

## INTRODUZIONE

Una riflessione sistematica su una scienza o una disciplina richiederebbe, in via preliminare, la delimitazione del campo d'indagine, ossia la definizione della scienza o della disciplina oggetto dell'esame. Per le materie giuridiche tale opera di delimitazione è alquanto ardua, semplicemente perché una nozione esauriente e condivisa di cosa sia il diritto non esiste, al di là della semplice, e senz'altro inappagante, constatazione per la quale il termine "diritto" configura un "sistema di norme". Le caratteristiche di tali norme, il loro modo di fare sistema, il loro rapporto con i destinatari è però oggetto di vivace dibattito tra scuole di pensiero diverse, che in via di approssimazione si suole distinguere in due grandi categorie: le normativiste e le istituzionaliste, rispettivamente orientate allo studio dell'ordinamento in sé considerato (altri direbbe: "puro") ovvero ai condizionamenti che esso riceve dal sistema sociale a cui si rivolge. Dopo due secoli, è dunque ancora valida l'osservazione di Kant per la quale "la stanno ancora cercando, i giuristi, una definizione del loro concetto di diritto".

Le difficoltà dello studio del diritto pubblico: il problema della definizione del diritto

Un dato acquisito della scienza giuridica attuale è che ogni gruppo sociale, per esistere, necessita di norme che disciplinano la convivenza tra i membri del gruppo; e poiché esiste, nella realtà, una pluralità di gruppi sociali (famiglie, confessioni religiose, gruppi di interessi, confraternite, associazioni criminali, Stati e organizzazioni internazionali), esiste altresì una pluralità di ordinamenti giuridici o, se si vuole, di istituzioni<sup>1</sup>. Sicché, accanto al problema della definizione del diritto, si affianca l'altrettanto rilevante questione della delimitazione del suo oggetto, relativamente a quale (o a quali) di tanti ordinamenti debba essere oggetto di studio.

La pluralità degli ordinamenti giuridici

Ai problemi ricostruttivi accennati, oggetto di riflessione in seno alle discipline della filosofia del diritto e della teoria generale del diritto, si aggiunge, per i lavori di esposizione sistematica aventi ad oggetto un settore particolare del diritto di uno di tali ordinamenti, ossia lo Stato,

---

<sup>1</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, pp. 27 ss. e 113 ss.

L'evoluzione  
dell'ordinamento

la difficoltà pratica rappresentata dalla continua evoluzione delle norme che lo costituiscono (il c.d. “diritto positivo”), dal continuo cambiamento ad opera, soprattutto, del legislatore. Tale opera non ha risparmiato neppure le norme fondamentali dell'ordinamento espresse dalla Costituzione. La logica del principio maggioritario, in qualche misura antitetica a quella del compromesso presupposta dalle norme sulla revisione costituzionale, ha peraltro fatto sì che i tentativi di riforma che si sono avvicendati sono stati spesso espressione di circoscritte maggioranze politiche, con l'intento più o meno dichiarato di giungere alla fine della legislatura con una modifica della Carta presentata come la panacea dei problemi italiani che consentisse di consolidare il consenso elettorale. Questa prassi, che è politicamente censurabile perché pregiudica la certezza che almeno le regole fondamentali di un ordinamento giuridico debbono necessariamente possedere, rende, per altro verso, estremamente arduo il lavoro dei cultori del diritto pubblico e costituzionale, perché espone le loro riflessioni e le loro ricostruzioni ad una prospettiva di vita che, come quella delle rose di Malherbe, dura talvolta “*l'espace d'un matin*”.

Valenza  
assorbente  
del diritto  
pubblico nel  
panorama  
delle scienze  
giuridiche

Una riflessione sistematica avente ad oggetto, specificamente, il diritto pubblico e costituzionale incontra un'ulteriore, non trascurabile difficoltà: lo studio della Carta Fondamentale coincide con lo studio dei principi e dei valori che informano tutto l'ordinamento, per cui a rigorosamente ragionare il concetto di diritto pubblico si risolverebbe in quello di ordinamento giuridico quale sistema originato dalla Carta costituzionale del 1948. Appare evidente che una conclusione di tal fatta sarebbe priva di qualunque utilità pratica. Sacrificando l'ortodossia scientifica alle primarie esigenze didattiche (il diritto è un fenomeno ontologicamente unitario<sup>2</sup>), il sistema giuridico è dunque ripartito in settori razionalmente omogenei che ne rendono più semplice l'insegnamento e l'apprendimento, ciascuno dei quali oggetto di specifiche discipline.

