



Rivista N°: 1/2020  
DATA PUBBLICAZIONE: 17/02/2020

AUTORE: Marina Calamo Specchia\*

## LA COSTITUZIONE TRA POTERE COSTITUENTE E MUTAMENTI COSTITUZIONALI\*\*

*Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il fondamento teorico del potere costituente. - 3. Il potere di revisione è un potere limitato per natura? - 3.1. I limiti formali. - 3.2. I limiti materiali o sostanziali. - 3.3. Un caso peculiare: i limiti alla revisione costituzionale in Francia e la portata della decisione n. 2003-469. - 4. Le trasformazioni costituzionali ad invarianza costituzionale come espressione della dimensione politica della Costituzione: il caso paradigmatico dell'Italia. - 5. Brevi riflessioni conclusive sulla tenuta delle Costituzioni a fronte delle insidie delle revisioni costituzionali tacite.*

### 1. Introduzione

Poter contribuire agli scritti in onore di Antonio Ruggeri mi offre l'occasione di tornare a riflettere sul tema della revisione costituzionale e su alcune considerazioni che il Maestro siciliano ci ha consegnato.

In uno scritto apparso sulla rivista online del Gruppo di Pisa nel 2018, Antonio Ruggeri ci propone la sua lettura di tre questioni che appaiono di fondamentale rilevanza con riferimento alle trasformazioni dei sistemi costituzionali contemporanei: rigidità o elasticità del nucleo duro della Costituzione; condizioni di operatività dei limiti alla revisione costituzionale; doverosità e opportunità di una revisione costituzionale.

La prima questione, posta dall'insigne studioso che questi scritti vogliono celebrare, attiene alla capacità di resistenza del "sistema" Costituzione inteso come insieme di principi e norme che "resistono" alle revisioni formali perché connotativi della linea di continuità che deve legare qualunque adeguamento degli stessi alla matrice valoriale originaria: giacché tali principi "sono la trasposizione grafica, positiva, più immediata e genuinamente espressiva dei valori, fanno (e devono fare) da specchio a questi ultimi" e, laddove tale relazione speculare si affievolisce a seguito del mutato contesto sociale e politico, è necessario il rinnovamento di

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

\*\* Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri, in corso di pubblicazione.

tali enunciati, a condizione che tali enunciati rinnovati si pongano in relazione di uguaglianza con i principi di cui sono espressione preservandoli e garantendoli, pena la discontinuità costituzionale realizzabile non solo attraverso l'esercizio del potere costituente ma anche quando i principi fondamentali perdono la loro capacità conformativa e ispiratrice del sistema costituzionale<sup>1</sup>.

La seconda questione attiene alle condizioni necessarie per far valere i limiti alla revisione costituzionale e all'estensione degli stessi, posta la formula generale contenuta nell'art. 139 della Costituzione italiana, i cui caratteri di flessibilità troviamo ripetuti anche in altre formule costituzionali di chiusura (ad. es. nell'art. 89 della Costituzione francese del 1958): in questo caso entra in gioco la relazione tra principi e norme e la loro composizione in sistema che presuppone quello che lo studioso definisce come il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela che trova particolare espressione nei rapporti tra la CEDU e il diritto interno: nel diritto comparato tale rapporto non è declinato in modo univoco, essendo la reazione delle Corti costituzionali nazionali condizionata dal rango assegnato ai trattati internazionali dalle norme delle Costituzioni.

La terza questione posta da Antonio Ruggeri concerne la cd. doverosità della revisione costituzionale: l'autore si interroga sull'ampiezza raggiunta dalla materia costituzionale che ingloba nuove figure soggettive tanto sotto il profilo istituzionale (e lo studioso fa l'esempio delle Autorità amministrative indipendenti) quanto sotto quello sostanziale (e il riferimento va *de plano* ai "nuovi diritti", "*ai quali occorre dare un assetto stabile, senza rimetterne la conformazione ad oscillanti o discordanti pronunce dei giudici*"<sup>2</sup>).

L'argomento che si vuole, pertanto, porre all'attenzione di chi legge è sensibile e tocca le corde più profonde del potere politico perché attiene allo spazio dell'autonomia politica rispetto allo spazio giuridico-costituzionale.

Infatti, le Costituzioni del secondo dopoguerra, in modo più o meno esplicito e/o dettagliato, delineano lo spazio entro cui l'azione dell'autonomia politica possa considerarsi legittima: da un lato, contemplano il principio di rigidità quale garanzia di stabilità nel tempo delle Costituzioni e, dall'altro, individuano il procedimento che disciplina le revisioni della Costituzione, sino a spingersi sino alla possibilità di revisioni totali (come accade in Svizzera, Austria e Spagna, le cui Costituzioni prevedono a questo fine un procedimento iper-aggravato, diverso da quello – si passi il termine – "ordinario" ossia destinato a riforme puntuali e parziali). Per poter comprendere appieno la latitudine del potere di revisione è necessario interrogarsi a questo punto sulla relazione tra quest'ultimo e il potere costituente.

## 2. Il fondamento teorico del potere costituente

---

<sup>1</sup> A. Ruggeri, *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018, pp. 1-3.

<sup>2</sup> A. Ruggeri, *Tre questioni...*, cit., p. 14.

La nozione di potere costituente compare alla vigilia della Rivoluzione francese, in un *pamphlet* diventato subito famoso: Sieyès considerava il potere costituente come un potere metagiuridico e originario, autonomo e incondizionato per natura, identificandolo nella Nazione, che avrebbe esercitato il potere costituente per mezzo di rappresentanti *ad hoc* (Assemblee costituenti)<sup>3</sup>.

La Costituzione si configura sin da subito come atto-prodotto della Nazione, nella quale si incardina il potere costituente come più alta manifestazione del potere politico e si prefigge di porre i contenuti della “condizione di cittadino”.

Proprio nell’esperienza costituzionale francese si afferma con vigore la figura di un potere costituente come manifestazione della *volonté populaire*, dalla quale poi lo stesso Paese della Rivoluzione tenderà a distaccarsene con l’avvento delle Costituzioni liberali della prima metà dell’Ottocento: attraverso di esse verrà introdotto il principio dell’equilibrio dei poteri, che valorizza la logica compositiva e compromissoria propria dell’*ancient english constitution* fondata sugli storici “pesi e contrappesi” tra Monarchia e assemblea parlamentare rappresentativa<sup>4</sup>, ovverosia sul *juste milieu* affermato dai teorici liberali della Restaurazione e della Monarchia di Luglio, che contrapponevano «*le ragioni costruttive del diritto*» alle «*ragioni distruttive della politica*»<sup>5</sup>.

Nel costituzionalismo francese dell’esordio rivoluzionario assistiamo ad una configurazione del rapporto potere costituente/Costituzione secondo una visione trilatera: popolo/ nazione/ Costituzione: tuttavia, l’artificiosità della costruzione francese si giustifica con l’esigenza di costruire un ordine che in realtà non si fonda su di una base sociale comune preesistente (i Tre Stati della Costituzione francese medievale), con la quale la rivoluzione vuole rompere ogni linea di continuità, ma sul nuovo corpo politico “nazione”, con lo scopo di «*rigenerare il popolo francese, o comunque ...edificare un sistema politico radicalmente nuovo che fosse capace di imprimere alla società una fisionomia culturale e un assetto sociale discontinuo rispetto al passato*»<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>Ecco le parole di Sieyès : « *La Nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même. Avant elle, et au-dessus d’elle il n’y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l’organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l’organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent pas y toucher. Dans chaque partie, la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du Gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la Nation » (J. E. Sieyès, *Qu’est-ce que le Tiers état ?*, Document électronique (Données textuelles), pp. 111-112, notice n. : FRBNF37237001, cote : NUMM-41687, in [http:// gallica. bnf. fr.](http://gallica.bnf.fr))*

<sup>4</sup> Sull’evoluzione del costituzionalismo britannico si veda per tutti A. Torre, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997.

<sup>5</sup> M. Fioravanti, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp 222-223.

<sup>6</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 207.

Questo spiega la configurazione di due modelli di sovranità, nazionale e popolare, la prima delle quali rappresenta l'epilogo naturale della prima fase rivoluzionaria, quella che produce la Costituzione monarchico-limitata del 1791: confrontando l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e l'art. 26 della Dichiarazione dei diritti del 1793 ci si trova al cospetto di due diverse nozioni di sovranità: il primo («*Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non promani espressamente*») anticipa l'idea di sovranità nazionale e la configurazione di un *gouvernement représentatif* che da quella promana; il secondo («*Nessuna frazione del popolo può esercitare il potere del popolo intero, ma ogni sezione del Sovrano riunita in assemblea deve godere del diritto di esprimere la sua volontà con una completa libertà*») fa propria quella forma del *gouvernement du Peuple par le Peuple*, di chiara ispirazione rousseauviana, che sarà disciplinata nella costituzione *montagnarde* dell'anno I della Repubblica, attraverso l'adesione al principio della sovranità popolare e della democrazia diretta, realizzata quest'ultima dalla partecipazione delle "quote di sovranità" (le assemblee locali) all'esercizio del "tutto" (la sovranità popolare intieramente intesa)<sup>7</sup>.

La teoria della sovranità popolare, di matrice rousseauviana, è basata su di un radicalismo democratico che sfocia nella democrazia diretta per cui la sovranità identificata nella *volonté générale* «*non si rappresenta: o è essa stessa o è un'altra; non c'è via di mezzo. I deputati del popolo non sono, dunque, né possono essere i suoi rappresentanti, ma solo i suoi commissari*»<sup>8</sup>, eletti direttamente dai cittadini a suffragio universale con diritto di revoca. Regime rappresentativo e teoria della sovranità popolare sembrano elidersi a vicenda, discendendo dalla seconda la concezione atomistica della sovranità, ricca di significato sul piano filosofico, ma di valore relativo allorché si è tentato di utilizzarla come principio costituzionale<sup>9</sup>, com'è avvenuto a proposito della Costituzione montagnarda del 1793, mai concretamente entrata in vigore perché sospesa a seguito dello scoppio della rivolta giacobina e sostituita dal regime convenzionale.

All'opposto si situa il principio della sovranità nazionale, che in Francia succede storicamente al potere assoluto del monarca, unico e solo detentore durante l'*ancien régime* della sovranità: attraverso la personificazione della Nazione ed erigendola in titolare della sovranità, la rivoluzione aveva per obiettivo di distruggere il potere monarchico. Nello spirito dei rivoluzionari moderati del 1789 il concetto di Nazione sostituisce, dunque, l'istituzione monarchica.

Per consentire alla Nazione di esprimere la propria volontà si ricorre all'istituto della rappresentanza: i rappresentanti, variamente designati (ereditarietà, elezione), restano liberi e indipendenti nell'esercizio del loro mandato, in quanto chiunque pretendesse di dare ordini o di giudicare la loro azione violerebbe il principio della sovranità nazionale: viene, in tal modo, giustificata la votazione in Assemblea Nazionale della mozione Tayllerand sui mandati – con la quale si introduce il principio del divieto di «mandati imperativi» – i quali rappresentavano

---

<sup>7</sup> N. Zanon, *Il libero mandato ...*, cit., 19-21.

<sup>8</sup> J.J. Rousseau, *Contratto Sociale*, libro III, capitolo XV, Utet., Torino, 1970.

<sup>9</sup> G. Burdeau, *Traité des Sciences Politiques*, t. VI, vol. II, 1971, 48; C. Mortati, *Le forme di governo*. Lezioni, Cedam, Padova, 1973, pp. 124-125.

un retaggio dell'*ancien régime*, che confondeva diritto privato e diritto pubblico nell'esercizio del potere politico con la conseguenza che i membri degli Stati Generali non erano rappresentanti, bensì mandatari, ossia curatori dell'interesse particolare del ceto, della corporazione, da cui erano stati designati<sup>10</sup>.

Emblematiche sono le parole dedicate dal Duguit al tema della sovranità nazionale, soprattutto se confrontate con la precedente citazione tratta dal Contratto sociale: «*Dans la doctrine de la souveraineté nationale, c'est la personne collective qui possède la souveraineté et les citoyens pris individuellement n'en ont pas la plus petite parcelle; ils n'ont donc aucun droit à participer à l'exercice de la souveraineté. Par conséquent, le suffrage universel ne dérive aucunement, en bonne logique, du principe de la souveraineté nationale*»<sup>11</sup>.

