

## QUESTIONI PRELIMINARI DI OGGETTO E DI METODO

La scelta di confrontarsi con i principi generali del diritto non è mai priva di un certo iniziale spaesamento, tipico di quando si entra in contatto con temi estremamente affascinanti ma allo stesso tempo imponenti, così che all'incanto facilmente si affianca la consapevolezza di essere forse troppo piccoli.

Ma proprio sul campo dei principi è chiamato a cimentarsi ogni studioso che davvero ami il diritto, dando il suo contributo per delimitarne il senso ed il profondo significato, nella certezza che solo il lavoro dei molti che lo seguiranno, usando i suoi punti di arrivo come punti di nuova partenza, potrà forse dare senso a quanto da lui compiuto.

Occorrono grande passione e grande pazienza per affrontare temi come questi, ed è necessario essere disposti, e saper reagire, anche a qualche delusione, se ci si illude di poter volare troppo in alto. I principi costituiscono senza dubbio uno dei campi più fecondi e attraenti per chiunque ami la ricerca in campo giuridico: l'ampiezza che li contraddistingue si coniuga perfettamente con il metodo tipico dell'esegeta che, attraverso l'analisi di realtà concrete, cerca di individuare il senso più profondo e più completo da attribuire a concetti dal significato astratto, che è più facile percepire piuttosto che conoscere con la ragione.

Dinanzi a concetti generali come quelli espressi dai principi del diritto si pone in primo luogo una questione di metodo, prima ancora che di merito: chi si accinga a condurre uno studio su questi temi deve innanzitutto abbandonare preliminarmente ogni schema preconcepito, e con esso ogni pretesa di esaustività; deve rompere risolutamente con le convinzioni dogmatiche e sforzarsi di cogliere il significato profondo dei fenomeni, superando lo stadio della mera descrizione per approdare a quello della spiegazione<sup>1</sup>; deve accostarsi alla ricerca con atteggiamen-

---

<sup>1</sup> L'importanza della scelta del metodo nell'approccio alla ricerca scientifica è magistralmente sottolineata, tra gli altri, da G. CHEVALLIER-D. LOSCHAK, *Introduzione alla scienza dell'amministrazione*, trad. it., Rimini, 1981, 53 ss.; secondo gli Autori, per poter far assurgere una disciplina al rango di scienza non è sufficiente definire il suo oggetto o la particolare impostazione con la quale ci si dispone ad esaminarla, poiché «*lo scopo scientifico si riflette innanzitutto attraverso il ricorso a metodi suscettibili di condurre ad una spiegazione coerente dei fenomeni osservati*».

Chi si accinge alla ricerca deve essere consapevole che ogni scienza, ed in particolare le scienze

to rispettoso, come di chi entra in una cattedrale antica, cercando di far propri gli insegnamenti di chi ha calpestato quel suolo con passo illustre, e deve esser consapevole che potrà al massimo aggiungere una piccola pietra a quelle già posate, sperando che sia fra quelle che concorrono a reggere arcate grandi.

È questa la speranza che nutre lo studioso, fondata sulla passione continua e forte per la ricerca: di poter cogliere gli aspetti diversi e complessi dell'esperienza, della cultura e dei risultati che gli studi hanno conseguito sin qui e assecondare le sue istanze conoscitive anche nella direzione critica che le trasformazioni contemporanee impongono; superando le parvenze per cogliere le cose «per se stesse»<sup>2</sup>.

Il valore dei principi trascende ogni considerazione strettamente giuridica, evocando piuttosto quello che può definirsi l'*ordine* stabile dell'*etica*<sup>3</sup>; proprio per questo di essi si parla come delle regole che disciplinano le norme giuridiche, che non stanno *dentro*, ma *sopra* il diritto; proprio per questo essi sono stati definiti da una voce illustre *leggi delle leggi*<sup>4</sup>: essi non si connotano per la caducità

---

sociali, alle quali si può ricondurre anche quella giuridica, è soggetta al pericolo di essere asservita, anche inconsapevolmente, allo *status quo*, ed inoltre che ogni attività esegetica è esposta al rischio di un condizionamento ideologico ad opera dei valori cui il ricercatore aderisce. Questi ultimi, infatti, hanno spesso un peso decisivo sulla strutturazione delle ricerche, influenzando sulla selezione dei problemi, sulla percezione dei fatti, sull'interpretazione degli accadimenti e sulla formulazione delle teorie; poiché tuttavia essi pertengono ontologicamente all'esegeta, e dunque appaiono ineliminabili, si può ritenere che il mezzo per raggiungere l'obiettività sia, in definitiva, rendere tali valori più espliciti possibile, così che il ricercatore si dimostri, almeno, pienamente cosciente della propria ideologia.

Per un corretto approccio alla ricerca scientifica non basta acquisire i fatti, osservandoli e descrivendoli, ma è necessario porre dei problemi nuovi ed affinare gli strumenti concettuali che aiutano a comprendere la realtà; l'osservazione, infatti, deve essere *preceduta, accompagnata e seguita da una ipotesi; isolata, essa non vale niente* (v. C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Parigi, 1865, 39 ss., 46); inoltre, la spiegazione è indispensabile ad una conoscenza scientifica, poiché «*fatti sono il materiale necessario, ma è la loro messa in opera, attraverso il ragionamento sperimentale, cioè la teoria, che costituisce ed edifica veramente la scienza*» (cfr. C. BERNARD, *op. cit.*, 47). Nell'elaborazione delle teorie, peraltro, è fondamentale raggiungere un livello ottimale di spiegazione per non cadere né nell'*empirismo assoluto*, i cui insegnamenti sono necessariamente limitati al caso osservato, né nella *teoria pura*, la cui estrema generalità implica una capacità esplicativa assai ridotta dei fenomeni concreti; pare infatti opportuno ricordare, sul tema, la considerazione secondo cui il vigore di una teoria appare come inversamente proporzionale alla sua generalità (cfr. A. GROSSER, *L'explication politique*, Parigi, 1972).

<sup>2</sup> E. PACI, *Funzione delle scienze e significato dell'uomo*, Milano, 1963.

<sup>3</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, 30; si veda anche N. IRTI, *La «Metodologia del diritto» di Francesco Carnelutti*, prefazione alla ristampa dell'opera, Padova, 1990, VIII. I lavori qui citati hanno fornito ampio spunto a queste prime e brevi considerazioni generali e di metodo.