Il diritto  
pubblico

Si definisce diritto pubblico l'ambito del diritto che studia le norme costituzionali e, in generale, i meccanismi giuridici che presiedono alle manifestazioni dell'autorità pubblica (si suole parlare nel primo caso di diritto costituzionale, ma le due espressioni, diritto pubblico e costituzionale, possono considerarsi equivalenti). Tradizionalmente, si distingue il diritto pubblico dal diritto che regola i rapporti tra i soggetti sottoposti all'autorità pubblica, che si definisce diritto privato. All'interno di ciascuno di questi ambiti, si operano poi ulteriori partizioni settoriali relativamente a specifici ambiti della scienza giuridica. Si trat-

<sup>2</sup>S. PUGLIATTI, *Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, pp. 24 ss.

ta di distinzioni che trovano fondamento nella necessità pratica di offrire alla *cupida legum juventus* un criterio sistematico di studio della scienza giuridica dividendola in ambiti da affrontare singolarmente. Tuttavia, rischierebbe di smarrire la comprensione del fenomeno giuridico chi perdesse di vista la natura essenzialmente unitaria dello stesso valorizzando eccessivamente le distinzioni accennate.

Come si è detto, il diritto è uno soltanto; per cui, non vi è problema o questione della scienza giuridica, per le ragioni ora esposte, che non sia problema o questione di diritto costituzionale. Circoscriverne la portata all'interno dell'ambito specifico in cui è sorto ne determina una percezione parziale e, per questo, non corretta, allo stesso modo di chi si illudesse di comprendere il singolo albero perdendo di vista la foresta.

Il diritto pubblico può dunque definirsi il sistema di regole che definiscono il legittimo esercizio della volontà politica, sotto il profilo delle forme della sua manifestazione e sotto quello delle garanzie azionabili dai soggetti che tale volontà è suscettibile di ledere. Resta estraneo alla disciplina lo studio delle norme che regolano l'esercizio delle posizioni soggettive dei privati nei reciproci rapporti, ancorché costituzionalmente tutelate, se non per i principi direttamente fissati dalla Costituzione: tali norme, come accennato, sono infatti tradizionalmente oggetto del diritto privato.

Anche all'interno del diritto pubblico è possibile operare delle ripartizioni che delimitano ulteriormente il campo d'indagine di un percorso istituzionale. Ciascuno dei complessi normativi individuati dalla Costituzione è, a sua volta, oggetto di specifico approfondimento (da parte delle discipline del diritto parlamentare, del diritto regionale e degli enti locali, del diritto processuale costituzionale). Particolarmente rilevante è lo studio delle norme, costituzionali e legislative, che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento della pubblica amministrazione, oggetto di una specifica e importantissima disciplina, il diritto amministrativo, che a sua volta è suscettibile di partizioni interne (ad esempio, lo studio specifico dell'amministrazione tributaria è oggetto della scienza del diritto tributario). Il sistema delle norme poste a tutela della civile convivenza, mediante la repressione di comportamenti suscettibili di ledere valori giuridicamente tutelati, attiene allo studio del diritto penale.

Sullo sfondo della ripartizione ora accennata si collocano le norme finalizzate alla garanzia delle posizioni soggettive dei singoli, sia in rapporto alle minacce derivanti dall'illegittimo esercizio dell'autorità pubblica che a quelle derivanti dagli altri privati: tali norme sono oggetto di studio specifico del diritto processuale. L'effettività di queste

Unitarietà  
del fenomeno  
giuridico

Ripartizione  
del diritto  
pubblico

norme, la loro capacità di assicurare al soggetto leso nei suoi diritti tutto quello e proprio quello che egli avrebbe diritto di conseguire, rappresenta uno degli indici più rilevanti della civiltà di un sistema giuridico e una delle principali condizioni di pace sociale: è l'esigenza di concretezza espressa dalla frase posta in premessa ad una delle opere più significative del diritto processuale e, in generale, della scienza giuridica italiana<sup>3</sup>: "Ecco il firmamento: il resto è procedura".

Delimitato il campo di indagine, qualche parola deve essere spesa sul metodo seguito, in particolare nella presente stagione che rende qualsivoglia trattazione di diritto pubblico e costituzionale, in specie se avente respiro sistematico, esposta, come accennato, alla pressione del tempo e perciò permeata di un qualche sentimento di precarietà che ne rende difficile l'esposizione. Come noto, da molti anni vi è questione, infatti, nel nostro Paese, sull'attualità della Carta costituzionale, e sulla presunta necessità di una sua riforma.

Si tratta della medesima incertezza sulla forma giuridica del sistema politico che accompagnò gli studi condotti dagli ultimi anni della Seconda Guerra Mondiale all'entrata in vigore della Costituzione. In quegli anni la dottrina italiana, impossibilitata a ragionare di un diritto positivo incerto e cangiante, valorizzò il concetto di diritto pubblico generale, sorto negli anni precedenti. Quest'ultimo era finalizzato allo studio dell'essenza immutabile dei fenomeni giuridici e veniva contrapposto al diritto pubblico positivo, dedicato alle manifestazioni concrete di un ordinamento giuridico determinato. Cosa fosse di preciso il diritto pubblico generale, però, troppo vicino alla filosofia del diritto, e dunque troppo esposto al pericolo di smarrire la sua qualità di scienza giuspositiva, è domanda a cui gli illustri Maestri a cui si deve l'introduzione del concetto in Italia hanno dato risposte diverse.

