

CAPITOLO I

COS'È IL DIRITTO?

SOMMARIO: 1. Cos'è il diritto? (Qual è lo scopo di questo manuale). – 2. Il diritto come “fenomeno”. – 3. Il punto di partenza: l’“esperienza” giuridica. – 4. “È un mondo di norme”. – 5. Il diritto come una particolare forma di organizzazione sociale. – 6. La sanzione come ulteriore elemento di specificità del diritto. – 7. Il diritto tra positivismo e giusnaturalismo. – 8. La pluralità degli ordinamenti giuridici. – 9. Il diritto pubblico.

1. *Cos'è il diritto? (Qual è lo scopo di questo manuale)*

Classicamente i manuali giuridici si aprono con un capitolo dedicato alla definizione del proprio oggetto. Altrettanto classicamente il primo capitolo tende ad essere il meno letto dell'intero volume. Ciò dipende dal fatto che quasi sempre in esso gli autori si limitano a riproporre questioni teoriche ovvero a stipulare premesse che raramente influenzano in modo sostanziale gli argomenti affrontati nel prosieguo del manuale. Sono, quindi, premesse *teoriche* (com'è inevitabile), spesso anche *astratte* (questo, invece, potrebbe essere evitato), ma che finiscono per diventare *inutili*.

In questo manuale vorremmo tentare di ovviare a tale limite, cercando di rendere utili anche queste pagine d'introduzione.

In cosa consiste l'utilità di questo capitolo? Come si vedrà, tutti sappiamo che oggi il tasso della produzione di leggi, regolamenti, atti normativi è talmente vasto e rapido nei cambiamenti che pensare di studiare il contenuto del “diritto” intendendo conoscere l'insieme completo delle regole che disciplina la nostra società sarebbe un'ambizione del tutto assurda.

Non solo l'insieme delle regole *giuridiche* (per ora definiamole così, genericamente) oggi si estende su materie sempre più vaste e tra loro differenziate (si va dal diritto civile a quello pubblico, dal drit-

Lo studio del
diritto come
questione
di metodo

to commerciale a quello internazionale, da quello dell'ambiente a quello europeo, etc.) ma la stessa velocità con cui queste regole cambiano rende del tutto velleitaria la pretesa di comprenderle in uno sguardo che, seppur sintetico, sia al tempo stesso completo ed aggiornato.

Quello che invece è realmente necessario è possedere una sorta di “bussola” – oggi si direbbe un “navigatore” – per orientarsi in tale *mare magnum*.

Scopo di questo manuale: come nasce il diritto, dove trovarlo, come intenderlo

Pretendere di conoscere tutte le regole applicabili ai più diversi casi è non solo oltremodo difficile, ma irrealistico; quello che, invece, si può cercare di realizzare con un manuale è aiutare a comprendere come nascono queste regole, cosa le caratterizza come tali – cioè come regole di *diritto* – distinguendole da altre regole simili (quali quelle della morale, della tecnica, etc.), cosa ci consente di capire dove cercarle e, una volta trovate, come intenderle correttamente.

Questa è l'idea di fondo che sorregge il manuale.

Se questo è lo scopo, allora dovrebbe comprendersi agevolmente che un capitolo dedicato alla domanda “cos'è il diritto?” non è quello in cui si confinano tutte le considerazioni teoriche per poi passare ai contenuti concreti; bensì, per rimanere all'esempio della bussola, è la parte in cui si fissano i punti cardinali e si rilevano le coordinate di fondo senza le quali non è possibile orientarsi. Chiarito ciò, è possibile iniziare la navigazione.

2. *Il diritto come “fenomeno”*

«Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione “che cos'è il diritto?” [...] Non esiste una così ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema “che cos'è la chimica?” oppure “che cos'è la medicina?”, come quella rivolta alla soluzione della questione “che cos'è il diritto?”».

Le molteplici facce del diritto

Con questa pagina – intitolata *Persistent questions* – si apre uno dei libri più importanti per la teoria contemporanea del diritto (*Il concetto di diritto* di Herbert Hart).

Essa rende in maniera efficace e diretta il problema che oggi vediamo dinanzi al “fenomeno” del diritto: è diritto il regolamento del condominio in cui abito e la Carta delle Nazioni Unite, è diritto parcheggiare l'auto nell'apposito spazio e l'acquisto della verdura dall'or-

tolano, è diritto salire sul treno e il processo che si conclude con la sentenza del giudice, è diritto il contratto e la dichiarazione dei redditi. Ma cosa collega, cosa accomuna fatti tra loro così differenti? E da dove partire per studiare un fenomeno così complesso e variegato?

Ovviamente i punti di partenza che si possono proporre per studiare il diritto sono tra loro molto diversi e questa scelta è tutt'altro che neutrale.

Soprattutto perché molto spesso la nostra conoscenza è distorta da “pregiudizi”, cioè da idee che ci derivano dal contesto in cui viviamo e che assorbiamo quasi per osmosi, ma che non rispondono necessariamente ad una osservazione realistica e disincantata del fenomeno.

Ad esempio, è frequentissimo il “**pre**”-giudizio – che potremmo definire “**statalista**” – secondo cui il diritto ha a che fare esclusivamente con il *potere* e, soprattutto, con quello che i giuristi chiamano il potere *pubblico*: lo Stato, le autorità costituite, insomma le istituzioni abilitate all'uso legittimo della forza, come vedremo meglio nel capitolo II.

«Il diritto *presuppone* lo Stato», era la frase con cui si apriva un manuale di diritto privato degli anni Venti del XX secolo.

Seguendo questa impostazione, lo studio del diritto coincide, in misura maggiore o minore, con l'analisi delle regole, dei comandi e degli ordini che vengono dallo Stato o da altre autorità dotate di potere.

Questa idea – come vedremo – ha certamente un fondamento, lo Stato gioca un ruolo del tutto peculiare e relevantissimo nella produzione odierna del diritto, ma essa è anche una pesante riduzione.

Basta, infatti, guardare la propria esperienza umana per accorgersi, invece, che **lo Stato è solo uno dei produttori del diritto** e che, a fianco dell'autorità statale, il diritto e i suoi obblighi spesso nascono da atti dei privati (si pensi ai contratti e a tutto ciò che produce la cosiddetta autonomia negoziale degli individui) o da istituzioni non statali (si pensi alle regole che provengono dall'Unione europea).

Se, dunque, lo Stato non è l'unico soggetto che produce diritto, da dove occorrerà partire per studiare questo fenomeno?

Il diritto è sempre e solo prodotto del potere pubblico?

Privati e istituzioni non statali producono diritto

3. *Il punto di partenza: l'“esperienza” giuridica*

Il punto di partenza che proponiamo in questo manuale non è di tipo teorico-deduttivo, cioè non muoveremo dalle diverse teorie o

filosofie che spiegano la nascita e i caratteri specifici del diritto (approcci che richiederebbero ciascuno un corso universitario a sé per una disamina corretta ed esauriente).

Il diritto come
fenomeno
sociale

Il nostro **punto di avvio**, invece, è quello **tipico delle scienze sociali**, orientate in maniera empirico-induttiva, che hanno cioè come proprio oggetto le azioni umane, i comportamenti del singolo uomo e, più propriamente, degli uomini assieme: è lì che chi intende studiare il diritto (qualsiasi tipo di diritto: pubblico o privato, nazionale o comparato) deve fissare lo sguardo, in primo luogo.

E la domanda cui rispondere è quella propria di ogni conoscenza: perché?

Perché ci sono quei comportamenti? Cosa spiega quei comportamenti? Quale ragione può essere addotta come motivo di quella certa condotta o di quella omissione?