L'idea di sovranità nazionale pone, quindi, la Nazione, come unità ontologica di interessi omogenei, al di sopra del popolo e del re e sovrano non è né il primo - perché si sarebbe tralasciato il ruolo del re -, né il secondo - perché si sarebbe svuotata la posizione dell'assemblea -, ma la Nazione stessa, nella quale re e popolo si immedesimano: in tale contesto gli elettori dispongono del suffragio, ma il voto non è un diritto, bensì una funzione, esercitata non in nome proprio ma su delega della Nazione, e perciò assume la connotazione di un dovere. Di conseguenza il suffragio può essere ristretto (e ciò è favorito dal carattere borghese dello Stato liberale e spiega il suo progressivo abbandono con l'avvento dello Stato pluriclasse e l'estensione del suffragio), in quanto chi lo esercita deve essere capace e degno di esprimere l'interesse della Nazione, e in quanto dovere, diviene obbligatorio. La rappresentanza nazionale, riunita in un corpo, esprime la volontà della Nazione in modo libero: la teoria del regime rappresentativo è, dunque, connaturale alla nozione di sovranità nazionale<sup>12</sup>.

Pertanto, in una visione censitaria dei diritti e delle libertà, come quella che si afferma a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, le pre-condizioni per l'esercizio dei diritti politici sono costituite dalla cittadinanza, dalla maggiore età e dalla cultura: tale ultimo requisito è assicurato

---

<sup>10</sup> A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, Giuffrè, Milano, pp. 22-23; F. Luchaire - G. Conac, *La Constitution de la République française*, Economica, Paris, 1987, p. 183. Secondo la concezione tramandata dalla *Constituante* del 1789 il principio del divieto del mandato imperativo sarebbe il corollario del principio rappresentativo generale, che si tradurrebbe nella scelta monocamerale: ma la dichiarazione di nullità delle clausole imperative dei *cahiers* non discende dalla costruzione di una organica teoria del mandato rappresentativo; piuttosto essa impedì l'abbandono dell'Assemblea da parte della nobiltà, per cui si concretizzò in un atto di autotutela della stessa Assemblea (sul punto v. diffusamente N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, alle pp. 55 ss.). Come osserva un autore, «*il passaggio dalla rappresentanza vincolata, per cui il rappresentante si limita a trasmettere le richieste fatte dai suoi rappresentati, alla rappresentanza libera, per cui il rappresentante una volta eletto si stacca dai suoi elettori che sono una parte del tutto e giudica liberamente quali sono gli interessi da tutelare in base alla presunzione che gli elettori, uti singuli, gli abbiano dato mandato di provvedere all'interesse collettivo e sul presupposto che l'interesse individuale debba essere subordinato all'interesse collettivo, può essere interpretato come passaggio da una concezione privatistica del mandato, secondo cui il mandatario agisce in nome e per conto del mandante, e se non agisce nei limiti del mandato può essere revocato, a una concezione pubblicistica secondo cui il rapporto tra elettore ed eletto non può più essere raffigurato come un rapporto contrattuale, perché l'uno e l'altro sono investiti di una funzione pubblica e il loro rapporto è un tipico rapporto di investitura, da cui l'investito riceve un potere pubblico e quindi da esercitare nell'interesse pubblico*» (N. Bobbio, *Contratto e contrattualismo*, in Idem, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991, pp. 151-152).

<sup>11</sup> L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, Sirey, Paris, 1911, p. 36.

<sup>12</sup> Sul punto G. Burdeau, *Traité*, cit., t. VI, p. 67.

solo ai più abbienti. Il principio che regola la materia è il seguente: «*pour être membre d'une association, il faut avoir un certain degré de lumières, et un intérêt commun avec les autres membres de l'association*»; questo spiega perché, secondo autorevole dottrina (Constant)<sup>13</sup>, il suffragio non viene concesso ai minori - privi del *degré de lumières* - e agli stranieri - sprovvisti dell'*intérêt commun* -. Il concetto fortemente inegalitario del suffragio censitario – che si affermerà con forza nella costituzione borbonica e restauratrice del 1814 e che, dopo l'inasprimento voluto da Carlo X, sarà confermato, ma in forma attenuata, con la Costituzione orleanista del 1830 e definitivamente abbandonato a partire dalla II repubblica (1848) – viene stigmatizzato nella lapidaria affermazione per cui «*soltanto la proprietà rende gli uomini capaci di esercitare i diritti politici*»<sup>14</sup>, in quanto lo *status* di proprietario, rendendo liberi dagli affanni quotidiani, garantisce la piena comprensione del bene comune, godendone direttamente i vantaggi<sup>15</sup>: essa costituisce un'involuzione rispetto alla teoria rivoluzionaria affermata nella costituzione del 1793, che considerava naturale il binomio sovranità popolare/suffragio universale, anche se poi il modello di designazione dei rappresentanti nella costituzione dell'Anno VIII viene incentrato da Sieyès sulle *listes de confiance*, che rispecchiano più un reclutamento per cooptazione che un procedimento di selezione della rappresentanza di natura democratica e diretta.

Nell'ambito della teoria della sovranità popolare, in base alla configurazione rousseauviana, non c'è spazio per delineare un potere costituente separato e sovraordinato rispetto alla Costituzione, di cui costituirebbe il formante originario: si è al cospetto di un'autocostituzione, «*in cui il potere costituente e il potere costituito risiedono nella stessa comunità*»<sup>16</sup> e sono tra loro in rapporto di continuità permanente. Non a caso l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti premessa alla Costituzione del 1793 fissa il principio in base al quale «*Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future*». Stando al Contratto sociale, non v'è differenza tra regola di legge e regola costituzionale, essendo entrambe aspetti dell'unica *volonté générale*. In tale prospettiva potere costituente e autorità legislativa sono entrambi riferibili al medesimo soggetto sovrano, il popolo, e dunque, qualunque distinzione non ha ragion d'essere per due ordini di motivi: da un lato, non v'è ragione di vincolare il legislatore a un potere superiore, giacché la legge è espressione della *volonté générale* e, dall'altro, essendo l'obiettivo pratico della distinzione quello di sottrarre ai poteri costituiti la disponibilità dei diritti e delle

---

<sup>13</sup> Sul punto e si vedano le opere constantiane relative alla dottrina censitaria del suffragio, in primo luogo *i Fragments d'un ouvrage abandonné* ed *i Principes de politique* del 1815, M. BARBERIS, *Benjamin Constant: inediti e questioni di metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIV, n. 1, giugno 1984, pp. 102 ss. D'altro canto, la posizione di Constant in ordine alla teoria del suffragio lascia intravedere la successiva evoluzione del pensiero politico constantiano in senso rappresentativo: secondo Mortati, Constant aveva ben chiara la «*situazione sociale e politica del suo tempo, quando, fra i presupposti della forma di governo parlamentare francese, indicava, in primo luogo, la "cultura", che rendeva possibile agli esponenti della classe media, quali rappresentanti della "nazione", distinguere tra il limitato interesse personale e l'interesse generale (e quindi rendeva possibile la pretesa di esprimere la volontà della nazione come unità di interessi omogenei, superando il contrasto tra quelli individuali o settoriali)*» (C. Mortati, *Le forme di governo...*, p. 153).

<sup>14</sup> E. Hofmann (a cura di), *Les Principes de politique de Benjamin Constant*, Geneve, Groz, t. II, 1980, p. 201.

<sup>15</sup> Cfr. B. Fontana, *Benjamin Constant e il pensiero politico post-rivoluzionario*, Baldini&Castoldi, Milano, 1996, 106.

<sup>16</sup> G. De Ruggero, *Storia del liberalismo europeo*, Bari-Roma, Laterza, 1998, p. 65.

competenze fissate dalla Costituzione, tale obiettivo viene meno nella dottrina di Rousseau, che non lascia alcuno spazio a diritti individuali intangibili, che sono stati alienati alla comunità, mentre i diritti civili e politici dipendono dalla volontà del legislatore.

In virtù del principio della sovranità nazionale, il potere costituente, se *ab origine* è parziale identificandosi con il Terzo Stato, raggiunge la sua unità nella nazione, nella quale si radica la sovranità: il più lucido teorico dell'identificazione della Costituzione nell'atto di esercizio del potere costituente ad essa sovraordinato è il Sieyès, benché la dottrina della superiorità del potere costituente si possa far risalire indirettamente a Montesquieu, che per procedere alla ripartizione delle funzioni tra i tre organi doveva presupporre l'esistenza di un'autorità superiore e anteriore ai medesimi, in grado di operare la divisione. Tuttavia, l'autore dell'*Esprit des lois* non ha esplicitato tale teoria.

Nell'*Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen* Sieyès afferma che ogni atto costituzionale presuppone «*avant tout un pouvoir constituant*»<sup>17</sup> (cit. in); tale affermazione segna un passaggio fondamentale dalla nozione di Costituzione come “dato” alla nozione di Costituzione come “atto” creato da un potere dallo stesso distinto e superiore a ciò che crea, e precisamente organi costituzionali, poteri, competenze.

Si tratta ora di precisare quale sia la natura del potere costituente nella teoria rivoluzionaria.

La difficoltà fondamentale per chi si appresti a dare una definizione di tal fatta risiede nella natura sostanzialmente ibrida del potere costituente: se si assume la configurazione dello stesso come un potere, ma distinto dagli altri poteri che giuridicamente implicano la definizione di una competenza, ossia la delimitazione della sfera di esercizio ad opera di una regola anteriore, allora il potere costituente è un potere, per sua natura, extrastatuale e originario, autonomo e incondizionato, di cui è titolare la nazione – il *prius* naturale-temporale – che lo esercita attraverso speciali rappresentanti. La nazione, nella costruzione di Sieyès, è una realtà di diritto naturale che, non essendo subordinata ad alcuna regola costituzionale, è essa stessa che pone e muta le regole che organizzano la società: di qui discende l'anteriorità del potere costituente rispetto ai poteri costituiti e agli atti da questi prodotti.

D'altro canto, benché il pensiero rivoluzionario scivoli, di lì a poco, nella negazione teorica del potere costituente come volontà autonoma a seguito dell'esaltazione dell'autoritarismo che travolgerà l'assemblea nazionale rappresentativa, compromettendo l'originaria lucida formulazione di Sieyès e confermando una pratica politica in cui il principio della separazione del potere costituente dai poteri costituiti è messa in discussione, una forte eredità del pensiero di Sieyès, ancora oggi oggetto di attenta analisi dottrina, è rappresentata dalla complessa questione della determinazione del titolare del potere costituente.

La questione si presenta sotto un duplice profilo occorrendo distinguere la tesi che considera il potere costituente al di fuori di ogni regola di diritto positivo relativa alla sua istituzione (*pouvoir constituant originaire*) e al suo esercizio e la tesi che sostiene la positivizzazione del potere costituente (*pouvoir constituant institué*): la prima tesi, sostenuta all'epoca rivoluzionaria ma non trasfusa nella Costituzione del 1791, afferma la superiorità e la permanenza

---

<sup>17</sup> G. Burdeau, *Traité de Sciences Politiques*, cit., t. IV, p. 172.

del potere costituente originario, non condizionabile da un ordine giuridico preesistente, e di conseguenza non ammette l'esistenza di un potere di revisione costituzionale; la seconda tesi, ascrivibile a Carré de Malberg, esponente della dottrina giuspositivista affermatasi in Francia a cavallo tra il XIX e il XX secolo, ingloba la totalità del potere costituente nella Costituzione, che ne fissa le regole procedurali. Tale ultima teoria riduce il potere costituente al potere di revisione, immaginando il potere costituente originario come mero fatto pre-giuridico: l'operazione concettuale di Carré de Malberg rovescia i termini dell'idea della nazione come potere costituente indipendente dalla Costituzione vigente nel senso che il cambiamento di Costituzione, anche se radicale e integrale non implica né un rinnovamento della persona giuridica dello stato, né, a maggior ragione, una modificazione essenziale nella collettività che trova nello stato la sua personificazione. Attraverso il cambiamento della Costituzione non viene sostituita un'individualità statale nuova a uno stato precedente. E se anche il mutamento della Costituzione avvenga per via rivoluzionaria, la questione del potere costituente si presenta negli stessi termini che all'epoca della formazione originaria dello Stato: essa si riduce a una questione di fatto e cessa di essere una questione di diritto, per cui se al di fuori della Costituzione non esiste altro che un fatto, ogni organo, anche quello chiamato a esercitare la potenza costituente, procede essenzialmente dalla Costituzione e riceve da essa la sua capacità. Da questo punto di vista si può anche dire che non esistono, propriamente parlando, organi costituenti: non ci sono nello stato che organi costituiti<sup>18</sup>.

Val la pena di segnalare che entrambi gli aspetti del potere costituente sono presenti anche nel pensiero di Sieyès, e segnano il progressivo passaggio dall'intransigenza rivoluzionaria, dominato dall'esigenza di integrare il potere costituente nell'organizzazione sociale, alla fase in cui la stabilità e l'ordine prevarranno sull'infocata rivoluzione.

