

Silvio Troilo

# Lineamenti multimediali di diritto pubblico

*Con edizione digitale integrata*



**Giappichelli**

# CAPITOLO I

## IL DIRITTO E LO STATO

SOMMARIO: *Sezione I. IL FENOMENO GIURIDICO.* – 1. L’approccio giuridico alla realtà. – 2. Dal singolo alla comunità: le norme e gli organi. – 2.1. Le norme giuridiche e la loro interpretazione. – 2.2. Diritto positivo, diritto naturale, norme sociali. – 2.3. Gli organi. – 3. I soggetti di diritto e le situazioni giuridiche soggettive. – 3.1. I soggetti di diritto. – 3.2. Le situazioni giuridiche soggettive. – *Sezione II. LO STATO.* – 4. Lo Stato: gli elementi costitutivi. – 5. Le funzioni dello Stato e il ruolo della Costituzione. – 6. La concezione moderna (e occidentale) dello Stato. – 7. Il concetto di Costituzione. – 8. L’idea di Stato e di Costituzione dallo Stato liberale ottocentesco a quello democratico-sociale del Novecento. – 9. Il costituzionalismo e la democrazia. – 10. Le forme di partecipazione alla vita pubblica. – 10.1. Democrazia diretta e democrazia rappresentativa. – 10.2. I partiti politici. – 11. La primazia della Costituzione e la tutela dei diritti umani. – 12. Le forme di Stato. – 13. Le forme di governo. – 14. I sistemi elettorali. – 15. Le conseguenze dei sistemi elettorali sulla forma di governo e sul sistema dei partiti. – 16. Il sistema elettorale italiano. – 16.1. Il sistema vigente per le Camere. – 16.2. I sistemi vigenti per gli altri livelli di governo. – 17. Stati unitari, Stati federali, confederazioni. – 18. La distribuzione delle competenze tra centro e periferia: dal federalismo dualistico al federalismo cooperativo. – 19. Stato federale e Stato regionale.

### SEZIONE I

#### IL FENOMENO GIURIDICO

##### 1. *L’approccio giuridico alla realtà*

Il mondo in cui viviamo può essere analizzato sotto diversi punti di vista: l’**approccio giuridico** esamina la realtà attraverso le regole di comportamento che gli esseri umani devono rispettare (le *norme giuridiche*), verificando:

L’approccio  
giuridico

- il modo in cui esse vengono create;
- la loro coerenza rispetto ai principi e valori ad esse sottesi;

- il loro grado di effettività (cioè di reale applicazione);
- il livello di tutela contro le trasgressioni (in particolare la tutela ad opera dei giudici).

L'ordinamento  
giuridico

Compiuta tale indagine, si può presumere, con opportune cautele, di conoscere non solo un certo *ordinamento giuridico* (cioè un sistema ordinato di norme e principi, provvisto di propri organi e procedure idonei a produrle, interpretarle e sanzionarne le violazioni), ma anche la comunità che l'ha adottato, sul presupposto che – come dice il brocardo – *ubi societas ibi ius* ed *ubi ius ibi societas* (ossia: dove c'è una comunità, là c'è anche il diritto, e viceversa).

L'ottica dei  
costituzionalisti

Tra i giuristi i *costituzionalisti* analizzano, in particolare, le norme costituzionali (cioè le più importanti regole di comportamento fissate dai detentori del potere) e la loro applicazione nei casi concreti, evidenziando, in via logica e deduttiva, gli effetti che potranno avere sul funzionamento dello Stato e sulla vita dei cittadini.

Invece, gli studiosi di altre discipline adottano punti di vista differenti: ad esempio, i *politologi* esaminano i comportamenti dei soggetti che si contendono il potere (elettori, partiti, governi, parlamenti, ecc.) e ne ricavano, in via induttiva, delle regole tendenziali di comportamento, utili per capire anche la realtà futura o quella attuale di Paesi diversi dal proprio.

Il diritto e la  
realtà concreta

Perciò il diritto – e in particolare il diritto pubblico e costituzionale – non è soltanto un insieme di regole da applicare in situazioni specifiche, ma è anche un *modo per leggere e capire la realtà* in cui viviamo. Parlare della Costituzione, poi, vuol dire trattare delle regole fondamentali, che, da un lato, indirizzano e, dall'altro, rispecchiano il nostro modo di vivere.

## 2. Dal singolo alla comunità: le norme e gli organi

Per comprendere appieno quanto detto occorre ricordare che gli esseri umani, per meglio sopravvivere e prosperare, da tempo immemorabile vivono in gruppi, divenuti gradualmente sempre più grandi e complessi (dalle famiglie alle tribù, ai popoli, agli Stati e alle unioni sovranazionali).