Primo sguardo
sui
comportamenti
umani:
sembrano caotici

Proviamo a partire dall'osservazione.

Ci sono quantomeno due "strati" nell'osservazione dei comportamenti umani.

Ad un primo livello, la constatazione comune è che i comportamenti degli uomini, essendo normalmente liberi, sono, quantomeno ad uno sguardo esterno, imprevedibili, casuali, caotici. Caotici nella definizione propria che la fisica dà di questo termine: è caotico un fenomeno in cui l'effetto non dipende (o dipende in maniera minima) dalle sue condizioni iniziali.

Se una particella si comporta in modo caotico, questo vuol dire che, anche se in questo istante di tempo si conosce la sua posizione, è difficilissimo (se non impossibile) prevedere dove si troverà nell'istante di tempo seguente.

Dunque, a prima vista il mondo delle azioni umane appare "caotico".

C'è però un secondo "strato" dell'esperienza giuridica.

Se osserviamo meglio, alcuni comportamenti si ripetono.

La stessa persona o persone diverse in determinate situazioni tendono a comportarsi nello stesso modo.

Esistono cioè delle **regolarità**, ovverosia delle ripetizioni costanti, che rendono meno caotico il comportamento.

L'osservazione, quindi, ci dice che in certe condizioni gli uomini tendono a comportarsi in un certo modo, sia pure con eccezioni, e questo fa sì che, nelle stesse condizioni, diventa prevedibile che si comporteranno ancora nello stesso modo.

È tra queste regolarità e tra queste eccezioni che si colloca il fenomeno del diritto; meglio, è tra le possibili spiegazioni di questi

Ad una
osservazione più
attenta, si notano
le regolarità

comportamenti, costanti o devianti, che si nasconde la regola, la norma di diritto; è lì che bisogna andare a scovarla.

4. “È un mondo di norme”

C'è una pagina scritta da uno dei più grandi giuristi italiani (e non solo), Norberto Bobbio, nel suo libro *Teoria generale del diritto*, che aiuta molto bene a comprendere questa intersezione tra il diritto e la miriade di regole che guidano la condotta di ognuno di noi.

«La nostra vita si svolge in un mondo di *norme*.

Crediamo di esser liberi, ma in realtà siamo avvolti in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o quella direzione le nostre azioni. La maggior parte di queste regole sono diventate ormai tanto consuete che non ci accorgiamo più della loro presenza.

Una “fittissima rete di regole di condotta”

Ma se osserviamo un po' dall'esterno lo sviluppo della vita di un uomo attraverso l'attività educatrice compiuta su di lui dai suoi genitori, dai suoi maestri e via scorrendo, ci rendiamo conto che egli si sviluppa sotto la guida di regole di condotta. Per quel che riguarda l'assoggettamento a sempre nuove regole, è stato giustamente detto che la vita intera e non solo l'adolescenza, è un continuo processo educativo.

Possiamo paragonare il nostro procedere nella vita al cammino di un pedone in una grande città: qua la direzione è proibita, là la direzione è obbligatoria; e anche laddove è libera, la parte della strada su cui egli deve tenersi è in genere rigorosamente segnata.

Tutta la nostra vita è cosparsa di cartelli indicatori [...] molti di questi cartelli sono costituiti dalle regole del diritto [...].

Uno dei primi risultati dello studio del diritto è renderci consapevoli dell'importanza del “normativo” nella nostra esistenza individuale e sociale [...] le norme giuridiche, alle quali dedicheremo in modo particolare la nostra attenzione, non sono che una parte dell'*esperienza* normativa. Oltre le norme giuridiche vi sono precetti religiosi, regole morali, regole del costume, regole di quella etica minore che è l'“etichetta”, regole della buona educazione e così via.

Tutte hanno in comune un elemento caratteristico che consiste nell'essere proposizioni aventi il fine di influenzare il comportamento degli individui e dei gruppi verso certi obiettivi piuttosto che altri».

Il diritto come spiegazione dei comportamenti umani

Le regole giuridiche, dunque, attengono alle **ragioni dei comportamenti umani**, prima che ai comportamenti stessi.

Questo è uno degli aspetti più intriganti che sono correlati allo studio dei fenomeni giuridici: il diritto, pur muovendo da effetti visibili sul piano concreto, non appartiene al mondo degli effetti, ma a quello delle cause.

5. *Il diritto come una particolare forma di organizzazione sociale*

Fin qui abbiamo detto che il diritto costituisce una delle possibili ragioni per cui un uomo agisce.

Così facendo, l'abbiamo assimilato a quell'infinità di regole – a quel “mondo di norme”, come direbbe Bobbio – che orienta, guida o solo influenza le azioni umane.

Ma cosa distingue le regole giuridiche da tutte queste altre norme? Qual è la loro specificità?

Anche qui, le risposte sul piano teorico-dogmatico e filosofico potrebbero essere moltissime e tra loro opposte.

Proseguendo però nel nostro intento di muovere dall'esperienza giuridica e dall'osservazione del diritto come “fenomeno”, due aspetti emergono invariabilmente nel caso della “norma giuridica”; aspetti che, invece, non necessariamente troviamo presenti nelle altre forme di regolazione.

**Il diritto:
definizione**

Innanzitutto il diritto è una forma di organizzazione sociale.

C'è un esempio illuminante che Paolo Grossi propone nella sua *Prima lezione di diritto*: la fila di fronte ad un ufficio pubblico.

«Un insieme di povere formiche umane senza nessun collegamento sostanziale tra di loro, occasionalmente accomunate in un minimo spazio per una frazione minima di tempo.

È tanto poco consistente quell'incontro che nemmeno il sociologo si sentirebbe di occuparsene; collocato nell'estremamente effimero sembra non avere alcuna rilevanza sociale.

Tutto vero, sia per il sociologo, sia – tanto più – per il giurista.

Però, se, tra la confusione che serpeggia nella fila, un soggetto intraprendente fa sentire la sua voce, fa alcune proposte per *organizzare* meglio la fila tumultuosa, e tutti i componenti le ritengono buone e le *osservano*, ecco che, in quella minima unità di tempo, in quei pochi metri di territorio della Repubblica Italiana, noi abbiamo avuto il miracolo della genesi del diritto.

Quell'agglomerato effimero, che è la fila, è diventato, sia pure nell'effimero, comunità giuridica, giuridica perché produttrice di diritto.

L'esempio paradossale serve ad illuminare intensamente il momento e la ragione in cui e per cui una amorfa e indistinta realtà sociale si trasforma in realtà giuridica e per ciò stesso si diversifica dalla incandescenza del semplicemente sociale.

Nell'esempio or fatto i fattori diversificanti sono due: il fatto *del'organizzazione* – o per meglio dire della *auto-organizzazione*; il fatto della *osservanza* spontanea delle regole organizzative. Il mistero del diritto è tutto qui».

Le regole giuridiche si distinguono dalle regole morali o religiose o di buona educazione innanzitutto perché esprimono delle forme di organizzazione.

Tale punto di vista è stato sviluppato da una corrente di giuristi definiti “istituzionalisti”, il cui principale esponente è uno studioso italiano, Santi Romano, secondo i quali il diritto è **ordinamento giuridico**. Il diritto, in altri termini, è un insieme di norme (normazione) che può esistere e funzionare solo se c'è un gruppo umano organizzato (plurisoggettività), dotato di una organizzazione incaricata di produrre le regole e di farle rispettare (istituzione).

È quel legame che si suole esprimere con la celebre frase latina *ubi societas, ibi ius*.