<sup>4</sup> F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 24 e *passim*. Secondo l'Autore esiste una sorta di scarto fra struttura e funzione della scienza giuridica: la prima appare vincolata ai fenomeni positivi mentre la seconda ha come fine ultimo quello di scoprire le «leggi delle leggi», regole eterne del diritto, in un ideale percorso dal rigore dell'analisi all'intuizione inesprimibile. In una ideale continuità con queste considerazioni si veda anche, dello stesso F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, IX, in cui l'Autore identifica la scienza giuridica con la ricerca dei principi, i quali «*saltano fuori scrutando quello che c'è tra norma e norma. Vuol dire che i principi sono le leggi delle leggi*».

che caratterizza molte norme, né per una intrinseca mutevolezza che priva l'interprete di ogni riferimento, ma al contrario per una permanenza che, come si è detto, discende dalla loro obbedienza a logiche ed assetti di rango superiore, quasi costituissero le basi della verità permanente, cioè dell'*episteme*<sup>5</sup>.

Il ragionamento sui principi conduce l'interprete nel campo dei valori irrinunciabili, indivisibili, inattaccabili persino dal Legislatore, poiché appartengono alla natura umana, al ceppo vivo e originario di ogni germoglio valoriale, e contribuiscono a costruire l'inestimabile rete di vicinanza e solidarietà che abbraccia la comunità intera, rifuggendo ogni relativismo<sup>6</sup>.

Lo studio dei principi pone chi vi si accosta dinanzi a scelte sempre nette, talora difficili, che svelano la vera sostanza dello studioso; occorre decidere preliminarmente se si vuole privilegiare l'approccio positivistic o quello interpretativo, se ci si vuole concentrare sugli aspetti di storicismo o su quelli di naturalismo; se cioè, in ultima analisi, l'oggetto principale di attenzione sia come i principi operano sulle norme o come essi influenzano chi crea le norme<sup>7</sup>. Non vi sono risposte giuste o sbagliate; e pur tuttavia l'impressione comune anche a chi scrive è che

---

Si veda anche G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921 (ed ora in ID., *Scritti sul diritto*, I, Milano, 1958); v. anche la ristampa del 2002 con presentazione di G. CONSO.

<sup>5</sup> Alla stabilità dell'*episteme*, come sapere che riesce a stare su ogni altro, la cultura occidentale tende oggi a contrapporre la logica del nichilismo, come fede nel *divenir altro*, come «*folli*» dell'identificazione dei non identici; e tuttavia l'uomo deve riscoprire la ricerca per quanto v'è di stabile e durevole, e può farlo nell'idea stessa di *destino*, inteso come *l'apparire dell'eternità (...), l'apparire dell'impossibilità del divenire altro*. Cfr. E. SEVERINO, *L'identità del destino. Lezioni veneziane*, Milano, 2009, 6 e *passim*.

Sull'importanza dei principi generali oggi, quale strumento essenziale di riconduzione ad unità della frammentazione dovuta alla crescita esponenziale e alla contraddittorietà intrinseca della normazione primaria e secondaria, nonché al fenomeno della globalizzazione e alla moltiplicazione dei piani di produzione del diritto si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67 ss.; sulla funzione dei principi generali in prospettiva transnazionale, ed in particolare sulla loro funzione interpretativa e integrativa delle norme che le istituzioni europee sono chiamate ad applicare si vedano G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, in part. 133 ss. e E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo, stabilizzazione dei comportamenti e costruzione dell'ordine sociale*, in *Dir. pubbl.*, 3/2015, 909 ss., in part. 946 s.

<sup>6</sup> R.D. PUTNAM, *Capitale sociale e individualismo. Crisi e rinascita della cultura civica in America*, Bologna, 2004; si veda anche E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in *Rass. parl.*, 2/2007, 275 ss.

<sup>7</sup> Nelle riflessioni proprie dell'analisi metodologica, non solo in ambito giuridico ma per ogni disciplina di cui si voglia dimostrare la dignità scientifica, normalmente si pongono una serie di esigenze di ordine epistemologico: fra queste, grande rilevanza riveste il problema della c.d. oggettività del ricercatore, che discende dal presupposto per cui l'uomo-esegeta è al contempo oggetto e soggetto, potendo essere da un lato modificato dai fenomeni che osserva, e d'altra parte fonte di modificazioni allo svolgimento e alla natura stessa di quei fenomeni. V. in questo senso J. PIAGET, *Epistémologie des sciences de l'homme*, Parigi, 1970, citato in G. CHEVALLIER-D. LOSCHAK, *Introduzione alla scienza dell'amministrazione*, cit., 53.

quanto più si sale in alto – ed i principi, come è noto, costituiscono l'apice di ogni ordinamento –, cercando di acquisire una visione d'insieme del diritto nella sua unità di sistema, tanto più esso in realtà perde ogni nettezza di contorno, ma continua a vivere della complessiva e totale vita degli uomini. Non si può dunque prescindere dall'assecondare quel senso di intuizione profonda che pervade di sé ogni giurista che ragioni di principi<sup>8</sup>; occorre poi sottoporre i dati dell'esperienza ad una analisi e ad una sintesi concettuale, così da renderli da un lato più puri e dall'altro più ordinati, ed infine cimentarsi nella riconduzione di essi ad unità, rivelando «*un sistema di permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia*»<sup>9</sup>. In questo senso, si direbbe, i principi appaiono strutturanti di una coerenza, nella cui ricerca risiedono l'oggetto e la normatività della scienza giuridica<sup>10</sup>.

In sostanza, dunque, lo studio dei principi generali impone la perenne ricerca di un giusto equilibrio fra mito e realtà, fra percezione e meticolosa esegesi; essi hanno tutte le caratteristiche del mito<sup>11</sup>, ma d'altra parte è impensabile affrontarli prescindendo dal loro legame con l'ordinamento<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Ma v. *contra* G. CALOGERO, *La metodologia del naturalismo giuridico*, 1938, ora in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947, 161 ss. L'Autore critica l'approccio naturalistico al diritto, sostenendo che le leggi della natura sono in realtà estranee al giurista, e competono invece al sociologo; i diritti, secondo CALOGERO, non preesistono all'ordinamento ma derivano sempre da norme dettate dalla volontà umana: «*Nessun diritto senza norma: e nessuna norma che non sia un modo del volere umano*» (*op. cit.*, 166). La scienza del diritto, dunque, appare all'Autore più vicina alla storiografia che alle scienze naturali, e in essa i principi sembrano risolversi in semplici regolarità, costanti della storia legislativa; in tale impostazione il metodo giuridico proposto si incentra sulla comprensione ed interpretazione del linguaggio delle norme.

<sup>9</sup> Sono parole di G. CAPOGRASSI, *Leggendo la «Metodologia» di Carnelutti*, 1940, ora in *Opere*, IV, Milano, 1959, 305.

<sup>10</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre e post costituzionale*, in AA.VV. *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Quaderni di San Martino, 1990, 120.

