

Introduzione

Il **diritto pubblico** è un complesso di norme dirette a disciplinare l'attività dello Stato e degli enti pubblici nonché la loro formazione e organizzazione svolgendo una funzione primaria ed essenziale in quanto rivolta all'attuazione di interessi collettivi.

Esso si contrappone al diritto privato che invece comprende un insieme di norme poste a tutela di un singolo soggetto e sono quindi dirette alla regolamentazione di rapporti tra privati cittadini.

Dunque, le norme di diritto pubblico soddisfano un interesse pubblico, quelle di diritto privato tutelano un interesse individuale e solo indirettamente un interesse pubblico.

Del diritto pubblico fanno parte:

- il *diritto costituzionale*, che comprende il complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e la sua struttura organizzativa;
- il *diritto amministrativo* che regola l'attività della Pubblica Amministrazione e la giustizia amministrativa;
- il *diritto processuale civile e penale* che disciplina l'organizzazione della giustizia e la sua attuazione;
- il *diritto penale* che prevede le sanzioni detentive e pecuniarie da applicarsi in caso di mancato rispetto di norme fondamentali.

Rientrano nella sfera del diritto pubblico, inoltre:

- il *diritto internazionale*,
- il *diritto tributario*,
- il *diritto parlamentare*,
- il *diritto regionale*, ecc....

Le norme di diritto privato rivestono, pertanto, carattere residuale in quanto vengono applicate a tutte quelle situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto pubblico.

Un particolare rilievo è attribuito al diritto costituzionale, in quanto è costituito da norme preminenti rispetto a tutte le altre e fondamentali ai fini della tutela della società.

Il fondatore della scuola giuridica italiana di diritto pubblico è **Vittorio Emanuele Orlando**, giurista e uomo politico vissuto alla fine del 1800, insegnante di diritto amministrativo a Modena, Messina e Palermo e di diritto pubblico e costituzionale a Roma.

Attraverso le sue opere, egli introduce i principi e le dottrine del diritto pubblico: *Principi di diritto Costituzionale*, *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, *Principi di diritto amministrativo*, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*. Fonda, inoltre, a Palermo, la rivista Archivio di diritto pubblico.

Vittorio Emanuele Orlando afferma la netta giuridicità di questo campo del diritto, ponendosi in contrapposizione con la scuola francese che ne rileva invece l'aspetto filosofico e ideologico. Egli, dunque, attraverso criteri tecnici tenta di riscrivere, "*defilosofizzandoli*", i criteri per lo studio del nuovo diritto pubblico.

Nell'idea Orlandiana esiste una patria-tradizione ed un'altra, lo Stato, considerate interdipendenti: la prima, consistente in una sorta di priorità e la seconda l'autorità, l'ordine politico, lo Stato unitario. L'ambizione di Orlando è l'unione tra la storia - politica e la scienza del diritto pubblico e tale unione è attuabile attraverso un'ideologia liberale. Le sue idee però risultano influenzate dallo storicismo, ossia da quella dottrina secondo la quale la realtà è storia e ogni conoscenza è conoscenza storica; dall'evoluzionismo, dottrina filosofica che vede nell'evoluzione il tratto fondamentale di ogni tipo o forma di realtà ed è perciò il principio adatto a spiegare la realtà nel suo complesso.

L'influenza dello storicismo si denota nella sua trattazione del rapporto giuridico, visto come un essere vivente e del quale ne fa un'apologia, non un'evoluzione. Nell'evoluzionismo ha invece scoperto il modo di mettere insieme l'antico e il moderno, tentando quindi di conciliare passato e presente preoccupandosi che il tempo della tradizione non corresse il rischio di essere svuotato ma costituisse invece punto di partenza e fonte di ipotesi valide per la scienza giuridica.

Orlando, ha, quindi, il merito di aver indicato la strada da seguire per giungere alla costruzione di una scienza giuridica autonoma svincolata da tutto ciò che fino ad allora l'aveva tenuta legata a valutazioni e presupposti di ordine politico, filosofico ed economico, riportando gli istituti alla vita concreta che sono destinati a disciplinare secondo le finalità pratiche proprie dell'ordinamento.