Organizzazione e auto-organizzazione

Differenza tra regole giuridiche e altre regole sociali: il diritto come ordinamento giuridico

6. La sanzione come ulteriore elemento di specificità del diritto

Inoltre, se il diritto è una forma di organizzazione, va precisato che si tratta di una forma di organizzazione che, a differenza di altre, *deve*, e non solo *può*, essere rispettata. *Deve* vuol dire che esiste un “meccanismo” – per ora diciamo solo così – che incentiva tutti a rispettarla.

In qualche maniera, il diritto è una via di mezzo tra le leggi fisiche (del tutto inviolabili e involontarie per l'uomo) e le leggi morali (del tutto violabili e volontarie).

La via di mezzo sta nel fatto che, pur essendo “violabili” (come le leggi morali e a differenza di quelle fisico-chimiche), in realtà è auspicabile che le persone non le trasgrediscano.

È fondamentale cioè che le regole, per essere giuridiche, siano “**osservate**”, nel senso che, da un lato, le persone spontaneamente le rispettino, ma dall'altro vi sia qualcosa che assicuri questo rispet-

Segue: il diritto: definizione

La natura coercitiva del diritto

to anche se non ci dovesse essere un'adesione spontanea. Le norme giuridiche, quindi, nascono dall'organizzazione sociale; sono forme dell'organizzazione sociale; e la giuridicità sta proprio nel fatto che queste regole, esprimendo tali forme di organizzazione collettiva, è bene che siano rispettate, cioè debbono essere osservate anche se il singolo decidesse di non cooperare o le ritenesse, soggettivamente, ingiuste o svantaggiose.

Ma in un secondo senso, per così dire "prescrittivo", la "dovosità" del diritto sta a significare che esistono procedure ed organizzazioni le quali, in caso di violazione, tendono a garantire comunque il rispetto del sistema giuridico nel suo complesso.

Com'è intuitivo, siamo tutti convinti che sia sufficiente la ragione umana per capire che non si dovrebbe mai uccidere un uomo per perseguire un proprio interesse (a meno che non sia l'interesse a salvare la propria vita: è il caso della "legittima difesa" dell'art. 52 del codice penale e dello "stato di necessità" dell'art. 54 del medesimo codice) e, proprio per questo, è statisticamente probabile e quindi prevedibile che il comando "non uccidere" sia diffusamente rispettato nelle relazioni sociali, anche quando nascono conflitti tra interessi di più persone.

Ma cosa succede se, per mille motivi, questa "ragione" del comportamento non viene compresa ed accettata come persuasiva?

Come assicurare il rispetto delle regole giuridiche? Il ruolo dello Stato

Per far sì che queste regole siano rispettate, non possiamo affidare solo su meccanismi di convinzione interiore o sul costume sociale o sull'abitudine; per queste norme occorre prevedere anche meccanismi che ne garantiscano il rispetto. Qui si innesta sovente la considerazione sulla statualità del diritto alla quale facevamo riferimento: ovvero la convinzione che soltanto le norme accompagnate da **una sanzione coercitiva** siano "veramente giuridiche". E, visto che in epoca moderna soltanto lo Stato è in grado di porre tali sanzioni, l'idea che il diritto sia un fenomeno essenzialmente statale.

Esistono, concludendo sul punto, due modi di concepire il diritto: uno fa riferimento all'idea di ordinamento giuridico, di gruppo sociale organizzato; l'altro, invece, fa essenzialmente riferimento allo Stato e alle regole che questo produce.

7. *Il diritto tra positivismo e giusnaturalismo*

Fin qui, abbiamo fatto riferimento al diritto come a una serie di regolazioni e norme che vincolano tutti (o alcuni de) i soggetti che

vivono all'interno di una certa comunità o territorio. E abbiamo cercato di indicare alcuni possibili punti di vista sull'origine di tali regole e sulla loro giuridicità.

Tuttavia, nella lingua italiana, accanto a questo significato la parola diritto ne assume anche un altro: quello di una sfera garantita di pretese e di facoltà che il soggetto può vantare nei confronti di tutti gli altri o di alcuni. Per tenere distinti questi due aspetti essi vengono designati, rispettivamente, come **diritto in senso oggettivo** e come **diritto in senso soggettivo**.

Ci sono lingue diverse dall'italiano in cui questa differenza è molto più chiara. In inglese, ad esempio, il diritto in senso oggettivo si chiama *law* e quando parliamo di diritto pubblico parliamo di *public law*. Per esprimere il diritto in senso soggettivo si usa una parola completamente diversa, *right* (ad esempio l'espressione "diritti umani" in inglese è *human rights*).

Tra diritto oggettivo e diritto soggettivo c'è uno stretto legame: i diritti soggettivi esistono, spesso si suole dire, solo in quanto c'è una norma che li riconosce, in quanto c'è, dunque, diritto oggettivo che li riconosce. Uno studente può dire: "Ho diritto a non pagare le tasse universitarie", perché c'è una norma che dice che coloro che hanno un certo reddito e che hanno una certa media negli studi non pagano le tasse. Se non ci fosse quella norma, occorre chiedersi, ci sarebbe il diritto soggettivo? No, è la risposta spontanea, ma immediatamente ci sorge un dubbio: "Ma è proprio così? Ci vuole sempre una norma per avere un diritto (soggettivo)?" La risposta a questa domanda costituisce uno degli snodi fondamentali nella teoria e nella pratica del diritto; esistono, infatti, due punti di vista, sulla base dei quali possiamo rispondere: quello del positivismo giuridico e quello del giusnaturalismo.

Secondo il **positivismo giuridico** (che si afferma soprattutto a partire dal 1800) non esiste altro diritto (oggettivo) che quello posto da chi ne ha l'autorità, e i diritti soggettivi sono soltanto quelli qualificati come tali dal diritto oggettivo. I diritti soggettivi sono meri "riflessi" del diritto positivo, termine con il quale si intende il diritto "posto", ovvero lo *ius positum* (da qui l'espressione).

Esiste però un altro modo di concepire il rapporto tra diritto oggettivo e diritti soggettivi, ed è quello che classicamente va sotto il nome di **giusnaturalismo** (le teorie giusnaturalistiche sono molto più risalenti nel tempo: esistono già nel pensiero antico greco-romano e nella Scolastica medievale, anche se tra il 1600 e il 1700 vengono riproposte in chiave razionalista). Il giusnaturalismo è

Diritto oggettivo
e diritto
soggettivo

Teoria
positivistica del
diritto

Teoria
giusnaturalistica
del diritto

quella corrente di pensiero secondo la quale il diritto non è riducibile alle sole leggi umane, poiché è legato alla stessa natura/ragione dell'uomo, la quale è caratterizzata da alcuni elementi “strutturali” ovvero “elementari” dai quali si possono desumere non direttamente regole, ma principi (sulla distinzione si veda più avanti, il capitolo IV, par. 11) sulla base dei quali valutare o ispirare le regole.

La contrapposizione tra chi crede che il diritto venga prima delle istituzioni umane e chi, invece, dice che il diritto è solo quello posto, è antica: celebre, nell'antichità greca, è il caso di Antigone (protagonista di una nota tragedia di Sofocle), la giovane che viola le leggi della città e viene messa a morte poiché seppellisce il fratello, caduto in battaglia combattendo contro la sua stessa città. Quando Creonte, il sovrano di Tebe, le domanda se conosceva l'editto che vietava la sepoltura del fratello, Antigone risponde che certamente sì, lo conosceva, ma lo aveva ugualmente trasgredito, poiché comunque tale atto non ha la forza di consentire a un mortale di «violare le leggi non scritte, incrollabili, degli dei, che non da oggi né da ieri, ma da sempre sono in vita, né alcuno sa quando vennero alla luce».

Una chiara traccia di questa concezione è rinvenibile nella Costituzione italiana, quando all'art. 2 si afferma che: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo».

