nazione. In questo modo, perciò, il costituzionalismo della rivoluzione intendeva porre definitivamente fine all'assolutismo regio ed al vecchio ordine sociale di tipo "comunitario" a favore del singolo individuo.

c) Entrambe le teorie richiamate hanno tentato di contrastare l'affermazione di un altro principio, quello della **sovranità popolare**. La sua formulazione più nota si deve a J.J. Rousseau (1712-1778), il quale faceva coincidere la sovranità con la "*volontà generale*", che a sua volta era identificata con la volontà del popolo sovrano, ossia dell'insieme dei cittadini considerati come un ente collettivo. Il principio della sovranità popolare sfociava in una visione iper-democraticistica dell'organizzazione politica, per cui il popolo doveva esercitare direttamente la sua sovranità, senza ricorrere alla delega di potere decisionale a suoi rappresentanti, che è il presupposto di un sistema rappresentativo (→ P. I, § II.2.4).

Tuttavia c'è almeno un elemento che accomuna le diverse teorie sulla sovranità passate in rassegna: il rifiuto di qualsiasi "legge fondamentale" capace di vincolare il sovrano, Re o popolo che fosse. Perciò, se l'agire dello Stato poteva essere disciplina-

to e circoscritto attraverso leggi, si trattava pur sempre di *autolimiti* che il sovrano poneva a se stesso e che, quindi, poteva rimuovere a suo piacimento.

2.4. Nuove tendenze della sovranità

Il costituzionalismo del Novecento, ed in particolare quello del secondo dopoguerra, ha visto la generalizzata affermazione del *principio della sovranità popolare*. La vigente Costituzione italiana afferma che *la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione* (art. 1.2). Sia pure con formulazioni diverse, il principio della sovranità popolare è consacrato da quasi tutti i documenti costituzionali moderni.

Dall'altra parte, però, la sovranità del popolo ha perduto quel carattere di assoluta che aveva nel secolo precedente, e ciò principalmente a causa di tre circostanze, che hanno messo in crisi la tradizionale teoria della sovranità popolare.

La prima è che la sovranità popolare non si esercita direttamente, ma viene inserita in un *sistema rappresentativo* basato sul suffragio universale (→ P. I, § II.2.4). L'esercizio del potere politico da parte delle istituzioni rappresentative deve svolgersi sulla base del *consenso popolare*, che diventa la condizione preminente di legittimazione dello Stato. Non è più sufficiente che il potere di comando si eserciti in conformità al diritto (secondo il modello del potere "legale-razionale"), ma occorre altresì che chi esercita questo potere lo faccia in virtù del consenso popolare, espresso principalmente attraverso le elezioni a cui partecipi l'intera collettività nazionale.

La seconda circostanza è la diffusione di Costituzioni rigide (→ P. II, § II.3.1), che hanno un'efficacia superiore alla legge e possono essere modificate solamente attraverso procedure molto complesse. Inoltre, la preminenza della Costituzione viene, di regola, garantita dall'opera di una Corte costituzionale (→ P. II, § IX). Di conseguenza, i titolari della sovranità, nell'esercizio dei loro poteri, incontrano limiti giuridici difficilmente superabili.

Tutto ciò costituisce una risposta ad un problema posto dall'affermazione del *pluralismo* politico e sociale. Quando esistono molteplici gruppi sociali e politici, nessuno dei quali gode di una posizione di egemonia e di assoluta preminenza, ciascuno di essi chiede la garanzia della propria esistenza ed il mantenimento di condizioni di parità nella competizione politica ❷. Perciò il sistema di limiti ed i principi previsti dalla Costituzione, che si sostanziano nelle garanzie delle minoranze e nei diritti fondamentali, devono prevalere sulla volontà di chi detiene il potere politico.