Non senza contraddizioni, il fondatore del metodo giuridico negli studi di diritto pubblico, che così vigorosamente aveva messo in guardia dalle speculazioni filosofiche che tolgono agli studi pubblicistici la propria autonomia scientifica<sup>4</sup>, ammetteva tuttavia la possibilità di definire concetti *a priori*, assoluti, costruzioni di pura logica indipendenti da ogni forma positiva e validi, nella loro essenzialità, per tutti gli ordinamenti statali (che ad avviso dell'illustre Autore rappresentavano

I concetti *a priori* nel diritto pubblico

<sup>3</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966.

<sup>4</sup> V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, pp. 14 ss. Ma la distinzione risale alla dottrina generale dello Stato diffusasi nella Germania del XIX secolo nell'ambito della riflessione filosofica: cfr. R. VON MOHL, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen, 1872, pp. 174 ss.

l'esclusivo oggetto di studio del diritto pubblico)<sup>5</sup>: le entità che agiscono nel mondo giuridico sarebbero già presenti nella natura e nella società, e il diritto non farebbe altro che prendere atto della loro esistenza senza potervi incidere se non al prezzo di porsi in contraddizione con la realtà<sup>6</sup>. Le categorie della sovranità, della volontà generale (ossia, della legge), dell'amministrazione, della giurisdizione, dell'organo, della funzione, della libertà, avrebbero dunque presentato un nucleo di senso logico, immutabile, il cui studio avrebbe dovuto rappresentare l'oggetto del diritto pubblico generale. Si tratta, peraltro, di un'impostazione preconizzata nel XIX secolo dalle elaborazioni di teorie generali dello Stato diffuse soprattutto in Germania, che ha poi avuto molta fortuna in Europa: a questo approccio ricostruttivo si deve, ad esempio, la fondazione della c.d. dottrina pura del diritto, condotta secondo categorie logico-giuridiche svincolate da qualsivoglia considerazione di carattere storico o contingente<sup>7</sup> (e in ciò sarebbe dovuta consistere, appunto, la "purezza" della ricostruzione).

La ricostruzione dei fondamenti *a priori* del fenomeno giuridico, di concetti da cui esso non possa prescindere e perciò immutabili, è una aspirazione senz'altro comprensibile e seducente quanto quella dell'essere umano all'immortalità, all'affrancamento dalla storicità e dal contingente: ma l'essere umano è mortale, e storiche e contingenti sono le sue opere, ivi comprese le elaborazioni del proprio pensiero. Poiché il diritto è un fenomeno sociale, i suoi istituti e le sue categorie sono dunque, essenzialmente, fenomeni storici. Il presupposto della dottrina *a priori* del diritto riposa sulla confusione tra i concetti giuridici e la realtà che essi qualificano dal punto di vista dell'ordinamento<sup>8</sup>. Nessuno degli strumenti concettuali del diritto, e in particolare del diritto pubblico, possiede una validità assoluta, svincolata dall'ordinamento che lo contempla in un determinato momento storico quale espressione della società che l'ordinamento stesso va a regolare<sup>9</sup>: dal punto di vista filosofico, i concetti giuridici sono pseudoconcetti, privi

---

<sup>5</sup> V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, pp. 42 ss.

<sup>6</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950, pp. 128 ss.; A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, tr. it., Milano, 1990, pp. 4 ss.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966.

<sup>8</sup> H.L.A. HART, *L'ascrizione di responsabilità e di diritti*, in *Contributi all'analisi del diritto*, tr. it., Milano, 1964, pp. 22 ss.

<sup>9</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1828, pp. 8 ss.; R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Berlin, 1992 (rist.), pp. 69 ss.

Storicità  
del diritto  
pubblico

di qualsivoglia universalità e circoscritti a singoli ambiti storicamente determinati<sup>10</sup>. Il diritto pubblico, quale sistema di regole che definiscono il legittimo esercizio della volontà politica, è una realtà storica, perché strumentale alla regolazione di un fenomeno contingente<sup>11</sup>. La dottrina dei fondamenti *a priori* del diritto, nel momento in cui astrae l'oggetto del proprio studio e lo svincola dal diritto positivo, abbandona fatalmente la metodologia propria delle scienze giuridiche, che non può in alcuna misura prescindere dalla volontà normativa storicamente manifestata<sup>12</sup>, per degradarsi a sistema ideale o filosofico il cui rapporto con il diritto appare ambiguo nel momento in cui ci si trova di fronte all'evidenza di soluzioni in contraddizione con la ricostruzione *a priori* degli istituti: quando ciò viene constatato senza che possa discenderne alcuna sanzione di illegittimità<sup>13</sup>, non si fa altro che negare la natura giuridica del sistema *a priori*. Il diritto non può dunque prescindere dalla realtà che regola, e poiché tale realtà è calata nella storia, esso è, essenzialmente, un fenomeno storico, sia che si proponga di conservare tale realtà sociale perché conforme ad un certo disegno politico, sia che si proponga di modificarla secondo un disegno politico differente.