La teoria del potere costituente originario è, difatti, strumentale alla magnificazione dell'indipendenza della nazione: essendo il potere costituente originario il più importante dei poteri, quando la nazione lo esercita deve essere libera da ogni vincolo e da ogni forma che non le piaccia adottare. Ma l'intransigenza manifestata dall'Abate nelle prime formulazioni della teoria non tarda a convertirsi nell'accettazione del principio rappresentativo, necessario all'esercizio della funzione costituente: certo si tratta di rappresentanti straordinari che agiscono in vece della nazione e che come questa sono liberi nella volizione da ogni condizionamento. A queste conclusioni Sieyès perviene osservando il corso della rivoluzione, avvedendosi del fatto che la "Costituzione" non si esaurisce nella sua origine, nel suo atto storico di fondazione, ma si spiega attraverso i suoi effetti (di stabilità o instabilità): in tal senso «*La constitution n'est plus l'expression momentanée d'une force révolutionnaire permanente. Elle représente au contraire une vertu d'ordre et de stabilité*»<sup>19</sup>.

L'evoluzione nel pensiero di Sieyès si coglie durante i lavori preparatori della Costituzione dell'anno III, quando nel discorso del 2 termidoro il potere costituente originario della nazione lascia il posto al *Jury constitutionnel*, potere costituito con la competenza di revisionare la Costituzione nel rispetto di una particolareggiata procedura: l'uomo politico non ha

---

<sup>18</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. II, pp. 493, 497, 500.

<sup>19</sup> P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939 (II ed. 1970), p. 379.



rinnegato le sue origini ma ha maturato la convinzione che il potere costituente originario della nazione una volta raggiunta la sua *tâche* – forgiare la legge fondamentale di composizione del potere politico – si esaurisca.

La tesi della trasformazione del potere costituente in potere costituito fu presentata in Assemblea costituente nel 1791 ma, benché esposta con chiarezza, essa appariva debole poiché si fondava su argomentazioni poco convincenti: in primo luogo essa si fonda su di una mera petizione di principio, vale a dire quella della riduzione del potere costituente a potere costituito conseguente al fatto che il primo viene disciplinato nell'atto costituzionale; in realtà l'affermazione non considera che la preminenza del potere costituente si fonda sulla differente forza giuridica di cui è dotato, derivante dal fatto di essere la fonte dei poteri costituiti e di avere la finalità di determinare il regime politico legittimo (il fondamento legittimo del potere) e le modalità del suo esercizio (la concreta organizzazione dei poteri). Nulla, però, impedisce alla nazione di impegnarsi a rispettare le regole di organizzazione che essa stessa ha posto, senza che ciò comporti una *deminutio* della sua indipendenza, potendo la nazione – titolare del potere costituente – sempre modificare quelle regole: il punto è che «*le seul fondement valable de l'obligation où se trouve la nation de respecter la volonté des pouvoirs constitués, c'est la possibilité qu'elle conserve de les organiser différemment*»<sup>20</sup>.

Come si è accennato precedentemente, il potere costituente originario è stato da autorevole dottrina<sup>21</sup> relegato nella sfera dei fatti instaurativi dell'ordinamento giuridico: l'assenza di giuridicità veniva dagli studiosi positivisti addebitata all'inesistenza di un diritto anteriore allo Stato, per cui tutte le manifestazioni del potere costituente rientrerebbero nel metagiuridico. In effetti la prospettazione giuspositivista serve a spiegare quei fatti storici che conducono a un mutamento rivoluzionario della Costituzione di un paese.

I mutamenti di regime non sono, però, legati solo a eventi rivoluzionari: e la Francia è ricca di esempi di questo tipo. Si pensi all'assemblea nazionale riunita a Vichy nel 1940 che, pur nel rispetto formale della continuità costituzionale, anziché redigere un nuovo testo costituzionale, ha trasferito i poteri al maresciallo Pétain; o ancora agli eventi del giugno del 1958, quando il parlamento ha modificato la procedura di revisione della Costituzione del 1946 (art. 90), trasferendo il potere costituente al governo presieduto dal generale de Gaulle e su questo frangente costituzionale torneremo in seguito.

Il potere che si sviluppa da una rivoluzione non ha, pertanto, alcuna base legale perché non ha una investitura legale, ma si afferma secondo un'idea di diritto sulla quale intende fondare il nuovo ordine: il processo storico che sfocia nell'edificazione di una Costituzione, seguendo alla rottura della continuità del passato ordine si svolge secondo due fasi consequenziali. La prima fase è quella rivoluzionaria che sovverte il precedente ordine legale: la storia costituzionale francese è disseminata di fatti rivoluzionari (17 giugno 1789: gli Stati generali, sotto la spinta del terzo stato e del basso clero, si trasformano in assemblea nazionale; 10 agosto 1792: si costituisce la Convenzione; il 19 brumaio dell'anno X una risoluzione dei

---

<sup>20</sup> G. Burdeau, *Traité des Sciences Politiques*, t. IV, cit., p. 195.

<sup>21</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution...*, cit., pp. 490 ss.; H. Berthélemy, *Le fondement de l'autorité politique*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1915, pp. 667 ss.; A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1927, p. 633.

Cinquecento e degli Anziani conferisce il potere esecutivo a un collegio provvisorio formato da tre consoli e il potere legislativo a due commissioni reclutare tra le assemblee; il 23 febbraio 1948 si impianta un potere rivoluzionario – la I Comune – costituito per acclamazione popolare; lo stesso evento si ripete nel 1871 con la II Comune di Parigi; nell'agosto del 1944 si instaura un governo di liberazione nazionale); in tali ipotesi il fatto rivoluzionario costituisce esercizio di un potere costituente finalizzato all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale ma fondato sul buon esito del colpo di stato, confermato dal consenso del popolo – nel quale a seconda delle epoche e dei regimi si radica “in tutto” o “in parte” la sovranità – senza il quale il nuovo regime sarà privo di valore giuridico.

La seconda fase è data dalla verifica del consenso all'elaborazione di una Costituzione a mezzo di procedure che vedono il corpo sovrano in una posizione di primazia nella decisione finale: nel 1789 è l'Assemblea nazionale che investita dalla nazione di un mandato costituente scrive la Costituzione del 1791; i decreti dell'11 e 12 agosto 1792 indicano le elezioni che produrranno la Convenzione; nell'anno VIII Napoleone Bonaparte sottopone a plebiscito la Costituzione del 22 frimaio; il 5 marzo 1848 il governo provvisorio chiama il popolo ad eleggere i rappresentanti di un'Assemblea nazionale costituente; il *referendum* precostituente del 21 ottobre 1945 consente al popolo di scegliere se vuole ristabilire la III Repubblica o se approvare il progetto di organizzazione provvisorio presentato dal governo e aprire una nuova fase costituente. Secondo questa impostazione teorica, nonostante la rottura della continuità legale rappresentata dal vecchio regime, tra quest'ultimo e il nuovo ordine non v'è soluzione di continuità: se anche il potere costituente originario si esercita attraverso un atto rivoluzionario, il governo che di fatto si impone attraverso l'instaurazione di una Costituzione formale ristabilisce l'equilibrio tra diritto e legalità.

Per cogliere appieno la natura del potere costituente come fatto instaurativo di un nuovo ordine costituzionale e, dunque, aprioristicamente “a-giuridico”, occorre distinguere tra il fatto dell'instaurazione costituzionale e il momento della legittimazione del nuovo ordine: il potere costituente una volta esercitato si esaurisce con la predisposizione di una nuova Costituzione (scritta), che può dirsi effettiva solo se accettata dalla comunità sociale, attraverso un processo di legittimazione sovente *a posteriori*, ma talvolta *a priori*, durante il quale «*il potere costituente, ancorché ormai esaurito, dovrà fare i conti con la sovranità politica del popolo. E la posta in gioco è appunto quella Costituzione*»<sup>22</sup>. Anche la dottrina italiana è, dunque, prevalentemente a favore della teoria dell'esaurimento del potere costituente una volta esercitato in un dato momento storico, anche se ciò non esclude che in futuro, verificandosi i presupposti, il potere costituente riemerge per travolgere l'ordine costituito: difatti, «*una cosa è sostenere che il potere costituente – proprio perché privo di limiti giuridici – possa continuamente riemergere – con gli stessi o con diversi soggetti politici che di fatto lo eserciteranno nuovamente –, altro è equiparare potere costituente e potere di organizzazione, al fine di sostenere che l'emancipazione di una Costituzione non consumerebbe il potere costituente*»<sup>23</sup>. Secondo analoga

---

<sup>22</sup>A. Pace, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 44.

<sup>23</sup>A. Pace, *L'instaurazione di una nuova...*, cit., p. 25.

interpretazione «un potere si rivela come costituente solo laddove la manifestazione della sua volontà è (riesce ad essere) una Costituzione»<sup>24</sup>. Di “potere estinto” parla M. Dogliani, sempre a proposito del potere costituente, che viene descritto come «*potere che vuole orientare la storia, ma nello stesso tempo fermarla, per imprimere al futuro la fisionomia dell'oggi, eternizzandola*»<sup>25</sup>.

Il potere costituente si configura, pertanto, come un potere di fatto non formalizzato e atipico, non essendo possibile individuare aprioristicamente né l'atto o il processo attraverso cui si esprimerà la volontà costituente, né le entità che potranno in essere il fatto instaurativo.

### 3. Il potere di revisione è un potere limitato per natura?

Il principio di rigidità costituzionale comprende la rigidità formale, cioè l'insieme delle regole speciali di procedura che condizionano la modifica della Costituzione allo scopo di salvaguardare la sua superiorità, e la rigidità sostanziale, cioè la parte essenziale della Costituzione che non può essere modificata senza cambiare la stessa Costituzione sostituendola con una nuova Costituzione, attraverso un esercizio di fatto del potere costituente. Ma soprattutto, ciò che differenzia il potere costituente dal potere di revisione è la delimitazione di quest'ultimo: infatti, il potere di revisione, quand'anche totale<sup>26</sup>, è per sua natura un potere limitato dalla

---

<sup>24</sup>M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. Cost.*, 1996, p. 154.

<sup>25</sup> M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 13; Id., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 109.

<sup>26</sup> Si discute se anche i procedimenti che ammettono revisioni totali sottostanno a limiti assoluti di revisionabilità tesi alla conservazione di determinate norme costituzionali concernenti i principi fondamentali della forma di stato: da un lato vi è chi ritiene che di limiti assoluti alla revisione totale può parlarsi solo ove esplicitati dal testo costituzionale o facilmente desumibili per interpretazione sistematica (c.d. limiti taciti) (A. Pace, *L'instaurazione di una nuova...*, cit., p. 33; F. Modugno, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale. (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1650), dall'altro chi, pur affermando l'impossibilità di ricorrere alla configurazione di limiti impliciti, ritiene che con il procedimento di revisione totale non potrebbe essere intaccata la forma di stato (G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, pp. 75 ss.). La via per tentare di risolvere il problema sta nell'aderire alla tesi tradizionale che vede il potere costituente come esercizio di un potere di fatto a-giuridico (A. Pace) cui necessariamente consegue l'opposizione concettuale tra potere costituente istitutivo di un nuovo ordine costituzionale e potere di revisione totale, che è potere costituito e limitato con le riserve prima evidenziate (in tal senso anche S. Prisco, *I limiti culturali del potere costituente. Note sul processo di riforma costituzionale in Italia*, in E. Roza Acuña (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-napoli, 1999, 384 ss.); o alla tesi di chi propone una sorta di giuridicizzazione del potere costituente collegata alla previsione costituzionale di revisioni totali (si pensi alla Svizzera, all'Austria, alla Spagna) le quali con l'avvento del costituzionalismo risultano comunque vincolate al rispetto dei diritti fondamentali e del principio della sovranità popolare, limiti assoluti che imbrigliano il potere costituente, che in tal modo «*se da un lato mantiene la sua forza creativa, la sua derivazione popolare, la sua espressione di sovranità che si fonda sul consenso popolare, dall'altra fuoriesce dal «non diritto», e si giuridicizza*» (G. Morbidelli et al., op. cit., p. 76). In senso sostanzialmente adesivo alla tesi appena enunciata, V. Baldini, il quale – pur distinguendo potere di revisione totale della costituzione, cui sarebbero consustanziali limiti assoluti e rigorosi che superati darebbero il via a una nuova fase costituente, e potere costituente, che si richiama svolte epocali di trasformazione degli assetti sociali e della scala dei valori – configura il potere costituente come una categoria evolutiva diretta a generare una organizzazione politico-giuridica cui è garantita dalla nuova costituzione una stabilizzazione normativa: afferma l'A. «*Siffatta nozione, attraversando la cultura giuridico-istituzionale di stampo liberale, ha acquisito pienezza di matu-*

Costituzione, che fissa i limiti sostanziali (immodificabilità della forma repubblicana e dei principi democratici fondamentali) e formali-procedurali (procedimento rinforzato) della sua estensione, ossia l'ambito soggettivo e oggettivo della sua competenza, configurandosi come vera e propria funzione dello Stato, laddove il potere costituente, che per sua natura è libero nei fini, non diviene mai una funzione dello Stato.