PARTE PRIMA

1. LO STATO

1.1 ELEMENTI COSTITUTIVI DELLO STATO

Lo Stato è costituito da una comunità di individui esistenti su un determinato territorio e organizzati secondo un Ordinamento Giuridico.

Esso rappresenta il soggetto più importante dell'ordinamento, infatti:

- è un *ente politico* poiché indirizzato a perseguire interessi generali;
- è un *ente sovrano* in quanto è posto al di sopra di tutti gli altri soggetti;
- è un *ente necessario* perché tutti i cittadini ne fanno parte.

Lo Stato è costituito da tre elementi fondamentali:

- il **popolo**;
- il **territorio**;
- il **Governo**;

Il **popolo** è costituito dall'insieme delle persone legate allo Stato da un rapporto di cittadinanza, acquisita per nascita, per filiazione, cioè da genitori italiani o per matrimonio di uno straniero con un cittadino italiano.

Il **territorio** è lo spazio entro il quale lo Stato esercita la propria sovranità e comprende anche il sottosuolo senza limiti di profondità, lo spazio aereo e il mare territoriale attorno alle coste nazionali. Il territorio comprende:

- la *terraferma* compresa nell'ambito dei confini dello Stato;
- il *mare territoriale*, cioè la fascia costiera di mare sulla quale lo Stato esercita la potestà. La sua misura, in mancanza di una regolamentazione, è fissata, per consuetudine, in 12 miglia dalla costa;
- la *piattaforma continentale*, cioè il sottosuolo marino e il mare soprastante, comprensiva della zona economica esclusiva, che si estende entro le 200 miglia dalla costa per cui, tutte le risorse economiche esistenti in quella zona, appartengono allo Stato costiero, salvo il diritto di navigazione da parte degli altri Stati;
- il *sottosuolo* e lo *spazio aereo*, che appartengono allo Stato fino ai limiti dell'effettiva utilizzabilità, quindi escludendo lo spazio extra-atmosferico.

Il territorio, cosiddetto "*fluttuante*", comprende, invece:

- le *navi* e gli *aerei* che viaggiano in alto mare o nel cielo soprastante, i quali sono considerati a tutti gli effetti sul territorio nazionale. Non così se si trovano nelle acque territoriali di un altro Stato;
- le *navi* e gli *aerei militari*, erano, in passato, considerati parte del territorio nazionale, ovunque essi si trovassero. Ora non sono più considerati tali.

Il **Governo** è l'insieme degli organi che esercitano la funzione politica dello Stato.

Lo Stato esercita, attraverso i propri organi, *tre funzioni fondamentali*:

- la *funzione legislativa*, esercitata dal Parlamento, è volta alla creazione di norme giuridiche;
- la *funzione esecutiva*, esercitata dal governo, è diretta all'attuazione delle norme giuridiche;
- la *funzione giudiziaria* o *giurisdizionale*, esercitata dalla magistratura, ha il fine di interpretare ed applicare le norme per la risoluzione delle controversie che insorgono.

Tale principio della separazione dei poteri fu elaborato da Montesquieu nell'*Esprit des Lois* nel 1748 ed è stato accolto da quasi tutti gli Stati contemporanei anche se in alcuni la separazione è più netta e in altri meno.

1.2 FORME DI STATO

In base al rapporto esistente tra governanti e governati, distinguiamo diverse forme di Stato:

- **Stato liberale o Stato di diritto**;
- **Stato sociale**;
- **Stato socialista**;
- **Stato totalitario**;

