

S. Baroncelli, A. Morelli, G. Moschella
M. Tiberii, P. Vipiana, P.M. Vipiana

Lineamenti di diritto pubblico



Giappichelli

PREFAZIONE

Il volume *Lineamenti di diritto pubblico* nasce dall'esperienza maturata dagli autori in anni di insegnamento di questa materia presso varie università italiane, durante i quali essi hanno colto la necessità di scrivere un manuale a spiccata valenza didattica che risponda alle richieste degli studenti, ossia un testo che coniughi, nella massima misura possibile, rigore concettuale e semplicità. La sistematica e le modalità di esposizione degli argomenti intendono rispondere, infatti, all'esigenza di rendere quanto più possibile agevole la fruizione dei contenuti anche a studenti del primo anno.

La peculiare vocazione del manuale è, inoltre, quella di rivolgersi a un'ampia platea di potenziali destinatari. Il testo, infatti, si presta a essere utilizzato in tutti i corsi base di diritto pubblico per le lauree triennali in scienze politiche, economia, scienze della formazione, servizi sociali, scienze del turismo. In particolare, presentando una parte approfondita sulle pubbliche amministrazioni e sulle garanzie dei privati nei loro confronti, è un manuale utilizzabile nei corsi di laurea che non hanno nel piano di studi un insegnamento di diritto amministrativo o che lo prevedono come facoltativo. In tal modo s'intende consentire a tutti gli studenti l'acquisizione di questa parte del diritto pubblico, molto utile per il prosieguo degli studi (ad esempio, per quelli di diritto tributario) e ai fini professionali (fornendo conoscenze necessarie ad affrontare concorsi pubblici e colloqui di lavoro).

Ogni nuovo manuale è una sfida: quello che qui si presenta mira soprattutto a essere uno strumento atto a introdurre gli studenti a una materia complessa, ma affascinante, come il diritto pubblico.

Si ringraziano in anticipo tutti coloro (in particolare, colleghi e studenti) che vorranno fornire suggerimenti utili a migliorare un'eventuale prossima edizione.

Gli autori

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

Alessandro Morelli

SOMMARIO: 1. Il diritto come fenomeno sociale. – 2. Il diritto pubblico e le sue partizioni.
– 3. Indicazioni di metodo.

1. *Il diritto come fenomeno sociale*

Il diritto è un fenomeno sociale. Ogni gruppo umano, per quanto piccolo, ha bisogno di regole per sopravvivere. In un primo significato, il termine “diritto” indica proprio un **insieme di regole**; in questo caso, si parla più precisamente di diritto *in senso oggettivo*, secondo un’accezione che consente di cogliere la natura del diritto come fenomeno sociale. Il legame indissolubile tra diritto e società fu espresso efficacemente dagli antichi romani nella celebre massima *ubi societas ibi ius* (dove c’è una società lì c’è il diritto). In una seconda accezione, la parola “diritto” indica una **facoltà** giuridicamente fondata e riconosciuta, che può essere fatta valere nei confronti di altri soggetti e che si traduce nella pretesa a che questi ultimi non attuino determinati comportamenti, non ledano un bene o adempiano qualche prestazione. In questo secondo significato, si parla più tecnicamente di diritto *in senso soggettivo*. Le due nozioni sono strettamente correlate poiché i diritti soggettivi presuppongono l’esistenza di un complesso di regole giuridiche che li riconoscano e che predispongano i mezzi necessari per esercitarli e proteggerli.

Se si esamina il diritto oggettivo, si riscontra l’esistenza di diversi insiemi di regole e, dunque, di **ordinamenti giuridici**. Com’è stato messo in luce dalla dottrina istituzionalista del diritto (in Italia rappresentata soprattutto da Santi Romano), il diritto non si esaurisce però nelle norme, presupponendo esso anche l’elemento personale (l’esistenza di un grup-

Il diritto in senso oggettivo

Il diritto in senso soggettivo

La pluralità degli ordinamenti giuridici

po sociale) e la presenza di una specifica organizzazione, definita da apposite regole. Oltre all'ordinamento giuridico statale esistono, quindi, anche altri ordinamenti, più grandi (come, per esempio quello dell'Unione europea) e più piccoli (come quelli delle Regioni e degli enti locali), che si pongono in rapporti diversi rispetto all'ordinamento dello Stato.