2.5. Sovranità e organizzazione internazionale

La terza tendenza, che concorre a limitare la sovranità, è costituita dall'affermazione di *organizzazioni internazionali*. Tradizionalmente la sovranità "esterna" non riconosceva altri limiti se non quelli di volta in volta scaturenti da accordi tra gli Stati (i "Trattati" del diritto internazionale: → P. II, § III.4.2). Questa idea di sovranità ha trovato il suo culmine e insieme il suo fallimento nella prima metà del Novecento con le due guerre mondiali (1914-1945). Da allora si è sviluppato un processo di limitazione giuridica del-

la sovranità “esterna” degli Stati, con la finalità principale di garantire la pace e tutelare i diritti umani. Il processo è stato avviato con il trattato istitutivo dell’**Organizzazione delle Nazioni Unite** (ONU), approvato a San Francisco il 26 giugno 1945, che ha come finalità principale il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; poi con la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* approvata il 10 dicembre 1948 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite. Tuttavia anche l’ONU, come afferma il trattato istitutivo, “è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi membri” e pertanto vieta l’ingerenza nelle questioni interne di ciascuno Stato.

La limitazione della sovranità statale diventa invece molto più evidente ed intensa con la creazione in Europa di **Organizzazioni sovranazionali**; cioè con l’istituzione della *Comunità economica europea* (CEE, istituita nel 1957), della *Comunità europea del carbone e dell’acciaio* (CECA, istituita nel 1951) e della *Comunità europea per l’energia atomica* (CEEA, istituita nel 1957), tutte e tre riunite, a partire dal Trattato di Maastricht (1992), nella *Comunità europea* (CE ed ora nell’*Unione europea* (UE) ³.

✓ DAL “MERCATO COMUNE” ALLA “UNIONE EUROPEA”:
LE TAPPE DELLA STORIA EUROPEA

La storia della Comunità europea inizia nel 1951, con la stipulazione del Trattato di Parigi che istituisce la **CECA** (Comunità europea del carbone e dell’acciaio). Con i Trattati di Roma del 1957 (entrati in vigore il 1° gennaio 1958) vengono istituite la **CEE** (Comunità economica europea) e l’**Euratom** (Comunità europea per l’energia atomica). Nel 1965, con il Trattato di Bruxelles, gli organi esecutivi (il Consiglio e la Commissione) delle tre Comunità vengono fusi. Nel 1976 viene decisa l’elezione diretta a suffragio universale del Parlamento europeo. Nel 1987 entra in vigore l’*Atto unico europeo*, che segna una notevole espansione delle competenze formalmente attribuite alla Comunità europea (politica sociale, ambiente, coesione economica e sociale, ecc.) e procedure decisionali più agili. Nel 1992 viene firmato il *Trattato di Maastricht*, entrato in vigore alla fine del 1993: la competenza della Comunità si estende ulteriormente nel campo della politica economica e della moneta e viene istituita l’**Unione europea**, che è un completamento delle comunità europee, integrate da due nuovi “pilastri”, la *politica estera e di sicurezza comune* (PESC) e la *cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni* (GAI). Dopo l’entrata in vigore (1° dicembre 2009) del *Trattato di Lisbona* (noto anche come *Trattato di riforma*), l’Unione europea ha definitivamente sostituito la Comunità europea ¹.

Anche geograficamente la Comunità europea si era nel frattempo allargata. Al nucleo originale di sei Paesi (Italia, Francia, Germania, Belgio, Olanda, Lussemburgo), si sono aggiunti in seguito Regno Unito, Irlanda e Danimarca (1972), Grecia (1979), Spagna e Portogallo (1985), Austria, Finlandia e Svezia (1994), Polonia, Estonia, Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Slovenia, Cipro e Malta (2004), Romania e Bulgaria (2007), Croazia (2013), mentre è ancora in dubbio l’ingresso futuro della Turchia. L’Unione conta ormai ventisette stati e quasi 500 milioni di cittadini, che parlano 23 lingue “ufficiali”. ^{INTERNET} Informazioni sui Trattati istitutivi dell’Unione europea si possono trovare nel sito del Consiglio: <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html?locale=it>.

¹ Il Trattato di Lisbona ha apportato vaste modifiche sia al Trattato che aveva istituito l’Unione europea (denominato *Trattato sull’Unione europea – TUE*) sia al precedente Trattato istitutivo della Comunità europea (da ora denominato *Trattato sul funzionamento dell’Unione europea – TUF*). Nel corso del libro, le citazioni degli articoli faranno riferimento alle versioni attuali dei due trattati.