- Lo **Stato liberale** è quello sorto in seguito alla rivoluzione francese e verso il XIX secolo in cui la borghesia imprenditoriale richiede di partecipare alla gestione del potere. Le caratteristiche fondamentali di tale forma di Stato erano dunque: la presenza di una tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri; la ripartizione dei poteri secondo le funzioni statali (legislativa, esecutiva, giurisdizionale); la preminenza della legge che disciplina il funzionamento e l'organizzazione politica.
- Lo **Stato sociale** è lo Stato che si pone come fine principale l'uguaglianza tra tutti i cittadini e la partecipazione di essi alla vita pubblica; rappresenta dunque un'integrazione e un'evoluzione dello Stato di diritto in cui predomina la tutela delle libertà dell'individuo.
- Lo **Stato socialista** è lo Stato sorto in seguito alla dittatura del proletariato in Russia, nel 1917, secondo la dottrina marxista. Infatti era strutturato secondo lo schema del partito unico (*comunista*) e caratterizzato dall'abolizione della proprietà privata di tutti gli strumenti di produzione. Tale forma di Stato è quasi del tutto scomparsa proprio a causa della sua rigidità dal punto di vista economico, non potendo reggere la concorrenza dei Paesi capitalisti.
- Lo **Stato totalitario** è lo Stato caratterizzato dalla presenza di un partito unico, dalla concentrazione di tutti i poteri nelle mani di una sola persona (*Leader maximo, Duce o Führer*) e dalla soppressione di ogni forma di garanzia delle libertà fondamentali di ogni cittadino, quindi l'esaltazione della collettività e la svalutazione del singolo. Tale forma di Stato è quella tipica dell'Italia fascista e della Germania nazionalsocialista.

In base alla ripartizione territoriale del potere, gli Stati si distinguono in:

- **Stati unitari**
- **Stati federali**
- **Stati regionali**

- Lo **Stato unitario** è lo Stato in cui sono presenti solo organi centrali che operano anche a livello periferico.
- Lo **Stato federale** è lo Stato distinto in più circoscrizioni dotate di ampia autonomia ma che è comunque limitata dallo Stato federale centrale. Tipico esempio è quello degli U.S.A. Lo Stato federale può dunque risultare sia dalla riunione di più stati indipendenti che rinunciano ad una parte dei loro poteri a favore di uno Stato centrale, sia dal decentramento di uno Stato unitario o regionale.
- Lo **Stato regionale** è uno Stato unitario ma caratterizzato dall'esistenza, nel proprio interno, di autonome organizzazioni, cioè le Regioni, dotate di una certa autonomia legislativa, finanziaria ed esecutiva.

Quindi, la differenza tra Stato Federale e Stato Regionale è in sostanza fondata sul fatto che la suddivisione dello Stato unitario in Stato regionale ha solo carattere amministrativo, mentre nello Stato Federale, gli Stati che ne fanno parte hanno un loro potere originario.

1.3 FORME DI GOVERNO

La forma di Governo indica il modo in cui lo Stato è organizzato per l'esercizio dei propri poteri legislativi, esecutivi e giudiziari. I primi ad effettuare una classificazione riguardante le forme di Governo, furono Aristotele e Machiavelli. In particolare, Machiavelli, individuò due forme di governo: la **Monarchia** e la **Repubblica**. La Monarchia (o governo di uno) è una forma di governo in cui il Capo dello Stato è un monarca, il quale non acquista il proprio potere per elezione ma per diritto ereditario. Invece la Repubblica (o governo di molti) è una forma di governo in cui i poteri, in qualunque modo strutturati, sono esercitati da organi rappresentativi del popolo.

Una seconda distinzione è quella tra:

- **Governo Parlamentare;**
- **Governo Presidenziale;**
- **Governo Semi-presidenziale.**

- Il **Governo Parlamentare** è caratterizzato da un rapporto di collaborazione tra il potere legislativo e il potere esecutivo, cioè tra Governo e Parlamento. In particolare, il Parlamento che è l'assemblea rappresentativa elettiva, è legata da un rapporto fiduciario con l'esecutivo esercitando anche una funzione di indirizzo politico.