Le regole che, unitamente all'elemento personale e all'organizzazione, compongono gli ordinamenti giuridici hanno i caratteri della giuridicità. I quali tradizionalmente sono identificati nei seguenti:

- a) **positività**, consistente nella circostanza per cui la norma giuridica è prodotta dalle autorità legittimate dall'ordinamento giuridico vigente, con le procedure legalmente previste;
- b) **coattività** (o **coercibilità**), che si traduce nell'idoneità della norma giuridica a essere portata a forzosa esecuzione per realizzare l'interesse per il quale è stata prevista;
- c) **novità**, ossia l'attitudine della norma giuridica a disciplinare situazioni non regolate prima o a modificare una regolazione esistente;
- d) **esteriorità**, consistente nella circostanza per cui la norma giuridica, a differenza delle regole di altra natura, che attengono alla sfera privata o intima, disciplina le relazioni sociali;
- e) **generalità**, ossia il carattere per cui la norma giuridica regola *categorie* di soggetti o di comportamenti e non fa riferimento a specifici destinatari o situazioni;
- f) **astrattezza**, l'attitudine della norma giuridica a porre una disciplina che fa appunto riferimento non a fatti specifici e concreti, ma a *ipotesi astratte*, a *fattispecie*.

2. Il diritto pubblico e le sue partizioni

Non è compito specifico della scienza del diritto pubblico studiare l'essenza e la genesi del fenomeno giuridico, questioni affrontate da altre discipline come la filosofia e la teoria generale del diritto.

Il diritto
positivo

Oggetto di studio della scienza giuspubblicistica è invece il *diritto positivo*, effettivamente vigente in quanto prodotto nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento giuridico considerato.

Il diritto può essere ricostruito come un fenomeno unitario se si considera che tutte le norme giuridiche, anche se in modo diverso, tendono al medesimo scopo: quello di salvaguardare la pacifica convivenza e, dunque, la stessa sopravvivenza della società. Da questo punto di vista non si riscontrano differenze sostanziali tra previsioni come quelle con-

tenute nell'art. 832 c.c., che definisce il contenuto del diritto di proprietà, disponendo che «*il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*», e quelle dell'art. 575 c.p., il quale prevede il reato di omicidio, stabilendo che «*chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*». In entrambi i casi, infatti, l'intento perseguito è quello di salvaguardare interessi ritenuti meritevoli di protezione, con gli strumenti del diritto, per la pacifica e ordinata sopravvivenza della collettività (rispettivamente quello alla tutela della proprietà privata e quello alla difesa della vita umana). Benché, in ultimo, lo scopo sia il medesimo, appare diverso, tuttavia, il modo in cui le disposizioni sopra richiamate lo perseguono: nel primo caso, infatti, la norma tutela in via immediata un *interesse individuale* (quello del proprietario a godere in modo pieno ed esclusivo delle sue cose) e solo in via mediata e indiretta l'*interesse pubblico* alla pacifica coesistenza degli individui (che non potrebbe essere soddisfatto in un contesto nel quale la proprietà privata fosse sguarnita di qualunque forma di tutela pubblica); nel secondo caso, invece, l'interesse immediatamente tutelato è proprio quello *pubblico* alla punizione di chi commetta un omicidio.

Per quanto, nel complesso, il diritto sia un fenomeno unitario, esso può essere distinto nelle due grandi macroaree del **diritto pubblico** e del **diritto privato**: il primo comprende il *complesso delle norme che tutelano in modo diretto e immediato interessi pubblici*; il secondo l'*insieme delle norme che soddisfano interessi individuali in modo diretto e immediato, concorrendo comunque anch'esse, seppure in via indiretta, alla tutela di interessi pubblici*.

Benché tale distinzione non possa essere accolta oggi in termini assoluti, essendo diversi i settori nei quali confluiscono norme che perseguono interessi pubblici in modo diretto e indiretto (si pensi soltanto agli ambiti del diritto dell'economia, del diritto del lavoro, del diritto agrario o del diritto della navigazione), essa mantiene ancora una certa utilità, cogliendo una differenza riscontrabile nella conformazione delle norme giuridiche e offrendo un criterio attualmente impiegato nell'articolazione degli studi giuridici: se, dunque, il diritto privato comprende il complesso delle norme inerenti al rapporto tra privati, appartengono all'area del diritto pubblico il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto penale, il diritto processuale (civile e penale), il diritto internazionale, il diritto ecclesiastico ecc.

Il diritto pubblico e il diritto privato

Le partizioni del diritto pubblico

3. Indicazioni di metodo

Le premesse dalle quali si è partiti consentono di trarre alcune conclusioni sul metodo di studio del diritto pubblico.

