

## INDICE

<i>Prefazione. Il potere costituente nell'insegnamento dei giuristi italiani</i> , di Pietro Giuseppe Grasso .....	v
<i>Nota all'edizione italiana</i> .....	XIII

### IL POTERE COSTITUENTE FRA MITO E REALTÀ

#### CAPITOLO I

#### LA NATURA DEL POTERE POLITICO

Introduzione .....	3
1. Tesi e problema .....	4
a) L'autorità politica consiste in una funzione (razionale) direttiva .....	4
b) Breve fondamentazione della tesi .....	5
i. Il paradigma individualista .....	5
ii. L'aristotelismo classico (Simon) .....	6
2. Tesi e problema .....	7
a) La potestà politica presuppone ontologicamente la realtà della comunità politica, e si trova, al tempo stesso, investita di supremazia normativa nell'ambito della comunità sopra ogni altro potere mondano .....	7
b) Breve fondamentazione della tesi .....	8
i. Bodin .....	8
ii. La "sequenza ontologica" dell'ordine politico-giuridico .....	8
iii. L'aristotelismo classico (Suárez e Vitoria) .....	9
iv. Alcune puntualizzazioni sistematiche sul vincolo intrinseco fra l'autarchia della comunità politica e la supremazia della potestà di regime .....	10
3. Tesi e problema .....	12
a) La potestà politica è intrinsecamente (per essenza) bipolare .....	12
b) Breve fondamentazione della tesi .....	13

	i.	Rousseau.....	14
	ii.	La critica di Kriele .....	14
	iii.	L'aristotelismo classico (Tommaso d'Aquino), e alcune osservazioni sistematiche.....	17
4.		Tesi e problema .....	17
	a)	La potestà politica, come funzione, ricade su titolari particolari che la esercitano.....	18
	b)	Breve fondamentazione della tesi .....	18
	i.	Il costituzionalismo liberale .....	20
	ii.	Il diritto politico contemporaneo .....	20
	iii.	L'aristotelismo (la scolastica contemporanea: Theodor Meyer y Louis Billot), e alcune osservazioni sistematiche .....	23
5.		Tesi e problema .....	23
	a)	La potestà politica costituisce una proprietà (nel primo analogato del termine "proprietà") della comunità politica, vale a dire, ità politica, l'esistenza della potestà è necessaria e inderogabile (indefettibile) .....	24
	b)	Breve fondamentazione della tesi .....	24
	i.	L'anarchismo.....	25
	ii.	Dahrendorf.....	25
	iii.	L'aristotelismo classico (Vitoria) .....	27
6.		Tesi e problema .....	27
	a)	La potestà politica non può essere esercitata senza il concorso di coloro che obbediscono, il quale concorre altresì alla determinazione dei titoli di coloro che comandano .....	28
	b)	Breve fondamentazione della tesi .....	28
	i.	de Maistre .....	29
	ii.	Gramsci .....	30
	iii.	L'aristotelismo classico (Suárez).....	32
	iv.	Alcune considerazioni sistematiche sulle tesi 4 e 6..	34
		iv.1. Consenso e legittimità di origine .....	35
		iv.2. Il consenso come causa dell'ordine costituzionale .....	37
		iv.3. Conclusioni su consenso, legittimità di origine e costituzione.....	38
7.		<i>Colophon</i> : concetto e principali proprietà della potestà politica .....	40

## CAPITOLO II

## LA NATURA DELLA COSTITUZIONE

1.	Un equivoco da chiarire .....	40
2.	La definizione nominale .....	42
	<i>a)</i> Il termine "costituzione": accezioni, etimologia e storia. ....	42
	<i>b)</i> Uso del termine nella prospettiva di tre correnti storico-spirituali fondazionali della teoria costituzionale.....	44
	<i>i.</i> La tipizzazione di García-Pelayo.....	44
	<i>ii.</i> Sintesi critica.....	50
3.	Aprossimazione alla definizione reale di costituzione politica. ....	56
	Parti della realtà costituzionale.....	56
	<i>a)</i> La costituzione come ordine politico .....	56
	<i>b)</i> La costituzione come composizione nazionale, etnica e religiosa .....	57
	<i>c)</i> La costituzione come tradizione politica.....	59
	<i>d)</i> La costituzione come ordine di distribuzione territoriale del potere ("forme di Stato") .....	61
	<i>e)</i> La costituzione come ordine della subordinazione ("forme di governo") .....	66
	<i>f)</i> La costituzione come presenza e azione dei fattori di potere sociale.....	68
	<i>g)</i> La costituzione come dinamica politica nei suoi principi culturali e ideologici.....	69
	<i>h)</i> La costituzione come "sistema politico" in relazione ai partiti.....	72
	<i>i)</i> La costituzione giuridica .....	73
	<i>i.</i> La costituzione giuridica totale .....	73
	<i>ii.</i> La costituzione giuridico-formale secondo il costituzionalismo liberale classico.....	75
	<i>k)</i> Il senso plenario di costituzione: la complessione od ordine totale della comunità politica.....	76