Decisiva è l'espressione “la Repubblica riconosce”: si può riconoscere, infatti, soltanto qualcosa che già c'è, che viene prima, come spiegheremo meglio al capitolo VI, par. 2.1.

Entrambi questi punti di vista oggi sono problematici.

Il positivismo giuridico, infatti, rischia di trasformarsi in supina obbedienza alla legge, anche a quella più inumana, come è accaduto (e potrebbe ancora accadere) in regimi autoritari e oppressivi. Basti pensare ai numerosi casi nei quali coloro che hanno commesso gravi violazioni dei diritti umani si difendono dicendo: “ma io ho solo obbedito alla legge!” (ovvero al diritto positivo).

Il giusnaturalismo, d'altra parte, apre un altro problema: chi individua le norme di diritto naturale? Oggi, a differenza di epoche passate, c'è un profondo disaccordo culturale sull'idea di natura umana ed esistono diverse concezioni di questa natura; qual è quella che dovrebbe essere seguita? Nel Secondo dopoguerra – dopo le atrocità perpetrate in nome della legge dai regimi totalitari – si è assistito al tentativo di superare questi problemi **“positivizzando” il diritto naturale**. E ciò è avvenuto attraverso due strumenti, sui quali ci soffermeremo meglio in seguito: le Costituzioni rigide (capitolo II, par. 13) e i trattati internazionali sui diritti umani (capitolo III, par. 2).

Differenza
tra i due punti di
vista: l'esempio
di Antigone

La
“positivizzazione”
del diritto
naturale
nel Secondo
dopoguerra

8. *La pluralità degli ordinamenti giuridici*

Di qui in avanti, dovremmo proseguire ponendoci la domanda su cosa sono – analiticamente – questi ordinamenti giuridici, quanti ordinamenti esistono, di quali contenuti (norme) sono composti, in quali parti e funzioni sono articolati.

Ma questo sarà il contenuto dei prossimi capitoli del manuale.

In chiusura di questo capitolo introduttivo, invece, vorremmo evidenziare una particolare conseguenza tra le innumerevoli implicazioni di quanto abbiamo detto sinora.

Se il diritto è l'organizzazione o, per meglio dire, l'"ordinamento" di una società, allora ci saranno tanti diritti quante sono le società.

Da questa constatazione derivano perlomeno due fondamentali direttive per lo studio del diritto.

La prima: **se una società cambia, inevitabilmente cambiano (o cambieranno) le regole e i principi giuridici che la organizzano.**

Il diritto cambia
quando cambia
la società

Ogni ordinamento giuridico è "situato" in ben precise coordinate spazio-temporali.

Da un lato, infatti, nello stesso spazio – pensiamo al continente europeo o a quello nordamericano – cambieranno nel tempo le forme dell'organizzazione giuridica; d'altro lato, nello stesso *tempo* – pensiamo alla nostra epoca contemporanea – possiamo veder coesistere ordinamenti giuridici profondamente differenti a seconda dell'area geografica che consideriamo (si pensi alle differenze tra il diritto europeo continentale e quello anglosassone, oppure quello dei paesi di cultura islamica o, infine, quello dei paesi asiatici).

La seconda: **lo Stato, quantomeno in senso moderno** – argomento al quale dedicheremo il prossimo capitolo –, **è solo uno dei possibili ordinamenti giuridici.** E questo innanzitutto perché – sul piano storico – abbiamo avuto intere civiltà che, sebbene dotate di raffinati ordinamenti giuridici, non erano organizzate secondo quella particolare forma che si è affermata dalla fine del medioevo sul continente europeo, per poi espandersi nel pianeta, e che chiamiamo "Stato". Ed in secondo luogo perché oggi è sempre più evidente che gli ordinamenti giuridici statali debbono fare i conti con altri ordinamenti giuridici (normalmente "sovrastatali") la cui forza crescente dev'essere tenuta assolutamente in considerazione.

Lo Stato è uno
degli
ordinamenti
giuridici

È indubbio, però, che, nonostante queste indicazioni di metodo oggi ci impongano di "relativizzare" la pretesa monopolistica dello

Stato rispetto agli altri ordinamenti, lo Stato stesso rappresenta ancora il sistema giuridico più rilevante e condizionante la vita dei cittadini che vivono al suo interno e questo, in particolare, con riferimento a quella parte delle norme che siamo abituati a definire “diritto pubblico”.

9. *Il diritto pubblico*

Il termine *diritto pubblico* presuppone il suo antagonista *diritto privato*. La differenza tra le due definizioni sta nell'oggetto.

Diritto pubblico: definizione

Il **diritto pubblico** è quell'insieme di norme che ha per oggetto l'ordinamento giuridico dello Stato. E, di conseguenza, con tale definizione indichiamo anche la disciplina di studio che di tale insieme di norme si occupa. Ma cerchiamo di precisare meglio.

Abbiamo visto che un ordinamento giuridico è un gruppo umano caratterizzato dall'aver un'organizzazione e che tre sono gli elementi che lo connotano: innanzitutto un gruppo di soggetti (**plurisoggettività**), poi un apparato organizzativo (**istituzione**) e infine le norme giuridiche (**normazione**).

Gli elementi dell'ordinamento giuridico: in specie, la normazione

Se esaminiamo più da vicino quest'ultimo elemento, vediamo che in ogni ordinamento giuridico esistono:

- a) norme sulla plurisoggettività (1): le norme che individuano chi sono i suoi membri;
- b) norme sulla plurisoggettività (2): le norme che regolano i rapporti tra i soggetti dell'ordinamento giuridico;
- c) norme sulle istituzioni: le norme sull'organizzazione, che individuano gli organi e disciplinano i loro poteri;
- d) norme sui rapporti tra le istituzioni e la plurisoggettività: le norme che regolano i rapporti tra l'organizzazione e i soggetti dell'ordinamento;
- e) norme sulla normazione: cioè norme che stabiliscono come si producono le norme in questo ordinamento;
- f) norme che regolano i rapporti con altri ordinamenti giuridici.

Considerando lo Stato come ordinamento giuridico, al diritto pubblico appartengono cinque di questi sei gruppi di norme. In altre parole, troviamo: le norme che definiscono chi sono i soggetti dello Stato (ovvero le norme sulla cittadinanza); le norme sull'organizzazione dello Stato; le norme sui rapporti tra lo Stato e i cittadini; le norme sulla produzione del diritto (ovvero le norme sul-

le “fonti del diritto”); le norme sui rapporti dello Stato con gli altri ordinamenti giuridici. Rimane fuori soltanto un insieme di norme tra quelli indicati sopra: ovvero le norme che regolano i rapporti tra i soggetti dell'ordinamento (quelle che abbiamo indicato come norme sulla plurisoggettività (2)). Esse costituiscono oggetto del diritto privato.

Tutto il complesso delle norme giuridiche può essere ricondotto a questi due grandi settori: diritto pubblico e diritto privato. Non esistono nel nostro ordinamento norme giuridiche che non facciano parte dell'uno o dell'altro dei due settori. **Le norme di diritto pubblico e le norme di diritto privato si differenziano**, lo ripetiamo, **per l'oggetto della disciplina**, in quanto nelle norme di diritto pubblico compare sempre lo Stato, quantomeno in uno dei suoi elementi.

Differenza tra
diritto pubblico
e diritto privato

Da ciò un'altra distinzione: i rapporti regolati dal diritto pubblico sono sempre diseguali, poiché, come vedremo, lo Stato si colloca in una posizione di supremazia. Mentre i rapporti di diritto privato sono tendenzialmente rapporti paritari: i soggetti privati si collocano infatti in una posizione di parità.