La caratteristica principale del principio di rigidità non risiede solo nelle speciali procedure di revisione, che perseguono il fine di garantire la permanenza di un dato regime costituzionale, permettendone l'adattamento ai cambiamenti politico-sociali: non va confusa la causa con l'effetto, o meglio con la garanzia di questo principio. Infatti, la rigidità di una Costituzione è data dalla posizione di supremazia nella gerarchia delle norme giuridiche, di modo che la Costituzione diviene norma-parametro di validità di ogni disposizione legislativa dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, nelle Costituzioni va individuato un nucleo duro e una parte flessibile: Benjamin Constant conosceva molto bene questa distinzione e affermava che solo il primo, composto dal principio di attribuzione competenziale e dai diritti fondamentali era corredato di speciali procedure di revisione. In questo senso, noi avremmo una graduazione tra norme costituzionali, di modo che certe disposizioni o principi sarebbero considerati più forti di altri.

Negli Stati Uniti la giurisprudenza della Corte Suprema ha affermato la posizione preferenziale (*preferred position*) di alcuni diritti fondamentali, in particolare la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di religione, la cui protezione è massima. Tuttavia, tale graduazione opera a livello infra-costituzionale con riferimento alla costituzionalità delle leggi ordinarie: infatti, la tecnica dell'*amending power* statunitense non è comparabile al potere di revisione costituzionale che si è sviluppato in Europa, perché l'*amending power* completa la Costituzione rifinandola senza intaccarne le disposizioni. In questo contesto, l'interpretazione della Corte Suprema gioca un ruolo molto rilevante.

In particolare, la Corte Suprema controlla la costituzionalità degli emendamenti all'art. 5 della Costituzione federale che prevede le condizioni formali dell'*amending power* (richiesta da parte di almeno due terzi degli Stati membri; proposta di emendamento da parte di una Convenzione; ratifica degli emendamenti proposti una delle seguenti modalità scelta dal Congresso, cioè la ratifica dei legislativi di tre quarti degli Stati membri o da tre quarti delle convenzioni riunite in ciascun Stato membro) e un limite materiale, vale a dire il divieto di modificare il principio dell'uguaglianza della rappresentanza al Senato Federale senza consenso degli Stati membri.

---

razione con l'avvento dei regimi democratici, che hanno identificato nella sola sovranità popolare la forza strutturante il nuovo assetto costituzionale. Essa si è arricchita di ulteriori contenuti con il passaggio allo Stato costituzionale dei partiti a cui si connette, nel contempo, l'eclissi del mito dello Stato-persona come realtà in sé omogenea e non scomponibile. Soprattutto in tale ultima prospettiva, alla nozione di potere costituente è parsa collegarsi l'idea del "patto" tra tutte le forze politiche da cui trae esito l'unità del sistema fondato su di principi fondamentali generalmente condivisi» (V. Baldini, *Potere costituente, revisione costituzionale, riforma organica della Costituzione. Considerazione a margine della L. cost. n. 1/97*, in E. Roza Acuña (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale...*, cit., p. 340).

Questa specie di controllo si è affermata prima del controllo di costituzionalità delle leggi: la prima decisione della Corte Suprema è del 1798 (sul caso *Hollingsworth v. Virginia*) nel quale la Corte ha verificato il rispetto delle condizioni formali nella procedura di approvazione degli emendamenti. A partire da questa decisione e nei contesti più disparati, la Corte suprema ha elaborato un vero e proprio catalogo delle forme degli emendamenti costituzionali e della corretta applicazione dell'art. 5 della Costituzione<sup>27</sup>:

- 1) Il veto presidenziale si applica solo alla legislazione ordinaria (*Hollingsworth v. Virginia*, 1798);
- 2) La maggioranza dei due terzi di ciascuna Camera per l'adozione di una proposta di emendamento si calcola sui membri presenti (*National Prohibition Cases*, 1920);
- 3) Uno Stato federale non può sottoporre a referendum la ratifica una proposta emendativa (*Hawke v. Smith*, 1920);
- 4) La ratifica è completa solo dopo l'adesione dell'ultimo Stato membro e deve avvenire in un termine ragionevole, che può essere fissato nella medesima proposta di emendamento (*Dillon v. Gloss*, 1921) sebbene la questione del carattere ragionevole del termine sia qualificabile come una *political question* (*Coleman v. Miller*, 1939);
- 5) La ratifica di un emendamento da parte di uno Stato federale è una funzione federale (*Leser v. Garnett*, 1922) e la scelta del metodo per la ratifica dell'emendamento (da parte del legislativo o delle convenzioni) appartiene al Congresso.

Il giudizio della Corte Suprema, dunque, non è un controllo sul merito degli emendamenti, soffermandosi piuttosto sugli aspetti formali e procedurali<sup>28</sup>. Vero è che l'art. 5 della Costituzione prevede il limite materiale relativo all'eguaglianza del suffragio degli Stati membri nell'ambito del Senato federale, ma non si è mai avuta una proposta di emendamento su questa disposizione e sino ad oggi la Corte Suprema si è rifiutata di pronunciarsi sul merito degli emendamenti costituzionali, affermando che si tratta di *political questions* non rientranti nella sua competenza ma in quella del Congresso: a questo riguardo, il giudice Black scrive (*Coleman v. Miller*, 1939)<sup>29</sup> «*Article V ... grants power over the amending of the Constitution to Congress alone. ... The process itself is political in its entirety, from submission until an amendment becomes part of the Constitution, and it is not subject to judicial guidance, control or interference at any point*»<sup>30</sup>. Questa circostanza, tuttavia, non impedisce che, considerate le peculiarità del costituzionalismo americano fondato sul principio della legittimazione costituzionale degli organi istituzionali e sul bilanciamento dei poteri, in caso di mutamento del contesto politico la Corte possa decidere di estendere il suo controllo al contenuto degli emendamenti: non è a caso che la teoria del controllo di costituzionalità degli emendamenti costituzionali sia stata proposta negli anni venti, quando la Corte ha affermato che il potere di emendare

---

<sup>27</sup>Su questo punto, K. Gözler, *Le pouvoir de révision constitutionnel*, Villeneuve d'Ascq, Presse Universitaire du Septentrion, 1997, 2 volumi.

<sup>28</sup>Molte decisioni sono state rese in merito alla costituzionalità del XVIII emendamento con riferimento al procedimento formale adottato: si vedano *State of Rhode Island v. Palmer*, 253 U.S. 350 (1920); *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921); *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931); *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922).

<sup>29</sup>J.E. Nowal, R.D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota, Thompson West, 2004, pp. 130-132

<sup>30</sup>A. Barak, *Unconstitutional constitutional amendments*, in *Israel Law Review*, 2011, n. 44, pp. 330-331.

la Costituzione era limitato poiché poteva integrare la Carta fondamentale ma non smantellarla. Ragione per la quale occorreva rinforzare i limiti al potere di emendare la Costituzione, dalla quale andavano dedotti questi ultimi (*implied limitations*)<sup>31</sup>.

Anche nelle Costituzioni tedesca e austriaca troviamo la medesima graduazione tra norme costituzionali: in Germania, il Tribunale costituzionale fa riferimento al contenuto essenziale della Costituzione (*Verfassungskern*) stabilito dall'art. 79.3 GG e ai principi dello Stato di diritto (*Rechtstaatsprinzip*), di eguaglianza e dello Stato sociale (*Sozialstaatsprinzip*) contenuti negli articoli 1 et 20 GG (sentenza del 15 dicembre 1970; sentenza del 29 maggio 1974, *Solange I*; sentenza del 22 ottobre 1986, *Solange II*; sentenza del 23 aprile 1991 e, infine, 12 ottobre 1993). Tempo addietro, negli anni cinquanta, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco si era ispirata ai principi del diritto naturale per affermare l'esistenza di norme fondamentali sovra-positive<sup>32</sup>. In un *obiter dictum* della sentenza del 23 ottobre 1951 il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che vi sono dei principi costituzionali che sono a tal punto fondamentali ed espressione di un diritto preesistente alla Costituzione da vincolare lo stesso potere costituente: pertanto le altre disposizioni costituzionali che non rivestono tale rango possono essere annullate qualora violino la Costituzione nei suddetti principi.

In seguito, il Tribunale costituzionale tedesco nella decisione del 18 dicembre 1953, con un'interpretazione non del tutto condivisibile, ha riconosciuto un doppio assoggettamento: da un lato, quello del potere costituente ai principi sovra-costituzionali e, dall'altro, quello delle leggi di revisione ai principi fondamentali costituzionali, introducendo così una gerarchia di valore tra le stesse norme costituzionali. Infatti, il Tribunale costituzionale non si è pronunciato su di una legge costituzionale né nella sentenza del 1951 né nella sentenza del 1953, a differenza delle sentenze del 15 dicembre 1970 e del 23 aprile 1991 nelle quali ha effettivamente giudicato la costituzionalità di due leggi costituzionali, concludendo per la loro conformità alla Legge fondamentale.

In Austria, la dottrina riconosce una differente tipologia di norme costituzionali con riferimento alla graduazione delle procedure di revisione<sup>33</sup>: la relazione tra giudice costituzionale e legislatore costituzionale è molto delicata poiché l'Austria è un paese in continua trasformazione ed è stato, proprio per questo, definito un vero e proprio cantiere costituzionale<sup>34</sup> nel quale le revisioni costituzionali tendono a neutralizzare le decisioni della Corte costituzionale,

---

<sup>31</sup>W.L. Marbury, *The Limitation upon the Amending Power*, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, pp. 223 ss. ; T. Reed Powel, *A Review on the Decisions of the Supreme Court of the United States on Constitutional Questions during the October term, 1919*, in *Michigan Law Review*, 1920, vol. 19, pp. 4 ss. ; G.D. Skinner, *Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment*, in *Michigan Law Review*, 1920, vol 18, pp. 213 ss. ; contrariamente, W.L. Frierson, *Amending the Constitution of United States: a Reply to Mr Marbury*, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, pp. 659 ss.

<sup>32</sup>V. Buerstedde, *La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1957 ; T. Cole, *The West German Federal Constitutional Court : An Evaluation After Six Years*, in *The Journal of Politics*, 1958, pp. 302 ss. ; Idem, *Three Constitutional Courts : A Comparison*, in *The American Political Science Review*, 1959, pp. 973 ss.

<sup>33</sup>O. Pfersmann, *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale – Théorie, pratique, limites*, in L. Favoreu (a cura di), *La révision de la Constitution*, Paris, Economina, 1993, p. 31.

<sup>34</sup>F. Palermo, *Il federalismo austriaco, un cantiere sempre aperto*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

non essendo previsto alcun limite materiale alla revisione costituzionale, sebbene in caso di revisioni parziali, il controllo si estenda anche al contenuto delle leggi di revisione.

### 3.1. I limiti formali

I limiti formali al potere di revisione concernono la possibilità di modificare la procedura di revisione costituzionale<sup>35</sup>. Le disposizioni costituzionali, che regolano la procedura di revisione e che organizzano le modalità di produzione della legislazione di livello costituzionale, prevalgono sulle altre fonti del diritto, ad eccezione dei principi fondamentali, e pertanto la procedura di revisione deve garantire il principio di rigidità e la supremazia della Costituzione: per questo la sua modifica presenta degli aspetti problematici, considerato che la procedura di revisione, in quanto garanzia formale del principio di rigidità costituzionale, è parte integrante del nucleo duro della Costituzione e come tale non sarebbe modificabile.

Tuttavia, va sottolineato che ciò che è imm modificabile è il principio secondo il quale *le disposizioni della Costituzione, scaturite dal largo compromesso politico costituente, sono modificabili con una procedura aggravata*: dunque, è il principio dell'aggravamento procedurale che va salvaguardato, ma la specifica procedura può essere oggetto di revisione, conservando le differenze formali e sostanziali tra leggi costituzionali e leggi ordinarie.

