Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Alla prova della revisione
Settanta anni di rigidità costituzionale

Atti del Convegno annuale dell'Associazione "*Gruppo di Pisa*"
Catanzaro, 8 e 9 giugno 2018

a cura di

Ugo Adamo, Rossana Caridà, Andrea Lollo
Alessandro Morelli, Valentina Pupo

EDITORIALE SCIENTIFICA

Questo volume è stato pubblicato con i contributi dell'Associazione "*Gruppo di Pisa*" e del Centro di Ricerca "*Diritto costituzionale e istituzioni politiche*" dell'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-572-4

Sommario

PRESENTAZIONE 7

RELAZIONE INTRODUTTIVA 9
Luigi Ventura

PARTE PRIMA
LA REVISIONE COSTITUZIONALE: IL PROCEDIMENTO

RELAZIONI

La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti 27
Giovanni Piccirilli

Il procedimento di revisione: le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali 67
Alessia Fusco

La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'articolo 138 93
Francesco Raffaello De Martino

Il procedimento di revisione costituzionale come garanzia della rigidità della Costituzione 153
Andrea Pertici

PARTE SECONDA
LA REVISIONE COSTITUZIONALE: I LIMITI

RELAZIONI

L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili 191
Adriana Apostoli

Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative 231
Maria Pia Iadicicco

Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale? 279
Valeria Marcenò

I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto dei mutamenti di regime 309
Francesco Bilancia

INTERVENTI

Qualche osservazione sulla deroga e sulla deroga-sospensione del procedimento previsto dall'art. 138 della Costituzione: aspetti problematici e proposte di soluzione 329
Andrea Bonomi

Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche 341
Giorgio Grasso

Alcune annotazioni sul giudizio di legittimità-ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale 355
Roberto Pinardi

Tre questioni in tema di revisione costituzionale 367
Antonio Ruggeri

Qualche considerazione sul contenuto materiale del limite della forma repubblicana alla luce di due recenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'articolo 117 della Costituzione 389
Alice Stevanato

Referendum consultivo regionale e procedimento di revisione costituzionale 401
Silvio Troilo

COMUNICAZIONI

Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo 415
Antonio Ruggeri

PRESENTAZIONE

La rigidità della Costituzione, che, nella prospettiva del costituzionalismo contemporaneo, rappresenta, unitamente alla giustizia costituzionale, un fondamentale presidio dei diritti e del principio di separazione dei poteri, costituisce un tema dalle importanti implicazioni teorico-generali, ma anche dai notevoli risvolti pratici. Si tratta di un argomento di grande attualità, considerato che da qualche decennio ormai il tema delle riforme costituzionali occupa un posto centrale nell'agenda politica di tutte le maggioranze di governo e che, oltre alle revisioni puntuali (alcune delle quali anche di notevole portata) realizzate negli ultimi anni, diversi sono stati i tentativi di modificare in modo ampio ed organico la Parte II della Costituzione, dopo le riforme che hanno coinvolto, nel 1999 e nel 2001, il Titolo V.

Per tali motivi, in occasione del settantesimo anniversario dell'entrata in vigore della Carta costituzionale italiana (1948-2018), l'Associazione "Gruppo di Pisa", in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia e il Centro di Ricerca di "Diritto costituzionale e istituzioni politiche" dell'Università *Magna Græcia* di Catanzaro, ha inteso dedicare il proprio Convegno annuale alla riflessione sul tema *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*.

Si è pensato di articolare la riflessione in due ambiti distinti, analizzando, da un lato, le questioni inerenti al procedimento e, dall'altro, quelle concernenti i limiti alla revisione costituzionale; tema, quest'ultimo, sul quale pesa quanto affermato dalla Corte costituzionale in una delle sue più importanti pronunce in materia (poi ribadito in diverse altre occasioni): «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», sicché ricade nella competenza della stessa Corte «giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» (Corte cost., sent. n. 1146/1988).

Le relazioni e gli interventi svolti nel dibattito, nel contesto di un confronto plurale tra studiosi provenienti da diversi atenei, offrono elementi preziosi per la ricostruzione dell'attuale statuto della rigidità costituzionale e per delinearne altresì le possibili prospettive di sviluppo.

I curatori

RELAZIONE INTRODUTTIVA

di Luigi Ventura*

SOMMARIO: 1. Potere costituente-potere costituito. – 2. Legalità-legittimità. – 3. Costituzione formale e costituzione materiale (ancora sotto forma di rapporto, che appare antagonistico, tra legalità e legittimità).

1. Potere costituente-potere costituito

Un potere costituente nasce in seguito ad un fatto che interrompe il funzionamento degli organi costituzionali, un blocco di sistema, ovvero una guerra, una rivoluzione o quant'altro renda completamente ineffettiva la Costituzione. Se si rompe la continuità dell'ordinamento ci sono le condizioni per l'affermarsi di un potere costituente che crei un nuovo ordine costituito e, di conseguenza, un nuovo ordinamento costituzionale che, in tesi, può non avere continuità con quello precedente. Fatti iurigeni, termine molto diffuso negli interventi dei costituenti.

Sono convinto che il potere di revisione costituzionale, a meno che non certifichi, *per tabulas*, un avvenuto "colpo di Stato" (senza che sia necessario pensare a colonnelli o generali), possa solo procedere ad aggiustamenti per far meglio funzionare le istituzioni.

A parte il fatto che è il sistema politico a dover assicurare il funzionamento delle stesse. Non si tratta, come appare ovvio, di un fatto nominalistico. Si tratta di apprezzare concetti, dando loro il proprio nome. Perché io posso testimoniare che davanti ad elaborazioni di questo tipo, mi fu risposto: "vuol dire che la chiameremo con un altro nome" (l'assemblea costituente istituita con legge costituzionale). Risposi: chiamatela pure Filippo, ma fate senza di me.

Insomma, per onestà intellettuale, il potere costituente non può regolarmente e silenziosamente nascere dal potere costituito. E, nel caso italiano, come in quello degli ordinamenti ad esso omogenei, deve vivere la speranza che la Corte costituzionale tenga ferma la sua giurisprudenza sui principi costituzionali supremi, ritenuti non modificabili con procedimenti di revisione costituzionale. E siccome permane la mia diffidenza rispetto ad un au-

* Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi "*Magna Græcia*" di Catanzaro.

spicato allargamento dell'area dei diritti come corrispettivo di un allargamento di quella dei doveri, c'è sempre il timore di ritrovarci con una tavola di doveri allargata e quella dei diritti invece ristretta. In tale prospettiva, sarebbe bene anzi che, al di là delle rubriche e dei titoli del testo costituzionale, la Corte trovasse il modo di elencare i principi supremi per meglio garantirli.

È dimostrato, e tuttavia dimostrabile, che la Costituzione italiana è talmente moderna da poter divenire la Costituzione realmente effettiva di uno Stato sociale al passo con i tempi presenti e quelli futuri, che non ha bisogno, su quel piano, di apprendisti stregoni, di odontotecnici, e di quant'altro di leggiadro ci ha riservato la politica.

Sarebbe una stagione di modernità se venisse attuata, come si attende da settanta anni. E dico subito che non accetterei mai che questa mia posizione fosse intesa come conservatrice, a meno che non si volesse sostenere che il progresso sia ossimoro di conservazione.

Per altri versi, la legittimità attiene alla sfera metagiuridica nel senso che la c.d. costituzione materiale o si colloca nella sfera del pregiuridico o, come credo, in quella del sociologico-politico.

La legalità attiene alla sfera giuridica e quindi alla Costituzione formale.

La costituzione materiale, semmai, attiene in Italia alla decisione costituente del 2 giugno 1946, con cui un popolo, attraverso il corpo elettorale, riafferma la propria unità e sceglie, per la prima volta a suffragio elettorale maschile e femminile, nella sua maggioranza, tra Repubblica e Monarchia ed elegge l'Assemblea costituente. Mi rendo conto di evocare la visione schmittiana, scevra tuttavia dalla teoria del sovrano d'eccezione che, in momenti di crisi, interviene per poi ritornare nell'ombra e liberata, per così dire, da tutte le tragiche suggestioni decisioniste.

Il paradosso è che il potere costituito, nonostante norme e principi della Costituzione, pretenda di farsi potere costituente. Non siamo in Francia con la sua storia che ha visto nel 1789 la sanguinosa Rivoluzione, i Giacobini e la formidabile influenza del pensiero di Jean Jacques Rousseau.

La Costituzione è intesa come un sistema dinamico e, pensando al fatto che da più parti si parla di Costituzione vivente, nasce il dubbio se in tale dimensione potrebbe essere utilizzato il concetto di *autopoiesis*, per darsi un'apparente ragione, naturalmente al livello teorico, della, personalmente riscontrata, incomprensione di natura politica della differenza tra potere costituente e potere costituito, come si è detto. I Costituenti avevano come fine ultimo non solo quello di modificare lo Stato, ma anche la realtà sociale, mentre la comunità politica stessa non può facilmente pretendere, in tesi, il contrario, se non altro a causa della rigidezza della Costituzione, che addirittura qualche Autore (Mazziotti) non considerava una garanzia, in quanto il procedimento di cui all'art. 138 è volto alla modifica della stessa. Qual è,

dunque, l'ambiente su cui incide la Carta e con il quale essa interagisce? Credo fermamente che ci sia una distanza siderale tra Costituzione e sistema politico-sociale. Non sarebbero state altrimenti necessarie le migliaia di sentenze della Corte costituzionale, senza dire dei reiterati tentativi di riforme, abortiti perché la maggioranza del corpo elettorale non le ha accettate. Ma vien da chiedersi cosa sarebbe successo senza i limiti alla revisione e se, per altri versi, fosse previsto il quorum dei votanti come per il referendum abrogativo. Oltretutto è una mia convinzione che il Popolo, nella sua interezza, non conosce norme e principi costituzionali, come sa ciascuno di noi nella sua attività di insegnamento. Non si può essere ipocriti o reticenti su questo punto. La Costituzione, sia consentito dire, fa sistema con il corpo giudiziario, se e quando i giudici sollevano questioni di legittimità costituzionale, dopo aver tentato l'interpretazione adeguatrice, e con la Corte costituzionale, mentre il controllo del Capo dello Stato non può che essere, per forza di cose, più defilato e in casi limite di leggi eversive, in cui è dovuto il diritto di resistenza.

Ed allora preferisco immaginare che la Costituzione sia un sistema (non certo chiuso) di legalità, anziché vederla "modificata" dalla realtà sociale, anche se solo in apparente contraddizione con quanto dirò in seguito. Tuttavia, ammetto volentieri di aver modificato la posizione giovanile, un po' giacobina, sulla centralità della Corte costituzionale, che rimane, fino a prova contraria, la "*bouche de la Constitution*".

Poi c'è la comunità dei costituzionalisti, della quale, mi pare ovvio, ma non così nella mente di taluni "riformatori", fanno parte gli Emeriti.

Non richiamerò, pertanto, Maturana e Varela (né l'utilizzo che dell'autoproduzione hanno fatto Zolo e Luhman, anche perché l'autoreferenzialità è, e deve essere, del tutto estranea al concetto di Costituzione) e mi sento di non contemplare alcuna possibilità seria di autoproduzione (e quindi di autoriproduzione), tanto più che, al di là di qualche sussulto, l'unità del popolo è semplicemente mitica, a causa di una evidente frammentazione dalla quale si "elevano" interessi personali e di gruppo ed a cagione della quale l'*idem sentire de republica* rimane un mito, quasi una figura retorica che mette in crisi persino la teoria istituzionistica dell'ordinamento giuridico di Santi Romano, che ricercava un "principio ordinatore", assieme al gruppo sociale e all'organizzazione (*plurisoggettività*, *organizzazione* e *normazione*, come dice Giannini). L'unità si verifica, su un solo versante, in questa fase politica, nell'accettare promesse di dubbia realizzazione e costituzionalità, e nella paura dell'altro, solo in parte giustificata, ma propagandata persino come fosse un pericolo per la nostra civiltà. Si tratta, mi sembra, di una strumentalizzazione ideologica tra diritti dell'uomo e sicurezza; mentre tali processi andrebbero governati, con tutte le difficoltà connesse, ma, semplicemente, governati; non indulgendo su esi-

genze contrarie a criteri di umanità. Mi sbaglio, avendo a mente gli articoli 2 e 53 della Costituzione?

C'è qualcosa che con difficoltà si può dire in un ordinamento democratico, vale a dire che il Popolo non ha sempre ragione, cosa che, invece, ha brillantemente dimostrato Zagrebelsky allorquando ricorda a noi tutti che il Popolo scelse di salvare Barabba e non Cristo.

Pertanto, si può dire che la Costituzione interagisce con il suo "ambiente" con la forza gerarchica che le è propria e poi con gli altri sottosistemi che essa "governa", come il corpo dei giudici, al di là dell'opera del sottosistema politico che tenta di modificarla, pur non potendo colpire il limite dei principi supremi, e che ordinariamente la viola attraverso l'attività legislativa.

Capisco che in questo discorso il Popolo sovrano sta sullo sfondo; tuttavia desidero ricordare anzitutto a me stesso che la Costituzione, come tutte le Costituzioni liberali, rappresenta un limite al potere sovrano a chiunque esso spetti.

La mia convinzione è che l'*intent* del Costituente italiano fosse rivolto, nella redazione dell'art. 138, ad aggiustamenti della Costituzione formale e non a modificazioni totali o parziali della stessa. E per fortuna la Corte ha introdotto l'immodificabilità dei principi supremi, vera e propria supercostituzione. Ma tale gerarchia è frutto dell'elaborazione da parte della migliore dottrina, e anche dell'attività interpretativa della Corte stessa. Non vorrei, però, che un giorno la Corte cambiasse giurisprudenza (in forza di una non auspicabile composizione), poiché, come si è detto, anche la possibilità che fosse aperta una stagione di "miglioramento" degli stessi principi, se non altro per la differenza tra la visione politica dei Costituenti e quella attuale (sia per difetto di dottrina, sia per la verificabile pochezza politica) mettesse a repentaglio tutto con modifiche peggiorative. E, mentre è possibile una revisione dei congegni istituzionali sul versante della forma di governo, non bisogna dimenticare che si può creare uno iato tra ingegneria ed architettura, poiché i principi fondamentali si reggono sulle istituzioni della Repubblica ed allora va vista con estrema diffidenza ogni riforma che metta a rischio il principio della rappresentanza nel suo rapporto con la rappresentatività.

Per usare una metafora, trattare la Costituzione come palestra di esercitazione da parte di una maggioranza politica può ridurre la legge fondamentale ad una sorta di *chewing gum*, o, più nobilmente, all'antico zucchero filato. Si tratta di una pratica a suo modo eversiva, visto il dovere di fedeltà alla Repubblica, con i caratteri ad essa attribuiti dai Costituenti ed il relativo giuramento che investe il Capo dello Stato che mai dovrebbe avventurarsi in questi temi, poiché garante dell'Unità nazionale, ma anche della Costituzione alla quale abbia giurato fedeltà.

Insomma, è contrario ai principi già il fatto che il potere costituito si faccia costituente e, del resto, il popolo sovrano per ben due volte ha bloccato e

respinto dei "frutti avvelenati" con una cinquantina di modifiche, costrette tutte, senza alcuna possibilità di scelta, ad un sì o ad un no. Non si può sottoporre al Popolo un libretto copioso di righe più di quelle della stessa Costituzione.

Se poi la legislazione, già di per sé, fosse concretizzazione della c.d. costituzione materiale, si sarebbe di fronte ad una concreta prevalenza certificata e secondo legalità costituzionale operata dalla Corte, tutte le volte che essa ricorra a migliaia di sentenze, ed in particolare a quelle di accoglimento, e fra tutte a quelle additive. Non vi è dubbio, altresì, che reiterate dichiarazioni di illegittimità (o anche una sola dichiarazione di illegittimità) che facciano emergere in modo eclatante la contrarietà alla Costituzione dell'indirizzo politico del raccordo Governo-maggioranza, possano innescare, come si è sostenuto in passato, anche un atto di scioglimento da parte del Capo dello Stato che abbia la natura di sanzione costituzionale. Capo dello Stato che dovrebbe essere molto accorto sul tema dei cambiamenti della Costituzione, si ribadisce qui, alla quale ha giurato fedeltà.

Se ciò è vero, come del resto è vero, la c.d. costituzione materiale, l'indirizzo politico della maggioranza e gli atti legislativi conseguenti sono e devono essere subordinati alla Costituzione formale che, come affermato a chiare lettere da Martines, in caso di contrasto, deve prevalere.

Ma, ferma restando, e per fortuna, la competenza della Corte costituzionale, anche se difficile da attivare, la storia dell'ultimo trentennio dimostra che è il corpo elettorale a far prevalere la Costituzione formale, visto che le riforme proposte, evidente frutto della c.d. costituzione materiale (e delle consustanziali forze politiche maggioritarie, con quel complesso di fini che esse perseguono), di natura, al massimo concedendo, metagiuridica ma, sarebbe più appropriato dire, politica, con carattere chiaramente metaforico. Se, dunque, espressione di tutto quanto si possa attribuire alla costituzione materiale, in forza di proposte di una maggioranza tradizionalmente composita che si propone di modificare la Costituzione formale, respinta dal corpo elettorale che fa prevalere quest'ultima, prende concretezza un dover essere perentorio, auspicato come si diceva da Martines.

Tutto questo dimostra che ineffettiva o "invalida" che sia la costituzione materiale, essa è una superfetazione sovrastrutturale.

Ma occorre dire di più: la costituzione materiale è servita a legittimare la creazione/individuazione di regole non scritte e non conosciute, in violazione della Costituzione, come ad esempio le convenzioni costituzionali, su cui in passato ho riservato la mia attenzione tombale. E tuttavia, *in apicibus*, dinanzi alla Camera, si afferma di aver travolto, nella formazione del governo che ha risolto l'ultima crisi politico-istituzionale, le convenzioni preesistenti, che secondo me non esistono, confondendole con la prassi. Non farebbe

male, a chi si propone di governare il Paese, approfondire taluni istituti e concetti, al di là di "contratti".

Si è avuto l'ardire di invocare l'*impeachment*, che non c'entra nulla con l'ordinamento italiano, nel quale i reati presidenziali (alto tradimento ed attentato alla Costituzione) sono di natura gravissima. Ed è già grave che tali attacchi non abbiano conseguenze legali a garanzia e protezione, tra l'altro, di quel galantuomo del Presidente Mattarella, forse soltanto fin troppo paziente.

La categoria della costituzione materiale è stata elaborata, e soprattutto ripetuta, da una dottrina autoreferenziale che, tuttavia, dava l'illusione dell'esistenza di norme più cogenti di quelle della Costituzione formale. Ma questo ruolo usurpato la dottrina non ce l'ha più. Essa è nuda e può celebrare questa categoria come strumento di auto legittimazione presso il potente di turno.

E se a taluno, qui o fuori di qui, venisse in mente di assegnarmi l'etichetta di positivista, di formalista un po' kelseniano, egli sappia che per me sarebbe una medaglia al valor civile e, siccome mi sento un costituzionalista militante, anche al valor militare.

I diritti ed i principi fondamentali in tanto sono tali, in quanto posti in Costituzione. Non posso dimenticare l'insegnamento per il quale il formalismo è garanzia dei diritti, delle libertà e del pluralismo (A. Falzea). Il resto è noiosa opera di fantasia. Ma, tuttavia, non mi appartengono illusioni ottimistiche: continueranno (non certo in questa sede, sia chiaro) ad essere confezionati "temini", come li definiva Massimo Severo Giannini (Messina 1980), nei quali si ricorrerà alla "tricosezione" multipla, carpiata e rovesciata, con relative subordinate, che l'antico studioso, che è in me, non capirà, poiché, in genere si scopre l'ovvio, con molta sicumera disarmante, pur mascherata da falsa modestia. Per altri versi, la mediocrità spesso viene dissimulata con l'assertività.

I fini, gli scopi che le maggioranze governanti (dominanti?) ed i governi devono perseguire sono indicati in Costituzione ed alle forze politiche è demandato il compito di scegliere le modalità con le quali perseguirli. Ma c'è in campo anche l'ipotesi, pur limitata, che la Corte costituzionale giudichi inadeguate allo scopo, da ogni punto di vista possibile, tali modalità e commini la sanzione dell'annullamento per irragionevolezza in sé per sé. In sostanza, le forze politiche possono e devono perseguire i fini, i valori, i principi indicati nella Costituzione nella maniera più adeguata, o comunque adeguata, secondo il canone della ragionevolezza.

Non mi sfugge che lo Stato è un Ente a fini generali, che cioè può perseguire i fini che ritiene, anche se non trovati in via interpretativa dalla Costituzione, scopi che tuttavia non si pongano in contrasto con quelli positivizzati nella Carta fondamentale, l'unica cogente e garantita e che, oltretutto,

sono suscettibili di essere valutati secondo il sopracitato principio di adeguatezza.

2. Legalità-legittimità

Mi sono imbattuto nel rapporto legalità-legittimità quando, negli anni Ottanta, trattando del dovere di fedeltà, ho anche utilizzato quel dovere come strumento o chiave di lettura per comprendere appieno e distinguere nel dilemma tra i due concetti e per stabilire, come parametro personale, il reale valore, come potrà vedersi in seguito, della dicotomia Costituzione formale-costituzione materiale e la reale portata di quest'ultima attraverso il metodo induttivo, che mettesse in gioco il fondamento di quello come di altri doveri, nonché, ovviamente, dei diritti. Era il tempo in cui la lontananza geopolitica dal centro dell'impero costringeva (può dirsi per fortuna) i giovani studiosi di allora, delle lontane province, ad occuparsi di teoria generale. Come è noto, si era nel pleistocene, non c'erano *computer*, non c'era *internet* e soprattutto non c'era *wikipedia* che poi, nella confusione generale dei tempi moderni e nella relativa disattenzione, farà la fortuna (?) di qualche giovane studioso. Intere generazioni di giovani, magari maltrattati ingiustamente ed ingiustificatamente, nei concorsi, avevano a disposizione le proprie capacità, lo studio e l'Olivetti 44, con relativa scorta di carta-carbone, oltre ovviamente la cura intransigente ma affettuosa del proprio Maestro. E tutto questo, pur nella modernità degli strumenti e delle idee, si ripete, forse a cagione dell'*imprinting*, nella comunità dei costituzionalisti e dei giuspubblicisti dell'U.M.G., che si cimentano ancora su temi di teoria generale e su argomenti di antica e nuova difficoltà.

Come che sia, mi confrontai con tesi per le quali l'obbligo di fedeltà, nozione molto lata, presuppone necessariamente altre norme per concretizzarsi, constatando come la mancanza di autonomia del dovere sia un dato costante delle varie posizioni dottrinali, negandosi l'esistenza di un obbligo giuridico che abbia come contenuto la fedeltà. Ciò perché, sotto il profilo giuridico, la fedeltà si identifica con «l'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico» (KELSEN).

Altre tesi, pur postulando l'autonomia e la giuridicità del dovere di fedeltà, si collegano alla violazione di leggi ordinarie, che sostanzierebbero ed attuerebbero il dovere di cui all'art. 54.

In presenza di una Costituzione rigida, il principio di legalità investe anche l'attività legislativa che deve essere conforme a Costituzione. Può dirsi, inoltre, che non è qui accolto altro principio di «legittimità» che non si identifichi con la legittimità costituzionale (PIERANDREI, ZAGREBELSKY), con la conseguente subordinazione della legge alla Costituzione e la relativa invali-

dità delle norme incostituzionali; ad una Costituzione che è fondamento della legittimità dell'ordinamento giuridico ed in cui il potere sovrano trova la propria legittimazione nell'imputazione al popolo della titolarità e del suo esercizio. Si respinge, pertanto, qualsiasi collegamento del «principio di legittimità» con il diritto naturale, o con principi di natura metagiuridica, i quali non possono non rimanere, per l'appunto, nel campo del metagiuridico e non possono costituire né il fondamento della legittimità dell'ordinamento o del potere, né il contenuto del dovere di fedeltà. E nell'ipotesi in cui essi fossero stati recepiti dalla Costituzione, il fondamento della legittimità, o il contenuto di quel dovere, sarebbero ovviamente rinvenuti in principi divenuti costituzionali.

La dottrina più avveduta seguiva l'impostazione schmittiana sul problema della legalità, con l'identificazione di legalità e legittimità, di modo che "chiunque detenga o comunque conquisti una maggioranza politica anche minima, per questo solo vede giustificato il potere esercitato, considerandosi legittimo *dominus* dell'apparato statuale, fino al limite di estromettere dalla legalità, che diventa allora la sua legalità, gli oppositori" (LOMBARDI, che riprende le tesi di SCHMITT). Si affermava ciò in dichiarata polemica con la teoria normativistica e con le conseguenze che essa avrebbe imposto nell'apprezzamento del principio di legalità. Ma appare riduttivo ricondurre il normativismo al quadro disegnato da Schmitt, così come può essere fuorviante ricondurvi il principio di legalità, come va ad esempio inteso nel nostro ordinamento.

La critica alle teorie normativistiche andrebbe semmai condotta in rapporto a sistemi democratico-pluralistici, retti da costituzioni che non regolano soltanto le procedure di formazione del diritto, ma esprimono valori e principi cui l'attività legislativa deve uniformarsi.

Secondo Schmitt, «la definizione normativistica di un sistema chiuso di legalità entra in contrapposizione vistosa ed inevitabile con la legittimità di una volontà realmente esistente e conforme al diritto» (SCHMITT). Ciò in quanto si ha una visione del potere legislativo, del «legislatore» e della «procedura legislativa da lui manipolata», come «l'ultimo custode di ogni diritto, l'ultimo garante dell'ordine costituito, l'ultima fonte di ogni legalità, l'ultima sicurezza e l'ultima difesa contro il torto» (SCHMITT). Esso poi dispone dei diritti fondamentali garantiti nella Costituzione, sui quali può intervenire a sua discrezione (SCHMITT).

Qualunque definizione, tuttavia, si voglia dare del principio di legalità, ad esempio nel nostro sistema costituzionale, sia che lo si intenda identificare con un astratto principio di legittimità o lo si voglia subordinare a quest'ultimo, sia che si voglia racchiudere i due concetti, di legalità e legittimità, in quello di legittimità costituzionale, esso sarà comunque diverso dal principio di legalità identificato nel c.d. Stato legislativo, in cui «il legislatore

fa ciò che vuole; in ogni caso è sempre "legge" e costituisce sempre "diritto"», con una conseguente concezione della legalità come «neutrale, avalutativa, aqualitativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto» (SCHMITT).

Può suscitare qualche perplessità anche la valutazione, sempre schmittiana, per la quale soltanto in una società omogenea è possibile la identificazione della legge con la volontà popolare, cioè con la volontà della contingente maggioranza dei cittadini titolari del diritto di voto, perché per omogeneità si intende «una sostanziale omogeneità di tutto il popolo», nel presupposto che, «in forza dell'appartenenza al medesimo popolo, tutti vogliono, sostanzialmente, la stessa cosa nello stesso modo» (SCHMITT). Venendo meno tale omogeneità cesserebbe «l'identità democratica» tra governanti e governati e conseguentemente si avrebbe una maggioranza al potere e una minoranza costretta a «ubbidire» (SCHMITT). Essendo tale identificazione una caratteristica della democrazia parlamentare, occorre rilevare come quest'ultima per definizione si contrapporrebbe «alla pretesa di controllo giurisdizionale delle leggi» affatto conciliabile con lo «Stato legislativo parlamentare» (SCHMITT), il quale tra l'altro presupporrebbe una costituzione scritta contenente norme di tipo organizzatorio e procedurale (SCHMITT) e che riserva solo al legislatore ordinario il «monopolio» della produzione di norme giuridiche (SCHMITT), con la identificazione dello Stato come unico creatore di diritto e la negazione di ogni pluralità di fonti normative e di ordinamenti.

È questa una visione storicamente datata, che racchiude la democrazia in non adeguati schemi parlamentaristici, con il rifiuto di qualsiasi forma di pluralismo sociale e istituzionale, probabilmente alla luce del fallimento della esperienza della Costituzione di Weimar, e sul piano teorico finalizzata anche a soluzioni di tipo autoritario.

D'altra parte, ci si può chiedere in quale tipo di Stato sia esistito un «popolo» tanto omogeneo da rendere possibile la mitica «identificazione» di governanti e governati, se si pensa che nello stesso stato «monoclasse» (GIANNINI) la identificazione tra popolo-classe dominante e governanti era teoricamente possibile proprio perché le altre classi erano estromesse dal «popolo».

E ci si può chiedere se, applicando gli schemi schmittiani, in fondo antidemocratici, a regimi di democrazia contemporanei, si possa immaginare un rapporto talmente antagonistico tra maggioranza legale e minoranza che, rassicurata dalla concessione di eguali «*chances*» per divenire a sua volta maggioranza, resti così passiva da farsi «estromettere dalla legalità», perché priva di qualsiasi altro strumento legale per canalizzare il dissenso.

Per altri versi, si afferma criticamente (PASSERIN D'ENTREVES) che nei regimi democratici, da parte di alcuni giuristi, si dà al principio costituziona-

le dell'appartenenza della sovranità al popolo un valore soltanto politico, in quanto «giuridicamente corretta» sarebbe da essi ritenuta la sovranità dello Stato. Però pare qui indiscutibile la reale portata giuridica dell'art. 1 della nostra Costituzione, nonché dell'intero impianto democratico che caratterizza il tipo di Stato prefigurato dal costituente, la cui legittimazione poggia sul principio democratico della sovranità popolare non solo perché in un certo modo si esprime una norma della Costituzione, ma in quanto emerge la realtà di un ordinamento costituzionale che dà ampio sviluppo a quel principio e che, pur sostanzialmente rappresentativo, compiutamente introduce forme sostanziali di democrazia, anche con l'adozione di istituti di democrazia diretta e di democrazia pluralista.

Sia il problema del potere ingiusto o tirannico, sia il problema connesso del diritto di resistenza sarebbero considerati di carattere metagiuridico (PASSERIN D'ENTREVES); in realtà, nel nostro attuale sistema costituzionale, il problema del potere ingiusto o tirannico non può essere visto che in riferimento ad un potere in altri termini eversivo della Costituzione.

La legittimità è la condizione della «autorità», è il segno «più» aggiunto al potere, alla forza che lo Stato esercita «in nome della legge» (PASSERIN D'ENTREVES); ma tale legittimità va rinvenuta nella Costituzione che disciplina le forme di esercizio del potere e che subordina a se stessa la legge. Ed il relativo problema della resistenza collettiva, sganciato da motivazioni metagiuridiche, può essere risolto con la sua identificazione di strumento di garanzia della Costituzione e dei soli principi e valori in essa contenuti.

Ecco perché, se si riconosce (PASSERIN D'ENTREVES) che il principio di legalità «è intimamente legato alla moderna concezione dello Stato come Stato costituzionale» e si prende atto della trasformazione del concetto astratto di «supremazia della legge» in istituti di garanzia costituzionale (PASSERIN D'ENTREVES), non pare conseguente il dubbio «se la legalità da sola possa costituire un sufficiente criterio di legittimazione dello Stato» in quanto la legalità è «insita nella nozione stessa del potere come "forza esercitata in nome della legge"» (PASSERIN D'ENTREVES).

Nei sistemi a costituzione rigida, il concetto di legalità non può che essere inteso come legalità costituzionale, se la stessa legge deve essere conforme alla Costituzione e se esiste una serie di garanzie atte a rendere effettivo questo principio.

Il potere si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione e per la realizzazione dei fini indicati dalla stessa e lo si esercita in quanto legittimato dal consenso popolare.

Sempre volendo utilizzare l'espressione «principio di legalità», se si sostiene che, affinché assolva il compito un tempo affidato al «principio di legittimità», occorre «che con esso si indichi non soltanto la struttura formale del potere, ma anche il suo contenuto», essendo necessario che si dica «di

quale legalità si tratta» (PASSERIN D'ENTREVES), si può rispondere che trattasi della legalità costituzionale, cui il «potere» deve attenersi non solo per le procedure di esercizio, ma anche per il contenuto delle stesse scelte politiche.

Diversamente, si disconoscerebbe la stessa incidenza che, in applicazione di questo principio, l'organo di giustizia costituzionale ha avuto (PASSERIN D'ENTREVES). Il principio di legalità non impone soltanto la correttezza formale delle norme e delle decisioni, ma la loro conformità a determinati «valori», divenuti principi, positivizzati nella Costituzione.

In definitiva, si può accogliere la tesi (CRISAFULLI) che accredita come distinzione «meramente convenzionale e di comodo» quella tra legalità e legittimità e ne riconosce l'utilità al solo scopo di distinguere una «conformità» a norme che pongono «limiti sostanziali di oggetto e di contenuto»; fermo restando, però, come il concetto di legittimità sia onnicomprensivo (CRISAFULLI). È questa l'idea di legittimità che non si può non accogliere, senza la necessità di ricorrere a distinzioni tra «legittimazione giuridica» e «legittimazione morale» del potere.

È indispensabile il recupero della legalità, "in quanto legalità costituzionale".

3. Costituzione formale e costituzione materiale (ancora sotto forma di rapporto, che appare antagonistico, tra legalità e legittimità)

Analogamente si è utilizzato come una sorta (sia detto impropriamente) di *tertium comparationis* il tema della fedeltà per il rapporto Costituzione formale e costituzione materiale. Partendo dalla tesi per cui, in un sistema fondato sulla legalità non trova luogo il dovere di fedeltà distinto, sia sotto il profilo normativo, sia sotto quello concettuale, dal dovere di osservanza delle leggi. Nell'ottica di una teoria normativistica, per cui la fedeltà è il dovere del suddito nei confronti del sovrano, correlativo alla protezione ricevuta (KELSEN), poiché si sostanzia nell'obbligo generale di obbedienza all'ordinamento (KELSEN), viene meno il carattere giuridico del dovere di fedeltà, che assume natura metagiuridica. La conseguenza della perdita di efficacia normativa di quel dovere discenderebbe dalla concezione dell'ordinamento come un sistema chiuso di legalità, che porta all'equazione legge-diritto ed alla legalità stessa come fondamento della «coazione statale», «per cui ogni autorità o comando, al vertice dell'azione dello Stato viene assorbito nel concetto di legalità».

Si rinviene, quindi, il correttivo della descritta situazione che si determinerebbe con la identificazione di legalità e legittimità, nella creazione di una «sorta di superlegalità di tipo costituzionale» che si ha con l'adozione di una

costituzione rigida e con la individuazione tra i principi costituzionali di «taluni orientamenti di fondo», la cui modificazione è sottratta non solo al legislatore ordinario, ma anche al titolare del potere di revisione costituzionale (LOMBARDI). Alcuni valori, di conseguenza, sono individuati come «fini permanenti dello Stato, tali da limitarlo al momento stesso in cui si atteggiano quale ragione della sua legittimità». Ed intorno a questi valori «la Costituzione tende a polarizzare, con gli strumenti normativi che le sono propri, un minimo di omogeneità da parte delle forze politiche e dei gruppi sociali, promuovendo, con mezzi giuridici, quella coesione che ormai, come dato di fatto, è tramontata nella sua struttura sociale» (LOMBARDI). In questo quadro, si dovrebbe riconoscere l'essenzialità di quel dovere in ragione della presenza di quei valori sui quali si basa la «legittimità dello Stato». Ed il fondamento della legittimità nell'ordinamento costituzionale italiano è rinvenuto (LOMBARDI) in quei principi che costituiscono un limite assoluto alla revisione costituzionale e, in particolare, nel principio che scaturisce dall'art. 139 Cost., in collegamento con l'art. 1 e con l'art. 2 Cost. Mentre, quindi, il dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi si collegherebbe al principio di legalità, il dovere di fedeltà, che ne rappresenta il «presupposto normativo», viceversa, si collegherebbe a quello di legittimità, che si sostanzia autonomamente in quei principi «derivanti dal combinato operare degli artt. 139, 1, 2 Cost.», cui è subordinata la stessa legalità costituzionale.

Di conseguenza, mentre l'osservanza va logicamente collegata a norme giuridiche, «la fedeltà si riporta ai valori istituzionalmente desumibili dalla costituzione, ma da essa distinti nella misura in cui risulta nel suo profilo formale». Si afferma, pertanto, che «oggetto della fedeltà è il contenuto materiale di una certa costituzione, assunto come sua ragione legittimatrice, mentre oggetto dell'osservanza sono le norme di un testo costituzionale, nella loro portata di fonte di validità di quell'ordinamento, oltre alle altre norme dell'ordinamento, collegate alla dimensione ordinaria della legalità» (LOMBARDI). Tuttavia, suscita perplessità il fondare il contenuto autonomo del concetto di fedeltà su valori che sono «desumibili» dalla Costituzione ma che si distinguono dalla Costituzione stessa, vista nel suo profilo formale, perché individuati come «contenuto materiale» della stessa. Se da un lato si incardina il dovere di fedeltà alla Repubblica ad alcunché di desumibile dalla Costituzione, il che lascerebbe un margine di discrezionalità politica non di poco conto a chi dovesse decidere se un dato comportamento violi il dovere di fedeltà, in quanto può sempre essere discutibile la scelta dei valori che vanno desunti dalla Costituzione, dall'altro, se nella concettualizzazione del termine «Repubblica» si fa riferimento agli artt. 139, 1, 2, si richiama, e non potrebbe essere in realtà altrimenti, il dato formale.

L'osservanza della Costituzione avrebbe come punto di riferimento la costituzione formale, mentre per osservare quel «contenuto materiale», quei principi fondamentali che stanno a fondamento della stessa Costituzione, ed in definitiva la parte immodificabile della stessa, che quei principi fondamentali contiene, si adempie ad un altro dovere, quello di fedeltà.

Emerge d'altro canto il concetto di supercostituzione, che non può che consistere in quelle norme della Costituzione ineliminabili attraverso un procedimento di revisione costituzionale, poiché altri concetti, altri valori pur desumibili dalla Costituzione non possono costituire parametro certo per il cittadino, cui si chiede di adempiere ad un dovere giuridico, a causa della loro indeterminatezza e spesso della loro natura metagiuridica.

Per quanto riguarda i contenuti di tale "supercostituzione", sembra di poter aderire alla tesi (RESCIGNO, MORTATI) che, analizzando il concetto di "inviolabilità" dei diritti di libertà, ne dà il significato di non eliminabilità, neanche attraverso una legge di revisione costituzionale, poiché sono diritti «considerati così importanti ed essenziali che una loro abolizione costituirebbe alterazione qualitativa dell'ordinamento repubblicano e il suo sovvertimento». Difatti, il termine "inviolabile" è riferito a tutti i diritti di libertà «perché essi sono essenziali allo Stato democratico voluto dalla Costituzione; una loro eliminazione non sarebbe modificazione di questo ordinamento repubblicano, ma sua distruzione (e quindi evento per definizione non legale, ma extraistituzionale)». Più che un contenuto materiale, distinto dal dato formale, si possono considerare quelle norme della costituzione formale, la sola che può imporre doveri e porre e garantire diritti, non eliminabili, che danno contenuto e maggiore vigore normativo ai principi fondamentali che scaturiscono dagli artt. 1 e 2.

Si vuole sin da ora vincolare questo concetto di supercostituzione alla costituzione formale e, se si vuole, a quella parte di essa non eliminabile con procedimenti legali, che traccia in modo chiaro le caratteristiche essenziali della Repubblica voluta dal Costituente.

Un diverso concetto di supercostituzione può finire con l'essere determinato da un punto di vista ideologico, ma può anche costituire una elaborazione di parte, ad uso e consumo della ideologia e della pratica delle forze dominanti per stravolgere la Costituzione stessa, per disattenderla o per applicarla in parte e in modo difforme dal contenuto di quel patto costituente che l'ha generata.

Si possono al riguardo richiamare le obiezioni (CRISAFULLI) alla concezione schmittiana di una «vera» costituzione condizionante l'intero ordinamento e che consisterebbe «in una entità sociologica pregiuridica, sottostante alla costituzione giuridico-positiva», che viene invece identificata nelle «leggi costituzionali» e quindi alla teorizzazione di una costituzione materiale, la quale è «concreta decisione del titolare storicamente reale del potere

costituente», con la conseguente modificabilità delle disposizioni costituzionali che rilevano all'esperienza del giurista, mentre «legalmente immutabile» è «la costituzione come tutto», nonché «quel che strettamente inerisce al contenuto della decisione politica: dalla forma di stato e di governo ai "diritti fondamentali" … sempre necessariamente parte integrante della decisione politica che sta alla base degli ordinamenti». A tale costruzione si è magistralmente obiettato che «finché la decisione originaria si riguarda come il presupposto storico di un ordinamento, siamo fuori e prima della costituzione e non c'è ragione di designarla con questo nome; se, invece, la si riguardi in quanto tradottasi in ordinamento giuridico non potrà dirsi sprovvista di valore normativo, ma sarà proprio, allora, la costituzione o parte della costituzione giuridica (in senso materiale)». Affermazione che va letta alla luce della premessa circa la relatività di ogni distinzione tra «principi e norme particolari» e «principi più o meno generali», che si fonda su un «giudizio di valore», per cui, in un determinato momento, taluni principi vengono identificati come «supremi o fondamentali» sulla base di un «apprezzamento storicamente condizionato e subiettivo, anche se non proprio arbitrario». Dal che si conclude per l'impossibilità di una «definizione logica» ed assoluta della costituzione in senso sostanziale, che rimane «un concetto unicamente politico» (CRISAFULLI). Sulla stessa linea critica altri autori (BALLADORE PALLIERI), partendo dal presupposto dell'esistenza di un'unica Costituzione, quella positiva, con la conseguente negazione del carattere giuridico della costituzione materiale. Alle tesi che postulano l'esistenza di taluni «principi politici» sovraordinati rispetto alla «costituzione positiva» si obietta esattamente che «sono costruiti in modo così soggettivo ed arbitrario da chiedersi … come si sia potuto sostenere che servano a qualcosa per una indagine qualsiasi e per quella giuridica in ispecie». Rispetto a principi espressi nella Costituzione formale o che comunque da essa possano essere desunti, si è di fronte «alla pura indagine giuridica», che non può avere che per oggetto la Costituzione formale.

Si può certamente dire che i fatti della costituzione materiale non sono estranei a un'indagine sulle norme della Costituzione formale o positiva. Resta la considerazione del necessario riferimento alla Costituzione formale, se si vuole, in quanto abbia recepito valori e principi della costituzione materiale; e sempre ad essa vanno riferiti i valori e i principi che possono essere «desunti», che non vanno e non possono essere considerati come qualcosa di distinto dalla costituzione formale del cui contenuto fanno parte.

Sono, in altri termini, le norme, i principi, i valori della Costituzione formale, individuati o desunti, i soli che possono emergere. Assume rilievo anche il problema (CRISAFULLI) dell'esistenza di parti della costituzione «(materialmente intesa)», delle quali non è possibile un mutamento «legale» e che costituiscono un limite assoluto alla revisione costituzionale, problema

che viene esattamente ricondotto a quello dell'individuazione di una "supercostituzione" intesa «come nucleo originario, irreducibile e assolutamente condizionante dell'intero ordinamento statale» e che costituirebbe la «"costituzione materiale" in senso stretto e per antonomasia» (CRISAFULLI).

Se tale problema viene impostato sul piano del diritto positivo, riferendosi all'esistenza di limiti, anche impliciti, alla revisione della Costituzione «in un ordinamento dato», e dunque alla ricerca di quelle norme costituzionali che, espressamente o in ragione del loro contenuto, assumono una posizione di preminenza su altre norme, anch'esse parti della «costituzione in senso materiale più largamente intesa», non vi è ostacolo alla loro dichiarazione di immodificabilità da parte della Costituzione stessa e che si dia «in astratto» «valore giuridicamente vincolante» alle norme che la contengono (CRISAFULLI).

Si condivide in modo particolare l'impostazione per la quale (MARTINES), pur considerando decisivo il contributo di Mortati alla elaborazione del concetto di costituzione materiale, non si ritiene sia provato il carattere giuridico della stessa; si accoglie la soluzione data al problema posto dalla pretesa (MORTATI, GALEOTTI) funzione di garanzia della costituzione materiale rispetto a quella formale e di conseguenza al problema di un eventuale conflitto tra Costituzione formale e costituzione materiale (MARTINES).

La costituzione materiale è il «presupposto ultimo» della Costituzione formale, lo «stadio che immediatamente precede la normazione», visto che compito delle forze politiche è proprio quello di trasformare la realtà sociale in realtà giuridica. Di conseguenza, la Costituzione formale ha la funzione di garantire la costituzione materiale, perché ne assume il contenuto (MARTINES), sicché, in caso di frattura tra Costituzione formale e costituzione materiale, «la prevalenza spetterà alla prima, come alla sola formalmente giuridica, che (sia pure svuotata di ogni contenuto) continuerà ad essere valida in quanto appartenente all'ordinamento sino a quando dall'ordinamento stesso non sarà eliminata».

Se è la Costituzione formale, assumendo il contenuto di quella materiale, a garantirla, dandole i caratteri della stabilità e della certezza, contro le violazioni possibili da parte di soggetti ed organi che hanno il compito di interpretarla, di osservarla e di applicarla (MARTINES), se ne trae la corretta conseguenza per la quale, con riferimento ai doveri costituzionali, non può che essere la Costituzione formale ad assumere rilievo. Lo stesso dicasi per i diritti fondamentali che solo la Carta può, come si diceva dianzi, porre e garantire, anche in presenza di un apparato legislativo che li limiti o li violi.

Ma se la Costituzione formale e quella materiale divergono, in mancanza di una normativizzazione dei valori fondamentali, si lascerebbe all'arbitrio di una interpretazione di carattere soggettivo la determinazione del contenuto di quei fini che diverrebbero parametro incerto di un certo dovere di fe-

deltà, stabilito peraltro da una norma della Costituzione formale nell'ipotesi obsoleta e non più vigente.

Certo, la forma di governo, quale è determinata dai rapporti di forze esistenti all'interno della costituzione materiale, può anche assumere in parte connotati diversi da quelli delineati nella Carta costituzionale. Ma, a parte talune considerazioni che potrebbero non conformarsi alla diffusa opinione che la costituzione materiale debba sempre prevalere sul dato formale (MARTINES), non pare corretto fondare, tra l'altro, un dovere di fedeltà dei cittadini alla forma di governo quale emerge dalla costituzione materiale. È quest'ultimo un concetto di indubbia natura dinamica, la cui effettiva percezione, riservata peraltro agli studiosi, può avvenire con un'indagine che parta dalla storicizzazione, per periodi lunghi, dei dati emergenti dalla realtà politica; ma che è sicuramente ignoto alla quasi totalità dei cittadini, molto più di quanto possa essere la Costituzione formale, o taluni principi cardine, come la natura democratica dell'ordinamento costituzionale.

Tutti strumenti di cui si servono le maggioranze parlamentari, e pertanto le forze dominanti della costituzione materiale (che, mi si lasci dire, appare, in tutte le versioni possibili, un concetto di matrice o natura autoritarie), per perseguire certi fini che potrebbero essere anche in profondo contrasto con la Costituzione formale.

In definitiva, considerando ancora una volta il dovere di fedeltà alla Repubblica, e portando alle estreme conseguenze tali argomentazioni, si finirebbe con l'identificarlo con il dovere di fedeltà ad un dato regime politico. Il che sarebbe inammissibile. Oggi più che mai, com'è facile intendere, anche perché il corpo elettorale, per ben due volte, di recente, ha garantito l'integrità della Costituzione.

Infine, mai come in questo momento, è stato necessario che i costituzionalisti (paleo, proto, vetero o neo che siano) si pongano come guardiani della Costituzione e non come chierici pronti a servire, come che sia, i potenti politici e di turno. Un turno che spero ed immagino sia breve e transeunte. E, tuttavia, non mi pare di scorgere in campo "idee-forza", truppe credibili a sostegno e generali in grado di guidare le dinamiche politiche a difesa della Costituzione. Restano il Capo dello Stato e la Corte costituzionale.

PARTE PRIMA
LA REVISIONE COSTITUZIONALE: IL PROCEDIMENTO

Relazioni

LA FASE PARLAMENTARE DEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA LEGGE DI REVISIONE: QUESTIONI ASSODATE E PROBLEMI APERTI

di Giovanni Piccirilli*

SOMMARIO: 1. Premessa: la struttura del lavoro. – 2. Il perimetro dell'analisi: il procedimento parlamentare delle leggi "di revisione della Costituzione", alla luce delle (sole) disposizioni dell'art. 138 Cost. – 3. La fase parlamentare come momento decisionale primario (temporalmente e assiologicamente) nel procedimento complessivo di revisione costituzionale. – 4. L'evoluzione delle interpretazioni delle regole relative alla fase parlamentare del procedimento ex art. 138 Cost. e del loro completamento regolamentare. – 4.1. "Alternatività" e "consecutività" delle deliberazioni rispetto alla navette. – 4.2. La prima pratica della "consecutività" e le riforme regolamentari che hanno condotto alla "alternatività". – 4.3. Le limitazioni alla seconda deliberazione (e le critiche a tale soluzione). – 5. La scarsa specialità procedurale della prima deliberazione e il riferimento alle "forme" e alle "procedure" del procedimento legislativo. – 6. La distinzione della revisione costituzionale dalla funzione legislativa nella classificazione delle funzioni parlamentari. – 6.1. L'invarianza nella (proto?-)fase di iniziativa. – 6.2. Un precedente da analizzare meglio: la "riapertura" del testo nel 1993. – 6.3. Revisione costituzionale e funzione legislativa come *species* distinte del procedimento di decisione parlamentare. – 7. Conclusioni. Valorizzare la fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale tornando alla "consecutività".

1. Premessa: la struttura del lavoro

Il presente lavoro affronta la fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale descritto dall'art. 138 Cost. alla luce degli spunti emergenti dalla prassi maturata nei procedimenti che hanno tentato o condotto a modifiche del testo costituzionale.

L'analisi muove da un assunto di fondo, che influenza in maniera determinante la strutturazione dell'argomento: si ritiene di non poter inquadrare la fase parlamentare del procedimento di revisione in altro modo che come primo ed essenziale presidio della rigidità costituzionale (la quale, notoria-

* Ricercatore di Diritto costituzionale, LUISS Guido Carli.

mente, trova conferma – e non fondamento[1] – nell'esistenza di un procedimento distinto rispetto alla ordinaria decisione legislativa), tanto più alla luce della priorità (assiologica e non solo temporale) della fase parlamentare rispetto alle ulteriori fasi del procedimento di revisione costituzionale.

Coerentemente con questa impostazione, si proporrà una delimitazione dell'oggetto di studio, distinguendo atti e procedimenti che si ritengono inclusi nel perimetro della revisione costituzionale da quelli che invece, pur in presenza di tratti comuni ai primi, se ne differenziano ai fini che in questa sede rilevano. Successivamente si analizzerà l'evoluzione interpretativa che ha avuto l'art. 138 Cost., specie nella prospettiva della sua integrazione da parte dei regolamenti parlamentari nel modellare diversamente i rapporti tra gli attori protagonisti, in Parlamento, della revisione costituzionale. Saranno quindi analizzate le specificità del trattamento procedurale delle proposte di revisione costituzionale, anche al fine di segnalare una certa insoddisfazione rispetto al diritto (parlamentare) vigente, che non appare idoneo a garantire al meglio le finalità garantistiche, prima richiamate, del procedimento. Di seguito, si proporrà un inquadramento della revisione costituzionale all'interno delle funzioni parlamentari, nel senso di distinguerne la *ratio* e le finalità (oltre che i principî e, di conseguenza, gli strumenti) rispetto, appunto, alla funzione legislativa, ipotizzando piuttosto di collocarla nel diverso ambito della garanzia costituzionale. Si concluderà con la formulazione di una modesta proposta per la loro modifica, al fine di recuperare uno spirito maggiormente coerente alle finalità di garanzia nella gestione del procedimento parlamentare teso alla revisione delle disposizioni costituzionali.

Nel procedere alla trattazione occorre avvertire, in ragione della vicinanza temporale e la particolare intensità del dibattito occorso, che sarà inevitabile avere come costante punto di riferimento quanto avvenuto nel dibattito parlamentare che ha condotto al testo di legge costituzionale respinto dal referendum del 4 dicembre 2016[2]. In ogni caso, ci si pone l'obiettivo di andare

[1] A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2° ed., Padova, 2002, X, nonché ID., *Sulle revisioni costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2014, richiamando adesivamente J. BRYCE, *Flexible and Rigid Consitutions*, in ID., *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901, 1145 s. Analogamente S.M. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, 2, rifacendosi allo stesso Bryce, individua nell'art. 138 Cost. una "conseguenza" (e non una causa) della rigidità.

[2] Per l'analisi contestuale dei singoli passaggi procedurali occorsi durante il dibattito parlamentare sia consentito il riferimento agli aggiornamenti, a cadenza settimanale tra il 30/4/2014 e il 12/4/2016, predisposti insieme a F. Fabrizzi per la rivista *Federalismi.it*, nell'ambito dell'*Osservatorio parlamentare sulla riforma costituzionale*. Per più ampi e meditati riferimenti al procedimento svoltosi tra il 2014 e il 2016, e limitando i richiami agli aspetti procedurali presenti in opere monografiche, saggi o capitoli di opere collettanee comunque a ciò specificamente dedicati, si considerino: S. POLIMENI, *La lunga notte della riforma costituzionale. Riflessione a margine della "seduta fiume" dell'11 febbraio 2015*, in *Forumcostituzionale.it*, 27/2/2015; D.

oltre quelle specifiche vicende, ampliando l'osservazione della prassi ai precedenti più risalenti che risultassero utili nella prospettiva di analisi.

2. Il perimetro dell'analisi: il procedimento parlamentare delle leggi "di revisione della Costituzione", alla luce delle (sole) disposizioni dell'art. 138 Cost.

Il presente lavoro si inserisce in un contesto nel quale ambiti contigui o potenzialmente sovrapponibili hanno una sede specifica di trattazione, per cui sembra opportuno chiarire sin da subito quale taglio sarà assunto in questa sede. Ci si soffermerà unicamente sulle potenzialità della fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale alla luce dell'art. 138 Cost. vigente, tenendo quindi al di fuori della trattazione sia la possibilità e praticabilità di un ripensamento delle disposizioni costituzionali sulla revisione o di una loro sospensione o deroga occasionale, sia la problematica della "tenuta" dello stesso procedimento in relazione alla latitudine dei contenuti[3]. Alla luce della sistematica complessiva degli ulteriori contributi raccolti in questa sede, si ritiene di dover escludere il problema dell'inquadramento della revisione costituzionale tra potere costituente e potere costituito: stante il perimetro oggettivo individuato, la revisione costituzionale ha procedimenti e limiti, formali e logici, positivamente (costituzionalmente) individuati e invalicabili. Anche il problema della eventuale applicabilità dei limiti sostanziali (es. il trattamento dei tentativi di revisione costituzionale in violazione dei principi supremi) si ritiene debba rimanere al di fuori del presente lavoro, avendo altrove una sede di trattazione dedicata[4].

CASANOVA – M. PODETTA, *Il problematico* iter *di approvazione del disegno di legge costituzionale "Renzi-Boschi"*, in *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, a cura di A. APOSTOLI, M. GORLANI e S. TROILO, Torino, 2016, 17 s.; C. FUSARO, *Le ragioni di una riforma*, in G. CRANIZ – C. FUSARO, *Aggiornare la Costituzione. Storia e ragioni di una riforma*, Roma, 2016, 47 s., 51 s.; L. IMARISIO, *Il procedimento di approvazione del d.d.l. Renzi-Boschi*, in *La riforma respinta (2014-2016). Riflessioni sul d.d.l. costituzionale Renzi-Boschi*, a cura di M. CAVINO, L. CONTE, L. IMARISIO, S. SICARDI, G. SOBRINO e C. TRIPODINA, Bologna, 2017, 39 s.; A. PERTICI, *La Costituzione spezzata. Su cosa voteremo con il referendum costituzionale*, Torino, 2016, spec. cap. 1; E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, 23 s.; *Legge elettorale e revisione costituzionale. Procedure parlamentari "sotto stress"*, a cura di N. LUPO e G. PICCIRILLI, Bologna, 2016, 153 s. A tentativo di riforma ormai respinto v. anche le considerazioni di A. D'ANDREA, *La Costituzione che abbiamo. Il rigetto popolare della "grande riforma" deliberata dalle Camere nella XVII Legislatura*, Bari, 2017, 55 s.; G. FONTANA, *L'art. 138 Cost. tra modifiche tacite e deroghe* una tantum, in *Rassegna parlamentare*, 2017, 549 s.

[3] Sugli specifici punti richiamati nel testo v. F. DE MARTINO e V. MARCENÒ, in questo *Volume*.

[4] V. A. APOSTOLI, in questo *Volume*.

I "punti fermi" e i problemi da considerarsi "aperti", entrambi menzionati nel titolo assegnato, sono stati invece così di seguito individuati: in considerazione della non trascurabile torsione maggioritaria del sistema politico[5] e dei suoi riflessi anche sul procedimento di revisione, ci si è posti il problema di valorizzare il potenziale dell'art. 138 Cost. come presidio della rigidità costituzionale, anche e soprattutto relativamente alla fase parlamentare che, si vedrà, è ritenuta assiologicamente prioritaria nel procedimento complessivo. Dunque, si è mantenuto come unico punto fermo il solo testo dell'art. 138 Cost., considerando invece tutto il resto come un "problema aperto" (o, eventualmente, "apribile"), includendo così tanto la possibilità di interpretazioni diverse e ulteriori delle stesse disposizioni costituzionali sul procedimento, quanto l'ipotesi di modifica delle disposizioni dei regolamenti parlamentari (in particolare, Capi XIV del regolamento del Senato e XX del regolamento della Camera) e delle loro prassi applicative, ovviamente, limitatamente a quanto consentito dal vincolo costituzionale.