I legami tra i
diversi ambiti
del diritto
pubblico

Una prima indicazione deriva dalla constatazione del carattere unitario del fenomeno giuridico, del quale si è detto poc'anzi. Esiste una fitta trama di relazioni tra i diversi ambiti di studio del diritto (e di quello pubblico in particolare). Così, solo per fare qualche esempio, la trattazione delle fonti del diritto, ossia degli atti e dei fatti che producono diritto in conformità all'ordinamento giuridico vigente, rinvia inevitabilmente all'approfondimento della forma di governo, cioè al rapporto tra gli organi costituzionali (con particolare riguardo a quelli che svolgono l'attività di indirizzo politico), considerato che tali organi sono i produttori di diverse (e certamente delle più importanti in un ordinamento giuridico come quello italiano) delle principali fonti normative vigenti (leggi, atti aventi forza di legge, ecc.). Lo studio delle fonti e delle forme di governo si lega, poi, a sua volta, all'indagine sui caratteri della forma di Stato, intendendosi con tale espressione il rapporto tra governanti e governati, poiché, com'è evidente, il concreto modo di atteggiarsi dei rapporti tra gli organi costituzionali e le dinamiche di produzione del diritto incide sulla stessa fisionomia dell'ordinamento democratico. E ancora tali argomenti sono strettamente correlati al sistema delle garanzie costituzionali, costruito allo scopo di salvaguardare la forma di Stato e i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Gli esempi potrebbero continuare a lungo, ma la conclusione è evidente: occorre tenere conto delle tante correlazioni che legano i vari ambiti di studio della materia. E proprio per facilitare tale compito, nei capitoli dedicati ai diversi temi sono stati inseriti numerosi rinvii volti a sottolineare i suddetti legami.

Il diritto come
scienza sociale
pratica

Una seconda indicazione è quella di tenere conto del fatto che il diritto, com'è stato detto, è una *scienza sociale pratica* (S. Pugliatti), consistendo in un insieme di strumenti funzionali alla risoluzione di problemi concreti. Nello studio del diritto occorre, quindi, sempre chiedersi a quale specifico problema pratico il principio o l'istituto giuridico che si sta studiando intendano dare risposta. Il che implica l'analisi della *ratio* delle norme giuridiche di volta in volta oggetto d'analisi, ossia delle ragioni, dei motivi per i quali le stesse sono state adottate.

L'importanza
delle definizioni

Una terza e ultima avvertenza attiene all'importanza delle definizioni in ambito giuridico, alle quali occorre prestare particolare attenzione. Quello giuridico è, infatti, un *linguaggio tecnicizzato*, che accosta a termini ed espressioni del linguaggio comune parole e formule tecniche,

spesso frutto di una lunga elaborazione concettuale, il cui uso agevola il confronto tra gli specialisti. Si pensi alle definizioni di “fonte del diritto”, “costituzione”, “forma di governo”, “sovranità” ecc. Alcune di tali definizioni, peraltro, non sono affatto pacifiche e su di esse continuano a confrontarsi gli studiosi.

CAPITOLO II
LO STATO.
LE FORME DI STATO E LE FORME DI GOVERNO

Giovanni Moschella

SOMMARIO: 1. Lo Stato. Definizione. – 1.1. Il popolo. – 1.2. Il territorio. – 1.3. La sovranità. – 1.4. La crisi della sovranità dello Stato. – 2. Forme di Stato. – 2.1. Le forme di Stato. – 2.2. Lo Stato democratico dei partiti. – 2.3. Stato accentrato e Stato composto. – 3. Le forme di governo. – 3.1. Forma di governo. Definizione. – 3.2. Forma di governo presidenziale. – 3.3. Forma di governo semipresidenziale. – 3.4. Forma di governo parlamentare. – 3.5. La forma di governo direttoriale. – 3.6. La trasformazione della forma di governo nell'ordinamento costituzionale italiano.

1. *Lo Stato. Definizione*

Lo Stato è un ordinamento giuridico originario, costituito da un gruppo sociale, disciplinato da un insieme di regole, che esercita il monopolio della forza legittima su un territorio delimitato.

Si suole distinguere tradizionalmente tra **Stato-istituzione** (o **Stato-ordinamento**), **Stato-apparato** (o **Stato-persona**) e **Stato-comunità**.

Stato-
istituzione,
Stato-apparato,
Stato-comunità

Con l'espressione **Stato-istituzione** si indica l'ordinamento giuridico statale come corpo sociale e politico organizzato, composto da tutti gli altri organismi istituzionali intermedi a esso assoggettati. In tal senso, l'art. 114 della Costituzione prevede che «*la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo Stato*».

Lo **Stato-apparato** (o **Stato-persona**) è costituito, invece, dall'insieme di organi ed enti, dotati di personalità giuridica, ai quali è demandato il potere di approvare e dare esecuzione alle norme attraverso cui lo Stato stesso esercita la propria supremazia e persegue i propri fini.

Lo **Stato-comunità**, infine, è l'insieme dei cittadini e non cittadini sui quali lo *Stato apparato* esercita il potere di supremazia.