Vi è però un altro modo di intendere la dottrina del diritto pubblico generale senza tradirne l'aspirazione a mantenerne il carattere di scienza di diritto positivo. Ciascun ordinamento possiede infatti una naturale vocazione alla stabilità, e dunque alla conservazione delle categorie (ossia le definizioni dei concetti giuridici) e dei principi (ossia le modalità di relazionarsi delle categorie) su cui esso si fonda, sia pure talvolta definiti in maniera particolarmente elastica per consentirne l'adattamento all'evoluzione della società senza necessità di modifiche (c.d. concetti valvola<sup>14</sup>). Le categorie ed i principi sono ispirati da determinate concezioni giuridiche, le quali tuttavia sono riuscite a trascendere il piano della speculazione scientifica o filosofica e calarsi nella realtà diventando diritto positivo<sup>15</sup>. Ci si può dunque riferire ad

Le dottrine  
generali  
nel diritto  
pubblico

<sup>10</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, ora in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1950, p. 668.

<sup>11</sup> R. THOMA, *Einleitung*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, a cura di G. Anschütz-R. Thoma, I, Tübingen, 1930, p. 6.

<sup>12</sup> O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen, 1915, pp. 8 ss.; K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien und Leipzig, 1924, p. 29.

<sup>13</sup> A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, cit., pp. 171 ss.

<sup>14</sup> Ancora K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, cit., pp. 83 ss.

<sup>15</sup> H. HELLER, *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto*, ora in *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, 1987, p. 367.

esse con l'espressione dottrine generali, perché astratte dai dati positivi di un determinato ordinamento dal lavoro di ricostruzione degli operatori del diritto, in primo luogo dell'Accademia; la trattazione scientifica del diritto non può essere disgiunta dall'attività interpretativa<sup>16</sup>. Il frutto di quest'opera di astrazione non perde dunque il contatto con il diritto positivo ma, al contrario, lo presuppone<sup>17</sup>, sottraendosi così alla critica avanzata dalla dottrina anglosassone a questo *modus procedendi* in ragione delle difficoltà ricostruttive<sup>18</sup>: la metodologia tradizionalmente utilizzata dai giuristi continentali dello studio del diritto attraverso l'astrazione di dottrine generali a preferenza di un approccio casistico<sup>19</sup> conserva la propria validità scientifica (e forse, secondo un insegnamento antico ed autorevole<sup>20</sup>, la sua superiorità) ma a condizione di fondare tale procedimento di sussunzione sulla realtà normativa. Le categorie e i principi che descrivono il funzionamento del sistema oggetto di studio rappresentano appunto il diritto pubblico generale, che è in tal guisa specifico di ciascun ordinamento: e che si propone di individuare i concetti fondamentali di un determinato sistema giuridico, irriducibili gli uni agli altri, che caratterizzano quel determinato ordinamento e pertanto sono imprescindibili da esso, quale che ne sia poi la concreta declinazione nel diritto positivo<sup>21</sup>.

Si viene così delineando il fine che questo lavoro si propone: che è l'individuazione delle dottrine generali che caratterizzano l'ordinamento costituzionale italiano, e che perciò debbono considerarsi stabili, intimamente connesse alla vita stessa di tale ordinamento, perché la loro alterazione determinerebbe una frattura nella razionalità del sistema per come esso è espresso dai propri dati positivi: in primo luogo, dai dati positivi costituzionali.

Sotto il profilo metodologico, ci si propone di definire le dottrine generali del diritto pubblico rinunciando alla definizione *a priori* delle categorie, con la mente vuota da condizionamenti o schemi affinché

<sup>16</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it., Torino, 1930, pp. 74 ss.

<sup>17</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., pp. 669 ss.

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 42 ss.

<sup>19</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1878, pp. 41 ss.

<sup>20</sup> M.T. CICERONE, *De oratore*, I, pp. 42, 190. Sulla superiorità dell'astrazione sistematica sull'esposizione casistica (cara alla tradizione giuridica romana) si vedano anche le pagine di F. SCHULZ, *Astrazione*, in *I principi del diritto romano*, tr. it., Firenze, 2005, pp. 34 ss.