Venendo invece al perimetro "soggettivo", anche al fine di ricercare una maggiore omogeneità di trattazione, è parso necessario adottare un criterio di identificazione dei tipi di atti (o, forse, dei "gruppi di tipi"[6]) che si ritengono rientrare nella locuzione di "leggi di revisione" indicata nel titolo. Data la connotazione spiccatamente procedurale dell'approccio qui seguito, si è ritenuto di circoscrivere l'analisi a tutti e soli gli atti formalmente approvati ai sensi dell'art. 138 Cost., inteso in senso integrale ed esclusivo (al fine di privilegiare un approccio ispirato alla tipicità del procedimento). Ci si concentrerà quindi soltanto sulle leggi di revisione "della Costituzione", ossia quelle che procedono comunque (esclusivamente o anche solo in parte) alla modifica del testo della Costituzione in senso formale, e che per la cui approvazione non sono previsti aggravamenti procedurali ulteriori e diversi[7].

Il fine di una simile perimetrazione non sottende una considerazione di

[5] Non si può ignorare, infatti, che i tre referendum costituzionali (sintomo di revisioni costituzionali, per altro assai ampie, nn condivise) si siano tenuti tutti nel nuovo millennio, successivamente cioè alla "svolta" maggioritaria del sistema politico, alla luce anche dell'evoluzione del sistema elettorale.

[6] F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir., Agg. I*, Milano, 1997, 561 s., spec. 570 s., nonché n. 37.

[7] ... come quelle menzionate all'art. 132, primo comma, Cost., finalizzate alla fusione di Regioni esistenti o alla creazione di nuove Regioni, stanti le molte e peculiari specificità che ne rendono impossibile una trattazione comune alle altre, tra le quali, almeno: il monopolio della richiesta da parte locale (tanti Consigli comunali che rappresentino almeno un terzo delle popolazioni interessate); l'approvazione della proposta mediante referendum, la cui partecipazione è circoscritta alla maggioranza delle popolazioni stesse; il rispetto del requisito (per altro disatteso nell'unico precedente applicativo: l. cost. 3/1963, di istituzione della Regione Molise) di almeno un minimo di un milione d'abitanti.

scarso interesse nei confronti degli atti e dei procedimenti esclusi dall'analisi, bensì identifica una serie di variabili comuni tra i procedimenti considerati.

Non si ignora, infatti, che anche decisioni prese al di fuori del procedimento di revisione ben potrebbero avere analoghi effetti e ricadute di natura costituzionale[8], ma in questa sede si perseguirà una interpretazione strettamente formale dell'idea di "revisione" della Costituzione, escludendo dall'analisi le leggi (ordinarie) in "materia costituzionale" (nonostante qualche comunanza di trattazione nella disciplina dei regolamenti parlamentari), come pure le leggi costituzionali di approvazione di statuti speciali.

Il procedimento di approvazione di queste ultime offrirebbe spunti di notevole interesse anche perché, a seguito della l. cost. 2/2001, la fase parlamentare (almeno per quanto concerne la fase sub-procedimentale che avviene a livello statale) è divenuta esclusiva, essendo stata "comunque" esclusa la possibilità di richiesta e svolgimento di consultazioni referendarie "nazionali"[9]. Inoltre, la prassi più recente ha mostrato come nella fase parlamentare di discussione delle leggi costituzionali di approvazione degli statuti speciali possano verificarsi anomale "intrusioni" da parte di soggetti ulteriori, che suscitano certamente interesse, nonché più di qualche perplessità di correttezza costituzionale. È il caso, ad esempio, della recente approvazione della l. cost. 1/2017[10], nel corso della quale si è avuto un singolare parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, datato 15 febbraio 2017, sul disegno di legge costituzionale in discussione (A.S. 2643, XVII leg.), che è intervenuto nella fase intermedia tra l'approvazione in prima lettura da parte di un ramo del Parlamento e mentre era in corso l'esame da parte dell'altro[11], per altro sulla base di una normativa di epoca pre-costituzionale[12]. Eppure, è sembrato opportuno soffermarsi unicamente sugli atti tesi alla modifica del testo costituzionale, e non anche su tutti gli atti ad essi formalmente equiparati.

[8] Così G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 4° ed., I, Padova, 2004, 162, il quale distingue appunto tra "modifiche formali del testo" e mutamenti di altra natura. V. anche *How Constitutions Change: A Comparative Study*, a cura di D. OLIVER e C. FUSARO, Oxford, 2011. Sul tema v. M.P. IADICICCO, in questo *Volume*.

[9] V. le modifiche operate dalla l. cost. 2/2001, spec. artt. 41-*ter* St. Sicilia, 50 St. Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, 54 St. Sardegna, 103 St. Trentino-Alto Adige/Südtirol e 63 St. Friuli-Venezia Giulia.

[10] Modifiche allo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di tutela della minoranza linguistica ladina.

[11] La Camera aveva approvato il testo l'11/1/2017. Il parere è intervenuto circa un mese dopo, mentre era in corso l'esame in Senato, conclusosi il successivo 10/5/2017.

[12] Il parere è stato richiesto dal Governo ai sensi dell'articolo 1 del regio decreto-legge 273/1939, in quanto una delle modifiche recate interessava l'esercizio della giurisdizione amministrativa, incidendo sulle attribuzioni del Consiglio di Stato.

Esiste una risalente (e tuttora aperta) questione definitoria circa il rapporto reciproco tra "leggi di revisione della Costituzione" e (altre)"leggi costituzionali", che certamente esula dalle finalità del presente lavoro, e che tuttavia sembra opportuno richiamare sinteticamente in questa sede, al fine di meglio esplicitare quali "altre" leggi costituzionali (*recte*, quali accezioni di tale locuzione) siano considerate all'interno del presente lavoro. Il rapporto tra le due categorie menzionate è stato inteso in almeno due maniere diverse, e anzi fondamentalmente antitetiche, venendo ricondotto, da alcuni, a una dimensione genere/specie (es. le leggi "di revisione della Costituzione" sono quelle leggi approvate ai sensi dell'art. 138 Cost. che procedono alla *sola* revisione formale di disposizioni del testo della Costituzione) e, da altri (e in particolare da Esposito, autore di un noto saggio a ciò specificamente dedicato), a due categorie coordinate e distinte per contenuto e finalità, per cui le "altre" leggi costituzionali potrebbero derogare alla disciplina costituzionale o, al limite, condurre a rotture dell'ordinamento, senza tuttavia avere la possibilità di procedere a revisioni formali del testo[13]. Sul tema la dottrina è alquanto divisa e entrambe le posizioni sono sostenute da autorevolissimi studiosi.

Il primo degli approcci richiamati riconduce le "leggi di revisione della Costituzione" a *species* del genere delle "leggi costituzionali", aventi come caratteristica precipua ed esclusiva la modifica di disposizioni del testo della Costituzione. Tale impostazione, esplicitamente accolta da Paladin[14], si fonda anzitutto sul dato letterale dell'art. 138 Cost. che, identificando residualmente le "altre" leggi costituzionali, includerebbe quelle di revisione nella medesima categoria. L'unitarietà dei prodotti dell'*iter* di cui all'art. 138 Cost. è sostenuta anche da Pizzorusso[15], del resto in coerenza con il criterio utilizzato dallo stesso autore per il riconoscimento degli atti a partire dal regime di pubblicazione[16], posto che infatti – come notato dallo stesso Crisafulli[17] – la formula di promulgazione (e pubblicazione) fa ricorso in ogni ca-

[13] C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, 189 s. *Contra* S.M. CICCONETTI, voce *Legge costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 930 s., il quale costruisce la propria argomentazione al fine precipuo di contrapporsi dialetticamente ad essa.

[14] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 166 s.

[15] A. PIZZORUSSO, sub *Art. 138*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1981, 703 s., spec. 713 s., nonché, *amplius*, ID., *Fonti del diritto. Art. 1-9 disp. prel.*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, 2° ed., Bologna-Roma, 2011, 394 s. Similmente, "leggi costituzionali" e "leggi di revisione costituzionale" sono trattate indistintamente da M. VILLONE, voce *Legge costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 1.

[16] A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963, 65 s.

[17] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1971, 73, la cui posizione è in-

so alla denominazione di "leggi costituzionali"[18], cui fa seguito anche la continuità tra i numeri d'ordine.

Nel senso dell'alterità della categoria delle "altre" leggi costituzionali rispetto alle leggi di revisione, e dunque in continuità con la richiamata posizione di Esposito, si pone la lettura proposta da Modugno, il quale sottolinea la distinzione tra la *ratio* propria della "revisione della Costituzione" e le potenzialità derogatorie e di abrogazione implicita insite nell'idea stessa di "legge costituzionale" che, come tale, non potrebbe procedere alla formale novellazione del testo costituzionale, puntando diversamente a giustapporvisi. Secondo questa visione, le (altre) "leggi costituzionali" corrisponderebbero a due sottotipi di atti: *i)* quelli previsti da quei rinvii a (o, forse, da quelle "riserve" di) fonte costituzionale presenti in diverse disposizioni della Costituzione, quali gli artt. 71, 116, 117 (originario), 132, 133 e 137, nonché, ora, 48, terzo comma[19], 81 e 96 Cost.[20]; *ii)* quelli che, approvati secondo il procedimento di cui all'art. 138 Cost., intervenissero a innovare il "livello costituzionale delle fonti", pur senza modificare formalmente il testo costituzionale, ma innalzando al rango costituzionale la regolazione di determinati oggetti[21]. Il tratto caratteristico del primo sottotipo di atti rispetto alle

vero assai articolata e non priva di sfumature critiche. Tuttavia, in estrema sintesi, le sue conclusioni possono essere ascritte alla tesi della comune appartenenza delle due categorie a una stessa specie, se non altro alla luce della considerazione per cui ciascuna "legge costituzionale" è anche (o eventualmente può essere, senza impedimenti formali di sorta), in tutto o almeno in parte, una "legge di revisione", "smontandosi così una precisa linea di confine tra l'una e l'altra ipotesi" (*ivi*, 75).

[18] V. gli artt. 14 e 25 della l. 352/1970. Sul punto si noti, tuttavia, la identificazione – in ben due passaggi – come "legge di revisione costituzionale" (nonostante il *nomen iuris* di "legge costituzionale" utilizzato in sede di pubblicazione) della n. 3 del 2001 da parte dell'ord. 247/2016 (rel., non a caso, Modugno).

[19] L'art. 48, comma terzo, Cost. invero fa esplicito riferimento a una più generale "norma" costituzionale ai fini dell'attribuzione del numero di seggi alla circoscrizione estero per l'elezione delle Camere. Sul punto, E. GROSSO, *Legge cost. n. 1 del 2000*, in *Commentario della costituzione, Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, diretto da A. Pizzorusso, Bologna, 2006, 215.

[20] F. MODUGNO, voce *Revisione costituzionale*, in *Diz. Dir. Pubb.*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2006, 5184 s., nonché ID., *Le fonti del diritto*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura dello stesso A., Torino, 2008, 105 s., spec. 110 s. In senso non dissimile A. CERRI, voce *Revisione costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000, 5, nonché S. STAIANO, *La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2005, 7.

[21] Ne risulta un qualche parallelismo rispetto alla classificazione introdotta da C. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forme e contenuti*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, 307 s., spec. 317, il quale evidenziava una suddivisione tra materie "legislative" (ossia coperte da riserva di legge) e materie "legificate" (tali per autonoma scelta del legislatore). Nel caso analizzato del testo si potrebbe analogamente distinguere tra ambiti *ab origine* "costituzionali" (il perimetro della Carta, comprensivo di quello definito dalle revisioni di questa) e ambiti "costituzionalizzati" (derivanti dall'approvazione di "altre" leggi costituzionali).

leggi di revisione costituzionale consisterebbe nella attuazione-integrazione del disposto costituzionale, senza tuttavia poter procedere a interventi in violazione dello stesso[22].

I due approcci, che recano entrambi costruzioni a partire da assunti coerenti e comunque condivisibili, divengono tra loro inconciliabili nei casi di testi "misti", ossia nei casi uno stesso atto procedesse contestualmente sia alla revisione di disposizioni del testo costituzionale, sia alla disciplina di oggetti ulteriori nel livello costituzionale delle fonti[23]. Benché si ritenga maggiormente persuasivo il primo degli approcci richiamati – specie partendo dalla prospettiva offerta dall'art. 16 della l. 352/1970 ai fini della identificazione della corretta formulazione del quesito referendario[24] – in questa sede non sembra necessario assumere una posizione sul punto, includendo nella trattazione tutti gli atti (approvati ai sensi dell'art. 138 Cost.) che procedessero, tra l'altro, anche alla formale modifica del testo costituzionale. Dunque, non si effettuerà alcun giudizio di esclusività o di prevalenza nella individuazione degli oggetti di analisi, cercando di coprire la fase parlamentare del procedimento di approvazione di tutti gli atti comunque finalizzati alla revisione formale del testo costituzionale. Eventualmente, solo per ragioni di brevità, si farà ricorso alla più sintetica denominazione di "leggi costituzionali", avvertendo sin d'ora che in quel caso si riterranno parimenti considerate anche le "leggi di revisione della Costituzione", stante la comune matrice procedimentale caratterizzata dalla "tipicità" del procedimento *ex* art. 138 Cost. che ne ha condotto all'approvazione[25].

3. La fase parlamentare come momento decisionale primaio (temporalmente e assiologicamente) nel procedimento complessivo di revisione costituzionale

Una volta che si è meglio definito il perimetro dell'oggetto di analisi, è possibile procedere oltre, fornendo una indicazione di metodo che contribuisca a chiarire quale si ritiene essere la collocazione della fase parlamentare all'interno del procedimento complessivo di approvazione delle leggi di revisione costituzionale.

[22] … ad esempio, la legge costituzionale che intervenisse, *ex* art. 71 Cost., a conferire l'iniziativa legislativa a ulteriori soggetti non potrebbe violare (o modificare implicitamente) i principi posti nello stesso articolo.

[23] Es. la novellazione o l'abrogazione di ulteriori leggi costituzionali, o la disciplina di nuovi ambiti precedentemente non contemplati da disposizioni di rango costituzionale.

[24] Sia consentito rinviare a G. PICCIRILLI, *Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un dialogo con Paolo Carnevale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2016.

[25] Al limite, si ricorrerà alla locuzione "legge (di revisione) costituzionale", in modo da comprendere entrambi i tipi di atti, quale se ne voglia intendere la relazione reciproca.

Senza entrare nel merito delle fasi successive (ulteriori ed eventuali) del procedimento di revisione costituzionale[26], preme sottolineare che si assumerà il punto di vista teso ad affermare la primarietà (in senso non solo, ovviamente, di precedenza temporale ma, soprattutto, di priorità assiologica) della fase parlamentare rispetto alle altre, in considerazione del fatto che solo questa interviene a definire il perimetro, il contenuto e ogni altro aspetto dell'intervento di revisione. Nel procedimento delineato dall'art. 138 Cost., infatti, la fase parlamentare è centrale non soltanto quando è esclusiva – ossia quando è preclusa la possibilità di richiedere il referendum o quando, nei fatti, questo non si svolge (o perché non richiesto, o perché l'eventuale richiesta fosse dichiarata illegittima) –, ma anche quando a essa facesse effettivamente seguito il referendum costituzionale. La natura di quest'ultimo, infatti, non soltanto è eventuale e facoltativa[27] (nonché "di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta"[28]), ma è anche meramente limitata dal fatto di doversi svolgere rispetto a un testo che, nei contenuti e nel "confezionamento", è stato definito dal Parlamento.

Questo tipo di approccio era già stato fatto proprio, e da tempo, dalla stessa giurisprudenza costituzionale con la sent. 496/2000, nella quale la Corte ebbe modo di sottolineare la "primarietà" dell'intervento parlamentare nel procedimento *ex* art. 138 Cost., evocando la mera eventualità del referendum e, derivando da questo la assoluta (e necessaria) centralità del circuito politico-rappresentativo[29].

La medesima interpretazione è stata ribadita e sviluppata recentemente

[26] Sul punto A. FUSCO, in questo *Volume*.

[27] Nelle classificazioni in termini comparativi il procedimento di revisione costituzionale italiano appare spesso considerato come appartenente a un modello "misto": v. già G. CÒNTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1971, 147 s., n. 1, nonché R. ALBERT, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, in *Wake Forest Law Review*, 2014, 913 s., spec. 941, il quale colloca l'art. 138 Cost. tra i procedimenti cd. *multi-track*. Risulta al contrario condivisibile l'analisi di G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, 2012, 168 s., il quale rimarca, tra le altre, le caratteristiche di eventualità (ossia l'inaccessibilità in caso di approvazione con la maggioranza dei due terzi) e facoltatività (dipendenza da effettiva richiesta, nei casi in cui essa è accessibile) del referendum costituzionale. Il dibattito in Assemblea costituente sulla elaborazione della disposizione costituzionale sul referendum *ex* art. 138 Cost. è ricostruito criticamente in G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, 2001, 56 s.

[28] Così Corte cost., sent. 496/2000 (re. Mezzanotte), § 4.2. in dir.

[29] Ivi: "la decisione politica di revisione è opzione rimessa in primo luogo alla rappresentanza politico-parlamentare. […] lo stesso articolo 138 preclude del tutto la possibilità di un intervento popolare [nel caso di approvazione parlamentare con la maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione], con ciò confermando che la revisione costituzionale è appunto, in primo luogo, potere delle Camere. [È] indubitabile che la decisione è dall'art. 138 rimessa primariamente alla rappresentanza politico-parlamentare".

dal giudice ordinario, nell'ambito del contenzioso sviluppatosi sul referendum costituzionale del 2016[30], per altro, con espliciti richiami a quella stessa giurisprudenza costituzionale sopra citata[31]. Alla luce della definizione di questo contenzioso, emergono spunti anzitutto in relazione alla qualificazione della fase parlamentare del procedimento come momento essenziale della decisione; inoltre, risulta confermata la diretta corrispondenza (anzi: piena identità) tra oggetto del voto finale della fase parlamentare del procedimento di revisione e oggetto del quesito referendario[32].

Dunque, sulla base di queste premesse emergenti dalla giurisprudenza (costituzionale e di merito), è opportuno ribadire l'assoluta centralità della fase parlamentare nel complesso del procedimento di revisione costituzionale, anche nel senso della sua natura condizionante rispetto alle fasi eventuali e successive, le quali – ove dovessero venire a svolgersi – non potrebbero che essere collocate nella fase di mera integrazione dell'efficacia della decisione già presa dal Parlamento. La preminenza del circuito rappresentativo sul coinvolgimento popolare diretto costituisce un elemento di significativo (e non casuale) parallelismo con il modo nel quale la stessa Costituzione è stata adottata, testimoniando una volta di più che le procedure di revisione costituzionale trovano una loro radice ideale nei presupposti storici e procedurali del momento costituente[33].

Una simile impostazione non vuole tuttavia giungere alla legittimazione

[30] Si v. l'ord. Trib. Milano, sez. I, del 6/11/2016, n. 54353 (su cui, diffusamente, G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Oss. AIC*, 1/2017; P. PULSONI, *Problematiche inerenti il procedimento referendario* ex *art. 138 Cost. Nota di Commento a ordinanza del Tribunale di Milano del 06.11.2016 di rigetto del ricorso* ex *art. 700 cpc dei Professori Onida e Randazzo quali cittadini elettori e avente ad oggetto l'indizione del referendum costituzionale dello scorso 04.12.2016 e la formulazione del quesito*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017), nonché l'ulteriore ordinanza dello stesso Trib. del giorno successivo, n. 37657.

[31] V. il punto V della motivazione.

[32] V. le opinioni riportate in relazione al decimo quesito in *Dieci domande sulla riforma costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 219 s., spec. 340 s., con opinioni contrarie allo "spacchettamento" assolutamente prevalenti, benché non manchino accenti critici rispetto alla torsione subita dal procedimento alla luce del suo sfruttamento maggioritario. In senso assai problematico v. Associazione salviamo la Costituzione, *Il referendum costituzionale, Vademecum per un voto consapevole*, a cura di M. SICLARI e F. SORRENTINO, 2016, 6: "potendo i cittadini esprimersi solo con un sì o con un no sulla proposta legge di riforma, viene loro impedito di articolare liberamente le proprie scelte". Inoltre, G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario…*, cit., 20 s., evidenzia come la pronuncia del Trib. Milano sul ricorso "Onida-Randazzo" potrebbe essere letta all'interno dell'ormai sempre più ricco filone giurisprudenziale tendente, in Italia e altrove, a "proteggere" i meccanismi decisionali rappresentativi rispetto alle istanze referendarie (e plebiscitarie).

[33] Così, anche sviluppando una serie di spunti già proposti da L. ELIA, T. GROPPI, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Milano, 2001.

di meri fatti che da essa potrebbero derivare[34]. Non si vuole cioè utilizzare questa lettura del rapporto tra fase parlamentare e fasi successive (referendaria, in particolare) al fine di giustificare (o addirittura elevare a standard interpretativo) qualsiasi "sfruttamento" delle regole esistenti, specie di quelle emergenti da fonti diverse dall'unico "punto fermo" assunto in questa sede, costituito dal testo dell'art. 138 Cost. È ben noto che a una azione intenzionale (anzi, a una impostazione che si ritiene obbligata) possano derivare conseguenze inintenzionali, non per questo illecite ma insomma distinte e separate dalla complessiva interpretazione dei principi generali in gioco. Enfatizzare la centralità della decisione parlamentare nella revisione della Costituzione discende infatti non solo dagli elementi procedurali presenti nell'art. 138 Cost.[35], ma soprattutto da una sua lettura combinata con l'art. 1, secondo comma, Cost., in qualità di forma (e limite) nell'esercizio della sovranità popolare. Ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità per la stessa maggioranza che ha approvato in Parlamento di accedere alla richiesta referendaria in chiave confermativa[36] o, ancor prima, alla progettazione dei contenuti di una proposta di revisione costituzionale anche in funzione di una lettura razionale (se non del tutto strategica) delle regole vigenti del procedimento complessivamente inteso (es. la scelta di un determinato titolo per un disegno di legge costituzionale – che si presume non raggiunga la maggioranza dei due terzi nell'esame parlamentare – con il fine precipuo di precostituire il quesito del successivo referendum costituzionale[37]). In entrambi i casi si tratta appunto di possibili sviluppi a partire dalla impostazione (qui accolta), che sottolinea la preminenza parlamentare nel procedimento di revisione costituzionale. La loro criticabilità nella prospettiva della (scarsa) aderenza allo spirito del procedimento di revisione costituzionale, inteso nel senso di garanzia della rigidità costituzionale, sembra tuttavia dipendere non tanto dalla compatibilità formale con le disposizioni costituzionali, quanto da una certa loro lettura orientata, anche alla luce degli strumenti di attuazione (e, in particolare, della l. 352/1970, e delle disposizioni che regolano l'accesso e le modalità di svolgimento del referendum costituzionale, nonché della formulazione del relativo quesito).

[34] Cfr. S. STAIANO, *La legge di revisione…*, cit., 8, il quale critica l'evoluzione interpretativa e applicativa dell'art. 138 Cost., che ha condotto a una sua lettura quale "pura modalità tecnica della revisione", facendone conseguire un "lettura più riduttiva possibile dei profili garantisti del procedimento di revisione", nonché "la semplificazione massima della decisione".

[35] R. BIN, *Riforme costituzionali a colpi di maggioranza: perché no?*, in *Quad. cost.*, 2001, 341 s., ricorda come l'approvazione a maggioranza assoluta e lo svolgimento successivo del referendum costituiscono non una eccezione, ma parte della regola dell'art. 138 Cost.

[36] Cfr. L. GENINATTI SATÈ, *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, Torino, 2018.

[37] Sia consentito rinviare a G. PICCIRILLI, *Il referendum costituzionale…*, cit.

4. L'evoluzione delle interpretazioni delle regole relative alla fase parlamentare del procedimento ex art. 138 Cost. e del loro completamento regolamentare

La fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale, pur nella continuità della vigenza delle disposizioni dell'art. 138 Cost. (che, com'è noto, non è mai stato modificato, salvo essere stato infruttuosamente "sospeso" due volte[38]), non ha sempre funzionato come avviene attualmente. È possibile effettuare almeno due livelli di periodizzazione nel funzionamento concreto del procedimento *ex* art. 138 Cost.: uno concernente il rapporto tra fase parlamentare e eventuale fase referendaria: prima dell'approvazione della l. 352/1970, nell'impossibilità di sottoporre il deliberato approvato a maggioranza assoluta al voto popolare, la prassi parlamentare si era orientata "nel senso di considerare approvati solo i progetti di legge costituzionale che avessero ottenuto il quorum dei due terzi"[39]; un altro relativo al completamento delle disposizioni costituzionali sul procedimento da parte dei regolamenti parlamentari, sul punto evidentemente "integrative" e non meramente "applicative" della Costituzione[40]. A questo proposito vanno distinte sostanzialmente due fasi (e un intervallo): la I legislatura repubblicana, nella quale almeno il regolamento della Camera aveva optato per una versione procedurale ispirata alla tesi della "consecutività" (v. *infra*) e il periodo successivo, nel quale – dopo una qualche incertezza applicativa durata fino al 1958 – le Camere si orientarono per un diverso modello procedurale.

Oggi gli aspetti più concreti della sua dimensione applicativa attuale possono essere colti alla luce dei Capi XIV r.S. e XX r.C. Preme sin d'ora sottolineare che le specifiche soluzioni adottate in quelle sedi discendono da precise scelte interpretative del testo costituzionale (che si ritengono non scontate o comunque non necessitate), per altro giunte a seguito di prassi applicative precedenti anche di segno diverso.

[38] Notoriamente, mediante le ll. costt. nn. 1/1993 e 1/1997, cui hanno fatto seguito ulteriori tentativi di deroga occasionale (o, forse, appunto di sospensione, stante la natura circoscritta nel tempo della non applicazione del procedimento "ordinario"), tra i quali il più recente occorso nella XVII leg. con l'A.S. 813, approvato in prima deliberazione da entrambe le Camere e in seconda deliberazione dal Senato, per poi essere "abbandonato" a seguito della crisi politica della maggioranza che sosteneva il Governo Letta che, in conseguenza della decadenza del Sen. Berlusconi (e della fuoriuscita di Forza Italia dalla maggioranza), aveva perso il sostegno dei due terzi del Parlamento.

[39] Così A. MANZELLA, *Il parlamento*, 3° ed., Bologna, 2003, 375.

[40] La distinzione si deve a A. MANZELLA, sub *Art. 64*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1986, 27 s. e si riferisce al diverso margine di discrezionalità (e dunque di innovazione) a disposizione dai regolamenti parlamentari rispetto al contenuto delle disposizioni costituzionali.

Come si anticipava, la formulazione attuale delle disposizioni regolamenti parlamentari sul procedimento di revisione costituzionale discende dalle modifiche operate nella seconda metà degli Anni Cinquanta (e rimasta sostanzialmente inalterata nella codificazione del 1971[41]) che incorporano due opzioni interpretative innovative rispetto alla fase di prima applicazione, una relativa al rapporto tra le due Camere nel confezionamento del testo, e l'altra relativa alla capacità decisionale delle Assemblee nel corso della seconda deliberazione. Converrà analizzarle entrambe al fine di sottolineare come le prime applicazioni dell'art. 138 Cost. furono contrassegnate da un modello procedurale in seguito abbandonato, che tuttavia per più versi risulta condivisibile, se non addirittura preferibile a quello poi affermatosi. Conviene forse avvalersi una schematizzazione delle due variabili interpretative insite nell'art. 138 Cost., nonché della possibile combinazione tra i loro esiti, così – si spera – da rendere più immediatamente comprensibile le ricadute pratiche e procedurali di ciascuna di esse.

Combinazione delle variabili interpretative dell'art. 138 Cost.

		"apertura" della 2° deliberazione	
		2° deliberazione solo confermativa (senza emendamenti)	**2° deliberazione come ciclo legislativo completo**
Rapporto tra deliberazioni e *navette*	**Alternatività**	**Ipotesi vigente** *(praticata a partire dal 1957 e codificata nei regolamenti dal 1958)*	cd. soluzione "Alfonso Tesauro" (mai applicata in concreto, ma ripetutamente sostenuta in dottrina)
	Consecutività	Ipotesi presente nel regolamento della (sola) Camera dei deputati tra il 1948 e il 1957, applicata in occasione dell'approvazione della l. cost. 1/1953	*(nessuna prassi, alcuni sostenitori nel periodo precedente alle riforme regolamentari del 1958)*

[41] Cfr. l'avvertenza pubblicata in epigrafe al volume di S.M CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, cit., che dà conto dell'approvazione – proprio nelle more della pubblicazione dello stesso – dei nuovi regolamenti parlamentari. Ciononostante l'A. ritiene "non strettamente necessario soffermarsi" su di essi, "poiché le disposizioni [..] relative ai progetti di legge costituzionale sono rimaste sostanzialmente invariate, salvo alcune limature di tipo formale".

4.1. "Alternatività" e "consecutività" delle deliberazioni rispetto alla navette

Il procedimento ora vigente, com'è noto, colloca la *navette* tra le Camere al termine della prima deliberazione ai sensi dell'art. 138 Cost. Di conseguenza, il ciclo procedimentale avviene sulla base dei seguenti passaggi:

i. la prima deliberazione è sostanzialmente identica (salvo alcune particolarità, di cui si dirà *infra*) all'approvazione di una legge ordinaria[42] (e dunque, avviene a maggioranza semplice e, in caso di disaccordo tra le due Camere, si prosegue con la *navette* fino al raggiungimento della doppia conforme[43]);

ii. la seconda deliberazione avviene ripartendo dalla prima Camera che aveva approvato il testo poi confermato dall'altra, e con queste particolarità:

ii.a. il vincolo temporale dei tre mesi è inteso nel senso che ciascuna Camera inizia l'esame non prima che tale intervallo sia trascorso dalla sua stessa approvazione in prima deliberazione (e dunque, se il passaggio parlamentare nell'"altro" ramo del Parlamento è durato oltre tre mesi, il procedimento finalizzato alla seconda deliberazione di una Camera può iniziare immediatamente alla definizione del testo in prima deliberazione[44]);

ii.b. in seconda deliberazione non sono ammessi emendamenti;

ii.c. in occasione della seconda deliberazione, si procede alla sola vota-

[42] M. VILLONE, voce *Legge costituzionale*, cit., 3: "la divergenza tra i procedimenti di formazione della legge ordinaria e di quella costituzionale è solo parziale".

[43] Sul punto, si ricordi che i regolamenti e le prassi parlamentari hanno predisposto e sviluppato tutta una serie di meccanismi di razionalizzazione della *navette*, per evitare che il bicameralismo paritario finisca per innescare un "ping-pong" infinito tra le due Assemblee. Il superamento delle divergenze tra i due rami del Parlamento non è infatti demandato a organi appositi o a Comitati di "conciliazione", come pure avviene in altri ordinamenti (es.: art. 77 L.f. Germania., parr. 3 e 4; art. 45, ultimo par., Cost. Francia.; art. 90 Cost. Spagna; per il Regno Unito si v. l'art. 2 del *Parliament Act* del 1911, più volte modificato; art. 294 (10) TFUE nella procedura legislativa ordinaria), ma al meccanismo di progressivo avvicinamento al raggiungimento della "doppia conforme" noto appunto come *navette*. Dunque, la successione dei messaggi tra le Camere non azzera gli avanzamenti precedenti da parte di una medesima Assemblea, e l'ambito della discussione risulterà progressivamente ristretto alle modifiche apportate dall'altro ramo del Parlamento (o a quelle ulteriori modifiche che risultassero immediatamente connesse e conseguenti a quelle: artt. 70, comma 2, r.C. e 104 r.S.). Sul punto C. TUCCIARELLI, *Della* "navette"*: letture e riletture*, in *Quad. cost.*, 1993, 383 s., nonché, *amplius*, A.M. RIEZZO, *Bicameralismo e procedimento legislativo: note sulla* navette, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, a cura della Camera dei deputati, 2008, XII, Vol. 2, 753 s., spec. 798.

[44] In questo senso v., da ultima, l'approvazione in seconda deliberazione da parte del Senato sull'A.S. 1429-D, XVII leg., il 20/1/2016, a soli 9 giorni di distanza dalla definizione della prima deliberazione, a seguito della approvazione da parte della Camera, dell'identico testo già precedentemente approvato dal Senato.

zione finale (e non anche a quella dei singoli articoli), e per questa sono richieste le maggioranze di cui all'art. 138 Cost.

Il procedimento appena descritto abbraccia la cosiddetta tesi della "alternatività" nell'interpretazione dell'art. 138 Cost., secondo la quale le due Camere si alternano nell'esame del testo, incrociando ciascuna lettura da parte del singolo ramo del Parlamento con la duplice deliberazione richiesta dal procedimento di revisione costituzionale.

Tale interpretazione del disposto costituzionale non è l'unica ipotizzabile, anzi. A questa si opponeva la tesi della cd. "consecutività", che pretendeva di interpretare il medesimo disposto dell'art. 138 Cost in senso assai diverso[45]. Il punto di disgiunzione tra le due interpretazioni è il riferimento alle due "*successive* deliberazioni" che vengono interpretate, in questa seconda ipotesi come "consecutive", e cioè collocando il messaggio di trasmissione del testo da una Camera all'altra solo dopo che lo stesso ramo del Parlamento avesse approvato lo stesso testo due volte (la seconda delle quali doveva necessariamente intervenire a distanza non inferiore di tre mesi dalla prima, nonché con le maggioranze descritte in Costituzione[46]).

Secondo questa diversa interpretazione, insomma, il procedimento funzionerebbe come segue:

a. una Camera approva in prima deliberazione un disegno di legge costituzionale;

b. trascorso l'intervallo di tre mesi, la stessa Camera approva in seconda deliberazione il medesimo testo, con la maggioranza prescritta dall'art. 138 Cost., e lo trasmette all'altro ramo del Parlamento;

c. un identico procedimento avviene presso l'altra Camera (approvazione in prima deliberazione, pausa di tre mesi, seconda deliberazione da parte della stessa Assemblea). Qualora il testo risultante non recasse modificazioni rispetto alla delibera della prima Camera che era intervenuta, la fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale sarebbe così conclusa, e il testo sarebbe inviato al Presidente della Repubblica per la promulgazione (ovvero per la pubblicazione notiziale ai fini dell'avvio delle procedure per l'eventuale richiesta referendaria). Ove invece fossero state appor-

[45] Le due ipotesi sono ritenute entrambe percorribili, almeno in astratto, da S.M. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, cit., 129 s., il quale poi tuttavia conclude per preferire l'alternatività.

[46] Cfr., benché interpreti l'impatto della opzione tra alternatività e consecutività soltanto nella sua dimensione relativa al "fattore tempo", G. RIVOSECCHI, *Nota (a futura memoria) sul procedimento di revisione costituzionale. Per un recupero della "soluzione Alfonso Tesauro"*, in *Forumcostituzionale.it*, 4 dicembre 2005, nonché, *amplius*, ID., *Fattore tempo e garanzie procedurali nella fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale (a proposito della "soluzione Alfonso Tesauro")*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 1221 s., spec. 1244 s.

tate modificazioni, si attiverebbe la *navette*, ripartendo dalla Camera che aveva approvato per primo il testo e ripetendo quindi il procedimenti *sub* a.

Nell'ammettere come possibili entrambe le interpretazioni (e, anzi, come si vedrà, nel suggerire come preferibile, alla luce della prassi, la tesi della "consecutività") deve tuttavia rendersi conto della opinione di senso opposto di Mortati[47], il quale – alla luce dei lavori preparatori (ai quali aveva partecipato in prima persona[48]) – sostenne nettamente la tesi della alternatività. Ricordando appunto quelle che erano state le opzioni valutate nel corso del dibattito in Assemblea costituente nell'ambito della 2° sottocommissione, Mortati sottolineò come la doppia deliberazione parlamentare fosse stata inserita nel procedimento di revisione costituzionale come sostanziale surrogato del modello procedurale originariamente contenuto nella proposta avanzata dal deputato Rossi, consistente nella cd. "doppia legislatura": in pratica, secondo un modello ricorrente in varie costituzioni del nord Europa[49], il procedimento di revisione costituzionale avrebbe richiesto due distinte approvazioni parlamentari intervallate da uno scioglimento della/e Camera/e, così che la partecipazione popolare alla decisione sarebbe stata garantita dal voto in occasione del rinnovo dell'organo rappresentativo chiamato a confermare o vanificare l'ipotesi di revisione costituzionale incardinata nella legislatura precedente. Una volta che questa opzione procedurale era stata scartata, su proposta del deputato Perassi, la 2° sottocommissione decise di sostituire la garanzia della "doppia legislatura" con quella delle "due successive deliberazioni" parlamentari senza procedere allo scioglimento, purché intervallate da un lasso temporale minimo[50].

L'opinione di Mortati risultò determinante nell'orientare il dibattito scientifico e politico dell'epoca[51], benché non mancassero opinioni divergen-

[47] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 29 s., spec. 41 s., nonché 58 s.

[48] *Ibidem*, 60, il riferimento al se stesso costituente, effettuato in terza persona, dal Mortati accademico.

[49] Nel testo, Mortati lo riporta come ispirato al modello belga. Comunque si v., analogamente, tra gli altri, la *section* 88 della Costituzione danese del 1953, l'art. 79 della Costituzione islandese, l'art. 137 della Costituzione olandese. Sul punto v. la classe di procedure di revisione costituzionale caratterizzata dalla *intervening election* nella tipologia proposta da D.S. LUTZ, *Toward a theory of constitutional amendment*, in *American Political Science Review*, 1994, 355 s., nonché ID., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, 2008, 145 s.

[50] La proposta originaria di Nobile e Perassi era di un intervallo di 6 mesi tra le due deliberazioni.

[51] Concordano con Mortati, tra gli altri, R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo trentennio della sua applicazione*, Milano, 1952, 213; M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, ivi, 1953, 59 s.; C. CERETI, *Corso di diritto costituzionale italiano*, 4° ed., Torino, 1955, 458 s.; G. CÒNTINI, *La revisione…*, cit., 164 (che sostiene l'alternatività "per evidenti ragioni di logica e di economia legislativa oltreché di rispetto del principio bicamerale").

ti (e altrettanto "autentiche"[52]). Tuttavia, in questa sede si ritiene di doversene distaccare, specie alla luce dello spirito suggerito dal contesto proprio della presente analisi: il riferimento alla prassi (la "prova" dei 70 anni di vigenza della Costituzione repubblicana) non può che condurre a privilegiare una lettura delle disposizioni costituzionali ispirata alla loro migliore e maggiore funzionalità, soprattutto alla luce di ciò che esse hanno mostrato nell'applicazione concreta, a prescindere da qualsiasi ipotesi originalista. E, come si tenterà di mostrare, la tesi della alternatività e la sua specifica lettura data dalle norme dei regolamenti parlamentari vigenti non sembra aver dato buona prova di sé, stimolando la riflessione circa possibili soluzioni diverse che il testo costituzionale potrebbe consentire.

4.2. La prima pratica della "consecutività" e le riforme regolamentari che hanno condotto alla "alternatività"

Entrambe le ipotesi della "consecutività" e della "alternatività" hanno trovato riscontro non solo nelle interpretazioni proposte nel dibattito scientifico, ma anche nella lettera dei regolamenti parlamentari e nell'applicazione che questi hanno ricevuto nella prassi. Se la seconda è giunta, nel tempo, a prevalere, fu la prima – che pur oggi potrebbe in qualche modo risultare singolare – a essere codificata nel regolamento della Camera dei deputati nel 1948 e a ricevere applicazione in occasione del procedimento di discussione della prima legge costituzionale approvata nella I legislatura, ossia la l. cost. 1/1953.

È noto che, in apertura della I legislatura, la Camera dei deputati riadottò, salvo minimi aggiustamenti, il regolamento della Camera prefascista[53]. In relazione all'approvazione delle leggi costituzionali, l'art. 104 dell'epoca – con

[52] Cfr., in dissenso rispetto alle tesi di Mortati, la posizione dell'ex capo provvisorio dello Stato, poi senatore, De Nicola, in A.S., II leg., 25/2/1958, 26659 s., spec. 26661, che indica come lettura compatibile con il dettato dell'art. 138 Cost. "due deliberazioni successive, non con due deliberazioni alterne, avvicendate, ma con quelle due deliberazioni consecutive", per altro rifacendosi alle stesse tesi di Perassi in Assemblea costituente e ricevendo l'adesione, sul punto, finanche dal sen. Terracini (ivi, 26665 s.). Analogamente a De Nicola, v. il sen. Lussu (già componente anch'egli della 2° sottocommissione della Commissione dei 75 in Assemblea costituente) in A.S., II leg., 27/2/1958, 26808, il quale rivendica la correttezza e la compatibilità con la Costituzione delle procedure seguite sino ad allora presso il Senato, a loro volta ispirate alla disciplina vigente presso la Camera che faceva propria la tesi della "consecutività".

[53] Sul punto, diffusamente, N. LUPO, *La continuità del diritto parlamentare: la riadozione del regolamento prefascista nella Camera dei Deputati*, in *La prima legislatura repubblicana: continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. DE SIERVO, S. GUERRIERI e A. VARSORI, Roma, 2004, II, 37 s., nonché ID., *I regolamenti parlamentari nella I legislatura repubblicana (1948-1953)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2008.

una formulazione comunque vaga – rimandava a una soluzione simile all'idea di consecutività tra prima e seconda deliberazione nel medesimo ramo del Parlamento prima di procedere alla trasmissione del messaggio al Senato[54]. Al contrario, la disciplina del Senato (art. 91r.S.) non offriva spunto alcuno rispetto alle possibili interpretazioni dell'art. 138 Cost., limitandosi a riprodurre la lettera il disposto costituzionale, senza integrarlo in maniera significativa[55].

In questa divergenza tra le due omologhe discipline regolamentari si ebbe il primo caso di applicazione del procedimento di approvazione di una legge costituzionale[56], significativamente relativo al disegno di legge costituzionale recante "Integrazione delle norme della Costituzione inerenti la Corte costituzionale", poi appunto approvato come l. cost. 1/1953.[57] Essendo stato incardinato presso la Camera dei deputati, seguì anzitutto la disciplina vigente in quel ramo del Parlamento e giunse ad approvazione, in prima deliberazione, nella primavera del 1951[58]. In vista della seconda deliberazione, si svolse un densissimo dibattito procedurale, finalizzato a sciogliere i dubbi interpretativi relativi al prosieguo dell'esame. La seconda deliberazione, inizialmente prevista per la seduta del 7 agosto 1951, fu più volte rinviata (prima al 30 ottobre e poi al 27 novembre dello stesso anno), consentendo così una approfondita trattazione in Giunta per il regolamento della questione. La discussione in Giunta si protrasse fino alla primavera successiva, per poi essere distillata in una serie di "principî", approvati dall'Assemblea[59] su proposta della stessa Giunta, e poi nel nuovo art. 107 r.C., approvato nei

[54] V. l'art. 104 vigente tra il 1948 e il 1952: "Per le leggi costituzionali o di revisione della Costituzione la maggioranza è, nella seconda votazione, quella assoluta dei membri della Camera. L'intervallo di tre mesi tra le due successive deliberazioni comprende i periodi di aggiornamento. Se nella seconda votazione è raggiunta la maggioranza di due terzi dei deputati, se ne farà espressa menzione, nel messaggio al Senato o al Governo".

[55] Art. 91, primo comma, r.S. nella versione pubblicata in GU il 7/7/1948 e rimasta immutata fino alla revisione del 1958: "L'intervallo previsto nel primo comma dell'art. 138 della Costituzione è stabilito in tre mesi e si computa comprendendo i periodi di aggiornamento. Nella prima deliberazione è sufficiente la maggioranza relativa, nella seconda è necessaria la maggioranza assoluta. Ove nella seconda votazione il disegno di legge sia stato approvato a maggioranza non minore di due terzi dei componenti il Senato, il Presidente, nel trasmettere il testo alla Camera dei Deputati o al Governo, indica tale maggioranza, agli effetti del terzo comma del citato art. 138".

[56] Si ricordi che la l. cost. 1/1948 fu approvata dall'Assemblea Costituente con le stesse regole previste per l'adozione della Costituzione.

[57] A.C. 1292-*bis*, I leg.

[58] A.C., I leg., 16/3/1951, 27211.

[59] A.C., I leg., res. sten. 20/6/1952, 39078 s., spec. 39080 ove v. l'approvazione del seguente principio: "la Giunta ritiene che la duplice deliberazione debba svolgersi consecutivamente nella medesima Camera e che il disegno di legge debba essere trasmesso da una Camera all'altra, dopo la seconda deliberazione, una volta che abbia ottenuto il numero di voti prescritto".

mesi successivi[60]. Ad esito di questo complesso procedimento, nel corso del quale vi furono anche opportuni contatti tra Camera e Senato[61], venne ribadita una impostazione del procedimento di revisione costituzionale fondata sulla cd. "consecutività" (ossia, appunto, nel senso di procedere presso la stessa Camera dei deputati alla seconda deliberazione *ex* art. 138 Cost., per poi inviare il testo approvato al Senato soltanto dopo tale secondo voto). Conformemente a questo modello procedurale fu quindi approvata quella che poi divenne la l. cost. 1/1953[62].

Nondimeno, la lettura fatta propria dalla Camera dei deputati in questa occasione vedeva levarsi voci estremamente critiche, almeno per tre ordini di motivi. Per un verso, se ne contestava l'aderenza alla *ratio* del procedimento per come originariamente concepito nel corso del dibattito in Assemblea costituente[63]. Per un secondo profilo si obiettava, nel merito, che il procedimento fondato sulla tesi della "consecutività" potesse risultare eccessivamente lungo, conducendo necessariamente a raddoppiare (dovendosi considerare in ciascuno dei rami del Parlamento) l'intervallo di tre mesi tra le due deliberazioni[64]. Infine, si sottolineava la necessità di una convergenza tra le discipline regolamentari delle due Camere, che sul punto risultavano non del tutto allineate.

Proprio in ragione degli ultimi due motivi evidenziati, negli anni successivi, si tornò a riflettere sul punto. La volontà di evitare una disomogeneità evidente tra gli omologhi disposti regolamentari condusse a una nuova modifica del regolamento della Camera, il 10 aprile 1957, finalizzata a eliminare le divergenze esplicite rispetto al testo vigente al Senato. Le nuove disposizioni regolamentari in realtà non convergevano sulla tesi della "alternativi-

[60] V. il nuovo Capo XI-*bis* del regolamento, dedicato ai progetti di l. cost., introdotto nel regolamento con l'approvazione del DOC. I, n. 10, I. leg.: A.C., I leg., 2/7/1952, 39469, spec. il nuovo art. 107, primo comma: "Per i progetti di legge costituzionale o di revisione della Costituzione, d'iniziativa governativa o parlamentare, le due deliberazioni previste dall'articolo 138 della Costituzione hanno luogo *consecutivamente*, a distanza di tempo non inferiore a tre mesi, compresi i periodi di aggiornamento" (corsivo aggiunto).

[61] V. l'intervento del Pres. Gronchi in A.C., I leg., 28/11/1951, 33576.

[62] … approvata dalla Camera dei deputati in prima deliberazione il 16/3/1951 e in seconda deliberazione il 2/7/1952, e poi dal Senato della Repubblica in prima deliberazione il 2/10/1952 e in seconda deliberazione il 5/3/1953 (v., per quest'ultimo voto, la proclamazione del risultato in A.S., I leg., 5/3/1953, 39127).

[63] V., ancora, il pensiero di C. MORTATI, riportato *supra*, nonché le repliche a tale posizione esposte alla n. 52.

[64] Cfr. la sintesi della discussione svoltasi presso la Camera nella parte finale della II leg., riportata nell'ambito della *Documentazione e cronaca costituzionale*, *sub* 17. *Interpretazione dell'art. 138 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 812 s. (non firmata, ma generalmente attribuita a C. ESPOSITO). Considera l'alternatività in grado di rendere "più agevole il procedimento" e di non allungarne troppo i tempi anche V. LIPPOLIS, *Il procedimento legislativo*, in T. MARTINES – G. SILVESTRI – C. DE CARO – V. LIPPOLIS – R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, 2° ed., Milano, 2005, 247 s., spec. 314.

tà", ma si limitavano soltanto a cancellare ogni riferimento alla necessaria consecutività tra le deliberazioni di una stessa Assemblea[65].

Una volta riallineate le omologhe discipline regolamentari, le contingenze del momento influirono nuovamente in maniera determinante sullo sviluppo della prassi. Il Senato, senza particolari discussioni sui temi procedurali, instaurò una prassi coerente con la tesi della alternatività: in occasione della discussione del disegno di legge costituzionale di revisione delle disposizioni sulla sua composizione[66], approvato in prima deliberazione il 22 novembre 1957, trasmise il testo alla Camera, come ordinariamente sarebbe avvenuto per il procedimento legislativo (del resto, nel silenzio del proprio disposto regolamentare, che non recava discipline speciali). La stessa Camera, anche in considerazione dell'avvicinarsi della scadenza della (propria) legislatura, approvò in brevissimo tempo il testo (e in tempi compatibili con una seconda deliberazione prima dello scioglimento[67]), aggiungendovi, tra l'altro, l'equiparazione della durata tra i due rami del Parlamento. Al momento del "ritorno" del testo in Senato, tuttavia, si aprì un ulteriore dibattito procedurale[68], nel quale le scelte procedurali da compiere furono fortemente intrecciate con la consapevolezza che un ritorno in quella specifica occasione alla tesi della "consecutività" avrebbe impedito di concludere il procedimento prima del termine della legislatura. Fu così, dunque, che finì per prevalere la tesi dell'alternatività, per mere ragioni funzionali, benché lo stesso disegno di legge costituzionale non giunse comunque ad approvazione. Il "portato" di tutta questa vicenda fu l'ulteriore modifica del regolamento della Camera nei primi mesi della legislatura successiva, con cui si abbracciò "finalmente" la tesi dell'alternatività (nonché la limitazione degli emendamenti in seconda deliberazione) con il testo che poi sarà sostanzialmente confermato nella codificazione del 1971[69].

[65] A.C., II leg., 10/4/1957, 32091 s., ove il deputato Tesauro (relatore) sottolinea la divergenza tra le discipline regolamentari dei due rami del Parlamento, confrontandole tuttavia dal punto di vista della funzionalità e non escludendone una o l'altra per questioni di compatibilità con la Costituzione (spec. 32096). Il testo approvato è il seguente: "Le due deliberazioni previste dall'articolo 138 della Costituzione per i progetti di legge costituzionali o di revisione della Costituzione, di iniziativa governativa o parlamentare, hanno luogo a distanza di tempo non inferiore a tre mesi, compresi i periodi di aggiornamento".

[66] AA.SS. 1931 e 1977, II leg. Il testo approvato dal Senato in prima deliberazione recava le seguenti disposizioni, sostitutive dei commi secondo e terzo dell'art. 57 Cost.: "A ciascuna Regione è attribuito un senatore per centocinquantamila abitanti o per frazione superiore a settantacinquemila. Nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a sette. La Valle d'Aosta ha un solo senatore".

[67] A.C., II leg., 21/12/1957, 39062.

[68] V. ancora le posizioni richiamate *supra*, n. 52.

[69] V. l'approvazione dell'A.C., III leg., DOC. X, n. 3, nella seduta del 17/12/1958. La tesi della alternatività è considerata preferibile da M.L. MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, Milano, 1982.

4.3. Le limitazioni alla seconda deliberazione (e le critiche a tale soluzione)

Sia precedentemente all'affermazione della tesi della alternatività, sia una volta che questa è stata recepita nella disciplina regolamentare di entrambe le Camere, si è posta una ulteriore questione interpretativa, relativa non già alla collocazione della *navette*, ma al rapporto tra prima e seconda deliberazione ai sensi dell'art. 138 Cost.

A questo proposito è possibile evidenziare almeno due ipotesi opposte, rispetto alle quali esistono diverse variazioni intermedie. Una opzione è rappresentata dal riconoscere a entrambe le deliberazioni previste per il procedimento di revisione costituzionale la natura di "cicli legislativi completi", ossia di ritenerle entrambe inclusive della possibilità di apportare modifiche al testo in discussione. Una ulteriore opzione mira invece a valorizzare l'elemento "confermativo" della seconda deliberazione rispetto alla prima, limitando (fino ad azzerare) la possibilità di modificare il deliberando successivamente alla sua definizione ad esito del primo voto.

Dal punto di vista del diritto positivo, i regolamenti parlamentari hanno sempre inteso la seconda deliberazione come un momento "confermativo", impedendo per via di prassi prima, e dal 1952 anche alla luce della lettera regolamentare, la presentazione di proposte emendative. Come in precedenza, sembra possibile affermare la compatibilità di entrambe le soluzioni con il dettato dell'art. 138 Cost. Nondimeno, più che l'ammissibilità in assoluto dell'una o dell'altra lettura, sembra opportuno approfondire se l'una e l'altra opzione interpretativa possano essere coerentemente abbinate con ciascuna delle matrici procedurali discendenti dalle tesi della "alternatività" e della "consecutività" delle deliberazioni rispetto alla *navette*[70].

Delle quattro possibili combinazioni tra le due variabili interpretative citate, due hanno ricevuto applicazione in concreto: come si è detto, in occasione dell'approvazione della l. cost. 1/1953 si è seguita l'impostazione allora presente nel regolamento della Camera dei deputati, improntata sulla consecutività tra le deliberazioni e sulla natura solamente "confermativa" della seconda deliberazione; di converso, la tesi dell'alternatività abbinata alla limitazione delle possibilità modificative è stata inserita nei regolamenti parlamentari nel 1958 e da allora costantemente applicata.

Le due ulteriori ipotesi non hanno mai, in concreto, ricevuto applicazione.

La combinazione tra consecutività e pienezza della capacità delle Camere in seconda deliberazione, che ha avuto sostenitori unicamente prima (e in

[70] V. la tabella esemplificativa, riportata *supra* al par. 4.

occasione) delle modifiche regolamentari degli Anni 50[71], finisce per essere pressoché un controsenso, in quanto ai limiti della violazione dei più elementari principi di razionalità del procedimento: la possibilità di modificare un testo approvato dallo stesso organo solo pochi mesi prima risulta assai contigua al cadere in contraddizione. Inoltre, rischia di essere una prospettiva di assai scasa funzionalità: ragionevolmente, potrebbe non essere semplice assicurare, in ciascuna deliberazione dei due rami del Parlamento, i tempi necessari per la decisione, i tre mesi di sospensione tra le deliberazioni e il limite temporale dettato dalla durata della legislatura[72].

Anche l'ipotesi di combinare la tesi della alternatività (risultata nel dibattito politico e scientifico largamente prevalente) con la "riapertura" del testo in seconda deliberazione non ha precedenti in termini di codificazione regolamentare o di prassi applicativa. Tuttavia, è stata sostenuta in momenti diversi per cercare di ovviare alla "eccessiva rigidità"[73] di un procedimento come quello configurato per la seconda deliberazione dai regolamenti dal 1958 in poi, secondo il quale ciascun ramo del Parlamento torna a pronunciarsi sul testo per la seconda deliberazione unicamente in sede di votazione finale, senza possibilità di apportare alcuna modifica (né di votare i singoli articoli, così eventualmente da poter stralciare parti del deliberando). Tale ipotesi procedurale è stata proposta inizialmente da Alfonso Tesauro[74] e poi successivamente appoggiata in dottrina da Còntini[75], nonché, in tempi più recenti, da Manzella[76] e Chieppa[77], per essere poi ulteriormente valorizzata

[71] V. gli interventi dei deputati Laconi in A.C., I leg., 26/6/1952, spec. 39287 s. e Cavallari in A.C., II leg., 2/7/1957, 39464 s.

[72] Il deputato Moro in A.C., I leg., 26/6/1952, 39287, ritiene indispensabile abbinare alla consecutività la chiusura della seconda deliberazione al fine di "rendere realizzabile [e] umanamente fattibile una riforma costituzionale che si rendesse necessaria".

[73] Così P. BARILE-U. DE SIERVO, voce *Revisione della Costituzione*, in *Nov. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 784 s.

[74] A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1960, 269 s., sottolinea l'impossibilità di vedere nel Parlamento che interviene in seconda deliberazione un organo diverso da quello che ha già votato sul testo, in quanto investito di un potere "minorato". Analogamente v. ID., *Relazione*, in *Il Regolamento della Camera dei deputati illustrato con i lavori preparatori. 1848-1968*, a cura di V. LONGI e M. STRAMACCI, Milano, 1968, 191 s.

[75] G. CÒNTINI, *La revisione…*, cit., 167 s., il quale dissente da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8° ed., Padova, 1969, 1110, valorizzando la seconda deliberazione non come momento confermativo, ma come espressione della volontà delle Camere maggiormente ponderata e chiara. Conclude dunque per la necessarietà e l'opportunità di una apertura alle modifiche in sede di seconda deliberazione.

[76] A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 409 s.

[77] R. CHIEPPA, *Sul metodo e sulla tecnica delle riforme costituzionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 5/6/2006: "Il complesso delle espressioni adoperate dall'art. 138 Cost […] deve indurre l'interprete a ritenere che la seconda lettura-deliberazione deve essere completa, non potendosi escogitare, attraverso una limitazione regolamentare, un

da Rivosecchi[78]. Si tratta di una posizione di mediazione, che vuole conciliare le caratteristiche di maggiore speditezza della alternatività (che, incrociando gli interventi tra le due Camere, permette di evitare che l'intervallo di tre mesi tra prima e seconda deliberazione "raddoppi", dovendo essere computato necessariamente per intero in ciascuna delle due Assemblee[79]) con la maggiore partecipazione alla definizione della decisione garantita dalla apertura alle proposte emendative della seconda deliberazione, anche al fine di evitare di limitare la capacità decisoria del Parlamento alla sola prima deliberazione. Tuttavia, la "soluzione Alfonso Tesauro" pone un problema di natura tecnica: rendendo ammissibili le proposte emendative in seconda deliberazione, richiede di trasformare in "nuova" prima deliberazione l'esito di un esame su un testo già approvato al quale fossero recate modifiche. In questa possibile (e, anzi, auspicata) eventualità non può non cogliersi un qualche paradosso: in pratica, il singolo ramo del Parlamento potrebbe definire soltanto alla fine del procedimento se quanto appena votato costituisce una prima o una seconda deliberazione ai sensi dell'art. 138 Cost.