Le comunità  
umane

Ma ciò comporta che ogni comunità di esseri umani che si gestisce in modo autonomo (in greco *polis*, in latino *civitas*) debba organizzarsi, per mantenere l'ordinata e pacifica convivenza dei suoi membri e per perseguire le finalità che si propone. Ciò diventa essenziale, in particolare, nelle *comunità sovrane*, che non riconoscono alcun'altra

autorità al di sopra e al di fuori di se stesse (e che sono essenzialmente gli Stati).

Perciò esse, innanzitutto, dettano regole di condotta (le *norme giuridiche*) che determinano in anticipo in quale modo ciascuno dei membri della collettività si dovrà comportare ogni volta che si troverà in una determinata situazione concreta (ad esempio, quando si troverà a circolare per strada e dovrà attraversare un incrocio) – in maniera che ognuno sappia che, comportandosi nel modo indicato, non sarà ostacolato dagli altri – e, inoltre, creano un apparato organizzativo che agisca in nome e per conto dell'intera comunità (le *istituzioni politiche*, ovvero le strutture istituite per curare gli affari della *polis*, come il Parlamento, il Governo, i tribunali, ecc.).

Le norme giuridiche

Le istituzioni politiche

### 2.1. Le norme giuridiche e la loro interpretazione

Le *norme giuridiche* sono regole di comportamento *generali* ed *astratte*: sono cioè indirizzate a tutti (o a tutti gli appartenenti ad una determinata categoria di soggetti, come gli studenti universitari) e sono applicabili a tutti i casi concreti che si presenteranno nel corso del tempo.

Generalità e astrattezza

Mentre le *norme scientifiche* sono *descrittive* (constatando un certo comportamento, naturale od anche umano: ad esempio, che alla temperatura di 100° centigradi l'acqua bolle o che l'incremento della domanda di beni o servizi provoca l'aumento del loro prezzo), quelle *giuridiche* generalmente sono *prescrittive* (cioè impongono di tenere, o di astenersi dal tenere, un dato comportamento, prevedendo sanzioni in caso di inottemperanza), ma possono anche essere *permissive* o *facoltizzanti* (cioè possono consentire di comportarsi in certo modo, ovvero di non farlo, a scelta del soggetto: ad esempio, è permesso riunirsi con altri in una piazza, ma non è obbligatorio farlo). Inoltre esse, diversamente dalle regole scientifiche, rimangono valide anche se la condotta prevista non viene tenuta.

Le norme scientifiche

Le norme giuridiche

Nel loro complesso e insieme ai principi generali ordinatori del sistema, costituiscono il diritto in senso oggettivo, o più precisamente *l'ordinamento giuridico*, che è un sistema coerente ed unitario (per cui ogni conflitto fra norme diverse è solo apparente e può essere risolto all'interno dello stesso sistema).

L'ordinamento giuridico

Infatti, ove accada che una determinata fattispecie non sia disciplinata da alcuna specifica norma giuridica, si ricorre all'*analogia*:

L'analogia

– applicando al caso concreto la norma che regola un *caso* in qualche modo *simile* (*analogia legis*);

- oppure, in mancanza di casi simili o quando anch'essi non siano disciplinati da norme, applicando i *principi generali dell'ordinamento giuridico (analogia iuris)*, quali criteri orientatori del comportamento da tenere.

Non si può, però, ricorrere all'analogia quando si tratti di norme penali e di norme che fanno eccezione a regole generali (art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile o preleggi).

Le norme giuridiche possono essere *scritte* o *non scritte*: oggi, in Italia, sono generalmente contenute in *disposizioni scritte*, ossia in frasi – raggruppate poi in *commi* e *articoli* – che disegnano la fattispecie astratta (*facti species* = immagine del fatto), cioè il comportamento vietato o ammesso o a cui si ricollegano delle conseguenze.

L'interpretazione

Dalla disposizione si deve ricavare la norma vera e propria (ossia la regola da seguire) mediante un'operazione intellettuale chiamata *interpretazione*.

Le modalità interpretative

I principi generali del nostro ordinamento giuridico sanciscono che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, o preleggi). Occorre, dunque, procedere a:

- un'*interpretazione letterale*, che si basi sul significato delle parole e frasi utilizzate,
- e insieme un'*interpretazione logica*, che guardi al risultato razionale voluto dalla comunità ponendo quella norma (in tal senso deve intendersi l'«intenzione del legislatore», e non come volontà soggettiva di una persona o di un gruppo di persone determinate).

Talora la lettera della disposizione può essere un po' forzata per farla pienamente aderire alla logica perseguita: si ha, così, l'*interpretazione estensiva* oppure quella *restrittiva* (ad esempio, se in un giardino pubblico «è vietato introdurre cani e veicoli», la logica della disposizione è di evitare danni alle persone, per cui il divieto di ingresso si deve ragionevolmente estendere anche ad altri animali feroci, pur non indicati espressamente, mentre si deve restringere ai soli veicoli potenzialmente pericolosi, esentando i tricicli per bambini ed altri mezzi innocui).