<sup>11</sup> Si veda F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano* (1969), ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006, 2741; le caratteristiche dei miti consistono prevalentemente nell'essere storie venute dal di fuori e nel dover essere presi nella loro interezza, intangibili e sacri nella loro integralità. E tuttavia l'Autore sottolinea che le leggi, e come esse anche i principi, non possono essere fuori della storia, ma devono essere opera dell'uomo e con esso poter mutare.

<sup>12</sup> Al pari dei principi, il mito continua ad essere uno dei canoni interpretativi fondamentali dell'umano; esso è sintesi di pensiero, azione e desiderio dell'uomo, i quali trovano espressione nell'immagine, che a sua volta ha una potente forza di generare ed alimentare l'immaginario. Il mito rappresenta al contempo la tradizione e la sua rinnovazione, in quanto da sempre accompagna la storia dell'evoluzione nel segno della comunanza-condivisione culturale, e diviene dunque fattore di vivificazione del fenomeno sociale di gruppo: sono infatti soprattutto i comportamenti collettivi che vivono di miti, anche quando non vi fanno alcun esplicito riferimento. Pur evocando l'idea del passato, il mito vive nella modernità un nuovo avvento, poiché la condizione contemporanea ne fa rivivere l'attualità, suggerendo di riconsiderarlo anche alla luce della contaminazione culturale. Esso dunque si riafferma con continuità e con forza nelle scienze sociali moderne, riproponendo il perenne confronto tra *mythos* e *logos*, soprattutto nella rinnovata veste di mito come coscienza collettiva.

L'uomo ha sempre orientato il suo agire in base a pochi precetti forti, che hanno segnato l'archetipo per tutto ciò che è seguito, in un ideale disegno di unità e continuità<sup>13</sup>; in questo senso i principi possono dirsi fondamentali: in quanto *fondano* il pensiero e l'azione dell'uomo, e ciò tanto in generale quanto, a maggior ragione, in ambito giuridico, nel quale il paradigma del *dover essere* ha da sempre rivestito una posizione di primaria importanza come fondamento della norma, costituendone la proposizione prescrittiva.

Dalle brevi e generalissime riflessioni sin qui esposte emerge già, almeno *in nuce*, la ragione del collegamento che può condurre, con estrema naturalezza, da una riflessione in generale sui principi del diritto alla scelta di quello fra essi che costituisce l'oggetto principale di questo lavoro, a cui si cercherà di dedicare specifico ed analitico approfondimento: il principio di *continuità*.

Esso ha già in sé quel senso di permanenza che abbiamo visto caratterizzare genericamente tutti i canoni giuridici fondamentali, ed esprime peraltro un'esigenza di sicurezza e stabilità delle posizioni che sembra oggi estremamente attuale, viste le frequenti e ripetute istanze della collettività per un diritto più certo e più giusto. L'idea di continuità esula evidentemente dal campo strettamente giuridico, potendo in astratto venire in considerazione nei più diversi ambiti tematici; essa ha interessato l'uomo sin dagli albori della filosofia, con il *tutto scorre* di Eraclito, sino alle teorie di Einstein sul *continuum* in epoca moderna, e ciò probabilmente perché evoca, *ex se*, concetti basilari e centrali della vita come il tempo e lo spazio, che affasciano da sempre studiosi di ogni campo scientifico alla ricerca delle regole invisibili che governano i cicli della vita e della natura<sup>14</sup>.

Esiste dunque una continuità in ogni cosa, ed ogni evento, tanto naturale quanto giuridico, si presta ad essere letto e vagliato rispetto a ciò che lo ha preceduto e a ciò che lo seguirà, alla ricerca di possibili concordanze, sviluppi, nette rotture<sup>15</sup>; ne

---

Cfr. per alcune di queste riflessioni AA.VV., *Hermeneutica. Annuario di filosofia e teologia* (2011). *Attualità del mito*, Brescia, 2011, *passim*. V. anche, in generale, M. CACCIARI, *Hamletica*, Milano, 2009; E. SEVERINO, *L'identità della follia. Lezioni veneziane*, Milano, 2007 e ID., *L'identità del destino. Lezioni veneziane*, cit.

<sup>13</sup> In tema C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), part. 8.

<sup>14</sup> Per uno studio sulle relazioni fra teorie della fisica contemporanea sul *continuum* spazio-temporale e diritto, si veda A. ROMANO, *Continuum spazio-tempo, diritto e democrazia*, Torino, 2013.

<sup>15</sup> La contrapposizione fra continuità e discontinuità richiama quella, più generale, fra scienze storiche e scienze sociologiche; entrambe possono essere definite scienze *causali*, ma mentre la storia tende a ricercare la causa degli accadimenti prevalentemente nel passato, orientando l'attenzione alle circostanze che hanno provocato un dato fenomeno e ponendo l'accento sulla *continuità* delle strutture e delle connessioni, la sociologia tende a cercare le ragioni degli avvenimenti nell'ambiente sociale, stabilendo interconnessioni e reciproche relazioni tra fenomeni diversi, concentrando dunque la propria attenzione sulla *discontinuità*. Sulla contrapposizione fra causalità storica e causalità sociologica si vedano in generale, per tutti, M. WEBER, *Saggi sulla dottrina della scienza*, trad. it., Bari, 1980 e G. GURVITCH, *Trattato di sociologia*, trad. it., Milano, 1967.

sono un esempio concreto le valutazioni che normalmente seguono ad ogni tornata elettorale, oppure lo studio della produzione di un certo Autore o artista a confronto con quelle dei suoi Maestri e allievi. Esiste così una continuità *politica*, una continuità *intellettuale*, una continuità *artistica*, oltre ovviamente ad una continuità *nella natura*, ossia nell'evoluzione storico-ambientale della realtà che ci circonda<sup>16</sup>.

In questa sede, anche se il fascino di questi temi è grande, lo spazio a disposizione impone di circoscrivere l'analisi alla sola continuità in campo giuridico, ed in particolare agli aspetti peculiari che essa assume nel diritto pubblico, pervadendone gli aspetti strutturali e funzionali, nel tentativo di offrirne un quadro quanto più possibile esauriente, pur con le cautele di cui si è detto nelle righe iniziali.