---

<sup>35</sup>Sulla questione dei limiti ai mutamenti costituzionali legali, in quanti riferibili al solo potere di revisione (altrimenti se i mutamenti fossero illegali sarebbero o privi astrattamente di validità o illeciti per l'ordinamento costituzionale o esercizio di potere costituente), la dottrina italiana è divisa: a prescindere dalle posizioni estreme di chi, come Kelsen, ritiene che tutto della *Grundnorm* è modificabile purché nel rispetto delle forme procedurali all'uopo prescritte (H. Kelsen, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, pp. 95 ss.), alcuni individuano nei principi cd. di "regime" i limiti alla revisione, limiti che possono essere esplicitati dal testo costituzionale o implicitamente tratti dall'ordinamento statale nel suo complesso (C. Mortati, voce *Costituzione*, in *Enc. Dir.*, 145 ss.; C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1984, pp. 35 ss.), altri traggono i limiti sostanziali e procedimentali dalla esclusivemente dalla costituzione scritta, in quanto uno «scambio di prospettiva tra costituzione materiale e costituzione formale, se ammissibile in regime di costituzione flessibile, è assolutamente inammissibile in un regime retto da una costituzione rigida che sia effettivamente tale» e che consegna «non dalla previsione di uno speciale procedimento di revisione, ma dal fatto che la costituzione si ponga essa, formalmente, come fondamentale, e riesca, in quanto superiore, a ottenere la corrispondente legittimazione» (A. Pace, *L'instaurazione di una nuova...*, cit., pp. 28-29); altri ancora ritengono che di limiti materiali alla revisione delle costituzioni è difficile parlare in termini dogmatici, data l'evanescenza delle formule testuali sulle quali si intende fondare il limite e considerando che per la definizione dello stesso si suole far riferimento alle tradizioni costituzionali degli ordinamenti statali, nei quali «tuttavia si cerca di fissare in termini giuridici dei limiti materiali, "assoluti" o "impliciti", alla potestà di revisione e di considerare quest'ultima come una competenza a modificare il testo della Costituzione nel quadro dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (A. A. Cervati, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, AA.VV. (a cura di A.A. Cervati - S.P. Panunzio - P. Ridola), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, p. 97). Quanto ai limiti procedurali, al questione si attesta sulla revisionabilità del medesimo procedimento rinforzato di revisione (il noto *puzzle* dell'autoriferimento di Ross): anche su questo punto la dottrina segue un'alternativa tra chi ritiene che le norme sulla revisione siano supreme e si pongano quale fondamento della rigidità e dunque siano imm modificabili (A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, pp. 75-80); dello stesso a. cfr. il parziale mutamento di prospettiva in A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, trad. it. R. Guastini e P. Pollastro, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 232, in cui Ross defondamentalizza le norme di revisione, sostituendovi un'altra norma formale quale fondamento della rigidità) e chi fondando la rigidità costituzionale sull'intrinseca superiorità delle costituzioni scritte afferma la modifica delle norme di revisione, ma solo nel senso di un ulteriore aggravamento di procedura, giacché il contrario potrebbe pregiudicare la stessa rigidità (A. Pace, *L'instaurazione di una nuova...*, cit., pp. 39-40).

Infatti, escludendo la possibilità di modificare la procedura di revisione costituzionale, si potrebbe presentare il seguente paradosso: se ci si rendesse conto che la procedura di revisione costituzionale si è indebolita a causa del mutato contesto politico e istituzionale, non si potrebbe intervenire con un ulteriore aggravamento procedurale allo scopo di preservare il principio di rigidità. Il sistema costituzionale italiano offre un esempio in tal senso: la proposta di legge costituzionale n. 868 del 7 maggio 2008 introduceva un aggravamento della procedura prevista dall'art. 138, aumentando i quorum richiesti dalle due deliberazioni parlamentari.

### 3.2. I limiti materiali o sostanziali

Accanto ai limiti formali, i limiti materiali o sostanziali si distinguono in:

- a) *Limiti espressi contestuali*, vale a dire il divieto di revisionare la Costituzione per un periodo di tempo determinato a far data dall'entrata in vigore della Costituzione stessa in presenza di circostanze eccezionali che non consentirebbero la necessaria ponderazione nell'adozione di misure di revisione. Per il primo caso si ricordano i limiti temporali contenuti, per esempio, nella Costituzione americana che vieta di emendare la Sezione XI, parti I e IV, prima del 1808 o nella Costituzione portoghese del 1976, che stabilisce che tra una revisione e l'altra debba intercorrere un termine di almeno cinque anni, termine che può essere ridotto con una deliberazione del Parlamento a maggioranza di 4/5. Per quanto concerne i limiti alla revisione legati a circostanze eccezionali, si ricordano:
  - 1) Gli artt. 7 e 89.4 della Costituzione francese del 1958 che vietano la revisione costituzionale sia in caso di vacanza del Presidente della Repubblica (confermandosi così il ruolo di garanzia dell'istituzione presidenziale) sia quando l'integrità del territorio sia violata, introducendo un meccanismo di protezione contro l'occupazione militare straniera (a questo riguardo emblematici sono i fatti conseguenti all'occupazione tedesca del luglio 1940);
  - 2) gli artt. 116 e 169 della Costituzione spagnola che stabiliscono che nessuna revisione della Costituzione può essere fatta in tempo di guerra, o in caso di allarme o di eccezione decretati dal Governo o in caso di stato di assedio deliberato dal Congresso;
  - 3) L'art. 131 bis della Costituzione belga che stabilisce che nessuna revisione può essere deliberata in tempo di guerra o quando il Parlamento non può riunirsi liberamente sul territorio nazionale.
- b) *Limiti espressi di contenuto*. Vi sono Costituzioni che precisano il contenuto dei principi-limite alla revisione:
  - 1) L'art. 79.3 della Costituzione tedesca che vieta di revisionare il principio democratico-sociale, la sovranità popolare, i diritti fondamentali, il suffragio universale, il principio di partecipazione dei Länder alla legislazione, il diritto di resistenza civica;



- 2) La Costituzione portoghese, che è molto dettagliata, nell'art. 290, lett. A-P, (rubricati espressamente come "Limiti materiali alla revisione"), prevede il divieto di revisionare il principio di indipendenza e di unità dello Stato, la forma repubblicana di governo, la separazione tra Chiesa e Stato, i diritti e le libertà fondamentali, il suffragio universale, il pluralismo politico e sociale, le garanzie fondamentali dei cittadini, la separazione dei poteri, il diritto di opposizione democratica, i diritti dei lavoratori, l'indipendenza della magistratura, l'autonomia locale, il principio dell'economia mista a programmazione pubblica, l'autonomia dell'arcipelago delle Azzorre e dell'isola di Madeira.
  - 3) Nelle Costituzioni degli Stati federali esiste una clausola costituzionale che vieta la revisione della forma federale, come pure la modifica del principio della partecipazione degli Stati membri alle funzioni federali (Costituzione tedesca del 1949 art. 79.3 ; Costituzione degli Stati Uniti, art. 5 ult. co.).
  - 4) Alcuni sistemi costituzionali prevedono una restrizione a quelle revisioni costituzionali che possono violare i fondamenti dello Stato parlamentare (Costituzione greca del 1975, art. 110.1), sebbene la forma di governo parlamentare in generale non costituirebbe un principio inderogabile, a differenza della forma di stato repubblicana (Costituzione italiana del 1948, art. 139 ; Costituzione francese del 1958, art. 89.5), la dignità della persona, l'eguaglianza dei cittadini, la libertà di coscienza anche religiosa, i diritti di libertà (Costituzione tedesca del 1949, art. 1 ; Costituzione portoghese del 1976, art. 290; Costituzione greca del 1975, art. 110.1). La conferma dell'importanza dell'esistenza di limiti alla revisione costituzionale discende dalla circostanza che non di rado si è posto mano alla modifica delle clausole di chiusura delle Costituzioni, sebbene non vadano sottaciuti i rischi insiti nella riscrittura di formule volutamente elastiche e adattabili ai contesti politici e sociali, come messo in evidenza dalla dottrina<sup>36</sup>.
- c) *Limiti impliciti e interni al sistema costituzionale e che vanno interpretati in modo sistematico*: ci si riferisce ai principi fondamentali o supremi dell'ordinamento costituzionale scaturiti dall'interpretazione del giudice costituzionale.

Dal momento in cui si ammette l'esistenza di limiti materiali alla revisione della Costituzione, iscritti nel testo costituzionale, la violazione di questi limiti si traduce in violazione della stessa Costituzione, e questo causa una modifica incostituzionale o "rivoluzionaria" della Costituzione, secondo la definizione che Kelsen dà al termine "rivoluzione" che richiede che il giudice costituzionale si pronunci sulla conformità o meno della legge di revisione alla Costituzione.

La Corte costituzionale italiana, già dal 1988, ha affermato la sua competenza a controllare la conformità della legge di revisione alla Costituzione. Considerando il potere di revisione come un potere parlamentare subordinato alla Costituzione in quanto istituito dalla me-

---

<sup>36</sup>A. Ruggeri, *Nota minima a riguardo della emendabilità dell'art. 139 cost. (a margine del progetto di legge Sen. n. 766)*, in [www.quadernicostituzionali.it](http://www.quadernicostituzionali.it)

desima e integrato sul piano dell'efficacia giuridica da un referendum facoltativo, con la sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988 la Corte costituzionale ha stabilito che la Costituzione italiana contiene dei principi supremi che non dovrebbero essere rovesciati o modificati nel loro contenuto essenziale dalle leggi di revisione costituzionale o dalle altre leggi costituzionali. La corte identifica in tali principi dei limiti assoluti che la Costituzione pone espressamente alle leggi di revisione e alle altre leggi costituzionali, come la forma repubblicana (art. 139), ma ritiene altresì che esistano principi che, benché non espressamente menzionati, conformano lo spirito della Costituzione e costituiscono altrettanti limiti invalicabili da parte della revisione costituzionale<sup>37</sup>.

Questa interpretazione della Corte costituzionale italiana è stata, in seguito, ribadita dalla sentenza n. 366 del 23 luglio 1991, nella quale la Corte in un *obiter dictum* ha sottolineato che costituiscono dei limiti alla revisione costituzionale tutti i diritti inviolabili che non possono essere oggetto di revisione in quanto rappresentano i valori fondamentali della persona e il fondamento dell'ordinamento democratico repubblicano. In questo contesto, la Corte costituzionale italiana ha evidenziato la distinzione radicale tra limiti espliciti e limiti impliciti al testo costituzionale, vale a dire i principi che sebbene non esplicitati rappresentano lo svolgimento del concetto di forma repubblicana nonché i principi e i diritti fondamentali contenuti nella prima parte del testo costituzionale.

Allo stesso modo, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* estende alle leggi di revisione lo stesso controllo delle leggi ordinarie affermandone l'ancoraggio ai parametri espressamente previsti dalla Costituzione tedesca del 1949 (forma federale dello Stato, principio di cooperazione tra i *Länder*, protezione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, garanzia dell'ordinamento democratico): ricordiamo, a questo proposito, le prime due sentenze del Tribunale costituzionale federale, la prima del 1951 (BVerfGE 1, 14, 23.10.1951) e la seconda del 1953 (BVerfGE 3, 225, 18.12.1953) nelle quali la Corte delinea la dottrina della sindacabilità delle norme di rango costituzionale che si pongano in contrasto con i principi fondamentali della medesima Costituzione. Nella successiva sentenza del 15 dicembre 1970 e la sentenza del 23 aprile 1991, nelle quali il Tribunale costituzionale avanza un'interpretazione estensiva dei limiti materiali al potere di revisione, riferendosi al principio di eguaglianza, che, benché non enumerato dall'art. 79.3, è stato dichiarato intangibile in quanto facente parte dell'*ordine obiettivo di valori* organizzato gerarchicamente che identifica la parte della Legge fondamentale consacrata ai diritti fondamentali<sup>38</sup>. Nella citata decisione del 1970, la Corte dichiarò ammissibile la richiesta di controllare la costituzionalità di un emendamento costituzionale in relazione alla cosiddetta clausola di eternità di cui al richiamato art. 79 GG, che vieta non la modifica tout court dei principi fondamentali ma quelle modifiche tendenti a distruggere l'essenza del sistema costituzionale<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Si veda la decisione in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 5565. Per l'interpretazione della dottrina T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 566 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 119 ss.

<sup>38</sup> O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 169.

<sup>39</sup> O. Pfersmann, *Unconstitutional constitutional amendments: a normative approach*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 67, 2012, pp. 83-84.

La Corte costituzionale austriaca nella decisione VfSlg 11.829/1988 ha delineato la distinzione tra revisione parziale (adottata a maggioranza qualificata) e revisione totale (adottata a maggioranza qualificata più referendum obbligatorio), precisando la sua giurisprudenza sul controllo delle leggi di revisione: in particolare, la Corte costituzionale austriaca ha posto il principio per il quale un'accumulazione di revisioni parziali potrebbe nascondere in realtà una revisione totale in frode alla Costituzione e dunque illegittima, a causa dell'ampiezza dei mutamenti introdotti dalle riforme parziali che si susseguono. La Corte austriaca ha precisato che quando un insieme di revisioni parziali modifica uno dei principi-guida dell'ordinamento costituzionale, vale a dire il principio democratico, il principio dello Stato di diritto, la separazione dei poteri e il principio federale, esse violano la Costituzione in quanto adottate non in conformità delle regole procedurali preposte alla revisione totale. Il controllo espletato dalla Corte costituzionale austriaca sulle leggi di revisione è dunque formale e solo indirettamente materiale<sup>40</sup>.