Per completare l'attività ermeneutica si utilizzano anche:

- l'*interpretazione sistematica*, che consente di chiarire meglio il significato di una disposizione facendo ricorso ad altre, cronologicamente precedenti o seguenti, connesse alla prima o relative a materie simili;
- l'*interpretazione adeguatrice*, in base a cui, tra due o più interpretazioni possibili, si deve privilegiare quella coerente con i valori e gli

obiettivi perseguiti da altre norme di livello superiore, come quelle costituzionali o quelle dell'Unione europea.

*Ad interpretare le disposizioni (e le norme non scritte) sono chiamati tutti i destinatari* delle stesse – ovvero, in molti casi, i semplici cittadini – che sono tenuti a comportarsi nel modo da esse indicato. Gli interpreti

Di fatto, assumono maggiore autorevolezza: *i) l'interpretazione dottrinale*, operata dagli studiosi del diritto, e soprattutto *ii) quella giudiziale* (detta anche “*giurisprudenza*”), effettuata dagli organi giudiziari ogni volta che devono risolvere una controversia applicandovi una norma. Tali interpretazioni tendono ad essere seguite dai privati, dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri giudici in casi simili, ma non sono vincolanti.

Qualche rara volta interviene direttamente il legislatore mediante l'*interpretazione c.d. autentica*, che consiste in una nuova norma che *prescrive* di dare ad una disposizione precedente un determinato significato. Ciò avviene quando la maggior parte dei destinatari di quest'ultima, e degli stessi giudici chiamati a pronunciarsi su di essa, hanno scelto una diversa interpretazione o quando vi è una diffusa incertezza sul significato da attribuire alla precedente disposizione.

Le norme giuridiche, scritte e non scritte, sono prodotte dalla comunità organizzata, in modo volontario e consapevole, mediante apposite modalità, chiamate *fonti del diritto*: con tale termine si designa qualunque *atto* (manifestazione consapevole di volontà, effettuata nel rispetto di una precisa procedura) o qualunque *fatto* (comportamento umano o accadimento naturale) considerato idoneo, da un certo ordinamento, a produrre norme giuridiche (v. il cap. XI). Le fonti del diritto

Le fonti del diritto vengono distinte in:

- *fonti sulla produzione*, le quali indicano quali altre fonti sono considerate idonee a produrre norme (così la Costituzione stabilisce che la legge, il decreto-legge e il decreto legislativo sono in grado di creare norme giuridiche);
- *fonti di produzione*, che materialmente creano le disposizioni, da cui sono tratte le norme;
- nonché c.d. *fonti di cognizione*, che sono gli atti idonei a far conoscere le norme prodotte dalle fonti di produzione (ad esempio, la Gazzetta ufficiale della Repubblica rende conoscibili le disposizioni create dalle leggi e da altre fonti di produzione, mentre la Raccolta di usi di cui all'art. 9 delle preleggi consente di conoscere in modo “ufficiale” le consuetudini in materia commerciale vigenti in un dato ambito territoriale).

## 2.2. Diritto positivo, diritto naturale, norme sociali

Qualunque comunità umana organizzata si dà delle regole e degli organi, sia essa una famiglia, una semplice associazione privata (ad esempio, una società sportiva) ovvero un grande ente territoriale (come una Regione). Perciò il diritto è un fenomeno sociale, e non esclusivamente il prodotto dello Stato (per cui è preferibile parlare di *socialità*, e non di statualità, *del diritto*), con la conseguenza che vi è una (contemporanea) *pluralità di ordinamenti giuridici*, talora indipendenti (come quello italiano e quello cinese), ma spesso sovrapposti, sicché una stessa persona, in Italia, può essere soggetta alle regole della famiglia, della scuola, della parrocchia, dell'associazione di cui fa parte, oltre che del Comune, della Provincia, della Regione e dello Stato.

La socialità  
del diritto

La pluralità  
di ordinamenti

Diritto positivo  
e diritto naturale

Senonché, uno stesso comportamento può essere prescritto da uno di tali ordinamenti ma può essere vietato da un altro (c.d. *relatività dei valori giuridici*) in quanto il *diritto è positivo*, ossia posto da ciascuna comunità, e non è ontologicamente naturale, ovvero non deriva direttamente dalla natura o dalla ragione umana senza mediazioni storiche, culturali, sociali (come affermato invece dal giusnaturalismo). Perciò diventa essenziale verificare quale di queste comunità è *sovrana* e può imporre le sue norme a tutte le altre.

Le norme  
sociali

Così, non poche regole devono considerarsi semplici "*norme sociali*", e non giuridiche, ossia regole di comportamento da osservarsi nell'ambito della comunità che le ha poste, ma non riconosciute come proprie dalla collettività sovrana di cui quella comunità fa parte, che perciò non ne punisce ufficialmente l'inosservanza: così, l'obbligo di rientrare a casa entro un determinato orario o quello di partecipare alla messa festiva sono norme che vanno rispettate nell'ambito della famiglia o della Chiesa cattolica, ma lo Stato – in Occidente – non agisce per farle osservare, né impone proprie sanzioni se vengono trasgredite.