Merita qualche riflessione l'ulteriore affinamento della ipotesi proposta da Tesauro effettuata da Guido Rivosecchi nella prospettiva di una sua applicazione a regolamenti parlamentari vigenti. Si è notato, infatti, come le disposizioni regolamentari impongano restrizioni unicamente in relazione alla fase di Assemblea, indicando che debba tenersi solo la votazione finale (e non anche quelle sugli articoli o sulle proposte di modifica a questi[80]). Nulla invece è disposto in relazione alla fase istruttoria in Commissione (se non la necessità di riesame del provvedimento "nel suo complesso"[81]), per altro obbligatoria, a maggior ragione, alla luce della riserva di Assemblea posta dall'art. 72, ultimo comma, Cost. Inoltre, le indicazioni emergenti dalla prassi – che vedono come anche nell'esame finalizzato alla seconda deliberazione siano occasionalmente state coinvolte Commissioni in sede consultiva[82] – lascerebbero intendere che le limitazioni sarebbero relative alla sola fase di Assemblea, non precludendo

aggiramento alla pienezza di esame ed approvazione articolo per articolo, che deve poter consentire l'introduzione di emendamenti (rettifiche, correzioni e modifiche)".

[78] G. RIVOSECCHI, *Fattore tempo…*, cit., 1247 s.

[79] Art. 98, r.C.: "Quando il progetto di legge costituzionale è trasmesso dal Senato nello stesso testo già adottato dalla Camera, l'intervallo di tre mesi per procedere alla seconda deliberazione decorre, compresi i periodi di aggiornamento, dalla data della prima deliberazione della Camera".

[80] Art. 99, commi 2 e 3, r.C.

[81] Art. 99, comma 1, r.C.

[82] Nel corso dell'esame in seconda deliberazione dell'A.C. 5735-B, XIII leg., fu disposta l'assegnazione non soltanto alla I Commissione in sede referente, ma anche alla II Commissione in sede consultiva. Invero la prassi successiva sembra essersi assestata in senso diverso: v., da ultime, le assegnazioni alle sole commissioni referenti degli A.C. 2613-D e A.S. 1429-D, XVII leg.

la possibilità di interventi innovativi nel corso del dibattito in Commissione, per così giungere a un esame in Assemblea al fine di concludersi con una "nuova" prima deliberazione *ex* art. 138 Cost.[83]

L'ipotesi è certamente suggestiva e riuscirebbe a coniugare l'obiettivo che preme particolarmente in questa sede (ossia la ricerca di soluzioni procedurali che permettano di restituire maggiore vitalità alla fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale) con l'ulteriore caratteristica di potersi eventualmente applicare senza modifiche del quadro normativo di riferimento. Tuttavia, è una soluzione che rischia di risultare "pericolosa" per la funzionalità del procedimento, provando a inserire nella tesi dell'alternatività (come si è visto, ispirata a funzionalità e speditezza maggiori) elementi incoerenti con quegli stessi fini.

In sede di conclusioni si tornerà sulla combinazione tra le diverse ipotesi interpretative discendenti dalle variabili procedurali costituite dalla collocazione della *navette* e dal grado di "apertura" della seconda deliberazione, provando ad accennare – anche alla luce di quanto appena ricostruito, nonché della prassi maturata presso le Assemblee – una modesta ipotesi di soluzione, tentando di coniugare le esigenze di funzionalità del procedimento con quelle di adeguata garanzia per la ponderazione della decisione.

5. La scarsa specialità procedurale della prima deliberazione e il riferimento alle "forme" e alle "procedure" del procedimento legislativo

Una volta evidenziate quali potrebbero essere le declinazioni procedimentali derivanti del disposto dell'art. 138 Cost. e chiarito quali di esse sono state fatte proprie dai regolamenti parlamentari, conviene concentrare l'attenzione sulla parte "ulteriore" del diritto parlamentare vigente, così da approfondire come i regolamenti parlamentari abbiano inteso sviluppare l'opzione interpretativa prescelta, e dunque vedere come abbiano puntellato con specifici istituti la combinazione tra alternatività tra le deliberazioni necessarie a definire una revisione costituzionale e impossibilità di tornare a modificare il testo in sede di seconda deliberazione.

Si è già detto che datale combinazione discende una evidente concentrazione della fase costitutiva della decisione nella sola prima deliberazione, posto che la seconda è circoscritta a un mero intervento confermativo sulla totalità del testo. Dunque, è la disciplina procedurale della prima deliberazione (che, per altro, non è soggetta a specifiche maggioranze, richieste dal testo costituzionale unicamente in seconda deliberazione) a essere cruciale nella definizione delle regole a presidio della decisione di revisione costituzionale.

[83] G. RIVOSECCHI, *Fattore tempo…*, cit., 1247 s.

All'interno di questa cornice, possono riconoscersi alcuni (limitati) elementi di specialità del procedimento di approvazione delle leggi costituzionali rispetto al procedimento legislativo generale. Anche alla luce della scelta – operata dai regolamenti parlamentari – di applicare alla prima deliberazione dei disegni di legge di revisione costituzionale le "forme" o le "procedure" proprie della funzione legislativa[84], nella massima parte dei casi non si tratta di disposizioni specificamente ad essi dedicate. Si rinviene invece una sostanziale assimilazione con il trattamento procedurale dei disegni di leggi ordinari in "materia costituzionale", o – a seconda dei casi – ad altri tipi di provvedimenti che per contenuto o procedimento ricevono un trattamento procedurale differenziato dall'ordinario.

In particolare si dispongono i seguenti trattamenti procedurali speciali:

- *riserva di Assemblea*, già esplicitamente prevista in Costituzione all'art. 72, ultimo comma, e ribadita agli artt. 92, comma 2, r.C., e 35, comma 1, reg. Sen (rispetto alla sede legislativa o deliberante), nonché all'art. 96, comma 6, r.C. (rispetto alla sede redigente). È interessante notare come, nei casi richiamati, i regolamenti parlamentari si riferiscano al momento dell'assegnazione da parte del Presidente, non è chiaro se collegando e "confondendo" la valutazione contenutistica (e della natura formale dell'atto sotteso) ai vincoli procedimentali conseguenti;
- *limitazioni nell'assoggettamento al contingentamento dei tempi di discussione*, benché solo alla Camera e solo in riferimento al primo calendario (rendendo dunque possibile una calendarizzazione "a vuoto", al fine di contingentare i tempi il mese successivo[85]), nonché con l'ulteriore limite di una formulazione del disposto regolamentare (quella dell'art. 24, comma 12, r.C.) in parte oscura e incompleta, che si è spesso prestata a interpretazioni incerte e contestate[86]. Non vi è dunque una distinzione assoluta del trattamento delle proposte di legge costituzionale rispetto alla generalità degli atti di iniziativa legislativa, quanto una parziale e temporanea esenzione dalla certezza dei tempi di posizione in votazione;
- *tempi dilatati per il dibattito in Assemblea*[87] (artt. 39, comma 5, e 85,

[84] V. il generale richiamo operato dagli artt. 97, comma 1, r.C. e 121, comma 1, r.S.

[85] V., in occasione del tentativo di revisione costituzionale del 2014-2016, la menzione dell'A.C. 2613, XVII leg. nel calendario n. 19 di dicembre 2014, senza previsione di tempi contingentati, poi disposti con il calendario n. 20 del gennaio 2015.

[86] Sulla completa disapplicazione della disposizione – benché il Presidente della Camera ne abbia fissato le modalità di accesso (in A.C., XIII leg., 3/3/1999, 35) – v. F. CASTALDI, *Norme ed usi in tema di contingentamento dei tempi di discussione presso la Camera dei deputati*, in *Rass. Parl.*, 2005, 911 s., spec. 930 s., nonché N. LUPO, *Il procedimento legislativo parlamentare dal 1996 ad oggi: ovvero, del fallimento di una "rivitalizzazione"*, in *Osservatorio sulle fonti 2006*, a cura di P. CARETTI, Torino, 2008, 43. Non si riscontrano novità nella prassi successiva.

[87] Sul punto, diffusamente, G. LASORELLA, *L'uso dei tempi e delle procedure alla Camera durante il primo passaggio in Assemblea della revisione costituzionale*, in *Legge elettorale e revisione costituzionale…*, cit., 249 s.

comma 2, r.C.), nel senso di prevedere una durata di 60 minuti (rispetto agli ordinari 30) in sede di discussione sulle linee generali e di 40 minuti (anziché 20) nel corso dell'esame[88]. Vi è infine una disposizione che permette al Presidente ulteriori ampliamenti dei tempi di intervento, in via equitativa, in considerazione dell'importanza del provvedimento;

o *impossibilità della dichiarazione di urgenza, significativamente, solo alla Camera* (art. 69, comma 3, r.C.), mentre al Senato è accessibile indifferentemente anche per i disegni di legge costituzionale;

o *l'impossibilità per il Presidente (solo alla Camera*[89]*) di modificare l'ordine delle votazioni* (art. 85-*bis*, comma 4, r.C.) "quando lo reputi opportuno ai fini dell'economia o della chiarezza delle votazioni stesse", limitazione invero assai relativa, sia perché individuata mediante rinvio al già citato art. 24, comma 12, sia perché resta comunque impregiudicato il principio generalissimo (e necessario) di cui all'art. 8 r.C. (che ha anche un omologo nell'art. 8 r.S.), secondo il quale il Presidente "assicura il buon andamento dei lavori" nonché "stabilisce l'ordine delle votazioni"[90];

o *la parziale specialità (*ratione materiae *e non per l'intero ambito della revisione costituzionale) dell'accesso al voto segreto* (art. 49, comma 1, r.C.), con la particolarità, solo al Senato (art. 120, comma 3), di dover procedere al voto finale a scrutinio palese per i disegni di legge (di revisione) costituzionale.

Come si diceva, salvo alcuni elementi tutto sommato parziali – perché spesso presenti in una sola Camera, e comunque non all'apparenza decisivi – in prima deliberazione il trattamento procedurale dei disegni di legge (di revisione) costituzionale risulta sostanzialmente analogo ai disegni di legge ordinaria in "materia costituzionale"[91]. La "specialità" procedurale di questi atti si riduce a isolati accorgimenti, per lo più relativi a un allungamento dei tempi e una riduzione delle possibilità razionalizzatrici generalmente applicate al procedimento legislativo. Dunque, se si eccettuano le disposizioni immediatamente integrative del disposto dell'art. 138 Cost. – relative a chiarire la trasmissione del testo all'altro ramo del Parlamento dopo la prima deliberazione, nonché a conferire alla seconda deliberazione una natura meramente confermativa – l'unico trat-

[88] In ogni caso, tali ampliamenti non sono esclusivi dei disegni di legge costituzionale, ma riferiti anche ai disegni di legge rimessi alla riserva d'Assemblea.

[89] Al Senato è noto l'episodio in cui il sen. Calderoli presentò – a quanto pare – decine di milioni di emendamenti poi considerati irricevibili dal Presidente del Senato (A.S., XVII leg., res. sten., 29/9/2015, 24). Sul punto v. E. ROSSI, *Una Costituzione migliore?*, cit., 24 s.

[90] L'art. 8 r.S. ha una formulazione lievemente diversa, ma in senso non determinante ai fini che interessano ("Il Presidente […] stabilisce l'ordine delle votazioni […]. Assicura, impartendo le necessarie direttive, il buon andamento dell'Amministrazione del Senato"). Sugli artt. 8 dei due regolamenti v., diffusamente, R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, 2015, 23 s.

[91] Cfr. R. DICKMANN, *L'organizzazione del processo legislativo*, Napoli, 2006, 234 s.

tamento procedurale specifico per i disegni di legge costituzionale risulta la previsione del voto finale a scrutinio palese (e solo al Senato).

Una simile (scarsa) specialità procedurale dei disegni di legge di revisione costituzionale risulta non poco problematica[92], specie alla luce della scelta, operata ormai da decenni, di abbracciare la tesi della "alternatività" e di congiungerla alla chiusura della seconda deliberazione come meramente confermativa. L'assenza di qualsiasi garanzia specifica si ritiene possa costituire un non indifferente *vulnus* alla capacità della fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale di porsi come presidio della rigidità della Costituzione, specie alla luce della torsione maggioritaria che il sistema politico e partitico ha vissuto dalla metà degli Anni Novanta. Anzi, si ritiene che il quadro di regole esistenti finisca per trasmettere al procedimento di revisione costituzionale le indubitabili patologie che affliggono il procedimento legislativo da tempo, e alle quali si risponde con rimedi abnormi e anzi peggiori dei mali stessi, quali anzitutto i maxi-emendamenti[93]. La evidente indesiderabilità di tale "contagio" consiglia di approfondire il rapporto tra revisione costituzionale e funzione legislativa, al fine di sottolineare la reciproca necessaria distinzione, superando l'approccio fatto proprio dai regolamenti parlamentari vigenti.

6. La distinzione della revisione costituzionale dalla funzione legislativa nella classificazione delle funzioni parlamentari

I regolamenti parlamentari riconducono *tout court* la revisione costituzionale alla funzione legislativa, (o, almeno, al procedimento legislativo[94]). Altrettanto sembra fare la dottrina maggioritaria sulle funzioni parlamentari[95]. Nondimeno, tale assimilazione non sembra essere necessariamente condivisibile.

Ad esempio, nell'elaborare una tipologia delle funzioni del Parlamento,

[92] Cfr. v. L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, 3° ed., Bologna, 2018, 275, i quali definiscono tali garanzie specifiche come "abbastanza deboli".

[93] Sul tema sia consentito rinviare a G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, 259 s.

[94] V. le disposizioni regolamentari riportate a n. 84.

[95] Oltre ad A. Manzella, su cui *infra*, v. R. CHIEPPA, *Sul metodo…*, cit., che parla addirittura di "doppio procedimento legislativo" e V. LIPPOLIS, *Il procedimento legislativo*, cit., 313 s. Si consideri inoltre l'esclusione dalla trattazione della revisione costituzionale anche nella ipotesi di una definizione in negativo delle "altre" funzioni del Parlamento (per giunta in un ambito nel quale non vengono considerate parte della funzione legislativa anche procedimenti comunque preordinati alla produzione di norme, quale, ad esempio, l'attuazione del diritto dell'UE) in *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza italiana*, a cura di R. DICKMANN e S. STAIANO, Milano, 2008.

Andrea Manzella[96] colloca appunto la revisione costituzionale tra i procedimenti legislativi "duali"[97]. Pur individuando all'interno delle funzioni del Parlamento un ambito specifico denominato "garanzia costituzionale", questo non comprenderebbe la revisione costituzionale, limitandosi invece a tutte quelle procedure di controllo e vigilanza su soggetti o ambiti di intervento parlamentare sganciati dalle tipiche forme della responsabilità politica (il Presidente della Repubblica, la magistratura, la Corte costituzionale, le *authorities*, il sistema radiotelevisivo[98]), la cui caratteristica distintiva – in un senso quasi residuale – sarebbe l'impossibilità di essere ascritte al "processo di formazione della volontà generale dello Stato"[99].

Un diverso punto di vista sostiene la distinzione tra revisione costituzionale e funzione legislativa nel senso di una alterità completa tra i due ambiti, tanto che alla prima dovrebbero applicarsi limiti e principi distinti (e assai più stringenti) rispetto alla seconda. Questa posizione spesso richiama un precedente assai noto, relativo all'approvazione della l. cost. 3/1993, modificativa dell'art. 68 Cost., occasione nella quale si è derogato ai limiti conseguenti dalla *navette*, "riaprendo" il deliberando successivamente al raggiungimento della doppia conforme su alcune sue parti.

In questa sede, tuttavia, si ritiene di dover seguire un approccio ancora ulteriore, in qualche modo mediano tra le due impostazioni appena menzionate, teso sì a valorizzare l'autonomia della revisione costituzionale rispetto alla funzione legislativa ma riconducendo entrambe al generale "procedimento di decisione parlamentare" proposto dallo stesso Manzella[100], in modo da evidenziare come la finalizzazione di ciascuna delle due decisioni – nonché gli strumenti, le maggioranze richieste e le basi nel testo costituzionale – risultino distinte e differentemente orientate.

[96] Non ha senso riferirsi alla ben più risalente classificazione proposta da sir W. BAGEHOT, *The English Constitution* [1867], trad. it. *La costituzione inglese*, Bologna, 1995, alla luce dell'inesistenza in quell'ordinamento – ora come allora – di procedure di revisione costituzionale formalmente distinte dalla ordinaria decisione legislativa.

[97] A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 409 s. Analogamente v. L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 274 s.

[98] Rientrano in tale ambito: l'elezione dei giudici costituzionali, dei componenti "laici" del CSM e del Presidente della Repubblica (e la messa in stato d'accusa di quest'ultimo); l'intervento in sede di nomina dei componenti delle autorità amministrative indipendenti; l'attività di indirizzo e vigilanza sul sistema radiotelevisivo; il controllo sulle attività dei servizi di informazione e sicurezza; l'intervento parlamentare in relazione all'art. 96 Cost.

[99] A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 448 s.

[100] … al quale del resto appartengono anche procedimenti che lo stesso A. riferisce a funzioni diverse da quella legislativa, come appunto l'approvazione di atti di indirizzo.

6.1. L'invarianza nella (proto?-)fase di iniziativa

L'ascrizione della revisione costituzionale all'interno della funzione di garanzia costituzionale (e non invece all'interno di quella legislativa) non è in contrasto con i riferimenti presenti in giurisprudenza costituzionale relativamente alla fase di iniziativa della stessa, nei quali appunto la Corte costituzionale accomuna a una medesima radice la fase di impulso dei due procedimenti. Ci si riferisce, in particolare, ai casi nei quali la Corte ha ribadito la possibilità per i Consigli regionali di presentare proposte di legge costituzionale (e non solo di legge ordinaria) radicando tale possibilità negli stessi artt. 71 e 121, secondo comma, Cost., riferiti alla iniziativa legislativa ordinaria e che però non recano "limitazioni riferite alla forza, ordinaria o costituzionale, dell'atto normativo che la Regione intenda proporre"[101]. Del resto, risulta sempre dubbio che l'iniziativa debba essere necessariamente ricondotta a fase del procedimento decisionale e non, piuttosto, a elemento esterno ad esso: anche in relazione alla funzione legislativa può ben dubitarsi che l'iniziativa ne sia parte, essendo accessibile anche a soggetti distinti dalle Camere, che sole esercitano la funzione legislativa *ex* art. 70 Cost.[102] Dunque, da un lato, l'esistenza di atti di iniziativa provenienti da una medesima origine soggettiva ben potrebbe essere compatibile con la promozione di decisioni da ascriversi a funzioni parlamentari diverse. Dall'altro, l'ascrizione a diverse funzioni parlamentari della fase decisoria non implica necessariamente una qualche limitazione relativamente alla fase di iniziativa.

Questo risulta particolarmente rilevante in relazione al Governo, nonostante il punto risulti di certo controverso. È nota, sul tema, la posizione di Calamandrei, che addirittura riteneva che l'Assemblea costituente avrebbe dovuto discutere senza qualsiasi indicazione (e finanche con l'assenza fisica) dei rappresentanti del Governo[103]. Tuttavia, già la prassi della Costituente si

[101] Così la sent. 496/2000, § 3 in dir., ma v. anche le precedenti sentt. 256/1989 e 470/1992. G. CÒNTINI, *La revisione…*, cit., 152, sottolinea come "nella sezione II del tit. VI della Costituzione non si riscontrano norme relativa all'iniziativa delle leggi costituzionali", concludendo necessariamente per il ricorso agli artt. 71, 87, 99 e 121 Cost.

[102] Sul punto in letteratura sono rinvenibili posizioni assolutamente diversificate, come ricostruito da A.A. CERVATI, sub *Art. 71*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1985, 70 s. Nel senso dell'estraneità della fase d'iniziativa al procedimento v., su tutti, A. PREDIERI, *Aspetti del procedimento legislativo in Italia*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, a cura di A. Pace, IV, Padova, 1970, 2459, n. 6. *Contra* S.M. CICCONETTI, *Diritto parlamentare*, Milano, 2005, 124 s.

[103] P. CALAMANDREI, *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, 1947, 1 s., ora riprodotto, con introduzione di G. Azzariti, in *Costituzionalismo.it*, 2015. Più recentemente, su posizioni analoghe G. AZZARITI, *Il merito delle cose. La riforma costituzionale e lo stile delle polemiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, per il quale "l'assunzione della responsabilità diretta della revisione da parte del governo […] evidenzia uno squilibrio a favore

distaccò da una simile impostazione "assemblearista", ammettendo senza particolari discussioni l'iniziativa governativa su leggi costituzionali[104], aprendo così la strada a un modello che – nonostante ciò che spesso si dica – non è nato con il maggioritario, ma ha illustri precedenti nelle prime legislature repubblicane, quando alcune delle principali revisioni costituzionali derivarono appunto da iniziative governative[105], solo occasionalmente trattate in congiunzione con iniziative parlamentari. La dottrina successiva, specie se intervenuta non immediatamente a commento di specifiche ipotesi di riforme costituzionali, ha invece rimarcato l'assenza di qualsiasi limite positivo in tal senso[106], se non in relazione a lassi temporali estremamente circoscritti, come ad esempio nell'intervallo tra il giuramento e l'ottenimento della fiducia da parte delle Camere[107].

Una variante non poco paradossale della posizione che nega la possibilità per il Governo di accedere alla iniziativa governativa in materia costituzionale è quella che ne sostiene non una illegittimità quanto una inopportunità, fino a ritenere di dover veicolare mediante l'iniziativa parlamentare

dell'esecutivo e a discapito del legislativo"; E. ROSSI, *Una Costituzione migliore?...*, cit., 29, per il quale "la revisione costituzionale dovrebbe restare fuori dalla logica della contrapposizione tra maggioranza e opposizione, come anche dall'ambito delle funzioni assegnate al Governo".

[104] La l. cost. 1/1948 fu infatti approvata su iniziativa del Governo (nonché, si badi, a maggioranza semplice (!): Ass. Cost., 31/1/1948, 4342).

[105] V.: l. cost. 2/1963 sulla fissazione della numerosità delle Camere, nonché sulla parificazione della legislatura tra i due rami del Parlamento (originata dall'A.S. 250, III leg., d'iniziativa del Governo, su proposta del Presidente del Consiglio Fanfani e del Ministro di Grazia e giustizia Gonella, di concerto con il Ministro dell'interno Tambroni e poi abbinata all'A.S. 285, III leg., d'iniziativa del sen. Sturzo); l. cost. 1/1967, interpretativa dell'art. 10 Cost. relativamente all'estradizione per reati di genocidio (derivante dall'A.C. 1361, IV leg., presentato per il Governo dal ministro di Grazia e giustizia Reale); l. cost. 1/1992 di revisione dell'art. 79 Cost. (A.C. 4317, X leg., d'iniziativa del Governo, su proposta del Presidente del Consiglio Andreotti e del Ministro di Grazia e giustizia Vassalli). Cfr. D. CASANOVA-M. PODETTA, *Il problematico* iter*…*, cit., 23, n. 22.

[106] T. GROPPI, sub *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Torino, 2006, III, 2710; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 397, il quale per l'iniziativa delle leggi costituzionali rimanda pianamente al regime generale dell'art. 71 Cost. In relazioni a casi più puntuali si v. E. CATELANI, *Il ruolo del governo nella riforma costituzionale e nella prospettazione di soluzioni legislative attuative di tale riforma*, in *Federalismi.it*, 2016, 4. Ancora, in maniera condivisibile, v. F. FABRIZZI, *I soggetti protagonisti della procedura di revisione costituzionale: Presidenti di Assemblea, Governo, gruppi parlamentari*, in *Legge elettorale e revisione costituzionale…*, cit., 155 s., spec. 167. Conviene sul punto, benché in un quadro di valorizzazione anzitutto delle iniziative popolari, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 99.

[107] Così S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 137.

proposte confezionate all'interno del Governo, e addirittura presentate al pubblico come parte integrante del programma della coalizione che sostiene l'esecutivo[108].

6.2. Un precedente da analizzare meglio: la "riapertura" del testo nel 1993

La distinzione tra revisione costituzionale e funzione legislativa è stata spesso fondata su una certa interpretazione di quanto avvenuto nel 1993, in occasione del procedimento di revisione costituzionale del sistema delle immunità parlamentari[109].

In realtà, a una attenta osservazione dell'accaduto, sembra doversi concludere per una forte relativizzazione di quel precedente, se non proprio per la sua ascrizione a un ambito completamente diverso.

Sia consentita una breve digressione per ricostruirne gli estremi. Data la particolarità del tema oggetto di quell'intervento di revisione, specie nella temperie politica dell'epoca, il procedimento risultò alquanto accidentato, richiedendo ben cinque passaggi parlamentari per giungere alla prima deliberazione *ex* art. 138 Cost.[110] In questo susseguirsi di incroci tra i due rami del Parlamento, contemporanei all'evoluzione delle indagini della cd. Tangentopoli e ai suoi riflessi nella vita parlamentare[111], si assistette a significati-

[108] È il caso, recentissimo, delle proposte di legge di revisione costituzionale sulla riduzione del numero di parlamentari e sulla modifica dell'art. 71 Cost. al fine di introdurre il cd. "referendum propositivo", illustrate in conferenza stampa da esponenti del Governo (e in particolare dal Vicepresidente del Consiglio e dal Ministro per i rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta) e poi giunte in parlamento a firma dei capigruppo del partito di maggioranza relativa (rispettivamente AA.CC. 1172 e 1173 e AA.SS. 805 e 806, XVIII leg.).

[109] V., ad esempio, in occasione della audizione dell'avv. F.C. Besostri presso la 1ª Commissione del Senato del 27/7/2015 (la cui memoria difensiva, dal titolo *Sulla navette* è disponibile anche su *Astrid-online.it*), nonché in diversi commenti a proposito del cd. "lodo Cheli", ossia della proposta avanzata dal Vicepresidente emerito della Corte costituzionale, prof. Enzo Cheli, nell'intervista resa a D. Martirano dal titolo *Cheli: la riforma costituzionale? Si può cambiare ogni articolo, i consiglieri-senatori non vanno*, in *Corriere della Sera*, 1/5/2015, 16, tesa a considerare emendabile un intero articolo anche quando si sia formata la doppia conforme su tutti i suoi commi tranne uno, per altro modificato limitatamente alla sostituzione una preposizione. Torna sul punto A. PERTICI, *La Costituzione spezzata…*, cit., cap. 1, n. 13.

[110] L'A.C. 86 e abb., XI leg., era stato approvato dalla Camera in una prima versione il 22/7/1992, e poi successivamente modificato dal Senato (A.S. 499, XI leg.) il 18/2/1993, dalla Camera il 13/5/1993, nuovamente dal Senato il 16/6/1993 e dalla Camera il 7/7/1993, per poi giungere alla definizione del testo approvato in prima deliberazione il 22/7/1993.

[111] … basti ricordare il voto (contrario) sull'autorizzazione a procedere nei confronti del deputato Craxi, avvenuto il 29/4/1993 (una settimana prima della decisione della Giunta per il regolamento citata *infra*).

ve oscillazioni del testo, che fu più volte modificato, anche in punti sui quali la doppia conforme era ormai venuta a formarsi. La riapertura del testo fu possibile grazie a un parere approvato, si badi, all'unanimità dalla Giunta per il regolamento della Camera dei deputati del 5 maggio 1993, e dunque in perfetta corrispondenza con quel principio generale del diritto parlamentare che è il *nemine contradicente*. Questo, com'è noto, costituisce applicazione concreta della "disponibilità" del diritto parlamentare, in nome di una consolidata visione secondo la quale qualsiasi norma scritta o consuetudinaria – fatte salve quelle meramente riproduttive del disposto costituzionale – può essere disapplicata occasionalmente o strutturalmente dinanzi all'accordo tra i consociati[112] (o, almeno, all'assenza di opinioni contrarie)[113]. È ben vero che, in quell'occasione, la discussione in Giunta fu aperta dal Presidente Napolitano con uno *speech* finalizzato alla distinzione delle forme di esame dei disegni di legge costituzionali della generalità del procedimento legislativo[114], ma resta il fatto che la forma seguita per la disapplicazione del disposto regolamentare sulla limitazione alla capacità emendativa della Camera in considerazione della *navette* è stata quella generalmente applicabile in qualsiasi ambito del diritto regolamentare[115].

Dunque, il precedente deve considerarsi come un caso di applicazione di un principio generale del diritto parlamentare, che poteva occorrere in qualsiasi ambito delle funzioni del Parlamento (salvo per quanto direttamente previsto in Costituzione), e non come specificamente riferito al procedimento di revisione costituzionale in quanto "speciale" rispetto al procedimento legislativo ordinario. Tant'è vero che quando si è verificato un caso pressoché identico nei presupposti – il citato "lodo Cheli"[116] nel procedimento di revisione costituzionale in corso nel 2015, che puntava a una riapertura del

[112] G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, 156.

[113] Cfr. A.M. RIEZZO, *Bicameralismo e procedimento legislativo…*, cit., 798 sottolinea la "valutazione concorde da parte delle forze politiche" sulla base della quale si addivenne a "non dar corso a una rigida applicazione" del criterio della limitazione delle capacità deliberative di un'Assemblea in ragione della *navette*.

[114] A.C., XI leg., Giunta per il regolamento, res. somm. 5/5/1993, 3: "una prassi interpretativa che, se pienamente giustificata nel caso di *navette* tra Camera e Senato per quanto riguarda i progetti di legge ordinaria, non altrettanto sembra esser convincente qualora sia trasferita nell'esame di un progetto di legge costituzionale".

[115] Sul punto v. M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990, 8, nonché R. IBRIDO, *L'interpretazione…*, cit., 82, nonché 94. Inoltre, sul punto specifico, si consideri l'esistenza di una lettera del Presidente della Camera al Presidente della Commissione attività produttive del 24/10/1991, ove si chiarisce come "il principio fissato al comma 2 dell'art. 70, dell'intangibilità della doppia approvazione conforme, che risponde anche a un'esigenza di economica dei lavori parlamentari, debba essere rispettato al massimo grado e può cedere solo a fronte di gravi obiettivi e fatti nuovi sopravvenuti, quali il rischio di una illegittimità costituzionale per carenza di copertura".

[116] V. quanto detto alla n. 109.

testo ormai approvato in doppia conforme – non si è potuti accedere a una analoga soluzione proprio in mancanza del raggiungimento del consenso unanime sul punto[117].

6.3. Revisione costituzionale e funzione legislativa come *species* distinte del procedimento di decisione parlamentare

Rispetto alla qualificazione operata da Manzella della revisione costituzionale come procedimento legislativo "duale", e dunque distinto dalla funzione di "garanzia costituzionale" (che, come si è detto, non è preordinata alla definizione della volontà dello Stato), si ritiene di dover seguire un percorso diverso. Le tesi è, al solito, assai raffinata e tuttavia può forse essere ulteriormente elaborata proprio alla luce del quadro sistematico complessivo offerto dallo stesso Autore, che propone una cornice razionale unitaria per l'identificazione del "procedimento di decisione parlamentare", al quale sono funzionalizzati istituti che di solito sono trattati come indipendenti o paralleli alla capacità decisionale dell'assemblea rappresentativa[118]. Per questa via si potrebbe sostenere che revisione costituzionale e funzione legislativa sono due funzioni parlamentari distinte, entrambe ispirate a canoni di razionalità e alla finalizzazione comune nel delineare il percorso verso l'assunzione di una decisione, eppure fondate su presupposti diversi separati. Del resto, è fin troppo ovvio ricordare una circostanza di natura "topografica" che conduce a distinguere nettamente i riferimenti costituzionali della revisione costituzionale e del procedimento legislativo, ossia che l'art. 138 Cost. è inserito nel Titolo VI della Parte II della Costituzione, dedicato alle "Garanzie costituzionali", e non congiuntamente alla funzione legislativa di cui al Titolo I, Sezione II[119]. Una simile collocazione sembra stare a rimarcare ulteriormente l'esigenza di stabilità delle regole costituzionali e

[117] V., assai dettagliatamente (riportando le opinioni di tutti i costituzionalisti coinvolti in sede di audizione in Commissione), nonché, nel merito, in maniera del tutto condivisibile, L. BARTOLUCCI, Navette *e interpretazione della "doppia conforme" nella revisione costituzionale*, in *Rass. Parl.*, 2016, 901 s., spec. 931.

[118] Si pensi, ad esempio, agli istituti della insindacabilità, della inviolabilità e della immunità di sede, di solito trattati (solo) come parti dello *status* del parlamentare e ivi invece inquadrati come elementi sì di un principio di indipendenza, ma appunto funzionalizzati alla garanzia del procedimento di decisione (239 s.).

[119] Sul punto si può ricordare come diverse proposte di revisione costituzionale recassero un approccio congiunto alla trattazione dei procedimenti legislativo e di revisione costituzionale. Da ultimo, si pensi al testo di legge costituzionale rigettato dal referendum del 2016, che proponeva una modifica dell'art. 70 nel senso di includere tra le leggi "bicamerali" (o, preferibilmente, leggi approvate mediante un procedimento "paritario") anche le leggi costituzionali e di revisione costituzionale.

l'esistenza di uno *status quo* da garantire proceduralmente[120], oltre al fatto che il procedimento di revisione finisce per essere trattato insieme (benché in una sezione distinta) al controllo di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge di cui all'art. 134 Cost.[121]

Questa impostazione sembra condurre a un duplice vantaggio.

Per un primo profilo, consente di evitare di disperdere l'analisi in una serie di problematiche procedurali o organizzative, magari emerse in occasione dell'esame di disegni di legge costituzionale, ma in realtà riferite a profili generalmente attinenti la decisione parlamentare, in generale, e dunque comuni anche a quella legislativa (es. sostituzione dei membri dei gruppi parlamentari nelle commissioni[122], possibilità di approvare atti di indirizzo al fine dell'adozione di un testo base[123], etc.). Il riferimento operato dai regolamenti parlamentari alle "procedure" o alle "forme" del procedimento legislativo deve dunque, da un lato, intendersi come necessario – proprio al fine di permettere l'applicazione di istituti disciplinati in una distinta funzione parlamentare – e, dall'altro, da interpretarsi "in quanto compatibili", posto che appunto non tutti gli istituti, le forme e le procedure della funzione legislativa risultano applicabili alla revisione costituzionale. Ad esempio, solo per questa via sembra essere possibile negare la possibilità di ricorso alla questione di fiducia nel procedimento di revisione costituzionale, istituto che appunto si ritiene applicabile a qualsiasi manifestazione della funzione legislativa (finanche, come da prassi ormai consolidata, in relazione alla legislazione elettorale[124]), oltre che nell'ambito della funzione di indirizzo, ma

[120] Cfr. A. CERRI, *Riflessioni sull'esito del referendum costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 3.

[121] Da un ulteriore punto di vista, elemento cruciale per identificare la differenza di funzione esercitata dal Parlamento nella revisione costituzionale rispetto all'approvazione di una legge si ritiene essere la presenza di una maggioranza diversa dalla maggioranza semplice prevista dall'art. 64, terzo comma, Cost.

[122] S. CURRERI, *Le questioni regolamentari dell'iter della revisione costituzionale in Senato*, in *Legge elettorale e revisione costituzionale…*, 215 s., spec. 218.

[123] In relazione al testo di legge costituzionale rigettato nel 2016, v. l'ordine del giorno proposto dal sen. Calderoli in A.S., XVII leg., 1ª Commissione, res. somm. 6/5/2014, sul quale, criticamente, S. CURRERI, *Le questioni regolamentari…*, cit., 216 s., nonché, in toni ancor più problematici, A. PERTICI, *La Costituzione spezzata…*, cit., cap. 1, n. 12; volendo, in G. PICCIRILLI, *Elusione ed evasione dello stress decisionale nel procedimento di revisione costituzionale*, in *Legge elettorale e revisione costituzionale…*, cit., 179 s., spec. 188, si è ricondotto quell'odg a una delle "deliberazioni preliminari" propria della fase propedeutica alla definizione del testo di riferimento per la discussione e dunque nell'ambito dei poteri istruttori della Commissione in sede referente. Su tale concetto e sulla "superabilità" di tali determinazioni con il procedere dell'*iter* decisionale v. A. PIZZORUSSO, *Le deliberazioni preliminari delle Assemblee parlamentari nel procedimento legislativo*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, V, *Le Camere. Istituti e procedure*, Firenze, 1969, 545 s.

[124] Oltre alle vicende legate all'approvazione della legge elettorale del 2015, si consideri il

da escludersi categoricamente in questo ambito, nonostante il silenzio regolamentare. Sul punto, infatti, non sono presenti divieti espliciti nella lettera dei regolamenti, che comunque si premurano di sottrarre altri ambiti funzionali dalla sottoponibilità alla questione di fiducia, quali la modifica regolamentare, l'istituzione di commissioni di inchiesta o la verifica dei poteri[125]. Non del tutto conclusiva appare invece l'ipotesi di escludere l'apponibilità della questione di fiducia al procedimento di revisione costituzionale in ragione della maggioranza prevista per la positiva conclusione del procedimento. È vero che potrebbe ipotizzarsi una simile esclusione in tutti quei procedimenti per i quali la Costituzione prevede, nella fase conclusiva, maggioranze specifiche più alte della ordinaria maggioranza semplice[126]. E dun-

caso – notorio – della legge elettorale del 1953 e a quello, benché relativo alla disciplina elettorale per gli enti locali, del 1990, quando il voto di fiducia fu usato per rigettare un emendamento contenente il principio per cui la possibilità di eleggere direttamente il vertice esecutivo sarebbe stata rimessa alla potestà statutaria dell'ente locale. Simili precedenti sono contestati da più punti di vista, soprattutto valorizzando il dato letterale dell'art. 116, comma 4, r.C., nel punto in cui recita che "la questione di fiducia non può essere posta […] su tutti quegli argomenti per i quali il Regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto". Il significato del verbo "prescrivere" è stato inteso come relativo non solo ai casi di scrutinio segreto obbligatorio (es. voto su persone), ma anche relativamente ai casi in cui lo scrutinio segreto può avvenire a richiesta (specie alla Camera). I sostenitori di questa posizione sono stati, per altro, assai diversi tra loro: assai rigida in questo senso è stata la posizione, da ultimo, di G. AZZARITI, *Il passo falso della Presidente*, ne *Il Manifesto*, 1/5/2015, 2; meno rigorosa, ma sostanzialmente analoga, è la tesi di M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015, il quale ha tuttavia subordinato l'impossibilità di porre la questione di fiducia alla effettiva esistenza di una richiesta di sottoporre a scrutinio segreto le medesime parti del testo interessato. Sulla stessa linea, l'intervento del deputato La Russa in A.C., XVII leg., res. sten., 28/4/2015, 48. *Contra*, e in maniera più convincente, V. LIPPOLIS, *Le procedure parlamentari del rapporto fiduciario*, in *Diritto parlamentare*, cit., 235, con ampi richiami alla prassi sul punto.

[125] V. art. 161, comma 4, r.S., che esclude "solo" le proposte di modifica del regolamento e "in generale quanto attenga le questioni di funzionamento interno del Senato", nonché l'art. 116, comma 4, r.C., che invece dispone l'impossibilità di porre la questione di fiducia "su proposte di inchieste parlamentari, modificazioni del Regolamento e relative interpretazioni o richiami, autorizzazioni a procedere e verifica delle elezioni, nomine, fatti personali, sanzioni disciplinari ed in generale su quanto attenga alle condizioni di funzionamento interno della Camera […]".

[126] Sulla necessità che al *quorum* deliberativo dell'art. 64 Cost. si deroghi solo mediante ulteriori disposizioni di rango costituzionale v. S. GALEOTTI, *Sull'elezione dei giudici della Corte costituzionale di competenza del Parlamento*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1954, 56 s., nonché ID., *In tema di deliberazione del Parlamento in seduta comune (ancora sulla maggioranza prescritta per l'elezione dei giudici costituzionali)*, ora in *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960, II, 875 s. Sulla possibilità di ricavare la compatibilità della questione di fiducia mediante una lettura "in controluce" dell'art. 94 Cost. v. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO e N. LUPO, Roma, 2007, 41 s., spec. 59.

que, ritenendo le due deliberazioni come fasi di un medesimo procedimento, e non come *itinera* giustapposti e distinti, dovrebbe escludersene il ricorso nel procedimento di revisione costituzionale, anche in prima deliberazione. Eppure questo tipo di argomentazione finisce per risultare ancillare rispetto alla distinzione funzionale tra legislazione e revisione costituzionale, costituendo semmai un elemento *ad adiuvandum* nella stessa direzione.

Per un secondo profilo, che è quello che più interessa in questa sede, la netta distinzione tra funzione legislativa e revisione costituzionale consente di valorizzare la fase parlamentare del procedimento di revisione quale prima e imprescindibile sede di presidio della rigidità della Costituzione, evitando di scaricare gli stessi valori unicamente sulla eventualità del referendum successivo che, per definizione, appare assai meno idoneo a soddisfare quelle stesse esigenze, specie perché sarebbe possibile e praticabile solo a seguito di una revisione costituzionale non (ampiamente) condivisa.

7. Conclusioni. Valorizzare la fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale tornando alla "consecutività"

In conclusione si intende esperire un modesto tentativo di conciliazione dei "problemi aperti" in relazione alla fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione, mantenendo come punto fermo l'unico che si è assunto in questa sede, ossia la formulazione vigente dell'art. 138 Cost.

Se si condivide che il procedimento di revisione costituzionale si sia prestato a torsioni non indifferenti, e che abbia offerto una garanzia insoddisfacente come presidio della rigidità costituzionale, si ritiene che le cause di tutto ciò vadano ricercate anche nelle scelte interpretative dell'art. 138 Cost. e nel loro completamento posto dai regolamenti parlamentari. Se la combinazione tra "alternatività" e chiusura della seconda deliberazione poteva essere idonea a garantire una speditezza "indispensabile" in un sistema partitico frammentato e nella logica di funzionamento consensuale del parlamentarismo di allora, quei presupposti di fondo appaiono oggi in gran parte superati, alla luce della trasformazione maggioritaria che il sistema politico e partitico ha effettuato a partire dagli Anni Novanta ad oggi.

Certo, è singolare riflettere su queste dinamiche proprio in un momento nel quale, alla luce dei risultati elettorali del 4 marzo 2018 (e della loro combinazione con una legge elettorale priva di meccanismi *majority assuring*[127]),

[127] … i risultati elettorali in termini di distribuzione dei voti espressi non sono infatti così diversi da quelli delle elezioni politiche del 2013, quando già emergeva un sistema politico ormai tripolare, ma la disciplina elettorale dell'epoca (e, soprattutto, il premio di maggioranza) aveva in par-

il sistema politico sembra essersi avviato a un sistema (almeno) tripolare. E appare del tutto fuori luogo azzardare pronostici retrospettivi su quale sarebbero state le evoluzioni del sistema politico ove il referendum costituzionale del 2016 avesse avuto un esito diverso.

Ciò che preme in questa sede è provare a suggerire quale tra le opzioni interpretative del testo costituzionale, anche alla luce degli sviluppi mostrati dalla prassi, potrebbe condurre a una valorizzazione del procedimento di revisione costituzionale come presidio (e strumento di esercizio) della rigidità costituzionale. A questo proposito, un ritorno all'impostazione del procedimento fondato sulla tesi della "consecutività" potrebbe forse rispondere meglio alle esigenze della stagione contemporanea, evitando che l'evoluzione maggioritaria del sistema politico si combini alla matrice procedurale fondata sulla "alternatività" del procedimento di revisione costituzionale, moltiplicando esponenzialmente le tensioni di entrambi i fattori verso una maggiore celerità e speditezza della decisione.

Per altro, si è visto come la tesi della "alternatività" fosse venuta ad affermarsi sulla base di tre ragioni di fondo, nessuna delle quali sembra sussistere ancora. Le tre ragioni di fondo erano rispettivamente rappresentate dall'argomento "originalista" di Mortati, dalla necessità di un allineamento tra le discipline delle due Camere, e dal fatto che la opposta tesi della "consecutività" conducesse a procedimenti parlamentari potenzialmente troppo lunghi e defatiganti[128]. L'analisi ha mostrato come il primo argomento risulti quantomeno discutibile, specie alla luce delle smentite provenienti da partecipanti illustri alla fase costituente, come De Nicola, Terracini e Lussu[129]. Il secondo argomento non può, per definizione, costituire un ostacolo nella prospettiva di una proposta di revisione delle discipline regolamentari, per altro a oggi perfettamente simmetriche. Quanto al terzo argomento, alla luce della prassi soprattutto degli ultimi due decenni, conviene interrogarsi se non sia il caso, proprio per quelle stesse ragioni, di invertire completamente il giudizio. La maggiore ponderazione offerta dalla "consecutività" potrebbe costituire proprio il motivo per il quale preferirla, oggi. Al contempo, il rischio di tempi eccessivamente lunghi potrebbe essere disinnescato mediante il ricorso agli istituti di razionalizzazione della *navette* nel frattempo sviluppatisi, che permettono di evitare che ad ogni passaggio parlamentare il testo in discussione debba "riaprirsi" necessariamente del tutto.

Inoltre, nella prospettiva di un bicameralismo paritario confermato e "stabilizzato" dal risultato referendario del 2016, un ritorno alla tesi della

te "nascosto" questa evoluzione: in termini di voti assoluti, la coalizione di centrosinistra alla Camera dei deputati aveva poco più di 10 milioni di voti (10.049.393), quella di centrodestra poco meno (9.923.600) e il MoVimento 5 stelle quasi 9 milioni (8.691.406).

[128] Si v., a questo proposito, la ricostruzione offerta ai parr. 4.1. e 4.2.

[129] V. quanto riportato alla n. 52.

"consecutività" potrebbe valorizzare in maniera maggiore il contributo di entrambe le Camere alla definizione dei contenuti dell'intervento riformatore, evitando che la Camera che interviene per prima abbia, nei fatti, una primazia nella definizione dei contenuti.

Provando a schematizzare i rapporti reciproci tra le due Camere nella definizione del procedimento di revisione costituzionale secondo metafore forse abusate (ma proprio perché efficaci), il procedimento vigente unisce il "ping-pong" del criterio della alternatività all'"imbuto" della razionalizzazione del procedimento bicamerale "collettivo" nella sola prima deliberazione[130]. Questo comporta una sostanziale indistinzione della prima deliberazione dall'approvazione delle leggi ordinarie e un mero intervento di ratifica sul testo complessivo in sede di seconda deliberazione. Certo, inserire l'aggravio della seconda deliberazione su ciascun messaggio da una Camera all'altra, da un certo punto di vista "irrigidirebbe" il procedimento (ma in ogni caso "a 138 invariato", come è proprio del taglio che si è assunto in questa sede); tuttavia, appare preferibile "diffondere" la responsabilità della scelta di revisione nei diversi passaggi parlamentari che non scaricare (in caso di mancato raggiungimento della maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione) qualsiasi istanza a presidio della rigidità sulla fase referendaria, con tutti i problemi che questo ha mostrato comportare[131].

Da un punto di vista più generale, si ritiene che la valorizzazione della fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale non possa avvenire in assenza di uno sforzo sistematico che conduca alla sua distinzione dalla funzione legislativa, proprio al fine di caratterizzarne in senso specifico gli strumenti e la finalizzazione in senso diverso rispetto a essa. È ovvio che, dinanzi a un'Assemblea chiamata a deliberare su un articolato (il cui fine, per altro, è comunque di innovare l'ordinamento vigente), non poche siano le analogie organizzative, procedurali e razionalizzatrici. E, dunque, che vi siano una serie di istanze generali tali da condurre all'applicazione di identici strumenti procedurali sia alla ordinaria decisione legislativa che alla revisione costituzionale. Tuttavia questo non sembra sufficiente al fine di confondere l'una con l'altra, essendo possibile un loro ripensamento all'interno della più ampia cornice del "procedimento di decisione parlamentare" ipotizzato da Manzella, che – appunto – incrocia funzioni parlamentari diverse, riferendosi anche a quella di indirizzo e a qualsiasi altro ambito sia destinato a promuovere a una deliberazione.

[130] Si è già richiamata *supra* la dettagliata analisi dell'applicazione della *navette* condotta da A.M. RIEZZO, *Bicameralismo e procedimento legislativo…*, cit.

[131] In senso diverso, G. RIVOSECCHI, *Fattore tempo…*, cit., 1244 s., che ritiene "non particolarmente influente sulle garanzie della fase parlamentare" il dibattito tra alternatività e consecutività, confinandola a un impatto nel solo "fattore tempo".

Concludendo e riassumendo gli elementi essenziali di quanto esposto, sembra possibile giungere a una valorizzazione della fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale, che ne ribadisca l'idoneità a porsi quale presidio (e garanzia) della rigidità costituzionale, attraverso un impegno su una molteplicità di piani: è necessario rivedere drasticamente l'interpretazione (ormai consolidata da sessant'anni) dell'impianto procedurale prefigurato dall'art. 138 Cost.; è necessario riscrivere conseguentemente le regole del diritto parlamentare integrativo del disposto costituzionale; è necessario, come si diceva, un ripensamento della collocazione sistematica della revisione costituzionale all'interno delle funzioni del Parlamento, in modo da non (con)fonderne strumenti e obiettivi con quelli dell'ordinaria decisione legislativa. Dunque, anche senza una revisione dell'art. 138 Cost. (sempre che la si ritenga possibile e desiderabile), è possibile "cambiare" il percorso tramite cui giungere alla modifica del testo costituzionale. Come si è visto, la disposizione costituzionale sul procedimento di revisione già ora offre sufficienti margini per caratterizzarsi meglio quale pratica della rigidità costituzionale "in" Parlamento, nel rispetto della sua connaturata esigenza di mutamento, e a garanzia della stessa continuità dell'ordinamento costituzionale.

IL PROCEDIMENTO DI REVISIONE: LE FASI ULTERIORI, NECESSARIE ED EVENTUALI

di Alessia Fusco*

SOMMARIO: 1. Impostazione della domanda che anima la ricerca e delimitazione dell'indagine. – 2. Necessità ed eventualità delle fasi ulteriori nell'alveo procedimentale: costruzione dell'indagine. – 3. La fase ulteriore "comunque necessaria": la pubblicazione. – 4. La fase «eventuale» e «facoltativa»: il referendum costituzionale. Inveramento nella prassi. – 4.1 L'iniziativa referendaria e la natura del referendum costituzionale. – 4.2 L'omogeneità del quesito referendario e il controllo…necessario? – 4.3 Il *quorum*: punto di osservazione privilegiato per lo studio della natura eventuale e facoltativa. – 4.4 Il referendum costituzionale: «una garanzia che tutti può tranquillizzare»? – 5. Il punto di intersezione tra necessità ed eventualità: i poteri del Presidente della Repubblica. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Impostazione della domanda che anima la ricerca e delimitazione dell'indagine

La complessità degli aspetti sottesi all'esame delle fasi del procedimento di revisione costituzionale oggetto di questo studio, su cui tanta letteratura si è già prodotta nel corso dell'esperienza repubblicana, insieme a un'attenzione necessaria al quesito da cui l'analisi deve muovere impone di delineare con chiarezza la domanda che intende animare la ricerca che qui si svolge. Come vanno lette le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali, del procedimento di revisione alla luce della garanzia della rigidità costituzionale? In che modo queste fasi vanno a garantire la rigidità costituzionale? Oggetto della ricerca saranno, pertanto, gli istituti che iscrivono il loro raggio d'azione nelle fasi procedimentali ulteriori rispetto alla fase parlamentare, intesi come strumenti di garanzia della rigidità, al fine di indagare sugli elementi della «specifica volontà normativa»[1] in cui si è concretata l'attenzione del Costituente per le garanzie costituzionali.

La domanda che guida il lavoro di ricerca ben si addice oggi a uno studio sul procedimento di revisione, a seguito di una delle pagine della storia re-

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino.

[1] S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Giuffrè, Milano, 1950, 3.

pubblicana in cui le fasi ulteriori del procedimento, specie quella referendaria, si sono colorate di sfumature significative volte a suscitare riflessioni di varia natura. La recente stagione referendaria del 2016, conseguente all'approvazione del ddl cost. S. 1429, c.d. "Renzi-Boschi", rende necessario, infatti, depurare gli istituti oggetto dell'analisi dalle incrostazioni della cronaca e provare a ricondurre le peculiarità emerse nel quadro dei lineamenti teorici e normativi che interessano gli istituti coinvolti. Il tentativo sarà pertanto quello di compiere un'indagine in ordine agli istituti sul piano giuridico, confrontando in seconda battuta i profili emersi con i dati forniti dalla prassi. A tal fine, l'analisi non potrà prescindere dalla presa in considerazione dell'originaria caratterizzazione dell'oggetto di studio – quale delineata negli Atti dell'Assemblea costituente, per la cui disamina si prediligerà un approccio diretto alla fonte, oltre che alle pur dettagliate ricostruzioni già compiute da numerosi studi[2] – e delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale su singoli aspetti.

L'interrelazione che collega alcuni profili del tema con quelli oggetto di altre relazioni di questo convegno impone l'esperimento di un'*actio finium regundorum*. Nello specifico, non saranno affrontati in alcun modo aspetti relativi alla fase "principe" del procedimento di revisione, di cui si occupa Giovanni Piccirilli: al riguardo, preme sottolineare sin dalle prime battute come anche l'analisi che qui si svolge muova dal sostenere la primarietà logica e assiologica della fase parlamentare sulle fasi ulteriori; precisazione, questa, consegnataci dalla logica intrinseca dell'art. 138 e ribadita con forza dalla giurisprudenza costituzionale (si allude in particolare alla sent. n. 496 del 2000, in cui la Corte ha avuto modo di esprimersi sull'assegnazione della «decisione politica di revisione in primo luogo alla rappresentanza politico parlamentare»[3]). In questo modo, viene inevitabilmente rimarcato il carattere eventuale della fase referendaria, a fronte delle tendenze registrate nella prassi, volte a spostare il potenziale decisionale della revisione dalla sede parlamentare a quella della consultazione popolare. Proprio su quest'ultimo punto, che sarà compiutamente trattato oltre, le proposte di modifica dell'art. 138, oggetto della relazione di Francesco De Martino, saranno prese in considerazione al solo fine di evidenziare come la torsione verso la necessità della fase referendaria caratterizzi anche la prospettiva *de iure condendo*.

[2] Tra gli altri, M. L. MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione* costituzionale, Giuffrè, Milano, 1982; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001; T. GROPPI, *art. 138*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Giappichelli, Torino, 2006, 2705 ss. e, di recente, L. GENINATTI, *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

[3] Cfr. l'*incipit* del punto 4 del *Cons. in dir.* della pronuncia in oggetto.

2. Necessità ed eventualità delle fasi ulteriori nell'alveo procedimentale: costruzione dell'indagine

Necessità ed eventualità sono due concetti di teoria generale, che modellano le fasi ulteriori del procedimento di revisione costituzionale. L'uso di questi non è avallato da un parallelo impiego nel dettato costituzionale né dalla possibilità di un prestito da altre fonti del diritto, in cui i due termini sono solitamente usati con connotazioni diverse rispetto a quelle qui proposte. Tuttavia, tale impiego è giustificato tanto sul piano logico quanto dagli usi lessicali della dottrina giuridica, che ha riconosciuto nelle varie fasi ulteriori dell'*iter* di revisione costituzionale elementi, appunto, ora di necessità, ora di eventualità.

Ai fini della costruzione dell'indagine, si sarebbe potuto seguire l'ordine logico e cronologico con cui le varie fasi si innestano nel procedimento, così come descritto dall'art. 138. Si sarebbe anche potuto propendere per altre opzioni di studio ed espositive, formulate sulla base di criteri diversi.

Sulla scorta della traccia assegnata, si è inteso piuttosto valorizzare le categorie della necessità e dell'eventualità in quanto strutturanti quelle fasi del procedimento di revisione costituzionale ulteriori rispetto alla fase "principe", ossia quella parlamentare.

Necessità di ordine logico e sistematico, dettate *in primis* dall'esigenza di studiare istituti così ricchi di profili strutturali e funzionali, hanno convinto ad assecondare l'intuizione di condurre lo studio di ciascuno entro una cornice teorica ben precisa. La teoria del procedimento, così come consegnataci negli studi di diritto pubblico da Serio Galeotti[4], ci consente di collocare nell'alveo di un vero e proprio procedimento lo studio degli istituti oggetto di quest'analisi e delle fasi nelle quali questi si iscrivono. La preferenza accordata agli studi sul procedimento legislativo rispetto a quelli sul procedimento amministrativo[5], di ben più corposa tradizione, si spiega anche alla

[4] S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957.

[5] Per una ricostruzione di carattere generale della nozione come «partecipazione in contraddittorio di più soggetti», cfr. R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1996, 569 ss.. Tra gli altri, non possono essere trascurati gli studi di A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Pozza, Venezia, 1964; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione*, in *Dir. proc. ammin.vo*, 1989. Volendo guardare anche alle peculiarità della nozione di procedimenti giurisdizionali, soprattutto nel diritto processuale penale, e alle differenze che la contraddistinguono rispetto a quella dei procedimenti legislativi e amministrativi, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 375, ove si osserva che «l'accertamento penale esige almeno due atti, la cui somma chiamiamo "procedimento". Nel lessico tecnico questo vocabolo designa le serie fra i cui costituenti esistano date relazioni; una, capitale, è definibile così: se N

luce del dato politico che struttura il primo e che, come si vedrà, si rivela fondamentale nella costruzione e nell'innesto delle varie fasi. Il modello procedimentale è infatti un dato tecnico la cui costruzione, presidiata dall'art. 138 nelle sue varianti, muta a seconda delle scelte di campo degli attori politici: in questa prospettiva, si può osservare come il potere, a seconda delle sue esigenze contingenti, determini di volta in volta le sue scelte entro gli schemi del diritto. Ciò consente di non studiare le diverse fasi *uti singulae*: inquadrando infatti i singoli istituti non come monadi ma all'interno della loro cornice teorico-sistematica, ossia quella del procedimento di revisione, si può provare a cogliere come si inseriscono le fasi eventuali nel procedimento. Approccio, questo, che potrà rivelarsi fruttuoso in relazione ad alcuni profili specifici della fase referendaria.