### **3.3. Un caso peculiare: i limiti alla revisione costituzionale in Francia e la portata della decisione n. 2003-469**

In Francia ogni forma di controllo sulle leggi costituzionali sembra essere stato eliminato, in modo definitivo, dalla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2003-469 DC del 26 marzo 2003, decisione molto breve e sorprendente che contiene solo tre *considérants*: malgrado i numerosi esempi stranieri, le conclusioni tratte dal principio della supremazia parlamentare elaborate dalla dottrina positivista francese sono state rievocate per interpretare la tanto dibattuta decisione<sup>41</sup>. In breve, se il primato parlamentare in Italia è assicurato dal rispetto da parte del Parlamento dei principi e delle libertà fondamentali, garantiti dal controllo di tutte le leggi (anche di revisione) da parte della Corte costituzionale, in Francia l'affermazione del primato del Parlamento trova la sua giustificazione nella negazione dell'esistenza di un'autorità superiore al Parlamento e della teoria dei limiti al potere di revisione costituzionale. Si comprende bene il fondamento politico della decisione del Consiglio costituzionale che tende a preservare la sovranità del Parlamento e il suo "primato".

Eppure il *Conseil constitutionnel*, nella decisione *Maastricht II* del 1992 (19° *considérant*), aveva lasciato intendere la sua competenza a controllare le leggi di revisione costituzionale affermando:

1) che il potere di revisione (anche se il Consiglio costituzionale in tale decisione utilizza in modo improprio la locuzione "*pouvoir constituant*" senza aggiungere l'aggettivo "*dérivé*" o "*institué*") ha tre limiti di ordine formale, ossia limiti di procedura (vacanza del Presidente della

---

<sup>40</sup> O. Pfersmann, *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites*, in *Association française des constitutionnalistes, La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, coll. Droit public positif, 1993, pp. 27-28; J. Pini, *La cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant*, Cahiers du Conseil constitutionnel, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>41</sup> Si vedano i commenti alla decisione del Consiglio costituzionale, in *Revue de Droit Public* n. 3/2003.

Repubblica, attivazione dei poteri straordinari e violazione dell'integrità territoriale) e un limite di ordine materiale (la forma di governo repubblicana);

2) che la Costituzione, ivi compresi il *bloc de constitutionnalité* ossia l'insieme dei diritti e libertà fondamentali che fanno parte della tradizione repubblicana francese e la forma di governo repubblicana, si sovrappone alla legge di revisione che non può modificare detti principi. Questa osservazione è molto importante poiché i principi giuridici superiori che rappresentano altrettanti limiti "interni" imposti dalla Costituzione al potere di revisione e che fondano il regime costituzionale (il rispetto della dignità umana, le libertà e l'eguaglianza), costituendo il *trait d'union* tra il manifesto rivoluzionario (incarnato dalla Dichiarazione del 1789) e l'ordine repubblicano attuale;

3) che il Consiglio si riconosce, timidamente, competente a controllare che una legge (anche di revisione) non violi le condizioni di esercizio della sovranità, identificati dalla giurisprudenza costituzionale successiva al 1985 (Cons. const., 85-188 DC del 22 maggio 1985) nella garanzia dei diritti e delle libertà, o i principi di valore costituzionale intrinseci alla forma di governo repubblicana;

4) che, dunque, i limiti alla revisione della Costituzione, considerati nell'art. 89, ult. co., della Costituzione, non sono una "*coquille vide*", ma che essi si estendono ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico repubblicano, ossia i principi contenuti nel Preambolo della Costituzione, nel Preambolo del 1946 e nella Dichiarazione dei Diritti del 1789, che sono stati integrati nella Costituzione della V Repubblica dallo stesso Consiglio costituzionale nella decisione del 16 luglio 1971 e che hanno valore costituzionale.

In questo contesto culturale, sorprende molto il rigetto di competenza pronunciato dal Consiglio costituzionale nella sentenza del 2003.

Infatti, il giudice delle leggi ben avrebbe potuto riconoscersi la competenza di controllare la conformità alla costituzione delle leggi di revisione, confermando l'interpretazione avanzata nella decisione *Maasricht II*: una parte rilevante della dottrina francese ha sostenuto questa interpretazione. In particolare, Jacques Robert<sup>42</sup> ha sottolineato che il Consiglio costituzionale in questa occasione avrebbe dovuto dare prova di saggezza, riconoscendosi competente: il rischio di un rovesciamento dei principi democratici fondamentali anche per il tramite di misure apparentemente legittime ma in realtà in grado di minare dall'interno principi quale l'espressione democratica del suffragio, il principio della sovranità nazionale o della separazione dei poteri da parte di una maggioranza parlamentare contingente non è solo ipotetico.

Ugualmente, Marguerite Canedo<sup>43</sup> e Thomas Meindl<sup>44</sup> hanno sottolineato che il Consiglio costituzionale ha perso l'occasione di dichiararsi competente a controllare le leggi di revisione costituzionale e di definire il contenuto materiale della nozione costituzionale di forma di governo repubblicana, potendo offrire un'interpretazione estensiva della medesima che oggi non può avere il medesimo significato che aveva al tempo della sua prima elaborazione nel 1884, quando era intesa come mera contrapposizione alla restaurazione monarchica, ma deve

---

<sup>42</sup>J. Robert, *La forme républicaine du gouvernement*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 357 ss.

<sup>43</sup>M. Canedo, *L'histoire d'une double occasion manquée*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 767 ss.

<sup>44</sup>T. Meindl, *le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 741 ss.

essere comprensiva della nozione di democrazia e di tutti gli indefettibili elementi che la compongono.

#### **4. Le trasformazioni costituzionali ad invarianza costituzionale come espressione della dimensione politica della Costituzione: il caso paradigmatico dell'Italia**

I sistemi costituzionali contemporanei – proprio perché composti da una pluralità di elementi concorrenti di natura politica, giuridica, economica e sociale - sono soggetti a incessanti mutamenti dovuti alle relazioni che si stabiliscono tra gli elementi costitutivi producendo degli slittamenti dalle formule relazionali previste dalle Costituzioni. Questo fenomeno è molto più frequente di quanto non si immagini, anzi esso stesso costituisce un fattore endemico di evoluzione dei sistemi costituzionali, una sorta di adeguamento spontaneo del dato formale al dato reale: la presidenzializzazione degli esecutivi, le *cohabitations* francesi, il *divided government* americano, e così via.

Queste considerazioni pongono le premesse per un'ulteriore riflessione, ossia che anche nell'ambito di quelle che vengono identificate come democrazie consolidate è possibile che si realizzino trasformazioni costituzionali che possono tradursi in transizioni costituzionali intrasistemiche: in tal modo, si accoglie una nozione "neutra" di transizione costituzionale, ossia un concetto di transizione non correlato, come originariamente è stato fatto, al trapianto dei principi di matrice liberale in ordinamenti in corso di evoluzione, ma inteso come fenomeno di carattere procedurale che consente ai regimi impiantatisi in alcune esperienze costituzionali di subire trasformazioni e ibridazioni tanto da discostarsi dal modello originario, pur insistendo nell'ambito di una cornice statale non autocratica. Gli attori politici hanno sovente importato in sistemi tanto parlamentari quanto presidenziali meccanismi costituzionali un tempo ritenuti incompatibili con la struttura dello Stato destinatario: queste contaminazioni incrociate hanno fuso elementi di parlamentarismo ed elementi di presidenzialismo creando sistemi ibridi a prevalenza parlamentare o a prevalenza presidenziale nei quali coesistono elementi di sistemi un tempo considerati identificativi di forme di governo idealtipiche. Rompendo i tradizionali confini costituzionali, le moderne formule di parlamentarismi e presidenzialismi, siano esse frutto dell'evoluzione di formule parlamentari o presidenziali consolidate o il risultato di mutamenti costituzionali più recenti, offrono una nuova prospettiva del dibattito sul se la cultura politica modella la struttura costituzionale o se la struttura costituzionale vincola la cultura politica o, infine, se sono vere entrambe le ipotesi<sup>45</sup>.

Tutto ciò mette in evidenza la costante tensione cui sono sottoposte le classificazioni tradizionali, facendo emergere una dimensione del costituzionalismo nella quale le teorie consolidate meritano di essere esplorate costantemente.

Come ben evidenzia Antonio Ruggieri nel contributo richiamato nell'*incipit* di questo studio, accanto alle normali esigenze di evoluzione dei sistemi costituzionali, occorre garantire

---

<sup>45</sup>L. Pegoraro, *Premessa – introduction a G. Pasquino The Powers of Heads of Government*, Bologna, Clueb, 2006.

l'efficacia dei limiti alle revisioni costituzionali, affinché possa preservarsi lo spirito della Costituzione vigente. Le vicende italiane degli ultimi venticinque anni inducono a riflettere sull'evidente torsione del sistema costituzionale come effetto di riforme poste in essere non sempre nella forma della revisione costituzionale, ma anche con lo strumento della legislazione ordinaria.

Una delle cosiddette riforme "a Costituzione invariata" è lo slittamento della forma di governo parlamentare verso formule di presidenzializzazione dell'esecutivo realizzatasi con il passaggio dalle leggi elettorali proporzionali alle leggi elettorali maggioritarie degli anni novanta sino alla novella del 2018 nota come Legge Rosato Bis, passando per la Legge Calderoli e l'Italicum, dichiarate parzialmente incostituzionali (con le sentenze n. 1/2014 e 35/2017).

La scelta prima in favore di un sistema elettorale misto a tendenza maggioritaria nel 1993 (leggi nn. 276 e 277 del 4 agosto 1993, cd. riforma "Mattarella") e poi di un sistema (apparentemente) proporzionale con premio di maggioranza nel 2005 (la citata legge n. 270/2005) e di un sistema misto "rovesciato" rispetto a quello disciplinato dalla legge Mattarella con la legge Rosato bis n. 165 del 3 novembre 2017 hanno determinato uno slittamento della forma di governo reale dal modello parlamentare prefigurato dalla Costituzione<sup>46</sup>, dando vita ad una presidenzializzazione strisciante dell'esecutivo, che si accosta a quel modello di democrazia definito da Maurice Duverger<sup>47</sup> come democrazia "immediata", giacché l'elettore con il suo voto sceglie "senza vie traverse" il capo del governo che è il leader del partito che ha vinto le elezioni. Duverger nel suo volume sui sistemi politici menziona l'esempio della Gran Bretagna: ma la situazione italiana non è comparabile a quella britannica, poiché lontanissimo è il contesto politico ed il sistema elettorale delle due esperienze costituzionali. Nel sistema britannico, infatti, è il leader del partito che ha vinto le elezioni ad essere nominato primo ministro dalla Corona ed è il nodo inestricabile che lega *leadership* e *premiership*, fondato sul bipartitismo sostanziale e sulla regola dell'alternanza (favorita dal sistema maggioritario a un turno) all'origine della stabilità di quel sistema costituzionale, caratterizzato da un insieme di pesi e contrappesi che fanno sì che il rapporto tra il partito e il *leader-premier* resti immutato fin tanto che la maggioranza parlamentare non decida di mettervi fine: la subordinazione di fatto del primo ministro al Parlamento testimonia la reale, e non effimera, supremazia di quest'ultimo.

L'insieme di questi elementi caratterizzanti il sistema costituzionale britannico non si rinvengono nel sistema italiano giacché:

---

<sup>46</sup> Come avverte A. Torre: «per un giurista (e per un comparatista in particolare) il concetto di presidenzializzazione deve essere trattato con grande attenzione perché spesso si collega ad una prassi istituzionale che a volte si distanzia dalla Costituzione formale» (A. Torre, *The Queen and Her "President". Una presidenzializzazione della forma di governo parlamentare britannica?*, in A. Digiovine, A. Mastromarino (cur.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, p. 31).

<sup>47</sup> M. Duverger, *I sistemi politici*, Bari, 1978; trad. it., *Institutions politiques et droit constitutionnel. I. Les grands systèmes politiques*, 1955. L'autore distingue tra sistemi a "parlamentarismo maggioritario" fondati su due partiti nei quali sono gli stessi elettori a scegliere il governo secondo un modello democratico diretto, nel senso moderno del termine, e sistemi a "parlamentarismo non maggioritario" fondati su più di due partiti, nei quali il governo è normalmente formato da coalizioni fatte e disfatte dagli eletti e dunque si è al cospetto di "democrazie mediate" (op. cit., pp. 114-115).

a) il sistema dei partiti è fortemente frammentato, soprattutto dopo la legge elettorale n. 270/2005 che ha amplificato la polverizzazione dei partiti e dei movimenti politici producendo un bipolarismo “di facciata”; situazione che si complica ulteriormente con la legge elettorale n. 165/2017 che ha prodotto come esito un sistema partitico basato su tre forze politiche dominanti;

b) il tessuto politico e sociale italiano è profondamente pluralista e rifiuta la logica del bipartitismo;

c) in un simile contesto politico non avremo mai il leader di un partito, ma il leader di una coalizione elettorale<sup>48</sup>;

d) all'indomani delle elezioni legislative, la coalizione di governo si presenta fragile in quanto costituita da componenti politiche e partitiche unite dalla prospettiva della vittoria elettorale e non da un reale progetto politico comune;

e) le camere divengono luoghi di registrazione del programma di governo.