Ma non c'è differenza tra diritto pubblico e diritto privato quanto al soggetto produttore delle norme: se aderiamo al filone della statualità del diritto, esse sono sempre riconducibili in qualche modo allo Stato o a soggetti da esso autorizzati, anche quelle di diritto privato. Ad esempio, in Italia i rapporti tra i privati sono regolati principalmente dal codice civile: esso è una legge dello Stato che rientra nel settore di studio del diritto privato.

Va aggiunto che questa ripartizione non è data una volta per tutte, ma può mutare: un oggetto di studio può oggi collocarsi nel settore del diritto pubblico e poi può spostarsi nel settore del diritto privato, o viceversa. Un esempio è costituito dalla disciplina dei rapporti di lavoro degli impiegati pubblici, che in Italia è stata regolata da norme di diritto pubblico per molti anni, poi dal 1993 è stata trasportata nel diritto privato perché questi rapporti hanno assunto la stessa natura dei rapporti fra privati.

All'interno del diritto pubblico troviamo vari settori: ad esempio il diritto internazionale riguarda i rapporti dello Stato con gli altri Stati; il diritto ecclesiastico i rapporti dello Stato con la Chiesa; il diritto penale e il diritto processuale vari aspetti dei rapporti dello Stato con i cittadini; il diritto amministrativo si occupa della organizzazione dello Stato.

**Il diritto
costituzionale:
definizione**

Nel nostro studio ci soffermeremo in particolare su quel settore del diritto pubblico che è il **diritto costituzionale**: ovvero sull'insieme di norme che sono contenute, come vedremo, nella fonte denominata Costituzione e, in particolare, su quelle relative all'organizzazione dello Stato e alle fonti del diritto. Pertanto, nei capitoli che seguono non sarà trattata esaustivamente tutta la materia del diritto pubblico, ma ne saranno esaminati soltanto alcuni aspetti fondamentali. Ciò in corrispondenza alle esigenze di un corso di **istituzioni** di diritto pubblico, che si occupa unicamente dei "primi elementi, primi rudimenti" della materia. La parola "istituzioni", infatti, ha qui un significato profondamente diverso da quello visto poc'anzi, quando stava a designare l'elemento "organizzazione" di un ordinamento giuridico. Si può in tal modo avere un primo esempio della complessità del linguaggio giuridico, che è un linguaggio tecnico, del quale occorre che lo studente impari piano piano ad impadronirsi nell'ambito di questo corso.

Sulla base di queste considerazioni, per introdurci allo studio del diritto pubblico, non possiamo che prendere avvio da quella particolare forma di organizzazione giuridica che chiamiamo "Stato".

CAPITOLO II

LO STATO E LE SUE FORME

SOMMARIO: 1. Stato e sovranità: definizioni. – 2. Le forme di Stato. – 3. Evoluzione storica delle forme di Stato. L'ordine giuridico medievale. – 4. Lo Stato assoluto. – 5. Lo Stato liberale di diritto. – 6. Gli strumenti dello Stato liberale di diritto: a) il principio di legalità e il ruolo della legge. – 7. Segue: b) la nozione di Costituzione in senso moderno. – 8. Segue: c) il principio della separazione dei poteri. – 9. La crisi dello Stato liberale di diritto. – 10. L'inarrestabile espansione dello Stato contemporaneo nel XX secolo. – 11. La forma di Stato contemporaneo: uno Stato pluralista. – 12. Segue: uno Stato democratico. – 13. Segue: uno Stato costituzionale. – 14. Segue: uno Stato sociale. – 15. Segue: uno Stato decentrato; in particolare, lo Stato regionale in Italia.

1. *Stato e sovranità: definizioni*

Un corso di diritto pubblico, per quanto si è detto nel primo capitolo, non può che iniziare dallo Stato, che è già emerso nel nostro discorso tanto come uno dei principali produttori del diritto, quanto come oggetto di studio.

E non può che iniziare da una definizione di che cosa s'intende per Stato, o meglio, da due definizioni, da mettere a confronto.

Una prima definizione è quella classica della dottrina italiana di Stato come ordinamento giuridico: «Lo **Stato** è un ordinamento giuridico a fini generali, esercitante il potere sovrano su un dato territorio, cui sono subordinati in modo necessario i soggetti ad esso appartenenti».

Una seconda definizione è invece quella che vede lo Stato come una particolare forma storica di organizzazione del potere politico nata in Europa tra il XV e il XVII secolo, che si caratterizza perché esercita il **monopolio della forza legittima** su di un territorio su cui vive una popolazione e che si avvale di propri apparati amministrativi. Si tratta di una definizione vicina, anche nel linguaggio, alla

**Lo Stato:
due definizioni**

scienza della politica più che al diritto, come mostrano le espressioni “potere politico” e “monopolio della forza legittima”. Questo ci ricorda quanto il diritto pubblico sia intrecciato con altre discipline, ad esempio la scienza della politica, la sociologia, la storia.

Elementi comuni:
territorio,
soggetti, potere
sovrano

Nelle due definizioni balzano all’occhio, poiché comuni ad entrambe, una serie di elementi fondamentali: il territorio; i soggetti che ci vivono (il popolo); il potere sovrano (cui corrisponde il monopolio della forza legittima). Ma ci sono anche delle differenze. La prima definizione ci dice che lo Stato è un **ordinamento giuridico a fini generali**. Ovvero un ordinamento giuridico che può perseguire qualsiasi finalità propria del gruppo umano di riferimento e che pertanto si differenzia dagli ordinamenti giuridici a fini particolari, che hanno la cura soltanto di interessi settoriali (si pensi ad esempio a una federazione sportiva o a un sindacato).

La seconda definizione ci dice che lo Stato è **una forma di organizzazione del potere politico**, cioè di quel tipo di potere sociale che si basa sull’uso della forza per convincere i soggetti a tenere certi comportamenti. E anche che esso non è l’unica forma possibile di organizzazione del potere politico, ma una tra le tante, quella nella quale si realizza il **monopolio della forza**. E che nasce in un determinato momento storico e in una precisa area geografica, anche se questa forma di organizzazione del potere si è diffusa dall’Europa al resto del mondo, per cui, oggi, non esistono parti del pianeta che non siano “coperte” da Stati.

Lo Stato come
ordinamento
sovrano

Se dei tre elementi che contraddistinguono lo Stato ne dovessimo prendere in considerazione uno solo, quello più qualificante è – indubbiamente – la **sovranità**.

Territorio e popolo, infatti, sono presenti anche in altri ordinamenti giuridici. Il territorio, inteso come la sfera spaziale nella quale si esplica l’efficacia delle norme giuridiche, è elemento costitutivo, ad esempio, di tutti gli enti territoriali (come il comune, la regione, etc.), così come il popolo altro non è che l’elemento “plurisoggettività” (l’insieme dei soggetti) tipico di qualsiasi ordinamento giuridico (come si è detto nel capitolo I).

In realtà, è la sovranità l’elemento che caratterizza lo Stato moderno, designando il peculiare modo di essere del potere statale e distinguendolo da altre, più antiche, forme di organizzazione del potere politico.

**Sovranità:
definizione**

Per definire la sovranità occorre distinguere un aspetto “esterno” e uno “interno” (in riferimento all’ordinamento giuridico dello Stato). Questo implica considerare che ci sono ordinamenti giuridi-

ci *esterni* e ordinamenti giuridici *interni* allo Stato, rispetto ai quali esso entra in rapporto e afferma la sua sovranità.

Gli **ordinamenti giuridici esterni allo Stato** vengono definiti ordinamenti giuridici extrastatali. Tra essi possiamo richiamare gli altri Stati, oppure l'ordinamento internazionale o quelli sovranazionali, come l'Unione europea, ai quali fanno riferimento, nella Costituzione italiana, gli artt. 10 e 11 (come vedremo meglio nel prosieguo, soprattutto nel capitolo III).