Sin da queste prime pagine di lavoro, nelle quali tradizionalmente sono custodite le dichiarazioni di intenti per ciò che seguirà, pare opportuno formulare qualche considerazione sul significato del principio di continuità, almeno secondo il modesto parere di chi scrive; risulterà evidente che l'impostazione assecondata risente di un approccio, diffuso nel tempo in cui viviamo, che tende a privilegiare un ideale di contaminazione proficua e costruttiva, che desume cioè indicazioni utili da ogni campo di studi<sup>17</sup>. E dunque, appare inevitabile che le riflessioni sulla continuità siano condizionate da più generali considerazioni sulla natura del potere e

---

<sup>16</sup> La continuità, al di là dell'apparente antitesi concettuale, implica in realtà sempre un divenire, una mutevolezza intrinseca, una relazione dialettica con l'*altro-da-sé*; non potrebbe esistere alcuna riflessione critica sugli accadimenti se non partendo da una posizione diversa, anche se non necessariamente contrapposta, rispetto a quella di partenza. E tuttavia il valore del cambiamento può essere apprezzato solo quando quest'ultimo mantenga una giusta misura, e non sconfini nella fede cieca nel *divenire altro*, ossia nel relativismo e nel nichilismo; essi, come già si accennava, sono valori nemici dell'uomo moderno, poiché esprimono verità soltanto apparenti e portano a credere, al tempo stesso, a tutto e al suo contrario, proponendo l'ingannevole immedesimazione dei non identici. V. ancora, su questo, E. SEVERINO, *L'identità del destino. Lezioni veneziane*, cit., 6 e *passim*.

Per alcune considerazioni generali sul principio di continuità nella natura, v. M. MUGNAI, *Introduzione alla filosofia di Leibniz*, Torino, 2001: uno dei concetti alla base della filosofia di G.W. LEIBNIZ, infatti, è la legge di continuità secondo la quale «*Tout va per degrés dans la nature et rien par saut*» («*Tutto procede per gradi nella natura e niente per salti*»), in *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, 1704, IV.16).

<sup>17</sup> È stato autorevolmente osservato che uno degli sviluppi più importanti recentemente conosciuti dalla scienza giuridica negli studi sul diritto pubblico è appunto l'adozione di un approccio analitico ispirato al c.d. *pluralismo metodologico*: cfr. in tal senso, con riferimento al diritto amministrativo, S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 8, 96.

Più in generale va anche necessariamente segnalata l'attuale tendenza, propria soprattutto di una parte della dottrina tedesca, ad elaborare strumenti di rinnovamento della scienza di diritto pubblico, in particolare amministrativo; in particolare, si è proposta una riforma della stessa *dogmatica* di quest'ultimo, intesa come substrato intermedio fra il testo normativo e la sua attività applicativa, così da renderla «*il continuo processo di adattamento dell'impostazione tradizionale alle nuove conoscenze e istanze*»: così E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tubinga, 2013, 1. A commento dell'opera si veda anche L. DE LUCIA-D. DE PRETIS-F. MERUSI-S. CASSESE, *Simposio: A proposito di «Verwaltungsrechtliche Dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1/2015, 1 ss.

della funzione pubblica nonché sulle ambizioni ed aspirazioni dei cittadini nel rapporto con il soggetto pubblico.

*Continuità* è un concetto che per sua natura può riguardarsi da due diversi angoli di visuale: essa può essere, ovviamente, intesa come comprova di una permanenza, di un avvicendamento fra soggetti, atti o fasi, come la manifestazione di un potere per sua natura inestinguibile; oppure all'opposto come discontinuità, o rottura, in base alla quale individuare una periodizzazione, un *prima* ed un *dopo*, come si accennava poc'anzi; nel diritto pubblico essa si manifesta alternativamente nell'uno e nell'altro senso, ed in entrambi acquista rilevanza sotto diversi profili che si tenterà di analizzare in questa sede<sup>18</sup>.

Il problema di come governare il mutamento senza disconoscerlo, obiettivo di tutta la scienza giuridica, acquista peraltro particolare rilievo nel diritto costituzionale, ove diviene espressione della dialettica fra la vocazione all'eternità delle norme volute dal Costituente e l'idea di una Costituzione che vive e si svolge nel tempo storico, perennemente in evoluzione in quanto espressione della volontà di un popolo sovrano e pertanto legata al tempo anche in chiave di legittimazione del potere<sup>19</sup>.

Ciò che più preme, tuttavia, è sottolineare che occorre intendersi su quale sia la forma di continuità che la comunità richiede al soggetto pubblico, perché essa può certamente essere intesa tanto come immutabilità quanto come perenne flessibilità, in adeguamento alla realtà che cambia, per mantenere intatto il risultato finale; secondo l'opinione di chi scrive, senza alcuna pretesa di novità, la continuità *buona* è il punto di giusto equilibrio fra questi due approcci, ossia la garanzia di continuità dell'azione pubblica e dei suoi risultati virtuosi, senza che sia disconosciuta però, al contempo, la necessaria sintonia con il mutare dei tempi, privilegiando la prospettiva dell'*avvenire*<sup>20</sup>, ma sempre nella costante garanzia della massima efficienza e dei migliori risultati<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Il rapporto tra stabilità e mutamento rappresenta da sempre una questione di grande interesse e rilievo per gli studiosi del diritto; il quesito che in questo campo si è posto di frequente, infatti, è se *continuo e discontinuo* dovessero considerarsi *principi opposti e incompatibili* oppure *entrambi necessari e complementari*, tali cioè *da formare le coordinate per mezzo delle quali si coglie e si valuta, nella sua integrità, l'esperienza giuridica*: così S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 83 s.

<sup>19</sup> Cfr. in questo senso A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione. I. Premesse teoriche*, Napoli, 2013, *passim*; sul tema si vedano anche C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, cit.; T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), in *Opere*, I, Milano, 2000, 477 ss.

<sup>20</sup> Per un approfondito studio sulla dimensione *prospettiva* del potere pubblico, come espressione della capacità dello stesso di proiettarsi verso il futuro e di farsi promotore del cambiamento, superando le resistenze e operando nella dimensione dell'avvenire, si veda sin d'ora L. SFEZ, *L'administration prospective*, Parigi, 1970; cfr. in particolare le considerazioni di G. VEDEL nella *Prefazione*, *ivi*, 5 ss.

<sup>21</sup> La dialettica tra continuità e discontinuità e la perenne ricerca di un giusto equilibrio tra esse

La continuità, come valore-guida per la forma-funzione di governo *lato sensu* intesa, non indica dunque il percorso di tecniche e di nozioni ben definite ma comporta una riflessione sul rinnovamento eventualmente necessario, in chiave di autenticità delle scelte pubbliche che i poteri costituiti, come è noto, faticano a volte ad assumere con la necessaria indipendenza. La rilevanza del principio, che emerge con maggior forza nell'attualità della crisi tecnico-economica, risiede proprio nella capacità di esso di rinnovare il contesto in cui il potere quotidianamente opera; ciò ne sottolinea la dimensione *relazionale*, vera fonte di nuovi paradigmi operativi, affinché alle funzioni pubbliche non risulti estranea l'essenza che ne rappresenta il fondamento, ossia la dimensione di rappresentanza del bene pubblico. Attraverso il valore della continuità, in altre parole, le scelte pubbliche risultano più facilmente appropriate, ossia formate sull'esperienza, aiutando i poteri costituiti a restare fedeli alla propria missione, proprio perché tale valore si riferisce a «ciò che diviene», nella significativa differenza tra forma esteriore e conseguenze reali dell'attività.