<sup>21</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, pp. 11 ss.

solo dal rigoroso esame della forma giuridica ne vengano estrapolati i concetti essenziali<sup>22</sup>. Valuterà il lettore fino a che punto questo proposito sia stato tenuto fermo, poiché il rischio di leggere le norme sulla base di tesi preconcepite è grande e ha condizionato larga parte della dottrina che si è occupata delle singole problematiche attinenti al diritto costituzionale. Anzi, si può osservare che sebbene, a partire dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, la fortuna delle indagini di diritto pubblico generale è andata sempre maggiormente scemando, essendosi gli autori italiani in massima parte concentrati sul diritto positivo, tali indagini sono state spesso condotte – come, quando necessario, si tenterà di mostrare volta per volta – sulla base di preconcetti giuridici talvolta smentiti dal diritto positivo, piegato ad un metadiritto ideale più affine alla speculazione filosofica che a quella giuridica.

Tuttavia, non bisogna credere che il metodo che si è inteso seguire si traduca nell'acritica presa d'atto delle singole disposizioni: tale concezione non rappresenta un'applicazione del metodo giuridico positivo, ma una sua distorsione. Essa trascura che il diritto è, prima di tutto, sistema, il quale trascende le singole norme e perciò richiede che queste siano connesse le une alle altre da una logica unitaria, tale che ciascuna debba necessariamente sopportare un giudizio di coerenza razionale con il resto del sistema e acquista significato soltanto alla luce dei problemi, delle istanze e delle ideologie concretamente manifestate nel contesto di un'esperienza politico-sociale calata nella realtà storica, e perciò condizionata dai problemi, dalle istanze e dalle ideologie che quella realtà sociale ha vissuto nel suo passato<sup>23</sup>. La ricerca di tale coerenza è il primo compito del metodo giuridico positivo, al fine di salvaguardare l'unità razionale del sistema: se possibile, in sede di interpretazione, se necessario attraverso l'espunzione da esso della norma non conforme a ragionevolezza. La coerenza dell'ordinamento, la sua ragione oggettiva, si esprime attraverso le categorie ed i principi che riducono ad unità armonica le singole norme. Ne consegue che l'attività tesa ad enucleare le dottrine generali del sistema dalle regole che costituiscono l'ordinamento in un determinato momento storico rappresenta una necessità metodologica, al fine di valutare, sulla base di esse, le singole prescrizioni (particolarmente quelle più recenti) onde comprendere dove la modifica di un istituto ha conservato l'unità razionale del sistema e dove l'ha invece stravolta *contra rationem juris*: in ciò risiede la valenza pre-

Razionalità  
dell'ordinamento

<sup>22</sup> M. MUSASHI, *Il libro dei cinque anelli*, trad. it., Milano, 1998, p. 52 e pp. 135 ss.

<sup>23</sup> M. LAURIA, *Jus. Visioni romane e moderne*, Napoli, 1967, pp. 15 ss.

scrittiva di qualunque ricostruzione generale, e la fondazione della stessa uno dei compiti più elevati, e più difficili, della scienza giuridica<sup>24</sup>. Ne consegue altresì l'importanza del criterio della ragionevolezza quale fattore di legittimazione dell'ordinamento giuridico, il quale può essere autoritario o democratico. Nel primo caso le norme sono legittime perché poste (*sit pro ratione volutas*, ammoniva un noto brocardo, terribilmente veritiero nella sua semplicità). Ma nel secondo, l'ordinamento ha il vincolo di non essere capriccioso, di non allontanarsi dalle logiche che lo innervano e ne esprimono gli istituti. Ciò rende le categorie della relazione (*id est*: il confronto delle singole manifestazioni dell'ordinamento) e dell'ordine (*id est*: il principio di non contraddizione) momenti necessari dell'analisi del fenomeno giuridico, tali che ciascuna norma non può essere concepita se non in rapporto di stretta coerenza al sistema complessivamente considerato: ne deriva la scomparsa della distinzione tra prescrizioni giuridiche e istituti giuridici, perché i singoli istituti posseggono una efficacia normativa che va al di là delle singole norme, e ne costituisce un limite di conformazione logica<sup>25</sup>.

Sotto altro profilo, la constatazione del diritto come fenomeno storicamente determinato spiega i motivi per cui si è ritenuto necessario un *excursus* che desse conto del percorso che ha portato alla concezione contemporanea del diritto pubblico: si vedrà infatti che molte delle soluzioni tecniche presenti nella Costituzione sono ispirate alle elaborazioni concettuali e filosofiche sorte precedentemente, e che non si può comprendere il sistema del diritto costituzionale positivo indipendentemente dai propri fondamenti storici e filosofici. Nella loro maggior parte, tali fondamenti sono stati elaborati dal costituzionalismo, ma hanno assunto una compiuta teorizzazione giuridica solo successivamente, nel corso della riflessione sulle categorie di derivazione romanistica e su quelle della filosofia idealista da parte della scuola storica tedesca del XIX e dell'inizio del XX secolo: ciò ne rende quanto mai attuali gli autori, cui si debbono tante categorie sulle quali si è formata la dottrina italiana, poi trasfuse nel sistema costituzionale, e spiega la particolare attenzione che si è ritenuto di dover qui dedicare a questi studi. Tali dottrine generali, per altro verso, sono state, ovviamente, influenzate dall'esperienza secondo la quale tali modelli si sono inverati nel corso di circa duecentocinquanta anni, e che ne hanno connotato la trasfusione nel diritto positivo o, quanto meno, l'inter-

Fondamenti  
storici e  
filosofici  
del diritto  
costituzionale

<sup>24</sup> O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, cit., p. 9; F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, pp. 57 ss.