Ordinamenti
giuridici
extrastatali

Ci sono poi **ordinamenti giuridici interni allo Stato**, definibili come infrastatali, tra i quali quelli regionali e locali (dove con la parola locale, almeno nel nostro diritto positivo, si indicano comuni, province e città metropolitane), ai quali si riferisce l'art. 114 Cost., oppure gli ordinamenti religiosi di cui all'art. 8 Cost., o, ancora più in generale, le "formazioni sociali" delle quali parla l'art. 2 Cost., tra le quali si collocano i sindacati (art. 39 Cost.), i partiti (art. 49 Cost.) e altre forme di vita associata (dalle associazioni di cui all'art. 18 Cost. alla famiglia, art. 29 Cost.).

Ordinamenti
giuridici
infrastatali

La **sovranità esterna** è tradizionalmente ricondotta alla nozione di originarietà e di indipendenza. È sovrano quell'ordinamento che non deriva la sua esistenza da un altro e che ha la capacità di escludere ingerenze esterne: per dirlo con una tradizionale espressione latina, esso è *superiorem non recognoscens*. Nell'art. 11 della nostra Costituzione, ad esempio, la parola sovranità è usata in questo senso, laddove si afferma che l'Italia accetta «limitazioni alla propria sovranità» (esterna) in nome di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni.

**Sovranità
esterna:
definizione**

La **sovranità interna** è riconducibile alla nozione di supremazia. Essa è forse più facilmente comprensibile se rievochiamo una definizione che è stata data agli albori dello Stato da un autore che tra i primi ha cercato di delineare i caratteri della nuova forma di organizzazione del potere, il francese Jean Bodin. Egli definiva la sovranità come *summa potestas legibus soluta*, quindi "potestà suprema sciolta dalle leggi", svincolata dal diritto. La sovranità interna, quindi, è la capacità di porre comandi giuridici vincolanti nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento. Se guardiamo la Costituzione italiana, la parola sovranità è usata in questo senso nell'art. 1, comma 2, ove si afferma che «la sovranità appartiene al popolo».

**Sovranità
interna:
definizione**

Le due "facce" della sovranità sono ben sintetizzate nell'art. 7 Cost., che si riferisce ai rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica: sostenere che «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel pro-

prio ordine, indipendenti e sovrani» significa appunto richiamarne l'aspetto esterno (indipendenti) e quello interno (sovrani).

Come vedremo nel prossimo capitolo, comunque, si tratta di definizioni che sono state ampiamente messe in discussione nel XX secolo, al punto che si potrebbe negarne la perdurante attualità. Gli sviluppi ai quali siamo di fronte attraverso fenomeni come la globalizzazione, l'internazionalizzazione del diritto costituzionale, la valorizzazione del principio di autonomia delle comunità locali, hanno portato a parlare di **crisi dello Stato**, almeno per come era configurato nel momento d'oro del suo successo, ovvero nel XIX secolo, quando queste definizioni furono forgiate dalla dottrina giuspubblicistica che si assunse il ruolo di supportare e fiancheggiare questa forma di organizzazione del potere.

2. *Le forme di Stato*

Una volta precisato che al centro del diritto pubblico si colloca lo Stato, dobbiamo introdurre un'ulteriore nozione, quella di **forma di Stato**, che ci aiuterà a meglio comprendere l'oggetto del nostro studio. Si tratta di un concetto elaborato dalla dottrina, la cui definizione non si trova nel diritto positivo italiano.

Occorre partire dalla parola "forma", con la quale normalmente si indica, da un lato, l'insieme degli elementi esteriori che servono a descrivere l'essenza di una cosa, dall'altro, lo scopo finale per il quale esiste una data cosa. Pertanto possiamo dire che, in una prima approssimazione, la forma di uno Stato è, sul piano descrittivo, l'insieme degli elementi esteriori che servono a coglierne l'essenza, mentre, sul piano prescrittivo, è l'insieme delle finalità per le quali lo Stato stesso esiste.

Della espressione "forma di Stato" possiamo quindi dare due distinte definizioni.

Una prima definizione, più strettamente giuridica, qualifica la forma di Stato come il modo attraverso il quale la sovranità si distribuisce personalmente e territorialmente, cioè si distribuisce rispetto agli altri due elementi, popolo e territorio.

Sulla base di questa definizione e con riferimento al popolo, possiamo individuare due forme di Stato: quello autoritario e quello democratico.

**Forma di Stato:
due definizioni**

**a) come
rapporto
tra sovranità,
popolo e
territorio**

Nello **Stato autoritario** la sovranità è concentrata in un unico soggetto, sia esso un partito unico (come è accaduto nello Stato fascista o nello Stato comunista), oppure un'unica persona fisica (come nello Stato assoluto). Nello **Stato democratico** la sovranità è distribuita tendenzialmente su tutto il popolo: tale forma di Stato è quella delineata dall'attuale Costituzione italiana, secondo la quale, come si è appena detto, «la sovranità appartiene al popolo» (art. 1, comma 2).

Stato autoritario
e Stato
democratico

Sempre in base a questa definizione, ma con riferimento al territorio, possiamo distinguere lo Stato federale e lo Stato unitario.

Lo **Stato federale**, almeno nella sua originaria impostazione, è quella forma di Stato in cui la sovranità è distribuita sul territorio, cioè tra due livelli territoriali diversi, la Federazione e i singoli Stati membri. Esso si differenzia dalla **Confederazione di Stati**, che rappresenta una forma di organizzazione del potere politico diversa dallo Stato, in quanto i suoi componenti restano titolari della sovranità.

Stato federale
e Confederazione
di Stati

Lo **Stato unitario** è quella forma di Stato nella quale la sovranità non è distribuita sul territorio, ma spetta a un unico livello di governo, lo Stato centrale. L'art. 5 della Costituzione italiana, laddove si riferisce a «La Repubblica, una e indivisibile», esprime proprio tale forma di Stato. Ciò non esclude che, anche nello Stato unitario, il potere possa essere esercitato secondo modalità che lasciano uno spazio di decisione (autonomia) per enti territoriali infrastatali, esponenziali (in quanto dotati di organi elettivi) di comunità locali, cioè di popolazioni insediate su porzioni del territorio. Si parla al riguardo di **Stato decentrato**. Una particolare sottospecie dello Stato decentrato è costituita dallo **Stato regionale**, come quello italiano. In tale forma di Stato, alle regioni è riconosciuta la potestà legislativa: si tratta quindi di uno Stato unitario caratterizzato da un livello di decentramento particolarmente accentuato, come vedremo meglio nell'ultimo paragrafo di questo capitolo, al punto che da alcuni autori esso è stato definito come “intermedio” tra lo Stato unitario e quello federale.

Stato unitario,
Stato decentrato,
Stato regionale

Una seconda definizione di forma di Stato, invece, può essere individuata in relazione ai rapporti che, in un certo momento storico, esistono tra autorità e libertà, tra chi ha il potere e chi è soggetto a quel potere, tra governanti e governati, considerando dunque l'insieme degli obiettivi, delle finalità impresse all'ordinamento statale dalle forze politiche dominanti, fini che di solito sono scritti nelle Costituzioni.

**b) secondo la
prospettiva
storica**

Sulla base di questa definizione abbiamo elaborato una classificazione che esamina le forme di Stato in prospettiva storica consentendo, così, di inquadrare l'evoluzione nel tempo di molteplici istituti.