La compresenza di fasi necessarie e fasi eventuali suggerisce un ordine del ragionamento che inizi dalla considerazione della pubblicazione, unica fase che assume davvero un carattere di necessità entro un procedimento di revisione la cui fase parlamentare si concluda con l'approvazione di una delibera legislativa che registri almeno la maggioranza assoluta. Di qui si passerà poi all'esame del *referendum* costituzionale, iscritto in quella fase procedimentale che ha natura non solo eventuale ma anche «facoltativa»[6], in relazione ai profili che si sono ritenuti più pregnanti sul piano euristico. Da ultimo si osserverà come la combinazione dei connotati della necessità e dell'eventualità caratterizzi quegli istituti – promulgazione e rinvio – appartenenti alla fase procedimentale in cui un ruolo fondamentale è costituzionalmente ascritto al Presidente della Repubblica.

3. La fase ulteriore "comunque necessaria": la pubblicazione

Nell'*iter* procedimentale della revisione costituzionale, se vi è una fase che viene in rilievo in quanto sempre e comunque necessaria, questa è la fase della pubblicazione. Va precisato che l'inquadramento della pubblicazione

compie A, P deve compiere B. Vari aspetti distinguono i procedimenti giurisdizionali dai legislativi e amministrativi: in specie, la *res iudicata,* ossia una qualità normativa dell'atto conclusivo, dichiara qualcosa, incontrovertibilmente; e l'effetto sopravviene anche quando gli atti anteriori siano invalidi. Il processo, dunque, implica almeno un procedimento, ma spesso ne include alcuni: dall'imputazione all'epilogo dell'udienza preliminare, dalla *vocatio in iudicium* alla sentenza, l'appello, e via seguitando. Il vecchio codice usava una nomenclatura vaga; risultano equivoche anche le scelte terminologiche del nuovo: nella formula "in ogni stato e grado del procedimento", ad esempio, l'ultimo nome designa indagini preliminari e processo».

[6] Come ben messo in luce da G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

come fase comunque necessaria ben si colloca nello studio delle fasi ulteriori del procedimento. In questa prospettiva, la possibile obiezione secondo cui la pubblicazione non sarebbe fase comunque necessaria, nell'ipotesi in cui la proposta di legge costituzionale naufragasse nell'*iter* parlamentare, per il mancato raggiungimento della maggioranza richiesta ai fini del passaggio alle fasi ulteriori del procedimento, è ben superata in virtù del raggio tematico della presente analisi, limitata appunto alle fasi ulteriori.

Nel procedimento di revisione costituzionale, la pubblicazione assume una connotazione peculiare. Nelle sue sfaccettature, l'istituto della pubblicazione, calato nella fase ulteriore del procedimento di revisione, persegue una funzione di garanzia della rigidità. Oltre a condividere le medesime caratteristiche della pubblicazione della legge ordinaria, alla fine dell'*iter* procedimentale descritto dall'art. 138, la pubblicazione è prevista in un altro momento del procedimento di revisione, successivo all'approvazione del progetto di legge costituzionale a maggioranza assoluta, nella specie della pubblicazione anomala[7]. La fase in cui si iscrive la pubblicazione notiziale integra l'aggravamento del procedimento di revisione ed è infatti presente in quegli altri *iter* procedimentali di formazione di fonti del diritto di forza superiore a quella della legge ordinaria[8]. Il riferimento è al procedimento di formazione degli statuti regionali delle regioni di diritto comune, *ex* art. 123 Cost., in cui è significativo osservare che la pubblicazione dello Statuto è idonea a far decorrere il termine non solo per l'eventuale richiesta referendaria ma anche per l'eventuale impugnativa del Governo[9].

[7] Di «pubblicazione denuncia» discorre A. PIZZORUSSO, *art. 138*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1975, 717.

[8] Sul punto, cfr. C. Cost., sent. n. 304/2002: «la parola "pubblicazione", utilizzata nel terzo comma, indica un evento che è anteriore alla pubblicazione dello statuto (e quindi anche alla pubblicazione cosiddetta necessaria che ne determina l'entrata in vigore) e che funge da momento iniziale per il decorso del termine per richiedere il *referendum*. È a questo punto assai arduo immaginare, in assenza di una esplicita indicazione in tal senso da parte del legislatore costituzionale, che quella stessa parola "pubblicazione", che compare nel comma precedente e che ha, anch'essa, la funzione di scandire l'iniziale decorso di un termine (quello entro il quale il governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali), abbia un significato totalmente disomogeneo e stia ad indicare non una pubblicazione a fini notiziali, ma la pubblicazione successiva alla promulgazione, la cui funzione, di per sé, non è quella di provocare l'apertura di termini, ma l'entrata in vigore degli atti normativi. L'interpretazione testuale induce dunque a ritenere che il termine "pubblicazione" di cui ai commi 2° e 3° indichi forme di pubblicità notiziale; conclusione non dissimile suggerisce l'architettura logica dell'art. 123 della Costituzione». Sul tenore della pubblicazione notiziale negli Statuti regionali, cfr. anche C. cost. sent. n. 12/2006, punto 8 del *Cons. in dir.*

[9] Di due distinte forme di controllo, «democratica» la prima, «giuridica» la seconda, ne discorre T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2017, 682. G. D'ALESSANDRO, *art. 123*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mu-

Ex art. 138, tale pubblicazione si pone come «atto strumentale»[10] endoprocedimentale. Il carattere strumentale della pubblicazione anomala, pur non esplicitato nel testo dell'art. 138, emerge con chiarezza da un esame degli atti dell'Assemblea costituente.

Il funzionamento della fase in questione si deve, nella sua organizzazione procedimentale definitiva, soprattutto alle precisazioni fornite in assemblea plenaria da Tomaso Perassi a proposito del rapporto tra consultazione popolare, promulgazione e pubblicazione nella scansione cronologica dell'*iter* di revisione costituzionale. Pronunciandosi in senso contrario a una proposta precedentemente avanzata con riguardo all'*iter* del *referendum* abrogativo – promulgazione e pubblicazione della legge seguita da eventuale *referendum* «restando in tal caso sospesa l'entrata in vigore della legge» – Perassi ammoniva sull'inopportunità di attribuire al *referendum*, in particolare a quello costituzionale, «la configurazione giuridica di un veto». La conformazione procedimentale che, secondo il relatore, maggiormente garantiva contro un uso sistematico in chiave oppositiva del *referendum* costituzionale, doveva prevedere «che la legge costituzionale votata dalle due Camere non *fosse* promulgata, ma … soltanto pubblicata ai fini di essere portata a conoscenza del popolo, sicché i cittadini *potessero* esercitare la facoltà di chiedere il *referendum*. Soltanto quando, essendo stato richiesto il *referendum*, la votazione popolare abbia avuto luogo e la maggioranza richiesta si sia pronunciata a favore della legge, questa viene promulgata ai fini della sua entrata in vigore»[11].

La natura e le finalità ascritte, sin dalla fase genetica della Costituzione, alla pubblicazione anomala delle leggi di revisione costituzionale possono quindi essere correttamente intese soltanto se messe in relazione con altre fasi e con altri aspetti dell'*iter* della revisione, prendendo cioè in considerazione il nesso funzionale e procedimentale di questa forma di pubblicazione con la fase della promulgazione, oltre al nesso con il carattere facoltativo della consultazione referendaria e con la conseguente esigenza di informazione sul contenuto della legge. Ulteriore conferma, questa, della necessità di un approccio sistematico allo studio delle singole fasi del procedimento, che tenga conto del modo in cui esse sono tra loro interrelate.

lino, Bologna, 2018, 397, osserva come l'*iter legis ex* art. 123 non condivida pedissequamente con l'*iter* di revisione della Costituzione tutte le fasi procedimentali; il modello della pubblicazione anomala è, invece, riprodotto in ogni suo carattere.

[10] Così A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 717.

[11] Assemblea plenaria, 3 dicembre 1947.

4. La fase «eventuale» e «facoltativa»: il referendum costituzionale. Inveramento nella prassi

Attenta dottrina[12] specifica con chiarezza i caratteri della fase referendaria. Tra questi, *in primis*, eventualità e facoltatività. In base al disegno dell'art. 138, l'eventualità si lega alla subordinazione dell'esperimento della fase referendaria in ordine a una delibera legislativa che abbia registrato la maggioranza assoluta e non qualificata dei due terzi; la facoltatività, alla condizione che il *referendum* sia richiesto dai soggetti titolari dell'iniziativa referendaria e non sia attivato in assenza di proposta, stante l'avverarsi della condizione cui è rimessa la sua eventualità.

Nella storia repubblicana, si sono registrati tredici casi legati a leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali la cui approvazione si è avuta con la sola maggioranza assoluta[13]; solo per tre di questi, però, il procedimento si è composto anche della fase referendaria, negli anni 2001, 2006 e 2016, in relazione a revisioni costituzionali che hanno interessato più punti della Carta fondamentale.

4.1 L'iniziativa referendaria e la natura del referendum costituzionale

La *ratio* dell'individuazione dei soggetti titolari dell'iniziativa referendaria e della natura del *referendum* – questioni, a mio avviso, intimamente

[12] G. FONTANA, *Il referendum costituzionale*, cit., 168 ss.

[13] Si tratta, in ordine cronologico, della l. cost. 23 febbraio 1972 n. 1, «Modifiche del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia», della l. cost. 9 maggio 1986 n. 1, «Modifica dell'art. 16 dello Statuto speciale per la Sardegna approvato con la l. cost. 26 febbraio 1948 n. 3 concernente la definizione del numero dei consiglieri regionali», della l. cost. 16 gennaio 1989 n. 1, «Modifiche degli art. 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1 e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione», della l. cost. 12 aprile 1989 n. 3, «Modifiche ed integrazioni alla legge costituzionale del 23 febbraio 1972 n. 1 concernente la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia. Modifica allo Statuto speciale della Valle d'Aosta», della l. cost. 6 marzo 1992 n. 1, «Revisione dell'art. 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto», della l. cost. 6 agosto 1993 n. 1, «Funzioni della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali e disciplina del procedimento di revisione costituzionale», della l. cost. 23 settembre 1993 n. 2, «Modifiche e integrazioni agli Statuti speciali per La Valle d'Aosta, la Sardegna, il Friuli-Venezia Giulia e il Trentino-Alto Adige», della l. cost. 17 gennaio 2000 n. 1, «Modifica all'art. 48 della Costituzione concernente l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero», della l. cost. 23 ottobre 2002 n. 1, «Cessazione degli effetti dei commi primo e secondo della tredicesima disposizione transitoria e finale della Costituzione», della l. cost. 30 maggio 2003 n. 1, «Modifica dell'art. 51 della Costituzione».

connesse, analogamente ad altri aspetti dell'iter procedimentale di revisione costituzionale – può essere meglio colta se si confronta il conciso dettato costituzionale con gli approfondimenti dialettici condotti in seno all'Assemblea costituente.

Sin dalla relazione preliminare sulla struttura del potere legislativo, Conti aveva stimolato la Commissione dei Settantacinque a discutere dell'opportunità che spettasse alle Regioni, in «sostituzione» o come «rafforzamento» del voto di una maggioranza parlamentare qualificata, la responsabilità di una fase ulteriore dell'*iter* di revisione, eventualmente successiva all'approvazione della legge costituzionale da parte delle Camere; ovvero se convenisse «sottoporre le leggi costituzionali alla votazione diretta dei cittadini, esigendosi per l'approvazione la maggioranza dei votanti calcolati sia nazionalmente sia per regioni»[14].

Quanto al ruolo delle Regioni, la proposta di Nobile che «la richiesta del *referendum* potesse esser fatta da un quinto delle Assemblee regionali» fu scartata a favore di una formulazione provvisoria già simile a quella tuttora contenuta nell'art. 138, in cui si prevedeva che l'iniziativa referendaria spettasse, tra gli altri, a sette Consigli regionali. Questo numero, su emendamento di Perassi, fu poi portato a cinque in considerazione del fatto che, «data la distribuzione delle Regioni d'Italia, esigere che la domanda del *referendum* sia fatta da almeno sette Consigli regionali potrebbe avere qualche inconveniente dal punto di vista politico»[15].

Il dibattito sul punto specifico della partecipazione popolare all'iniziativa referendaria occupò, in verità, meno spazio rispetto alla riflessione su altri elementi strutturali del procedimento di revisione. In effetti, i suoi termini e i suoi possibili esiti risultavano già in qualche misura chiariti nell'ambito della discussione vertente sulla titolarità dell'iniziativa di revisione costituzionale, svoltasi per la maggior parte in seno alla Commissione dei Settantacinque; ulteriore segno, questo, di come le varie fasi del procedimento di revisione costituzionale – per quanto distanti nella scansione dell'*iter* procedimentale e per quanto utilmente separate nell'analisi dottrinale – abbiano un ineludibile legame funzionale e siano profondamente interagenti.

Nelle prime fasi del dibattito in Commissione, fu Mortati a proporre che la revisione costituzionale potesse scaturire, oltre che dall'iniziativa di Governo e Camere, da quella di 500.000 elettori. La proposta raccolse il *placet* del presidente della Commissione Terracini, secondo cui la difficoltà stessa di mobilitare un tale numero di elettori sarebbe stata in sé garanzia della rilevanza della proposta, meglio di quanto non potesse esserlo la richiesta an-

[14] Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 4 settembre 1946.
[15] Assemblea plenaria, 3 dicembre 1947.

che di un solo deputato; oltretutto, il funzionamento così proposto non privava le Camere della possibilità di respingere la richiesta popolare. La proposta di Mortati, che prendeva le mosse dalla sfiducia nella «sensibilità politica» di Camere e Governo e dalla convinzione che i partiti non fossero «sufficientemente rappresentativi di tutta la massa dei cittadini», era intesa a «lasciare a una certa percentuale della popolazione la possibilità di trovare uno sbocco a richieste e proposte le quali non trovino sufficiente espressione nei partiti»[16]. Benché l'idea di Mortati sia stata rigettata dalla Commissione[17], questa propensione a dare voce in capitolo anche alle istanze politiche minoritarie, nell'ambito della revisione costituzionale, procedeva da una sensibilità non dissimile da quella in seguito fatta propria dalla Commissione, che, come vedremo, giustificò l'introduzione del *referendum* costituzionale come garanzia, tra l'altro, di un potenziale coinvolgimento anche di forze politiche e sociali minoritarie nell'*iter* della revisione.

In effetti, benché già nelle discussioni preliminari fosse stato proposto da più parti di «arrivare al *referendum* … su proposta anche di una sola camera», escludendo l'iniziativa popolare in quanto «creerebbe agitazione nel Paese prima ancora dell'attuazione del *referendum*», la Commissione optò per una soluzione di compromesso, che non prevedeva la titolarità popolare dell'iniziativa di revisione ma consentiva a una componente della popolazione l'esercizio di un protagonismo nelle fasi ulteriori, mediante la richiesta del *referendum*. Paolo Rossi difese in assemblea plenaria la validità di tale progetto presentandolo come una «garanzia … che tutti può tranquillizzare, il ricorso alla fonte stessa della sovranità: il *referendum* popolare, quando un quinto dei membri di una Camera, o cinquecentomila elettori, o sette Consigli regionali ne facciano domanda. Con ciò anche i diritti della minoranza – di una modesta minoranza – sono tutelati efficacemente, restando aperto l'appello al popolo, anche ad opera di una parte comparativamente piccola della pubblica opinione»[18].

Quello testé ricordato è un passo famoso, che insieme ad altri, ha dato adito a interpretazioni divergenti circa la natura e la funzione del *referendum* costituzionale nella *mens* dei costituenti. Vi è, da un lato, chi ne ha desunto la natura schiettamente oppositiva del *referendum* come istituto «di minoranza e a tutela della minoranza, di opposizione alla maggioranza

[16] I sez. della Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 15 gennaio 1947.

[17] Il primo comma del progetto di articolo presentato dalla Commissione all'assemblea plenaria, poi espunto dal testo finale, attribuiva esplicitamente la titolarità dell'iniziativa di revisione a Camere e Governo.

[18] Assemblea plenaria, 4 novembre 1947.

espressa dai rappresentanti in parlamento»[19]. Vi è, dall'altro lato, chi ha insistito sul fatto che Rossi stesso, e per sua voce la Commissione, avesse inteso temperare le innegabili potenzialità in chiave oppositiva del *referendum* costituzionale con «strumenti per evitare l'esercizio del potere di veto da parte della minoranza», quali la doppia deliberazione parlamentare, utili a «spostare l'asse del procedimento dal rischio dell'opposizione sistematica alla possibilità dell'approvazione democratica»[20].

Dal tenore delle discussioni svoltesi in Assemblea costituente emerge come il *referendum* costituzionale sia profondamente caratterizzato da una natura e una funzione in chiaro contrasto rispetto a quelle del *referendum* abrogativo: non cioè la previsione di un diritto di veto da parte del popolo sulle riforme costituzionali promosse dal Parlamento bensì l'esercizio da parte dello stesso di un ruolo integrativo rispetto all'attività legislativa di revisione costituzionale delle Camere. Si ritenne, in altri termini, che quella referendaria dovesse essere la fase ultima del controllo democratico nel procedimento di revisione. Su queste basi, sembra che la risposta al problema della natura del *referendum* costituzionale fosse molto chiara ai Costituenti.

Il dibattito si è riacceso nel contesto particolarmente sensibile al tema della stagione dei *referendum* costituzionali, iniziata nel 2001 e proseguita nel 2006[21]. Nel 2016, poi, è emerso come l'idea di un carattere oppositivo[22] del *referendum* costituzionale, *de iure* o *de facto*, sia più che mai radicata, ancorché non chiaramente avallata dalla ricostruzione della *intentio* del Costituente. Gli eventi del 2016 hanno portato alla luce con adamantina evidenza la necessità di confrontarsi con un ineludibile dato politico, ossia il profilarsi di una spendibilità oppositiva, non tanto rispetto al merito del progetto di revisione quanto al Governo che lo ha promosso[23]. Dopo un cinquantennio di mancato esperimento della fase referendaria, l'emergere di una propensione della classe politica verso impegnativi programmi di revisione costituzionale ha al contempo reso urgente una riflessione tanto teorica quanto pratica sulla natura del *referendum* e mostrato il ritardo nella precisazione di tale natura rispetto all'istituto "modello", il *referendum* abrogativo, che invece, anche per la maggiore chiarezza e la minore problematicità dei suoi connotati, pone questioni di più agile risoluzione. Si ha

[19] Così R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

[20] L. GENINATTI, *op. cit.*, 9.

[21] Cfr. *Una nuova Costituzione? La modifica della seconda parte in attesa del* referendum, con presentazione di A. PERTICI e R. ROMBOLI, Ed. Plus, Pisa, 2006, 4 ss.

[22] Riflessione, questa, presentata dalla dottrina, a partire da G. GUARINO, *La revisione della Costituzione. Il referendum*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 2/1948, 130 ss.

[23] Sul punto, A. PERTICI, *La Costituzione spezzata. Su cosa voteremo con il referendum costituzionale*, Lindau, Torino, 2016, 49 ss.

l'impressione che la dottrina e la giurisprudenza, nelle loro ricostruzioni, continuino a rifarsi agli schemi del modello, nonostante i tratti differenziali che connotano i due strumenti *in apicibus*.

Nel suo studio sulla natura non necessariamente oppositiva del *referendum*, Geninatti asserisce che la rigidità non deve trasformarsi in uno strumento sistematico di opposizione[24]. In questo senso, se si legge il problema alla luce della garanzia della rigidità, secondo la domanda posta all'inizio della ricerca, si può affermare che garanzia della rigidità non deve assumere il significato di opposizione fine a se stessa alla riforma della Costituzione, poiché la *ratio* della rigidità non è porre un deterrente alle riforme ma garantire la loro introduzione con la massima partecipazione possibile. Leggendo il *referendum* costituzionale alla luce della *ratio* della garanzia della rigidità, non si può dire che lo strumento referendario sia stato introdotto come elemento di sabotaggio della revisione bensì come strumento di opposizione politica, inserito però in un'architettura il cui fine non è porre un veto alla revisione ma garantirne la democraticità[25], nel rispetto dei limiti assoluti.

Si rivela qui feconda la valorizzazione dell'inquadramento della fase nell'alveo procedimentale. Chi scrive si va convincendo, infatti, che la dicotomia natura oppositiva *vs.* natura confermativa sia espressione di un inquadramento parcellizzato del problema; di un'analisi, in altri termini, che punti a valutare la fase referendaria come momento slegato dalle fasi precedenti, incancrenendo la discussione su un singolo aspetto. Tale considerazione è avvalorata dal collegamento, posto all'inizio del presente paragrafo, tra iniziativa referendaria e natura del *referendum*. Quali che siano i soggetti richiedenti – espressione delle forze di maggioranza o delle forze di opposizione – la fase eventuale, in cui si situa l'istituto del *referendum*, si costruisce comunque come una fase volta a garantire la massima dialettica nella revisione costituzionale. È, questo, un punto su cui avremo modo di tornare ancora nel prosieguo di questo studio, dopo aver percorso altri itinerari dell'analisi.

4.2 L'omogeneità del quesito referendario e il controllo…necessario?

Un aspetto che non dovrebbe di per sé sollevare alcun problema, in

[24] Cfr. L. GENINATTI, *op. cit.*, *passim*.

[25] In generale, nella *mens* del Costituente, «il procedimento della revisione costituzionale (…) non fu invocato come un elemento in grado di ostacolare gravemente le riforme» e l'art. 138 fu l'unica soluzione «almeno nella visione dei Costituenti, capace di comporre il carattere rigido della Costituzione con le esigenze di adeguamento delle sue disposizioni al divenire della storia»: così F. R. DE MARTINO, *Le deroghe all'art. 138 della Costituzione. L'esperienza* repubblicana, ESI, Napoli, 2014, 56.

quanto regolato espressamente dalla legge n. 352 del 1970[26], ma che si è rivelato invece gravido di notevoli implicazioni, riguarda la formulazione del quesito referendario[27].

È significativo osservare, però, come nella prassi, in occasione dell'ultima tornata referendaria, il problema abbia assunto tratti distintivi tutt'altro che semplici e sia stato oggetto di un interessante contenzioso dinanzi a un *parterre* variegato di autorità giusdicenti. Nello specifico, si sono registrati diciotto accesi ai giudici, di cui cinque al giudice amministrativo, nove al giudice civile, *ex* art. 700 c.p.c., in sede di procedimento cautelare, uno al giudice costituzionale e due all'Ufficio centrale per il *referendum* in sede di revocazione[28]. La formulazione del quesito proposto per l'ultimo *referendum* introduceva un elemento di novità rispetto a quelle dei quesiti riportati sulle schede dei *referendum* costituzionali del 2001 e del 2006. Se, infatti, nelle prime due occasioni si optò per titoli della legge di revisione e, conseguentemente, quesiti generici, riguardanti la volontà o meno di approvare le modifiche apportate al titolo V e alla parte II della Costituzione, nel 2016 i singoli interventi di cui si componeva il progetto di revisione costituzionale furono indicati analiticamente nel titolo della legge.

Nel 2015, Paolo Carnevale osservava «l'importanza ed il rilievo che la denominazione della richiesta può assumere nelle consultazioni popolari, specie in occasione di *referendum* su complessi normativi assai articolati»[29]. Parole che si rivelarono "profetiche", attese le vicende successive dell'ultima stagione referendaria.

Al complicarsi della formulazione del quesito referendario è corrisposta da più parti, e in più sedi adite, l'invocazione di un controllo sulla sua omogeneità. L'omogeneità del quesito referendario ha infatti occupato una parte

[26] Art. 16, l. n. 352 del 1970: «Il quesito da sottoporre a *referendum* consiste nella formula seguente: "Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo… (o degli articoli…) della Costituzione, concernente…(o concernenti…), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero…del…?; ovvero: "Approvate il testo della legge costituzionale…concernente…approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero…del…?».

[27] Questo profilo è strettamente legato a quello del titolo della legge, in forza della preferenza accordata dalla prassi alla seconda delle due formule *ex* art. 16 e di quel «concernente» che traspone nel quesito il titolo della legge costituzionale, come ben precisa P. CARNEVALE, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione attualmente* in itinere, in *Rivista AIC*, 1/2015, 20. Su aspetti connessi a quello in oggetto, si veda anche G. PICCIRILLI, *Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un dialogo con Paolo Carnevale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016.

[28] Sul punto, cfr. l'accurato studio di G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.

[29] P. CARNEVALE, *ibidem*.

significativa del dibattito pubblico in occasione delle consultazioni del 2016[30].

Come noto, il *referendum* costituzionale non è sottoponibile a un controllo sull'omogeneità del quesito, momento invece necessario nell'*iter* relativo al *referendum ex* art. 75 Cost. Ciò perché, «mentre il quesito abrogativo è nella piena disponibilità dei promotori, che possono scegliere come costruirlo, seppure nei limiti della formulazione del testo normativo su cui si vuole incidere (…), al contrario, nel *referendum* costituzionale, il quesito corrisponde al testo della delibera approvata in seconda deliberazione a maggioranza assoluta (ma inferiore ai due terzi) delle due Camere, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. Poiché le Camere non sono tenute a rispettare l'omogeneità nell'approvare le leggi (anche) costituzionali, neppure il quesito referendario pare essere vincolato a tale requisito»[31]. A ciò si aggiunga un'altra considerazione, legata a un possibile ruolo della Corte, in sede di giudizio di ammissibilità, nella fase eventuale del procedimento di revisione in cui si iscrive l'*iter* referendario. Nel delicato equilibrio di pesi e contrappesi, *quid iuris* si giustificherebbe un intervento della Consulta atto a fornire un "lasciapassare" per la prosecuzione della fase eventuale e, in generale, dell'intera revisione costituzionale? Diversamente che per il *referendum* abrogativo, l'intervento della Corte sarebbe preclusivo non della continuazione di un *iter* per l'abrogazione di una legge già esistente, bensì di un *iter* genetico di un atto normativo, per giunta di rango costituzionale. La Corte diverrebbe così una sorta di Camera di ultima istanza, la cui volontà sarebbe espressa a seguito della delibera legislativa e condizionerebbe l'*an* della consultazione popolare, non per mere *quaestiones legitimitatis*, come nel caso dell'Ufficio centrale, ma per una sorta di controllo di costituzionalità preventivo. Per vero, l'ipotesi contemplata sarebbe assai singolare, posto che la Corte non ha mai esplicato neanche *ex post* un controllo di costituzionalità su una legge di revisione, preferendo il ricorso a una sanzione in via interpretativa[32].

Sta di fatto, però, che la stagione referendaria del 2016 ha segnato la richiesta di un "surrogato" del controllo di ammissibilità del *referendum*, attraverso il ricorso, in più momenti, all'autorità giurisdizionale.

Il dibattito, dottrinale e politico, intorno a un quesito formulato in quei termini ha riguardato l'opportunità di uno «spacchettamento», ovvero di una frammentazione in tanti quesiti quanti erano le aree di intervento in cui operava la revisione, a tutela della libertà di espressione del voto da parte dei

[30] *Ex multis,* A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

[31] Così A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 197.

[32] Il riferimento è a C. cost. sent. n. 303 del 2003.

cittadini. La diatriba, con le sue conseguenze *sub iudice*, in ragione della presentazione di diversi ricorsi, ha comportato una serie di decisivi approfondimenti teorici, che hanno riguardato non solo la questione specifica dell'omogeneità del quesito ma anche la natura e le funzioni stesse del *referendum* costituzionale, tenendo conto non solo di coordinate giuridiche e dottrinali, ma anche di istanze pratiche e politiche.

Sia nella formulazione dei ricorsi sia nelle risposte fornite dagli organi giudiziari coinvolti, la funzione e la natura del *referendum* sono state prese in considerazione usando spesso, come termine principale di paragone, il *referendum* abrogativo: uno strumento, questo, che non solo presenta caratteri di maggiore semplicità concettuale e di minore contraddittorietà, ma che ha anche goduto di precisazioni normative e giurisprudenziali più puntuali rispetto al tema del *referendum* costituzionale[33]. Alla «consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al *referendum* abrogativo» e in particolare alla sentenza n. 16 del 1978 (che argomentava «la scissione o anche l'integrale reiezione»[34] di quesiti non omogenei) faceva riferimento, per esempio, il ricorso proposto innanzi al tribunale di Milano per l'annullamento del decreto di indizione del *referendum*[35].

Una tendenza, questa, all'esame comparato dei due tipi di *referendum*, che non era nuova alla dottrina e che già in anni di poco precedenti aveva offerto spunti di confronto tra opinioni più intransigenti e opinioni improntate a un maggior pragmatismo. Le prime sostenevano la necessità di tutelare per il *referendum* costituzionale ancor più che per quello abrogativo l'omogeneità del quesito, ammettendo solo quesiti formulati puntualmente. Le seconde, invece, improntate, come detto, a un maggior pragmatismo, suggerivano di adottare in materia di revisione costituzionale una flessibilità analoga a quella storicamente adottata nei giudizi sull'omogeneità dei quesiti referendari abrogativi e mettevano in risalto, da un lato, l'impedimento opposto da quesiti puntuali a grandi progetti di riforma, dall'altro, i rischi rappresentati dall'approvazione di alcune modifiche e non di altre nell'ambito di un progetto di revisione tutto sommato coerente[36].

Ai fini della trattazione qui condotta è interessante riscontrare come sia il ricorso poc'anzi citato sia la sentenza del tribunale civile di Milano abbiano preso

[33] Cfr., su tutti, M. LUCIANI, *art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Società Ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2005. Tra gli ultimi studi, cfr. G. BARCELLONA, *Votare contro. Il* referendum *come opposizione e norma*, Franco Angeli, Milano, 2016.

[34] Cfr. C. cost., sent. n. 16 del 1978, punto 5 del *Cons. in dir.*

[35] Cfr. l'ordinanza del Tribunale di Milano, sez. I, 6 novembre 2016, n. 54353 e, a riguardo, le considerazioni di G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.

[36] A. PERTICI, *op. cit.*, 196 ss.

in considerazione, oltre alla materia specifica dell'omogeneità del quesito, il tema più generale della funzione del *referendum* costituzionale come sarebbe prevista dalla Carta costituzionale, interrogandosi sulla maggiore o minore coerenza del quesito in oggetto rispetto ai principi che avevano animato l'elaborazione dell'art. 138 Cost. Secondo i ricorrenti «il carattere fondamentalmente oppositivo, a tutela delle minoranze, del *referendum* previsto dall'art. 138 Cost., da ritenersi non necessario secondo il dettato costituzionale, rafforzato dalla mancata previsione di un *quorum* per la validità dello stesso, impone che l'eventuale dissenso riguardo alle deliberazioni parlamentari debba potersi esprimere con riguardo ai loro contenuti concreti, consentendo anche l'espressione di eventuale dissenso/consenso su alcuni contenuti e non su altri, non potendosi, per contro, interpretare come una sorta di necessaria ratifica»[37]. Il giudice ha obiettato che tali considerazioni, qualora accolte, avrebbero attribuito all'iniziativa popolare una funzione creativa nell'elaborazione dei termini della riforma costituzionale, ritenuta indebita proprio perché in contrasto con il carattere oppositivo della consultazione a cui si richiamavano gli stessi ricorrenti: «il corpo elettorale è chiamato attraverso il voto ad esercitare una forma di controllo politico sul complesso della deliberazione parlamentare … laddove le possibili modifiche sono state introdotte durante il dibattito parlamentare … e non resta che esprimere attraverso il voto popolare una valutazione complessiva della riforma; … la formulazione del quesito non rientra nella disponibilità dei promotori, cui spetta solo un potere di iniziativa per sollecitare un pronunciamento del corpo elettorale»[38].

Il giudice ha dunque aderito alla tesi dei ricorrenti circa la natura oppositiva del *referendum* costituzionale; a suo avviso, però, proprio «sotto tale profilo i ricorrenti … non ne traevano le dovute conseguenze giuridiche. … La scelta dei padri costituenti individuava nel Parlamento l'organo deputato all'esercizio della funzione di revisione costituzionale, (…) sottraendola non solo alla libera disponibilità di ridotte maggioranze politiche contingenti, ma anche ad estemporanei interventi diretti del corpo elettorale». Sarebbe insomma scorretto attribuire al corpo elettorale «un potere di composizione del (nuovo) testo costituzionale che ad esso pare non spettare»[39].

Sul punto specifico, poi, dell'omogeneità del quesito formulato nel 2016, l'organo giudicante ha valorizzato un principio, per così dire, di omogeneità sostanziale, per cui la compresenza in seno allo stesso quesito di questioni relative a puntuali e disgiunti interventi revisionali è sembrata giustificata dall'intima coerenza del progetto complessivo di revisione, da cui tutti gli interventi in questione scaturivano. Una coerenza derivante, d'altronde, dal fatto che, più in generale, in qualsiasi Carta costituzionale «ogni singola materia

[37] Cfr. Trib. Milano, Sez. I civile, ord. 6 novembre 2016, n. 54353.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ibidem*.

trattata sia strettamente legata, non solo nelle disposizioni adottate all'interno di ogni singolo argomento, ma anche alle altre varie materie che ne compongono l'intero testo, e che non possa prescindersi, neppure in sede referendaria, da una scomposizione che alteri l'equilibrio complessivo delle reciproche interconnessioni avuto di mira dal Legislatore in funzione costituente»[40].

Su altro fronte, nell'impossibilità di adire in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum* la Corte costituzionale, la questione sull'omogeneità del quesito ha avuto comunque modo di approdare alla Consulta, nell'ambito di un giudizio per conflitto di attribuzione interorganico, il cui esito è segnato dall'ordinanza n. 256 del 2016. La vicenda, ricca di aspetti processuali alquanto singolari[41], è scaturita dall'iniziativa del Codacons e dell'avvocato di questo, in proprio, nella veste di «elettore avente diritto a esprimersi nel *referendum* costituzionale in questione»[42] in relazione alle ordinanze dell'Ufficio centrale per il *referendum*[43] del 6 maggio e dell'8 agosto 2016. È significativo rilevare che, sul punto della sussistenza del requisito oggettivo del conflitto, i ricorrenti si dolevano dell'operato dell'Ufficio centrale che, con le ordinanze suddette, avrebbe «travisato l'art. 16 della legge n. 352 del 1970 e leso le prerogative del corpo elettorale»[44]. Un caso, quello in oggetto, che non pare privo di un suo peso specifico nell'analisi che qui si conduce.

Al riguardo, si può rilevare che le caratteristiche eterogenee del quesito hanno fatto sì che alla mancanza di un giudizio di ammissibilità sul *referendum* costituzionale abbia sopperito uno … "spacchettamento" delle forme di controllo *sub iudice*; anzi, *sub iudicibus*, giacché sono stati diversi e di diversa natura i soggetti giusdicenti coinvolti. Ancora una volta, questo aspetto può essere colto solo ponendo la fase referendaria in relazione alla fase parlamentare, che, per il profilo che qui rileva, ne condiziona titolo, quesito e oggetto.

4.3 Il *quorum*: punto di osservazione privilegiato per lo studio della natura eventuale e facoltativa

Sul *quorum* di partecipazione nel *referendum* costituzionale, si registra l'assenza di un dibattito in Assemblea costituente[45].

[40] *Ibidem*.

[41] In particolare, il giudizio è concluso con un'ordinanza di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva, rilevabile senza molta fatica.

[42] Cfr. l'ordinanza in oggetto.

[43] Sui caratteri del controllo svolto dall'Ufficio centrale per il *referendum*, il riferimento principale è R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione: natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Giuffrè, Milano, 2000.

[44] Cfr. l'ordinanza in oggetto.

[45] Sui fatti che determinarono questa scelta in Assemblea costituente, cfr. A. CANEPA, *Referendum costituzionale e* quorum *di partecipazione*, in *Quad. cost.*, 2/2001, 299 s.

Contrariamente ad altri aspetti delle fasi ulteriori del procedimento di revisione, non regolati espressamente dall'art. 138, per cui si pone il problema di un'eventuale estensione analogica delle disposizioni costituzionali di riferimento (un esempio è dato dal rinvio, su cui si rifletterà *infra*), la mancata riflessione sul *quorum* nei lavori preparatori e l'assenza di una previsione a riguardo accentuano il già profondo *discrimen* che sussiste tra il *referendum* costituzionale e il *referendum* abrogativo[46].

Vista in chiave di garanzia della rigidità, *prima facie*, l'assenza della previsione di un *quorum* potrebbe essere letta come un *vulnus*, giacché gli esiti dell'*iter* di revisione sarebbero consegnati nelle mani dei votanti (in astratto, anche molto pochi). L'argomento è, però, reversibile, perché la previsione di un *quorum* renderebbe "l'appello al popolo" il reale momento della decisione, svalutando la decisione adottata in sede parlamentare. In tal caso, un'eventuale decisione adottata da un'esigua minoranza potrebbe porre un problema di legittimazione della decisione stessa.

Su queste basi, non pare scorretto affermare che l'introduzione di un *quorum*[47] asseconderebbe lo snaturamento della *ratio* eventuale del *referendum* costituzionale. Ciò si può ben cogliere sul piano degli effetti di una consultazione referendaria in cui non fosse raggiunto il *quorum* previsto: se ciò accadesse, l'*iter* procedimentale della revisione si concluderebbe proprio nella fase dell'"appello al popolo". In altri termini, l'introduzione del *quorum* confermerebbe la tendenza a spostare la reale decisione politica dalla sede della democrazia rappresentativa a quella della partecipazione popolare mediante *referendum*, assecondando lo snaturamento della fase eventuale, che diverrebbe così sempre più fase necessaria del procedimento di revisione.

Il tema del *quorum* si connota di un'ulteriore pregnanza euristica se legato a quello della natura dello strumento referendario nel procedimento di revisione costituzionale. Stante il disegno dell'art. 138, l'assenza di un *quorum* è strumentale alla garanzia della rigidità. È il tassello che ben si inserisce nel *puzzle* della fase referendaria, marcandone significativamente il connotato eventuale e la funzione dialettica. Su quest'ultima, in particolare, l'assenza del *quorum* sta a indicare come il Costituente, nell'alveo procedimentale dell'art. 138, abbia inteso lo strumento referendario in chiave garantista, sganciando la validità del voto referendario dalla libera partecipazione di tutti i soggetti che vogliano prendervi parte.

[46] Cfr. E. GROSSO, *Il* referendum *costituzionale e la blindatura della riforma*, in *Costituzione, una riforma sbagliata: il parere di sessantatre costituzionalisti*, a cura di F. BASSANINI, Passigli, Antella (Bagno a Ripoli), 2004; R. ROMBOLI, *op. cit.*; V. COCOZZA, *Alcune riflessioni sulla opportunità di un* quorum *di partecipazione per il referendum costituzionale*, in *Federalismi*, 3 maggio 2017.

[47] …ventilata in alcuni progetti di riforma dell'art. 138: punto, questo, che sarà approfondito nella versione definitiva dello scritto.

4.4 Il referendum costituzionale: «una garanzia che tutti può tranquillizzare»?

Come visto nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, Paolo Rossi considerava il *referendum* costituzionale «una garanzia che tutti può tranquillizzare»[48]. Nell'esperienza dell'ultima tornata referendaria è stato posto l'accento sull'iniziativa referendaria mista di forze di maggioranza e forze di opposizione e, di conseguenza, sulla compresenza della natura oppositiva e confermativa del *referendum.* In tesi, stante la formulazione dell'art. 138, nulla vieta alle forze di maggioranza di richiedere il *referendum* su una delibera legislativa frutto della sua stessa volontà[49]. Si potrebbe sostenere che, proprio per favorire un'ampia partecipazione dialettica alla revisione costituzionale, le forze di maggioranza avrebbero l'interesse a sottoporre la delibera legislativa a votazione popolare. Un ragionamento di tal tipo, però, seppur ammissibile in tesi, si scontra con un'obiezione legata al contesto politico e con un dato normativo.

Circa il primo punto, i caratteri dell'agone politico sono ormai drammaticamente caratterizzati dalla crisi della sede della democrazia rappresentativa. Nel procedimento di revisione, questo dato assume la connotazione di una sfiducia nella decisione politica adottata dai rappresentanti, scarsamente legittimati da vari fattori, non ultimo il sistema elettorale e le sue colorite vicende degli ultimi anni. Il *referendum* rischia così di diventare il reale luogo di adozione della decisione, specie laddove l'iniziativa delle forze di maggioranza sia costruita non nella prospettiva garantista bensì con una chiara funzione legittimante, di stampo populista[50].

In questo senso sembrano essersi mosse anche le proposte *de iure condendo*, che, nel prevedere la trasformazione dello strumento referendario da eventuale a obbligatorio[51], avrebbero voluto imprimere al *referendum* un ben preciso significato nel procedimento di revisione.

Situazione, questa, che non «tranquillizza» di certo, per riprendere le parole di Rossi.

L'argomento è certamente reversibile, dato che le forze di maggioranza potrebbero richiedere il *referendum* non animate da un intento legittimante

[48] Cfr. 9, nota n. 18.

[49] La disposizione si limita a prevedere i soggetti legittimati a proporre *referendum*, null'altro aggiungendo.

[50] Su questo profilo, cfr. A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta On line*, 12 marzo 2018, 103 ss.

[51] V., in particolare, la bozza De Mita-Iotti e il d.d.l. cost. presentato dal Governo Letta (n. 813 AS): su quest'ultimo, cfr. A. PACE, *La disapplicazione dell'art. 138 da parte del D.D.L. Cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori*, in *Giur. cost* , 2013, fasc. 3, 2437 ss.

la decisione assunta in sede parlamentare ma per favorire una partecipazione dialettica maggiore, in chiave di garanzia della rigidità. Quand'anche così fosse, non si spiegherebbe, però, il dato dell'eventualità: come mai, cioè, l'esperimento della fase referendaria possa avvenire solo a condizione che l'approvazione in sede parlamentare sia stata conseguita da una maggioranza inferiore ai due terzi. Questo dato invalicabile suggerisce di affermare che sia quella parlamentare la sede che legittima la scelta della maggioranza, senza che questa – come "un buon padre di famiglia" – senta la necessità di legittimare ulteriormente la propria scelta attraverso il canale del voto popolare, con temibili ripercussioni di sistema.

5. Il punto di intersezione tra necessità ed eventualità: i poteri del Presidente della Repubblica

Nelle fasi ulteriori del procedimento di revisione costituzionale, necessità ed eventualità sono categorie che si combinano in quei passaggi dell'*iter* ascritti ai poteri del Capo dello Stato.

Ai fini della presente analisi, nella fase integrativa dell'efficacia la promulgazione rileva quanto all'assenza di tratti differenziali rispetto al modello del procedimento di formazione della legge ordinaria, similmente alla fase della pubblicazione. La differenza col modello *ex* art. 73 Cost. si pone solo per quel che concerne le formule di promulgazione usate, regolate dalla l. n. 352 del 1970, rispettivamente all'art. 2 (nel caso in cui la proposta di legge costituzionale sia stata approvata in seconda deliberazione con la maggioranza qualificata dei 2/3), all'art. 5 (in caso di mancata richiesta referendaria conseguente all'approvazione del progetto di legge in seconda deliberazione con la maggioranza assoluta), all'art. 14 (in caso di mancato esperimento dell'intera fase referendaria, conseguente all'ordinanza di illegittimità della richiesta referendaria resa dall'Ufficio centrale per il *referendum*).

Meno piano è, invece, il ragionamento sul potere di rinvio presidenziale, atteso il mancato riferimento dell'art. 138 al modello dell'art. 74.

Come per la prassi in materia di pubblicazione provvisoria della legge di revisione costituzionale prima dell'eventuale consultazione referendaria, anche in merito all'eventuale rinvio della legge di revisione alle Camere da parte del Capo dello Stato l'art. 138 non fornisce indicazioni esplicite. Nel dibattito fra i costituenti, peraltro, la discussione intorno al potere di rinvio del Presidente della Repubblica, con riferimento alle leggi costituzionali, fu piuttosto accesa, specialmente in occasione del dibattito in assemblea plenaria della proposta di articolo elaborata dalla Commissione dei Settantacinque. L'osservazione, condotta dall'On. Preti, circa l'opportunità di un'esplicita previsione dell'impossibilità di rinvio alle Camere delle leggi di

revisione costituzionale diede la possibilità a Perassi di precisare l'*opinio* della Commissione in merito alla formulazione di quella parte dell'articolo. «Quando si tratti di leggi ordinarie», osservò Perassi, «la facoltà del Presidente di attirare l'attenzione delle Camere su un testo che hanno votato può essere motivata anche da considerazioni attinenti alla costituzionalità del testo votato. … Quando si tratti di leggi costituzionali, è evidente che la situazione è un po' diversa, perché (…) non è possibile sollevare una questione di incostituzionalità[52]. Al presidente spetta solo di accertare che, trattandosi di una legge costituzionale, questa sia stata votata secondo il procedimento stabilito dalla Costituzione». Ciò posto Perassi si interrogò sul fatto che convenisse o meno «arrivare ad inserire espressamente nella Costituzione una disposizione che vieti in materia assoluta al Presidente di far uso di quella facoltà». Secondo il suo parere, tale precisazione sarebbe stata inopportuna: «mi pare che sia una questione estremamente delicata, da lasciare alla prassi costituzionale. È questa che permetterà di dare al funzionamento della Costituzione quell'indirizzo che meglio corrisponde alla realtà delle cose».

Preti, soddisfatto della replica di Perassi, osservò anche che il fatto stesso che l'articolo «non menzioni il diritto di veto del Presidente … sia una sufficiente garanzia giuridica e politica. Un Presidente che ne volesse fare uso assumerebbe la responsabilità di dare al testo costituzionale un'interpretazione arbitraria». Un criterio di economia testuale – basato sull'idea che l'articolo, così formulato, fornisse indirizzi impliciti di per sé sufficienti a scongiurare abusi da parte del Capo dello Stato – risultò prevalente anche nel contemporaneo esame della proposta dell'On. Benvenuti. Questi propose di aggiungere all'articolo: «Il Presidente della Repubblica non promulga le leggi modificatrici della Costituzione o con essa contrastanti se non quando siano state adottate dalle due camere con la procedura e con la maggioranza di cui al presente articolo». L'emendamento si presentava come «una garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino», sanciti dalla Costituzione, ed era motivato dal fatto che «il Presidente della Repubblica, come la sua figura emerge dal sistema costituzionale sostenuto dalla Commissione, deve obbligatoriamente promulgare le leggi quand'anche esse sopprimano le libertà fondamentali dei cittadini». La Commissione, nella persona di Paolo Rossi, contestò la ridondanza della precisazione suggerita da Benvenuti: il testo dell'articolo già «comprende ed esaurisce senz'ombra di dubbio l'esigenza di cui all'emendamento» e del resto «il controllo formale al Presidente nessuno glielo toglie; quindi se si vo-

[52] Passaggio, questo, di estremo interesse, se si considera quanto stabilito poi con la sent. n. 1146 del 1988 dalla Corte costituzionale in merito alla sindacabilità delle leggi costituzionali, sia pure solo per violazione dei principi fondamentali.

lesse creare una legge costituzionale, una legge attinente alla libertà, senza il procedimento dell'art. 130 [*recte*: 138] il Presidente farebbe benissimo a non promulgarla».

L'*opinio* della Commissione fu, in entrambi i casi fatta propria dall'Assemblea plenaria, che ritenne pertanto garanzia sufficiente della tutela del processo democratico e delle libertà costituzionali l'osservanza, da parte del Capo dello Stato, di quegli aspetti che risultavano esplicitati negli articoli che lo riguardavano e nel testo proposto per il 138. La via di affidare l'esperimento del potere di rinvio alla prassi costituzionale[53] non si è rivelata feconda per sciogliere i nodi relativi all'esperibilità della fase nel procedimento di revisione. In luogo di questa, sono state prospettate soluzioni alternative. Tra queste, l'invio di un messaggio alle Camere da parte del Presidente, tra la prima e la seconda deliberazione, *ex* art. 87, affinché questi possa svolgere opera di sensibilizzazione palesando il suo convincimento[54]. Non praticabile in quanto sconfinante nel paradosso risulta l'ipotesi di un rinvio tra la prima e la seconda deliberazione[55], che il Presidente esperirebbe senza interferire nell'attività delle Camere le quali, nel caso in cui accogliessero i rilievi del Capo dello Stato, darebbero nuovamente luogo alla prima deliberazione; in caso contrario, procederebbero nell'*iter* alla seconda deliberazione. Non vi è chi non veda, però, quanto questa strada non sia percorribile, stante la mancanza dell'oggetto, ossia di una legge di revisione costituzionale già approvata con le due deliberazioni, per come previsto dall'*iter*, su cui il Presidente dovrebbe esercitare la propria prerogativa.

Altri strumenti a parte, il rinvio è senz'altro il mezzo di controllo presidenziale più efficace[56]. Il primo problema che ci si deve porre inerisce al momento in cui il rinvio può essere esperito e alla sua collocazione nella scansione procedimentale. Sulla scorta del dato letterale dell'art. 138 e d'intesa con chiara dottrina[57], sarebbe opportuno collocare il rinvio all'esito del procedimento di revisione, stante il collegamento strutturale di tale istituto con quello della promulgazione. È chiaro che l'esercizio del potere di rinvio, per alcuni problematico già nel caso in cui la delibera legislativa abbia

[53] Sul punto, v. F. CUOCOLO, *Il rinvio presidenziale nella formazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1955.

[54] Cfr. I. PELLIZZONE, *Studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 209, e R. DICKMANN, *Il rinvio alle Camere delle leggi costituzionali*, in *Federalismi*, 3/2010.

[55] Di cui fa menzione I. PELLIZZONE, *ibidem*.

[56] Sul punto, cfr. anche P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Giuffrè, Milano 2000; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, I, Giuffrè, Milano, 2011, specc. 302 ss. e le considerazioni contenute in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Atti di un incontro di studio, Messina-Siracusa 19 e 20 novembre 2010, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino, 2011.

[57] R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 18.

registrato la maggioranza dei due terzi, risulta ancor più discutibile nel caso in cui l'*iter* procedimentale sia stato caratterizzato dall'esperimento della fase referendaria. Se, infatti, nel primo caso, il potere del Presidente si scontrerebbe con l'alta maggioranza prevista dall'art. 138 come elemento di aggravamento procedurale, nel secondo andrebbe a collidere anche con la voce democratica esterna espressa in sede referendaria. Quali che siano gli sviluppi della nascente legge di revisione – approvazione con la maggioranza qualificata dei due terzi, con la maggioranza assoluta e successivo esperimento o meno della fase eventuale – atteso il ruolo di garanzia della Costituzione – e, nell'ambito in esame, di partecipazione dialettica alla garanzia della rigidità della Costituzione – del Capo dello Stato, non si vede perché questi non possa esercitare una prerogativa costituzionalmente attribuitagli.

Altro *discrimen* fondamentale interessa i motivi per cui il rinvio verrebbe esercitato, che rimodulano in parte il problema temporale della collocazione del rinvio nella scansione procedimentale. Qualora il rinvio fosse sostenuto da ragioni legate al procedimento (assenza di una delibera o non conformità delle due delibere), avrebbe senso che il rinvio fosse esperito subito dopo la fase parlamentare, a prescindere dalla maggioranza raggiunta. Se vi fosse stata la maggioranza qualificata dei due terzi, infatti, il rinvio rientrerebbe pienamente nella logica del collegamento strutturale con la promulgazione e, pertanto, *nulla quaestio*; se, invece, si fosse avuta la maggioranza assoluta e stesse decorrendo il termine per la richiesta referendaria, un mancato rinvio del Presidente per ragioni procedimentali sarebbe una grave mancanza nello snodo procedimentale e andrebbe a inficiare gli sviluppi successivi.

Questa considerazione, però, ci dà l'opportunità di considerare i problemi dell'esperibilità del rinvio in relazione alla natura delle varie fasi del procedimento.

Se, per coerenza sistemica, si muove dall'assunto della priorità logica e assiologica della fase parlamentare su quelle ulteriori – e, in particolare, su quella referendaria, in relazione alla quale si è avuto modo di vedere come i termini della decisione politica espressa nella sede della democrazia rappresentativa condizionino l'innesto della fase eventuale, e nell'*an* (diversa maggioranza raggiunta) e nel *quomodo* (il popolo è chiamato a esprimersi su un testo già confezionato e nessuna modifica può apportarvi) – risulta difficile non concludere che il rinvio possa essere esperito solo dopo la fase parlamentare e non a conclusione dell'*iter* procedimentale. È la fase parlamentare, infatti, l'unica ad assumere carattere costitutivo[58] e il Presidente, chiamato a rilevare sia vizi procedimentali sia di contenuto, esercita la prerogativa del rinvio dopo che l'atto normativo è stato reso perfetto. Gli eventuali sviluppi successivi – il *referendum*, appunto – non avrebbero senso, anche per ragio-

[58] *Contra,* T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2017, 299.

ni di economia procedimentale, su un testo viziato in ordine al quale il Presidente non avesse espletato il suo controllo.

Nell'orbita dell'eventualità gravitano anche istituti connessi a prerogative presidenziali, il cui significato è ben meno pregnante del rinvio ma che in questa sede è comunque opportuno considerare.

Il primo istituto in esame è l'autorizzazione presidenziale alla presentazione di un disegno di legge costituzionale. Nella fase dell'iniziativa dell'*iter ex* art. 138 Cost., il Capo dello Stato, nel caso ravvisi un palese contrasto del contenuto della proposta governativa con i dettami costituzionali, potrebbe rifiutarsi di autorizzarne la presentazione. Va in prima battuta rilevato come l'istituto in questione è un residuo storico[59]. L'ipotesi della negata autorizzazione è da considerare con somma cautela, giacché riguarda il momento genetico di un disegno di revisione il cui sviluppo non è possibile conoscere, a cominciare dalle vicende della fase parlamentare. In questo senso, *a contrario*, si può osservare che un disegno di legge costituzionale potrebbe ben essere confezionato dal Governo senza che si ravvisi alcuna macchia di incostituzionalità, salvo poi "sporcarsi" negli sviluppi della fase parlamentare, attraverso la presentazione di emendamenti che ne alterino significativamente *contra Constitutionem* il contenuto. Ancora, il Governo potrebbe optare per la presentazione di una proposta di legge di revisione costituzionale ad opera di uno o più parlamentari della maggioranza, superando così l'eventuale scoglio della denegata autorizzazione presidenziale[60], benché l'impatto di un disegno di legge di revisione costituzionale sia assai diverso da quello di una proposta di legge costituzionale presentata da esponenti della maggioranza. Da ultimo, va rilevato che il Presidente potrebbe anche optare *in itinere* per l'esercizio di altre sue prerogative: ad esempio, un'esternazione.

Il secondo istituto che viene in rilievo è lo scioglimento camerale, collegato alle prerogative del Presidente nelle vicende del 138 sin dagli albori della riflessione, nel rispetto dell'«amplissimo potere discrezionale che ha alla sua base in una valutazione politica della rispondenza del corpo rappresentativo alle tendenze del corpo elettorale»[61]. Su queste basi, l'inveramento di tale prerogativa presidenziale potrebbe aversi in caso di rinvio alle Camere di legge di revisione costituzionale eccedente i poteri di revisione e approvata *identiter* o di una stessa legge approvata a maggioranza assoluta e non

[59] A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi ed autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, Relaz. al Convegno su *Il Presidente della Repubblica*, Perugia 9-11 maggio 1996, a cura di M. LUCIANI e M. VOLPI, Il Mulino, Bologna, 1997, 171 ss.

[60] Così L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, 151.

[61] P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, II, Barbera, Firenze, 1950, 495.

confermata dalla volontà popolare mediante *referendum*. Per quanto invocata, anche di recente, non sembra però un'ipotesi praticabile, stante la *ratio* dello scioglimento camerale.

6. Alcune considerazioni conclusive

In risposta alla domanda che ha animato la ricerca, dall'analisi condotta emergono due possibili chiavi di lettura, a seconda della prospettiva valorizzata.

Da un lato, vi è una lettura che mette in risalto lo iato qualitativo e il carattere eterogeneo che caratterizza la fase parlamentare e le fasi ulteriori. Si tratta di uno iato che pone in risalto appunto la prima, "fase principe" del procedimento di revisione, cui è assegnata la determinazione della decisione politica che viene confezionata nella legge di revisione costituzionale, che è realizzata interamente, nella sua fase costitutiva, nella sede della rappresentanza politica.

Dall'altro lato, un diverso e complementare tipo di lettura porta a mettere in risalto la coerenza intrinseca tra fase parlamentare e fasi ulteriori, giacché queste sono concepite in maniera interconnessa. Così come emerso dall'analisi di alcuni passaggi dei lavori preparatori, la genesi di una non si può cogliere se non prendendo in considerazione il dibattito sulle altre.

Tanto gli atti dell'Assemblea costituente quanto una parte della dottrina sembrano confermare che le fasi ulteriori, in primo luogo quella referendaria, non siano state concepite in funzione di una possibilità di veto popolare. Se debitamente inquadrato nell'alveo procedimentale, il *referendum* si pone come uno dei vari strumenti volti a garantire una rigidità costituzionale, intesa non come una serie di ostacoli preposti a rendere più difficile il procedimento di revisione ma come un insieme di garanzie del progressivo, e più ampio possibile, coinvolgimento di un numero elevato dei componenti della società e della politica nel procedimento di revisione. Fermo restando, peraltro, che il disegno costituzionale mette "ciascuno al suo posto": molti possono partecipare, ma in momenti e con funzioni diverse.