<sup>25</sup> R. ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Milano, 1940, pp. 99 ss.

pretazione nell'ambito di esso. La metodologia ha dunque cercato un punto di equilibrio tra la necessità della contestualizzazione storica degli istituti e il rischio di invadere il campo di altre scienze, che in passato ha rappresentato, come si è accennato, un errore assai frequente.

Diritto costituzionale e politica

Da questo punto di vista, se appaiono chiari i confini tra l'ambito della scienza giuridica e quella storico-politica, per altro verso non si può non tenere conto del legame tra il diritto costituzionale e la politica, che del primo costituisce l'oggetto, né delle modalità attraverso cui, storicamente, il diritto ha inteso limitare l'esplicazione della volontà politica: si vedrà, ad esempio, che lo stesso concetto giuridico di garanzia costituzionale non è neppure pensabile al di fuori di una dimensione anche politica.

Diritto pubblico e autonomia privata

Analogamente, come sottolineato, la definizione di taluni concetti del diritto costituzionale interseca ambiti di altre discipline giuridiche. Non ci si riferisce solo alla scienza del diritto amministrativo, che è anch'esso diritto della funzione pubblica e non ammette distinzione dal diritto costituzionale che non sia puramente convenzionale<sup>26</sup>, ma anche alle discipline qualificate come privatistiche. Ciò non deve sorprendere: si è insistito sul fatto che il diritto costituisce un fenomeno essenzialmente unitario, tale che ciascuna sua parte illumina la comprensione delle altre, al di là delle barriere e delle divisioni che, pur necessarie in una prospettiva di ordinazione sistematica finalizzata ad esigenze di tipo didattico, non possono tuttavia costituire un ostacolo per una riflessione scientifica libera e seria. Del resto, lo stesso diritto privato trova il proprio fondamento nel diritto pubblico, non solo per la presenza nella Costituzione delle norme che delineano i tratti fondamentali del sistema, ma soprattutto perché il grado di autonomia riconosciuto ai privati dipende dall'individuazione degli interessi riconosciuti come pubblici, e dunque della previsione di formule organizzative che, attraverso differenti modalità, limitano l'esplicazione dell'autonomia privata quando vi è una frattura tra la normale esplicazione di questa e i fini dell'autorità pubblica<sup>27</sup>. Il diritto privato è dunque uno strumento previsto dalla Costituzione per il perseguimento dei pro-

<sup>26</sup> Quale quella fondata sullo sfuggente criterio dell'inerenza o meno di un certo istituto alle supreme funzioni dello Stato propugnata sin dalle prime riflessioni: cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, I, pp. 14 ss.

<sup>27</sup> C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880, pp. 185 ss. (autore particolarmente significativo, sotto il profilo in esame, perché a lui si deve una trattazione generale tanto in materia di diritto pubblico, quanto di diritto privato); F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., pp. 22 ss.; e per la dottrina italiana, S. ROMANO, *Principii*, cit., pp. 75 ss.

pri scopi attraverso il libero esplicarsi dell'autonomia, e dunque partecipa, in qualche misura, alla medesima dimensione del diritto pubblico, particolarmente quando questo trova nella realizzazione della persona il proprio fine supremo<sup>28</sup>. La stessa codificazione del diritto privato assolve alla finalità pubblicistica di sottoporre il legittimo esercizio dell'autonomia privata ad una valutazione di coerenza con l'interesse pubblico, particolarmente nelle realtà giuridiche in cui l'autorità sovrana dello Stato ha rinunciato alla propria esclusività e coesiste con altri ordinamenti e istituzioni sociali ai quali, tuttavia, attraverso la regolazione dei reciproci rapporti, impone i propri limiti<sup>29</sup>. E del resto, i dibattiti contemporanei sulla deregolazione e sul c.d. "diritto mite" non sono che la eco di un discorso antico che risale alla stagione delle codificazioni, fieramente avversate da chi ravvisava in esse la definitiva cessione delle ragioni della libertà a quelle dell'autorità<sup>30</sup>. Uno dei compiti a cui questo lavoro vorrebbe assolvere è dimostrare che in un ordinamento autenticamente democratico l'autorità pubblica legittimamente esercitata è la prima garanzia della libertà della persona. Il diritto che non sa farsi realtà, nelle forme da esso stesso previste, che non è capace di proteggere nella sfida della concretezza i valori che è nato per realizzare, non è altro che il più miserabile degli inganni.