- Il **Governo Presidenziale** è caratterizzato dall'esistenza di un capo dello Stato eletto dal popolo, con funzione di nomina e revoca dei Ministri e con potere decisionale sulle scelte fondamentali organizzative e politiche. Il Presidente, dunque, svolge un doppio ruolo, cioè di Capo dello Stato e Capo del Governo. Il Parlamento, in tale forma di governo, non potrà mai approvare una mozione di sfiducia nei confronti del Governo costringendolo a dimettersi.
- Il **Governo semi-presidenziale** è una forma adottata in Francia ed è una figura intermedia tra governo parlamentare e governo presidenziale. Il potere esecutivo è ripartito tra il capo dello Stato e capo del Governo. Il Governo è nominato dal presidente della repubblica ma deve godere della fiducia del Parlamento mentre il presidente è eletto direttamente dal popolo.
- Un'ulteriore forma di governo esistente solo nell'ordinamento svizzero è la forma di **governo direttoriale** in cui il Governo (*direttorio*) è nominato dal Parlamento e non può essere revocato fino alle elezioni successive. Il direttorio elegge il Capo dello Stato.

1.4 ORGANIZZAZIONE TRA STATI

Ogni Stato, oltre ad avere un proprio ordinamento interno, è anche parte di un ordinamento internazionale. Infatti, in seguito ad accordi internazionali di cooperazione, più Stati possono unirsi e dare vita ad un'Unione di Stati, cioè ad una Organizzazione internazionale. Tali organizzazioni possono perseguire vari scopi, *ad esempio* la realizzazione di fini politici per il bene comune di tutti gli Stati come la pace e la sicurezza tra le nazioni.

Un esempio in tal senso è rappresentato dall'O.N.U. (Organizzazione delle Nazioni Unite). Essa fu costituita il 24 ottobre 1945 con la partecipazione di cinque grandi potenze: USA, Francia, Cina, Gran Bretagna e URSS ed altri 45 Stati minori. Lo scopo dell'organizzazione era quello di raggruppare gli Stati al fine di mantenere la pace e la sicurezza, abolire la guerra, affermare e garantire i diritti umani.

Gli organi dell'ONU sono:

- l'**Assemblea generale**, che è composta da tutti gli Stati membri ed ognuno ha un diritto di voto.
- il **Consiglio di sicurezza**, composto da 15 Stati membri, di cui 5 permanenti e 11 non permanenti, ha la funzione di intervenire al fine di assicurare la pace e risolvere controversie internazionali
- il **Consiglio economico e sociale**, composto da 54 membri eletti dall'Assemblea ogni tre anni è diretto a promuovere la cooperazione economica tra gli Stati;
- il **Consiglio di Amministrazione fiduciaria**;
- la **Corte Internazionale di Giustizia**, con sede all'Aja, composta da 15 giudici con la funzione di dirimere le controversie tra gli Stati mediante l'applicazione di norme internazionali.

In Europa esistono diverse organizzazioni, le più importanti sono:

- la **CECA** (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio), istituita nel 1951 con durata quinquennale, dunque giunta a scadenza nel 2002;
- l'**EURATOM** (Comunità Europea per l'Energia Atomica), istituita nel 1957;
- la **CEE** (Comunità Economica Europea), istituita nel 1957, con lo scopo di creare innanzitutto una unione doganale, cioè un'area libera da dazi doganali e quindi sancire il principio della libera circolazione dei beni provenienti da uno degli Stati membri con l'applicazione di una tariffa doganale comune per i beni provenienti da Stati terzi, cioè non membri della comunità. Un altro obiettivo era quello di realizzare un mercato interno dove vi fosse libertà di circolazione anche per persone, capitali, ecc... Tale obiettivo è stato raggiunto nel 1986 con l'Atto Unico Europeo. Si pensava inoltre di creare un'Unione europea che inglobasse le comunità già esistenti al fine di cooperare non solo in campo economico ma anche in politica estera, sicurezza, polizia. E dunque, col Trattato sull'Unione Europea, meglio noto come Trattato di Maastricht del 1992, venne creata l'Unione europea che inglobava le comunità già esistenti. Il trattato di Maastricht ha dunque introdotto l'adozione di una moneta unica, l'euro, che dal 2002 è diventata la moneta di 12 Stati europei. Nel 2004 l'Unione europea si è notevolmente allargata: vi è stata l'adesione di altri 10 Stati appartenenti all'Europa centrale e Orientale.