La torsione maggioritaria del sistema politico, come ben evidenzia l'esperienza italiana, non può non estendere i propri effetti sulla tenuta dei meccanismi di garanzia della rigidità costituzionale previsti dalla procedura di revisione costituzionale, soprattutto considerando l'opzione di sistemi elettorali a decisa tendenza maggioritaria, in relazione ai quali la logica consensuale sottesa alla maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione, tipica dei sistemi parlamentari a base pluralistica, non è più sufficiente a garantire la rigidità costituzionale: la doppia fase parlamentare si è prestata a un acceso dibattito dottrinale che si è focalizzato sull'alternatività o consecutività della doppia deliberazione<sup>49</sup>, mettendo in evidenza come la prima fosse caratterizzata da maggiore speditezza in un contesto politico-parlamentare im-

---

<sup>48</sup> Anche l'esperimento, realizzato alla vigilia delle elezioni del 13-14 aprile 2008, di unire in una stessa coalizione, da una parte il Popolo della Libertà, la federazione di partiti politici costituitasi il 27 febbraio 2008 che riuniva i partiti di centro destra e di destra (tra cui Forza Italia e Alleanza nazionale), e dall'altro la Lega Nord e il Movimento per l'Autonomia nel sud, se in astratto può essere valutato positivamente perché volto a superare la frammentazione del quadro politico, in realtà non ha prodotto la creazione di un soggetto politico nuovo, ma ha perpetuato il fenomeno dell'apparentamento di realtà partitiche che permangono tra loro teleologicamente eterogenee.

<sup>49</sup> L'interpretazione delle due fasi deliberative parlamentari ha subito diverse evoluzioni dottrinarie, legate anche a un diverso funzionamento nella prassi del procedimento disciplinato dall'art. 138 (e dai regolamenti parlamentari di Camera e Senato) in relazione al quale si possono individuare due fasi: la prima connessa all'assenza della legge attuativa del referendum (la l. 352 del 1970), che rendeva esclusiva la procedura parlamentare per la revisione della Costituzione; la seconda legata alle variabili interpretative del procedimento ex art. 138 offerta dai regolamenti parlamentari. Il punto nodale delle diverse interpretazioni è costituito dall'inciso “successive deliberazioni”: i sostenitori della tesi della consecutività, applicata dal 1947 al 1957, sostengono lo schema deliberativo Camera/3 mesi/Camera/Senato/3 mesi/Senato e se la prima deliberazione si conclude con l'approvazione del medesimo testo il procedimento di chiude, altrimenti si ricomincia; i sostenitori della tesi dell'alternatività, applicata dal 1957 ad oggi, sostengono l'altro schema deliberativo Camera/Senato/tre mesi/Camera/Senato e in seconda deliberazione non sono ammessi emendamenti. Se non può dubitarsi che entrambe le interpretazioni siano ammissibili, va tuttavia ricordato come in Assemblea costituente, nella seconda sottocommissione, Costantino Mortati sostenne in via esclusiva la tesi dell'alternatività che a suo avviso riproponeva con delle varianti la *ratio* della doppia legislatura, secondo il modello accolto nei Paesi nordeuropei e proposto dall'onorevole Rossi; la doppia deliberazione fu la soluzione procedurale proposta dall'on. Perassi in sostituzione della proposta Rossi (G. Piccirilli, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione...*, cit., pp. 31ss.; S.M. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, pp. 29ss.)

prontato a una forte frammentazione partitica e dunque a una logica di tipo consensuale mentre la seconda proprio perché impone una maggiore ponderazione grazie allo schema deliberativo proposto (Camera/3 mesi/Camera/Senato/3 mesi/Senato) è maggiormente funzionale a garantire la rigidità in un contesto, come quello attuale, caratterizzato da sistemi elettorali ad esito maggioritario. Seguendo questa chiave di lettura, sarebbe auspicabile rafforzare non solo i quorum deliberativi, essendo evidente che l'art. 138 era destinato a operare in un impianto pluralistico e proporzionale e che nella transizione al sistema maggioritario hanno rivelato la propria inadeguatezza a garantire la rigidità costituzionale, inadeguatezza non colmata dalle misure attuative contenute nei regolamenti parlamentari, ma anche la seconda deliberazione parlamentare, che permane un ciclo legislativo incompleto e parziale<sup>50</sup>.

Pertanto, se si dovessero assecondare le inclinazioni bipolari del sistema politico, tra le revisioni costituzionali urgenti rientra con priorità la modifica dell'art. 138 della Costituzione italiana, al fine di "blindare" il procedimento di revisione costituzionale indebolito dalle riforme elettorali maggioritarie, considerando che quello che si è consumato il 4 dicembre 2016 è l'ultimo (in ordine di tempo) tentativo di allineare la Costituzione alla deriva presidenzialistica (o premieristica), ossia tendente alla cd. "democrazia concentrata" innescata nel biennio 1991-1993: si potrebbe pensare a un aumento dei quorum previsti dall'art. 138 o a rendere obbligatorio il referendum costituzionale, come accade in Francia nella procedura aggravata "ordinaria" (mi si passi l'ossimoro) di revisione costituzionale di cui all'art. 89 della Costituzione della V Repubblica.

Non è un caso, infatti, che già nel 1995 – all'indomani dell'entrata in vigore delle leggi elettorali maggioritarie - Giulio Napolitano e Sergio Mattarella, insieme ad altri deputati tra i quali Leopoldo Elia e Franco Bassanini, depositarono alla Camera dei Deputati la proposta di legge elettorale n. 2115/1995 con la quale si chiedeva il rafforzamento dell'art. 138 per scongiurare il pericolo di una revisione costituzionale, consegnata nelle mani di contingenti maggioranze - circostanza concretamente verificatasi nel 2001 con la revisione del titolo V passata con una manciata di voti (quattro per l'esattezza) – e per la prima volta nella storia repubblicana rimessa al voto popolare. Dopo il tentativo di modifica della legge di revisione costituzionale del 2006 bocciata dal popolo italiano con il referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006, Andrea Manzella insieme ad altri depositava un'altra proposta di revisione dell'art. 138 (n. 817/2006) seguita da un'altra ancora a firma di Anna Finocchiaro comunicata alla Presidenza del Senato il 25 luglio 2007 nella quale testualmente si legge che "*il carattere rigido della carta costituzionale rappresenta, insieme all'indipendenza degli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), il presidio più robusto per evitare che la Costituzione diventi uno strumento della politica della coalizione vincitrice nelle elezioni politiche*".

A prescindere dalla coerenza (e responsabilità) di una classe politica che ha consentito la smagliatura della trama costituzionale attraverso la legge elettorale maggioritaria indebolendo il procedimento di revisione senza porre come priorità assoluta dell'agenda politica la blindatura dell'art. 138, il tentativo di snaturare la Costituzione repubblicana continua ancora

---

<sup>50</sup> Sempre attuali le riflessioni di G. Rivosecchi, *Fattore tempo e garanzie procedurali nella fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale (a proposito della "soluzione Alfonso Tesaurò")*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Vol. II, Napoli, 2010, p. 1221 ss.



oggi ad essere portato avanti, ad onta del risultato referendario del 4 dicembre 2016: a riprova dell'indebolimento del procedimento di revisione costituzionale, nel momento in cui si scrive è stata approvata in seconda deliberazione la legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari (proposta A.C. 1585-B, pubblicata in G.U. n. 240 del 12 ottobre 2019, sulla quale è stato richiesto da 71 Senatori e ammesso dalla Corte di Cassazione il referendum costituzionale del 29 marzo 2020)<sup>51</sup> e sono in discussione una proposta di revisione costituzionale sull'introduzione del referendum propositivo e sull'eliminazione del quorum partecipativo per il referendum abrogativo<sup>52</sup>, la proposta di modifica dell'art. 66 Cost. che introduce un ricorso alla Corte costituzionale in materia di convalida delle elezioni; la proposta di soppressione del CNEL, una legge di iniziativa popolare (LIP) sull'introduzione del semipresidenzialismo appoggiato dal centro-destra (sebbene non vada dimenticata la propensione al semipresidenzialismo della sinistra dalemiana)<sup>53</sup>, la proposta di revisione costituzionale n. 142 presentata il 23 marzo 2018 su iniziativa del deputato forzista Paolo Russo e che prevede l'introduzione dell'elezione diretta a suffragio universale del Presidente della Repubblica e della forma

---

<sup>51</sup> Per un commento C. Sbailò, *Tagliare il numero dei parlamentari? Si può a condizione di preservare la libertà di mandato. L'ultima contraddittorietà della proposta gialloverde*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 marzo 2019; G. Cerrina Feroni, *Riduzione del numero dei Parlamentarie applicabilità delle leggi elettorali (audizione presso la Commissione I Affari costituzionali)*, in Osservatorio Costituzionale, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), fasc. 3/2019 (7 maggio 2019).

<sup>52</sup> A. Anzon Demnig, *L'iniziativa legislativa popolare "indiretta" (cd. Referendum propositivo nel progetto di legge costituzionale in itinere)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 22 marzo 2019; I. Nicotra, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi in federalismi.it*, n- 10/2019, 22 maggio 2019.

<sup>53</sup> Il progetto di Legge costituzionale di iniziativa popolare sembra collocarsi al di fuori del procedimento di revisione costituzionale, derogandolo, e ciò per una pluralità di ragioni: a) si tratta di una revisione della forma di governo in senso presidenziale rimessa a un organo ad hoc, la cd. "assemblea costituzionale" diverso dal Parlamento, che ai sensi dell'art. 138 cost. è l'organo titolare del potere di revisione costituzionale (val la pena di citare la sentenza n. 496/2000 della Corte costituzionale. Secondo la Corte, "nel nostro sistema le scelte fondamentali della comunità nazionale, che ineriscono al patto costituzionale, sono riservate alla rappresentanza politica, sulle cui determinazioni il popolo non può intervenire se non nelle forme tipiche previste dall'art. 138 Cost."); b) tutti i precedenti tentativi di riforma attraverso procedimenti derogatori - dalle tre commissioni parlamentari bicamerali, alla "commissione dei saggi" - prevedevano, le prime un organo collegiale a composizione parlamentare, incaricato di istruire le varie proposte di riforma che avrebbero trovato nel Parlamento la sede naturale della deliberazione, e la seconda un mandato alla "commissione dei saggi" di tipo meramente istruttorio, la cui proposta sarebbe stata discussa e deliberata dal Parlamento; al contrario, l'Assemblea costituzionale della LIP "Guzzetta" avrebbe poteri istruttori e deliberativi, tagliando fuori il Parlamento, o meglio quel che ne resterebbe, ossia la sola Camera; c) collocandosi fuori dal Parlamento, più che di esercizio del potere di revisione, che per dottrina unanime deve ritenersi quel potere che aggiorna la forma di governo entro i limiti posti dalla costituzione, il presente progetto di LIP intende esercitare un vero e proprio potere "costituente" rimesso ad un'assemblea *ad hoc*; d) che si tratti di un'assemblea "costituente" emerge dall'ampiezza dei poteri alla stessa conferita, una sorta di delega in bianco, sia sotto il profilo procedurale (spetta all'assemblea, organo extraparlamentare, la deliberazione della revisione) sia sotto il profilo sostanziale (anche in caso di esito negativo del referendum di indirizzo spetterebbe all'Assemblea "costituzionale" di procedere comunque alla riforma della Costituzione nel senso di una non meglio identificata forma di governo parlamentare razionalizzata (art. 5 della LIP), che stando alle classificazioni della dottrina comparatistica includerebbe tutte le ibridazioni del governo parlamentare, ivi compreso il semipresidenzialismo); e) fuorviante è anche la norma che prevede un controllo eventuale di costituzionalità della legge di revisione deliberata dall'Assemblea in relazione a un parametro che, per un verso parrebbe inattuale (la prima parte della Costituzione): vero è che la prima parte della costituzione non viene formalmente toccata, ma è anche vero che uno stravolgimento della seconda parte incide inevitabilmente sulla prima, considerato che il sistema costituzionale è un complesso normativo unitario e bilanciato e dunque le scelte sulla forma di governo (rectius: sulla configurazione della separazione dei poteri) incidono inevitabilmente sui principi costituzionali, violando il principio di rigidità.

di governo semiresidenziale e, *dulcis in fundo* (o *venenum in cauda*) le bozze di intese sull'autonomia differenziata di Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna ex art. 116 Cost., comma 3, nonché la bozza di Legge quadro sulle autonomie differenziate approvata in Conferenza Stato Regioni il 29 novembre 2019, che non è anch'essa immune da risvolti di incostituzionalità con riferimento ai meccanismi di perequazione finanziaria ex art. 119 rimessi a una discrezionale individuazione dei LEP ex art. 117, co.2 lett. m. Cost. it.<sup>54</sup>.