Quest'ultima constatazione spiega il motivo per cui si è voluto dedicare un manuale istituzionale ad alcuni dei martiri della Repubblica, caduti nella lotta per proteggere la Costituzione dalla criminalità organizzata e dai poteri della globalizzazione economica, le minacce più pericolose, anche perché tra le meno visibili, alla sovranità costituzionale: il ricordo dell'esempio di quegli Spiriti Nobili, pagato con il tributo del sangue, costituisce per i giovani che si accingono a studiare il diritto pubblico il maggiore insegnamento dei valori della Carta costituzionale e del dovere di ciascun cittadino di proteggere quei valori a qualsiasi prezzo.

\* \* \*

Subito dopo la pubblicazione della prima edizione del presente volume, nel pieno dell'emergenza sanitaria legata alla pandemia di Co-

---

<sup>28</sup> Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1907, p. 5.

<sup>29</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1990, pp. 157 ss.

<sup>30</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., pp. 45 ss.

vid-19, cessava di battere il cuore buono di mio padre Ubaldo Manfredotti. La prima volta che, ancora bambino, sentii parlare di questioni legate alla forma di governo e alle garanzie del singolo contro l'autorità pubblica fu da Lui. Le radici di questo lavoro risalgono a quel giorno dell'inizio degli anni '80, mentre passeggiavamo insieme su via Toledo a Napoli e mi teneva per mano.

R.M.

## CAPITOLO PRIMO

# COSTITUZIONE E VOLONTÀ POLITICA

SOMMARIO: 1. Volontà, politica e diritto. – 2. Il diritto come limite alla volontà privata. Lo Stato. La volontà sovrana dello Stato e la sua legittimazione: concetto di potere pubblico. – 3. Il Costituzionalismo: dalla legittimazione soggettiva democratica alla legittimazione oggettiva. – 4. Costituzione e valori costituzionali. Analisi del potere costituente. – 5. Il *nomos* e i fini dell'autorità pubblica nell'ordinamento italiano. Concetto di forma di Stato. – 6. La funzione come unica manifestazione di autorità pubblica nel costituzionalismo contemporaneo. Conseguenze sul rapporto tra politica e Costituzione.

**BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:** ALIGHIERI D., *Monarchia*, Milano, 2015; ARCOLEO G., *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881; ARCOLEO G., *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Napoli, 1907; BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; BASSI F., *La norma interna*, Milano, 1963; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.); BLUNTSCHLI J.C., *Charakter und Geist der politischen Parteien*, Nördlingen, 1869; BÖCKENFÖRDE E.-W., *Stato, Costituzione, democrazia*, tr. it., Milano, 2006; CAPOGRASSI G., *Frammento sulle Costituzioni e le procedure*, in *Opere*, Milano, 1959; CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Napoli, 2016 (rist.); CARRÉ DE MALBERG R., *La teoria gradualistica del diritto*, tr. it., Milano, 2003; CHELI E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; CODACCI-PISANELLI G., *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946; CRISAFULLI V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970; CROSA E., *Sulla teoria delle forme di Stato*, Roma, 1931; CUOCOLO L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009; DE FIORES C., *Nazione e costituzione*, Torino, 2005; DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1993; DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982; DUGUIT L., *Le trasformazioni dello Stato*, tr. it., Torino, 2003; ESPOSITO C., *I partiti nella Costituzione italiana*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Milano, 1964 (rist.); FERRARA G., *La Costituzione*, Milano, 2006; FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, I, Napoli, 1995 (rist.); FRIEDRICH C.J., *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1953; GENTILE G., *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 2003; GIANNINI M.S., *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979; HÄBERLE P., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1907; HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it., Roma-Bari, 2005; HELLER H., *La sovranità*, ora in *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano, 1987; HESSE K., *La posizione costituzionale dei partiti nello Stato moderno*, tr. it., Seregno, 2012; HOBBS T., *Leviatano*, tr. it., Roma-Bari, 1974;