Lo studio che confluiva nella versione provvisoria di questa relazione, che ha beneficiato degli arricchimenti emersi in sede di confronto e dibattito con la comunità scientifica, in occasione del convegno catanzarese, si chiudeva in data due giugno. Una coincidenza non casuale, che rimanda alla festa della Repubblica e alla scomparsa, ventidue anni fa, del maestro degli studiosi della sede universitaria che ha ospitato i lavori di questo convegno: Temi-

stocle Martines. In numerosi suoi scritti[62], già nella seconda metà del secolo scorso, Martines riscontrava la fuga dalla sede della rappresentanza politica, la disaffezione nei confronti della legge, la degenerazione del parlamentarismo e già allora osservava come sempre più si confondessero «gli uomini col sistema, attribuendo a quest'ultimo gli errori che sono propri soltanto dei primi»[63]. Su queste basi, constatava come si stessero creando «nuove teorie intorno alla "rappresentanza politica", miranti a sostituire il tradizionale concetto con quello di una "rappresentanza" che troverebbe il suo fondamento nella "pubblica opinione", nel "consenso popolare" o nei vari "interessi economico-culturali" presenti e operanti nella Nazione»[64]. Considerazioni quanto mai attuali, in un contesto politico-istituzionale che sembra dimenticare sempre più i fondamenti dell' «etica pubblica costituzionale»[65]: una dimensione fondamentale che, unita a una sapiente conoscenza delle categorie giuridiche, può essere l'antidoto a usi impropri del lessico, messaggi populistici svilenti, pochezza istituzionale. In questo senso, la sfida per il cittadino e lo studioso non risiede nel «rinvenimento di possibili *nuovi* rimedi a fronte della crisi delle istituzioni»[66] ma nel «ripensamento e nella valorizzazione degli strumenti e delle vie indicati dalla Costituzione»[67]: in particolare, per quel che attiene a rappresentanza e partecipazione, nel rivalutare «l'attualità del bilanciamento operato dal Costituente»[68], tenendo in debito conto, per il tema che qui interessa, il significato delle dinamiche della necessità e dell'eventualità nelle fasi del procedimento di revisione della Carta fondamentale.

[62] *Ex multis*, T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in ID., *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 239 ss.; ID., *La funzionalità delle assemblee legislative e le riforme costituzionali del dopoguerra, ibidem*, 354 ss.; ID., *La disaffezione alla legge*, *ibidem*, 575 ss.; ID., *A futura memoria*, in *Opere*, III, Giuffrè, Milano 2000, 279 ss.

[63] T. MARTINES, *La funzionalità delle assemblee legislative*, cit., 356.

[64] *Ibidem,* 357.

[65] Sui diversi livelli semantici dell'«etica pubblica costituzionale», cfr., tra i molti scritti dello stesso Autore, A. SPADARO, *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: un piccola introduzione sulla crisi dell'"etica pubblica costituzionale"*, in *Diritto e potere nell'Italia di oggi*, a cura di A. PIZZORUSSO, E. RIPEPE, R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 2004.

[66] Si prende in prestito quanto scritto da L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, cit., 1.

[67] *Ibidem*.

[68] M. DELLA MORTE, *Rappresentanza* vs, *partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano, 2012, 18.

LA REVISIONE DELLA REVISIONE. MODIFICABILITÀ E DEROGABILITÀ DELL'ARTICOLO 138

di Francesco Raffaello De Martino*

«… per varie e diverse che sembravano traversie ed eran in fatti opportunità»
G. VICO, *Principi di una scienza nuova, epigrafe dedicatoria*

SOMMARIO: I Parte: questioni teoriche. – 1. Stabilità e mutamento *versus* stabilità e proiezione nel tempo della Costituzione. – 2. Il problema della modifica della disposizione sulla revisione. – II Parte: la natura dell'articolo 138. – 3. Il Parlamento come sede della rigidità e la sua crisi. – 4. L'influenza del sistema elettorale sulla garanzia della rigidità. – 5. La revisione costituzionale come garanzia del compromesso costituzionale, ancora? – III Parte: la derogabilità e la modificabilità dell'articolo 138. – 6. La semplificazione/accelerazione del procedimento quale profilo unitario delle deroghe praticate. – 6.1. L'iniziativa del 1993. 6.2. L'iniziativa del 1997. – 6.3. Il d.d.l. cost. A.S. n. 813 del 2013. – 7. Segue. Il referendum confermativo obbligatorio del '93 e del '97. – 8. L'inammissibilità del procedimento derogatorio. – 9. Le ipotesi di modifica del procedimento di revisione. – 10. Conclusioni.

I Parte: questioni teoriche

1. Stabilità e mutamento *versus* stabilità e proiezione nel tempo della Costituzione

Il problema del mutamento delle Costituzioni è stato oggetto di raffinate teorizzazioni soprattutto della giuspubblicistica tedesca nel periodo weimariano.

Tuttavia, ancor prima, sia negli Stati Uniti d'America che nella Francia rivoluzionaria, si erano venute affermando quelle coordinate teoriche entro le quali si sarebbe sviluppato poi il dibattito tra gli studiosi. In particolare, come si sa, Paine, Sieyès, Barnave, Constant erano stati i teorici che più di altri loro contemporanei avevano riflettuto a lungo e a fondo sul senso e sui caratteri delle modificazioni costituzionali.

Proprio Constant si era riferito esplicitamente al pensiero di Aristotele e

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi del Molise.

alle sue geniali intuizioni sul problema dei mutamenti delle Costituzioni e dei regimi politici[1]. Nella *Politica*, libro II.7, il grande pensatore si era interrogato sull'opportunità di cambiare le leggi (e le costituzioni, non in senso moderno)[2] perché «in generale, tutti cercano non quel che è tradizionale, ma quel che è bene ed è naturale che i primi uomini … fossero simili a uomini qualunque … sicché sarebbe strano attenersi alle loro decisioni». Tuttavia, egli stesso avvertì che il cambiamento richiede cautela poiché «quando l'utile è minimo, siccome è male abituare gli uomini ad abrogare le leggi alla leggera...è chiaro che bisogna tollerare qualche sbaglio e dei legislatori e dei magistrati, perché l'utile apportato dal mutamento non pareggerà il danno recato dall'abitudine di disobbedire ai magistrati» e ancora «…la legge non ha altra forma per farsi obbedire che il costume e questo non si realizza, se non in un lungo lasso di tempo, sicché passare con leggerezza dalle leggi vigenti ad altre nuove leggi significa indebolire la forza della legge».

Da queste massime aristoteliche ne deriva che la stabilità delle leggi sia un valore in sé[3], un bene, che richiede prudenza. L'opportunità dei cambiamenti deve essere apprezzata adeguatamente in ragione della più generale esigenza di non indebolire la "forza della legge": si direbbe, con linguaggio moderno, la validità[4] della Costituzione, la sua legittimità ancor prima della rigidità. Allo stesso tempo i mutamenti non necessari sono manifestazioni di potere che indeboliscono la legge, assecondando l'abitudine alla sua disobbedienza: anche qui, oggi, si potrebbe dire la disapplicazione o la non effettività delle disposizioni costituzionali.

In età moderna ed in una prospettiva apparentemente non molto distante da quella riconducibile al pensiero di Aristotele si colloca l'articolo 1, Titolo VII, della Costituzione francese del 1791. Essa proclama solennemente il principio che l'Assemblea nazionale «ha il diritto imprescrittibile di cambiare la sua costituzione …», precisando, tuttavia, «che è più conforme all'interesse nazionale usare solamente, con i mezzi ricavati dalla costituzio-

[1] Si veda B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Parigi, 1814, 182.

[2] Sul significato di costituzione e di costituzionalismo in epoca antica e moderna la bibliografia è molto vasta si veda C.H. MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, traduzione italiana a cura di N. MATTEUCCI, Bologna, 1990; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 37 ss.; nonché, G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 13 ss.

[3] Cfr., N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico. Anno accademico 1975*-1976, Torino, 1976, 50 ss., in cui si chiarisce che nella concezione dei classici del pensiero politico i continui mutamenti non possono garantire «il regolare e ordinato sviluppo della vita civile».

[4] In tema, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, traduzione italiana a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1985.

ne stessa, del diritto di riformarne gli articoli…»[5]. Anche in questo caso emerge una certa cautela nell'azione del mutamento perché si afferma un suo uso che rinvia ad una valutazione di conformità all'interesse nazionale; ma, in ogni caso, l'opportunità di pervenire alla decisione del mutamento è sancito come diritto imprescrittibile di ogni generazione: cioè a cadenza ciclica e ravvicinata[6]. Evidentemente, i contesti erano totalmente diversi, e il diritto al mutamento in questa Costituzione assumeva piuttosto il significato di sconfessare le strutture dell'*Ancien Regime*, esso cioè presentava una portata rivoluzionaria. Al contrario, per Aristotele la stabilità era un principio che poteva prevalere sul mutamento per non indebolire la "forza della Legge"; mentre per i rivoluzionari francesi era esattamente l'opposto: la stabilità andava rovesciata per realizzare e affermare i principi del costituzionalismo moderno.

Come è noto l'abate Sieyès nel 1789, poco prima della Costituzione del '91, aveva teorizzato le ragioni del diritto al mutamento della Costituzione sostenendo che «Una Nazione non può né alienare né interdirsi il diritto di volere; e, quale che sia la sua volontà, non può perdere il diritto di cambiarla quando il suo interesse lo esige»[7]. Analogamente Paine, nel suo *Rights of Man*, aveva richiamato lo stesso principio affermando che «ogni generazione è e deve essere in grado di affrontare tutte le decisioni richieste dalla circo-

[5] Questo procedimento era stato teorizzato da A. BARNAVE, *Potere costituente e revisione costituzionale*, a cura di R. Martucci, Manduria, 1996, 3 ss., nel suo famoso *Discorso* tenuto all'Assemblea nazionale costituente il 31 agosto 1791 in cui sostenne la necessità di introdurre nella Costituzione uno specifico e più complesso *iter* per la sua revisione.

[6] Come è noto il principio fu confermato dall'articolo 28 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, premessa all'*Atto costituzionale della Repubblica francese del 24 giugno 1793*, con il seguente tenore «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», in A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975.

[7] E.J. SIEYÈS, *Che cosa è il terzo stato?*, traduzione a cura di U. CERRONI, Roma, 1992, 59. Però lo stesso Autore giudicava il procedimento di revisione costituzionale come una garanzia della Costituzione, cioè uno strumento per la sua stabilità, si veda E.J. SIEYÈS, *Opinione sulle attribuzioni e l'organizzazione del Giurì costituzionale proposta alla Convenzione nazionale il 2 termidoro anno III (1795)*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. TROISI SPAGNOLI, I, II, Milano, 1993, 824 ss., in cui si chiarisce che «Non vi è legge che abbia più bisogno di una sorta di immutabilità, di una Costituzione … Ma un'opera di mano d'uomo ha bisogno di restare aperta ai progressi della sua ragione e della sua esperienza … D'altro lato se rendeste impossibile ogni correzione ci priveremmo del raggio di lumi che ogni epoca apporta; significherebbe esporci alla possibilità di una nuova Costituzione, alla disgrazia di non poter riparare a una dimenticanza, qualora ve ne siano, nell'opera vostra, ed al rischio, se mancassimo del necessario, di non poter difendere la libertà nostra e quella dei nostri nipoti contro le trame dei nemici. Ma non vi è forse un rischio anche nel convocare delle Assemblee Costituenti con clamore e in momenti solenni, in una nazione immensa, così sensibile, eccitabile quando una qualsiasi commozione può rivolgersi contro se stessa …?».

stanze del suo tempo»[8]. Entrambi riconducevano il diritto al mutamento ad un ideale di giustizia legato alle condizioni materiali del popolo (il *Terzo Stato*) e dei regimi politici nei quali era calata la decisione fondamentale di dare vita alla Costituzione, aderente, conforme o, ancor più, espressione degli interessi prevalenti della comunità politica[9]. Difatti, secondo Paine «Ogni età e generazione deve essere libera di agire autonomamente in ogni caso, come le età e le generazioni che la precedettero»[10].

Viceversa, Constant sostenne la tesi della non modificabilità della Costituzione[11] e, più precisamente, delle disposizioni sulla forma di governo e sui diritti perché "Le bonheur des sociétés et la sécurité des individus reposent sur certains principes positifs et immuables. Ces principles sont vrais dans tous les climats, sous toutes les latitudes"[12]. D'altra parte, Constant richiamò il pensiero di Aristotele per rafforzare la propria tesi[13]. Egli, infatti, citò la parte della *Politica* in cui si individuarono i presupposti necessari per assicurare la durata dei regimi politici: ovvero, la stabilità e la permanenza delle norme sulla forma di governo, intese nel loro significato storico politico.

La tensione tra la stabilità e il mutamento delle Costituzioni sembra presentare sin dalle origini un equilibrio variabile, andandosi a confondere, i due termini del rapporto, tra ciò che è preferibile non mutare, mantenendo inalterata la permanenza dell'ordinamento, e ciò che deve essere modificato

[8] T. PAINE, *Rights of Man (1791-1792)*, traduzione a cura di T. Magri, Roma, 1978, 121.

[9] Sul punto G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 50 ss., che ragiona sulle teorie della "durata" delle Costituzioni.

[10] T. PAINE, op. ult. cit., 122. Quelle affermazioni erano in parte il frutto di un'aspra polemica con E. BURKE che, criticando gli eccessi della rivoluzione francese, era favorevole alla tradizione intesa come modo migliore per assicurare la libertà del popolo in quanto trasmessa dal passato. Sull'opera di BURKE si veda C. CRUISE O'BRIEN, *Edmund Burke*, London, 1997, secondo il quale l'attacco di Burke alla *Rivoluzione* era anche motivato dalla volontà di sostenere la necessità delle riforme in Irlanda, suo paese di origine.

[11] Cfr., L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, nt. 356.

[12] B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, cit., 159, 160; nonché ID., *Cours politique constitutionnelle*, Genève-Paris, 1982, 265.

[13] *Ibidem*, 169, l'Autore retoricamente osserva "Quelle est la garantie d'un Gouvernement durable, dit Aristotele? C'est que les différens ordres de l'état l'aiment tel qu'il est, et n'y veuillent point de changement". Difatti, B. CONSTANT, *Riflessioni sulle costituzioni e le garanzie*, a cura di T. AMATO, trad. it. di L. Cirasuolo, Roma, 1999, 181, sostenne che «…quando per fare una modifica della costituzione è necessario un cambiamento della costituzione, la scossa è troppo forte; e in questa scossa la modifica di qualche forma diviene troppo spesso la violazione di tutti i principi», tuttavia riconobbe che «…per la stabilità stessa, la possibilità di un graduale miglioramento è dunque preferibile all'inflessibilità delle costituzioni».

da parte di ogni generazione, al fine di rispondere alle istanze nuove del corpo sociale. Il loro esame ha un senso solo se condotto alla luce del contesto concreto nel quale entrambi i fenomeni si sono determinati. Questa tensione, cioè, presenta una naturale dimensione storica. Sicché, il loro significato teorico dogmatico va inteso e condotto alla luce dell'evoluzione dei regimi politici, e del loro grado di maturazione verso le forme compiute della democrazia che è, essa stessa, garanzia della permanenza delle Costituzioni, a loro volta argini contro i totalitarismi e le dittature. Pertanto, non è possibile individuare una sola teoria del mutamento perché è il mutamento stesso a rinviare a contesti storico politici differenziati nel quale si afferma. Di modo che, la tendenza delle Costituzioni, non solo di quelle rigide, alla stabilità anzi la loro pretesa di regolarne il mutamento[14], va ricostruita alla luce del processo storico verso forme sempre più avanzate di democrazia ed alla luce del grado di sviluppo del costituzionalismo. In altre parole, la stabilità va intesa come processo evolutivo verso la piena affermazione dei principi ispiratori del costituzionalismo moderno che a sua volta si intreccia con le teorie del potere costituente.

È noto che il contributo più ampio ed approfondito al problema dei mutamenti costituzionali si deve ai giuristi di Weimar[15]. Autori come Laband[16], Jellinek[17], Heller[18], Schmitt[19], Kelsen[20] e HsüDauLin[21], sono accomunati dalla prospettiva di concepire il limite dei mutamenti in rapporto al testo scritto della Costituzione, ammettendo anche interpretazioni evolutive delle disposizioni costituzionali operate dalle forze politiche entro l'ambito del documento scritto. Pertanto, il mutamento informale sembra assumere i caratteri, ed avere ad oggetto, l'interpretazione delle norme costituzionali in relazione al dato testuale. Viceversa, la teoria elaborata da Liet-Veaux descrive il mutamento costituzionale come un'ipotesi che in realtà nasconde l'esercizio subdolo del potere costituente. Le procedure di revisione costituzionale so-

[14] Sul punto, C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2014, 6.

[15] G. LONGO, *Teoria o teorie del mutamento costituzionale? La matrice tedesca del dibattito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2009, 1682 ss.

[16] P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, in *Biblioteca di scienze politiche ed amministrative*, Torino, 1914.

[17] G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, traduzione a cura di M. CARDUCCI, Lecce-Cavallino, 2004.

[18] H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, 388 ss.

[19] C. SCHMITT, *Il nomos della terra. Nel diritto internazionale dello Juspublicum Europæum*, Milano, 1991.

[20] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1991.

[21] HSÜDAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlino e Lipsia, 1932, ID., *Mutación de la constitución*, traducción P. LUCAS VERDÚ, C. FÖRSTER, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.

no cioè mistificate e utilizzate al fine di instaurare, in modo non cruento, il nuovo ordine costituzionale poggiante sul consenso plebiscitario[22].

Ancora, Smend[23], Hesse[24], Häberle[25], Muller[26]sono autori che, per superare la prospettiva di Liet-Veaux, hanno teorizzato il mutamento entro la naturale cornice evolutiva degli ordinamenti costituzionali e, più precisamente, alla luce della loro complessità. In particolare, si deve al pensiero di Häberle aver colto chiaramente il senso di questa tendenza attraverso la teoria evoluzionista del potere costituente[27]. Essa, tuttavia, non sembra essere riuscita a dimostrare fino in fondo la possibilità di imbrigliare in categorie giuridiche e, dunque, normative il potere costituente perché, secondo numerosi autori, quest'ultimo si afferma in via di fatto e come tale non è giuridificabile[28].

Vero è che con le Costituzioni contemporanee del dopoguerra il tema

[22] G. LIET-VEAUX, *La «fraude à la Constitution»*, in *Revue droit public*, 1943, 116, ID., *La "frode alla Costituzione"*, traduzione a cura di A. PICHIERRI, Lecce-Cavallino, 2009, come è noto questo saggio, nell'ambito del più complesso dibattito francese sulla teoria del potere costituente, fu un modo per spiegare l'avvento del fascismo e del nazismo con il regime di Vichy.

[23] R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

[24] K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione*, a cura di P. COSTA, Seregno, 2008.

[25] P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

[26] F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1989, ID., *Discours de la méthode juridique*, traduzione francese, Paris, 1997.

[27] P. HÄBERLE, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000, 1 ss., secondo tale teoria il costituzionalismo moderno (la garanzia dei diritti fondamentali, il principio della separazione dei poteri, la distribuzione territoriale del potere politico) rappresenta un punto di arrivo della società ormai irreversibile; esso, dunque, non permette di ridiscutere i suoi postulati: cioè, la distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale risulterebbe consegnata alla storia, tanto è vero che alcune Costituzioni positivizzando la revisione totale l'hanno ammessa solo entro i limiti di alcuni principi fondamentali. Analogamente, G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1615 ss., spec. 1628, chiarisce che «la stessa teoria c.d. gradualistica del potere costituente parte dalla constatazione storica dell'inerenza stabile di un certo *corpus* di valori alla cultura diffusa dei popoli contemporanei … per cui le modificazioni delle varie costituzioni si pongono come tappe di una evoluzione costituzionale».

[28] G. FERRARA, *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale*, in *Studi in onore di L. Elia*, cit., 593 ss., spec. 595, in cui si sostiene «l'intima ed innegabile connessione che storicamente si è determinata, per due secoli, tra rivoluzione e potere costituente»; ID., *Costituzione e revisione costituzionale nell'era della mondializzazione*, *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, volume II, Padova, 1998, 211 ss., spec. 260 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 242; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 99 ss.; ID., *Processi costituenti italiani 1996-97*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 1997, 581 ss.

del mutamento assume una diversa caratterizzazione. Difatti, appare accantonata l'idea di un esercizio permanente del potere costituente, ovvero il diritto di ogni generazione di darsi una Costituzione, per approdare ad una concezione del mutamento che si esprime nell'ottica della proiezione nel tempo delle Costituzioni e dei loro principi, mediante la disciplina di procedure aggravate per la loro revisione, nelle diverse varianti tipologiche conosciute, introdotte al fine di favorire e assecondare altresì il loro adattamento nel tempo[29]. Si afferma cioè l'esigenza di disciplinare il mutamento secondo l'aspirazione, se non all'eternità dei testi costituzionali[30], almeno ad una loro relativa stabilità[31]. Cosicché, lo strumento per realizzare questa ambizione si rivela la vera novità del discorso sulla permanenza della Costituzione e del suo cambiamento che non coincide più con il diritto di ogni generazione al mutamento di regime politico. Piuttosto, il procedimento di revisione costituzionale realizza le condizioni minime per garantire e tutelare la continuità del patto costituente, esso cioè assume la natura di strumento utile a governare, regolare, il mutamento nel quadro però dei principi fissi e immutabili che, in Italia, connotano il regime repubblicano. Il cambio di prospettiva è decisivo perché si afferma l'esigenza di proiettare nel tempo la Costituzione e le sue disposizioni, attraverso le modificazioni di carattere formale che si realizzano mediante il ricorso a procedure aggravate e tipizzate[32].

2. Il problema della modifica della disposizione sulla revisione

Come è noto si deve al pensiero del primo Ross la tesi della non modificabilità della norma sulla revisione. «Le norme che istituiscono una autorità A e ne determinano la competenza, sono al tempo stesso norme che determinano come il diritto creato da A può venire modificato. Le norme istitutive determinano le condizioni per la validità della norma subordinata e quindi si applicano sia alla sua emanazione sia alla sua abrogazione … per converso le norme

[29] C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, cit., 7.

[30] Sul punto M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2013, 1, in cui si afferma che la costituzione ambisce a «plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. Tende, insomma, non solo all'eternità nell'ordinamento, ma all'eternità dell'ordinamento». Nonché da ultimo A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, II ed., Napoli, 2016, 184.

[31] F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011, 272, che colloca il tema del mutamento nella dimensione storica, nel senso che «Una costituzione … è pur sempre – non potrebbe essere altrimenti – il prodotto contingente del procedere della storia, e da quello stesso procedere sarà infine trasformata e travolta».

[32] Sul punto da ultimo P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, versione provvisoria, in *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, Atti del Convegno, Firenze, 18 maggio 2018, 8.

della Costituzione che prevedono una speciale procedura per la modifica della Costituzione stessa sono, nello stesso tempo, norme che istituiscono una autorità costituente distinta da quella legislativa»[33]. Questo esempio dimostra che «una certa autorità è la più alta, e che quindi le norme che istituiscono quella autorità, non possono essere poste da qualche altra autorità, ma devono esistere sotto forma di una ideologia presupposta. Ciò significa che non esiste una norma superiore la quale determini le condizioni tanto della loro valida emanazione quanto della loro modificazione»[34].

In altre parole, attraverso un atto che si afferma in via di fatto, di natura costituente, si dà vita ad una norma che a sua volta non presenta un fondamento propriamente giuridico ma, appunto, è presupposta, cioè rinviene la sua ragion d'essere in un fatto estraneo al diritto, cosicché essa potrebbe mutare solo «al di fuori di ogni procedura giuridica»[35]. Cioè, secondo questa teoria, il procedimento di revisione costituzionale non può essere oggetto di modifica, dunque riguardare se medesimo, perché se così fosse realizzerebbe una contraddizione logica irrimediabile. Esemplificando il ragionamento, si consideri che mediante il ricorso all'articolo 138 si realizzi una revisione del procedimento e che, ancora, si produca una nuova e ulteriore sua modificazione. In questa evenienza accadrebbe, come evidenziato da Guastini, che il nuovo procedimento di revisione costituzionale risulti in contrasto con la norma originaria in cui esso stesso rinviene il suo fondamento di validità[36]. In tal modo si chiarisce la ragione per cui secondo Ross «La Costituzione, proprio come una legge, è incapace di stabilire le condizioni per la propria modificazione. L'art. 5 della Costituzione non fa, quindi, logicamente parte della Costituzione, ma contiene norme presupposte su un piano più elevato. Queste non possono, neppure a loro volta, stabilire le condizioni della propria modificazione. Se tali condizioni esistessero davvero, esse si troverebbero su un piano ancora più alto. Ma di fatto esse non esistono. L'art.5 della Costituzione non è diritto posto, ma presupposto»[37]. Di modo che una loro eventuale modificazione era giudicata incoerente, cioè inaccettabile[38].

[33] A. ROSS, *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione a cura di G. GAVAZZI, Torino, 1965, 77.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*.

[36] Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale,* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 230.

[37] A. ROSS, *op. ult. cit.*, 78, nt. 7, in cui richiama il pensiero di JØRGENSEN.

[38] *Ibidem*. Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, I, Torino, 1987, 101, 102, che sembra aderire alle teorie di Ross quando afferma «che la prima regola appartenente al nucleo fisso della costituzione è, per ragioni intrinseche ad essa stessa, quella sulla modificazione della costituzione…»; l'Autore, infatti, precisa che «L'impossibilità della legge di revisione costituzionale di dettare nuove norme sulla revisione che ne mutino sostanzial-

La teoria di Ross è stata al centro di un complesso dibattito, non solo tra i costituzionalisti, che in questa sede può essere solo accennato.

Anzitutto, rispetto a quella parte di dottrina che ne ha contestato il fondamento secondo argomenti di natura sostanziale (relativi cioè ad aspetti che rinviano al contenuto materiale dell'articolo 138)[39] bisogna riconoscere che la critica al pensiero di Ross andava svolta sul piano suo proprio, cioè in ordine alla «mirabile linearità logico-formale»[40]della sua tesi. In realtà, questo aspetto non sembra essere stato oggetto di una specifica riflessione critica. Difatti, avendo giudicato poco plausibili la argomentazioni di Ross in relazione al problema dei limiti di natura sostanziale al potere di revisione costituzionale, si è considerato di poter accantonare la sua prospettiva[41].

In realtà gli argomenti di Ross appaiono incontrovertibili e il loro fondamento non ne esce scalfito da teorizzazioni successive che si muovono su un diverso piano, si direbbe di natura pratica ma, appunto, non di natura logico-formale[42].

Tuttavia bisogna dire che Ross medesimo rinunciava dopo alcuni anni alla sua teorizzazione[43]. Infatti, nel saggio "sull'autoriferimento" lo studioso danese giudicava la norma sulla revisione suscettibile di modifica perché assegnava ad essa la diversa natura di norma «istitutiva di competenza normativa»[44]; nel senso che la norma sul procedimento di revisione costituzionale va

mente il significato può essere chiarita anche ricordando la regola…secondo la quale in un ordinamento gradualistico, come certamente per una parte almeno è il nostro, nessuna fonte può disporre da sé del proprio regime giuridico… Per questo deve concludersi che la norma che prevede il procedimento di revisione è concettualmente e giuridicamente superiore ad ogni altra norma prodotta con quello stesso procedimento».

[39] Cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, I, Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 101, 102, qui l'Autore critica il ragionamento di Ross perché sostiene che se fosse fondata la sua teoria «negli ordinamenti a costituzione flessibile, dove la revisione costituzionale si confonde con la legislazione ordinaria, legalmente immutabili dovrebbero dirsi -contro esperienza storica e contro comune senso giuridico- le norme disciplinanti il procedimento legislativo». Qui però si potrebbe obiettare che la riflessione di Ross era riferita alla Costituzione americana, cioè ad una costituzione rigida che evidentemente presenta caratteri diversi da quella flessibile.

[40] Questo aspetto è sottolineato da F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3755, nt. 81.

[41] *Ibidem*, 3754, nt. 81.

[42] Sul punto, A. CERRI, *Commento,* in AA.VV., *Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3235, 3236.

[43] A. ROSS, *Sull'autoriferimento e su un «puzzle» nel diritto costituzionale*, in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, traduzione italiana a cura di R. GUASTINI e P. POLLASTRO, Bologna, 1982, 232.

[44] Cfr., 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 1657, e ivi ulteriori considerazioni sulla novità della tesi di Ross.

rispettata fino a quando essa stessa «non indichi un successore»[45]. In altre parole, come ha evidenziato Modugno, la novità del secondo Ross consiste nell'aver qualificato le norme sulla revisione come uno strumento mediante il quale la revisione stessa può essere oggetto di «una nuova disciplina materiale»[46] che potrà, a sua volta, essere ulteriormente modificata osservando per l'ultima volta le sue prescrizioni. Sicché «quello che non può mutare è dunque l'art. 138 come norma attributiva della competenza alla revisione costituzionale ad altra autorità … che potrà delegarla o potrà istituire un'altra autorità come titolare della medesima competenza»[47]. Di modo che, a questo punto appare più agevole, soprattutto sul piano della rigorosità formale, evidenziare che «se la legge di revisione si intende come fonte costituita e non assolutamente primitiva essa ha tanto potere quanto gliene conferisce la Costituzione e, dunque, diviene problema interpretativo della Costituzione medesima stabilire se sia autorizzata o non a modificare la procedura onde si sostanzia»[48].

Da altro punto di vista, sia Burchkardt sia Liet-Veaux, ponendosi su un piano di ragionamento sostanziale, riferito cioè alla natura delle norme sulla revisione in relazione al tipo di ordinamento considerato di cui esse rappresentano un carattere essenziale, non ammettevano la loro modificabilità[49]. Tuttavia, Mortati ne contestava il fondamento evidenziando che il problema del mutamento delle norme sul procedimento di revisione non potesse esaminarsi in astratto, ma piuttosto dovesse valutarsi in relazione alla concretezza dei diversi ordinamenti costituzionali osservando il «complesso istitu-

[45] A. ROSS, *Sull'autoriferimento e su un «puzzle» nel diritto costituzionale*, cit., 232. Sul punto A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., 146 ss., esprime taluni rilievi perché la nuova tesi di Ross «se è condivisibile là dove riconosce che le norme sulla revisione costituzionale non sono "supreme" … è invece inappagante allorché pone, come norma suprema, un'altra norma meramente formale («ubbidisci all'autorità legalmente designata»), la cui struttura potrà pur essere soddisfacente a fini logici… ma che è assolutamente insoddisfacente nell'ottica giuridica dello studio delle costituzioni rigide (le quali escludono o quanto meno non facilitano il loro cambiamento)». Analoghe riserve sul secondo ROSS sono manifestate da F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori,* cit., 3754, 3755, perché la soluzione del problema circa la modificabilità della norma sulla revisione «seppur più tollerabile sul piano della concreta esperienza giuridica (o, in un certo senso, più «equilibrata»), sembra…non avere il coraggio di aderire ad un realismo integrale, destituendo infine di fondamento gnoseologico un certo procedimento razionale, che costituisce infine l'essenza stessa del formalismo cui lo stesso Ross si ispira».

[46] F. MODUGNO, op. ult. cit., 1657.

[47] *Ibidem*.

[48] A. CERRI, *Commento*, in AA.VV., *Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle*, cit., 3235, 3236. Nonché ID., *Osservazioni sulla revisione della norma sulla revisione*, in *Astrid-online.it*, 13.10.08, 1 ss.

[49] Come richiamati da C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 392.

zionale, onde accertare se la revisione in sé, o solo un dato tipo di revisione, siano coessenziali all'ordinamento»[50].

Evidentemente, l'impostazione del problema in questi termini rimarca profili che rimandano a ragioni di diritto costituzionale sostanziale, per cui la questione è se l'articolo 138 nel suo insieme, o solo limitatamente ad alcune parti, possa qualificarsi come principio fondamentale della Costituzione tale da identificare un suo elemento coessenziale insuscettibile di revisione.

Vero è che la maggioranza della dottrina italiana ammette la modifica delle norme sulla revisione, ma con alcuni precisi limiti. Difatti, alcuni autori identificano un primo limite assoluto nel principio di rigidità[51], intangibile nella sua essenza di valore, di cui l'articolo 138 esprime, per l'appunto, la garanzia[52]. Sicché, solo alcuni profili del procedimento, tali da identificare il nocciolo duro del procedimento, a loro volta idonei a significare la garanzia della Costituzione e della sua continuità, rappresentano un limite immodificabile del procedimento di revisione costituzionale. Come ha chiarito Mortati «In un tipo di ordinamento, come quello in cui si può far rientrare l'italiano, che pone come suo fine essenziale la tutela della posizione giuridica del cittadino di fronte allo Stato, la rigidezza si dovrebbe considerare limite essenziale all'organo di revisione, al quale pertanto rimarrebbe solo la scelta fra una o un'altra procedura di aggravamento»[53]. Pertanto, la revisione della norma sulla revisione si può ammettere a condizione che non risulti intaccato il principio della rigidità, che a sua volta esprime la garanzia formale della permanenza della Costituzione. È stato precisato, infatti, che le regole sulla revisione sono «Più che assolutamente immodificabili … intangibili nella loro essenza di valore»[54]. Queste ultime, cioè, realizzano uno dei caratteri del patto costituzionale di cui esprimono il «nucleo più riposto e vitale … esse sono *le regole delle regole*»[55], per cui una loro eventuale modifica va riconosciuta con molta cautela in modo da soppesare le implicazioni sulla garanzia della rigidità[56].

[50] *Ibidem*, nt. 21.

[51] Si veda, C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 208; A. SANDULLI, *Fonti del diritto* (voce), in *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1961, 527; F. MODUGNO, op. ult. cit., 1658; L. PALDIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, 165.

[52] S.M. CICCONETTI, *Revisione costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, 135, nt. 4.

[53] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., nt. 21.

[54] M. LUCIANI, *Commento*, in AA.VV., *Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1991, 3281.

[55] *Ibidem*.

[56] Sul punto G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 119, in cui si ammette che le norme sulla revisione possano «essere modificate con norme di revisione costituzionale (sia pure solo entro il limite del principio di rigidità costituzionale)».

Di modo che, la revisione del procedimento sarebbe ammissibile solo a condizione di aggravare ulteriormente il procedimento[57]. Ancora, secondo la medesima corrente di pensiero è stato reputato non solo ammissibile ma, altresì, necessario modificare l'articolo 138 per adeguarlo al regime politico partitico indotto dalla modifica in senso maggioritario del sistema elettorale intervenuta nel 1993, al fine di preservare la natura rigida della Costituzione[58].

Difatti, la questione si è posta più concretamente soprattutto dopo il referendum del 2006[59]. In quell'occasione attenta dottrina ha posto il problema della modifica del procedimento di revisione in termini assai precisi, osservando che «per sottrarre la Costituzione alla disponibilità della maggioranza politica, è sufficiente prevedere sempre la necessità della maggioranza qualificata. La soluzione si giustifica, sia per allineare la nostra costituzione agli *standard* correnti nel costituzionalismo contemporaneo, sia per offrire alle opposizioni parlamentari garanzie minime, che, senza il loro coinvolgimento nelle decisioni aventi ad oggetto i diritti fondamentali e le basilari regole del gioco democratico, sarebbero ingiustificabilmente pretermesse, sia per scongiurare la prospettiva che ogni maggioranza scriva la «propria» costituzione, con conseguente, intollerabile, instabilità del quadro complessivo»[60].

[57] A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., 149.

[58] Cfr., R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 614, che considerava «al momento assolutamente necessario, e non rinviabile, un innalzamento delle maggioranze previste dall'art.138»; analogamente, R. TARCHI, *Il sistema delle garanzie*, in T. GROPPI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Cittadini, governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Milano, 2005, 77; V. SCIARABBA, *Necessità di rispettare e necessità di revisionare l'art.138 Cost*., in F. RIGANO (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia, 2013, 1 ss.

[59] Ad esempio C. PINELLI, *Sul referendum del 25-26 giugno 2006*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2006, 611, evidenziava che «la via delle grandi riforme più o meno palingenetiche appare ormai preclusa. A venire respinto non è stato solo un certo testo, ma anche la tendenza di una o altra maggioranza a manipolare la Costituzione a piacimento … Occorrerà piuttosto diffondere la "cultura dell'emendamento" ben nota ad altri ordinamenti democratici…».

[60] A. D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali (ottobre 2006)*, in *Issirfa.cnr.it*, 1 ss.; ID., *La revisione della Costituzione tra maggioritario e sindrome della grande riforma,* in *Alle frontiere del diritto costituzionale*, *Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011, 692, 693 ; Analogamente, F. BASSANINI, *La Costituzione e le riforme istituzionali dopo il referendum*, in *Il Mulino*, n. 4, 2006, 628; L. ELIA, *Intervento*, in *Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25-26 giugno 2006*, a cura di G. AZZARITI, M. LUCIANI con interventi di: A. BALDASSARRE, G. DE VERGOTTINI, L. ELIA, P. RIDOLA, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 2006, 253, rimarcava che «dovrebbe prevalere in Italia l'esigenza di recuperare la garanzia della rigidità, altrimenti variabile a seconda dei sistemi elettorali adottati nel volgere

La preoccupazione espressa da tali Autori non era infondata. Infatti, anche la recente revisione di ampie parti della Costituzione, infruttuosamente conclusasi con il referendum del dicembre 2016, ha riproposto i medesimi problemi evidenziati da non pochi Autori all'indomani del *referendum* costituzionale del giugno 2006, e cioè l'aggiramento della logica di fondo del principio di rigidità che non ammette riforme della sola maggioranza di governo (*infra*).

II Parte: la natura dell'articolo 138

3. Il Parlamento come sede della rigidità e la sua crisi

La scelta in favore della rigidità costituzionale[61] e del tipo di procedimento aggravato presentano il significato preciso di garanzia della permanenza della Costituzione. Il Costituente, anche sulla base dei lavori della Commissione Forti[62], optò in favore della natura rigida della Costituzione in modo naturale[63]; ed il significato che intese assegnare alle

delle legislature»; R. ROMBOLI, *Dopo il referendum costituzionale: modificare l'art. 138 Cost. per impedire «costituzioni di maggioranza»*, in *Quaderni costituzionali*, n.2, 2007, 345 ss.; diversamente, A. BARBERA, *Le riforme come pretesto,* in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2006, 763.

[61] La letteratura è molto vasta, i termini essenziali del problema sono in J. BRYCE, *Flexible and rigid Constituions,* in *Studies in history and jurisprudence*, I, Oxford, 1901. Per un esame delle teorie di BRYCE si veda A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi,* 2° edizione, Padova, 2002; S. BARTOLE, *Costituzione, (dottrine generali e diritto costituzionale),* in *Digesto delle discipline giuspubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 288 ss., spec. 298, 299.

[62] Come è noto fu M.S. GIANNINI, *Potere costituente - Costituzione rigida o flessibile*, in Ministero per la Costituente, *Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Relazione all'Assemblea Costituente*, Volume I, Problemi costituzionali, Organizzazione dello Stato, Roma, 1946, 42, ad esaminare la natura e il significato della rigidità costituzionale, il senso di quella scelta fu il seguente «Evitando, quindi, l'eventualità di modificazioni di sorpresa e non potendo essere modificata con una comune legge ordinaria, una Costituzione rigida offre un riparo contro l'opera di gruppi sopraffattori o fraudolenti; la maggior durata dei procedimenti, che essa esige, è compensata da un lato dal costituire essi una tutela democratica; da un altro lato dal permettere all'opinione pubblica di acquistare precisa consapevolezza del dibattito costituzionale, dando vita così ad uno strumento di civile educazione». Sui lavori della Commissione si veda G. ZAGREBELSKY, *La Commissione Forti e i suoi giuristi*, in *Il Parlamento Italiano 1861-1988*, *XIII, 1943-1945. Dalla Resistenza alla democrazia. Da Badoglio a De Gasperi*, Milano, 1989, 159.

[63] P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *Novissimo digesto italiano*, volume XV, Torino, 1968, 773 ss., spec. 776; nonché U. DE SIERVO, *Origine e significato del-*

norme sulla revisione fu quello di un procedimento aggravato capace ad un tempo di garantire sia la stabilità delle disposizioni costituzionali sia la loro modificabilità[64].

Analogamente, la sede parlamentare fu giudicata come quella più idonea ad esprimere la garanzia della rigidità perché essa costituiva lo strumento per tutelare la natura compromissoria delle disposizioni costituzionali che evidentemente riflettevano, e riflettono, la diversa visione del mondo significata dai partiti che diedero vita alla Costituente. Sicché, il Parlamento in quella visione costituiva il luogo naturale che avrebbe potuto tutelare le diverse istanze espresse dai partiti. Questo profilo va adeguatamente evidenziato perché l'errore di considerare ammissibili le revisioni della Costituzione attraverso decisioni di maggioranza, se non di Governo, come l'esperienza di questi ultimi anni dimostra, appare incompatibile non tanto con le norme contenute nell'articolo 138 della Costituzione quanto piuttosto con il senso della rigidità costituzionale e della centralità parlamentare nel procedimento di revisione costituzionale.

Il problema della rigidità costituzionale, il suo significato di garanzia della Costituzione, va posto in relazione con la natura compromissoria del testo costituzionale perché «la rigidità è funzionale a questo risultato, tutela i soggetti del compromesso all'atto della decisione costituzionale e negli stadi ulteriori del suo articolarsi»[65]. Pertanto, nella misura in cui le disposizioni costituzionali perdono la loro natura compromissoria viene meno il senso della rigidità: essa, cioè, rappresenta il modo per tutelare sia la stabilità della disposizioni costituzionali sia la loro natura di norme che racchiudono pro-

la rigidità della nostra Costituzione, in AA.VV., *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. RIPEPE e R. ROMBOLI, Torino, 1995, 1 ss.

[64] S.M. CICCONETTI, *Revisione costituzionale*, cit., 135, in cui si sostiene che l'articolo 138 esprime «la causa della rigidità». Il dibattito sul tema è molto vasto, per una diversa impostazione del problema si veda A. PACE, *Presentazione*, in J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. PACE, Milano, 1998, XXVIII, XXIX, ove si afferma che «L'erroneità storica (e non solo teorica) della tesi secondo la quale la causa della rigidità costituzionale andrebbe individuata nella previsione, nella costituzione stessa, di un procedimento speciale di revisione costituzionale, sta, a mio avviso in ciò: essa pretende di sostenere che, allorquando i primi uomini di Stato concepirono una *Legge Fondamentale* come superiore alle ordinarie leggi…essi avrebbero dovuto altresì prevedere uno speciale procedimento di revisione, mancando il quale la «Legge superiore» non sarebbe stata tale…». In altre parole, secondo l'illustre Autore il senso della disciplina di procedimenti aggravati che regolano le modificazioni costituzionali costituiscono «una vicenda successiva all'«invenzione» della costituzione rigida: una vicenda… nella quale si cercò, con successo, da un lato, di evitare la fragilità politica delle norme costituzionali assolutamente immodificabili; dall'altro, di garantire, ciò non di meno, la stabilità (quantomeno relativa) delle regole della costituzione scritta; e, infine, di rispettare il diritto di ogni generazione di decidere i propri destini».

[65] S. BARTOLE, *Costituzione, (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline giuspubblicistiche*, volume IV, Torino, 1989, 302.

spettive alternative, compromissorie, entrambe suscettibili di essere implementate mediante la legislazione ordinaria (*infra*).

Va da sé che il luogo della revisione non potrebbe non essere il Parlamento, inteso come sede della rappresentanza politica, cioè come Istituzione in cui i multiformi e contrastati interessi presenti nella società trovano espressione e tutela, mediante l'azione dei partiti organizzati in gruppi. Ed è altrettanto evidente che tale rappresentazione non potrebbe non manifestarsi vieppiù in sede di revisione costituzionale che, di quella esigenza, esprime la più alta manifestazione.

Tuttavia, bisogna riconoscere che da più di vent'anni la maggior parte delle iniziative di riforma ha posto, tra le altre questioni, il problema della centralità parlamentare nel procedimento di revisione costituzionale.

In diverse occasioni, tali modifiche sono state proposte anche mediante il ricorso a metodi in deroga al regime ordinario della revisione per realizzare mutamenti di grande peso politico. Come è noto, infatti, i disegni di legge costituzionale del 1993[66], del 1997[67] e del 2013[68], approvando quel tipo di percorso alternativo, avevano compresso fortemente il ruolo parlamentare (*infra*).

Ancora, nell'agosto del 2003 i quattro saggi di Lorenzago elaborarono una bozza di riforma dell'intera seconda parte della Costituzione, respinta con il *referendum* del 2006, dando vita all'idea che le revisioni potessero maturare anche al di fuori del Palamento. D'altra parte, tale ipotesi di modifica nonché quella più recente del 2016, sia pure approvate rispettando il regime ordinario della revisione rinunciando opportunamente ad ipotesi derogatorie, sono state accomunate da un'interpretazione spesso discutibile delle norme regolamenti al fine di favorire il più possibile l'accelerazione dell'*iter*. In particolare, più di un Autore, avuto riguardo alla revisione del 2005 segnalò «l'applicazione più drastica e spesso disinvolta degli strumenti regolamentari per limitare i tempi della discussione»[69]. Analogamente, il problema è riemerso con la riforma del 2016. Questa volta, infatti, sono state compiute diverse forzature dell'*iter* procedimentale per favorire in vario modo la

[66] Si veda, C. DE FIORES, *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art.138 Cost.: i paradossi di una riforma,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1993, 1541 ss.

[67] A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., 99 ss.; nonché A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1997, 381 ss.

[68] Sia consentito rinviare a F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, Napoli, 2014; AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, a cura di M. SICLARI, Roma, 2013; P. CARETTI, *L'ennesimo «revival» della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013.

[69] M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2005, 7.

più rapida approvazione del progetto di revisione[70]. Tali espedienti hanno determinato una forte limitazione del potere di emendamento[71] che, tuttavia, non appare ammissibile nell'*iter* di revisione in cui deve essere riconosciuto alle minoranze il più ampio diritto di partecipare e votare il testo in discussione.

Nel loro insieme questi fatti sembrano testimoniare una tendenza all'aggiramento della garanzia del procedimento aggravato e della stessa rigidità costituzionale, tale da porre il quesito se tale andamento non determini, in realtà, l'appiattimento del procedimento aggravato su quello ordinario producendo, altresì, una sorta di degradazione delle disposizioni costituzionali verso quelle di rango ordinario. In questo contesto, ancora, si pone il problema ulteriore del ruolo svolto dal Governo nelle iniziative del 2005, del 2013 e del 2016. Non pochi Autori, infatti, hanno denunciato la debordante attività dell'Esecutivo non solo nella fase dell'iniziativa[72] ma anche nella fase approvativa e in quella referendaria, che avrebbe piegato la natura del procedimento alle ragioni dell'indirizzo politico di governo.

[70] Come ad esempio il ricorso al metodo cd. del canguro, si veda A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del no*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 3, in cui si sostiene che tale tecnica è stata «impropriamente applicata al procedimento di revisione costituzionale». Ancora, in Senato è stata interdetta la votazione degli emendamenti che non presentassero un diretto collegamento, ovvero un nesso funzionale, con le modifiche votate dall'altro ramo del Parlamento, impedendo l'effetto *navette*. In tema, criticamente, A. CELOTTO, *Riforma costituzionale 2015*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 302, 303. Analogamente, E. CHELI, *La riforma costituzionale all'esame del Senato*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015, n. 1, 4, in cui si critica l'applicazione dell'articolo 104 del Reg. Senato al procedimento di revisione del 2016 perché "Nel testo che la Camera ha trasmesso al Senato si riscontrano emendamenti di maggiore e minore portata … il che porta a escludere l'esistenza di un impedimento regolamentare per una nuova presa in esame della disciplina connessa a tali aree".

[71] Specificamente sul tema L. ELIA, *Commissioni parlamentari* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, volume VII, Milano, 1960, 905, 906; più recentemente G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2009.

[72] Tale profilo era censurato da A. PACE, *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen.*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013, 4, perché «la revisione della Costituzione esula, per definizione, dall'indirizzo politico di maggioranza». Analogamente, M. SICLARI, *Una nuova deroga sospensione dell'articolo 138 Cost.*, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 11, 12. Più recentemente P. CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'*iter *e sulla procedura referendaria*, in *Federalismi.it*, n.12, 2016, 3, ha richiamato "il ruolo assai defilato tenuto da Alcide de Gasperi e dal suo Governo durante il dibattito in Assemblea costituente, tanto che nell'assise di Montecitorio i banchi dell'Esecutivo vennero per lo più occupati dai membri del Comitato di coordinamento". Altra parte della dottrina ha sostento, viceversa, l'ammissibilità dell'iniziativa di governo delle leggi costituzionali, si veda ad esempio, A. ANZON, *Perché non convincono le ragioni del no al referendum costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 6; nonché E. CATELANI, *Il ruolo del governo nella riforma costituzionale e nella prospettazioni di soluzioni legislative attuative di tale riforma*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2016.

A tale riguardo è noto che l'articolo 71 della Costituzione non prevede il divieto dell'iniziativa governativa delle leggi costituzionali, per cui la tesi della sua illegittimità non sembra trovare un fondamento testuale. Tuttavia, appare piuttosto discutibile l'ammissibilità di revisioni costituzionali, e a maggior ragione quelle di ampie parti di essa, suscettibili di concretizzare aspetti decisivi dell'indirizzo politico di governo che, per sua natura, tende a mettere da canto la partecipazione delle minoranze al processo di modifica. Anche per questi motivi è stato evidenziato come «Sembra ormai decisamente accantonata l'idea, a lungo coltivata, delle riforme costituzionali come terreno di elezione del libero confronto fra le forze politico-parlamentari, svincolato in quanto tale dalle dinamiche del rapporto fiduciario e della contrapposizione maggioranza opposizione»[73].

Si deve inoltre segnalare il crescente ruolo svolto dal corpo elettorale nei processi di modifica del 2005 e del 2016 (profilo che rinvia ad altra relazione e che non tratterò), nonché l'azione di grande impulso proveniente dalle Istituzioni europee in occasione della revisione dell'articolo 81 della Costituzione[74]; a non voler considerare il pressante invito alle riforme costituzionali rivolto dall'allora Presidente della Repubblica Napolitano alle forze politiche in diverse circostanze[75] (*infra* § 6.3).

Tali vicende sono state ampiamente indagate dalla dottrina, pur tuttavia in questa sede bisogna evidenziare le loro implicazioni sul procedimento di revisione. Difatti, considerate nel loro insieme, sembrano aver indebolito significativamente la centralità parlamentare nel procedimento della revisione costituzionale[76] e, dunque, le garanzie procedimentali sancite dall'articolo

[73] P. CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'*iter *e sulla procedura referendaria*, 2, 3. Analogamente, A. PERTICI, *La costituzione spezzata*, Torino, 2016, 6 ss.

[74] Sul punto si veda M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid-online.it*, n. 3, 2013, 22, che evidenzia come la revisione dell'articolo 81 rinvenga il suo *incipit* nella «lettera indirizzata dai "due" … governatori della BCE (quello in carica – Trichet – e quello prossimo a subentrargli – Draghi, a quel momento ancora governatore centrale italiano) al Governo italiano in data 5 agosto 2011». Difatti, secondo M. LUCIANI, *Il principio dell'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, 22.11.2013, in *Cortecostituzionale.it*, 12, con quella lettera furono individuati «i settori nei quali si sarebbe dovuti intervenire per tagliare la spesa e stabilendo anche la fonte normativa che avrebbe dovuto provvedere (il decreto legge) … si giungeva a suggerire una revisione costituzionale quanto alle norme in materia di bilancio». Nonché, E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2014; I. CIOLLI, *The balanced budget rule in the italian constitution: it ain't necessarily so... useful?*, in *Rivista Aic*, n. 4, 2014, 2 ss..

[75] Sul punto, criticamente, A. MORELLI, *Tutti gli uomini del Presidente. Notazioni minime sull'istituzione dei due gruppi di esperti chiamati a formulare "proposte programmatiche"*, in *Consultaonline.it*, 2 aprile 2013.

[76] Sulla crisi dell'Istituzione parlamentare si veda G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma, 2016, 25; nonché ID., *Dopo il referendum costituzionale: crisi della rap-*

138 a tutela della rigidità costituzionale. La sua posizione, infatti, appare piuttosto ridimensionata e poco vale segnalare che sul piano strettamente formale è stata l'Aula rappresentativa ad aver approvato le revisioni del 2005, del 2012, e del 2016[77]. Non di meno, il contenuto di quelle decisioni è stato fortemente influenzato dai diversi soggetti richiamati, per cui non sembra che esse siano state il frutto di un'attività parlamentare autentica in grado di elaborare ed approvare autonomamente revisioni, in realtà, nate altrove e dunque svincolate dagli indirizzi espressi da quelle sedi. Si direbbe, pertanto, che in queste occasioni l'Aula rappresentativa ha svolto un'azione di mera ratifica di quegli orientamenti mortificando la sua funzione rappresentativa degli interessi del Paese.

Insomma, nei processi di modifica richiamati il Governo, il Presidente della Repubblica, le Istituzioni europee nonché il corpo elettorale sono andati occupando posizioni originariamente non previste, determinando una forzatura evidente del procedimento di revisione. D'altra parte, non sembrano sussistere seri dubbi sul fatto che, ad una consolidata interpretazione della *ratio* dell'art.138, il Parlamento è il *dominus*[78], se non unico, certamente prevalente dell'*iter* di revisione. Vero è che le modificazioni formali della Costituzione richiedono il concorso di tutte le componenti politico-parlamentari mediante il confronto, o meglio, il regime della discussione capace di realizzare le condizioni utili per favorire la più ampia diffusione e partecipazione al dibattito sulla revisione e, allo stesso tempo, la sintesi tra le diverse posizioni espresse dai partiti, riconducendo così il procedimento di revisione alla natura compromissoria delle disposizioni costituzionali.

4. L'influenza del sistema elettorale sulla garanzia della rigidità

Come accennato più sopra sia Elia sia D'Atena, all'indomani del *referendum* costituzionale del 2006, ponevano la questione dell'irrigidimento ulteriore delle norme sulla revisione, mediante l'innalzamento dei *quorum*. Secondo gli illustri Autori tale esigenza si giustificava per salvaguardare il senso, il valore, del principio di rigidità costituzionale. Le riforme costituzionali richiedono, infatti, un metodo preciso che coinvolga le minoranze soprattutto in relazione al-

presentanza e riforma del Parlamento, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017; AA.VV., *Le trasformazioni dell'Istituzione parlamentare*, a cura di M. CAVINO e L. CONTE, Napoli, 2017.

[77] *Contra*, C. FUSARO, *Le ragioni della riforma costituzionale. Una guida*, in *Astridonline.it*, n. 12, 2016, 48 ss., spec. 51, sostiene che «il Parlamento (ciascuna delle due Camere) ha fortemente inciso sul progetto iniziale del Governo (anche se questo ha "tenuto" nelle linee strategiche)».

[78] Cfr., F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, cit., 48 ss.

le revisioni aventi ad oggetto i diritti e le norme sulla forma di governo che, a loro volta, esprimono le regole del gioco democratico.

Ancora, le revisioni di maggioranza determinano l'inconveniente ulteriore dell'instabilità costituzionale. Difatti, se ogni maggioranza di governo pretendesse di approvare la "sua" riforma costituzionale nel volgere di ogni legislatura, si perverrebbe al risultato inaccettabile di affievolire, se non eliminare del tutto, il principio di rigidità che, come si è visto più sopra, offre la garanzia della stabilità delle disposizioni costituzionali sottraendole al regime della legislazione ordinaria.

Non si vuol dire che il procedimento di revisione costituzionale non offra delle garanzie maggiori e, dunque, sia sovrapponibile al procedimento ordinario che, come si sa, non presenta i medesimi aggravamenti procedurali. Piuttosto, si vuol dire che nella misura in cui la maggioranza di governo è coesa ed omogenea perché esprime un preciso blocco politico, come accaduto nel periodo compreso tra il 1993 e il 2005 grazie al sistema elettorale maggioritario con recupero proporzionale vigente in quel periodo[79], verranno meno sia il senso dei *quorum* sia il senso delle due deliberazioni ad intervallo non minore di due mesi. Appare evidente che in questo caso il procedimento aggravato perde gran parte del suo significato, e l'approvazione della revisione sarà solo una questione di meri tempi da rispettare (cioè i tre mesi tra prima e seconda deliberazione) e di agevoli votazioni a maggioranza; fermo restando che resta pur sempre l'eventualità della richiesta di *referendum*, che però è una garanzia esterna al procedimento parlamentare aggravato. D'altra parte, la successiva modifica del sistema elettorale mediante la legge n. 270 del 2005 aveva prodotto, in virtù del premio di maggioranza e delle liste bloccate, una forte verticalizzazione del potere mediante l'effetto di trascinamento del cd. Parlamento dei nominati sulle posizioni del Governo[80], svilendo quasi del tutto l'autonomia di scelta dei singoli parlamentari in relazione alle modifiche costituzionali da elaborare ed approvare: cioè, un contesto assai più anomalo rispetto a quello realizzatosi con il precedente regime maggioritario misto.

[79] In tema C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 431 ss., spec. 489, 490, in cui si richiama «la stagione delle revisioni costituzionali a maggioranza» che secondo l'Autore ebbe inizio con la revisione del titolo V approvata con «tre voti di margine alla Camera» e confermata dal *referendum* del 2001.

[80] Su questa legge si vedano le considerazioni critiche di F. BILANCIA, *Legalità, legittimità e parità di chances nell'accesso al potere politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2006, 1, 2 che giudicava tale disciplina falsamente proporzionale. Inoltre l'Autore osservava che il meccanismo delle liste bloccate realizzava «una Camera dei deputati, composta da soli fiduciari del Primo ministro … scelti in quanto di comprovata fedeltà, vale a dire di assoluta assenza di autonomia ed indipendenza di giudizio rispetto al capo».

Il problema è che tali meccanismi elettorali non erano presenti nell'orizzonte del Costituente perché quando ragionò sul senso dei *quorum* e, più in generale, sugli altri istituti di garanzia, agiva entro un sistema politico partitico retto dal regime proporzionale[81], utilizzato pure per eleggere la Costituente (d.l.lgt. n. 74 del 1946). Si può sostenere, infatti, che i *quorum* furono introdotti in quel contesto esprimendo, in tal modo, un significato preciso: essi, cioè, avrebbero operato nel regime politico legittimato dalla ripartizione proporzionale dei seggi[82]. In altre parole, anche sulla base di quelle condizioni concrete fu approvato l'articolo 138, realizzando un meccanismo capace di favorire l'equilibrio tra la stabilità e la trasformazione costituzionale, resa possibile mediante l'intesa tra le forze politiche più rappresentative.