Gli elementi
costitutivi
dello Stato

Affinché si possa parlare di Stato è necessaria la compresenza di tre elementi essenziali, definiti elementi costitutivi dello Stato: il *popolo*, il *territorio*, la *sovranità*.

1.1. *Il popolo*

Il popolo
come insieme
dei cittadini

Il popolo costituisce l'elemento personale dello Stato istituzione ed è rappresentato dall'insieme di soggetti legati allo Stato dal **rapporto** privilegiato di **cittadinanza**, *status* giuridico riconosciuto a coloro che godono dei diritti politici e possono partecipare all'attività politico-sociale dello Stato. In particolare, al compimento della maggiore età ai cittadini viene riconosciuto l'**elettorato attivo**, vale a dire l'esercizio del diritto di voto per l'elezione dei propri rappresentanti e l'**elettorato passivo**, cioè la capacità – al ricorrere di determinati requisiti – di essere eletto. Nello stesso tempo, allo *status* di cittadino si lega l'adempimento di alcuni doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. (ad es., l'art. 51 Cost. prevede che «*la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*»; l'art. 54 Cost. prevede che «*tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*», mentre l'art. 53 Cost. sancisce che «*tutti*» – non, dunque, solo i cittadini – «*sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*»). Per quanto riguarda il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili, la Costituzione, sempre all'art. 2, dispone che la Repubblica riconosce e garantisce tali diritti riferendoli non solo al cittadino, ma all'uomo in quanto tale.

In tale quadro, la Corte costituzionale ha esteso diversi diritti agli stranieri, chiarendo che, sebbene alcune disposizioni costituzionali si riferiscano formalmente ai soli cittadini, non è ragionevole, stante il carattere aperto del testo costituzionale, l'esclusione dei non cittadini dal godimento delle libertà fondamentali, mentre ancora controversa è l'estensione dei doveri inderogabili di solidarietà ai non cittadini.

In piena sintonia con la *ratio* del principio di uguaglianza e nel rispetto della dignità umana, la Corte costituzionale ha sostenuto che «se è vero che l'art. 3 Cost si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali», sì da riconoscere e garantire la titolarità e il godimento di tali libertà non solo ai cittadini, ma a tutti gli esseri umani (sent. n. 120/1967, ma anche sent. n. 62/1994).

I modi di
acquisto della
cittadinanza

Negli ordinamenti contemporanei l'attribuzione della cittadinanza avviene secondo due diversi criteri: lo *jus sanguinis* e lo *jus soli*. Nel primo caso, la cittadinanza viene attribuita in ragione dello *status* di cit-

tadino di uno dei genitori; nel secondo caso in base al territorio in cui il soggetto è nato.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sebbene negli ultimi anni siano state avanzate proposte di riforma legislativa, continua a prevalere il principio dello *ius sanguinis*. Infatti, la legge n. 91/1992 che disciplina la materia, prevede che sia «*cittadino italiano per nascita: a) il figlio di padre o di madre cittadini; b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono*».

La cittadinanza italiana, oltre che per nascita, può acquisirsi al verificarsi di alcuni presupposti contemplati dall'ordinamento: ad es. attraverso il matrimonio con un cittadino italiano, ovvero su richiesta effettuata dallo straniero che abbia regolare residenza in Italia da un certo numero di anni o abbia svolto servizio alle dipendenze dello Stato per almeno cinque anni. In tali casi la cittadinanza è concessa con decreto del Presidente della Repubblica, previo parere del Consiglio di Stato su proposta del Ministro dell'interno. Il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato. La legge n. 91/1992 regola anche i casi di rinuncia (ad es. per acquisizione di cittadinanza di altro Stato) e perdita della cittadinanza italiana (nel caso in cui il cittadino italiano svolga funzioni alle dipendenze di uno Stato estero). A tal proposito, va rilevato che, al fine di impedire quanto avvenuto durante il regime fascista, l'art. 22 Cost. stabilisce che «*nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome*». In ogni caso la cittadinanza italiana può essere riacquisita se:

- a) il soggetto presta effettivo servizio militare per lo Stato italiano e dichiara previamente di volerla riacquistare;
- b) se, assumendo o avendo assunto un pubblico impiego alle dipendenze dello Stato, dichiara di volerla riacquistare;
- c) se dichiara di volerla riacquistare e ha stabilito o stabilisce, entro un anno dalla dichiarazione, la residenza nel territorio della Repubblica;
- d) dopo un anno dalla data in cui ha stabilito la residenza nel territorio della Repubblica, salvo espressa rinuncia entro lo stesso termine;
- e) se, avendola perduta per non aver ottemperato all'intimazione di abbandonare l'impiego o la carica accettati da uno Stato, da un ente pubblico estero o da un ente internazionale, ovvero il servizio militare per uno Stato estero, dichiara di volerla riacquistare, sempre che ab-

bia stabilito la residenza da almeno due anni nel territorio della Repubblica e provi di aver abbandonato l'impiego o la carica o il servizio militare, assunti o prestati nonostante l'intimazione di abbandonarli rivoltagli dal Governo.