HUMBOLDT G., *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, tr. it., Milano, 1965; JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, I, *Théorie générale de l'État*, tr. fr., Paris, 2005; KANT I., *La metafisica dei costumi*, tr. it., Roma-Bari, 1996; KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966; LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985; LEIBHOLZ G., *La rappresentazione nella democrazia*, tr. it., Milano, 1989; LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983; LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996; LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006; MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895; MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist.); OLIVECRONA K., *Law as fact*, Copenhagen-London, 1939; ORLANDO V.E., *Lo Stato*, in *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, a cura di ID., I, Milano, 1897; ORLANDO V.E., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di Sc. pol.*, diretta da BRUNIALTI A., V, Torino, 1890; PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002; PARESC E., *Interpretazione. I. – Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972; PIOVANI P., *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; PREUSS H., *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1964; PRISCO S., *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; PUGLIATTI S., *Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017; RIDOLA P., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; RIDOLA P., *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, Torino, 2018; ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1990; ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, ora in *L'“ultimo” Santi Romano*, Milano, 2013; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.); SCHMITT C., *Le categorie del ‘politico’*, tr. it., Bologna, 1972; SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, tr. it., Milano, 1984; SCHMITT C., *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001; SCHMITT C., *Il nomos della terra*, tr. it., Milano, 2003; SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, tr. it., Milano, 2008; SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, tr. it., Milano, 1988; THIBAUT A.F.J., *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1818; TRIEPEL H., *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, Darmstadt, 1974 (rist.); VON GERBER C.F., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880; VON JHERING R., *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1923; VON JHERING R., *Der Kampf um's Recht*, Berlin, 1992 (rist.); WEBER M., *Economia e società*, tr. it., Milano, 1961; WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, I, tr. it., Torino, 1930; WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, tr. it., Torino, 1964; WURZEL K.G., *Das juristische Denken*, Wien und Leipzig, 1924.

## 1. *Volontà, politica e diritto*

Diritto e volontà  
 Nella speculazione filosofica il fenomeno giuridico è strettamente legato alla volontà, per cui si può dire che da questo punto di vista il diritto è un sistema formale che disciplina le modalità di esplicazione, le condizioni di prevalenza e, dunque, i limiti di una determinata volontà sulle altre.

In senso lato, la volontà è la tensione di un soggetto verso determinati fini.

Questa preliminare acquisizione importa, innanzi tutto, la necessità

di precisare cosa si intenda con le espressioni “soggetto” e “fini”. Sotto il profilo giuridico, il soggetto di diritto è un centro di imputazione di rapporti giuridici, ossia di relazioni giuridicamente rilevanti con altri soggetti di diritto (c.d. *omnes*), le quali possono strutturarsi in termini di prevalenza (facoltà) ovvero di soggezione (obblighi). Il diritto tutela dunque la volontà di tali soggetti definendone le tutele, ossia le facoltà legittimamente esperibili, ma, altresì, i limiti, imponendo gli obblighi relativi all’esercizio delle singole facoltà i quali fissano le condizioni giuridiche delle medesime tutele.

Soggetto di diritto

Poiché l’ordinamento, essendo una dimensione puramente spirituale e razionale, procede per astrazioni e per finzioni, può riconoscere la soggettività indipendentemente dall’esistenza nella realtà e altresì graduare tale soggettività limitandola a talune facoltà o a taluni obblighi, imponendo taluni comportamenti agli *omnes* indipendentemente dalla volontà del soggetto beneficiario e, talvolta, dalla sua stessa esistenza nel reale (come nel caso della tutela dei nati, dei concepiti e delle generazioni future). Può anche riconoscere la soggettività ad astrazioni giuridiche pure, inesistenti nella realtà e tuttavia assolutamente parificate dal punto di vista giuridico alle persone reali (c.d. persone giuridiche), e altresì prevedere, come si vedrà, distinte modulazioni della soggettività in riferimento tanto a soggetti di diritto unitariamente considerati quanto a singole articolazioni dei soggetti medesimi (organi). L’attribuzione della soggettività giuridica a tali astrazioni comporta naturalmente la presenza di una norma che preveda una tale finzione. Nel caso delle aggregazioni sociali di diritto privato, ciò si traduce nella sottoposizione dell’ordinamento sociale ad una serie di controlli sulla struttura interna, al buon esito dei quali è condizionato il riconoscimento da parte dell’ordinamento e, dunque, la soggettività (che di regola, ma non sempre, esprime altresì il grado di autonomia patrimoniale del soggetto rispetto ai propri membri, il quale, come la soggettività, è suscettibile di manifestarsi in differenti gradi). Sicché, non è infrequente che tali aggregazioni sociali preferiscano rinunciare alla soggettività giuridica pur di non sottoporsi ai controlli pubblici. Questo comporta, tuttavia, un’efficacia limitata delle regole del gruppo e, in particolare, del contratto associativo, che in assenza del riconoscimento possono rivestire una rilevanza giuridica limitata sul piano dell’ordinamento e connotarsi, pertanto, come norme interne del gruppo sociale.

Relatività della soggettività giuridica

Persone giuridiche

Quanto all’oggetto della volontà, ossia il fine a cui essa di volta in volta tende, questo può consistere, innanzi tutto, nel perseguimento di un’utilità propria del soggetto che manifesta la volontà (fine egoistico) ovvero di soggetti differenti da esso. Nell’ambito di questa seconda

I fini della volontà