## CAPITOLO III

## IL POTERE COSTITUENTE COME FUNZIONE DEL POTERE POLITICO. ALCUNE IMPLICAZIONI

1.	La natura del potere costituente.....	77
	<i>a)</i> L'adesione attuale o consuetudinaria del popolo come forma impropria di potere costituente .....	77
	<i>b)</i> Il potere costituente in relazione ai diversi sensi di "costituzione" .....	78

c)	Il potere costituente come funzione della potestà politica ("costituita").....	81
2.	Considerazioni conclusive.....	83

## DUE APPENDICI POLEMICHE

## I.

## IL MITO DELLA SOVRANITÀ DEL POPOLO

I.	Presentazione della tesi .....	89
	Luogo e senso della sovranità del popolo all'interno della sistematica costituzionalista .....	89
II.	Esame della tesi .....	93
1.	<i>Praenotanda</i> .....	93
	a) Il fondamento della legittimità dell'ordine costituzionalista .....	93
	b) La giuridicizzazione della politica.....	94
	c) Carattere strumentale (ideologico) dell'affermazione della sovranità del popolo .....	96
2.	Assunzione del concetto moderno di sovranità .....	97
3.	La titolarità senza l'esercizio del potere dello Stato .....	101
	a) Alcuni antecedenti della "sovranità del popolo".....	102
	b) La "sovranità del popolo" senza l'esercizio del potere in Sieyès.....	104
	c) Osservazioni critiche.....	105
	i. Non validità di un ricorso civilista.....	105
	i.1. La (inaccettabile) analogia con l'incapacità di fatto assoluta .....	105
	i.2. La potestà come funzione nella società.....	108
	ii. La sovranità del popolo come finzione giuridica..	110
	iii. Una conseguenza insolita e paradossale della tesi: la liquidazione della rappresentazione dinanzi al potere dello Stato .....	113
III.	Annotazioni conclusive.....	115
1.	Le persone e i poteri.....	115
2.	I titoli del potere politico.....	116
3.	A modo di chiusura: la realtà e la finzione .....	117

## II.

## L'OBIEZIONE CONTRORIVOLUZIONARIA ALLA REALTÀ DEL POTERE COSTITUENTE

I.	La figura di Joseph de Maistre.....	119
----	-------------------------------------	-----

II. Un <i>faux ami</i> della tradizione aristotelica classica.....	120
III. La concezione del potere sovrano.....	121
IV. Elementi chiave della concezione del regime politico e della costituzione .....	124
V. Conseguenze riguardo al tema che ci occupa .....	126
VI. <i>Amplius</i> . Considerazioni finali. L'illiceità di erigere il legittimismo a principio dell'ordine politico.....	128



# civiltà del diritto

collana diretta da FRANCESCO MERCADANTE

---

1. G. CAPOGRASSI – *Il problema della scienza del diritto.*
2. G. RADBRUCH – *Lo spirito del diritto inglese.*
3. T. VIEHWEG – *Topica e giurisprudenza.*
4. F. v. LISZT – *La teoria dello scopo nel diritto penale.*
5. W. CESARINI SFORZA – *Il diritto dei privati.*
6. J. H. KIRCHMANN - E. WOLF – *Il valore scientifico della giurisprudenza.*
7. P. I. STUČKA - E. B. PAŠUKANIS - A. J. VYŠINSKIJ - M. S. STROGOVIČ – *Teorie sovietiche del diritto.*
8. C. BECCARIA – *Dei delitti e delle pene.*
9. H. L. A. HART – *Contributi all'analisi del diritto.*
10. TH. WÜRTEMBERGER – *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania.*
11. W. v. HUMBOLDT – *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato.*
12. P. VINOGRADOFF – *Il senso comune nel diritto.*
13. H. WELZEL – *Diritto naturale e giustizia materiale.*
14. K. LARENZ – *Storia del metodo nella scienza giuridica.*
15. F. CALASSO – *Storicità del diritto.*
16. M. HAURIOU – *Teoria dell'istituzione e della fondazione.*
17. K. OLIVECRONA – *Il diritto come fatto.*
18. L. STRAUSS – *La tirannide.*
19. F. LOPEZ DE OÑATE – *La certezza del diritto.*
20. S. ROMANO – *Lo Stato moderno e la sua crisi.*
21. H. W. R. WADE – *Diritto amministrativo inglese.*
22. R. POUND – *Lo spirito della « Common Law ».*
23. K. ENGISCH – *Introduzione al pensiero giuridico.*
24. R. G. COLLINGWOOD – *Il nuovo Leviatano.*
25. C. F. v. GERBER – *Diritto pubblico.*
26. B. DE JOUVENEL – *La sovranità.*
27. G. KALINOWSKI – *Introduzione alla logica giuridica.*
28. A. ROSS – *Colpa, responsabilità e pena.*
29. P. J. A. FEUERBACH – *Anti-Hobbes.*
30. G. MADINIER – *Coscienza e giustizia.*
31. E. FORSTHOFF – *Stato di diritto in trasformazione.*
32. W. WILHELM – *Metodologia giuridica nel secolo XIX.*
33. O. KAHN-FREUND – *Il lavoro e la legge.*
34. O. W. HOLMES – *Opinioni dissenzienti.*
35. E. EHRlich – *I fondamenti della sociologia del diritto.*
36. S. SIMITIS – *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione dei dati.*
37. S. PUGLIATTI – *Grammatica e diritto.*
38. F. W. MAITLAND – *L'equità.*