Va tenuto presente che nella nostra sintetica ricostruzione seguiremo essenzialmente l'esperienza europea continentale, soprattutto quella francese, in quanto è la più vicina a quella italiana. Non possiamo però ignorare che esistono, nel mondo occidentale, tradizioni ed esperienze profondamente diverse, come quella britannica o quella degli Stati Uniti, caratterizzate dal non aver sperimentato forme di "Stato assoluto" (vedi più avanti par. 4).

3. *Evoluzione storica delle forme di Stato. L'ordine giuridico medievale*

Lo Stato moderno nasce tra il XV e il XVII secolo in Europa, in un contesto nel quale il potere era organizzato secondo gli assetti dell'**ordinamento** che viene definito **feudale o patrimoniale**.

L'ordinamento patrimoniale: definizione

Con l'espressione ordinamento patrimoniale si vuole fare riferimento alla rete di rapporti privatistici che lo reggevano, in cui popolo e territorio erano parte del patrimonio personale del re, e all'assenza di distinzione tra diritto pubblico e privato.

Questo ordinamento non aveva i caratteri propri dello Stato, in quanto i regni medievali non erano sovrani, né dal punto di vista della sovranità esterna né di quella interna.

Verso l'esterno, essi non riuscivano ad affermare la propria indipendenza, ovvero ad evitare le interferenze dei due grandi poteri esterni, l'Impero e la Chiesa.

Sul piano interno gli ordinamenti medievali non erano in grado di stabilire la propria supremazia nei confronti della complessa varietà di soggetti che componevano la società feudale. Esisteva una serie di centri produttori di norme giuridiche autonome (libere città, borghi, comuni, comunità religiose, abbazie, corporazioni) ai quali il re, benché si facesse chiamare "sovrano", non riusciva ad imporre un diritto uniforme. Questo fenomeno è definito **particolarismo giuridico** ed è ampiamente studiato dagli storici del diritto.

Trasformazioni economiche e sociali: verso la modernità

Perché ad un certo punto questo ordinamento muta? Le **grandi trasformazioni economico-sociali** che stanno alla base della nascita dello Stato moderno sono riconducibili allo sviluppo dei commerci e dei trasporti, nonché al rimettersi in moto dell'economia, che aveva mantenuto per molti secoli, dopo la caduta dell'Impero

romano d'Occidente, un carattere statico: si trattava di un'economia chiusa, basata essenzialmente sull'agricoltura e sull'autoconsumo, in un mondo dalle comunicazioni insicure, ove la rete stradale era andata in rovina e le vie di trasporto erano infestate da briganti e predoni. L'epoca delle scoperte geografiche, la necessità di organizzare i commerci su scala mondiale, di stabilire una rete di trasporti e di comunicazioni sicure, di superare l'instabilità e l'incertezza, comportarono esigenze del tutto nuove anche sul piano bellico. In particolare, l'invenzione della polvere da sparo trasformò la guerra da scontro fra pochi manipoli di uomini, che potevano essere forniti dai feudatari al re nell'ambito di rapporti privatistici, in un conflitto combattuto con le armi da fuoco, e ciò rese necessaria la nascita di eserciti possenti e ben armati nonché l'investimento nella ricerca tecnologica, sia per la balistica che per la costruzione di strutture difensive.

Le nuove esigenze della guerra moderna e la necessità di infrastrutture adeguate per i commerci richiedevano ingenti risorse finanziarie. Ma dove trovarle? L'unico sistema per il re fu quello di imporre tributi a tutti i soggetti residenti sul territorio, concetto questo sconosciuto nell'ordinamento feudale. Lo Stato moderno, dotato di apparati amministrativi e coercitivi, nacque proprio intorno al **fisco**: primo apparato pubblico ad essere creato, esso era l'insieme di funzionari che avevano lo scopo di raggiungere ogni angolo del territorio per cercare di ottenere il pagamento dei tributi.

Dinanzi a una trasformazione di tipo economico-sociale (lo sviluppo di un'economia di tipo dinamico basata sui commerci) fu necessaria una risposta in termini istituzionali: ovverosia, la concentrazione del potere in apparati che facevano capo al re, il quale si trasformò in sovrano assoluto ("*ab-solutus*", cioè sciolto da qualsiasi vincolo). Il re, tramite i suoi funzionari, cercava di ottenere che ovunque nel suo regno si pagassero le imposte; attraverso le risorse così reperite poteva costruire un esercito formato da professionisti alle sue dipendenze, completamente diverso dai raccoglietici eserciti feudali; grazie alla forza militare di cui riuscì a disporre fu in grado di affrancarsi dai poteri esterni e di imporre la propria supremazia sul complesso dei soggetti dell'ordinamento feudale.

Guerra e fisco:
le origini dello
Stato moderno

4. *Lo Stato assoluto*

Lo **Stato assoluto** – che possiamo ritenere la prima forma moderna di Stato – nacque tra il XV e il XVII secolo (spesso si fa sim-

bolicamente riferimento alla Pace di Westfalia, del 1648, che chiuse la Guerra dei trent'anni) e tramontò alla fine del XVIII secolo, con la Rivoluzione francese.

**Lo Stato
assoluto:
definizione**

Esso si caratterizzava per la concentrazione del potere nelle mani del sovrano assoluto e dei suoi apparati amministrativi. La “legittimazione” del potere (per riprendere un’espressione di Max Weber, relativa alla giustificazione del potere dei governanti agli occhi dei governati) era chiaramente di tipo trascendente e dinastico: il sovrano era tale perché figlio del precedente sovrano e, in ultimo, per volere divino. Quanto alle finalità, lo Stato assoluto perseguiva essenzialmente quella dell’affermazione della propria potenza, ovvero della propria sovranità, esterna ed interna.

Si trattava, però, più di una linea di tendenza che di un risultato definitivamente e stabilmente conseguito, anche nell’esperienza in cui l’affermazione dell’assolutismo fu più chiara, ovverosia quella francese.

L’intera parabola storica dello Stato assoluto si condensa nel tentativo del monarca di imporre la propria sovranità: tuttavia, egli non riuscì mai del tutto a prevalere sul precedente particolarismo giuridico.

Lo Stato
assoluto come
Stato per ceti

Per tale ragione lo Stato assoluto viene definito anche come **Stato per ceti**, in quanto spesso continuavano ad esistere le strutture sociali dell’ordinamento feudale. Basta vedere qual è stato nelle singole esperienze il peso dei Parlamenti, ovvero degli organi collegiali che rappresentavano al sovrano il punto di vista della società, nelle sue diverse articolazioni. Si pensi alla Francia alla vigilia della Rivoluzione: gli Stati Generali – che altro non erano se non le rappresentanze dei ceti: clero, nobiltà, Terzo Stato – non si riunivano da più di un secolo, ma non erano mai stati formalmente aboliti. Il monarca assoluto aveva provato a sbarazzarsene, senza tuttavia riuscirci, a riprova che non aveva sconfitto del tutto il precedente assetto pluralistico.

La costituzione
dello Stato
assoluto

Al punto che la **costituzione dello Stato assoluto** è stata definita come la risultante di un insieme di rapporti materiali, ossia dell’insieme dei rapporti tra i diversi soggetti – la monarchia e i ceti – che caratterizzavano il particolarismo giuridico dell’ordinamento feudale e che permasero anche nello Stato assoluto.