Il riconoscimento, in seguito alla stipula del Trattato di Maastricht del 1992, della cittadinanza europea a tutti i cittadini degli Stati membri dell'Unione fa discendere il riconoscimento di eguali diritti e doveri, del principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, della libertà di circolazione e di soggiorno e, con riferimento ai diritti politici, l'attribuzione dell'elettorato attivo e passivo alle elezioni locali e del Parlamento europeo nello Stato membro in cui il cittadino dell'Unione risiede. Si ricordano, ancora, il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo e di ricorrere al Mediatore europeo, nonché – in assenza nel territorio di un Paese terzo di rappresentanza diplomatica dello Stato di cittadinanza – di poter godere della tutela diplomatica e consolare di qualsiasi altro Stato membro.

La nazione Il concetto di **cittadinanza** viene spesso ricondotto, non sempre appropriatamente, a quello di **nazione**, entità coincidente, anche storicamente, con *un gruppo etnico-sociale accomunato da identità linguistica, religiosa o culturale*, che, tuttavia, non necessariamente costituisce un popolo organizzato in un solo Stato. Così possiamo avere **Stati plurinazionali** al cui interno insistono cittadini appartenenti a più nazioni, come è stato in passato per l'URSS o la Jugoslavia, o attualmente per il Belgio, la Spagna e la Confederazione elvetica.

La popolazione La **popolazione**, invece, costituisce *l'insieme indifferenziato di soggetti, cittadini, stranieri e apolidi, che in un determinato momento storico si trovano stabilmente e, quindi, risiedono all'interno del territorio dello Stato*.

Residenza, dimora, domicilio Se nel linguaggio corrente i termini **residenza**, **dimora** e **domicilio** sono spesso utilizzati in maniera casuale, sotto il profilo giuridico occorre operare le opportune distinzioni dalle quali scaturiscono diverse conseguenze.

Per **residenza** si intende il luogo nel quale la persona ha la dimora abituale e per **dimora** il luogo nel quale un soggetto abita (art. 43 cod. civ.). Si afferma infatti che una persona fissa la propria residenza e la propria dimora ed elegge un domicilio. Per fissare una residenza o per eleggere un domicilio occorre compiere delle dichiarazioni in grado di produrre effetti giuridici, mentre per quanto riguarda la dimora è sufficiente una condotta idonea. Fissare la propria residenza nel luogo nel quale si vive abitualmente è obbligatorio per legge (legge n. 1228/1954).

Il **domicilio** di una persona è il luogo nel quale questa ha stabilito la

sede principale dei suoi affari e interessi, che può anche non coincidere con quello di residenza (art. 43 cod. civ.).

A tale proposito è importante evidenziare che, come si vedrà meglio più avanti (v. Cap. XII), l'art 14 della Costituzione italiana, nel Titolo I, dedicato a «*I rapporti civili*», prevede anzitutto l'inviolabilità del domicilio ed estende alla libertà di domicilio le stesse garanzie previste per la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. facendovi espressamente rinvio. Nella nozione accolta dalla Costituzione, oltre al luogo in cui la persona stabilisce la sede principale dei suoi affari e interessi, per **domicilio** si intende qualunque altro luogo in cui la persona possa tutelare la propria sfera privata, spazialmente limitata, al riparo dalle altrui invasioni, sia essa l'abitazione abituale o anche una dimora temporanea, come ad esempio una camera d'albergo, la cabina di una nave o una tenda. Il concetto di domicilio si estende anche alla sede di un'impresa, un'associazione o un partito politico.

1.2. Il territorio

Altro elemento costitutivo e necessario dello Stato è rappresentato dal **territorio**, elemento richiamato nella Costituzione dall'art. 5 che sancisce *l'unità e l'indivisibilità della Repubblica*; dall'art. 10, a norma del quale «*lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge*»; dall'art. 11 che afferma che «*l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*»; dall'art. 16 che riconosce a ogni cittadino il diritto a «*circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale*»; dall'art. 52 che pone in capo al cittadino il *sacro dovere di difesa della Patria*. In aggiunta, l'art. 241 cod. pen. sanziona l'attentato all'integrità territoriale dello Stato; tale disposizione concorre a configurare un diritto dello Stato alla tutela e alla salvaguardia della propria integrità territoriale.