Altre volte, invece, le regole fissate da tali comunità "minori" (rispetto a quella sovrana) sono riconosciute come giuridiche e assistite dal supporto degli organi statali, che le fanno rispettare, per cui un'associazione – benché nella realtà pratica non lo faccia quasi mai – potrebbe rivolgersi ad un tribunale statale per ottenere il versamento della quota associativa da parte di un aderente che si rifiuti di farlo.

In ogni caso, le norme giuridiche positive, pur non essendo in sé dei giudizi di valore, sono l'espressione e il risultato di giudizi di tal genere, con i quali il legislatore, presa conoscenza di una realtà storicamente data, assume una posizione nei confronti di quest'ultima.

Per la genesi del diritto sono dunque necessarie tre fasi:

- a) un *giudizio di fatto*, col quale si conosce e si inquadra la realtà sociale da sottoporre a regolamentazione;
- b) un *giudizio di valore*, col quale si prende posizione (in senso conservativo o innovativo) nei confronti della medesima realtà;
- c) una *statuizione normativa*, con la quale si prescrive il comportamento conforme a quel giudizio di valore.

Nelle prime due fasi può affermarsi che opera il *diritto naturale* più che quello positivo: *i*) nella prima, opera sotto il *profilo fenomenologico*, in quanto esprime le esigenze di regolamentazione giuridica, ed i relativi condizionamenti, che derivano dalla “natura della cosa” da disciplinare, di cui il legislatore non può non prendere coscienza e conoscenza; *ii*) nella seconda, opera sotto il *profilo deontologico*, in quanto il diritto naturale esprime, in termini di “dover essere”, quel giudizio di valore che il legislatore non può non formulare se vuole svolgere in modo ragionato la propria opera disciplinatrice. *iii*) Solo nella terza fase agisce il *diritto positivo*, che però non può essere isolato, se non astrattamente, dall’attività svolta nelle due fasi precedenti, senza le quali non potrebbe essere inteso nel suo pieno significato, e, di fatto, non potrebbe nemmeno venire creato.

Come nasce una norma

Quanto al *rapporto esistente fra il diritto positivo e l’organizzazione di una comunità umana*, vi sono differenti opinioni:

- secondo alcuni, è l’ordinamento giuridico a dare un fondamento e una forma alla comunità (*teoria normativistica* di Hans Kelsen);
- per altri, è la comunità, già organizzata, a produrre con i suoi comportamenti – più che con i suoi comandi – le norme giuridiche (per cui l’ordinamento sarebbe un’organizzazione funzionante e concreta e non solo un complesso di norme, secondo la *teoria istituzionalistica* di Santi Romano e Maurice Hauriou).

Il rapporto fra comunità e diritto

La prima concezione ha il pregio di preservare l’autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni sociali e alla politica (garantendone maggiore certezza e capacità di influire sui comportamenti umani); la seconda ha quello di mantenere, viceversa, il collegamento fra il diritto e la concreta realtà sociale (con i suoi valori e comportamenti).

### 2.3. Gli organi

Quanto alle *istituzioni* – più correttamente (sul piano giuridico) denominate “*organi*” – sono quelle parti degli apparati organizzativi creati dalla comunità (cioè quelle parti degli “*enti pubblici*” come lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le università, ecc.) che possono agire

Organi ed enti



in nome e per conto dell'intera struttura, incidendo nella vita dei membri della comunità.

Gli organi (o istituzioni) possono essere più d'uno ed assumere caratteristiche parzialmente differenti, ma nella loro essenza sono entità formate da *tre elementi: persone, strumenti materiali, competenze* (queste ultime sono porzioni dell'insieme dei compiti e dei poteri assegnati all'ente, globalmente chiamati "*attribuzioni*").

Le persone sono i *titolari* degli organi e "danno loro vita", ma qualunque loro decisione, se assunta in tale qualità (e non nella veste di privati), viene considerata come decisione dell'organo e, quindi, dell'intero apparato (e, in ultima analisi, di tutta la comunità).

Gli organi  
collegiali

Se l'*organo* è *collegiale*, ossia i titolari sono più d'uno (come nel caso di un Consiglio comunale), tutti devono essere preventivamente *convocati*, devono riunirsi (con la presenza del "*numero legale*", cioè di una quota minima di componenti, che di solito è la metà + 1) e possono deliberare, a maggioranza, solo sugli argomenti posti all'*ordine del giorno*. La decisione finale viene, naturalmente, considerata come assunta dall'intero organo collegiale e viene riportata – insieme alla sintesi delle discussioni – nel (processo) *verbale*.