Lo Stato di polizia

Nacque in questo contesto lo **Stato di polizia**. Con questa strana espressione (dal greco *politeia*, sulla base della radice *polis*, città: dunque il bene della città) si evoca il periodo che caratterizzò in alcuni paesi la parte finale della parabola storica dello Stato assoluto, cioè il periodo che solitamente facciamo coincidere con l’**assoluti-**

smo illuminato del XVIII secolo. Il fine dello Stato di polizia non era tanto la potenza dello Stato, quanto il benessere, la felicità potremmo dire, dei sudditi. I motivi per cui lo Stato assoluto si trasformò in Stato di polizia sono tanti. Occorre sottolineare che non cambiarono, se non in parte, le strutture dello Stato assoluto, quindi il modo di organizzazione del potere. Quel che mutò furono le finalità perseguite. Il benessere, la felicità dei sudditi diventarono una caratteristica della forma di Stato e a tale scopo si accentuò l'interventismo in molti settori della vita sociale, nell'economia, nell'istruzione, nei lavori pubblici, interventismo che già caratterizzava lo Stato assoluto nel perseguimento delle sue finalità di potenza.

Tale cambiamento non fu però sufficiente a soddisfare le esigenze che emersero a seguito di una nuova grande trasformazione economica, la rivoluzione industriale, e alla conseguente trasformazione sociale, lo sviluppo della borghesia. Ciò determinò la fine, anche violenta in alcuni casi, dello Stato assoluto, e l'avvento di una nuova forma di Stato, lo Stato liberale di diritto.

5. *Lo Stato liberale di diritto*

In Europa, lo Stato liberale di diritto nacque con la Rivoluzione francese, nel 1789, e si consolidò nel corso del XIX secolo in maniera più o meno tortuosa (considerati i numerosi tentativi di restaurazione). Tale forma di Stato entrò in crisi agli inizi del XX secolo, sotto l'impulso di una serie di fattori riconducibili a trasformazioni di tipo economico-sociale, in primo luogo l'ascesa delle classi lavoratrici.

Volendo darne una definizione, possiamo dire che quando ci si riferisce allo **Stato liberale** si vuole indicare essenzialmente la finalità perseguita dai poteri pubblici, mentre con l'espressione **Stato di diritto** si ha riguardo soprattutto agli strumenti utilizzati. La finalità era la garanzia dei diritti individuali, che si riteneva dovessero essere tutelati nei confronti delle ingerenze del monarca assoluto e, in definitiva, nei confronti dello Stato stesso.

Alla base dello Stato liberale vi era l'idea secondo la quale l'individuo è titolare di diritti naturali, che lo Stato deve garantire non tanto nei confronti degli altri uomini, quanto piuttosto rispetto al potere pubblico.

Lo Stato liberale di diritto, come abbiamo detto, nacque come conseguenza di trasformazioni socio-economiche; in primo luogo l'emergere di una nuova classe sociale, la **borghesia**, composta da

Lo Stato liberale di diritto: definizione

Lo Stato liberale: caratteri

soggetti non appartenenti alla nobiltà e connotati dallo *status* di proprietari. La borghesia richiedeva assetti istituzionali idonei a garantire le libertà economiche, che le consentissero di portare avanti la propria iniziativa imprenditoriale, senza la rete di lacci e laccioli che invece caratterizzavano lo Stato assoluto, il quale aveva un'attitudine interventista nell'economia. Essa chiedeva poi regole chiare, certe, prevedibili, conoscibili, uguali per tutti, che lo Stato assoluto non era mai stato capace di imporre. Chiedeva altresì di partecipare alla gestione del potere, attraverso una rivitalizzazione del ruolo dei Parlamenti, trasformati in organi rappresentativi della nuova classe sociale.

La Dichiarazione
dei diritti
dell'uomo e del
cittadino del
1789

Le finalità di tale forma di Stato, la sua “tavola dei valori”, potremmo dire, sono scritte in molti documenti normativi dell'epoca e in particolare nella **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789**, approvata agli albori della Rivoluzione francese. L'art. 2 della Dichiarazione, ad esempio, afferma che il fine di ogni associazione politica (e quindi anche dello Stato) è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo e che questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione. Gli articoli successivi rafforzano la finalità garantistica dello Stato. L'art. 4 afferma che la libertà consiste nel potere di fare tutto ciò che non nuoce ad altri; l'art. 5 stabilisce che la legge può vietare esclusivamente gli atti che possano arrecare danno alla società; l'art. 17, infine, precisa che il diritto di proprietà è inviolabile e sacro.

Lo Stato liberale
come Stato
monoclasse

In altre parole, si perseguivano essenzialmente le finalità che stavano a cuore alla classe borghese (basti pensare alla centralità del diritto di proprietà): lo Stato liberale era funzionale alle esigenze della borghesia, al punto che è stato definito **Stato monoclasse**. Questo non vuol dire che esistesse una sola classe sociale, ma che una sola classe sociale era politicamente attiva, ovvero capace di imprimere allo Stato le sue finalità.

Attraverso quali strumenti operava lo Stato liberale di diritto? Esso utilizzava il diritto per limitare l'arbitrio dei titolari del potere pubblico, come evidenzia la sua stessa definizione. In particolare, gli istituti giuridici dei quali si serviva erano: 1) il principio di legalità; 2) la nozione moderna di Costituzione; 3) il principio della separazione dei poteri. Su di essi ci soffermeremo con una certa attenzione, perché, sia pure con significative differenze, sono stati ereditati dalla forma di Stato in cui viviamo.

6. Gli strumenti dello Stato liberale di diritto: a) il principio di legalità e il ruolo della legge

Secondo il **principio di legalità**, ogni atto dei pubblici poteri deve trovare fondamento e limiti in una norma giuridica previamente adottata.

Tale principio segna una cesura netta rispetto allo Stato assoluto.

Infatti, nello Stato assoluto il diritto, inteso come insieme di norme giuridiche vincolanti, era il prodotto del titolare del potere e quest'ultimo era tale perché dotato di legittimazione trascendente, come abbiamo detto. Tutto questo si riassume nel famoso latinetto *Rex facit legem*. Il titolare del potere produce il diritto. Il diritto, quindi, è posto dal titolare del potere.

Nello Stato di diritto, sulla base del principio di legalità, si ribalta questo tipo di impostazione e si afferma che *Lex facit regem*: è il diritto che crea il potere, il titolare del potere è tale perché il potere gli viene attribuito sulla base delle norme giuridiche e perché opera nel rispetto delle norme giuridiche. In altri termini, la **legittimazione del potere è di tipo legale-razionale**: i titolari del potere sono tali perché c'è una norma che lo attribuisce loro e lo esercitano nel rispetto del diritto.

Per comprendere la valenza garantistica del principio di legalità occorre però introdurre alcune precisazioni riguardo alla "norma previa" sulla quale ogni atto dei pubblici poteri deve fondarsi.

Tale norma, infatti, nello Stato liberale era la **legge**, intesa sia come norma generale e astratta, sia come prodotto dell'organo rappresentativo, il Parlamento. In altre parole, al centro di tutta la costruzione giuridica si collocava la legge, considerata, ai sensi dell'art. 6 della Dichiarazione del 1789, come «espressione della volontà generale».

Per comprendere il ruolo garantistico della legge, occorre soffermarsi sui due aspetti enunciati.

1. Innanzitutto, la legge, nello Stato liberale di diritto, era caratterizzata dalla **generalità** e l'**astrattezza** (vedremo più avanti, nel capitolo V, par. 3, quanto sia diversa oggi, nello Stato contemporaneo).

Le norme generali sono norme che si applicano a tutti i soggetti dell'ordinamento. Al contrario, le norme particolari o settoriali si riferiscono a un gruppo determinato di destinatari. Le norme astratte sono suscettibili di ripetute applicazioni nel tempo, a differenza delle norme concrete, *ad hoc*, che esauriscono la loro efficacia in un'unica applicazione.

Principio di legalità: definizione

La legittimazione del potere nello Stato di diritto

La legge come espressione della volontà generale

Generalità e astrattezza della legge