Il principio di continuità, pertanto, comporta che il potere *si trasformi* sotto gli occhi della collettività, comprovando un'attività che si esprime attraverso stadi successivi, cercando di liberarsi di quelli precedenti e prendendo altre direzioni per farsi incontro al nuovo che sopravviene; sotto questo aspetto, il principio risponde precipuamente ad una ragione pragmatica e attua una sorta di prefigurazione delle esigenze reali: in altre parole, un *andamento*.

In questo senso il principio di continuità può rappresentare il dover essere di un *progetto*, cioè dell'adeguamento delle scelte alle effettive esigenze presenti e previste per il prossimo futuro, secondo la necessità di approdare alla loro compiuta realizzazione; esso è dunque prova che il potere pubblico può e deve essere *laboratorio*, sinergia tra realtà e impegno ad affrontarla e a tornare ad accertarla, perché ogni scelta richiede che il ruolo dei fatti e delle loro interpretazioni sia ripristinato senza sosta.

Il presente lavoro, come si è sottolineato, è una specie di sfida teorica che consiste nel tentativo di offrire una soluzione al problema del significato e della por-

---

sembrano in particolare appartenere all'essenza stessa del diritto pubblico: se infatti per lungo tempo uno dei tratti distintivi di quest'ultimo è stata l'assoluta e granitica stabilità dei suoi istituti ed apparati, va necessariamente ricordato che più di recente, e in particolare negli ultimi decenni, pare essersi invece aperta una fase di mutamenti strutturali e riforme tuttora ininterrotta, con ricadute sia sui processi normativi, divenuti più instabili, e sia sulle strutture organizzative; se da un lato il recupero di una maggior certezza delle regole appare certamente auspicabile, è pur vero però che in alcuni settori strategici le discontinuità sembrano favorire innovazione e sviluppo, evitando gli immobilismi che penalizzano la competitività. Per un approfondimento sul tema si veda G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2015, 7 ss., e part. 9, ove si afferma che «*Diviene fondamentale, dunque, trovare un corretto equilibrio tra breve e lungo periodo, tra esigenze di stabilità e certezza e istanze di flessibilità e innovazione. Lo dimostra il mix delle politiche di riforma del settore pubblico adottate nei principali paesi europei proprio in risposta alla crisi economico-finanziaria e al fine di stimolare la crescita*».

tata del principio di continuità, oltre i confini dell'ambito organizzativo e/o funzionale di applicazione sul quale si sono soffermati prevalentemente gli interpreti. Su questo *oltre* è formulata la vera e propria *pars construens* del presente lavoro, fondato sull'idea che il principio di continuità realizzi quasi un'esistenza autonoma rispetto ad altri principi, soprattutto per il suo tipico proceduralismo; tale principio, a ben vedere, contribuisce a ricondurre ad armonia ed unità la dialettica tra realtà e potere in vista del bene generale, guidando l'azione pubblica affinché esprima pienamente la capacità di elaborare soluzioni fedeli alle aspirazioni della collettività e assicuri l'equilibrio tra unità e diversità, tra ciò che è equo e ciò che è utile.

Gli studi condotti in questa sede sul principio in esame si sono dovuti necessariamente misurare con lo spaesamento dovuto all'assenza di espliciti riferimenti normativi ad esso, e pertanto hanno tratto prioritario stimolo dal tentativo di riconduzione ad unità, in un quadro sistemico armonico, delle molteplici manifestazioni del principio; per questa ragione è parso opportuno adottare, *in subiecta materia*, un approccio analitico opposto a quello normalmente utilizzato dall'interprete, in un ideale percorso che dalla frammentazione del particolare, attraverso un progressivo processo di astrazione, giunge alla ricomposizione dell'universale<sup>22</sup>. L'esigenza di una continuità nell'azione pubblica si manifesta, invero, in una pluralità di ambiti ed istituti, di alcuni dei quali si tenterà nelle pagine seguenti di dare conto: l'analisi, necessariamente a carattere esemplificativo, sarà prevalentemente incentrata su istituti di rilievo generale, nella consapevolezza che una ricerca su un tema a tal punto ampio, prendendo a prestito le parole di un illustre Autore, è per sua stessa natura *una ricerca incompiuta; come del resto incompiuta è ogni opera che in qualche modo pretenda a un certo grado di scientificità*<sup>23</sup>.

Per questa ragione, nel presente lavoro l'attenzione sarà rivolta, più che ai singoli casi in cui si riscontra la valenza del principio, ad analizzarne le cause e ad ipotizzarne le conseguenze, anche nel lungo periodo, in una proiezione prevalentemente attenta ai suoi aspetti ermeneutici<sup>24</sup>; e ciò avuto riguardo altresì alle nuo-

---

<sup>22</sup> Per enucleare compiutamente il significato di un principio generale del diritto pubblico come quello di continuità, appare infatti indispensabile prendere le mosse dalle sue manifestazioni concrete per poi ricercare, fra queste, permanenze e connessioni logiche ed ontologiche; a un simile approccio analitico potrebbe forse essere mossa la critica di eccessivo «concettualismo», ma a ciò pare agevolmente possibile ribattere, con le autorevoli parole di H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese* (Londra, 1961), trad. it., Milano, 1969, 21, che «questa appare un'espressione priva di significato. Tutto il diritto è "concettuale", giacché richiede una sintesi di concetti e una logica induttiva». Sull'utilità del concettualismo nella transizione tra analisi e sintesi, tra osservazione della realtà e ricomposizione delle diverse evidenze empiriche, ossia in definitiva tra particolare e generale, cfr. S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, cit., 34.

<sup>23</sup> Cfr. in tal senso G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, VI.

<sup>24</sup> Sono molteplici i campi d'azione del diritto pubblico nei quali il principio di continuità-discontinuità può essere colto nella sua intrinseca necessità, che costituisce la prova del suo essere

ve dimensioni che il principio va assumendo, correlate anche a istanze ed esigenze inedite di cui la globalizzazione comporta l'emersione.

Ciò che più preme sin da ora sottolineare è che la continuità emerge in istituti propri tanto della struttura, quanto dell'azione, e finanche della funzione pubblica complessivamente intesa, e ciò senza che tale principio venga mai menzionato in quanto tale; è proprio questo che ne disvela la natura di canone implicitamente fondante dell'agire pubblico e di valore che orienta con sapienza l'esercizio di ogni potere.