39. CH. PERELMAN – *Logica giuridica.*
40. C. SCHMITT – *Il custode della costituzione.*
41. H. KELSEN – *La giustizia costituzionale.*
42. C. SCHMITT – *Romanticismo politico.*
43. M. GINSBERG – *La giustizia nella società.*
44. H. KELSEN – *Il primato del parlamento.*
45. A. F. BENTLEY – *Il processo di governo.*
46. C. SCHMITT – *Dottrina della costituzione.*
47. L. L. FULLER – *La moralità del diritto.*
48. P. BONFANTE – *Lezioni di filosofia del diritto.*
49. A. MERKL – *Il duplice volto del diritto.*
50. R. VON JHERING – *La lotta per il diritto.*
51. H. KELSEN – *Il problema della sovranità.*
52. A. REINACH – *I fondamenti a priori del diritto civile.*
53. E. BETTI – *Diritto Metodo Ermeneutica.*
54. C. SCHMITT – *Teologia politica II.*
55. C. ESPOSITO – *Diritto costituzionale vivente.*
56. E. WARREN - W. E. BURGER – *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti.*
57. J. H. HALLOWELL – *Il fondamento morale della democrazia.*
58. E. LAMBERT – *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti.*
59. G. LEIBHOLZ – *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria.*
60. R. GNEIST – *Legge e bilancio.* G. JELLINEK – *Legge e decreto.*
61. G. HUSSERL – *Diritto e tempo.*
62. J. MARSHALL – *'Judicial Review' e stato federale.*
63. H. SUMNER MAINE – *Diritto antico.*
64. J. BRYCE – *Costituzioni flessibili e rigide.*
65. C. SCHMITT – *Democrazia e liberalismo.*

*segue in IV di sovracoperta*

# civiltà del diritto

collana diretta da FRANCESCO MERCADANTE

---

1. G. CAPOGRASSI – *Il problema della scienza del diritto.*
2. G. RADBRUCH – *Lo spirito del diritto inglese.*
3. T. VIEHWEG – *Topica e giurisprudenza.*
4. F. v. LISZT – *La teoria dello scopo nel diritto penale.*
5. W. CESARINI SFORZA – *Il diritto dei privati.*
6. J. H. KIRCHMANN - E. WOLF – *Il valore scientifico della giurisprudenza.*
7. P. I. STUČKA - E. B. PAŠUKANIS - A. J. VYŠINSKIJ - M. S. STROGOVIČ – *Teorie sovietiche del diritto.*
8. C. BECCARIA – *Dei delitti e delle pene.*
9. H. L. A. HART – *Contributi all'analisi del diritto.*
10. TH. WÜRTEMBERGER – *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania.*
11. W. v. HUMBOLDT – *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato.*
12. P. VINOGRADOFF – *Il senso comune nel diritto.*
13. H. WELZEL – *Diritto naturale e giustizia materiale.*
14. K. LARENZ – *Storia del metodo nella scienza giuridica.*
15. F. CALASSO – *Storicità del diritto.*
16. M. HAURIOU – *Teoria dell'istituzione e della fondazione.*
17. K. OLIVECRONA – *Il diritto come fatto.*
18. L. STRAUSS – *La tirannide.*
19. F. LOPEZ DE OÑATE – *La certezza del diritto.*
20. S. ROMANO – *Lo Stato moderno e la sua crisi.*
21. H. W. R. WADE – *Diritto amministrativo inglese.*
22. R. POUND – *Lo spirito della « Common Law ».*
23. K. ENGISCH – *Introduzione al pensiero giuridico.*
24. R. G. COLLINGWOOD – *Il nuovo Leviatano.*
25. C. F. v. GERBER – *Diritto pubblico.*
26. B. DE JOUVENEL – *La sovranità.*
27. G. KALINOWSKI – *Introduzione alla logica giuridica.*
28. A. ROSS – *Colpa, responsabilità e pena.*
29. P. J. A. FEUERBACH – *Anti-Hobbes.*
30. G. MADINIER – *Coscienza e giustizia.*
31. E. FORSTHOFF – *Stato di diritto in trasformazione.*
32. W. WILHELM – *Metodologia giuridica nel secolo XIX.*
33. O. KAHN-FREUND – *Il lavoro e la legge.*
34. O. W. HOLMES – *Opinioni dissenzienti.*
35. E. EHRLICH – *I fondamenti della sociologia del diritto.*
36. S. SIMITIS – *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione dei dati.*
37. S. PUGLIATTI – *Grammatica e diritto.*
38. F. W. MAITLAND – *L'equità.*