In ragione della normativa internazionale e delle disposizioni dell'ordinamento interno la nozione di territorio comprende:

Gli elementi
del territorio

- a) la *terraferma*, che costituisce quella parte di territorio delimitata dal mare o da altri confini naturali (fiumi o catene montuose) idonei a delimitare due Stati o artificiali, nel caso in cui la separazione sia artificialmente definita;
- b) le *acque interne* (fiumi, laghi, mari interni) comprese nei confini dello Stato;

- c) lo spazio aereo sovrastante;
- d) il sottosuolo;
- e) il mare territoriale, la cui estensione nell'ordinamento italiano è fissata dall'art. 2 del Codice della navigazione in 12 miglia marine e la *piattaforma continentale*, limitatamente all'esplorazione e all'utilizzazione delle risorse naturali e purché sia assicurata la libertà delle acque;
- f) gli aeromobili e le navi militari, le navi e gli aeromobili civili allorché si trovino in spazi non soggetti alla sovranità di altri Stati;
- g) le sedi delle rappresentanze diplomatiche all'estero e i luoghi dove i diplomatici risiedono, anche temporaneamente;
- h) eventuali colonie, possedimenti o altre pertinenze.

L'immunità
territoriale

In alcuni casi, al fine di contemperare interessi di altri Stati, l'ordinamento può prevedere che porzioni del territorio vengano escluse dal potere sovrano dello Stato. In questi casi si parla di c.d. **immunità territoriale**, condizione nella quale si trovano le sedi delle rappresentanze diplomatiche all'estero e i luoghi dove i diplomatici risiedono, anche temporaneamente.

L'extra
territorialità

L'**extraterritorialità**, invece, consiste nell'istituto in base al quale le navi e gli aeromobili militari stranieri, pur presenti nel territorio di uno Stato, sono assoggettati alle leggi dello Stato di appartenenza.

All'istituto della extraterritorialità fa da contraltare quello di **ultra-territorialità**, che consente all'ordinamento statale di estendersi oltre i confini dello Stato, come nel caso delle navi o degli aeromobili che si trovano fuori dalle acque territoriali o dallo spazio aereo dello Stato italiano, ma considerati dal Codice della navigazione "territorio italiano".

1.3. La sovranità

Nel definire la nozione di Stato si è fatto riferimento a un ordinamento che dispone del monopolio della forza legittima nell'ambito di un determinato territorio. Il concetto giuridico con cui si sintetizza tale definizione si identifica con un altro elemento costitutivo dello Stato: la **sovranità**.

Profilo interno
ed esterno

Sotto il **profilo interno**, la sovranità si qualifica come una *summa potestas imperii*, cioè un potere di supremazia all'interno del territorio dello Stato che non riconosce alcuna autorità a esso superiore (*superiorem non recognoscens*); mentre, *sotto il profilo esterno*, essa si contraddistingue per i caratteri dell'**indipendenza** e dell'**originarietà**, in quanto la sovranità non deriva da altra autorità esterna, trovando fondamento e legittimazione nella Costituzione, né tantomeno è soggetta, se non per atto di autolimitazione (come previsto, ad es., dall'art. 11 Cost.), ad altri ordinamenti. Si rinvencono, inoltre, come caratteri essenziali,

l'**esclusività**, dovendosi essa imputare a un unico soggetto (popolo, nazione o Stato che sia) e la **giuridicità**, vale a dire la sua sottoposizione, come tutti i poteri, alla supremazia della Costituzione. L'attribuzione della **sovranità alla nazione**, entità astratta distinta dall'insieme degli individui che la compongono, si raccorda con l'istituzione di un organo legittimato ad agire in loro vece, il Parlamento, ed è a tale concezione politico-filosofica, prima ancora che tecnico-giuridica, che si deve l'affermazione del principio rappresentativo e il primato del Parlamento. Tale elaborazione va, tuttavia, collegata alla teoria della separazione dei poteri elaborata da C.L. de Secondat de Montesquieu e a quella della rappresentanza nazionale, legata al divieto di mandato imperativo, che contribuisce a privare le assemblee legislative di ogni effettiva indipendenza, affermando un sistema per il quale il deputato, privo di un vero potere discrezionale, è chiamato a "volere" per la Nazione. Il parlamentare non rappresenta, infatti, il collegio elettorale, o più in generale, gli elettori, bensì la nazione, entità indivisibile e fonte originaria del potere rappresentativo. L'accoglimento di siffatto schema interpretativo contribuisce a identificare o ad assimilare la Nazione allo Stato fino a trasformare il parlamentare in rappresentante *«della volontà nazionale indipendente da quella dei cittadini che è quella della nazione intesa come corpo unificato»* (R. Carrè de Malberg).