---

espressione di responsabilità condivisa tra governanti e governati; appare opportuno tuttavia soffermare l'attenzione sul fatto che i beni e gli interessi generali che il soggetto pubblico mira a tutelare con la sua azione sono iscritti non soltanto nella vita individuale ma anche in quella collettiva, nella quale sembrano lasciare un tratto più duraturo: è proprio questo che esige una continuità nel tempo e nello spazio che va oltre la contingenza, e il principio di continuità risulta operare in questo senso anche in nome delle generazioni future, antepoendo l'interesse a lungo termine a quello immediato e finendo per sovrastare gli interessi particolari con l'imperativo di un bene ultragenerazionale.

# PRINCIPIO DI CONTINUITÀ E POTERE PUBBLICO: UNA PREMESSA GENERALE

SOMMARIO: 1. Continuità, potere, funzione. – 2. Stabilità e funzione di governo. – 3. Al cuore del potere pubblico: il principio di continuità nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul modello elettorale. – 4. Continuità nei rapporti tra Stato e Regioni nell'attuazione del disegno costituzionale delle autonomie. – 5. Principio di continuità e sue possibili declinazioni.

## 1. *Continuità, potere, funzione*

L'avvento dello Stato parlamentare nel primo Novecento, in uno con l'emersione del modello dello Stato pluriclasse, ha di fatto implicato, come è noto, il superamento della rigida contrapposizione dualistica che in epoca precedente aveva segnato i rapporti fra Parlamento e Governo, pilastri essenziali dell'azione pubblica dello Stato, quale espressione di una nozione unitaria di potere<sup>1</sup>. Allo stesso tempo, le profonde e coeve modificazioni in atto nelle funzioni dello Stato, ed il conseguente esponenziale aumento delle sue strutture organizzative<sup>2</sup>, speculari alla crescita degli interessi generali oggetto di necessaria tutela, hanno determina-

---

<sup>1</sup> Nell'esperienza storica dello Stato liberale, infatti, il potere politico del governo e del re era geneticamente contrapposto al potere legislativo del Parlamento; con l'avvento dello Stato c.d. pluriclasse si registra un mutamento del campo teorico di riferimento giuridico poiché il Parlamento, baluardo della borghesia ora detentrica del potere, sfugge al polo della *società civile* per entrare a far parte di quello dello *Stato*. Nello stesso periodo si registra, altresì, una scissione del concetto unitario di potere, accompagnato da una progressiva autonoma concettualizzazione del diritto pubblico rispetto al diritto privato; l'unificazione del campo di rilevanza giuridica pubblicistica nel polo dello Stato determina poi una ripercussione sulla teoria della tripartizione dei poteri e un indebolimento significativo del sistema di pesi e contrappesi fondato sull'afferenza dei poteri legislativo e giudiziario al polo della società civile. Per una ricostruzione di tali vicende ed un approfondimento su tali temi si v. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, part. 12 ss. Sulla derivazione del diritto amministrativo «dall'ordine concettuale elaborato dalla scienza del diritto privato» v. V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) ordinati in sistema*, rist., Milano, 1954, 157 ss.

<sup>2</sup> G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 616 ss., part. 618 ss.

to l'emergere dell'organizzazione pubblico-amministrativa come grandezza giuridica autonoma<sup>3</sup> e la giuridicizzazione di numerosi e nuovi rapporti fra Stato e cittadini, così ponendo su nuove basi le tradizionali ed irrinunciabili coordinate concettuali dello Stato di diritto<sup>4</sup>.

L'avvento dell'ordinamento costituzionale ha poi indiscutibilmente segnato una ulteriore dis-continuità rispetto al passato, facendo sorgere non solo l'urgenza di dare attuazione alle previsioni della Carta<sup>5</sup>, nonché di mantenerle attuali nel tempo<sup>6</sup>, ma anche la necessità di stabilire in che modo governare questa epocale transizione; l'obsolescenza dell'ordinamento statutario, da un lato, e le storture del ventennio fascista, dall'altro, rendevano indispensabile prendere le distanze dalla legislazione esistente e dall'apparato politico-amministrativo da essa scaturito, ma al contempo si percepiva la necessità che ciò avvenisse senza comportare

---

<sup>3</sup>In tema, M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, 47-51/1961, 145 ss. Sull'esiguità dell'apparato organizzativo ottocentesco, che rendeva irrilevante la giuridificazione dei rapporti organizzativi interni, cfr. M.S. GIANNINI, *L'unità della scienza dell'amministrazione*, in AA.VV., *La scienza dell'amministrazione*, Atti del I Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 26-29 settembre 1955, Milano, 1957, 68.

<sup>4</sup>Sul tema v. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra otto e novecento*, Napoli, 1963, 118 ss.

<sup>5</sup>In proposito cfr. C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, 469, ove l'A. si premura di respingere la tesi della natura meramente programmatica dei principi costituzionali.

<sup>6</sup>Il concetto di «tempo della Costituzione» è oggetto di particolare interesse ed attenzione da parte di L. ELIA, che su di esso tornerà spesso nelle sue opere: per una efficace sintesi del suo pensiero in proposito si v. C. PINELLI, *Il tempo della costituzione nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *Rivista AIC*, Osservatorio costituzionale, 3/2018, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Basti qui ricordare soltanto che per l'illustre Autore, nel solco del costituzionalismo del Novecento, l'aspirazione della Costituzione a durare il più possibile non era soltanto il riflesso di un impegno assunto dai Costituenti, ma una vera e propria *promessa* da realizzare, implicante una continua delucidazione del suo oggetto e una conseguente rilettura delle norme della Carta alla luce dei mutamenti del contesto socio-culturale: sul realismo critico come metodo di indagine giuridica cfr. L. ELIA, *Premessa a Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005, IX. Vedi anche F. OST, *Le temps du droit*, Paris, 1999, 221. Sottolinea come la Costituzione, ancorché rigida, sia costantemente ed inevitabilmente sottoposta alla cultura, e dunque ai modelli con cui viene interpretata, M. DOGLIANI, *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre e post costituzionale*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Quaderni di San Martino, Bologna, 1990, 112. In contrasto con tale impostazione, peraltro, sembra di potersi registrare, soprattutto in tempi recenti, una criticabile tendenza della politica ad un uso «congiunturale» della Costituzione e del diritto costituzionale, oggetto di continui e reiterati tentativi di riscrittura in base alle convenienze delle differenti maggioranze di governo: in tema A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 luglio 2001; e ID., *Devolution, «controriforma» del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovverosia quando le «ragioni» della politica offuscano la ragione costituzionale*, ivi, 24 aprile 2003; v. anche L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, in A. BALDASSARRE-A.A. CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1982, part. 104.

uno «strappo» istituzionale nei rapporti con il Parlamento<sup>7</sup>, e in generale con i poteri pubblici preesistenti, o una paralisi delle pubbliche funzioni<sup>8</sup>.