Sembra corretto pensare che se vi fosse stato un regime elettorale di diversa natura i *quorum*, ma anche il procedimento nel suo complesso, avrebbero assunto una configurazione differente. In quel contesto, infatti, il *quorum* della maggioranza assoluta fu bilanciato dall'eventualità del ricorso al *referendum* per garantire «i diritti delle minoranze – di una modesta minoranza – …restando aperto l'appello al popolo, anche ad opera di una parte comparativamente piccola della pubblica opinione»[83]. Le parole di Rossi identificarono un nesso molto stretto tra il regime proporzionale e il procedimento aggravato rivelando, se non la precondizione, la forte influenza sulle modalità del suo funzionamento corretto[84] e, altresì, la logica che presiede ad esso.

[81] Si veda, C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 849 ss., spec. 864, l'Autore, ragionando sul significato delle maggioranze qualificate previste in alcune disposizioni costituzionali e anche nell'articolo 138, chiarì che esse furono introdotte per garantire la «rappresentanza delle minoranze *nel Parlamento*».

[82] Si considerino le osservazioni di P. ROSSI, *Intervento*, in *Assemblea Costituente. Seduta pomeridiana di venerdì 14 novembre* 1947, CCXCIII, 2124, del seguente tenore «una maggioranza qualificata dei due terzi, potrebbe eventualmente, non rispondere alla maggioranza reale del Paese; potrebbe accadere, come è accaduto talora in Inghilterra, che un partito che pure ha vinto in quasi tutti i collegi, cinque anni prima, sia in netta minoranza, poco dopo le elezioni nel paese, mentre conserva in Parlamento la quasi totalità dei mandati». Viceversa, in Italia, mediante la legge elettorale proporzionale «una maggioranza che raccolga in Parlamento i due terzi raccoglierà certamente nel Paese una proporzione anche maggiore di consensi».

[83] *Ibidem*.

[84] L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 151, commentando la posizione di Rossi ha evidenziato «la forte connessione tra ultimo comma dell'art. 138 e sistema elettorale: l'abbandono del sistema proporzionale può in effetti far venir meno quella garanzia implicita per cui maggioranza dei due terzi dovrebbe significare partecipazione della minoranza alla decisione della maggioranza».

Esiste una virtualità nei *quorum* individuati nell'articolo 138. Essi cioè, se da un lato tendono ad impedire i colpi di mano della maggioranza, preservando la natura compromissoria della Costituzione, dall'altro dettano le condizioni per assecondare la proiezione nel tempo della sue disposizioni, nei limiti delle intese che scaturiscono tra i partiti politici più rappresentativi. La logica sottesa a questo metodo della revisione rinvia alla necessità che le modificazioni costituzionali e, a maggior ragione, quelle organiche (cioè ampie, non a carattere emendativo) debbano fondarsi su larghe maggioranze, rinnovando così l'effettività delle disposizioni costituzionali, ovvero la loro attualità politica, vincendo, altresì, le tendenze idonee ad eludere o contravvenire, tacitamente, alla loro applicazione. È chiaro, cioè, che tanto più è alto il consenso sulle modificazioni formali tanto più è alto il grado della loro effettiva applicazione, realizzando i presupposti per la loro stabilità e validità[85].

È stato sostenuto che la Costituzione, pur non avendo disciplinato esplicitamente il sistema proporzionale, è stata approvata «nel presupposto dell'esistenza di un sistema elettorale proporzionale»[86]. Difatti, anche di recente è stato evidenziato che con l'approvazione dell'ordine del giorno Giolitti la Costituente si pronunciò a favore del sistema proporzionale «che, garantendo l'eguaglianza del voto 'in uscita', meglio di altri si adattava alla società politica del tempo: una società contrassegnata da divisioni molto profonde, in cui l'esigenza più sentita non era quella di assicurare maggioranze di governo stabili e coese, ma di costruire un efficace sistema di garanzie, limitando il potere del più forte»[87].

Anche per queste ragioni bisogna riconoscere che il significato espresso dai *quorum* nel procedimento di revisione hanno valenze differenziate nei sistemi elettorali considerati. Difatti, nel proporzionale le maggioranze previste per la validità della revisione sono inclusive degli interessi eterogenei della società[88]. Viceversa, nei due sistemi elettorali vigenti tra il 1993 ed il

[85] H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., 7, in cui si afferma che "una norma perde la sua validità quando essa non viene più osservata oppure quando non osservata, non viene più effettivamente applicata".

[86] Cfr. A. CERRI, *Osservazioni sulla revisione della norma sulla revisione*, cit., 2.

[87] G. FERRI, *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017, 2, l'Autore richiama anche l'ordine del giorno Nitti con il quale fu stabilito il metodo del «collegio uninominale» per l'elezione del Senato. Tale indicazione, tuttavia, non intese smentire la preferenza per il sistema proporzionale pure perché «La legge elettorale del Senato approvata dalla stessa Assemblea Costituente, prevedendo che nei singoli collegi il seggio venga assegnato ai candidati che hanno conseguito il 65% dei voti validi … sancirà in sostanza l'affermazione del principio proporzionalistico».

[88] Si veda AA.VV., *Rappresentanza politica e legge elettorale*, a cura di C. DE FIORES, Torino, 2007; G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Bologna, 2006.

2015 tali maggioranze non erano lo specchio fedele della realtà, essendo rivolte a garantire l'interesse, giudicato prevalente, della cd. governabilità[89]. Questo vuol dire che le modalità di formazione del consenso, in quanto tali, si riflettono sulla garanzia del procedimento di revisione costituzionale che non è indifferente al grado di rappresentatività[90] offerto dai differenti sistemi di traduzione dei voti in seggi: incidendo, in definitiva, sul tasso di legittimazione della decisione parlamentare che, in sede di revisione, richiede il maggior livello di rappresentatività. In altri termini, i *quorum* deliberativi a partire dal 1993 hanno assunto una configurazione piuttosto distante dal loro significato originario producendo il problema di un consistente affievolimento della gradazione della rigidità costituzionale. Non richiede dimostrazioni, infatti, che le revisioni costituzionali di quegli anni siano state liberamente disponibili dalle maggioranze di governo[91]: maggioranze che, peraltro, a causa del sistema elettorale, nonché del considerevole tasso di astensionismo dal voto, erano rappresentative di una minoranza della società[92]. Questo profilo sembra segnalare sul piano sostanziale la forzatura ulteriore dell'articolo 138 che, evidentemente, richiama una nozione di maggioranza autenticamente rappresentativa, non certo, dunque, la minoranza della società.

Pertanto, non è un caso che fino a quando operò il sistema elettorale proporzionale le modificazioni costituzionali furono realizzate attraverso il consenso della maggior parte delle forze politiche, connotando la decisione parlamentare di maggiore rappresentatività e, dunque, di maggior legittimazione. Peraltro, quei partiti approvarono revisioni a carattere emendativo manifestando, ad un tempo, la reciproca lealtà verso il patto costituzionale,

[89] Criticamente sul tema L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2008; nonché, P. CARETTI, *Principio maggioritario e democraticità del sistema costituzionale*, *ivi*; da ultimo O. CHESSA, *Voto popolare e sistema elettorale nella costituzione italiana*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2017, 19 ss., in cui si sostiene l'incompatibilità del sistema uninominale maggioritario con il dettato costituzionale.

[90] Tale aspetto è rimarcato da G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 266 ss.

[91] Più in generale F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2017, 47, indaga la verticalizzazione del potere ed il crescente ruolo dell'esecutivo nell'ottica delle sue implicazioni sulla sovranità popolare, osservando che "Sembra quasi che stia prendendo corpo una nuova rivoluzione costituzionale, come rivoluzione agìta dai governi. Muovendo dalla sovranità popolare verso la sovranità dei governi che usano il consenso popolare ... anche contro la rappresentanza politica, contro il Parlamento... Una sovranità che, però, così concepita perde il suo essenziale ruolo di legittimazione e di garanzia della effettività e stabilità del potere, quasi compiendo un giro completo della storia contemporanea e moderna, ma di ritorno, procedendo a ritroso".

[92] Nelle elezioni politiche del 2013 l'astensione ha raggiunto la soglia del 25%. La coalizione di centro-sinistra ha guadagnato il 29,55% di consenso, quella di centro-destra il 29,18% e il Movimento 5 stelle il 25,56%, questi dati sono tratti dal sito *elezionistorico.interno.gov.it*.

sentito, per l'appunto, come la base della convivenza democratica tra forze rette da ideologie fortemente contrapposte[93].

Quest'ultimo aspetto dimostra l'indiscutibile condizionamento (in un senso o nell'altro) del regime elettorale sulla garanzia della rigidità costituzionale. Vero è che dal 1993 in poi il procedimento di revisione sembra aver subito una trasformazione: ovvero, da strumento di garanzia della stabilità costituzionale, capace di assecondare revisioni a carattere consensuale, a mezzo per realizzare l'indirizzo politico di governo e, talvolta, finanche la *leadership* dei capi di partito che si sono alternati alla guida del Paese[94]. Tale tendenza si riflette in un'alterazione inammissibile della rigidità costituzionale[95].

5. La revisione costituzionale come garanzia del compromesso costituzionale, ancora?

Come si sa molte disposizioni costituzionali presentano natura compromissoria. Questo carattere è stato inteso dalla dottrina come un elemento di forza suscettibile di realizzare la convergenza reale delle forze politiche sul contenuto delle norme costituzionali perché, appunto, tali norme sono idonee a contenere i valori ideali e culturali dei partiti che aderirono e diedero vita alla Costituente[96]; realizzando, pertanto, la loro effettività: ovvero, la garanzia dell'osservanza.

È noto, ancora, che il testo approvato fu l'espressione dell'accordo, del patto[97], del compromesso, appunto, tra i tre maggiori partiti della Costituente: democristiani, socialisti e comunisti (anche liberali e azionisti diedero un

[93] Si veda G. FERRARA, *Istituzioni, lotta per l'egemonia e sistema politico*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1992, 184 ss. Peraltro, P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2001, 1262, ha evidenziato che in quel periodo anche «il processo di attuazione della Costituzione da parte del legislatore era stato sostenuto da una lettura fortemente condivisa degli orientamenti fondamentali della Costituzione»; tuttavia secondo l'Autore «Questo scenario, di cui già negli anni Ottanta cominciano a delinearsi segni di sfaldamento, muta radicalmente nell'ultimo decennio sotto la pressione di fattori interni e internazionali».

[94] Sul punto si veda M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: un bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, 37 ss.

[95] Come è noto tale carattere è qualificato da C. MORTATI, *Concetto, limiti procedimento della revisione costituzionale*, cit., 379 ss., come un profilo essenziale dell'ordinamento costituzionale.

[96] Sul tema si veda E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, 1973, ristampa, Napoli, 2008.

[97] Questo aspetto è rimarcato da N. BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, in ID., *Dal fascismo alla democrazia*, a cura di M. BOVERO, Milano, 1997, 159 ss.

loro importante contributo). Va da sé, allora, che la modificazione della Costituzione, secondo quella prospettiva, non avrebbe avuto senso senza il concorso e l'intesa tra quei partiti: ovvero, a carattere consensuale e non mediante votazioni forzate imposte dagli uni sugli altri. Difatti, le revisioni furono concepite come un'ipotesi alquanto rara che si sarebbe dovuta realizzare solo quando «…il popolo abbia manifestato una sicura, ripetuta, durevole volontà di riforma…»[98], di cui il Parlamento fu reputato l'interprete privilegiato.

La revisione, secondo quella visione, fu configurata come il luogo dell'intesa tra i partiti: la maggioranza di governo, dunque, non avrebbe dovuto sacrificare le istanze delle minoranze che andavano necessariamente rappresentate. In altre parole, la Costituzione nello Stato pluralista è «il frutto di accordi e convergenze tra numerosi soggetti particolari, i quali cercano in essa la protezione della propria identità politica»[99]; la lotta tra le forze politiche per conquistare la sovranità, l'egemonia[100], è cessata, per cui sorge la necessità di riporre in essa, isolandola dalle tensioni e dai conflitti politici contingenti[101], una quota di vita associata che esprime «lo sforzo comune di dettare, attraverso un compromesso, un disegno sociale e politico generale»[102]. Non è un caso, pertanto, che il procedimento di revisione e il controllo giurisdizionale di costituzionalità siano stati inseriti nel medesimo Titolo VI rubricato «Garanzie costituzionali». Entrambi gli istituti, infatti, furono pensati per la garanzia della permanenza della Costituzione, un presidio cioè della sua rigidità, per tutelare le sue disposizioni da arbitrî che potessero provenire dalla maggioranza politica.

Quanto precede indica che la *ratio* dell'articolo138 va ricondotta doverosamente alla natura compromissoria delle disposizioni costituzionali[103],

[98] In tal senso l'ammonimento di P. ROSSI, *La revisione costituzionale*, Relazione alla Seconda Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, in *Materiali della Repubblica. Assemblea Costituente*, volume I, tomo secondo, Reggio Emilia-Napoli, 1991, 253.

[99] Si veda, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, I, Bologna, 2018, 49 ss.

[100] Tale formula fu elaborata da A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli sulla politica e sullo stato moderno*, a cura di V. GERRATANA, Roma, 1987, 106 per descrivere i rapporti tra Stato e Chiesa, ed è stata ripresa da G. FERRARA, *Istituzioni, lotta per l'egemonia e sistema politico*, cit. 175 ss., per significare «…il processo formativo, storicamente determinato, di un aggregato di forze economico-sociali, culturalmente omogenee per -o coincidenti nel poter- esprimere un soggetto politico dotato di vocazione e capacità direzionale dello Stato».

[101] In tema M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 1996, 293 ss.

[102] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, op. ult. cit., 47.

[103] Si veda C.J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, traduzione italiana a cura di M. GRECO, Vicenza, s.d., *Constitutional government and democracy*, Boston, 1950, 390, che ragionando sulla natura delle norme costituzionali osserva che «il compromesso è, quindi, essenziale nell'elaborazione di norme generali; attraverso il dibattito e la discussione il

costituendo uno dei significati più aderenti alla sua logica[104]. In altre parole, i partiti della Costituente raggiunsero l'accordo che diede vita alla Costituzione anche perché le sue disposizioni riuscirono ad esprimere la sintesi della visione ideale di cui furono i rappresentanti; le loro ideologie contrapposte risultarono mitigate, per così dire, attraverso riconoscimenti reciproci[105]. Di modo che è verosimile pensare che, se non fosse prevalso il metodo compromissorio, difficilmente la Costituzione sarebbe stata approvata[106].

Analogamente, la scelta di quei partiti di collocare ad un livello più alto di normazione la loro visione del mondo andava protetta. Cioè, la decisione di sancire la disciplina di talune materie mediante le disposizioni costituzionali, che spesso offrono anche una loro regolamentazione puntuale, richiedeva di essere garantita dalle vicende contingenti e conflittuali della lotta politica: era il modo, insomma, di garantirne l'immunità dall'indirizzo politico di maggioranza. Cosicché, apparve quasi ovvio individuare aggravamenti procedurali idonei a tutelare il compromesso e suscettibili, allo stesso tempo, di esprimere la garanzia della rigidità. Insomma, rigidità e compromesso sembrano esprimere, in quella visione, due facce della stessa medaglia.

D'altra parte le disposizioni costituzionali costituiscono il fondamento della legislazione ordinaria; quest'ultima è spesso il frutto dell'indirizzo politico di maggioranza che risulta più o meno conformato da quelle disposizioni, in ragione del loro grado di specificazione, ed entro i limiti della discrezionalità legislativa[107]. Pertanto, a questo livello va collocata l'evoluzione

punto di accordo viene determinato nel corpo legislativo rappresentativo». In tema è d'obbligo il rinvio a H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, 1995, 272 ss., in cui si chiarisce che il conflitto tra maggioranza e minoranza è un elemento decisivo per la formazione democratica delle decisioni statali sicché «si può ben dire: democrazia è discussione. Di conseguenza la volontà dello Stato, vale a dire il contenuto dell'ordinamento giuridico, può essere il risultato di un compromesso».

[104] S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, cit., 302.

[105] Si veda ad esempio la genesi degli articoli 2 e 3 come ricostruita da N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, ristampa, Milano, 1995, 31 ss., in cui si esaminano i lavori preparatori che portarono alla loro formulazione da cui emerge il clima di confronto leale e di ricerca dell'intesa tra democristiani, socialisti e comunisti.

[106] In tema M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Sato italiano*, Roma, 1995, 407 ss.

[107] Sulla natura giuridica della discrezionalità legislativa si veda, L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, 993 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge,* Milano, 1970, 336 ss.; Id. *Legge (vizi della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, 1000 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, Padova, 1984, 367 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa,* in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 71 ss.; G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul*

dell'ordinamento che costituisce una modalità di attuazione e svolgimento dei superiori principi costituzionali. Diversamente, non si potrebbero distinguere i piani della normazione ordinaria da quella costituzionale; ma non solo, verrebbe meno, in definitiva, la natura rigida della Costituzione, qualora un solo partito o una loro coalizione riuscisse, facendo leva sui soli numeri della propria maggioranza, ad imporre alle minoranze parlamentari e, più in generale, al Paese la sua visione di sistema attraverso la revisione costituzionale: un esito che potrebbe produrre una frattura irrimediabile della società in cui, al contrario, si richiede l'integrazione[108], l'inclusione, proprio per disinnescare i conflitti potenzialmente distruttivi[109].

Ad osservare l'andamento dei processi di revisione costituzionale dagli inizi degli anni Novanta è parso di assistere ad una significativa trasformazione del modo di concepire le modifiche costituzionali da parte delle forze politiche[110] sorte dopo la caduta del muro di Berlino e le vicende giudiziarie che portarono alla ristrutturazione, in alcuni casi alla scomparsa, dei partiti della Costituente[111] nonché alla nascita di nuovi raggruppamenti politici. Difatti, come segnalato in molte occasioni, la riforma di ampie parti della Costituzione è stata perseguita non secondo l'idea del compromesso ma, all'opposto, secondo una decisione di maggioranza di governo che, sia detto incidentalmente, era tale anche grazie alla distorsione dei premi variamente congegnati e, dunque, strutturalmente inidonea a garantire un accettabile livello di rappresentatività della comunità politica statale come stabilito dalla Corte costituzionale[112]. Questo andamento pone un problema molto serio:

contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 653 ss.

[108] Sul tema la classica ricostruzione di R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Costituzione e diritto costituzionale*, traduzione a cura di F. FIORE, J. LUTHER, 1988.

[109] Si è soffermato di recente su questo problema M. LUCIANI, *La parabola della presidenza della Repubblica*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2014, 2, in cui si sostiene che «La questione dell'integrazione…si è fatta ancora più intricata: se per Smend si trattava di trovare una risposta al *rebus* dell'unità politica della società pluralistica uscita dalla tragedia della prima guerra mondiale, per noi il medesimo problema si ripropone concettualmente identico, ma quantitativamente inasprito dall'ulteriore frammentazione dei soggetti sociali e delle identità individuali. Come si genera unità politica da un contesto sociale pluralistico? Quali sono i meccanismi che consentono un coerente funzionamento del sottosistema istituzionale? Come, in buona sostanza, individui e masse sono integrati nello Stato?».

[110] La questione fu subito stigmatizzata da A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *In difesa dei valori della Costituzione*, in *Il foro italiano*, parte 5, 1994, 377 ss.

[111] In tema, da ultimo, C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti postdemocratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2018.

[112] Cfr., la sentenza n. 1 del 2014, in tema AA.VV., *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, a cura di M. D'AMICO e S. CATALANO, Milano, 2014; nonché G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di mag-*

ovvero, può dirsi ancora in vita il compromesso?[113] Esso cioè vale ancora a contenere, entro la logica della conciliazione, la visione di sistema che ciascuna parte esprime? Osservando le vicende che portarono all'approvazione della riforma del 2005 e quella più recente del 2016 si direbbe di no.

Difatti, sembra prevalsa l'idea che ciascuna maggioranza approva la sua riforma; tale esito consegna un risultato esattamente opposto a quello immaginato dai Costituenti quando approvarono l'articolo 138, realizzando una della possibili gradazioni della rigidità.

Alessandro Pizzorusso chiarì che il dibattito sull'articolo 138 «si svolse tutto nella seduta pomeridiana del 3 dicembre del 1947, nel corso della quale fu approvato l'emendamento Perassi, accolto dalla Commissione per la Costituzione, col quale fu rielaborato l'art.130 del progetto»[114]. Questa rapidità fu possibile grazie al lavoro svolto in Seconda Sottocommissione[115], dove emerse una formula che rassicurò i Commissari sull'individuazione di una soluzione che garantisse l'equilibrato rapporto tra la rigidità e la modificabilità degli enunciati costituzionali. La celerità della discussione in Assemblea plenaria, in altre parole, si affermò perché quella scelta fu giudicata sufficientemente adeguata a garantire il compromesso faticosamente raggiunto, assegnando all'opera del legislatore ordinario il compito di dare svolgimento ai superiori principi.

Non di meno, quello che oggi andrebbe riaffermato non è un nuovo "compromesso" perché i partiti odierni, a causa della loro crisi antica ormai[116], sono una cosa molto diversa da quelli del '48, quanto piuttosto «il contenimento di ogni politica da loro posta in essere secondo il principio di maggioranza entro i confini fissati dalla Costituzione. Oggi, l'esigenza primaria è dunque quella della Costituzione come *limite*; o meglio, è quella della riscoperta oggi, dentro la nostra Costituzione, magari mossa in origine dal timore contingente dell'avversario politico, della dimensione profonda dell'*equilibrio dei poteri*, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tra poteri

gioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1/2014, in *Federalismi.it*, n. 9, 2014.

[113] Una ricostruzione aggiornata della nozione di "compromesso costituzionale", secondo interpretazioni tese a valorizzare o disconoscere il suo significato è in M. FIORAVANTI, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, in *Astrid-online*, 13.10.08.

[114] A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 138 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 711.

[115] Si consentito rinviare a F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione*, cit., 41 ss.

[116] La bibliografia è vastissima, cfr. O. KIRCKEIMER, *The Transformation of the Western European Party System, Princeton, 1966*, ora in ID., *Politics, law, and social change. Selected Essays*, New York, 1969; P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico1945-1996*, Bologna, 1997. Nonché, C. DE FIORES, op. ult. cit., 211, 212.

d'indirizzo e poteri di garanzia, come esigenza finalmente primaria delle costituzioni democratiche di oggi»[117].

III Parte: la derogabilità e la modificabilità dell'articolo 138

6. La semplificazione/accelerazione del procedimento quale profilo unitario delle deroghe praticate

Come è noto le leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997 nonché il disegno di legge costituzionale A.S. n. 813 del 2013, hanno disciplinato un procedimento derogatorio della revisione al fine di introdurre riforme a carattere organico, ovvero dell'intera seconda parte della Costituzione[118], che secondo molti autori avrebbero potuto dare vita ad un nuovo ordinamento costituzionale[119]. Evidentemente, le condizioni politiche che portarono a quelle iniziative furono molto diverse, pertanto il loro significato va ricercato anche alla luce del loro impatto sul sistema politico partitico in quei diversi periodi. Ciò non di meno, in quelle iniziative emergono delle costanti che presentano, per l'appunto, un certa regolarità giustificando il loro esame congiunto.

Difatti, l'idea di semplificare e accelerare il procedimento di revisione al fine di introdurre modificazioni assai ampie della Costituzione è stata una delle ragioni di fondo di tutte le iniziative in deroga dell'articolo 138 presentando, altresì, una matrice originaria: ovvero, il messaggio del Presidente Cossiga alle Camere del 26 giugno del 1991 in cui si suggerì una vasta azione

[117] M. FIORAVANTI, op. ult. cit., 9.

[118] Cfr. L'art. 1 l. cost. n. 1 del 1993 e l'art. 4 l. cost. n. 1 del 1997.

[119] Il problema si pose soprattutto in occasione della legge cost. n. 1 del 1997. Sul punto si veda G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'era della mondializzazione*, cit., 260 ss.; G.U. RESCIGNO, *Revisione della Costituzione o nuova Costituzione?*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1997, 603 ss.; F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della L. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, in *Giurisprudenza italiana*, parte 1, 1998, 620 ss., spec. 623, 624, 625; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., 110 ss.; ID., *Processi costituenti italiani 1996-97*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 1997, 581 ss.; V. BALDINI, *Potere costituente, revisione costituzionale, riforma organica della Costituzione: considerazioni a margine della legge cost. n. 1/1997*, in *Jus*, n. 3, 1997, 465 ss.. Diversamente, nel senso che non si trattò di esercizio di potere costituente, S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, 126 ss.; M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, a cura di M. FIORAVANTI e S. GUERRIERI, Roma, 1999, 309 ss., spec. 318.

di riforma che superasse la logica di garanzia sottesa all'articolo 138. Come si sa, infatti, in quel messaggio si invocò l'elezione di un'assemblea «dotata di veri e propri poteri costituenti e libera quindi senza limitazioni procedurali o di merito derivanti dalla Costituzione vigente»[120], in grado di procedere «nelle forme proprie della legislazione ordinaria…salvo l'eventuale intervento del popolo in una delle forme ipotizzabili»[121].

Si direbbe che tali indicazioni avessero determinato il perimetro, per così dire, entro il quale si svilupparono poi le successive iniziative derogatorie. Queste ultime, tuttavia, non giunsero all'introduzione di un'Assemblea costituente ma intesero portare ad effetto talune correzioni al procedimento della revisione tali da aggirare i presunti ostacoli alle riforme che quel *Messaggio* aveva denunciato per la prima volta e in maniera formale, suscitando la reazione critica della stragrande maggioranza della dottrina[122].

6.1 L'iniziativa del 1993

Mette conto richiamare alcuni aspetti di tali discipline derogatorie.

Come si sa la legge cost. n.1 del 1993[123] assegnò ad una Commissione bicamerale poteri in sede referente per la revisione della seconda parte della Costituzione.

Anzitutto, una prima questione che si pose riguardò l'attività svolta da tale Commissione che, in realtà, si differenziava da quella delle comuni commissioni legislative in sede referente[124], in quanto avrebbe potuto condi-

[120] Il passo è richiamato da G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'era della mondializzazione*, cit., 259, 260.

[121] *Ibidem*. Per un esame critico di quel messaggio si veda AA.VV., *Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle*, in *Giurisprudenza costituzionale*,1991, 3209 ss.; nonché M. LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 1995, 97.

[122] Cfr., si veda ad esempio, 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)*, cit., 1657. Peraltro, una prima ipotesi derogatoria dell'articolo 138 era stata elaborata dal nuovo gruppo dirigente del Partito socialista italiano verso la fine degli anni Ottanta. Come si sa, infatti, la «Grande Riforma dello Stato» avrebbe dovuto realizzarsi attraverso un *referendum* propositivo su di un progetto di riforma costituzionale, dopo tale pronunciamento popolare le Camere avrebbero dovuto approvare la riforma stessa mediante una legge costituzionale. Quest'iniziativa è commentata da S.P. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in *Referendum*, a cura di M. LUCIANI e M. VOLPI, Bari, 1992, 91 ss.

[123] Si veda, C. DE FIORES, *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 Cost.: i paradossi di una riforma*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1993, 1541 ss.; e A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *In difesa dei valori della Costituzione*, cit., 378 ss.

[124] In tema, A.A. CERVATI, *Articoli 70-72. La formazione delle leggi,* in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, I, 1, Bologna-Roma 1985, 119, spec. 123, l'Autore

zionare in misura maggiore i lavori dell'Assemblea. In particolare, l'art. 2, II comma, di questa disciplina introdusse alcune limitazioni al potere di emendamento, come regolato nel regolamento della Camera, risultando in contrasto con l'articolo 72, I comma, Cost.. Difatti, era stabilito che fino a 5 giorni prima della seduta della votazione degli articoli ciascun parlamentare avrebbe potuto presentare emendamenti solo in «diretta correlazione con le parti modificate»; viceversa, il limite per la Commissione era fino a due giorni prima della seduta, riconoscendo così la loro prevalenza rispetto a tutti gli altri. Ancora, un presidente di gruppo, dieci deputati o cinque senatori, avrebbero potuto presentare eventuali *sub* emendamenti fino al giorno precedente la seduta.

In tal modo risultava assai semplificata la discussione in Aula, anche attraverso l'ulteriore divieto di presentare «questioni pregiudiziali, sospensive, per il non passaggio agli articoli o per il rinvio in Commissione»[125]. Sicché, l'attività di tale organismo risultava più intensa di quanto accade normalmente. Questa circostanza rendeva più forte la posizione della Commissione durante la discussione in Assemblea, differenziando la sua attività dalla sede referente vera e propria in cui si esamina il disegno di legge rimettendo all'Aula l'approvazione del testo secondo margini operativi più ampi. In altre parole, le modalità di esame del disegno di legge costituzionale causavano un trasferimento dei poteri decisionali sostanziali dall'Aula alla Commissione, limitando il ruolo del Parlamento che avrebbe svolto un'attività di mera ratifica delle decisione adottate in quella sede[126].

Inoltre bisogna anche segnalare le ulteriori implicazioni sull'articolo 72, IV Comma, in cui è sancito l'obbligo della «procedura normale di esame e approvazione diretta della Camera» per i disegni di legge in materia costituzionale, e, ancor di più, dunque, avuto riguardo alle leggi di revisione. Difatti, poiché la Commissione esercitava i suoi poteri distaccandosi dalla procedura ordinaria ne risultava alterato il procedimento normale e la riserva di Assemblea in esso richiamata.

Non di meno, il profilo che destava maggiori riserve riguardava l'eliminazione del *quorum* dei due terzi e la previsione della maggioranza assoluta per la validità della deliberazione. In questo caso la logica dell'articolo 138 era disattesa perché, come fu evidenziato, si escludeva in punto di principio la possibilità che intorno alla revisione avesse potuto

precisa che il modello procedimentale sancito nell'articolo 72 configura «una concezione del parlamento che non sia quella di un organo di registrazione di decisioni già prese in altre sedi, ma di effettiva elaborazione di testi legislativi, d'onde l'esigenza di un procedimento articolato in fasi e momenti non eliminabili».

[125] Cfr., art. 2, II comma, l. cost. n. 1 del 1993.

[126] Sul punto, C. DE FIORES, op. cit., 1545.

«coagularsi una maggioranza superiore a quella assoluta»[127]. Si trattava di un cambio di prospettiva assai significativo perché veniva meno il presupposto giuridico di un eventuale ampio accordo parlamentare, rinviando al corpo elettorale, attraverso il *referendum* obbligatorio, la decisone finale secondo una logica plebiscitaria sapientemente esclusa dal Costituente.

6.2 L'iniziativa del 1997

Sulla falsariga di questo precedente anche la legge costituzionale n.1 del 1997[128] riconobbe alla Commissione bicamerale analoghe competenze in se-

[127] Così, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *In difesa dei valori della Costituzione*, cit., 379.

[128] La letteratura è molto ampia, senza pretesa di completezza si veda, A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1997, 388; M. SICLARI, *Costituzione e Riforme. Interventi critici*, Roma, 2000; A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit.; A.A. CERVATI, *Brevi riflessioni sull'uso di procedure straordinarie di revisione della Costituzione e sull'abuso delle leggi costituzionali in alcuni ordinamenti contemporanei*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, cit., 259 ss.; AA.VV., *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, a cura di S.P. PANUNZIO, Milano, 1998; G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1998, 93 ss.; G.U. RESCIGNO, *Revisione della Costituzione o nuova Costituzione?*, cit., 603 ss.; A. BALDASSARRE, *Relazione introduttiva sulla situazione italiana*, in AA.VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, a cura di E. ROZO ACUÑA, Napoli, 1999, 13 ss.; S.P. PANUNZIO, *Il metodo ed i limiti della revisione costituzionale*, in *Quale riforma della Costituzione?*, a cura di G. AZZARITI, Torino, 1999, 321 ss.; B. CARAVITA, *La Commissione bicamerale e il lungo cammino delle riforme*, in *Letture di diritto pubblico,* a cura di B. CARAVITA, A. CHIAPPETTI, C. CHIOLA, Torino, 1998, 31 ss.; F. DONATI, *La revisione costituzionale*, in *La riforma della Costituzione nel progetto della bicamerale*, a cura di P. CARETTI, Padova, 1998, 117 ss.; M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 291 ss.; M. MANETTI, *Riforme istituzionali: qualche riflessione sul metodo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1998, 405 ss.; F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della L. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, cit., 620 ss.;C. PINELLI, *Quali lezioni possiamo apprendere dalla vicenda della Commissione bicamerale?*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 3, 1998, 187 ss.; L. PALADIN, *Il metodo delle riforme: considerazioni sui lavori della Commissione bicamerale*, in *Il corriere giuridico*, n. 1, 1998, 5 ss.;G. DE VERGOTTINI, *Dalle emendabilità alla «revisione totale» nella continuità della Costituzione, in Cinquantenario della Repubblica italiana*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, 1997, 393 ss.; C. MEZZANOTTE, *Potere costituente e potere di revisione costituzionale*, in *Riformare la Costituzione?*, a cura di R. CARDINI, P. CARETTI, Roma, 1997, 11 ss.; la cronaca dei lavori è in AA.VV., *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, a cura di V. ATRIPALDI e R. BIFULCO, Torino, 1998; M. ESPOSITO, *Annotazioni sui*

de referente[129]. Tuttavia, tale iniziativa presentò ben altro vigore rispetto a quella precedente perché intervenne all'indomani del rinnovamento della classe politica seguita al nuovo regime maggioritario. Anzi, secondo qualche Autore[130], quest'ipotesi derogatoria sarebbe stata funzionale alla legittimazione, attraverso una sorta di nuovo compromesso, dei nuovi partiti politici sorti dopo le elezioni del 1994.

Pure in questo caso si intervenne sul contenimento dei tempi dei lavori sia in Commissione sia in Aula. Difatti l'art.2, IV comma, stabilì che «la commissione, entro il 30 giugno del 1997, trasmette alle Camere un progetto di riforma della II parte della Costituzione…»[131]; nei successivi trenta giorni dalla trasmissione del progetto o dei progetti di revisione (art.2, ult. co.) andavano presentati gli emendamenti dei singoli parlamentari. Tali modifiche sarebbero state oggetto a loro volta di una pronuncia della Commissione entro i successivi trenta giorni. Come fu ironicamente commentato da Di Giovine il tempo sufficiente per l'esame degli emendamenti, fin troppo breve, «potrebbe essere giudicato – da chi avesse voglia di scherzare – in contrasto con l'ult. co. dell'art. 36 Cost.»[132]. Inoltre, le modalità di esame degli emendamenti rischiavano di trasformare la natura dell'attività svolta dalla Commissione da referente in redigente perché avrebbe esercitato un controllo assai stringente su tutta la procedura[133].

I dubbi maggiori, tuttavia, riguardarono i tempi e le modalità dei lavori in Aula. Difatti, l'art. 3, III e IV comma, assegnò il potere di presentazione dei subemendamenti ad un presidente di Gruppo o ad almeno venti deputati

lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 3, 1998, 195.

[129] A tale Commissione si assegnava il potere di adottare un proprio regolamento per la disciplina dei suoi lavori. Si realizzava in tal modo anche una deroga all'articolo 64 tale da riflettersi sul principio bicamerale che, per questo profilo, comporta una distinta disciplina dei lavori delle due Assemblee. Si osservò infatti (M. SICLARI, *Costituzione e Riforme. Interventi critici*, cit., 35) che «per la prima volta in un testo costituzionale, si prevede espressamente una potestà regolamentare distinta da quella esercitabile *singulatim* da parte di Camera e Senato». La commissione Bicamerale, cioè, assumeva la natura di organismo terzo rispetto a Camera e Senato pur operando al loro interno.

[130] M. VOLPI, *Forma di governo e revisione costituzionale*, Torino, 1998, 103; analogamente in senso critico G. AZZARITI, *Considerazioni inattuali sui modi e suoi limiti della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1998, 75 ss., spec., 84, 85

[131] Analogo limite (sei mesi per la conclusione dei lavori) era previsto dall'art. 4 della l.cost. n. 1 del 1993.

[132] A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, cit., 391.

[133] In tal senso S.P. PANUNZIO, *Le forme ed i procedimenti per l'innovazione*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 30 ss.; M. MANETTI, *Riforme istituzionali: qualche riflessione sul metodo*, cit., 407 ss.; F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della L. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, cit., 621.

e dieci senatori «fino al giorno precedente l'inizio della seduta in cui è prevista la votazione di tali emendamenti». Sicché, modificando il precedente del '93, fu introdotta la medesima soglia necessaria per la costituzione di un gruppo parlamentare[134]. Tale misura andava a limitare non poco il potere di proposizione dei subemendamenti riflettendosi negativamente sulla garanzia della discussione; quest'ultima, piuttosto, avrebbe dovuto essere ampliata perché il suo oggetto riguardava l'approvazione di una legge costituzionale modificativa di tutta la seconda parte della Costituzione. Di modo che, come fu evidenziato, «il *quid* della deliberazione parlamentare è quindi largamente influenzato dalla Commissione, e non dal suo *plenum*, ma da un comitato formato dal Presidente, dai relatori e dai rappresentati di ciascuno dei gruppi»[135]. Evidentemente, il significato di quella formula esprimeva una concezione dell'attività parlamentare diretta a compattare le forze politiche, escludendo dalla discussione gli esponenti dei partiti minoritari che non avessero raggiunto tale soglia minima.

Ancora, la deroga più evidente fu introdotta dall'art.3, IV comma, in cui si stabilì che «Il progetto di legge o i progetti di legge costituzionali… sono approvati articolo per articolo senza voto finale su ciascun progetto, ma con voto unico sul complesso degli articoli di tutti i progetti. Nella seconda deliberazione per il voto unico finale è richiestala maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera». Pertanto, il procedimento avrebbe dovuto concludersi in ogni caso, nonostante gli articoli dei diversi progetti di legge non rientrassero, in ipotesi, in distinte leggi, ma tutti in un unico progetto: ovvero, la sommatoria di disposizioni revisionate carente di chiarezza e di razionalità. Tale tecnica normativa fu assai criticata da una parte della dottrina anche perché avrebbe potuto impedire, in radice, la corretta e successiva votazione popolare.

Vero è che, secondo un orientamento dottrinale assai consolidato, fu realizzata la «riduzione della potenzialità di intervento «razionalizzato» delle Camere…», determinando il restringimento del «voto parlamentare in una morsa che innalza il conflitto a livello di innaturale (per un'assemblea parlamentare, dove dovrebbe prevalere la logica del tipo «più o meno») "aut-aut", di un prendere o lasciare…»[136]. Questa tecnica normativa eviden-

[134] Analogamente a quanto dispone l'art. 86, VI comma, reg. Camera per i disegni di legge ordinaria, cui rinvia l'art. 97, I comma, recante la disciplina del procedimento di approvazione dei progetti di legge costituzionale.

[135] G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, cit., 273.

[136] A. DI GIOVINE, op. cit., 93. Viceversa, G. FERRI, *Il referendum costituzionale*, Padova, 2001, 249, giustificava il voto unico sull'intero progetto «tanto per ragioni di legittimità costituzionale, corroborate dai lavori preparatori, quanto per ragioni di opportunità istituzionali, essendo l'esito del procedimento straordinario di revisione ancorato all'accordo fra la mag-

ziò, ancor più della precedente iniziativa del 1993, l'esigenza fortemente sentita da quella classe politica di giungere il prima possibile, anche a costo dell'elaborazione di una revisione non del tutto coerente, alla riforma costituzionale giudicata come la priorità politica del momento.

Infine, fu introdotto, anche in tal caso, il *quorum* unico della maggioranza assoluta per la seconda deliberazione; esso, tuttavia, manifestò una valenza differente rispetto al '93 perché nel frattempo era cambiato il sistema elettorale[137], alterando il significato delle maggioranze nel procedimento della revisione e, vieppiù, nel procedimento in deroga all'art.138. Difatti, la maggioranza assoluta e il *referendum* obbligatorio (*infra*) avrebbero potuto trasformare definitivamente la natura consensuale della Costituzione del '48. Al riguardo bisogna ribadire che il Costituente elaborò i *quorum* di garanzia della rigidità perché operanti nel contesto proporzionale, per cui la maggioranza dei due terzi e quella assoluta, nella prospettiva originaria, assumevano una connotazione inclusiva suscettibile di legittimare maggiormente il processo di revisione mediante una più ampia rappresentanza politica[138].

6.3 Il d.d.l. cost. A.S. n. 813 del 2013

La nuova iniziativa in deroga all'articolo 138 si affermava in una fase piuttosto convulsa della politica italiana[139].

gioranza di governo e la minoranza di opposizione su tutto il testo di revisione della Parte II della Costituzione; accordo che avrebbe potuto essere rotto nel caso di una votazione delle Camere su singole parti del testo».

[137] Come è noto furono approvate le leggi nn. 276 e 277 del 1993.

[138] G. AZZARITI, *Innovazioni costituzionali e revisioni costituzionali in deroga all'art. 138 della Costituzione. Sfide della storia e sfide della politica*, in AA.VV., *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, cit., 145, nonché in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2006, segnalava, infatti, che il maggioritario aveva prodotto «Un nuovo scenario cui non si è riusciti a far fronte neppure con alcune misure minime che pure alcuni avevano proposto (mi riferisco, ad esempio, all'ipotesi di innalzamento dei *quorum* stabiliti in costituzione per le nomine parlamentari dei membri di organi di garanzia o per la stessa revisione costituzionale)».

[139] In tema, G. AZZARITI, *Le riforme a passo di bulldozer*, in *Costituzionalismo.it*, 08.07.2013; AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit.; P. CARETTI, *L'ennesimo «revival» della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, cit.; M. DOGLIANI, F. PALLANTE, *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2013; A. PACE, *La disapplicazione dell'art.138 da parte del d.d.l. cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori*, in *Rivista Aic*, *Osservatorio*, ottobre 2013; ID. *Un procedimento «speciale derogatorio», «straordinario», «in Rottura della Costituzione»… e anche illegittimo ex art. 138 Cost. Note critiche al d.d.l. Cost. N. 813 AS (n. 1359 AC) (II)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2013; A. ANZON-DEMMIG, *La nuova strada per le riforme: non illegittima ma rischiosa*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2013; A.M. POGGI, *Le riforme costituzionali:*

Mediante un comunicato della presidenza della repubblica del 30 marzo 2013 si informava che erano «stati definiti i due gruppi di lavoro che, su invito del Presidente della Repubblica, si riuniranno nel corso della prossima settimana -stabilendo contatti con i presidenti di tutti i gruppi parlamentari- su proposte programmatiche in materia istituzionale e in materia economico-sociale ed europea»[140]. Nella relazione finale erano indicate le riforme giudicate prioritarie relative a numerose parti della Costituzione: ovvero i diritti, la forma di governo, il rapporto Stato-Regioni, la giustizia, lo svolgimento dell'attività politica e i suoi costi[141]. Peraltro, il documento elaborato dal gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali indicava un metodo di revisione in deroga all'articolo 138. Infatti, ad eccezione di Onida, si suggeriva «l'istituzione di una Commissione redigente mista costituita da parlamentari e non parlamentari… che indichi le parti della costituzione da revisionare, e da formalizzarsi successivamente tramite una legge costituzionale»[142]. Tale Organismo, cioè, avrebbe dovuto elaborare il testo di riforma e il Parlamento avrebbe dovuto approvare il disegno di legge articolo per articolo senza la possibilità di emendarlo. Inutile aggiungere che tale soluzione, qualora approvata, sarebbe risultata in contrasto con gli articoli 72 e 138.

In realtà, secondo qualche Autore, quest'iniziativa aveva inteso realizzare le condizioni per favorire la nascita del governo cd. di larghe intese presieduto dall'on.le G. Letta, in seguito al tentativo fallito del segretario del Pd on.le Bersani di dare vita ad un esecutivo a sua guida[143]. Difatti, le relazioni elaborate dai gruppi di lavoro non erano richiamate dai successivi atti del Governo che portarono alla presentazione del d.d.l. cost. A.S. n.813 del 2013. Non di meno, l'intervento del Capo dello Stato aveva posto al centro dell'agenda politica il problema delle riforme costituzionali legandole a filo doppio con le sorti dell'azione di governo[144], caratterizzando l'intera XVII legislatura fino al *referendum* del 2016.

Come è noto il 6 giugno 2013 il Consiglio dei Ministri approvava il d.d.l. cost. A.S. n. 813 recante «Istituzione del Comitato parlamentare per le ri-

obiezioni procedurali e sostanziali e (poco edificanti) posizioni «ideologiche», in *Rivista Aic*, n. 3, 2013.

[140] Cfr., *Quirinale.it*.

[141] Si veda M. DOGLIANI, F. PALLANTE, *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, cit., 1, 2.

[142] *Ibidem*.

[143] Sul punto le critiche di G. FERRARA, *La crisi del neoliberismo e della governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013, spec. 7;

[144] Difatti, questa iniziativa, come aveva dichiarato il Presidente Napolitano nella riunione conclusiva per la consegna delle relazioni finali da parte dei gruppi di lavoro nell'aprile 2013, costituiva «il contributo conclusivo -alla vigilia del compimento del mio mandato e della scelta del nuovo Presidente- che sono stato in grado di dare alla soluzione del problema del governo dopo le elezioni del 24 febbraio…».

forme costituzionali ed elettorali». Dopo alcuni giorni, l'11 giugno, il Presidente del Consiglio nominava una Commissione di esperti per le riforme[145]. Tale organismo, con funzioni consultive, avrebbe dovuto elaborare ipotesi di revisione della «Parte Seconda della Costituzione, Titoli I, II, III e V, con riferimento alle materie della forma di Stato, della forma di Governo, dell'assetto bicamerale del Parlamento e delle norme connesse alle predette materie, nonché di riforma della legislazione ordinaria conseguente, con particolare riferimento alla normativa elettorale». La Commissione era composta da trentacinque membri, nominati dal Presidente del Consiglio, tra esperti di diritto «secondo criteri di autorevolezza e rappresentatività», ed era presieduta dal Ministro per le Riforme Costituzionali[146].

Il problema, tuttavia, è che il d.d.l. A.S. n. 813 del 2013 non aveva introdotto alcuna relazione diretta tra l'attività del Comitato e quella della Commissione[147], sicché secondo alcuni Autori vi era il rischio che questo organismo avrebbe potuto trasformarsi in modo surrettizio «in quella Commissione mista con poteri redigenti esclusa dalla stesura finale del DDL proprio per la più che sua dubbia costituzionalità»[148].

Conviene richiamare alcuni aspetti della disciplina derogatoria.

L'articolo 2, I comma, assegnava al Comitato l'esame dei progetti di legge di revisione costituzionale in sede referente[149] «degli articoli di cui ai titoli I, II, III e V della parte seconda della Costituzione, nonché, in materia elettorale, esclusivamente i conseguenti progetti di legge ordinaria concernenti i sistemi di elezione delle due Camere». Inoltre si riconosceva il potere di modificare altre parti della Costituzione «strettamente connesse» a quelle indicate nell'articolo 2, I comma, ampliando enormemente l'ambito di azione del Comitato medesimo[150].

Tuttavia, le maggiori perplessità riguardavano i tempi di conclusione dei lavori che, secondo l'articolo 4, II comma, erano fissati in sei mesi

[145] In tema M. SICLARI, *Prime considerazioni sui metodi ed i contenuti delle riforme costituzionali nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio Enrico Letta*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2013.

[146] Un aspetto criticato dalla dottrina riguardava la legittimazione di tale organismo perché secondo P. CARETTI, op. ult. cit., 3, si assegnava «ad un ristretto numero di accademici (sia pure di alta qualificazione) una funzione» di tale natura che non presentava precedenti analoghi.

[147] Così P. CARNEVALE, *Art. 138* vs. *art. 138, ovvero della revisione della revisione*, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 43.

[148] A. ANZON-DEMMING, op. ult. cit., 4.

[149] A. PACE, *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen.*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013, 4, giudicava positivamente che a tale organismo fossero stati riconosciuti «solo poteri referenti e non redigenti come quelli pensati per la c.d. Convenzione» richiamata inizialmente dal Presidente del Consiglio G. Letta.

[150] Così G. AZZARITI, *Le riforme a passo di bulldozer*, cit., 2.

dall'insediamento del Comitato. Difatti, in questo lasso di tempo avrebbero dovuto essere esaminati, emendati e votati uno o più disegni di legge di revisione, nonché la legge sul sistema elettorale[151]. Sicché, bisogna pensare, verosimilmente, ad almeno due scenari: o il Comitato avrebbe elaborato autonomamente tali progetti, oppure i disegni di legge sarebbero stati confezionati dal Governo mediante la consulenza dalla Commissione di esperti; quest'ultima, cioè, avrebbe esercitato le sue funzioni sia pur difettando di una procedura normativamente scandita utile a regolare le relazioni formali tra i due organismi.

I Presidenti di Camera e Senato, dopo la conclusione dei lavori del Comitato e la trasmissione dei «testi dei progetti di legge, ovvero i testi unificati, adottati come base per il seguito dell'esame»[152], dovevano stabilire i termini entro i quali ciascun parlamentare avrebbe potuto presentare gli emendamenti ai disegni di legge medesimi, sui quali si sarebbe espresso il Comitato medesimo.

Ancora, i tempi dei lavori delle Camere risultavano altrettanto ristretti. Infatti, previa intesa tra i Presidenti delle Camere, avrebbe dovuto essere individuata «la data entro la quale ciascuna Camera procede»[153] alla votazione finale dei progetti di legge; e, in ogni caso, si stabiliva che i lavori parlamentari avrebbero dovuto concludersi (articolo 4, I comma) entro il limite massimo di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del d.d.l. cost. A.S. n. 813. Evidentemente, scansioni temporali così ravvicinate erano assai discutibili, perché si rischiava di compromettere irrimediabilmente non solo la natura del procedimento aggravato ma anche la qualità della deliberazione parlamentare. Peraltro, non era molto chiara la sorte di un disegno di legge di revisione dopo la scadenza del termine di diciotto mesi: bisognava immaginare una sua decadenza o, al contrario, la prosecuzione dell'*iter*? La deroga per sua natura è soggetta a limiti temporali mentre il procedimento di revisione ordinario non presenta tali limitazioni, per cui si doveva preferire la seconda soluzione in quanto, cessata la deroga, si sarebbe espansa nuovamente la fattispecie generale[154].

Diversamente rispetto alle iniziative del '93 e del '97 si assegnava al Governo la titolarità del potere di emendamento. Difatti, pur dettando una disciplina simile ai due precedenti, l'articolo 3, III comma, del d.d.l. cost. A.S. n.813, riconosceva un peso maggiore agli emendamenti e ai subemendamenti presentati dal Comitato e dall'Esecutivo stesso equiparato, in tal modo, ad

[151] *Ibidem*, in cui denunciava la strozzatura dei tempi di lavoro delle Camere.

[152] Cfr., l'art. 2, VI comma, d.d.l. cost. A.S. n. 813.

[153] Cfr., l'art. 3, III comma, d.d.l. cost. A.S. n. 813.

[154] Così F. RIMOLI, *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali (ed elettorali). Prime osservazioni su un disegno in* itinere, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 116.

un organismo avente natura parlamentare; sicché i rilievi governativi, ovvero le modifiche reputate opportune, avrebbero potuto formularsi direttamente in Aula[155].

La discussione in Assemblea risultava altrettanto ridimensionata al fine di rispettare i tempi ristretti caratterizzanti la filosofia anche di quest'iniziativa. Invero, l'articolo 4, III comma, stabiliva che l'Aula, ricevuto il progetto di legge dal Comitato, avrebbe dovuto esaminarlo in prima deliberazione entro il termine di tre mesi; analogamente, l'altra Camera avrebbe dovuto approvarlo nei successivi tre mesi. Tuttavia, questi tempi determinavano una limitazione significativa del potere di emendamento perché il testo adottato dalla prima Camera, verosimilmente, non avrebbe potuto, a causa delle scansioni temporali ristrette, essere modificato dall'altra Camera[156].

Un profilo derogatorio assai discutibile riguardava, infine, le deliberazioni delle due Camere: precisamente, secondo l'articolo 4, IV comma, «Il progetto o i progetti di legge costituzionale sono adottati da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di quarantacinque giorni e sono approvati a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione». Tale ridottissima pausa di riflessione deponeva per una certa alterazione della garanzia dell'articolo 138 anche perché, nel contesto generale di questa disciplina, sembra che alla Camere si fosse inteso assegnare il compito di mera ratifica delle soluzioni proposte dal Comitato, a loro volta ispirate dalle indicazioni governative. Difatti, come chiarì subito autorevole dottrina, «il d.d.l. cost. n. 813 -che assume la veste di legge costituzionale "madre" nella quale sarà disciplinato l'iter procedimentale delle singole leggi costituzionali di riforma (le "figlie")-solleva perplessità per il fatto che il procedimento speciale di revisione sembrerebbe «guidato» dal Governo…laddove era ben noto che la revisione della Costituzione esula, per definizione, dall'indirizzo politico di maggioranza. Ma non basta. Per la prima volta, che io sappia, il Governo, e non il Parlamento, è coadiuvato da un comitato di esperti "con funzione consultiva"»[157].

[155] Il debordante ruolo svolto dal Governo nel procedimento è segnalato da C. DE FIORES, *Revisione della Costituzione e indirizzo politico*, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 121 ss.

[156] Criticamente M. MANETTI, *Il valore (negativamente) esemplare del percorso prescelto per le riforme istituzionali*, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 135, affermava «Il bicameralismo, come si vede, è già abolito, senza aspettare che le future leggi-figlie lo cancellino o lo modifichino».

[157] A. PACE, *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen.*, cit., 5.

7. Segue. Il *referendum* confermativo obbligatorio del '93 e del '97

Come è noto, tali deroghe hanno trasformato la natura del *referendum* costituzionale: da eventuale/oppositiva ad obbligatoria/confermativa. Le questioni teoriche sono molto ampie e si procederà ad un loro esame solo nei limiti di oggetto della presente relazione.

Conviene muovere dalla considerazione che il *referendum* nell'*iter* della revisione fu introdotto dal Costituente con qualche riluttanza[158] . Invero, tale istituto fu immaginato entro una logica in cui era stato dato il massimo risalto al Parlamento inteso come luogo della democrazia rappresentativa[159]. Tanto è vero che il suo svolgimento fu ammesso in forma eventuale ed attivabile dalle minoranze entro il termine di tre mesi[160]: ovvero, secondo una prospettiva oppositiva.

Non di meno, modificando quella prospettiva, le iniziative derogatorie del '93 e del '97 avevano disciplinato (con talune distinzioni) il *referendum* confermativo obbligatorio; mentre nel caso del 2013 il ricorso al popolo era reso facoltativo ed attivabile anche qualora il disegno di legge di revisione fosse stato approvato a maggioranza dei due terzi: determinando altro tipo di problemi. Difatti, il procedimento derogatorio del 2013 aveva disciplinato l'approvazione di diverse leggi costituzionali di revisione contraddistinte dal carattere di omogeneità, autonomia e coerenza del contenuto. Pertanto, si era inteso assecondare l'esigenza, segnalata da molta parte della dottrina, di salvaguardare la libertà del voto anche nel *referendum* costituzionale. Tuttavia, il problema era che le varie leggi costituzionali, approvate secondo un presumibile disegno coerente di riforma, avrebbero potuto essere malamente alterate nella loro complessiva sistematicità dagli esiti eventuali e incerti dei

[158] Sia consentito il rinvio a F.R. DE MARTINO, Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione, cit., 29 ss.; nonché G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, 2013, 98 ss.

[159] Secondo la ricostruzione di G. FERRARA, *Commento all'articolo 55 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1984, 29, in cui si chiarisce che «Il Parlamento, sulla base dei condizionamenti derivanti dal grado di sviluppo della formazione economico-sociale, si sarebbe posto in questo quadro storico-istituzionale, come espressione massima, anche se non esclusiva, della democrazia realizzata e realizzabile, come strumento di questa, nell'ambito dell'assetto costituzionale dello stato, in quanto centro di riferimento e di espressione della rappresentanza nazionale».

[160] Questa soluzione si deve a Perassi che, nella seduta di giovedì 16 gennaio 1947 della Seconda Sottocommissione (prima sezione), evidenziò come fosse contraddittorio introdurre il *referendum* per le leggi ordinarie e non anche per la revisione costituzionale. Sul referendum costituzionale si veda R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, cit., 573 ss.; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, cit.; A. BALDASSARRE, *Il «referendum» costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1994, 254 ss.

diversi *referendum*, rischiando di realizzare, in definitiva, ricadute inammissibili sul valore unitario del testo costituzionale.

La differenza più significativa tra le iniziative degli anni Novanta riguardava il *quorum* di partecipazione alla votazione. Nel primo caso non era previsto alcun *quorum* di partecipazione alla votazione, mentre nel secondo caso si prevedeva la necessità, in funzione di validità del procedimento, della partecipazione degli aventi diritto al voto.

Più in generale, la previsione del *referendum* obbligatorio è stata oggetto di molte critiche della dottrina per diversi ordini di motivi.

Anzitutto, il *referendum* obbligatorio ridimensionava la posizione del Parlamento nella revisione perché si riconosceva al corpo elettorale il potere di approvare, con un voto a favore o contro l'intero progetto di riforma, la revisione in atto. Cioè, a dire, si introduceva una funzione di legislazione costituzionale positiva assegnandola, appunto, al popolo. Cosicché, la logica che non era stata ammessa per il *referendum ex* articolo 75 era stata, viceversa, introdotta per quello costituzionale.