Nonostante l'apparente autonomia delle proposte di riforma, in realtà, ci troviamo al cospetto del mero "spacchettamento" di un obiettivo unico che mira a traghettare il paese da Stato unitario a democrazia rappresentativa in Stato federale a democrazia diretta. Per fare un'esemplificazione del nesso che lega tra loro tutte le ricordate proposte di riforma della Costituzione è evidente: la proposta di riduzione del numero dei parlamentari non va letta isolatamente ma in un complesso unitario con l'altra proposta di revisione costituzionale sul cd. referendum propositivo, che rende evidente l'obiettivo di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, che se non sorretto da una modifica del sistema elettorale con eliminazione delle liste bloccate, diventerà ancor più di quanto non lo sia già *longa manus* dei leader di partito, introducendo una sorta di mandato imperativo mascherato che eroderebbe dall'interno e surrettiziamente il midollo della democrazia rappresentativa.

La contrazione della rappresentanza di intere aree del paese si ripercuoterà inevitabilmente anche sui processi di autonomia differenziata: molti territori non avranno rappresentanti, poiché il rapporto rappresentante/abitanti aumenterà sensibilmente, e dunque le loro istanze non verranno più rappresentate nelle sedi della decisione politica anche quando si adotteranno decisioni, come quella relative all'attribuzione di interi pacchetti di competenze in autonomia legislativa regionale esclusiva, che avrà effetti diretti in termini di attribuzione delle risorse per politiche sociali e di garanzia dell'uniformità territoriale dei diritti fondamentali.

L'ossessione riformatrice perdura da più di trent'anni, favorita da una riduzione di peso della rigidità costituzionale, sovente intesa nell'immaginario politico più come un ostacolo da aggirare che come una garanzia da preservare<sup>55</sup>.

Non potendo in questa sede approfondire i rischi per la tenuta del sistema costituzionale italiano contenuti in ciascuno di questi progetti di riforma costituzionale in mancanza degli opportuni contrappesi (ad es. implementare la quota proporzionale del sistema elettorale a garanzia del principio rappresentativo a fronte della riduzione del numero dei parlamentari)<sup>56</sup>, quello che forse non emerge ancora con evidenza è che la coincidenza di una riforma di così ampia portata, come quella che si si vuole compiere con le leggi di "ratifica" delle intese sull'autonomia differenziata, letta insieme alla serie di progetti di revisione costituzionale, getta ombre fitte sul futuro operato di questa Legislatura e, sul piano sostanziale, vanno lette insieme come un obiettivo politico unitario, anche se non riconducibili alla medesima regia, a nulla valendo la circostanza che formalmente le proposte formano oggetto di atti distinti: mettere

---

<sup>54</sup> Si leggano le interessanti e puntuali riflessioni di R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2019 (17/12/2019), pp. 260ss.

<sup>55</sup> Sul punto si leggano le note di F. Vari, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, in [rivistaaic.it](http://rivistaaic.it), n. 3/2016 (27/7/2016).

<sup>56</sup> G. L. Conti, *Il futuro dell'archeologia: le proposte di riforma della Costituzione sul banco della XVIII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

all'angolo la democrazia rappresentativa e licenziare il Parlamento, quale luogo del convenire, del convincere (nel senso etimologico del termine : *cum vincere*, legare insieme) e del condividere, in dispregio di quella stessa volontà popolare che nel 2016 ha scelto la Costituzione repubblicana contro il falso mito del decisionismo<sup>57</sup>. Nel mentre, come si è già sostenuto, appare imprescindibile un rafforzamento dell'art. 138, onde evitare di affidare a maggioranze transeunti il destino della Carta fondamentale.

## 5. Brevi riflessioni conclusive sulla tenuta delle Costituzioni a fronte delle insidie delle revisioni costituzionali tacite

Come si è osservato all'inizio di questo studio, la distinzione tra potere costituente originario e potere di revisione costituzionale e l'antiorità del primo sono il fondamento del principio di rigidità costituzionale, che presuppone la superiorità formale e sostanziale della Costituzione sulla legge del Parlamento e che deve assicurare la stabilità delle scelte politiche fondamentali consacrate nel testo costituzionale e declinate nei suoi principi fondamentali.

Questa relazione – che potremmo definire strutturante – tra potere costituente /principio di rigidità /revisione costituzionale /limiti alla revisione è funzionale a garantire l'identità di una Costituzione da pregiudizi irrimediabili tali da determinare il superamento di quella stessa identità costituzionale a cui presidio è posto proprio il principio di rigidità.

Il tema della modifica della Costituzione non può essere affrontato solo in termini formali ossia dal punto di vista della revisione costituzionale, distinguendo le costituzioni rigide da quelle flessibili a seconda del grado di complessità del procedimento costituzionalmente prefissato per la modifica delle disposizioni costituzionali. In realtà, esistono più “modi” per modificare una Costituzione: accanto ai mutamenti formali, ossia consistenti in specifiche revisioni costituzionali, si possono identificare i mutamenti informali ossia quelle trasformazioni del sistema costituzionale attuate o con atti giuridici che non integrano revisioni costituzionali formali (leggi ordinarie del Parlamento o referendarie; leggi organiche o di attuazione costituzionale, regolamenti parlamentari; giurisprudenza costituzionale) o attraverso fatti giuridici (la consuetudine e le convenzioni costituzionali).

Il mutamento costituzionale implicherebbe, dunque, un cambiamento della Costituzione lasciando il testo dispositivo formalmente invariato: Boris Mirkin Guetzèvitch, riferendosi al concetto di razionalizzazione parlamentare, ne forniva una versione ampia intendendo un «*phénomène constant du devenir constitutionnel moderne, par quoi le fait métajuridique du*

---

<sup>57</sup> Ciò non significa che si è contrari a manutenzioni migliorative del testo costituzionale che siano in grado di offrire strumenti per facilitare il processo decisionale: si potrebbe pensare a un bicameralismo imperfetto "a costituzione invariata", come quello previsto dalla Costituzione francese, per il quale tutti i disegni o proposte di legge nascono bicamerali e solo successivamente alle prime due letture da parte delle due camere si procede all'attivazione di una commissione mista paritetica (prevista anche in Germania, Belgio, Stati Uniti) che ha il compito di elaborare un testo congiunto che sarà approvato in via definitiva dalla camera bassa. Un istituto del genere è agevolmente prevedibile dai regolamenti parlamentari che già disciplinano le commissioni legislative, considerato che l'art. 70 della Costituzione stabilisce che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere, lasciando l'integrale disciplina tecnico-procedimentale alla fonte regolamentare.

*pouvoir le cède aux règles du droit écrit*<sup>58</sup>. Si avrebbe in tal modo un diritto costituzionale non scritto che influirebbe sulla connotazione del diritto costituzionali scritto, relegando quest'ultimo a un piano subalterno.

Ancor prima, René Capitant ammetteva, per la prima volta, l'esistenza accanto al diritto costituzionale scritto del diritto costituzionale non scritto, che integra la Costituzione con effetti giuridici, cosicché «*la seule question à résoudre*» per Capitant «*est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit*»<sup>59</sup>.

Non mancano, tuttavia, voci contrarie che nella dottrina costituzionalistica si levano contro il riconoscimento di effetti modificativi al diritto non scritto: ad es. secondo Otto Pfersmann l'argomento della validità di una consuetudine costituzionale con riferimento all'impiego dell'art. 11 Cost. per revisionare il testo costituzionale non è condivisibile, giacché il diritto costituzionale francese si fonda sulle regole scritte formalizzate come fonte esclusiva. Certo, questo non esclude che anche un diritto costituzionale formale possa essere prodotto in via consuetudinaria, ma va confusa la "forma consuetudinaria" con l'assenza di forma.

Infatti, se la nozione di mutamento "informale" ricade in quest'ultima definizione, vale a dire si riferisce a quei cambiamenti del tessuto costituzionale qualificati informali perché "privi di forma" allora ci si riferisce a quelle prassi politiche idonee a indirizzare il diritto costituzionale vivente attraverso la creazione di pratiche costituzionali ampiamente osservate: si pensi alla particolare configurazione del parlamentarismo francese sotto la III Repubblica, caratterizzato dalla desuetudine del potere di scioglimento determinato dal *mauvais souvenir* di Mac-Mahon (che sciolse l'assemblea, con il consenso del Senato, per imporre alla Camera dei deputati un governo non espressione della maggioranza repubblicana)<sup>60</sup>, dal correlato scadimento del ruolo del capo dello Stato e dalla preminenza politica dell'Assemblea rappresentativa, dall'instaurazione in via di prassi dell'istituto della presidenza del consiglio, geneticamente subordinata al Parlamento; o alla *cohabitation* francese che attenua la presidenzializzazione della forma di governo francese; o all'impatto della riforma elettorale maggioritaria sui rapporti governo e Parlamento nella forma di governo italiana.

Pertanto, se si accoglie questo significato ristretto, rientrerebbero nella nozione di mutamento informale solo quei cambiamenti di regime costituzionali indotti dalla prassi politica e non sanzionati da una revisione costituzionale formale: si allude alle convenzioni costituzionali, sviluppatasi sul terreno delle costituzioni non scritte e che nei sistemi dominati da testi costituzionali scritti operano soprattutto nel campo del diritto parlamentare incidendo sulla configurazione del ruolo del Parlamento, sulle relazioni tra i due rami del Parlamento nei sistemi bicamerali, sulla protezione delle minoranze parlamentari e sul ruolo dei partiti politici nel sistema istituzionale.

---

<sup>58</sup> B. Mirkin-Guetzèvitich, *L'échec du parlementarisme rationalisé*, in *Rev. int. hist. pol.*, 1954, p. 102.

<sup>59</sup> R. Capitant, *Le droit constitutionnel non écrit*, in *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. III, p. 2.

<sup>60</sup> M. Calamo Specchia, *Le Leggi Costituzionali della III Repubblica*, Macerata, Liberilibri, 2008, p. XLV ss.

Un'interpretazione in parte diversa e più ampia del fenomeno delle modifiche tacite della Costituzione è quella che considera tale tanto le innovazioni integrative di principi fondamentali o di norme costituzionali operate per il tramite di fonti giuridiche non abilitate (leggi ordinarie o costituzionali, se in relazione ai principi fondamentali) quanto i fatti consuetudinari o politici che esprimano un'interpretazione *paeter* o *contra Constiuttionem* e che dunque si traducano in un'alterazione della Costituzione vigente operata attraverso le virtualità espansive dell'integrazione interpretativa: tale teoria, ascrivibile ad Antonio Ruggeri<sup>61</sup>, consente tanto di colmare le lacune originarie del dettato costituzionale quanto di operare un'evoluzione del significato normativo del testo in ambiti o materie non contemplate nell'originario disegno costituzionale.

Le Costituzioni sono dunque costituite da principi che identificano il nucleo essenziale sottratto al potere di revisione costituzionale e che sono spesso integrati da principi scaturiti dall'ordine giuridico internazionale e dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo<sup>62</sup>.

In questa prospettiva possiamo distinguere nel testo costituzionale:

1. A livello più elevato i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, che identificano la forma di Stato e che non possono essere oggetto di revisione costituzionale senza innescare un mutamento globale della Costituzione. A questo proposito va sottolineato che le Costituzioni non identificano sempre i principi fondamentali o i principi supremi dell'ordinamento costituzionale: tuttavia si tratta di principi comuni alla maggior parte degli Stati e, non a caso, nei trattati europei si parla di tradizioni costituzionali comuni che si ispirano ai principi supremi nazionali senza identificarli compiutamente.
2. Subito dopo troviamo le norme dei trattati internazionali ratificati dagli organi competenti che devono rispettare i principi fondamentali (per esempio, l'art. 11 della Costituzione italiana; l'art. 55 della Costituzione francese; l'art. 94, lett. e), e l'art. 95 della Costituzione spagnola).
3. Infine, le altre norme della Costituzione modificabili con la procedura di revisione costituzionale.

Tali riflessioni non rappresentano una novità sullo scenario costituzionale europeo: costituisce infatti un portato del costituzionalismo contemporaneo la circostanza che, a garanzia del principio di rigidità che si inverte nello spirito identitario di una data Costituzione, il potere di revisione costituzionale debba essere per sua natura oggetto di limiti, espressi o impliciti, di natura formale o sostanziale<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, pp. 451 ss.

<sup>62</sup> G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 1350 ss.

<sup>63</sup> M.-F. Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 105 ss.

Pertanto, ogni Costituzione ha un suo spirito che non può essere modificato senza cambiare la medesima Costituzione<sup>64</sup>: l'organo competente a effettuare una revisione non potrebbe capovolgere i fondamenti del sistema costituzionale dal quale dipende la sua esistenza. Questo ragionamento si riassume nell'espressione secondo la quale la Costituzione non può essere una forma vuota e un semplice meccanismo giuridico, ma essa deve essere uno strumento – fragile e forte insieme -di regolamentazione dei rapporti tra gli individui e le istituzioni e indica “*le mode d’être de l’État*”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> G. Burdeau, *Traité*, cit., t. IV, p.232.

<sup>65</sup> G. Burdeau, *Traité*, cit., t. IV, p.245.