39. CH. PERELMAN – *Logica giuridica.*
40. C. SCHMITT – *Il custode della costituzione.*
41. H. KELSEN – *La giustizia costituzionale.*
42. C. SCHMITT – *Romanticismo politico.*
43. M. GINSBERG – *La giustizia nella società.*
44. H. KELSEN – *Il primato del parlamento.*
45. A. F. BENTLEY – *Il processo di governo.*
46. C. SCHMITT – *Dottrina della costituzione.*
47. L. L. FULLER – *La moralità del diritto.*
48. P. BONFANTE – *Lezioni di filosofia del diritto.*
49. A. MERKL – *Il duplice volto del diritto.*
50. R. VON JHERING – *La lotta per il diritto.*
51. H. KELSEN – *Il problema della sovranità.*
52. A. REINACH – *I fondamenti a priori del diritto civile.*
53. E. BETTI – *Diritto Metodo Ermeneutica.*
54. C. SCHMITT – *Teologia politica II.*
55. C. ESPOSITO – *Diritto costituzionale vivente.*
56. E. WARREN - W. E. BURGER – *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti.*
57. J. H. HALLOWELL – *Il fondamento morale della democrazia.*
58. E. LAMBERT – *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti.*
59. G. LEIBHOLZ – *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria.*
60. R. GNEIST – *Legge e bilancio.* G. JELLINEK – *Legge e decreto.*
61. G. HUSSERL – *Diritto e tempo.*
62. J. MARSHALL – *'Judicial Review' e stato federale.*
63. H. SUMNER MAINE – *Diritto antico.*
64. J. BRYCE – *Costituzioni flessibili e rigide.*
65. C. SCHMITT – *Democrazia e liberalismo.*

*segue in IV di sovracoperta*



La collana accoglie tutti i volumi del diritto, nel segno dell'attualità: il canonista, lo storico, il filosofo, il costituzionalista, il processualista, le recenti specializzazioni, con l'intento di creare una piccola biblioteca di cultura giuridica attiva nelle università, nelle professioni, e in tutti, tutti come punti di

66. H. Kelsen – *Lo Stato*
67. C. Schmitt – *Glossario*
68. G. Jellinek – *La dottrina*
69. R. Carrè de Malberg – *La*
70. A. Kaufmann – *Filosofia*
71. G. Calogero – *La*  
S. Pugliatti – *La*
72. W. H. Taft – *Diritto*
73. E. W. Böckenförde – *La*
74. C. Schmitt – *Positivismo*
75. P. Laband – *Il diritto*
76. R. Carrè de Malberg – *La*
77. W. H. Rehnquist – *La*
78. H. Kelsen – *Diritto*
79. E. L. Wellman – *La*
80. E. Forsthoff – *La*
81. G. W. von Leibniz – *La*  
*la giurisprudenza.*
82. H. Kelsen – *Dottrina*
83. G. W. von Leibniz – *La*
84. S. Satta – *Trattato*
85. B. Croce – *Riduzione*  
*conomia.*
86. C. Schmitt – *Legge*
87. W. Burkert – *R.*
88. S. R. Castaño – *I*

In sovracoperta: *Temì consiglia Egeo.*  
Coppa greca del V secolo a.C., da Vulci.  
Ist. Arch. germ. Roma, Inst. neg. 54136.