### 3. I soggetti di diritto e le situazioni giuridiche soggettive

Le norme giuridiche disciplinano i comportamenti degli esseri umani, che ne sono pertanto i destinatari.

#### 3.1. I soggetti di diritto

La personalità  
giuridica  
e la capacità  
giuridica

I destinatari delle norme si dicono *soggetti di diritto*: essi godono di *personalità giuridica* (ossia sono considerati persone dall'ordinamento) e di *capacità giuridica* (cioè possono essere titolari di diritti, doveri, ecc.).

La capacità giuridica si acquista nel momento della nascita (art. 1, 1° comma, cod. civ.) e costituisce, insieme alla vita, il primo ed essenziale diritto inviolabile garantito a tutti gli esseri umani (anche agli stranieri) dall'art. 2 Cost. Tanto è vero che la stessa Carta costituzionale si preoccupa di stabilire che nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, oltre che della cittadinanza e del nome (art. 22).

La capacità  
di agire

Tuttavia, per compiere atti cui si ricollegano gli effetti previsti dall'ordinamento occorre avere anche la *capacità di agire*, che si acquista al compimento della maggiore età (art. 1, 2° comma, cod. civ.).

Diversamente dalla capacità giuridica, quella di agire si può perdere successivamente all'acquisto, totalmente (per *interdizione*) o parzialmente (per *inabilitazione*). Nel primo caso, ad agire in nome e per conto del soggetto incapace, in ogni situazione, è il suo rappresentante legale, detto *tutore*: si tratta dei genitori per un minore d'età, ovvero di un soggetto nominato dal tribunale per un interdetto. Nel secondo caso, un *curatore*, nominato dal tribunale, assiste gli inabilitati nel compimento dei soli atti di straordinaria amministrazione.

L'ordinamento italiano, al pari degli altri, considera soggetti di diritto anche le *organizzazioni*, create dalle persone fisiche per perseguire in modo più agevole od efficace scopi comuni agli aderenti, ossia le *persone giuridiche* od *enti* (talora chiamate enti morali).

Le persone giuridiche

Si tratta di insiemi di persone fisiche unificati – o, si potrebbe dire, organizzati – da norme giuridiche che consentono loro di esistere ed agire come se fossero un unico essere umano. Dotati di personalità giuridica (e quindi di capacità giuridica e di capacità d'agire) a seguito del riconoscimento da parte della pubblica autorità (statale o regionale, a seconda dei casi), possono assumere la forma dell'*associazione* (guidata e “animata” dai soci) – e, se hanno scopo di lucro, si definiscono *società commerciali* – oppure della *fondazione* (in cui ha maggior rilievo il patrimonio e non ci sono soci, ma solo amministratori, chiamati a perseguire gli scopi assegnati all'ente).

Gli *enti* – che in tal caso saranno definiti *pubblici* – possono essere creati anche dallo Stato e dagli altri soggetti pubblici (come Regioni, Province, Comuni, università, ecc.) al fine di perseguire scopi comuni alla collettività.

Gli enti pubblici

I privati possono – e lo fanno molto spesso – creare anche *associazioni non riconosciute* e *comitati*, che non hanno personalità giuridica, ma sono comunque in grado di agire come un unico soggetto, pur se la responsabilità di ciò che fanno, sul piano giuridico, ricade rispettivamente sulla persona fisica che ha agito in nome dell'associazione oppure su tutti i componenti del comitato.

Le organizzazioni senza personalità giuridica

### 3.2. Le situazioni giuridiche soggettive

Tutti i soggetti di diritto possono entrare *in relazione tra di loro e in riferimento ai beni*, e possono produrre effetti giuridici con propri atti (effetti che si realizzano mediante tali atti di volontà, ma si producono in quanto ciò è previsto dalle norme): in tal caso, a seconda delle conseguenze che l'ordinamento prevede, si hanno i vari *poteri giuridici* (ossia le possibilità di mutare la condizione giuridica dei beni) – che, se

I poteri giuridici

Le situazioni giuridiche esercitabili in modo unilaterale senza l'incontro delle volontà di più soggetti, sono detti *potestà* – e le diverse *situazioni giuridiche soggettive*, che vengono distinte in situazioni di vantaggio e situazioni di svantaggio per chi ne è titolare.

Sono *situazioni giuridiche di vantaggio* il diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

Il diritto soggettivo *a)* Il **diritto soggettivo** consiste nella *garanzia, fornita dall'ordinamento, di poter godere di un determinato bene*, anche immateriale (come un'idea o un nome) – facendovi tutto ciò che non è proibito (cioè esercitandovi le varie *facoltà*) –, rispetto a tutti gli altri (*diritto assoluto*, come quello di proprietà) oppure ad uno o più specifici soggetti (*diritto relativo*, come quello del venditore a ricevere dal compratore – e non da altri – il prezzo del bene venduto).