Alcuni decenni dopo, l'attuazione del disegno costituzionale in materia di autonomie e il trasferimento in capo alle Regioni delle funzioni amministrative e legislative, notevolmente ampliate in seguito con la Riforma del Titolo V ed in particolare con la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, hanno analogamente reso indispensabile elaborare meccanismi di gradualità con i quali pervenire alla compiuta attuazione del disegno di *favor* nei confronti del decentramento<sup>9</sup>, così da evitare pericolose instabilità istituzionali o vuoti normativi prodromici ad ammanchi inaccettabili nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>Non «creando scandali e distruggendo la legislazione» ma «sopendo gli scandali», come si esprime in proposito C. MORTATI; a tal fine, come meglio si dirà *infra*, fondamentale è stato il ruolo di mediazione svolto dalla Corte costituzionale, capace sin dalla sua istituzione di collocarsi con saggezza in un contesto istituzionale che vedeva già operanti il Parlamento e la Magistratura: sul tema, per tutti, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Il ponte*, 6/1957, 885 ss., ora in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. 4, Padova, 1958, 273 ss. Originariamente, proprio per queste ragioni, non mancarono resistenze e riserve alla introduzione della Corte anche in Assemblea Costituente (si vedano in particolare le posizioni sul punto dell'On. Togliatti): in tema cfr. A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano, 2010, 337 ss. Sulle eventuali esorbitanze della Corte dai propri poteri mediante *supplenze e/o interferenze* sui poteri giudiziario e legislativo si v. A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, vol. 103, 1980, parte V, 117 ss.

<sup>8</sup>Nel senso di una conservazione in vigore dell'intero ordinamento giuridico statale vigente, salva la successiva verifica di legittimità alla luce dei nuovi parametri costituzionali, si è espressa la Corte costituzionale nella sua prima storica sentenza n. 1 del 14 giugno 1956; cfr. in tema R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 201 ss. Nel tempo intercorso tra l'entrata in vigore della Carta e la piena attivazione delle funzioni della Corte, peraltro, la continuità istituzionale fu assicurata attraverso il sindacato diffuso di costituzionalità svolto dalla giurisdizione ordinaria preesistente, come previsto dalla VII disp. trans. fin., comma 2, Cost.

<sup>9</sup>In tema si v. M. BELLETTI, *Necessità e temporaneità irrompono nel riparto di competenze Stato-Regioni sotto forma di continuità e sostanziale ultrattività, nota a sentenze nn. 255 e 266 del 2004*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 239 ss.; v. anche ID., *La questione della tutela del nucleo essenziale dei diritti nel nuovo assetto autonomistico*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2010, 149.

<sup>10</sup>Sul tema si tornerà più diffusamente *infra*; sin d'ora pare opportuno tuttavia richiamare, quali riferimenti essenziali in materia, A. RUGGERI, *La Corte e lo ius superveniens costituzionale (a proposito della riforma del Titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti)*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2002, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. GRASSO, *La Corte salva la continuità dell'ordinamento giuridico (di fonti di grado legislativo), ma indebolisce la forza delle (nuove) norme costituzionali di modifica del Titolo V. Brevi note sulla sentenza 7-18 ottobre 2002, n. 422*, in *Associazione dei Costituzionalisti*, 17 dicembre 2002, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione su alcuni problemi di diritto intertemporale*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1329 ss.; E. GIANFRANCESCO, *L'incidenza della riforma sui giudizi costituzionali*, relazione al Convegno del Gruppo di Pisa (Pavia, 6-7 giugno 2003) su *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, in [www.unipv.it](http://www.unipv.it); P. CARETTI, *La giu-*

Simili esempi consentono di individuare un'esigenza di ordine costituzionale nell'ordinata e graduale trasformazione del diritto, sul presupposto per cui l'ordine del tempo costituisce «*un carattere ineliminabile del diritto come ordinamento*»<sup>11</sup>.

Queste succinte suggestioni, delle quali è evidente il carattere meramente esemplificativo, evidenziano la base teorica di partenza della presente ricerca, ossia il dato concettuale per cui ogni fase di transizione, specialmente «costituzionale», che riguardi l'ordinamento, tanto nelle sue componenti politico-istituzionali quanto in quelle più strettamente giuridiche, fa sorgere la coesistente necessità di dare corpo e contenuto ad una percepita esigenza di *continuità strutturale e funzionale*, tale da divenire fondante di un principio generale in tal senso riferibile, con massima astrazione, al concetto di *pubblico potere* come categoria concettuale<sup>12</sup>.

Quest'ultimo, considerato elemento centrale per la scienza del diritto pubblico in quanto definito autorevolmente «*chiave di volta del sistema giuridico*»<sup>13</sup>, ha a sua volta conosciuto profonde evoluzioni, ma rimanendo in senso costante l'architrave ordinamentale nel diritto dei rapporti tanto interni allo Stato quanto tra Stato

---

*risprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in ID., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V*, Torino, 2003, 106 ss.; A. ANZON, *Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2003, 1154 ss.; R. CAMELI, *Brevi osservazioni sul rapporto tra ius superveniens costituzionale e legislazione statale*, in *Foro amm. Cds*, 2003, 1244.

<sup>11</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 198. V. anche, sul tema, G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 1/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>12</sup> Analogo paradigma di continuità si volle osservare sia sul piano politico sia, soprattutto, sul piano delle strutture amministrative, nella transizione dallo Stato pre-unitario a quello unitario nel 1861: in tema S. CASSESE, «*Fare l'Italia per costituirla poi*». *Le continuità dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2011, 305 ss., il quale rileva quale costante dello sviluppo statale italiano proprio il «*permanere delle preesistenze*», osservando altresì come normalmente i cambiamenti non avvengono «*per rivoluzioni, ma per evoluzione*». Vale a questo proposito segnalare il dibattito sulla continuità dello Stato italiano che nei primi decenni del Novecento contrappose i sostenitori del Regno d'Italia quale nuovo Stato (V.E. ORLANDO, *Sulla formazione dello Stato d'Italia* (1939), ora in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954) alla maggioranza di coloro che riconoscevano nello Stato italiano una continuazione del Regno di Sardegna (per tutti, S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia* (1912), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, rist. 1990).