Tuttavia, la questione preminente riguardava il significato della sovranità popolare che quelle leggi rilanciarono mediante il coinvolgimento obbligatorio del popolo. Infatti, uno dei primi Commentatori segnalò che, eliminando i limiti procedimentali della partecipazione popolare alla revisione, in realtà si andava ad intaccare il principio della sovranità popolare[161] perché nell'articolo 1 della Costituzione i limiti e le forme sono posti a fondamento del suo esercizio[162]. Pertanto, risultava assegnato all'intervento del popolo un significato che ne snaturava il senso, riqualificandolo secondo un'accezione plebiscitaria a favore o contro, cioè, la revisione elaborata dalla maggioranza che l'aveva approvata. Sicché, emergeva in modo molto evidente l'alterazione del rapporto, attentamente calibrato dal Costituente, tra le Camere ed il Popolo nel procedimento di revisione in questo caso sbilanciato significativamente, se non del tutto, a favore del corpo elettorale. Ancora, ulteriori dubbi riguardavano proprio la trasformazione della natura oppositiva del *referendum*. Tali deroghe, infatti, attraverso l'obbligo del passaggio

[161] Cfr., C. DE FIORES, *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 Cost.: i paradossi di una riforma*, cit., 1559.

[162] Come è noto, infatti, secondo la classica teoria di C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 11, «la disposizione che il popolo è sovrano nelle forme e nei limiti della Costituzione, non significa che la Costituzione sopravvenga per porre limiti estrinseci all'esercizio di una preesistente sovranità del popolo (e che in sostanza la Costituzione neghi la sovranità popolare per affermare la propria), ma proprio all'opposto che la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori dalla Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e le sue debolezze».

referendario modificavano la sua connotazione che, al contrario, secondo Mortati è quella, appunto, di «impedire, nel caso dell'art.138, il perfezionamento dell'attività rivolta alla modifica della Costituzione»[163].

Inoltre, l'iniziativa del '93, confermando il *quorum* della maggioranza dei voti validi sancito dall'articolo 138, intese ovviare all'introduzione di un *quorum* strutturale di validità del *referendum*[164]. Tuttavia, questa previsione presentava un diverso significato rispetto a quella ordinaria perché era calata in un contesto in cui non era stata richiamata la maggioranza dei due terzi per l'approvazione della seconda deliberazione, ma solo quella assoluta. Vero è che l'assenza del *quorum* di partecipazione degli aventi diritto nel procedimento della revisione si spiega perché «nel *referendum* abrogativo il voto popolare si pone come fattore unico di mutamento del precedente ordine normativo, mentre in quello in esame forma solo uno degli elementi del processo di formazione della legge di revisione»[165]. Inoltre, G.U. Rescigno fece notare che, in quella disciplina derogatoria, l'assenza del *quorum* strutturale di validità avrebbe potuto produrre il paradosso dell'approvazione della revisione da parte di una minoranza organizzata del corpo elettorale[166]. Infatti, la revisione approvata dalla maggioranza delle Camere, se confermata mediante i voti validamente espressi con il *referendum*, avrebbe potuto coincidere, in realtà, con la minoranza del corpo elettorale perché non era previsto, per l'appunto, l'obbligo della partecipazione degli aventi diritto al voto. Pertanto, era stata immaginata una soluzione normativa che avrebbe potuto riconoscere ad una minoranza popolare il potere di revisionare la Costituzione.

Viceversa, l'iniziativa del '97 introdusse il *quorum* strutturale di validità del referendum. Secondo alcuni Autori tale soluzione fu un espediente per bilanciare il significativo ruolo che era stato riconosciuto alla Commissione e al Parlamento nell'*iter* di revisione riconducendo al corpo elettorale la decisione finale. Si affermò, in altre parole, una logica compensativa «posto che – a parità di condizioni realizzatesi in sede parlamentare: il conseguimento della maggioranza assoluta – essa rende obbligatorio e "difficile" (l'aggettivo allude al *quorum* di partecipazione) ciò che in Costituzione è eventuale e "facile"»[167]. Secondo questa tesi, cioè, il popolo avrebbe guadagnato una po-

[163] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., 396. Analogamente e con ulteriori argomenti G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'era della mondializzazione*, cit., 267, 268; nonché R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art.138 Cost.*, cit., 576.

[164] In tema, A. CANEPA, *Referendum costituzionale e* quorum *di partecipazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2001, 289 ss., spec. 309.

[165] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1230; nonché P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione* (voce), cit., 785.

[166] G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico,* Bologna, 1997, 221.

[167] A. DI GIOVINE, op. ult. cit., 409, 410.

sizione di primo piano nella revisione riequilibrando la posizione della maggioranza con quella delle minoranze, difatti «gli elementi d'indebolimento presenti (nella fase istruttoria…) nella legge n.1 per rapporto all'art.138 sono compensati da elementi di potenziamento nella fase del controllo popolare in sede referendaria: sicché, in definitiva, non sembra alterato l'equilibrio fra le *chances* che, seguendo l'una o l'altra normativa, hanno di farsi valere i sostenitori e gli oppositori dell'innovazione costituzionale»[168]. Cosicché, il *referendum* obbligatorio poteva considerarsi in qualche misura moderato dalla previsione di tale *quorum*[169]. Tuttavia, anche in questo caso non poteva escludersi il rischio che, una volta superata la soglia del 50% degli aventi diritto al voto, la scarsa affluenza al voto avrebbe potuto determinare l'approvazione della riforma da parte di una minoranza popolare: all'interno di quella soglia, in ipotesi, la maggioranza corrispondeva al 25% del popolo[170].

Come è noto, la dottrina ha espresso almeno due orientamenti sul problema della trasformazione del *referendum* da eventuale/oppositivo a obbligatorio/confermativo. Più precisamente la questione è stata posta in relazione con la natura della revisione proposta. Nel senso che una revisione di quella portata, ovvero organica, non potrebbe fare a meno del coinvolgimento popolare[171]; mentre secondo altri Autori sia quel tipo di modificazioni sia il *referendum* obbligatorio erano del tutto inammissibili[172].

Vero è che la prospettiva fatta propria dalla l. cost. n. 1 del '97 fu quella di assegnare alla maggioranza uno strumento per favorire l'approvazione della revisione. Difatti, l'obbligo del passaggio referendario aveva il senso di forzare l'esito della revisione, guadagnando così il consenso popolare sulla riforma approvata a maggioranza. In altre parole, l'appello al popolo da istituto diretto a tutelare la posizione delle minoranze parlamentari nell'*iter* della revisione, era conformato secondo una logica che avrebbe favorito almeno due obiettivi: da una parte il riconoscimento politico, la legittimazione, dei partiti nati dopo le elezioni del '94[173], ed allo stesso tempo il consenso sulla riforma ovviando a resistenze minoritarie[174]. Di modo che, come preci-

[168] *Ibidem*, 413.

[169] S.P. PANUNZIO, *Il metodo ed i limiti della revisione costituzionale*, in *Quale riforma della Costituzione?*, a cura di G. AZZARITI, Torino, 1999, 321.

[170] Cfr., G.U. RESCIGNO, op. ult. cit., 221.

[171] A. BALDASSARRE, *Il «referendum» costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1994, 254.

[172] A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 394 ss.; G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forme di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, cit., 97, 98; A.A. CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 65.

[173] Cfr., S.P. PANUNZIO, *Il metodo ed i limiti della revisione costituzionale*, cit., 346.

[174] Si veda G. SCACCIA, *Revisione di maggioranza e «qualità» della Costituzione*, in *Teoria del diritto e dello stato*, n. 1, 2002, 117 ss., in cui si fa notare che «l'art. 4 della legge costituziona-

sò Romboli, il *referendum* così concepito «data la sua indefettibilità… viene ad assumere il ruolo di una terza approvazione del medesimo testo, una sorta di "sanzione regia", in un significato molto simile a quello espressamente escluso dall'Assemblea costituente»[175].

In definitiva, secondo tale logica il *referendum* sarebbe stato strumentale alla realizzazione di un nuovo sistema politico e costituzionale che, a ben considerare, fu il vero obiettivo di quell'iniziativa derogatoria. Invero, non essendo stato possibile, a causa delle condizioni storiche di quel periodo, dare vita ad una vera e propria Assemblea costituente[176] si sperimentò una soluzione che avrebbe potuto realizzare un risultato assai simile.

8. L'inammissibilità del procedimento derogatorio

Come accennato, le discipline derogatorie erano state elaborate in periodi molto diversi tra loro, per cui avrebbero potuto avere impatti diversi nei rispettivi contesti politici. Ciò non dimeno, il loro esame congiunto si giustifica sia perché posero problemi giuridico-formali molto simili ma anche perché le forze politiche avevano riposto in ognuna di quelle iniziative aspettative che andavano al di là delle prospettive di riforma stesse. Cioè, quelle leggi furono strumentali al tentativo di rilanciare le loro posizioni, insistendo, il più delle volte, sul problema dell'efficienza e della governabilità delle Istituzioni rappresentative. Invero, la questione della revisione costituzionale fu intesa come la causa dei problemi della crisi del sistema politico e costituzionale, per cui bisognava agire necessariamente su quel livello di normazione. Tuttavia, era già stato segnalato qualche anno prima il difetto di tale prospettiva, peraltro perdurante. Difatti, il cd. "paradosso delle riforme" chiarì subito l'equivoco in cui erano incorse quelle iniziative che, per l'appunto, si rivelarono poi del tutto inutili[177].

le n. 1 del 1997 … prevedendo come obbligatorio il *referendum* sulla legge di revisione intesa a modificare la parte II della Costituzione e fissando per esso un *quorum* di validità, rimuoveva i due elementi procedimentali che erano stati decisivi per annettere alla consultazione popolare *ex* art. 138 una funzione di interdizione e di freno dell'innovazione costituzionale».

[175] R. ROMBOLI, op. ult. cit., 583. Analogamente A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 395, 396; nonché A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, cit., 42; la natura oppositiva è sostenuta anche da M. VOLPI, *Referendum* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume XII, IV edizione, Torino, 1997, 516.

[176] Si veda AA.VV., *Ripensiamo la Costituzione. Sintesi e testimonianze sulla Bicamerale*, a cura di A. SODA, *Quaderni del Ponte*, Roma, 1998, 163, in cui l'invocazione di una vera e propria Costituente emerge non solo dai toni degli interventi di alcuni esponenti tra i più rappresentativi dei partiti impegnati nella Bicamerale, ma in modo esplicito da parte del *leader* di Forza Italia che la giudicò come una soluzione assai preferibile.

[177] Si veda, G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, volume II, Pa-

Anche per queste ragioni la dottrina maggioritaria ha contestato in radice la legittimità delle deroghe all'articolo 138.

Anzitutto, la rapidità del processo decisionale, alterando le garanzie procedimentali in ordine al carattere ponderato tipico di ogni ipotesi di revisione, ha causato implicazioni negative anche sulla corretta informazione del corpo elettorale. Quest'ultimo, infatti, avrebbe potuto al massimo ratificare le decisioni adottate dalle Camere frettolosamente e secondo la logica maggioritaria. Cioè, quelle modalità di approvazione non avrebbero consentito al popolo di prendere parte, in via indiretta e attraverso una partecipazione diffusa, al dibattito sulla revisione che, come si sa, fu uno dei profili tutelati dal Costituente mediante la previsione di tempi congrui. Il procedimento a tappe forzate impediva in radice il coinvolgimento dell'opinione pubblica, tale da non essere posta nelle condizioni di conoscere adeguatamente le modifiche da votare e di esercitare consapevolmente il diritto di voto secondo le caratteristiche sancite nell'art. 48, II comma, Cost.. In altre parole, l'esaltazione del ruolo popolare con quelle modalità ha fatto pensare a dei veri e propri plebisciti mistificandone il ruolo[178].

Autorevole dottrina, giustificando il ricorso alle ipotesi derogatorie, segnalò che l'articolo 138 era stato all'origine del mancato adeguamento della Costituzione, nel senso che il procedimento aggravato aveva impedito riforme di «grande peso politico»[179]. Difatti, secondo Panunzio «in un sistema politico-partitico fondato sul consociativismo e non sull'alternanza…il procedimento dell'art. 138 impone, politicamente, di raggiungere la maggioranza dei 2/3: ciò per evitare il referendum»[180]. Sicché, rovesciando il ragionamento, bisognerebbe dire che, qualora si volessero realizzare riforme ampie della Costituzione, bisognerebbe ovviare alle minoranze perché l'articolo 138 riconosce loro un forte potere di interdizione della revisione.

Tuttavia questa prospettiva non persuade. Anzitutto perché non sembra che nella logica dell'art. 138 sia possibile conseguire riforme a maggioranza, ma anche perché l'esperienza ha dimostrato che tutte le ipotesi di deroga si sono concluse con esiti infruttuosi per il mancato accordo tra le forze politiche sul con-

dova, 1985, 915, spec. 927, in cui l'Autore rifletteva sul «paradosso della riforma costituzionale». Secondo il suo pensiero se le riforme muovono dall'esigenza di porre un argine al declino del sistema dei partiti, in realtà, la loro realizzazione richiederebbe la più ampia coesione e legittimazione delle forze politiche; nonché ID., *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1986, 165 ss., spec. 174 ss.

[178] A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 394 ss.; G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forme di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, cit., 97, 98; nonché S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 118 e autori citati nella nota 82.

[179] S.P. PANUNZIO, op. ult. cit., 83.

[180] *Ibidem*.

tenuto della revisione. Viceversa, le due amplissime riforme del 2005 e del 2016 sono state realizzate attraverso il ricorso all'*iter* normale della revisione che, sia pure con molte forzature secondo alcuni, ha consentito di portare a conclusione il procedimento all'interno delle Camere. Tale circostanza dimostra che l'art.138 in sé e per sé considerato non è stato di ostacolo alle riforme che, evidentemente, non richiedono deroghe procedimentali ma piuttosto l'intesa politica tra i partiti più rappresentativi dell'arco costituzionale.

Vero è che la legge cost. n. 1 del 1997 alterò «il carattere bicamerale del procedimento, e la soddisfazione della esigenza di libera e forte ponderazione delle scelte da parte dei membri delle due Camere»[181], perché le restrizioni imposte al procedimento rischiarono di intaccare la rigidità costituzionale stessa che non può essere oggetto di alcuna *reformatio in peius*, sia essa temporanea o stabile.

D'altra parte anche la più recente iniziativa derogatoria ha registrato posizioni dottrinali differenziate. Difatti, alcuni Autori hanno sostenuto l'illegittimità del d.d.l. cost. n.813 del 2013[182] mentre altri ne hanno riconosciuto l'ammissibilità[183].

[181] *Ibidem*, 119.

[182] G. AZZARITI, *Tra crisi economica e scambio politico. La fretta e la furia di una riforma della Costituzione*, cit., 93 ss.; ID., *Le riforme a passo di bulldozer*, cit.; P. CARETTI, *L'ennesimo «revival» della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, cit., 1 ss.; P. CARNEVALE, *Art. 138* vs. *art. 138. Ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale*, cit.; C. DE FIORES, *Revisione della Costituzione e indirizzo politico*, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 121 ss.; M. DOGLIANI, F. PALLANTE, *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, cit., 1 ss.; G. FERRARA, *La crisi del neoliberismo e della governabilità coatta*, cit., 1 ss.; ID., *Oltre il parlamentarismo?*, in *I costituzionalisti e le riforme*, cit., 1 ss.; ID., *Un potere illegittimo*, cit., 1 ss.; M. MANETTI, *Il valore (negativamente) esemplare del percorso prescelto per le riforme istituzionali,* in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 127 ss.; A. PACE, *La disapplicazione dell'art. 138 da parte del d.d.l. cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori,* in *Associazionedecostituzionalisti.it*, *Osservatorio*, ottobre 2013; ID., *Un procedimento «speciale derogatorio», «straordinario», «in rottura della Costituzione»…e anche illegittimo ex art. 138 Cost. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 AS (n. 1359 AC) (II)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2013; ID., *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen.*, cit., 1 ss.; F. RIMOLI, *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali (ed elettorali). Prime osservazioni su un disegno in* itinere, in AA.VV., *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, cit., 107 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Non è cosa vostra*, in *Libertaegiustizia.it*, 03.06.2013.

[183] A. ANZON-DEMMIG, *La nuova strada per le riforme: non illegittima ma rischiosa,* in *Rivista Aic*, n. 3, 2013; P. RIDOLA, *L'innovazione costituzionale tra indirizzo politico ed emergenza costituzionale*, in AA.VV., *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, cit., 68 ss.; F. SORRENTINO, *Riforma della Costituzione e responsabilità dei costituzionalisti*, *ivi*, 78, ove si sostiene l'inopportunità e non l'incostituzionalità del d.d.l. cost. n. 813; R. BALDUZZI, *Le riforme istituzionali nella XVII Legislatura*, in *Astridonline.it*, 4 ss.; A.M. POGGI, *Le riforme costituzionali: obiezioni procedurali e sostanziali e (poco edificanti) posizioni «ideologiche»*, *Rivista Aic*, n. 3, 2013.

Quest'ultimo indirizzo dottrinale si direbbe accomunato dall'argomento che l'opportunità di porre in essere un'ampia riforma della Costituzione debba prevalere sulle ragioni di chi ha denunciato la violazione della rigidità costituzionale. È stato affermato, ad esempio, che «le tesi sull'immodificabilità dell'art. 138 per procedere alle revisioni della Costituzione, hanno già mostrato le loro conseguenze perverse in termini di garanzie costituzionali. Non aver modificato quella norma dopo il mutamento del sistema elettorale…ha reso di fatto la Costituzione più facilmente aggredibile dalle maggioranze parlamentari, a conferma che gli irrigidimenti eccessivi sulla modificabilità dell'art. 138 producono effetti opposti a quelli desiderati»[184]. Ancora, è stato sostenuto che «la garanzia della rigidità costituzionale non è mai e non deve essere mai in contrasto con il principio di efficienza»[185].

Rispetto al primo argomento può replicarsi che già Ross[186] aveva riconosciuto la praticabilità delle modifiche delle norme sulla revisione, ma stabilmente, non in deroga. Difatti, quando egli stesso superò le sue prime teorie sull'immodificabilità assoluta delle norme sulla revisione riconobbe la loro legittimità ma non i procedimenti in deroga che, come è noto, hanno costi-

[184] Cfr., A.M. POGGI, op. ult. cit., 3. Tale Autrice, peraltro, sostiene che la dottrina ha sottovalutato che nel testo costituzionale siano già presenti deroghe all'articolo 138, come nel caso dell'art.116, comma III. Viceversa, P. CARNEVALE, *Art. 138 vs. art. 138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, Novembre, 2013, 8, nota 32, ha chiarito che «le ipotesi formulate risultano tutte "doppiamente" derogatorie, nel senso che la deroga (implicita) al procedimento di cui all'art. 138 Cost. è strumentale a consentire a fonti di rango non costituzionale di introdurre una normativa in diverso avviso rispetto a quella contenuta in Costituzione o in legge costituzionale, ricorrendo al meccanismo della "decostituzionalizzazione"», non certo al fine di «revisionare la Costituzione stessa. In questo secondo caso … non c'è doppia, ma unica deroga – quella posta all'art. 138 – prevedendosi un procedimento alternativo e parallelo per la modifica della Costituzione onde consentire a fonti costituzionali *di fare, né più e né meno, quanto esse avrebbero potuto in assenza della deroga: vale a dire revisionare la Carta*. Non solo, c'è anche da considerare che le ipotesi di cedevolezza o dispositività di precetti costituzionali di cui s'è detto trovano la loro giustificazione nella volontà di premiare un valore di pregio costituzionale, com'è l'autonomia regionale, a detrimento dell'istanza unitaria formalizzata nei disposti costituzionali. Nel nostro caso invece…non si ravvisa nessuna esigenza costituzionale a sostegno della deroga all'art. 138, la quale risulta totalmente sprovvista di una qualche valenza assiologicamente fondata. Nondimeno e conclusivamente … dalla ipotesi di vera e propria deroga all'art. 138 va tenuta distinta l'eventualità di deroga "a carattere puntuale" – come è quella posta in essere nel ddl. n.813 – nella quale la normativa derogatoria esaurisce i propri effetti alla sua prima applicazione, producendo un effetto di precarizzazione del tessuto normativo che, in quanto riguarda il processo normoriproduttivo, appare decisamente poco tollerabile, tanto più sul piano della revisione costituzionale».

[185] R. BALDUZZI, op. ult. cit., 4.

[186] Richiamato da A.M. POGGI, op. ult. cit., nella nota 8.

tuito l'oggetto di teorie elaborate e indagate da altri Autori[187], nonché richiamati e studiati da una parte della dottrina italiana[188]. Quanto al cd. "principio di efficienza", che giustificherebbe le deroghe in esame, bisogna riconoscere che questa esigenza, astrattamente apprezzabile, non giustifica la compressione dei tempi e delle fasi procedimentali che, al contrario, denotano il nucleo intangibile della revisione utile a tutelare la rigidità; anche perché il procedimento in sé e per sé considerato non sembra impedire l'efficienza del processo di revisione quando le condizioni politico parlamentari siano tali da assecondarne il compimento.

D'altra parte secondo il pensiero di Cicconetti le deroghe all'articolo 138 sarebbero ammissibili perché, «essendo la deroga niente altro che un'abrogazione parziale, la potenziale capacità delle leggi costituzionali di abrogare disposizioni della Costituzione comporta un'eguale capacità di apportarvi deroghe»[189]. Viceversa, Modugno ha precisato che «il problema della ammissibilità della deroga-sospensione - che va nettamente distinto dalla deroga-abrogazione parziale come pure dalla deroga integrativa, certamene disponibili con legge costituzionale - è un problema molto serio anzitutto dal punto di vista logico-giuridico»[190]. Difatti, tale autorevole dottrina suggerisce di distinguere la revisione stabile dell'art. 138 dalla sua sospensione che ne determina l'inapplicabilità, al fine di revisionare «in via indiretta o

[187] Come ad esempio C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 140 ss., che giudica le rotture della Costituzione come la «violazione di disposizioni legislative costituzionali in uno o più casi determinati, ma come eccezioni, ossia con il presupposto che le disposizioni trasgredite per il resto continuino immutate ad essere valide e non sono quindi né definitivamente soppresse né temporaneamente private della loro vigenza». L'Autore in questo studio cita il pensiero di E. JACOBI che fu tra i primi a studiare la deroga costituzionale qualificata, secondo tale dottrina, sia come un'ipotesi «che non rispetta la costituzione, ossia violazione eccezionale di una disposizione legislativa costituzionale senza riguardo al procedimento previsto per le modifiche della costituzione»; sia come rotture conseguite mediante il procedimento della revisione costituzionale o attraverso leggi costituzionali che ammettono la «violazione eccezionale».

[188] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 213 ss.; ID., *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, 189 ss., ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992, 355 ss.; C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma s.d. (ma 1962), 225 ss.; G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1964, 323 ss., spec. 357 ss.; S. CICCONETTI, *La revisione costituzionale*, cit., 29 ss.

[189] S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2017, 89.

[190] F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della L. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, cit., 621.

surrettizia»[191] le disposizioni costituzionali con procedure diverse dall'art. 138. Vero è che, se nei sistemi di costituzione flessibile la legge ordinaria non sembra possa derogare «alle norme sulla produzione giuridica (ma soltanto modificarle *pro futuro*) è facile intendere come – *a fortiori* – in regime costituzionale rigido – che prevede una apposita procedura di revisione costituzionale – la deroga-sospensione delle norme sulla revisione sia fenomeno radicalmente illegale»[192].

Tali argomenti sono persuasivi anche per ragioni ulteriori. Difatti, come chiarì Carlo Esposito le deroghe costituzionali sono ammissibili[193]sia pure però nei limiti delle disposizioni di garanzia della Costituzione. Invero, secondo l'illustre Autore, «a meno che il testo della Costituzione non disponga altrimenti»[194], in alcune circostanze le deroghe devono ritenersi illegittime come quando, ad esempio, «la Costituzione riserva una competenza a fini di garanzia a determinati organi (soprattutto giudiziari)»[195]. Cosicché, il fenomeno in esame nel pensiero dell'Autore si giustificava solo sulla base di precise condizioni: ovvero, che tali deroghe non intaccassero le disposizioni di garanzia o i diritti fondamentali[196]. Pertanto, anche alla luce di questa teoria, si può sostenere che la deroga all'articolo 138 sia del tutto illegittima perché, appunto, incide sulla disposizione di garanzia della garanzia: cioè, sul procedimento di revisione che costituisce, insieme con il controllo giurisdizionale di costituzionalità, uno degli strumenti di tutela della stabilità, della permanenza e della superiore legalità costituzionale.

Può ancora aggiungersi, richiamando il pensiero di Mortati[197], che tale fenomeno sia ammissibile a condizione di fronteggiare «esigenze di svolgimento della vita dello Stato (imprevedibili nei particolari aspetti che il corso del tempo può loro conferire) alle quali non si rende possibile provvedere se non con l'emanazione di norme in deroga di quelle previste in forma generale dalla costituzione»[198]. In questo caso, pertanto, le circostanze imprevedibili possono giustificare il ricorso alla deroga, ma ad esse è per l'appunto su-

[191] *Ibidem*.

[192] *Ibidem*.

[193] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 185 ss., spec. 187, in cui si precisa che il problema circa l'ammissibilità delle deroghe alla Costituzione va risolto «con criteri di stretta interpretazione del singolo ordinamento giuridico».

[194] C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, cit., 362.

[195] *Ibidem*, 362, 363, nota 14.

[196] *Ibidem*.

[197] C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 191,192 che, sulla scia della dottrina tedesca, giudicava ammissibili le rotture della Costituzione «ma rivolte a derogare solo per singole fattispecie a determinate norme, le quali pertanto rimangono in vigore continuando a regolare tutte le altre».

[198] *Ibidem*.

bordinata la validità del procedimento derogatorio. In altre parole, le deroghe non devono «contrastare con i fini della costituzione, ma anzi tendono a salvaguardarli di fronte ad eventi sopravvenuti, che senza una disciplina in deroga ne comprometterebbero la soddisfazione»[199]. Si direbbe, dunque, che l'Autore rimetta a valutazioni piuttosto oggettive, cioè la salvaguardia dei fini costituzionali, l'ammissibilità delle deroghe assumendo una prospettiva anche più severa di quella di Esposito. Difatti, il Mortati stabilisce un nesso inscindibile tra le rotture della Costituzione e la sua salvaguardia: ovvero, la medesima esigenza che si intende tutelare e garantire mediante la stabilità e l'inderogabilità delle norme sulla revisione.

Cosicché il problema delle deroghe all'articolo 138 come praticato nell'esperienza concreta appare assai più chiaro. In altri termini, il potere di intaccare il procedimento di revisione richiede fondamenti giustificativi eccezionali che non sembra siano stati mai invocati dalle forze politiche, anche perché non sono finora emerse ragioni così dirompenti, se non il legittimo quanto insufficiente (per giustificare la deroga) appello alle riforme costituzionali giudicate improrogabili, come sovente si legge nelle relazioni illustrative dei progetti di revisione della Costituzione. D'altra parte, le ll. costt. del '93 e del '97 intesero avviare un progetto di *Grande Riforma* della Costituzione che avrebbe, secondo autorevoli studiosi[200], dato vita ad un vero e proprio processo costituente. Cosicché, la contraddizione fu anche più acuta, perché si ricorse al procedimento derogatorio per conseguire una riforma che avrebbe alterato, irrimediabilmente, la continuità dell'ordinamento costituzionale: esattamente l'opposto di quello che giustifica l'ipotesi derogatoria, la salvaguardia, appunto, della Costituzione, tanto da ipotizzare secondo Carnevale una vera e propria *frode* alla Costituzione[201].

9. Le ipotesi di modifica del procedimento di revisione

Il periodo preso in esame muove dalla XIII legislatura fino a quella in corso. Questa scelta si giustifica perché è da quel periodo che, in seguito al tramonto dei partiti che diedero vita alla Costituente, si pose con forza il problema del rinnovamento costituzionale, rinviando alla questione della

[199] *Ibidem*.

[200] F. MODUGNO, op. ult. cit., 623; G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forme di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, cit., 97 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, 1999, 64 ss.

[201] Così, P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, cit., 16, l'Autore infatti sostiene che tali ipotesi derogatorie sono state adottate in modo formalmente rispettoso dell'articolo 138 ma sostanzialmente e subdolamente in contrasto con esso.

garanzia della rigidità costituzionale[202] e, a ben riflettere, alla continuità stessa dell'ordinamento repubblicano. Difatti, molte iniziative di revisione costituzionale hanno inteso dare vita alle modificazioni costituzionali attraverso disegni di legge costituzionale che, in alcuni casi, hanno prospettato l'elezione di vere e proprie Assemblee costituenti[203] con il mandato di approvare la riforma totale della Costituzione[204]; mentre, in altre più numerose ipotesi, i poteri di tali organismi sono stati limitati alla modifica della II parte[205]. Tutte queste proposte sono inammissibili per le ragioni richiamate in

[202] Si veda A. PIZZORUSSO, *Sulle riforme costituzionali*, introduzione a cura di G. AZZARITI, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 9, in cui ammoniva che «La più importante delle riforme di cui la Costituzione ha urgente bisogno è comunque sempre di più quella che fu proposta da Elia e Bassanini poco dopo il passaggio al sistema elettorale maggioritario, che alzava le maggioranze necessarie per l'approvazione delle riforme costituzionali e di altre delibere e nomine che richiedono un consenso superiore alla metà più uno dei membri delle Camere».

[203] Alcune di queste iniziative, in cui si incideva anche sulla natura del *referendum* costituzionale sono commentate criticamente da R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, cit., 604 ss.; nonché S. PANIZZA, A. PERTICI, *Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25 e 26 giugno 2006*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, 2006, 121 ss.

[204] Cfr., XVII Legislatura: AC n. 2930 del 2015 (MATTEO BRAGANTINI, FEDRIGA, ALLASIA e altri).

XIII Legislatura: AS n. 561 del 1996 (LORENZI, PREIONI); AS n. 721 del 1996 (LORENZI, PREIONI); AS n. 4668 del 2000 (GNUTTI, CECCATO, e altri); AC n. 1252 del 1996 (COMINO, ANGHINONI, ALBORGHETTI e altri); AC n. 4972 del 1998 (CARDINALE, MANZIONE, TERESIO e altri); AC n. 6553 del 1999 (PAGLIARINI, ANGHINONI, ALBORGHETTI e altri).

[205] Cfr., XVII Legislatura: AC n. 181 del 2013 (PISICCHIO); AC n. 2930 del 2015 (MATTEO BRAGANTINI, FEDRIGA, ALLASIA e altri); AC n. 4180 del 2016 (CENTEMERO); AC n. 4187 del 2016 (MENORELLO); AS n. 118 del 2013 (D'ALÌ); AS n. 2622 del 2016 (COMPAGNA, BUEMI, QUAGLIARIELLO e altri).

XVI Legislatura: AC n. 847 del 2008 (PISICCHIO); AC n. 4917 del 2012 (URSO, RONCHI, BUONFIGLIO e altri); AC n. 5069 2012 (CRAXI); AC n. 5156 del 2012 (URSO, BUONFIGLIO, RONCHI e altri); AS n. 2173 del 2010 (CUTRUFO); AS n. 2563 del 2011 (SBARBATI); AS n. 3135 del 2012 (COMPAGNA, CHIAROMONTE, DEL PENNINO e altri); AS n. 3244 del 2012 (D'ALÌ); AS n. 3287 del 2012 (SAIA, MENARDI, VIESPOLI e altri); AS n. 3288 del 2012 (SAIA, MENARDI, VIESPOLI, e altri); AS n. 3348 del 2012 (PERA, CARUSO, COMPAGNA, e altri); AS n. 3384 del 2012 (FLERES, VIESPOLI, POLI BORTONE e altri); AS n. 3413 del 2012 (RUTELLI, BAIO, BALDASSARRI e altri).

XV Legislatura: AC n. 192 del 2006 (BOATO); AC n. 703 del 2006 (PISICCHIO); AC n. 1037 del 2006 (BIANCO, TABACCI); AS n. 1980 del 2008 (CUTRUFO e RAMPONI).

XIV Legislatura: AC n. 375 del 2001(BUTTIGLIONE, VOLONTÈ, ROTONDI e altri); AC n. 182 del 2001 (BOATO); AC n. 2350 del 2002 (PISICCHIO); AC n. 4289 del 2003 (GERARDO BIANCO, ROTONDI); AS n. 618 del 2001 (EUFEMI, BOREA, CIRAMI e altri); AS n. 790 del 2001 (Crema); AS n. 3180 del 2004 (FABRIS, FILIPPELLI e D'AMBROSIO).

XIII Legislatura: AC n. 947 del 1996 (D'ONOFRIO, NAPOLI ROBERTO, FUMAGALLI CARULLI, e altri); AC n. 957 del 1996 (BUTTIGLIONE, CASINI, GIOVANARDI e altri); AC n. 962

relazione al problema delle deroghe all'articolo 138 perché, al di là del problema (che non si può esaminare in questa sede) circa la natura e i presupposti che giustificano storicamente l'indizione di un'Assemblea costituente[206], tali iniziative sono pur sempre ipotesi derogatorie del regime ordinario della revisione per loro natura illegittime.

Dopo la modifica in senso maggioritario del sistema elettorale fu subito posta la questione della revisione dell'articolo 138. Difatti, il disegno di legge costituzionale AC n. 2115 del 1995 presentato da Elia, Bassanini e altri, proponeva la modifica del I comma dell'art. 138 elevando a due terzi il *quorum* deliberativo. Inoltre, suggeriva la modifica del III comma prevedendo sia un solo *referendum* per ognuna delle disposizioni sottoposte a revisione, sia la competenza della Corte costituzionale «se sulle medesime disposizioni sono presentate più richieste di *referendum*, o se sorgono contestazioni sulla aggregazione delle disposizioni da sottoporre a ciascun *referendum*». Quest'iniziativa rispondeva adeguatamente alle questioni sollevate da una parte della dottrina al fine di preservare la logica originaria del procedimento di revisione[207], inteso come strumento per garantire e tutelare la rigidità tale da non ammettere riforme a maggioranza[208].

In tutte le legislature prese in esame sono state presentate numerose proposte di revisione dell'articolo 138 dirette all'innalzamento del *quorum* nella seconda deliberazione, ma con talune varianti che esprimono alcune linee di fondo non univoche.

Anzitutto, bisogna richiamare una prima tendenza in cui si propone l'innalzamento del *quorum* a due terzi e il *referendum* eventuale, elevando in molti casi la soglia per la sua richiesta[209]. All'interno di questo gruppo si

del 1996 (SBARBATI); AC n. 1086 del 1996 (URSO); AC n. 1498 del 1996 (BERLUSCONI, NAN, PISANU e altri); AC n. 5010 del 1998 (BOATO); AC n. 5191 del 1998 (CREMA, BOSELLI, BRANCATI e altri); AC n. 7093 del 2000 (BOATO); AC n. 7133 del 2000 (BAMPO); AS n. 3493 del 1998 (MARINI, DEL TURCO, MANIERI e altri); AS n. 707 del 1996 (LA LOGGIA, PERA, NOVI, e altri).

[206] Sui quali si veda G. FERRARA, *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale*, cit. 593 ss.

[207] Cfr. gli Autori richiamati nella nota 60; nonché L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Milano, 2012, 180, in cui si suggerisce di eliminare l'approvazione a maggioranza assoluta, lasciando inalterata l'eventualità della richiesta di *referendum*.

[208] Da ultimo, G. DI COSIMO, *Le riforme istituzionali dopo il referendum*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017.

[209] Si veda ad es., AS n. 31 del 2018 (DURNWALDER, STEGER e UNTERBERGER); AS n. 44 del 2013 (ZELLER, BERGER e FRAVEZZI); AS n. 872 DEL 2008 (PINZGER e THALER AUSSERHOFER); AC n. 3070 del 2015 (OTTOBRE); AC n. 357 del 2013 (LAURICELLA, LEGNINI, AMODDIO e altri); AC n. 744 del 2013 (SCHULLIAN, ALFREIDER, GEBHARD, e altri); AC n. 652 del 2008 (D'ANTONA, VANNUCCI); AC n. 27 del 2008 (ZELLER, BRUGGER, NICCO); AC n. 2146 del 2007 (LEONE, NICCHI); AC n. 1224 del 2006 (ZELLER, BRUGGER, WIDMANN); AC n. 7026 del 2000 (NOVELLI); AC n. 95 del 1996 (NOVELLI).

segnala il d.d.l. cost. AC n. 357 del 2013 in cui si distinguono le leggi di revisione costituzionale dalle leggi costituzionali. Le prime sono sempre approvate a maggioranza dei due terzi e, qualora sia richiesto il *referendum* (da un terzo dei membri delle Camere, da un milione di elettori oda dieci Consigli regionali), si prevede il *quorum* strutturale di validità della partecipazione degli aventi diritto al voto, secondo una logica confermativa; quanto alle leggi costituzionali è ribadita, al contrario, la disciplina attuale. Sicché, si individua un differente regime giuridico tra le due tipologie di atti che Carlo Esposito aveva descritto nel suo saggio pubblicato negli *Scritti Jemolo*[210] del 1963; in questo caso però la peculiare natura riconosciuta alle leggi di revisione costituzionale richiede il *quorum* deliberativo più elevato dei due terzi rispetto alle "altre" leggi costituzionali che sono approvate a maggioranza assoluta.

All'interno di questo più generale orientamento diretto all'elevazione della maggioranza in seconda deliberazione, il d.d.l. cost. AC n. 3124 del 2015[211] prevede il *quorum* dei due terzi e il *referendum* obbligatorio. Tale soluzione appare contraddittoria perché pone sullo stesso piano la deliberazione parlamentare e l'intervento popolare. Difatti, una maggioranza così elevata dovrebbe indurre ad una presunzione di consenso popolare per cui il ricorso obbligatorio e in chiave confermativa al corpo elettorale distorce il senso del suo intervento che, per l'appunto, nella logica originaria dell'istituto presentava, e presenta, natura oppositiva[212]. A tale riguardo è utile segnalare, in direzione contraria, un'ipotesi di riforma in cui è prevista la riduzione a un ottavo del numero dei parlamentari utili al fine di richiedere il *referendum* esaltando, dunque, la sua natura oppositiva[213].

Viceversa, in altri casi il *quorum* deliberativo è portato a tre quinti, la-

[210] C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, cit., 355 ss., spec. 360, 361, 375 in cui si osserva che l'individuazione di due distinte categorie di leggi comporta che «il Parlamento dovrebbe giovarsi delle leggi di revisione della Costituzione solo per gli stabili mutamenti delle disposizioni costituzionali e delle leggi costituzionali solo per le deroghe o le inevitabili rotture della costituzione…», nei limiti delle disposizioni a fini di garanzia previste dalla Costituzione (cfr. nota 14 del citato saggio).

[211] Di iniziativa di FRACCARO, NUTI, TONINELLI e altri.

[212] Tale carattere del referendum costituzionale è rimarcato da R. ROMBOLI, op. ult. cit., 606, in cui si critica la revisione dell'articolo 138 contenuta nella proposta di riforma bocciata dal *referendum* del 2006. In quel caso era stato abrogato il III comma dell'art.138 per cui «l'eliminazione del riferimento all'approvazione delle riforme con la maggioranza dei due terzi poteva rappresentare il segnale che queste possono essere approvate dalla maggioranza dei parlamentari e confermate dalla maggioranza del corpo elettorale».

[213] Così, AC n. 2462 del 2014 (CIVATI), in cui si prevedono ottocentomila elettori per la domanda di *referendum*.

sciando inalterata la norma sulla richiesta di *referendum*[214], confermando l'eventualità dell'appello al popolo. Diversamente, in alcune proposte più risalenti, il *referendum* non era ammesso se la seconda deliberazione fosse avvenuta a maggioranza dei quattro quinti[215]. In questo caso la logica dell'articolo 138 era confermata perché l'innalzamento dei *quorum* deliberativi era pensato al fine di adeguare il procedimento di revisione, nel suo complesso, al sistema elettorale maggioritario.

Non c'è dubbio che alcune di queste iniziative hanno inteso assecondare le indicazioni di una parte della dottrina circa l'opportunità di innalzare i *quorum* per adattarli al regime maggioritario, preservando il significato originario all'articolo 138 pensato dal Costituente per la garanzia della rigidità.

Tuttavia, tali ipotesi di modifica dell'*iter* di revisione alla luce dei problemi emersi nell'esperienza più recente richiedono un aggiornamento.

Difatti, la cd. riforma Renzi-Boschi ha posto una serie di questioni sulle quali la dottrina si è divisa. Queste ultime hanno riguardato, da un lato, il problema dell'iniziativa delle leggi di revisione costituzionale del Governo e, dall'altro, il suo debordante ruolo sia nella fase approvativa all'interno delle Camere sia in quella referendaria. Ancora, si è registrato un dibattito molto acceso tra i sostenitori della necessaria omogeneità del quesito anche nel *referendum* costituzionale e coloro che, al contrario, ne disconoscono l'obbligatorietà.

Più sopra è stato segnalato che alcuni Autori[216] hanno insistito sull'inammissibilità dell'iniziativa del Governo nella revisione costituzionale perché in questo modo la riforma si piegava alle ragioni dell'indirizzo politico di maggioranza[217]. Da altro punto di vista, è stato osservato che, ad un esame dell'esperienza, le ipotesi dell'iniziativa governativa di revisione giunte «quantomeno all'approvazione delle due Camere in sede di seconda deliberazione»[218] hanno rappresentato una percentuale molto bassa rispetto all'iniziativa parlamentare. Di modo che, anche in termini di produttività, tale prassi non ha favorito esiti apprezzabili.

[214] Cfr., AS n. 2318 del 2010 (BIANCO, ASTORE, DE SENA e altri); AC n. 1204 del 2006 (BOATO).

[215] In tal senso, AS n. 741 del 2008 (SCALFARO, FINOCCHIARO, AMATI e altri); AS n. 1740 del 2007 (SCALFARO, FINOCCHIARO, BIANCO e altri); AC n. 2945 del 2007 (SPINI, LOMAGLIO, PETTINARI e altri); AC n. 2953 del 2007 (FRANCO RUSSO, ZACCARIA, MASCIA e altri); AS n. 817 del 2006 (MANCINO, VILLONE, MANZELLA e altri).

[216] Cfr., nota 69.

[217] Si veda, A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi. Le ragioni del no*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2016, 2; nonché, P. CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'iter e sulla procedura referendaria*, cit., 2, che rimarca il «fortissimo intreccio fra azione di riforma costituzionale e azione di governo» nella recente iniziativa di revisione.

[218] P. CARNEVALE, *Considerazioni postume sull'art. 138 cost. e il procedimento di revisione costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 4, 2017, 7, 8 che ragiona sulla «significativa irruzione governativa che si registra sul fronte dell'iniziativa del processo di innovazione costituzionale».

Inoltre, bisogna riconoscere che aver legato a filo doppio le sorti dell'esecutivo alla riforma della Costituzione ha impresso al problema della revisione una valenza molto diversa da quella sua propria, sovrapponendo malamente le ragioni del conflitto politico contingente tra la maggioranza e le minoranze a quelle della revisione in sé considerata. Questa circostanza ha motivato una proposta che va attentamente considerata, e cioè di escludere, limitatamente alle leggi di revisione costituzionale, l'iniziativa del Governo[219]. Tale soluzione, astrattamente considerata, potrebbe intaccare la coerenza del potere di iniziativa governativa riconosciuto per le leggi ordinarie e le "altre" leggi costituzionali e non anche per quelle di revisione, come lo stesso Autore evidenzia[220]. Tuttavia, i vantaggi in termini di andamento lineare della revisione potrebbero compensare quell'incongruenza, favorendo in definitiva la sdrammatizzazione del dibattito all'interno delle Camere e, forse, anche il ritorno alle revisioni con una più ampia intesa, consensuali.

Avuto riguardo al problema dell'omogeneità del quesito nel *referendum* costituzionale[221], e limitatamente all'oggetto di questa relazione, appare utile svolgere una notazione.

Invero, l'opportunità che la legge di revisione costituzionale presenti i requisiti della chiarezza, dell'omogeneità e dell'univocità è stata da tempo segnalata[222] perché è un atto che potrebbe essere oggetto di una consultazione popolare, per cui non potrebbe non presentare tali caratteri al fine di salvaguardare la libertà di voto. Di recente Paolo Grossi ha ricordato «che i nostri *Patres* hanno provato a disegnare un breviario giuridico per l'uomo comune…scegliendo quel linguaggio piano che era l'unico da lui comprensibile»[223]. Tanto è vero che la Costituente accolse il «pressante invito di Togliatti a scrivere "Una Costituzione che possa essere compresa dal professore di diritto e in pari tempo dal pastore sardo, dall'operaio, dall'impiegato d'ordine, dalla donna di casa"»[224].

[219] P. CARNEVALE, op. ult. cit., 11.

[220] *Ibidem*.

[221] Si segnala la proposta di E. LAMARQUE, A *mali estremi*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017, 2 ss., che sostiene l'opportunità di eliminare il *referendum* costituzionale perché è a tale istituto «che mi pare si debba imputare la responsabilità maggiore dei costi, divenuti ormai insostenibili, che accompagnano ogni tentativo di riforma costituzionale». Questa soluzione non appare del tutto convincente sia perché in un'epoca di disaffezione dalla politica esclude un importante strumento di partecipazione, ma anche perché nella stragrande maggioranza delle procedure di revisione delle Costituzioni contemporanee la partecipazione popolare, diretta o indiretta, è sempre riconosciuta al fine di meglio tutelare la stabilità e la democraticità delle disposizioni costituzionali.

[222] A. CERRI, *Revisione costituzionale* (voce), cit., 2.

[223] P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2016, 813, anche in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

[224] *Ibidem*, nota 7.

Queste indicazioni concorrono ad illuminare il problema di cui si discute. Difatti, si può sostenere che quei caratteri di comprensibilità del testo debbano contraddistinguere, non tanto il quesito referendario, quanto, piuttosto, la legge di revisione in sé e per sé considerata perché le ragioni che Togliatti pose a fondamento del suo invito alla Costituente sono ancor oggi, vieppiù alla luce dei problemi emersi, del tutto condivisibili.

Infine, può aggiungersi che un'attività diretta a favorire l'elaborazione di leggi di revisioni aventi quelle caratteristiche potrebbe essere svolta all'interno delle Camere dal Comitato per la legislazione che, come noto, svolge tale funzione di verifica sui progetti di legge[225]. Il parere espresso dal Comitato su tali progetti non presenta natura vincolante; viceversa, nel caso delle leggi di revisione costituzionale si può pensare ad un parere vincolante che, se disatteso, deve essere motivato e votato a maggioranza assoluta. Questa soluzione potrebbe, altresì, sollevare la Corte costituzionale dal controllo di ammissibilità del *referendum* costituzionale che, oltre a richiedere una legge costituzionale attributiva della relativa competenza, potrebbe determinare non pochi problemi cui ha dato adito, come si sa, la giurisprudenza della stessa Corte in relazione alla natura, spesso incerta quanto a modalità applicative, del quesito referendario[226]. D'altra parte, tale ipotesi, che richiede la modifica dei regolamenti di Camera e Senato, preserverebbe la natura parlamentare del procedimento ovviando a presumibili contenziosi che potrebbero alterare, altresì, l'autenticità della decisione parlamentare di revisione perché corretta dall'intervento del giudice costituzionale.

10. Conclusioni

La "messa in sicurezza" dell'articolo 138 è ormai un'esigenza avvertita

[225] Cfr., l'articolo 16-*bis*, IV comma, del regolamento della Camera in cui si dispone che «Qualora ne sia fatta richiesta da almeno un quinto dei loro componenti, le Commissioni trasmettono al Comitato i progetti di legge affinché esso esprima parere sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente». L'art. 43, II comma, del Regolamento del Senato prevede la possibilità di istituire un Comitato all'interno delle Commissioni in sede referente per la redazione definitiva del testo del disegno di legge.

[226] Si veda sul punto R. ROMBOLI, op. cit., 618, che, in ordine ad un'eventuale competenza della Corte circa l'ammissibilità del *referendum* costituzionale, qualifica tale controllo non come una verifica del quesito «che non è nella disponibilità di chi richiede il *referendum*» ma, piuttosto, della delibera parlamentare; di modo che «la dichiarazione di inammissibilità avrebbe l'effetto di consentire la promulgazione della legge di revisione». Pertanto, secondo tale Autore «si tratterebbe in pratica di un ricorso diretto "mascherato", esercitato da una minoranza parlamentare, una parte del corpo elettorale e cinque consigli regionali…».

dalla maggioranza della dottrina, salvo alcune voci contrarie[227]. La questione dell'innalzamento dei *quorum* fu segnalata da Elia e Bassanini nel 1995. Da allora sono trascorsi più di vent'anni ma il problema perdura, anzi l'esperienza di due *referendum* costituzionali ha fatto emergerei problemi ulteriori richiamati più sopra. Le ragioni che militano in favore dell'innalzamento dei *quorum* deliberativi sono giustificate e, allo stesso tempo, sembra condivisibile confermare l'eventualità del ricorso al *referendum* al fine di ribadire il suo carattere oppositivo.

Il condizionamento esercitato dal regime elettorale sulla logica che presiede ai *quorum* sanciti nell'articolo 138 determina una correlazione molto forte tra loro per cui, secondo alcuni Autori, bisognerebbe riformarli congiuntamente[228]. Tuttavia, la mutabilità più che ricorrente, soprattutto negli ultimi anni, del sistema elettorale sconsiglia tale soluzione. Invero, associare il regime della revisione alla riforma del sistema elettorale rischia di alterare l'esigenza di stabilità nel tempo della norma sulla revisione perché potrebbe porsi la questione dell'aggiornamento dell'art. 138 ogni qualvolta sia modificato il sistema elettorale[229]. Al contrario, appare preferibile distinguere i due piani di intervento realizzando l'innalzamento dei *quorum* indipendentemente dal regime elettorale di volta in volta vigente. Questa soluzione semplificherebbe l'azione di modifica della disposizione sulla revisione ovviando alle implicazioni con questioni di politica contingente suscettibili di alterarne l'autenticità e le finalità di fondo: cioè, la tenuta della rigidità costituzionale. D'altra parte all'obiezione che, a seconda del sistema elettorale vigente (dove le tendenze maggioritarie possono essere più o meno accentuate) può determinarsi l'inconveniente di rendere troppo gravose le modificazioni costituzionali per cui è preferibile modificarli insieme[230], si può repli-

[227] Si veda A. BARBERA, *Le riforme come pretesto*, in *Quaderni costituzionali*, cit., 763, in cui si replica che "non mi pare che la risposta più convincente sia la blindatura dell'art. 138, innalzando le maggioranze necessarie per le riforme". Inoltre, A. BALDASSARRE, *Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25-26 giugno 2006*, *Forum* a cura di G. AZZARITI e M. LUCIANI, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 249, sostiene che «Se si dovesse pensare a un'ampia riforma della Costituzione, ritengo che non sia opportuno seguire il procedimento previsto dall'art. 138 Cost., ma mi sembra preferibile istituire una procedura *ad hoc*, sul tipo di una Convenzione o, nel caso di riforme radicali, un'Assemblea Costituente»; e, ancora, «sempreché non si adottino leggi elettorali fortemente maggioritarie, l'attuale art. 138 Cost. mi sembra realizzare un giusto *mix* tra esigenze della maggioranza e tutela delle minoranze».

[228] A. BALDASSARE, op. ult. cit., 253 ss.

[229] A meno che non sia inserito in Costituzione il sistema elettorale proporzionale come suggerisce, da ultimo, L. RONCHETTI, *Referendum costituzionale e minoranze: costituzionalizzare il proporzionale*, in *Rivista Aic*, n.1, 2018, che potrebbe produrre benefici anche sulle altre disposizioni di garanzia presenti in Costituzione.

[230] A. BALDASSARRE, op. ult. cit., 245, 246, ove si ragionava nel senso che «il carattere bicamerale del Parlamento, per il quale il sistema elettorale per il Senato non è in grado di produrre maggioranze ampie, sconsiglia, *rebus sic stantibus*, una revisione dell'art. 138 Cost., nel

care che in ordinamenti come gli Usa il forte grado di rigidità costituzionale[231] non ha impedito l'evoluzione della più longeva delle Costituzioni moderne, indipendentemente dal regime elettorale in vigore.

Vero è che il sistema politico partitico, sin dalle prime esperienze derogatorie degli anni Novanta, ha manifestato una certa insofferenza per il procedimento aggravato in sé considerato. Difatti, le iniziative derogatorie sono state, soprattutto quella del '97, forme di compromesso tra i partiti rispetto all'elezione di vere e proprie Assemblee costituenti per la modifica totale in alcuni casi, e parziale in altri, della Costituzione[232]. Anzi, si direbbe che tale tendenza è sempre in auge come dimostrano i numerosi disegni di l. cost. richiamati e, tra questi, il recente d.d.l. cost. AS n.2622 del 2016 (Compagna, Buemi, Quagliariello e altri).

Bisogna riconoscere che la questione della modifica dell'articolo 138 e, più in generale, della tutela della rigidità costituzionale, salvo alcune iniziative di riforma che non hanno avuto seguito in Palamento, non ha rappresentato un aspetto di politica costituzionale preso in considerazione seriamente dalle forze politiche. Il problema nel problema, dunque, è il solco che si è formato tra tali forze e le indicazioni provenienti dalla cultura costituzionalista italiana. Questa forma di incomunicabilità è rimarcata anche dal recente secondo infruttuoso tentativo di revisione del 2016. Difatti, come si ricorderà, all'indomani del *referendum* del 2006 buona parte della dottrina sostenne l'impraticabilità di quel tipo di modifiche (organiche, ampie) con argomenti assai condivisibili[233]. Tuttavia, il medesimo problema si è riproposto dopo dieci anni aggravato, peraltro, dal problema della legittimazione di quell'iniziativa causata dalla sentenza della Corte costituzionale n.1 del 2014 che, dichiarando l'incostituzionalità della legge elettorale, aveva prodotto la delegittimazione politica (e in parte anche giuridica secondo alcuni) del Par-

senso che prevedere maggioranze qualificate più elevate di quelle attualmente previste paralizzerebbe ogni esigenza di revisione costituzionale».

[231] Come è noto, l'articolo 5 della Costituzione americana disciplina un procedimento di revisione che rende il testo costituzionale particolarmente rigido.

[232] Si vedano le note 192 e 193.

[233] In tema, L. ELIA, *Discorso del Presidente emerito della Corte costituzionale in occasione del 60° Anniversario della Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 2008, 5, in cui si osservò che il *referendum* del 2006 intese «per la prima volta dopo l'entrata in vigore della Carta, confermare esplicitamente il valore della Costituzione come testo unitario». ID., *Il referendum costituzionale si avvicina*, in *Il Mulino*, n. 2, 2006, 397 ss., spec. 399; Analogamente, G. AZZARITI, *Dopo il referendum del 25-26 giugno 2006: le prospettive del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2006, 585 ss.; C. PINELLI, *Sul referendum del 25-26 giugno 2006*, ivi, 611; G.U. RESCIGNO, *Sul referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006*, ivi, 613 ss., spec. 617; M. OLIVETTI, *Il referendum costituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme costituzionali in Italia*, in *Giurisprudenza.unifg.it*, 36 ss., spec. 40.

lamento[234], tale da sconsigliare a quella maggioranza di mettere mano ad una riforma di così vaste proporzioni.

Sicché, interrogarsi sulla praticabilità di una modifica dell'articolo 138 potrebbe risultare un vano esercizio culturale perché non sorretto da un *idem sentire* dei partiti. Non di meno, l'effettività che permea oggi di nuovo vigore il testo costituzionale, confermato per ben due volte nel corso della sua storia[235], sembra giustificare un intervento di questa natura al fine di porlo al riparo dalle forzature poste in essere dalla maggioranza di governo. Invero, «legittimo è solamente quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità. Su quale base logica tale concetto riposi è appena necessario mostrare. La trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno, esteriore se si vuole, ma sicuro, che questa corrispondenza effettivamente esista, che non sia un'illusione o qualche cosa di artificialmente provocato, si rinviene nella suscettibilità di un nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito»[236].

Queste riflessioni rinviano, ancora una volta, all'idea della stabilità e del-

[234] Cfr., AA.VV., *La Costituzione bene comune*, Roma, 2016. Diversamente B. CARAVITA, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del sì*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2016, 5, in cui si afferma che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014 non ha dichiarato la "limitazione della capacità politica del Parlamento ai soli atti necessari e urgenti".

[235] Si veda G. FERRARA, *Per lo storico della Costituzione italiana e della problematica sua effettività a 70 anni dalla redazione. (Appunti di un costituzionalista coevo)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 8, 2017, 1, in cui si osserva che la Costituzione italiana è «l'unica delle aggregazioni umane a forma stato, che per due volte, dopo la promulgazione, sia stata riconfermata, tale e quale, dal popolo sovrano e tutte e due le volte col voto della stragrande maggioranza del corpo elettorale. Ha quindi attraversato felicemente un procedimento del tipo di quello di diritto privato (art. 1444 c.c.) e che potrebbe essere virtuosamente acquisito dal diritto costituzionale. Il riferimento è alla convalida di atti, nel nostro caso della Costituzione del 1948 compiuta dalle generazioni viventi, quelle succedutesi al 2 giugno dal 1946».

[236] SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, I, Milano, 1950, 152. Sulla concezione dell'effettività nel pensiero di SANTI ROMANO si veda P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, 426, 427 in cui l'Autore chiarisce che la concezione romaniana dell'effettività non è molto distante da quella di KELSEN ma in essa diritto e storia si incontrano e si rispettano reciprocamente, nel senso che «Giuridicamente insussistente è tutto ciò che non sa interpretare le necessità reali di una comunità nella sua storia e non sa, per interpretarle, allacciarsi alle radici profonde, antiche, cui la comunità, nelle sue ragioni e nelle sue origini, si abbarbica: il diritto non ratifica l'effimero che la storia rifiuta, respinge. Non si realizzano in istituti giuridici le volontà estranee alla natura intima del popolo, del gruppo che dovrebbero ordinare, organizzare»; e ancora, citando ROMANO, osserva «la capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può riconoscersi se non a quelle forze che in sé abbiano l'idoneità d'imporsi e di farsi valere, non con sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continua del diritto».

la permanenza, come valore in sé, della Costituzione, oggi più che mai vitale grazie al *referendum* del 2016. Mi pare sia questa una delle risposte più chiare circa l'esigenza di un aggiornamento del procedimento di revisione costituzionale per salvaguardare ad un tempo la rigidità costituzionale e la centralità del Parlamento nell'*iter* di modifica.