La teoria della rappresentanza nazionale e l'idea stessa di nazione hanno costituito nello Stato liberale gli strumenti concettuali che, garantendo il carattere unitario della volontà sovrana, hanno legittimato l'egemonia della borghesia e la composizione oligarchica della struttura statale e del potere. L'estensione del suffragio elettorale e l'avvento dei grandi partiti di massa, verificatisi a partire dall'ultimo scorcio del XIX secolo in *magna pars* degli Stati europei, hanno dato luogo a quello che M.S. Giannini ha definito il processo di trasformazione dello "Stato monoclasse" in "Stato pluriclasse". Sul piano costituzionale si afferma il **principio di sovranità popolare** e la rappresentanza politica perde il suo carattere unitario, fondato sui principi di sovranità nazionale e di rappresentanza generale, per riproporsi come rappresentanza di interessi contrapposti, difficilmente riconducibili a unità.

L'affermazione del principio di sovranità popolare

1.4. La crisi della sovranità dello Stato

La validità della nozione di sovranità dello Stato, così come tradizionalmente è stata intesa sia nel pensiero costituzionale dello Stato liberale dell'Ottocento che in quello degli ordinamenti democratici contemporanei, fondata sul principio per cui lo Stato stesso sarebbe *superiorem non recognoscens*, è oggi messa in discussione dai processi di globalizzazio-

Globalizzazione, integrazione sovranazionale e processi di decentralizzazione

ne e di internazionalizzazione dell'economia e di integrazione europea. La crisi della territorialità del diritto scaturita dal processo di globalizzazione economica e di integrazione politica ha ridotto, infatti, l'autorità degli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati, i quali tendono a cedere progressivamente poteri sovrani e appaiono sempre meno legittimati a controllare i complessi processi di trasformazione istituzionale. La crisi dello Stato nazionale e della sua sovranità conduce a una crisi dello stesso principio della sovranità popolare, che determina un *deficit* di democraticità sia a livello di Unione europea che all'interno dei singoli Stati. Il ruolo egemone svolto, sia sul piano formale che su quello sostanziale, da istituzioni espressione dei poteri sovranazionali condiziona il potere sovrano dello Stato nella sua duplice articolazione di sovranità popolare (potere riconducibile in via diretta o indiretta al popolo) e di potere decisionale, espressione delle istituzioni della rappresentanza (Parlamento), che si trasforma in indirizzo di governo. Ne discende un obiettivo indebolimento della capacità degli ordinamenti costituzionali democratici di assumere autonomamente, nell'esercizio della propria sovranità, decisioni relative sia alla sfera economico-monetaria che a quella di politica internazionale. Tuttavia, ai fini di una analisi più completa, va detto che la sovranità nazionale viene a essere insidiata non solo dall'alto, vale a dire dagli organismi sovranazionali, ma anche dal basso, cioè dagli enti locali territoriali che, nel quadro del processo di redistribuzione di poteri all'interno dello Stato, tendono sempre più ad assumere lo *status* di "livelli autonomi di governo" a cui viene garantito il potere di soddisfare interessi primari dei cittadini.

2. *Forme di Stato*

2.1. *Le forme di Stato*

Definizione

In via generale, con il termine forma di Stato si intende «*il rapporto tra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione tra autorità e libertà*» (C. Mortati). La forma di Stato può ricondursi, tuttavia, anche al rapporto che, in un determinato momento storico, viene a realizzarsi tra gli elementi costitutivi dello Stato, in particolare tra la *sovranità* e gli altri due elementi, il *popolo* e il *territorio*. In altri termini, la forma di Stato si configura in ragione del modo con cui il potere sovrano si rapporta con i cittadini (*governati*) o si articola e si distribuisce nel territorio.

Pur tenendo conto della difficoltà di procedere a una sistematizzazio-

ne delle forme di Stato in una fase di profonde trasformazioni quale quella che stiamo vivendo, e nella consapevolezza che ogni tentativo di classificazione rischia di risultare generico, appare comunque utile, sul piano metodologico, utilizzare una classificazione che tenga conto, da un lato, del processo di evoluzione storica dello Stato, dall'altro, come già accennato, del rapporto che si instaura tra la sovranità, il popolo e il territorio.

Sotto il profilo storico possiamo procedere a distinguere tra *Stato patrimoniale*, *Stato assoluto*, *Stato liberale*, *Stato socialista*, *Stato autoritario* e *Stato democratico*.

Lo **Stato patrimoniale** è il modello di organizzazione che caratterizza il periodo feudale e che si connota per una commistione tra elementi di tipo privatistico e rapporti di diritto pubblico: il sovrano, infatti, deteneva una sorta di diritto di proprietà nei confronti del popolo e del territorio, con relativo diritto di alienazione. Non sussisteva alcuna garanzia giuridica dei diritti, la cui tutela veniva demandata ai patti stipulati tra il sovrano e i feudatari, nell'ambito del rapporto di vassallaggio. Le norme erano in buona parte di tipo consuetudinario e si fondavano, prevalentemente, su un rapporto di soggezione (*pactum subjectonis*) che si instaurava tra il sovrano e i feudatari e tra questi e i sudditi.