Sul tema della continuità dello Stato v., in generale, S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del regno d'Italia* (1912), cit., e V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985; più recentemente, S. CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, 2010, spec. 47 ss.; G. DE VERGOTTINI, *L'evoluzione del sistema politico istituzionale*, in *Rass. parl.*, 3/2011, 551 ss. Sottolinea all'opposto le cesure e le profonde discontinuità fra modelli di Stato liberale, regime fascista e Stato repubblicano, U. ALLEGRETTI, *Centocinquanta anni di storia costituzionale italiana*, Relazione al Convegno AIC, Torino, ottobre 2011, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>13</sup> G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1966, 127.

e collettività<sup>14</sup>. Nell'elaborazione teorica sul potere pubblico, concetto indiscutibilmente *fluidido*<sup>15</sup> e sfuggente ancorché fondante<sup>16</sup>, è stato infatti assai opportunamente registrato come le direttrici interne al concetto stesso abbiano disegnato nel tempo svolgimenti e sviluppi innovativi assai significativi<sup>17</sup> ma sempre per gradi, addirittura «di soppiatto»<sup>18</sup> (*en glissant*), ed in modo incrementale rispetto alla tradizione precedente, così da dare un senso di continuità fra teorizzazioni differenti, evitando un procedere *per salti* e favorendone così il radicamento e, in ultima istanza, la persuasività<sup>19</sup>.

Queste prime coordinate teoriche consentono peraltro di evidenziare alcuni tratti essenziali che il principio di continuità pare rivestire nell'ottica della presente indagine: innanzitutto, come si rimarcherà in seguito, esso assume una ineludibile connotazione *relazionale*, sul presupposto che sia predicabile soltanto nel raffronto fra una pluralità di elementi o grandezze omogenee oggetto di considerazione complessiva; questo aspetto ulteriormente ne esplicita l'intrinseca rilevanza, nonostante le difficoltà che si incontrano a dare del principio una esaustiva defini-

---

<sup>14</sup> Sotto questo profilo si sottolinea come ciò valga sia per il diritto costituzionale quanto per il diritto amministrativo, sul presupposto che sin dall'avvento della Costituzione si è progressivamente realizzata una convergenza dei fini fra le due scienze, accomunate dal fine di «limitazione del potere»: E. CHELLI, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, cit., 101. D'altronde, le categorie di Stato e società civile, nelle loro reciproche relazioni, hanno da sempre rappresentato la coppia costitutiva fondante il campo teorico di diritto pubblico: così G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 383.

<sup>15</sup> Così G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 5.

<sup>16</sup> Si osserva infatti come dal concetto di potere e dalla riflessione condotta intorno alla sua efficacia e ai suoi limiti si dipartano tutte le teorizzazioni sulle principali categorie fondanti del diritto pubblico, come ad esempio quelle di atto, di provvedimento, di autotutela, di esecutorietà, di discrezionalità e così via: cfr. in tal senso E. CHELLI, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, cit., 101.

<sup>17</sup> Il punto di partenza dell'elaborazione teorica sul potere è costituito dall'identità di significato della nozione tanto nel diritto pubblico quanto nel diritto privato; successivamente si registra una transizione che porta ad una nozione autonoma di potere nel diritto pubblico e ad una moltiplicazione dei suoi possibili significati; infine, negli ultimi decenni pare emergere la tendenza ad una rinnovata convergenza con il diritto civile: così G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 11.

<sup>18</sup> L'espressione è utilizzata da G. TARELLO, *Ordinamento giuridico* (1975), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 186 in nota, a proposito del modo con cui nella concettualizzazione del diritto pubblico S. ROMANO introdusse il termine *istituzione*.

<sup>19</sup> Si pensi al tradizionale problema del fondamento dello Stato come ordinamento giuridico che si pose, appunto, con l'avvento dello Stato costituzionale e pluriclasse: la costruzione di un nuovo campo teorico che riconducesse all'interno di una concezione più completa del diritto la manifestazione di quello che in precedenza era considerato il versante «interno» del diritto soggettivo dello Stato fu perseguito mantenendo fede al modello di definizione *sistematica* del diritto e seguendo una continuità metodologica, ossia facendo salvo il profilo di costruttività-prescrittività della scienza giuridica e la prevalenza degli istituti sulla prassi e la legislazione: cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, 33; M.S. GIANNINI, *Recensione a V.E. Orlando, Principi di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 147 ss.

zione, sul presupposto autorevolmente sostenuto che sia «*molto più importante stabilire le relazioni che concettualizzare le proprietà astratte*»<sup>20</sup>. Secondariamente, dalla natura di attributo del potere che lo caratterizza deriva la sua immanenza all'intero ambito pubblicistico a partire dal suo vertice costituzionale, emergendo istituti che ne esprimono l'esigenza tanto da espresse disposizioni della Carta quanto da nutriti filoni giurisprudenziali della Corte, sino a riverberarsi sull'azione politico-amministrativa *lato sensu* considerata, quale funzione esecutiva della più generale funzione «di governo».

In questo senso, si può sostenere che il concetto di continuità divenga tanto più granitico quanto più ci si avvicina all'apice ordinamentale, circostanza quest'ultima che ne conferma l'immanenza al più basilare concetto di *funzione pubblica*<sup>21</sup>, onde assicurare una stabilità costante delle istituzioni e dell'azione che esse pongono in essere nel costante obiettivo di perfezionare l'agire pubblico in funzione del conseguimento del più coerente indirizzo e del migliore risultato auspicabile per la collettività. Pare dunque opportuno chiarire come lo scopo del presente lavoro sia quello di giungere, infine, a mettere in evidenza la natura di *principio istituzionale* (ma anche *costituzionale*, e finanche *ordinamentale*) della continuità, come tale connaturato allo stesso «modo d'essere pubblico» e ricavabile in via immediata dalla sua essenza e natura, intuitivamente discendente dalla stessa elementare necessità di funzionamento dell'istituzione o dell'organo cui inerisce<sup>22</sup>; a tale definizione rispondono infatti i principi la cui induzione è immediata rispetto al complesso delle disposizioni ordinamentali, avendo come *punto di partenza, oltre alle norme scritte, la realtà stessa del modo di essere e del funzionamento delle istituzioni* cui si riferiscono, quasi fossero norme flessibili e versatili che si formano in uno con l'*effettivo realizzarsi ed esplicarsi della loro vita concreta*<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, 146.

<sup>21</sup> Una delle più celebri definizioni di tale concetto è indubbiamente quella di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, che la qualifica come «*un potere il cui esercizio è in qualche modo vincolato nel fine*». Sulle differenze tra la nozione di funzione e quelle di competenza e/o di ufficio, v. G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913.

<sup>22</sup> R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. «prorogatio» dei poteri)*, Napoli, 1969, 16. Sul tema v. anche V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, *passim*; ID., *I principi costituzionali nell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 665 ss.; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss.; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2/1997, 121.

<sup>23</sup> Si tratta di espressioni usate da V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 50 ss. e 157 ss., il quale riprende S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1941, 40. Cfr. anche N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *No-viss. dig. it.*, XIII, 1966, 893 ss.; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947. Si veda anche, sui principi generali che si ricavano tanto dall'essenza di determinate istituzioni quanto