Gli organi comunitari sono:

- la **Commissione**, che è l'organo esecutivo e di rappresentanza della comunità e indipendente

- in quanto i membri non rappresentano i loro Stati;
- il **Consiglio**, che è l'organo decisionale, composto dagli Stati, infatti ogni Stato nomina un rappresentante scelto tra i componenti del proprio governo;
- il **Parlamento europeo**, eletto a suffraggio universale e diretto per 5 anni, con funzioni deliberative e di controllo;
- La **Corte di Giustizia**, che è l'organo giurisdizionale principale, con sede a Lussemburgo, composta da 15 giudici e 8 avvocati nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri. È competente a dirimere le controversie in materia di violazione del diritto comunitario e in tema di legittimità degli atti comunitari.

Dunque, un insieme di Stati che, in un determinato momento storico esistono e sono reciprocamente indipendenti, costituisce la Comunità internazionale. Tale Comunità è disciplinata secondo un complesso di regole che costituiscono il **diritto internazionale**.

L'origine, quindi, la nascita del diritto internazionale moderno, viene fatta risalire generalmente ai due Trattati, di Munster e di Osnabruck, conosciuti come la Pace di Westfalia con la quale si conclude la guerra dei Trent'anni nel 1648. In quel momento, infatti, si forma un nuovo assetto europeo e i tratti fondamentali della moderna Comunità internazionale.

Ogni obbligo giuridico internazionale ha per destinatari gli Stati, cosicché, nelle ipotesi di difformità con essi, lo Stato incorre in una *"responsabilità"*.

Le norme giuridiche internazionali, hanno caratteristiche diverse. Infatti, ve ne sono alcune che venendo a contatto con l'ordinamento interno, indicano agli Stati solo il risultato da raggiungere lasciando allo Stato stesso la libertà di trovare modi e mezzi appropriati per raggiungere tale risultato e altre, che invece stabiliscono dettagliatamente il contenuto normativo da applicare internamente. Esse vengono denominate norme **self-executing** nel senso che diventano parte di un sistema giuridico interno automaticamente senza altro obbligo per lo Stato stesso.

Le fonti principali del diritto internazionale sono:

- i **Trattati**, che costituiscono accordi tra più Stati con i quali si acquistano diritti e si assumono obblighi. I Trattati che hanno istituito le Comunità europee costituiscono la fonte fondamentale del diritto comunitario.

I Trattati si formano attraverso varie fasi: una fase di negoziazione, una fase della firma e una della ratifica. Il trattato entra in vigore con lo scambio delle ratifiche presso gli Stati firmatari o presso un'organizzazione internazionale. Una volta entrato in vigore, esso deve essere applicato secondo il principio *pacta sunt servanda*, cioè i patti devono essere rispettati. Essi non esplicano effetti nei confronti degli Stati terzi salvo nel caso in cui questi abbiano consentito. I Trattati si estinguono per scadenza del termine o per denuncia in una delle ipotesi previste dallo stesso trattato, come ad esempio nell'ipotesi di violazione dello stesso o impossibilità sopravvenuta nell'esecuzione o nel caso in cui siano mutate le circostanze poste a fondamento dell'accordo, la cd. clausola *rebus sic stantibus*.

Il contenuto dei trattati può essere vario e l'art. 80 Cost. prescrive un'apposita autorizzazione per i Trattati di natura politica o per quelli che prevedono variazioni del territorio o oneri delle finanze, ecc...

Per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato italiano e il diritto internazionale, essi sono regolati dagli art. 10 e 11 della Costituzione. Infatti, l'art. 10 enuncia che l'Italia *"si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute"*.

L'art. 11 enuncia due principi: il *ripudio alla guerra* e la *limitazione della sovranità dello Stato*. I due principi prevedono dunque che lo Stato italiano debba limitare la propria sovranità al fine di assicurare il rispetto del diritto internazionale, a condizione di reciprocità con gli altri Stati.