L'interesse legittimo *b)* L'**interesse legittimo** è invece la *garanzia di poter pretendere il corretto esercizio dell'azione amministrativa nei confronti di un determinato bene*, rispetto al quale il titolare ha un interesse qualificato e differenziato dagli altri: la garanzia si riferisce, dunque, alla (sola) *legittimità dell'azione amministrativa*, consistendo nella pretesa che la pubblica amministrazione, quando agisce nei confronti di un bene del soggetto, rispetti le norme giuridiche, sia riguardo agli obiettivi da raggiungere che alle procedure da seguire. Così uno studente universitario non ha il diritto soggettivo ad essere promosso, ma ha l'interesse legittimo ad essere valutato nel rispetto di tutte le norme riguardanti l'università. Analogamente un soggetto può subire l'espropriazione di un suo bene, perdendo il diritto di proprietà su di esso, ma gode comunque dell'interesse legittimo a che l'espropriazione avvenga nel rigoroso rispetto di tutte le norme in proposito.

Sono *situazioni giuridiche di svantaggio* l'obbligo, l'onere, il dovere, la soggezione.

L'obbligo *a)* L'**obbligo** – che, se ha un contenuto economicamente valutabile, viene chiamato *obbligazione* – consiste nel vincolo a tenere un determinato comportamento, adempiendo ad un diritto soggettivo altrui: ad esempio, evitando di interferire con il godimento del diritto di proprietà di altri, o pagando il prezzo pattuito per l'acquisto di un bene.

L'onere *b)* L'**onere** è un obbligo collegato ad un beneficio ricevuto: ad esempio, l'obbligo di un museo di esporre al pubblico le opere d'arte ricevute in donazione.

Il dovere *c)* Il **dovere** è la prescrizione a tenere un determinato comportamento, che tuttavia non forma oggetto, come nell'obbligo, di una specifica

pretesa di un altro soggetto, ma si ripercuote positivamente su tutta la comunità. È una situazione in cui si trovano frequentemente le pubbliche autorità: così il Presidente della Repubblica ha il dovere di essere fedele alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, nonché di prestare il relativo giuramento (art. 91 Cost.), mentre un Sindaco ha il dovere di ordinare la demolizione di un edificio abusivo; ma anche i singoli cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica (art. 54 Cost.), di difendere la Patria (art. 52 Cost.) e di contribuire alle spese pubbliche pagando i tributi (art. 53 Cost.) (v. il cap. XII, par. 28).

*d)* Infine, la **soggezione** è la situazione di chi si trova esposto alle conseguenze per lui svantaggiose dell'esercizio di un potere giuridico altrui: ad esempio quando il proprietario di un bene ne viene espropriato dalla pubblica amministrazione.

La soggezione

## SEZIONE II

### LO STATO

#### 4. Lo Stato: gli elementi costitutivi

Come detto, assumono particolare rilievo le norme e le istituzioni statali.

Gli Stati, infatti, sono divenuti, a partire dal XVI secolo, le **comunità umane** più importanti. Secondo la concezione tradizionale, essi sono costituiti da tre elementi inscindibilmente connessi: il territorio, il popolo, la sovranità.

*a)* Il **territorio** è *l'ambito spaziale dove è stabilmente radicato il popolo ed entro il quale vige l'ordinamento giuridico statale*. Esso comprende:

Il territorio

- la *terraferma*;
- lo *spazio aereo* sovrastante (fino ai limiti esterni dell'atmosfera terrestre);
- il *sottosuolo*;
- il *mare territoriale* fino ad una determinata distanza dalla costa (per l'Italia è di 12 miglia marine, ovvero di 24 miglia all'interno dei golfi e delle baie, conformemente alla Convenzione dell'ONU sul diritto del mare del 1982, ratificata dall'Italia con legge n. 689 del 1994);

- *navi ed aeroplani battenti bandiera dello Stato*, quando si trovino in acque o spazi aerei internazionali, mentre sono immuni dall'autorità dello Stato che le ospita le *rappresentanze diplomatiche (nonché navi e aeromobili militari) straniere*, che sono sottoposte alla legge del loro Paese (per cui si parla, impropriamente, di “extraterritorialità”).

Il territorio è delimitato da *confini, naturali* – come le catene montuose, i fiumi o il mare – o *artificiali*, in entrambi i casi fissati dagli Stati confinanti mediante trattati internazionali (cioè accordi fra i due Paesi, a volte conclusi a seguito di guerre, come per i confini tra Italia e Austria, stabiliti dal trattato di pace del 1919).

Il popolo      **b)** Il **popolo** è formato dall'insieme delle *persone che godono della cittadinanza*.