Lo Stato
patrimoniale

La decadenza del sistema feudale segnò anche il superamento dello Stato patrimoniale e l'affermazione di un modello di organizzazione istituzionale ispirato alla tendenziale concentrazione del potere sovrano in capo a un solo soggetto, il monarca. L'affermazione dello **Stato assoluto** ha riguardato le monarchie europee che hanno regnato fino alla Rivoluzione francese del 1789. La nascita di tale modello, che si fa coincidere con la formazione dello Stato moderno, produsse non soltanto una concentrazione totale dei poteri pubblici nelle mani del sovrano, realizzata anche attraverso la costituzione di un apparato burocratico-amministrativo, giurisdizione inclusa, del tutto dipendente dal monarca, ma soprattutto un sistema di legittimazione del potere *per investitura divina*, che affranca la Corona dal principio di legalità (primazia della legge), rendendo il sovrano *legibus solutus*, cioè svincolato da qualsiasi forma di limitazione nella funzione di governo. Esemplificato dalla locuzione di Luigi XIV «*l'Etat c'est moi*», che identifica il monarca come unico organo di vertice dell'organizzazione politica, lo Stato assoluto si qualifica anche per il fatto che il popolo risulta del tutto privo di effettivi diritti politici, dovendosi quindi parlare di sudditi piuttosto che di cittadini.

Lo Stato
assoluto

Una evoluzione dello Stato assoluto può rinvenirsi nel c.d. **Stato di polizia**, in cui pur permanendo il carattere assolutistico e la legittimazione per origine divina del potere sovrano, il monarca si pone il fine di per-

Lo Stato
di polizia

seguire il benessere e la felicità dei sudditi, i quali tuttavia rimangono del tutto estranei al governo dello Stato.

Lo Stato
liberale

Alcune grandi trasformazioni di carattere economico-sociale e culturale, che si realizzano tra la fine del XVII e la fine del XVIII secolo, segnano la crisi dello Stato assoluto e, anche attraverso alcuni importanti passaggi rivoluzionari quali le Rivoluzioni inglesi del 1648 e del 1689, la Rivoluzione americana del 1776 e, *last but not least*, la Rivoluzione francese del 1789, la transizione a una diversa forma di organizzazione istituzionale: lo **Stato liberale**.

Lo sviluppo del sistema capitalistico determina, infatti, l'ascesa e l'affermazione di una nuova classe sociale, la *borghesia*, detentrica dei mezzi di produzione. I caratteri fondamentali dello **Stato liberale classico**, che si afferma negli Stati Uniti e in Europa dopo la Restaurazione, possono rinvenirsi:

- nell'*adozione di Carte o Statuti*, dal valore formalmente costituzionale, anche se flessibili, in cui vengono riconosciuti i diritti individuali dei cittadini e il principio di sovranità nazionale (*Stato costituzionale*);
- nella *concezione garantistica*, riconducibile a una funzione attribuita allo Stato di garante dei diritti civili, politici e soprattutto economici dei cittadini (la statuizione «*la proprietà è inviolabile*» dello Statuto albertino);
- nel *principio dello Stato neutrale (o minimo)*, fondato sull'astensione degli apparati pubblici da ogni intervento su rapporti sociali ed economici, il cui equilibrio è rimesso esclusivamente allo svolgimento dei rapporti di forza tra i soggetti economici e sociali; lo Stato deve limitarsi ad assicurare i presupposti della convivenza;
- nella *concezione individualistica*, secondo la quale i diritti rientrano esclusivamente nel patrimonio dei cittadini e lo Stato, per garantirne l'effettività, deve evitare ogni intervento che possa comprimere il godimento dei diritti individuali (*libertà negative, libertà dallo Stato*). Naturalmente tale impostazione teorica si ispira a una concezione formalistica, incentrata su una interpretazione dell'uguaglianza intesa come parità innanzi alla legge che non tiene alcun conto delle diverse condizioni economico-sociali, culturali o territoriali esistenti tra i soggetti. Discende, peraltro, da tale concezione individualistica il riconoscimento di qualsiasi forma di organizzazione intermedia o delle formazioni sociali (partiti, sindacati, ecc.) che possano in qualche modo fraporsi tra individuo e Stato;
- nel *principio di separazione dei poteri*, vale a dire nell'adozione di un sistema di organizzazione bilanciato del potere, suddiviso tra diversi organi costituzionali che si controllano tra di loro («*il potere limita il*