- I **Regolamenti**, sono previsti dai Trattati come atti diretti al raggiungimento di determinati obiettivi. Essi hanno portata generale, sono indirizzati agli Stati membri, a persone fisiche o giuridiche; sono obbligatori in tutti i loro elementi ed inoltre trovano immediata applicazione in quanto sono norme *self-executing*, nel senso che non necessitano di nessun atto di adattamento da parte degli ordinamenti destinatari.

Essi sono emanati dal Consiglio su proposta della Commissione e la loro caratteristica essenziale è la motivazione, cioè l'indicazione delle circostanze che hanno portato alla sua adozione.

- Le **Direttive**, previste dal Trattato CE, diversamente dai regolamenti, sono atti che vincolano gli stati membri solo per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciando la scelta dei mezzi e della forma alla determinazione degli Stati stessi. Tuttavia, essi hanno l'obbligo di adottare la direttiva entro un termine stabilito. Se la direttiva ha anche contenuto dispositivo, è equiparata ai regolamenti e viene denominata **direttiva dettagliata**; in tal caso, non c'è alcun margine di discrezionalità per lo Stato.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, per effetto della legge n. 86/1989, la cd. legge *La Pergola*, si è cercato di superare i gravi ritardi nell'adattamento dell'ordinamento interno alle norme comunitarie. La legge prevede l'obbligo per il ministro competente, di presentare al Consiglio dei Ministri, entro il 31 gennaio di ogni anno, un disegno di legge recante le *"Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti all'Italia dalle Comunità europee"*. Il disegno di legge deve essere presentato alle Camere entro il 1° marzo di ogni anno. Attraverso l'emanazione di leggi comunitarie si è avuta una riduzione degli inadempimenti nei confronti delle Comunità anche se non sempre è stato rispettato il requisito temporale dell'annualità di tali leggi.

- Le **Decisioni**, sono rivolte a singoli individui, quindi hanno portata individuale, per tale motivo, esse devono essere motivate e notificate ai destinatari divenendo efficaci da quel momento.

Oltre agli atti vincolanti precedentemente esposti, vengono emanati altri atti che non hanno però efficacia vincolante.

Essi sono: le **raccomandazioni** e i **pareri**.

- Le **raccomandazioni** hanno lo scopo di sollecitare il destinatario a tenere un determinato comportamento in conformità all'interesse comune e possono essere emanate dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione ed hanno come destinatari solo gli Stati membri e i soggetti del diritto interno.
- I **pareri**, sono atti volti ad esprimere il punto di vista, cioè l'orientamento dell'istituzione che li emette in riferimento ad caso specifico. Alcuni pareri articolari devono essere espressamente motivati se dal Trattato si evince tale obbligo. I pareri possono essere emanati, oltre che dagli stessi organi previsti per le raccomandazioni, anche dalla Corte di Giustizia e come le raccomandazioni, sono indirizzati agli Stati membri o ai soggetti di diritto interni agli stessi Stati.

Nel nostro ordinamento, le funzioni internazionali sono svolte:

- dal **Presidente della Repubblica**, il quale rappresenta lo Stato all'estero, ratifica i trattati internazionali, ecc....;
- dal **Parlamento**, che autorizza a ratificare i Trattati, dichiara lo stato di guerra, ecc...;
- dal **Ministro degli Affari esteri** che dirige la politica estera del paese.

Un altro particolare aspetto dei rapporti tra lo Stato e altri ordinamenti è quello relativo al rapporto con la Chiesa Cattolica. L'Art. 7 Cost. dispone che *"Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati di Patti Lateranensi. Le modificazioni dei patti accettate dalle parti, non richiedono procedimenti di revisione costituzionale"*. Dunque i rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica sono regolati dai Patti Lateranensi, firmati l'11 febbraio 1929 nel palazzo di San Giovanni in Laterano, modificati ultimamente il 18 febbraio 1984. L'art. 8 della Costituzione dispone che: *"tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere dinanzi alla legge"*, quindi lo Stato attribuisce ampia autonomia alle Chiese diverse da quella Cattolica e i loro rapporti sono regolati sulla base di intese.