Esso, sul piano giuridico, *non* va confuso:

- né con la **popolazione** (cioè con l'insieme delle *persone che*, in un dato momento, *risiedono nel territorio* dello Stato);
- né con la **nazione**, che designa una *comunità con medesime caratteristiche* etniche, linguistiche, culturali, spesso religiose (*oppure* in altri casi – ad esempio in riferimento alla rappresentanza politica – indica *un'entità costituita dai cittadini e, insieme, dai valori in cui si identificano*).

Mentre, infatti, il concetto di popolo attiene all'essenza dello Stato ed implica il riconoscimento di una serie di diritti e doveri ai suoi singoli membri (i cittadini), quello di popolazione rileva ai fini della sottoposizione di chiunque si trovi sul territorio dello Stato alle norme di quest'ultimo, e quello di nazione riguarda gli elementi identificativi di una comunità (come la lingua o le tradizioni culturali) nonché, nel caso di minoranze di altre nazioni, l'eventuale riconoscimento di particolari forme di tutela delle loro specificità (come previsto dall'art. 6 Cost. italiana).

La cittadinanza      La **cittadinanza** è di solito attribuita ad ogni persona al momento della nascita, in base all'uno o all'altro dei seguenti criteri:

- lo *ius sanguinis* (il “diritto del sangue”), cioè la nascita da genitori che siano già cittadini di quello Stato;
- lo *ius soli* (il “diritto del suolo”), cioè la nascita sul territorio dello Stato.

Può tuttavia essere concessa *anche in seguito*, sulla base di regole differenti da Paese a Paese (per l'Italia sono attualmente stabilite dalla legge 5 febbraio 1992, n. 91).

L'attribuzione  
della cittadi-  
nanza italiana

In particolare, *in Italia* la **cittadinanza** è *attribuita automaticamente al momento della nascita*, per *ius sanguinis*, al figlio di padre o di madre

italiani (essendo sufficiente che un solo genitore sia italiano). *Soltanto se* entrambi i genitori sono ignoti o non sono in grado di trasmettere la loro cittadinanza, è attribuita per *ius soli* a chi nasce sul territorio italiano.

*Su richiesta* dell'interessato, può essere concessa allo straniero o all'apolide maggiorenne che:

- *sposino* un cittadino o una cittadina italiani (i quali possono ottenerla dopo 2 o 3 anni dal matrimonio, a seconda che risiedano nel nostro Paese oppure all'estero);
- *risiedano* in Italia da almeno 4 anni (se cittadini di un altro Paese dell'Unione europea) o 5 anni (se apolidi) o 10 anni (se cittadini di un Paese extra UE) oppure siano nati in Italia e vi abbiano risieduto ininterrottamente fino al compimento della maggiore età (avendo, in quest'ultimo caso, diritto ad ottenerla);
- abbiano prestato servizio per almeno 5 anni *alle dipendenze dello Stato* italiano, oppure abbiano reso *eminenti servizi* all'Italia.

c) La **sovranità** consiste:

- nella *supremazia* nei confronti di ogni altro soggetto o comunità presente sul territorio statale;
- nel *monopolio* dell'uso legittimo *della forza* (mediante la quale si può imporre il rispetto delle norme statali);
- nell'*indipendenza* rispetto ai poteri esteri;
- nell'*esclusività* e *completezza* dell'ordinamento statale (e di quelli ammessi dallo Stato);
- nella *cura di tutti gli interessi* dei cittadini (“*politicalità*”).

La sovranità

L'esercizio di tali pretese, oltre ad essere *effettivo* (cioè reale), deve trovare soltanto nella volontà dello Stato – e, quindi, del popolo – la fonte della propria legittimazione (c.d. “*originarietà*” della *sovranità*). Naturalmente può accadere che pressioni politiche ed economiche siano, di fatto, esercitate da parte di altri Stati o che, sulla base di accordi internazionali, un Paese assuma certi impegni, ma esso è considerato comunque sovrano se ha accettato i vincoli esterni e se potrà in futuro “denunciarli” (se, cioè, potrà sciogliersi dalla loro osservanza).

Gli atti giuridici si limitano a confermare l'esistenza di uno Stato.

Così, il *Regno d'Italia* nacque a seguito dell'ampliamento e della successiva “trasformazione” del precedente Regno di Sardegna, che fra il 1859 ed il 1860 annesse i territori e gli abitanti degli altri Stati prima esistenti nella penisola, che vennero “*debellati*”, cioè persero la loro sovranità, il loro territorio ed il loro popolo (v. il cap. III, par. 1). Le popolazioni – non più popoli – di quei territori espressero, comunque, il

L'unità d'Italia

loro consenso tramite *plebisciti* (anche se, con gli occhi di oggi, si potrebbe dubitare della piena correttezza di tali consultazioni).

La legge 17 marzo 1861, n. 4671, approvata dal Parlamento del Regno, divenuto rappresentativo di tutti gli italiani (pur se eletto dai soli cittadini “attivi”, che, per l’elevato censo e cultura, si riteneva potessero meglio comprendere le esigenze della società), si limitò poi a sancire che «il Re Vittorio Emanuele II assume per sé e per i suoi successori il *titolo di Re d’Italia*», confermando il cambiamento epocale già avvenuto. Lo stesso può dirsi riguardo al riconoscimento del nuovo Regno da parte degli altri Stati (a cominciare dalla Gran Bretagna il 30 marzo 1861 fino all’Austria alla fine del 1866), mediante note diplomatiche o trattati.

L’esclusività  
della sovranità  
moderna

Rispetto alle comunità umane che hanno preceduto storicamente gli Stati moderni – molte delle quali si trovarono ad esercitare una effettiva supremazia nei confronti di ogni altro soggetto o gruppo presente sul territorio da loro controllato – caratteri peculiari della sovranità statale moderna sono l’esclusività e la politicità.

L’*esclusività*, in realtà, è una pretesa di tutti gli ordinamenti, ma nel Medioevo tale concetto subì una vera e propria eclissi, ammettendosi la sovrapposizione e l’intreccio di una pluralità di centri di potere e di una molteplice fedeltà ad essi da parte dei medesimi esseri umani.

Nell’epoca moderna e contemporanea, invece, il concetto di *sovranità* è divenuto particolarmente importante: esso appartiene ai “paradigmi” su cui si sono formati il pensiero giuridico e la filosofia politica occidentale degli ultimi secoli e consente di operare una distinzione fra lo Stato e gli altri tipi di comunità umane (come le Regioni, le Province, i Comuni, dotati anch’essi di un territorio e di una popolazione).

La sovranità  
oggi

Tuttavia, esso è oggi posto *in crisi dall’accettazione*, da parte degli Stati, *di una pluralità di centri di potere, esterni* (dalle organizzazioni internazionali – come l’ONU e l’Unione europea – ai “mercati finanziari”) *o interni* (dalle Regioni alle confessioni religiose) ad essi. I singoli Stati stanno, così, gradualmente perdendo la capacità di disciplinare la vita dei loro cittadini (ciò che costituisce l’essenza della sovranità), non essendo più gli unici – e forse nemmeno più i principali – centri di produzione delle regole di comportamento che i cittadini stessi devono osservare. Per questo si parla di “*crisi dello Stato*”, che in futuro sfocerà, per alcuni studiosi, nella scomparsa di questo tipo di comunità organizzata, mentre, per altri, nella sua radicale trasformazione.

## 5. Le funzioni dello Stato e il ruolo della Costituzione

In quale modo lo Stato realizza i suoi obiettivi?

Nell'ottica giuridica, ogni Stato svolge quattro **funzioni essenziali**:

Le funzioni  
dello Stato

- la funzione *normativa*, cioè la produzione delle norme giuridiche (regole di comportamento generali e astratte);
- la funzione *esecutiva* o *amministrativa*, cioè la cura degli interessi della collettività mediante decisioni specifiche e concrete (i provvedimenti amministrativi), adottate in applicazione di norme o a seguito di scelte discrezionali;
- la funzione *giurisdizionale*, cioè la risoluzione delle controversie sorte fra due o più soggetti all'interno della comunità, mediante l'applicazione al caso concreto delle norme giuridiche e delle eventuali sanzioni;
- la funzione di *indirizzo politico*, cioè la decisione di quali finalità ed obiettivi perseguire e delle priorità da rispettare (finalità che, poi, saranno concretizzate nell'ambito delle altre funzioni).

Tali funzioni possono essere svolte da una sola ovvero da più istituzioni od organi: la scelta è compiuta dalla comunità ed è fissata nella **Costituzione**, che dunque consiste nell'insieme delle *più importanti regole di organizzazione e di funzionamento dello Stato*. Essa indica, innanzitutto, *i*) qual è la “*forma di Stato*” (cioè quali sono le finalità di quest'ultimo e che tipo di rapporti vi devono essere tra chi detiene il potere ed il popolo) e *ii*) a quali organi spetta esercitare le funzioni suddette (in tutto o in parte), precisando, a grandi linee, le loro caratteristiche e le modalità di scelta dei loro titolari: stabilisce, dunque, anche la “*forma di governo*”.

La Costituzione

## 6. La concezione moderna (e occidentale) dello Stato

La Costituzione italiana e quelle degli altri Paesi democratici fanno propria la **visione dello Stato** elaborata in Occidente nel Seicento e nel Settecento.

*Rifiutata la concezione teocratica medievale* (secondo cui lo Stato è uno strumento per governare la “città dell'uomo” in modo conforme alla volontà di Dio, da cui promana ogni potere), i pensatori occidentali del Seicento e Settecento affermano che *lo Stato* è uno strumento *derivante dalla volontà degli uomini* (“*contrattualismo*”), creato *per salvaguardare* più efficacemente *i diritti “naturali” e preesistenti dei singoli*:

La concezione  
teocratica

La concezione  
contrattualistica