IL PROCEDIMENTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE COME GARANZIA DELLA RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE

di Andrea Pertici*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'oggetto della relazione. – 2. Le leggi costituzionali e di revisione costituzionale dal 1948 al 2018. – 3. La rigidità costituzionale come garanzia del compromesso costituzionale, tra esigenze di stabilità e di cambiamento. – 4. Il sistema elettorale delle Camere e il sistema dei partiti e le loro conseguenze sull'applicazione dell'articolo 138 della Costituzione. – 5. La fase parlamentare. – 6. La fase popolare: il referendum. – 7. La promulgazione e la pubblicazione. – 8. La possibilità di una revisione del procedimento di revisione e i procedimenti in deroga. – 9. Il futuro della rigidità costituzionale.

1. Premessa: l'oggetto della relazione

La presente relazione è il frutto del lavoro di *discussant* assegnatomi rispetto alle relazioni di Giovanni Piccirilli, Alessia Fusco e Francesco Raffaello De Martino, raccolte in questo stesso volume.

Queste, ben svolte e integrate tra loro anche grazie agli operativi incontri preparatori coordinati da Paolo Carnevale, affrontano il tema della rigidità costituzionale e del procedimento posto a garanzia di questa.

L'esame è stato condotto, in ossequio all'indirizzo impresso dal titolo del Convegno, anche con riguardo all'esperienza di «settant'anni di rigidità costituzionale». Certamente la vicenda maggiormente richiamata è quella della revisione costituzionale condotta nel corso della XVII legislatura, prima in sede parlamentare (tra l'aprile 2014 e l'aprile 2016[1]), e quindi con la sottoposizione al voto popolare che fu espresso, dopo una lunghissima campagna elettorale, nel referendum del 4 dicembre 2016.

Quest'ultima esperienza, infatti, ha fatto emergere, o per alcuni versi riemergere, numerose questioni procedurali, che vanno dal momento

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pisa.

[1] La Commissione affari costituzionali del Senato iniziò la discussione sulla proposta di legge costituzionale Renzi-Boschi, unitamente ad altre cinquantuno proposte (alle quali se ne aggiunse un'altra pochi giorni dopo) il 15 aprile 2014. La proposta d'iniziativa governativa fu adottata – tra molte tensioni – come testo base il successivo 6 maggio. La revisione costituzionale fu quindi approvata in seconda deliberazione dal Senato il 20 gennaio del 2016 (con 180 voti favorevoli, 112 contrari e un astenuto) e quindi dalla Camera dei deputati il 12 aprile 2016 (con 361 voti favorevoli, 7 contrari e 2 astenuti).

dell'iniziativa, ancora una volta assunta dal governo, a quello dell'approvazione parlamentare da parte della sola maggioranza che lo sosteneva, attraverso una serie di passaggi parlamentari assai controversi in ordine alla mancata conclusione dell'esame in commissione, all'assorbimento degli emendamenti, alla segretezza dei voti, al contingentamento dei tempi, all'utilizzo della seduta fiume, all'applicazione del meccanismo della "doppia conforme", oltre che alla sostituzione dei parlamentari dissenzienti in commissione. D'altronde, anche in merito alla fase referendaria si è riproposta la questione dell'iniziativa da parte della stessa maggioranza parlamentare che aveva approvato il testo, con il conseguente utilizzo del referendum a fini confermativi, oltre al tema dell'omogeneità del quesito e della possibilità di un suo frazionamento.

Se quest'ultima vicenda ha pesato evidentemente molto sulle relazioni, il loro sviluppo ha tenuto comunque correttamente conto, come già ricordato, dell'ormai ampia esperienza repubblicana. Lungo questo arco temporale si sono potute quindi evidenziare più fasi: quella dell'approvazione necessariamente a maggioranza qualificata, in assenza della possibilità di svolgere il referendum (fino all'entrata in vigore della legge n. 352/1970); quella in cui si ricercava comunque (e quasi sempre si otteneva) una maggioranza qualificata, a garanzia del mantenimento del compromesso raggiunto alla Costituente tra le forze politiche che continuavano ad essere presenti in Parlamento; quelle successive, caratterizzate, da un lato, soprattutto negli anni Novanta, dal ricorso a procedure derogatorie (che peraltro non hanno mai prodotto risultati utili) e, d'altro lato, dalle approvazioni da parte della sola maggioranza di governo (pur con alcune eccezioni). È stato evidenziato – in particolare nella relazione di De Martino – come questo diverso approccio si leghi anche alle diverse leggi elettorali che si sono susseguite e al diverso sistema dei partiti, che, fino al 1994, erano sostanzialmente quelli che avevano sottoscritto il patto compromissorio che stava alla base della Costituzione repubblicana, ma che successivamente sono stati sostituiti da altri che con quell'esperienza o non avevano alcun legame o ne avevano solo di indiretti.

Tanto premesso, in considerazione della natura di questo lavoro, cercherò di ricomporre in un discorso unitario quanto affrontato per parti separate nelle relazioni di base (secondo le indicazioni del direttivo dell'Associazione), provando ad interagire con i loro contenuti in modo dialettico, anche alla luce di alcuni spunti emersi nel corso del dibattito.

2. Le leggi costituzionali e di revisione costituzionale dal 1948 al 2018

Proprio in considerazione del rilievo che l'Associazione ha inteso dare, sin dal titolo del convegno, all'inquadramento del tema lungo l'arco tempo-

rale dei settant'anni di vigenza della Costituzione, credo possa essere utile fare un breve quadro delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale approvate in questo periodo.

In proposito, occorre premettere che l'art. 138 Cost. disciplina il procedimento di approvazione per «le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali». Questo ha aperto in dottrina un dibattito circa l'identificazione delle une e delle altre che è stato sinteticamente ripreso nella relazione di Piccirilli, il quale dà conto delle due principali tesi. Secondo la prima, le leggi costituzionali sono la più ampia categoria (il *genus*) delle leggi approvate secondo l'art. 138, all'interno della quale si può identificare la più ristretta categoria (*species*) di quelle che modificano il testo costituzionale e che sono così identificate come di revisione costituzionale[2]. In base alla seconda tesi, invece, mentre le leggi di revisione costituzionale sarebbero quelle che incidono sul testo, quelle costituzionali andrebbero o a integrarlo nelle ipotesi richiamate dalla stessa Costituzione o quelle che comunque portano a livello costituzionale la disciplina di ulteriori oggetti[3].

In proposito sembra di condividere (in sintonia con il relatore di base) la prima tesi, ritenendo – come ben chiarito da Pizzorusso – che la differenza tra le leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali (che egli articola, a sua volta in «integrative» o «applicative») faccia riferimento soltanto ai contenuti e che a questa «non corrispond[a] alcuna differenziazione formale», non essendo quindi possibile identificare distinti atti normativi[4].

Tale soluzione sembra avere conseguenze sulla qualificazione dei "testi misti", nei quali, cioè, troviamo sia norme di revisione del testo costituzionale, sia norme costituzionali ulteriori. Infatti, seguendo la tesi dell'unitarietà, questi risultano qualificabili come leggi costituzionali (di cui quelle di revisione costituzionale costituiscono solo una *species*), con conseguenze pratiche in ordine alla formulazione del quesito referendario, che, ai sensi dell'art. 16, della legge n. 352/1970 prevede due diverse formule: una per l'ipotesi in cui la legge si limiti a modificare uno o alcuni articoli della Costituzione e un'altra per l'ipotesi in cui questa abbia un contenuto più ampio. Su questo, tuttavia, torneremo nel par. 6.

Ciò premesso, le leggi costituzionali approvate dal 1° gennaio 1948 sono state quaranta (dalla n. 1/1948, recante «norme sui giudizi di legittimità co-

[2] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 166 s.; A. PIZZORUSSO, sub *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, 713 s.

[3] C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Giuffrè, Milano, 1963, 189 s.

[4] PIZZORUSSO, sub *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, 714.

stituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale» alla n. 1/2017 sulle «modifiche allo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di tutela della minoranza linguistica ladina»). Tra queste, sedici sono state di approvazione o modifica degli statuti speciali. Tenendo in disparte queste ultime, per la specificità dei procedimenti d'approvazione, e considerato che fino all'entrata in vigore della legge n. 352/1970, non essendo disciplinato il referendum (costituzionale), si ritenne di dover approvare tutte le leggi costituzionali a maggioranza dei due terzi, le approvazioni a maggioranza assoluta si sono registrate unicamente per le norme in materia di procedimenti per i reati ministeriali (l. cost. n. 1/1989), la revisione dell'art. 79 Cost. in materia di concessione di amnistia e indulto (l. cost. n. 1/1992), l'istituzione della prima commissione parlamentare per le riforme istituzionali (l. cost. n. 1/1993), l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero (l. cost. n. 1/2000) e l'assegnazione di deputati e senatori alla circoscrizione estero (l. cost. n. 1/2001), le modifiche del titolo V della parte seconda della Costituzione (l. cost. n. 3/2001), la restituzione dell'elettorato attivo e passivo ai membri e discendenti di casa Savoia e la possibilità di ritorno nel territorio nazionale per i discendenti maschi e le consorti dei re (l. cost. n. 1/2002), l'introduzione della norma sui provvedimenti per la promozione delle pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive (l. cost. n. 1/2003). Circa un terzo delle leggi costituzionali risultano quindi approvate a maggioranza assoluta, mentre tutte le altre hanno raggiunto un consenso dei due terzi (escludendo le leggi costituzionali di approvazione o modifica degli Statuti speciali, le quali sono peraltro generalmente votate con la maggioranza qualificata). Se, quindi, la tendenza all'ampio accordo parlamentare è risultata largamente prevalente anche dopo il 1970, pure nei casi in cui non si è riusciti ad arrivare a questo, non sembra esservi stato un vero e proprio scontro, come risulta dal fatto che generalmente le forze politiche soccombenti nel voto parlamentare non hanno chiesto – né direttamente attraverso i parlamentari né aprendo una campagna di raccolta di firme popolari – il referendum. Ciò è avvenuto solo per una delle otto leggi costituzionali approvate dalle Camere a maggioranza assoluta, oltre che in ulteriori due casi in cui, nel 2006 e nel 2016, la revisione di numerosi articoli della seconda parte della Costituzione (con l'aggiunta di ulteriori disposizioni) aveva ottenuto la maggioranza assoluta dei parlamentari, subendo, però, la bocciatura da parte degli elettori. Il tratto comune alle tre ipotesi sottoposte a referendum – a ben vedere – è l'ampiezza del testo sottoposto al voto popolare (certamente superiore nei due casi in cui esso è stato respinto), mentre negli altri casi, a fronte di riforme puntuali, anche a seguito dell'approvazione a maggioranza assoluta, gli elettori non sono stati chiamati a pronunciarsi.

3. La rigidità costituzionale come garanzia del compromesso costituzionale, tra esigenze di stabilità e di cambiamento

La tensione tra le esigenze di stabilità della Costituzione e quelle di una sua modifica, anche a fronte dei cambiamenti della società, è evidenziata nella relazione di De Martino. Il relatore, in particolare, mette in luce come, a partire da Aristotele, sia stata avvertita l'esigenza di stabilità, perché i mutamenti delle leggi, e quindi a maggior ragione delle Costituzioni, le indeboliscono e possono «assecond[are] l'abitudine alla disobbedienza»[5]. In effetti, la rigidità costituzionale è anzitutto garanzia di stabilità della stessa e della sua sottrazione alla volontà della maggioranza del momento, la quale è anzi costretta a muoversi nel perimetro delle norme costituzionali. In sostanza, una Costituzione rigida, prevedendo procedure di revisione aggravate, consente di bilanciare la stabilità della stessa con le necessità di un suo adattamento. Infatti, De Martino sottolinea come nelle Costituzioni europee del dopoguerra sia stata accantonata l'idea che ogni generazione avesse il diritto di darsi una propria carta fondamentale, per approdare, invece, a una concezione di stabilità che era già alla base della Costituzione degli Stati Uniti d'America, come evidente anche dal fatto che in questa le modifiche assumono la forma di emendamenti separati, aggiunti al testo originario.

Rispetto alla Costituzione italiana, la rigidità fu introdotta anche come garanzia del carattere compromissorio della sua formazione, con la conseguenza che la sede parlamentare (in cui gli stessi soggetti autori del compromesso erano poi rappresentati) costituiva la migliore alla quale affidare eventuali successive modifiche. Ciò porta De Martino a considerare le revisioni a maggioranza realizzate negli ultimi anni incompatibili «non tanto con le norme contenute nell'articolo 138 della Costituzione quanto piuttosto con il senso della rigidità costituzionale e della centralità parlamentare nel procedimento di revisione costituzionale». In sostanza, queste revisioni a maggioranza farebbero perdere alla Costituzione quella natura compromissoria che ne caratterizza la stessa formazione e di cui, venuti meno gli attori politici autori del compromesso, sembrano essersi fatti garanti direttamente i cittadini, come vedremo meglio inseguito.

[5] In merito cfr. A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999, dove si mette anche in luce (in part. 82) come la continua riproposizione di "grandi riforme" abbia «impedito che alla Costituzione venissero apportati quegli emendamenti (alcuni dei quali di rilievo tutt'altro che modesto) che apparivano necessari per effetto dell'evoluzione della situazione storico-politica e quegli altri (di minor rilievo) che erano necessari per realizzare la "manutenzione" della Costituzione». In senso analogo, anche con particolare riferimento agli effetti dell'ultima proposta di ampia revisione costituzionale, sia consentito rinviare a A. PERTICI, *La Costituzione spezzata. Su cosa voteremo con il referendum costituzionale*, Lindau, Torino, in part. 165 ss.

In effetti, il Parlamento che nel procedimento dell'art. 138 era posto in una posizione di "primarietà", come evidenziato anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 496/2000, pare avere perso la sua posizione (come criticamente constatato sia da De Martino che da Piccirilli) e non essere riuscito a svolgere la sua funzione.

Si tratta di una marginalizzazione di cui lo stesso Parlamento è stato certamente artefice o almeno complice, se non altro acconsentendovi, e che si è realizzata attraverso modalità di diversa natura, come è stato evidenziato nelle tre relazioni di base e in particolare in quella di De Martino.

Rispetto al procedimento, la marginalizzazione forse più evidente è passata, in alcune occasioni, dall'approvazione di procedimenti derogatori, nel 1993 e nel 1997, a cui, nel 2013, se ne intendeva aggiungere un altro, che, però, non è riuscito a completare il suo *iter* di approvazione, su cui torneremo nel par. 8. Essi, al di là delle differenze specifiche, presentavano il tratto comune di comprimere i tempi e di coinvolgere necessariamente il corpo elettorale o almeno di impedirne l'esclusione, attualmente prevista all'art. 138 Cost., per l'ipotesi in cui sia stata raggiunta la maggioranza qualificata. Anche quando si è seguito il percorso ordinario di cui all'art. 138 Cost., però, soprattutto per le revisioni di maggiore impatto, l'iniziativa è stata assunta dal governo, che ha preteso dalla propria maggioranza una forte compattezza, impedendo così alle Camere di farsi carico della composizione di posizioni diverse, determinando che queste si sfogassero all'esterno con i referendum del 2001, 2006 e 2016, in due dei quali la volontà parlamentare, evidentemente maggioritaria quanto ai seggi nelle Camere ma non quanto ai voti (in virtù del sistema elettorale), è stata platealmente contraddetta, all'esito di una campagna elettorale che ha portato a fortissime divisioni sul testo che ha, invece, lo scopo di tenere insieme il Paese, al di là delle differenze politiche, come è riuscito a fare per decenni.

La marginalizzazione del ruolo del Parlamento, peraltro, come avremo occasione di vedere meglio (par. 5), si è anche realizzata attraverso il concreto dipanarsi dell'*iter* di approvazione, che, in particolare in occasione del procedimento di revisione conclusosi nel 2016, ha subito non poche forzature (dall'applicazione del meccanismo del c.d. "canguro", nella votazione degli emendamenti, al Senato, al ricorso alla seduta fiume, alla Camera, alla mancata conclusione dei lavori in commissione, di nuovo al Senato, senza considerare il contingentamento dei tempi e la rigida applicazione della doppia conforme, oltre che la sostituzione dei parlamentari in commissione per ragioni di dissenso politico), ancora in una logica di accelerazione del passaggio parlamentare. Quest'ultimo, in sostanza, non è stato visto come la sede per l'elaborazione della migliore revisione della Costituzione, anche rispetto agli obiettivi che si intendevano perseguire, ma come un ostacolo alla realizzazione della riforma costituzionale voluta dal governo, rispetto alla

quale si voleva ottenere quanto prima l'approvazione (plaudente) del popolo. Che le cose siano poi andate molto diversamente nulla toglie alla sgrammaticatura del percorso, anche se può forse insegnare – per il futuro – ad essere più cauti. Ciò, in realtà, non è avvenuto a seguito della bocciatura – con modalità simili, anche se a seguito di un *iter* parlamentare un po' meno sbrigativo[6] – della revisione del 2006 (seppure una qualche cautela fosse stata utilizzata negli anni immediatamente successivi), ma il ripetersi dell'esperienza, che certamente ha molto colpito i sostenitori della riforma, potrebbe questa volta essere risultata maggiormente persuasiva.

Peraltro, De Martino evidenzia, al di là del procedimento, anche alcuni fatti che dimostrano l'avvenuta perdita di centralità del Parlamento. Basti pensare che, nel corso della XIV legislatura, esso si è trovato a discutere una proposta d'iniziativa governativa per la revisione dell'intera parte seconda della Costituzione che altro non era che la trasposizione della cosiddetta "bozza di Lorenzago", cioè un testo redatto da quattro "saggi" in una località del Cadore e poi fatta propria dal secondo governo Berlusconi. Nella XVII legislatura, invece, la discussione sulle riforme costituzionali è quantomeno iniziata sulla spinta di uno dei gruppi di lavoro che il Presidente della Repubblica Napolitano nominò, in modo del tutto atipico, a seguito di una impasse nelle consultazioni per la formazione del nuovo governo dopo le elezioni del 2013, senza dimenticare che una relazione sulle riforme costituzionali fu poi presentata anche da una commissione di esperti nominata dal governo Letta. A questi episodi De Martino aggiunge anche alcune iniziative provenienti da istituzioni dell'Unione europea, che paiono avere condizionato alcuni interventi sulla Costituzione, come quello sull'art. 81, relativo all'equilibrio di bilancio, e quello – poi non realizzatosi – dell'eliminazione delle Province (che era compreso nel testo di revisione respinto con il referendum del 4 dicembre 2016).

Tutto ciò induce – e ha in effetti indotto – i relatori di base di questa sessione a chiedersi come recuperare un maggiore ruolo del Parlamento, ciò sembrando a tutti essenziale per restituire all'art. 138 Cost. il significato di mediazione tra le diverse parti politiche e quindi di mantenimento del carattere compromissorio della Costituzione al quale il procedimento ivi previsto mira e che non può essere soddisfatto attraverso il *referendum*, che, anche quando riesce eventualmente a produrre un fecondo dibattito pubblico, lo fa in ritardo rispetto a ogni possibilità di composizione e mediazione delle diverse posizioni, essendo alla fine possibile pronunciarsi soltanto con un sì o con un no onnicomprensivo (come vedremo anche nel par. 6).

[6] Ma v. M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2005, 7.

4. Il sistema elettorale delle Camere e il sistema dei partiti e le loro conseguenze sull'applicazione dell'articolo 138 della Costituzione

Soprattutto due delle tre relazioni (quelle di De Martino e di Piccirilli) evidenziano la forte incidenza che il sistema elettorale ha sul procedimento di cui all'art. 138 Cost.

In effetti, le maggioranze previste dalla norma sulla revisione sono certamente pensate – come risulta anche dai lavori della Costituente – avendo di fronte un sistema elettorale proporzionale[7], con il quale era stata eletta la stessa Assemblea costituente e che si intendeva introdurre (almeno) anche per la Camera[8], basato su partiti politici che erano stati parte del compromesso costituzionale e che intendevano così garantire stabilità alla Costituzione.

In effetti, come abbiamo visto nel par. 2, durante la lunga fase di vigenza del sistema proporzionale (dalla I all'XI legislatura), le leggi costituzionali sono state approvate a maggioranza dei due terzi, con le uniche eccezioni di quella sui reati ministeriali, sull'amnistia e l'indulto e per l'istituzione della prima commissione bicamerale per le riforme istituzionali, ma anche in questi tre casi l'opposizione delle forze rimaste in minoranza non fu comunque tale da cercare di rovesciare il risultato con un referendum. Il fatto che l'approvazione a maggioranza qualificata fosse sostanzialmente imposta, fino al 1970, dall'impossibilità di ricorrere al referendum, per mancanza della legge attuativa, conferma comunque che le forze politiche preferivano trovare un accordo in Parlamento piuttosto che rimettere la decisione al popolo[9].

[7] In tal senso sembra particolarmente chiaro l'intervento dell'on. Rossi, citato anche da De Martino, che nella seduta pomeridiana del 14 settembre 1947, mise in evidenza come solo con il sistema elettorale proporzionale «una maggioranza che raccolga in Parlamento i due terzi raccoglierà certamente nel Paese una proporzione anche maggiore di consensi».

[8] In tal senso andava l'ordine del giorno Giolitti, approvato dall'Assemblea costituente il 23 settembre 1947. Durante la discussione su quello che inizialmente era un emendamento dello stesso Giolitti rispetto all'articolo della Costituzione sull'elezione della Camera dei deputati risulta, tuttavia, come anche tra i favorevoli al sistema proporzionale ci fosse chi preferiva non costituzionalizzarlo per consentirne eventualmente la modifica. Deve peraltro anche ricordarsi che, mentre in occasione dell'approvazione dell'ordine del giorno Giolitti alcuni costituenti intervennero per sostenere che, dal loro punto di vista, il sistema proporzionale sarebbe dovuto essere previsto per entrambe le Camere, il 7 ottobre 1947 (cioè esattamente due settimane dopo l'approvazione dell'ordine del giorno per l'applicazione del sistema proporzionale per la Camera), la stessa Costituente approvò un ordine del giorno Nitti, che prevedeva l'elezione del Senato a suffragio universale diretto, «col sistema del collegio uninominale». Ora, se quest'ultimo non implica necessariamente l'applicazione di un sistema maggioritario, è anche vero che ad esso è principalmente legato ed è in quell'ambito che trova normalmente applicazione.

[9] Sono in effetti note le resistenze all'introduzione di una legge sui referendum, anche se legate soprattutto a quello abrogativo e i motivi del tutto contingenti per cui si arrivò

In sostanza, le forze politiche che erano state protagoniste della scrittura della Costituzione e che, con poche differenze[10], erano rimaste quelle rappresentate in Parlamento nei successivi quarantacinque anni, sembravano voler tutelare la Costituzione anche rispetto a un diretto intervento popolare, reso quasi sempre impossibile (dall'approvazione a maggioranza dei due terzi) e comunque mai richiesto[11].

Le cose sono cambiate a seguito di quella che nella relazione di Piccirilli è definita la «svolta maggioritaria». Essa, come noto, si realizza con il referendum del 1993, sostanzialmente "contro" i partiti protagonisti della politica degli ultimi cinquant'anni. È la loro incapacità di assicurare un'azione di governo sufficientemente stabile ed efficiente, nonché il coinvolgimento in uno sconvolgente sistema corruttivo che prenderà il nome di "Tangentopoli", a spingere l'82,7% dei votanti al referendum (pari al 77% degli aventi diritto) a votare, nella sostanza, per il sistema maggioritario, al fine di ridurre il ruolo dei partiti a vantaggio di un più diretto rapporto con il singolo eletto. L'introduzione del maggioritario (o meglio di un sistema misto, con i tre quarti dei seggi assegnati con il sistema maggioritario uninominale *first-past-the-post*, sancito con le leggi nn. 276 e 277/1993) coincise, però, anche con un cambiamento del quadro politico-partitico, causato dallo scioglimento del PCI (con la sua trasformazione in Partito democratico della sinistra a cui si aggiunse la formazione di un Partito della rifondazione comunista) e dalla appena ricordata "Tangentopoli", che spinse la Democrazia cristiana a cambiare nome e indusse alcuni partiti minori a non presentarsi con il loro nome e il loro simbolo alle elezioni. Così, a seguito delle elezioni del 1994 il Parlamento aveva una configurazione molto diversa da quella delle precedenti legislature: nella XII legislatura, apertasi appunto dopo quelle elezioni, non

all'approvazione della legge n. 352/1970. In merito sia comunque consentito rinviare a A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 29 ss.

[10] Se esaminiamo le dieci elezioni svoltesi tra il 1948 e il 1987 notiamo una forte continuità politico-partitica, che vede sempre le stesse forze politiche, con le pochissime eccezioni date dalla scomparsa dei monarchici a partire dalle elezioni del 1972, la comparsa di Democrazia proletaria e del Partito radicale, dalle elezioni del 1972 e dei Verdi dalle elezioni del 1987. Una maggiore discontinuità si ebbe con le elezioni del 1992, che, seppure vendendo ancora una forte presenza dei partiti politici delle precedenti legislature, si svolgevano per la prima volta senza il PCI, sostituito dal PDS e che aveva altresì dato vita alla scissione del Partito della rifondazione comunista, e con l'affermazione di forze politiche nuove come La Rete o che per la prima vota si affermavano in modo significativo, come la Lega lombarda (che passò dallo 0,48% delle elezioni precedenti all'8,65%).

[11] Chiaramente la richiesta sarebbe potuta provenire anche dall'esterno ai partiti politici, essendovi la possibilità che la richiesta provenga da cinquecentomila elettori. Tuttavia, come noto, la raccolta di un tanto elevato numero di firme generalmente ha potuto avere successo quando è stata almeno appoggiata da uno o alcuni partiti politici.

vi era sostanzialmente neppure un gruppo parlamentare (tranne il misto) coincidente con quello dell'XI legislatura. Alcuni di quei gruppi corrispondevano a partiti che nella sostanza erano eredi di quelli esistenti sin dalla Costituente (ciò valeva, in particolare, per il Pds rispetto al PCI e per il Ppi rispetto alla DC), mentre in altri casi si trattava di forze politiche del tutto nuove (in particolare Forza Italia) o di recente costituzione (come la Lega nord) o che rappresentavano l'evoluzione di un partito estraneo all'arco costituzionale (Alleanza nazionale rispetto al MSI). Ciò portava, nello stesso tempo, a un desiderio di rinnovamento e a uno scarso riconoscimento nella Costituzione, che soprattutto i partiti di centrodestra sembravano considerare "altrui", alla quale si addebitava, da un lato, una spiccata presenza dell'ideologia socialista e, dall'altra, un'inefficienza di funzionamento (su cui, in realtà, si insisteva da ormai almeno quindici anni, anche da parte di alcuni di coloro rispetto ai quali si diceva di voler affermare un cambiamento). Questi due elementi, peraltro, si combinavano con un'impostazione, immediatamente assunta soprattutto dalla parte politica prevalente, secondo la quale, in un sistema maggioritario, *the winner takes it all*, dove per "all" sembrava intendersi anche la Costituzione. E, in effetti, il primo governo Berlusconi costituì un Comitato di studio sulle riforme istituzionali, elettorali e costituzionali con il compito di elaborare proposte di riforme istituzionali ed elettorali nonché di revisione costituzionale, composto da alcuni professori e guidato dal ministro senza portafoglio per le riforme istituzionali, Francesco Speroni (della Lega nord), portando così, per la prima volta, all'interno del governo la responsabilità di un'ampia revisione costituzionale.

Fallita rapidamente questa esperienza di governo, il centrosinistra, dopo avere vinto le successive elezioni del 1996, sempre in base alla legge prevalentemente maggioritaria, intese separare completamente la questione delle riforme costituzionali dall'attività di governo. Il primo governo Prodi, in effetti, non prevedeva neppure un ministro senza portafoglio per le riforme istituzionali, che da anni, invece, caratterizzava le compagini governative, come ha continuato a fare successivamente, intendendo lasciare la materia interamente al Parlamento (secondo l'esempio già seguito da De Gasperi rispetto alla Costituente[12]). In particolare, con l'approvazione della legge costituzionale n. 1/1997 fu introdotta una seconda procedura in deroga all'art. 138 Cost. (dopo quella infruttuosa del 1993)[13], la quale prevedeva che il testo di revisione dell'intera seconda parte della Costituzione fosse elaborato da una Commissione bicamerale, nella quale si realizzò la collaborazione delle forze di centrosinistra e di centrodestra (del quale non faceva più parte la

[12] Sul punto sia consentito rinviare a A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, cit., 24 s.
[13] Sulle procedure in deroga v. *infra*, par. 8.

Lega nord), sotto la presidenza del segretario del partito di maggioranza relativa, Massimo D'Alema. La fruttuosa conclusione dei lavori della Commissione fu presto resa inutile dal rifiuto del centrodestra di procedere all'approvazione del testo in aula. Se, a fronte di questo cambiamento di atteggiamento, il centrosinistra rinunciò a proseguire da solo, evitando una riforma della sola maggioranza politica, a seguito della crisi del governo Prodi e della costituzione di un nuovo esecutivo, presieduto proprio da D'Alema, questo assunse direttamente l'iniziativa di procedere alla modifica del solo titolo V della parte seconda della Costituzione, ritenendo particolarmente importante modificare il sistema delle autonomie e il rapporto tra queste e lo Stato, forse anche per ragioni di tattica politica, volte in particolare a recuperare i voti espressi per la Lega che, nelle elezioni del 1996, aveva superato il 10%. Per quanto si trattasse di un intervento che riprendeva largamente quello elaborato dalla "bicamerale D'Alema" e che, quindi, in quella sede era stato condiviso anche dalle forze politiche di centrodestra, il fatto che quest'ultimo (peraltro risaldatosi con la Lega nord nelle elezioni regionali del 2000) non lo condividesse più, portò alla sua approvazione con la sola maggioranza assoluta. Per la prima volta un pezzo della Costituzione veniva imposto da una parte a un'altra, facendo venir meno – per quella significativa porzione di testo – il carattere compromissorio della Carta fondamentale. In realtà, il centrosinistra, poco orgoglioso dell'operazione, cercò di sanarla chiedendo il referendum ex art. 138 Cost., che – come vedremo (essendo questa una questione oggetto di discussione e di opinioni parzialmente diverse anche tra i relatori Fusco e De Martino) – sembrerebbe pensato per consentire a chi è rimasto soccombente in Parlamento di bloccare la legge costituzionale grazie al voto popolare, piuttosto che per ottenere una conferma plebiscitaria da parte della maggioranza. In ogni caso, questo primo referendum costituzionale (che fu comunque chiesto anche dall'opposizione di centrodestra) si svolse quando il centrodestra aveva già vinto le elezioni, sostenendo che, quale che fosse stato il risultato, avrebbe comunque messo mano all'intera seconda parte della Costituzione, prevedendo, quanto ai rapporti Stato-Regioni, l'introduzione della «devolution» (grossolanamente richiamata dall'esperienza britannica di pochi anni prima). Ciò, unitamente al fatto che la data del voto era fissata per il 7 ottobre 2001, e quindi a meno di un mese dai fatti dell'11 settembre, determinò una scarsa attenzione del questo referendum, che si concluse con una netta vittoria dei favorevoli, ma a fronte di una partecipazione talmente scarsa da produrre comunque l'effetto di incrinare la legittimazione del nuovo titolo V, che anche per i problemi di funzionamento immediatamente registrati non ha mai goduto di particolare apprezzamento[14].

[14] I votanti nel referendum del 7 ottobre 2001 furono 16.843.420, e cioè il 34,05% degli

Come promesso, il secondo governo Berlusconi, presentò, nell'ottobre 2003, una propria proposta di legge di ampia modifica della seconda parte della Costituzione, che, come sopra ricordato, riprendeva la "bozza di Lorenzago", e che venne approvata senza nessun coinvolgimento dell'opposizione, sul finire della XIV legislatura[15]. In questo caso, il centrodestra, anche nella consapevolezza del proprio calo di consensi (risultato particolarmente evidente nelle elezioni regionali del 2015), non chiese il referendum, il cui eventuale mancato svolgimento avrebbe determinato l'entrata in vigore della "Costituzione Berlusconi". La richiesta arrivò, però, dal centrosinistra, cosicché, il 25 e 26 giugno 2006 si svolse il referendum che portò a una bocciatura molto netta del testo approvato dalle Camere.

Con questo referendum si concludono, in realtà, le riforme costituzionali del periodo del maggioritario in senso proprio. Come noto, infatti, in Italia, un sistema prevalentemente maggioritario è stato vigente solo dal 1993 al 2005. In questo periodo, peraltro, sono state approvate anche altre leggi costituzionali a maggioranza dei due terzi (si pensi alla legge cost. n. 1/1999 per l'elezione diretta del Presidente e la modifica della forma di governo regionale o alla legge cost. n. 2/1999 di revisione dell'art. 111, per l'introduzione del giusto processo), mentre in altri casi, pur non essendo stata raggiunta la maggioranza qualificata (ad esempio nel caso della legge cost. n. 1/2003, per la revisione dell'art. 51 con l'introduzione del principio delle pari opportunità o in quelli delle leggi cost. nn. 1/2000 e 1/2002 per il voto degli italiani residenti all'estero). Sono quindi le "grandi riforme", che mirano sostanzialmente a dar vita a una Costituzione profondamente diversa (se non a un'altra Costituzione) quelle che davvero hanno creato una forte contrapposizione e la volontà della maggioranza di affermarsi sulla minoranza (parlamentare).

La fine della XIV legislatura, quindi, coincide anche con la fine del sistema maggioritario, sostituito da un proporzionale con premio di maggioranza, alla Camera *majority assuring* e al Senato – si potrebbe dire – *majority betting*, essendo sostanzialmente una scommessa quella per cui dai premi di maggioranza attribuiti regione per regione possa emergere una maggioranza complessiva. Il sistema proporzionale con premio di maggioranza, in generale, produce quello che alcuni indicano come "effetto maggioritario" soltanto sulla maggioranza, ma non sull'opposizione, la quale, rimanendo strutturata secondo il sistema proporzionale risulta assai più divisa di quanto avvenga normalmente con il maggioritario. Ciò, in realtà, non si è verifi-

aventi diritto. Tra coloro che espressero validamente il voto (16.250.101), il 64,21% (corrispondenti a 10.433.574) votò a favore, mentre il 35,79% (5.816.527) votò contro.

[15] Sull'*iter* sia consentito rinviare per praticità ed economia espositiva a A. PERTICI e R. ROMBOLI, *Una nuova Costituzione? La modifica della seconda parte in attesa del* referendum, Plus - Pisa University Press, Pisa, 2006, 3 ss.

cato a seguito delle elezioni del 2006 e del 2008, quando la corsa al premio compattò il centrodestra e il centrosinistra, ma nel 2013, quando si confrontarono quattro principali schieramenti politici, non solo impedendo la formazione di una maggioranza elettorale al Senato, ma lasciando poi l'opposizione divisa in diversi pezzi, che può rendere più difficile il confronto parlamentare.

In questo nuovo quadro politico-partitico è, in effetti, maturata l'ultima ampia revisione della Costituzione. Infatti, dopo la bocciatura referendaria del 2006 è solo nel 2013 che l'idea di una "grande riforma" viene ripresa, tentando inizialmente di correggere l'errore delle ultime esperienze e di rimettere l'approvazione a un'ampia maggioranza, che pure inizialmente è quella di governo (Letta), per poi divenire quella del "patto del Nazareno" tra il Pd a nuova segreteria e Forza Italia (con una "scelta" di un interlocutore privilegiato nell'ambito della variegata opposizione), e quindi ripiegare, come nel 2001 e nel 2006, sulla sola maggioranza di governo (Renzi), per essere nuovamente bocciata dagli elettori proprio come nel 2006 (simili essendo anche i risultati, pur a fronte di una partecipazione al voto molto più significativa[16])[17].

A parte questa riforma costituzionale, e sempre senza considerare le leggi di modifica degli statuti speciali, durante la fase del proporzionale con premio di maggioranza ci sono state due sole leggi di revisione costituzionale (la n. 1/2007, che ha eliminato la possibilità di prevedere la pena di morte pure dalle leggi militari di guerra; la n. 1/2012 che ha introdotto l'equilibrio di bilancio nella Costituzione), entrambe approvate a maggioranza qualificata e nel secondo quasi l'unanimità[18].

Anche in questo periodo, quindi, vi è stato il tentativo di una parte politica di farsi la "sua" Costituzione (a nulla valendo il tentativo di distinguere

[16] Il referendum del 4 dicembre 2016 si è distinto, anche rispetto all'immediato precedente, per l'ampia partecipazione, giustificata dalla particolare durezza dello scontro, prima montato in Parlamento e poi ulteriormente maturato durante la lunghissima campagna elettorale. Votarono, infatti, 33.244.258 aventi diritto, pari al 65,48%. Tra coloro che espressero validamente il voto (32.852.112), il 40,88% (corrispondenti a 13.431.087) votò a favore, mentre il 59,12% (19.421.025) votò contro.

Invece, nel 2006, i votanti furono 26.110.925, pari al 52,46% degli aventi diritto. Tra coloro che espressero validamente il voto (25.753.782), il 38,71% (corrispondenti a 9.970.513) votò a favore, mentre il 61,29% (15.783.269) votò contro.

[17] Anche sulle diverse fasi attraverso le quali è maturato e si è poi sviluppato il procedimento di revisione costituzionale nel corso della XVII legislatura, sia consentito rinviare per praticità a A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, cit., 19 ss.

[18] A fronte delle ampie critiche poi ricevute dalla revisione costituzionale dell'art. 81, anche da forze politiche già presenti in Parlamento, deve sottolinearsi come in seconda deliberazione, l'approvazione avvenne, alla Camera dei deputati, con 489 sì, 3 no e 19 astenuti; al Senato, con 235 sì e 11 no e 34 astenuti.

la modifica della seconda parte dalla fedeltà alla prima[19]). E ancora una volta è stato il corpo elettorale a voler mantenere il patto compromissorio siglato all'Assemblea costituente.

Tutto ciò, in effetti, rende evidente quanto sottolinea De Martino, secondo cui le revisioni costituzionali a un certo punto si siano trasformate da garanzia della stabilità costituzionale in strumenti di indirizzo politico governativo se non di affermazione di una leadership. E a questo utilizzo da parte dei governi (soprattutto Berlusconi e Renzi) non ha saputo opporsi il Parlamento, che si è fatto anzi mettere all'angolo (nella seconda occasione più che nella prima), ma il popolo, attraverso il referendum. Ciò era, in realtà, piuttosto prevedibile perché se una revisione costituzionale è approvata da una maggioranza di parlamentari formatasi grazie al sistema elettorale maggioritario o premiale a questa non corrisponde – salvo un robusto mutamento dell'orientamento politico degli elettori – una maggioranza popolare. Il referendum, in sostanza, recupera quella manifestazione di volontà proporzionale che le Camere elette con il maggioritario o con un premio di maggioranza non possono (più) esprimere. In questo modo il referendum diviene inevitabilmente più centrale, potendo confermare il voto parlamentare solo nell'ipotesi in cui le forze politiche maggioritarie in termini di seggi, ma non di voti, abbiano a seguito delle elezioni portato sulle loro posizioni nuovi elettori. Cosa che non è accaduto né nel 2006 né nel 2016, dove, anzi, il voto popolare è sembrato esprimere un giudizio negativo non solo sulla riforma del governo, ma più in generale sull'attività di quest'ultimo. Ciò è risultato particolarmente evidente nell'ultimo caso, quando il Presidente del Consiglio ha espressamente chiesto che con quel voto si decidesse della sua permanenza in carica e perfino in politica, anche se rispetto a quest'ultima questione alla risposta non è poi stato dato seguito.

Fatte queste premesse, sempre seguendo la traccia delle relazioni, che siamo stati chiamati a discutere, possiamo affrontare le diverse fasi del procedimento.

5. La fase parlamentare

La fase parlamentare, che, nell'ambito dell'approvazione, è l'unica neces-

[19] Scriveva, infatti, già prima dell'esistenza della Costituzione C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945, VI, che «una costituzione non consiste in una serie di articoli più o meno ben allineati, e neppure in un complesso di uffici e di istituti giuridici, ma è invece una totalità di vita associata, un organismo vivente». Tra i lavori in cui si sottolinea in particolare l'unitarietà del testo della Costituzione italiana può rinviarsi, sempre per praticità, a A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, cit., 14 ss. e riferimenti dottrinari ivi citati (in part. nella nt. 2).

saria e la cui "primarietà" è stata sottolineata anche dalla Corte costituzionale con la sent. n. 496/2000, è analizzata nel dettaglio nella relazione di Piccirilli, il quale esprime una certa insoddisfazione rispetto al diritto parlamentare vigente, in quanto esso risulterebbe non idoneo a garantire le finalità di garanzia della rigidità costituzionale, tanto più dopo quella che il relatore definisce la "svolta maggioritaria", a seguito della quale – come abbiamo cercato di illustrare nel precedente paragrafo – si è registrato un ricorrente spostamento all'esterno dell'effettiva decisione finale, attribuendo al popolo quasi un ruolo di codecisore che – come vedremo meglio nel prossimo paragrafo – l'art. 138 Cost. non sembrava riservargli.

L'indebolimento della fase parlamentare rispetto a quanto l'art. 138 Cost. avrebbe potuto consentire, secondo Piccirilli è avvenuto, da un lato, attraverso quella che viene definita l'"alternatività" delle due letture e, dall'altro, con la chiusura della seconda deliberazione a qualunque proposta emendativa.

In effetti, la disciplina del procedimento di revisione prevista nella Costituzione lasciava aperte due questioni principali:

1) se il passaggio del testo alla seconda Camera dovesse necessariamente avvenire dopo che la prima lo aveva approvato in due successive deliberazioni a distanza di almeno tre mesi (tesi della "consecutività") o se, invece, fosse possibile trasmetterlo per la prima deliberazione della seconda Camera già a seguito della prima deliberazione della prima Camera (tesi dell'"alternatività");

2) se, in seconda deliberazione, la proposta fosse emendabile o no.

Quanto al primo punto, l'approdo alla tesi dell'"alternatività", come accuratamente illustrato da Piccirilli, si è verificato nel corso della seconda legislatura, in occasione dell'approvazione della legge cost. n. 2/1963, mentre la legge cost. n. 1/1953 era stata approvata seguendo la tesi della "consecutività". Questa era, in effetti, espressamente prevista inizialmente dal regolamento della Camera dei deputati, mentre nulla (né in un senso né nell'altro) prevedeva quello del Senato, che si limitava sostanzialmente a ripetere la formula dell'art. 138 Cost., con la conseguenza che si adattò, nella prima occasione, a seguire l'impostazione della Camera (dalla quale il procedimento era partito). Questa impostazione fu oggetto di alcune critiche, in particolare Mortati ritenendo l'"alternatività" meglio confacente all'*original intent* dei Costituenti, che erano giunti a prevedere la doppia deliberazione di cui all'art. 138 Cost. dopo avere abbandonato la proposta di due deliberazioni in due diverse legislature, per cui prima ci sarebbe stata l'approvazione della Camera e del Senato, quindi il loro scioglimento e, a seguito delle elezioni, la seconda approvazione, in sequenza, da parte delle due Camere. A questa obiezione si aggiungeva quella dell'eccessivo allungamento dei tempi, che, come vedremo, è sempre utilizzata al fine di contenere ogni aggravamento

procedurale. In effetti, in occasione dell'approvazione della legge cost. n. 2/1963, proprio questa seconda obiezione sembra essere stata determinante (come ricordato anche nella relazione di Piccirilli) per approdare alla tesi dell'"alternatività". Infatti, procedendo in aderenza alla tesi della "consecutività", la legge cost. n. 2/1963, sulla modifica della composizione delle Camere e sulla equiparazione della durata della legislatura nei due rami del Parlamento, non sarebbe potuta essere probabilmente approvata entro la fine della terza legislatura.

Nell'ottica di una maggiore garanzia (parlamentare) della rigidità, ritenuta necessaria per non scaricare tutto sulla fase referendaria, Piccirilli riterrebbe quindi opportuno che, attraverso un intervento regolamentare, si ripristinasse la consecutività delle deliberazioni di ciascuna Camera. Viceversa, quanto alla seconda deliberazione, egli ritiene preferibile mantenerla chiusa rispetto a qualunque modifica, sembrando altresì aderire alle tesi della "doppia conforme" rispetto alla seconda lettura da parte della Camera che ha già deliberato, con la conseguenza che questa – come in qualunque procedimento legislativo – potrebbe reintervenire soltanto sulle parti modificate dall'altra Camera (o su quelle strettamente connesse).

Nel complesso, quindi, Piccirilli, ritiene che si possa rafforzare la garanzia parlamentare della rigidità soltanto attraverso la consecutività delle deliberazioni di ciascuna Camera. Ciò non pare, in realtà, del tutto persuasivo, soprattutto di fonte ad iniziative governative che tendono inevitabilmente a compattare la maggioranza parlamentare, quasi ponendo una sorta di fiducia implicita (essendo forse la vera e propria questione di fiducia, per ora, l'unica forzatura che è stata evitata[20]). In effetti, in situazioni in cui il governo presenta la propria proposta e ne pretende il sostegno da parte della sua maggioranza (magari fino al punto da rimuovere dalla commissione i parlamentari dissenzienti, secondo quanto avvenuto nella XVII legislatura), mantenere, dopo la prima approvazione, nella disponibilità della Camera che ha deliberato, per almeno altri tre mesi, una proposta immodificabile sembra poco utile, essendo altamente improbabile che quella stessa maggioranza, dopo qualche mese, la respinga (salvo forse nel caso in cui un governo di coalizione sia entrato nel frattempo in crisi). Nei due casi in cui sono state approvate le più ampie revisioni della Costituzione poi respinte dagli eletto-

[20] Piccirilli ritiene che, nonostante i molti tratti comuni, la revisione costituzionale debba rientrare tra le garanzie costituzionali e non nella funzione legislativa. Questo serve, tra l'altro, per escludere l'apponibilità della questione di fiducia. L'esclusione di quest'ultima, in realtà, potrebbe forse essere giustificata anche in ragione della maggioranza richiesta, superiore – almeno in seconda deliberazione – a quella richiesta per l'approvazione, appunto, della fiducia. La questione sarebbe semmai se far valere ciò solo nella seconda deliberazione (unica nella quale è richiesta una maggioranza superiore a quella semplice) o, in ragione dell'unicità del procedimento, sin dalla prima.

ri, in effetti, non sembra che la consecutività avrebbe prodotto particolari effetti, non essendo in quel periodo cambiato il quadro politico e sembrando verosimile che sia la maggioranza a sostegno del secondo governo Berlusconi sia quella a sostegno del governo Renzi avrebbero semplicemente confermato il testo già deliberato tre mesi prima. Addirittura si potrebbe pensare che, essendosi potenzialmente esauriti i passaggi presso la prima Camera, vi sarebbe stata una maggiore pressione politica sulla seconda Camera per spingerla a limitarsi a confermare quanto già deliberato dalla prima, al fine di non perdere tempo, rimettendo poi la decisione ai cittadini e quindi scaricando ancor più sulla fase referendaria la rigidità costituzionale.

Sembra invece che sarebbe più efficace, per rafforzare il ruolo del Parlamento nella garanzia della rigidità, l'apertura della seconda deliberazione. Questa strada, pur ad oggi sempre esclusa dai regolamenti parlamentari, è stata sostenuta in dottrina[21], recentemente, anche in una variante "minima", che renderebbe possibile, a regolamenti vigenti (che prevedono le limitazioni volte a "chiudere" la seconda deliberazione solo per la fase assembleare), consentire l'emendabilità in commissione[22], che diverrebbe così sostanzialmente riunita, nell'ambito dell'*iter* che porta alla seconda deliberazione, in sede redigente, ciò potendo porre qualche dubbio di compatibilità con l'art. 72, ultimo comma, Cost., che prescrive la procedura normale per i disegni di legge in materia costituzionale, pur dovendosi riconoscere che, in realtà, si tratterebbe di un aggravamento rispetto al procedimento fino ad oggi seguito.

In ogni caso, l'apertura della seconda deliberazione, che si potrebbe eventualmente considerare tale solo in caso di approvazione senza modifiche, divenendo altrimenti una seconda lettura, avrebbe certamente l'inconveniente di rendere assai più difficile la conclusione del procedimento di revisione entro la legislatura, che – come noto – rappresenta l'orizzonte di ogni iter parlamentare. Se questa preoccupazione, in effetti, fu probabilmente determinante per passare dall'"alternatività" alla "consecutività" delle deliberazioni, a maggior ragione depone contro l'apertura della seconda deliberazione. Forse, una soluzione a questo problema potrebbe essere trovata, seppure a livello costituzionale (con tutta la complessità che ciò determina), riprendendo in parte la proposta iniziale dell'Assemblea costituente, secondo la quale, come abbiamo già ricordato, dopo una prima deliberazione da parte di entrambe le Camere, queste sarebbero dovute essere sciolte per la-

[21] Cfr. almeno A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1960, 269 s.; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, 409 s., ma più ampi riferimenti dottrinari sono contenuti nella relazione di G. Piccirilli alla quale, per praticità, si rinvia.

[22] G. RIVOSECCHI, *Fattore tempo e garanzie procedurali nella fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale (a proposito della "soluzione Alfonso Tesauro")*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Jovene, Napoli, 2010, 1247 s.

sciare a quelle formatesi dopo le nuove elezioni il compito di procedere eventualmente all'approvazione definitiva. Anche senza arrivare a questa necessità, che presenta certamente la controindicazione di scoraggiare il Parlamento a intraprendere un procedimento "suicida", come sarebbe in tal caso quello di revisione costituzionale, si potrebbe però prevedere che, se nell'ambito di un procedimento di revisione costituzionale, al momento dello scioglimento delle Camere è intervenuta la prima deliberazione da parte di entrambe queste, il procedimento si intende sospeso e può essere ripreso, per la seconda deliberazione, nella successiva legislatura. In questo modo si potrebbero superare tutte le obiezioni che sono normalmente formulate per comprimere i passaggi parlamentari – e con essi, come sottolinea lo stesso Piccirilli – la rigidità. Tra gli inconvenienti di questa proposta certamente vi sarebbe quello relativo alla necessità – che ci pare però insuperabile – di introdurlo modificando l'art. 138 Cost., seguendo la procedura ivi prevista, con la conseguenza che, anche superando le obiezioni alla possibilità di modificare le norme sulla revisione (cosa che sembra ormai generalmente accettata, almeno quando ciò avvenga in modo stabile e non derogatorio, secondo quanto vedremo nel par. 8), non parrebbe agevole porla in essere, soprattutto in un momento storico-politico di scarsa legittimazione reciproca tra le forze politiche presenti in Parlamento.

Tutto considerato, quindi, l'intervento meno gravoso, ma comunque capace di rafforzare la discussione nella fase parlamentare, potrebbe essere quello di consentire, in seconda lettura, anche modifiche di parti del testo su cui sarebbe maturata una doppia conforme, che abbiano una correlazione – da intendere in termini ampi, in considerazione del fatto che, come affermato da Cheli, «in un testo di riforma costituzionale tutte le parti si presentano tra loro necessariamente interconnesse dal momento che, per loro natura, i congegni costituzionali sono in grado di funzionare solo se parti di un sistema coerente e unitario dove tutto si tiene»[23] – con altre parti modificate dall'altra Camera. Ciò fu in effetti consentito nel 1993, in occasione della revisione dell'art. 68[24]. In questo modo, se a seguito di una riflessione intercorsa, anche grazie allo sviluppo del dibattito parlamentare – possibilmente accompagnato da un adeguato dibattito pubblico – fosse emersa l'opportunità, quando non la necessità, di tornare su una norma già approvata due volte

[23] Così, il professor Enzo Cheli nell'audizione in I Commissione (Affari Costituzionali) del Senato del 3 agosto 2015, ma v. altresì E. CHELI, *La riforma costituzionale all'esame del Senato*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1, 2015.

[24] Allora la riapertura del testo fu possibile grazie a un parere approvato all'unanimità (in conformità del principio del *nemine contradicente*) dalla Giunta per il regolamento della Camera in data 5 maggio 1993, a seguito dell'intervento del Presidente della Camera Napolitano, volto a sottolineare la specificità del procedimento di approvazione delle leggi costituzionali rispetto a quelle ordinarie.

nello stesso testo, che presentasse una qualche correlazione (probabilmente non difficile da trovare, appunto, in un testo costituzionale) con altre già oggetto di modifica, lo si potrebbe fare. Se ciò non è stato consentito in via interpretativa, forse potrebbe essere garantito attraverso una norma regolamentare che espressamente allargasse i termini della «connessione», differenziandola rispetto a quella prevista relativamente al procedimento per le leggi ordinarie, che come abbiamo visto deve essere «stretta».

Sempre nella logica di valorizzare (o ri-valorizzare) la fase parlamentare, si potrebbe anche intervenire sui regolamenti parlamentari al fine di differenziare maggiormente il procedimento di revisione costituzionale da quello legislativo, al quale in prima lettura sembra quasi totalmente assimilato, come sottolineato da Piccirilli, che pure evidenzia, in modo interessante e, a nostro avviso corretto, «l'autonomia della revisione costituzionale rispetto alla funzione legislativa, non perché entrambe non siano ascrivibili, appunto, al procedimento di decisione parlamentare proposto nella medesima sede, ma perché la finalizzazione di ciascuna delle due decisioni, nonché gli strumenti, le maggioranze richieste e le basi nel testo costituzionale risultano distinte e differentemente orientate», considerando la revisione costituzionale da ricondurre tra le "garanzia costituzionali", come da collocazione nell'ambito della Costituzione.

La valorizzazione di questa autonomia potrebbe quindi richiedere la distinzione, anche in prima deliberazione, dal procedimento ordinario, almeno rispetto agli strumenti di compressione di questo, stabilendo, ad esempio, l'esclusione del procedimento abbreviato e del contingentamento, che certamente depotenzia questa fase per scaricare il confronto su quella referendaria, dove però tutto si riduce a prendere o lasciare.

6. La fase popolare: il referendum

La fase del referendum, eventuale e facoltativa, è definita da quella parlamentare, nella quale si fissa, infatti, l'oggetto della legge costituzionale su cui poi interverrà il corpo elettorale. Vi è, infatti, una perfetta identità tra l'oggetto del voto finale delle Camere e quello degli elettori nel referendum, il cui quesito – in base a quanto disposto dall'art. 16 della legge n. 352/1970 – consiste in due possibile formule, la prima delle quali prevede l'approvazione del «testo della legge di revisione dell'articolo (o degli articoli)… della Costituzione», mentre la seconda nell'approvazione del «testo della legge costituzionale … concernente …». Chiaramente, in questo secondo caso, il titolo della legge costituzionale finisce sulla scheda e ciò può indurre i proponenti a precostituire un titolo suggestivo o comunque ritenuto seduttivo, come avvenuto nel caso della proposta di revisione della se-

conda parte della Costituzione presentata dal governo Renzi, la quale recava «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», a differenza delle due precedenti leggi costituzionali sottoposte a referendum, le quali avevano titoli molto sintetici e meramente descrittivi: quella del 2001 «Modifica del Titolo V della parte II della Costituzione» e quella del 2006 «Modifiche alla Parte II della Costituzione». Il titolo dell'ultima riforma si presentava, invece, particolarmente complesso, eterogeneo al suo interno e atipico rispetto ai precedenti, essendo stato oggetto di critiche in dottrina[25]. Certamente, la scelta di questo titolo, passata inizialmente sotto silenzio (anche considerato che il titolo non è sottoposto ad alcuna votazione), era stata poi giudicata, anche nel dibattito pubblico, (troppo) accattivante rispetto ad alcune istanze popolari emergenti (come la riduzione dei costi della politica e la riduzione dei parlamentari), non a caso ben evidenziate in un titolo, che, invece, trascurava altre parti del testo, evidentemente non abbastanza "seduttive" e che quindi si potrebbe forse definire un tiolo "populista". In concreto, peraltro, si potrebbe dubitare che, nel complesso, quel titolo risultasse molto attrattivo, ma soprattutto che qualcuno decidesse come votare dopo avere letto, nella cabina elettorale, il titolo stampato sulla scheda, ma ciò non toglie che la questione sia rilevante e che andrebbe probabilmente regolamentata. E ciò tanto più considerato che pare condivisibile la conclusione alla quale giunge Fusco, per cui, in ogni caso, una volta che la legge costituzionale è stata approvata con un certo titolo è questo ad essere sottoposto agli elettori, secondo la ricordata formula dell'art. 16 della legge n. 352/1970.

Una questione per alcuni versi collegata a quella del titolo, e del pari emersa con particolare forza in occasione del referendum del 2016, è quella dell'omogeneità del quesito, su cui si sofferma Fusco, la quale, anche riprendendo parte della dottrina già espressasi su questi punti, giunge alla conclusione che l'oggetto del voto è il testo approvato dal Parlamento, ad ulteriore conferma di come le due fasi siano strettamente connesse e di come vi sia una "primarietà" di quella parlamentare. In effetti, convince la tesi per cui il referendum tende a non essere considerato come un'ulteriore e autonoma deliberazione, ma come una condizione di efficacia della legge costituzionale, già "perfetta" a seguito dell'approvazione delle Camere[26].

[25] P. CARNEVALE, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione attualmente in* itinere, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, 8 ss.

[26] In merito, S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, 142 ss., il quale evidenzia anche come da ciò derivi una conseguenza pratica. Infatti, sulla base della considerazione del referendum come condizione di efficacia, non

In proposito, quindi, occorre sgombrare il campo dall'utilizzazione, nell'ambito del referendum costituzionale, degli argomenti che la Corte costituzionale ha utilizzato per pretendere – con una giurisprudenza peraltro non priva di criticità – l'omogeneità del quesito[27]. Infatti, mentre il quesito abrogativo è nella piena disponibilità dei promotori, che possono scegliere come costruirlo (nei limiti della formulazione del testo normativo su cui si vuole incidere), al contrario, nel referendum costituzionale, come già evidenziato, il quesito corrisponde al testo della delibera approvata in seconda deliberazione a maggioranza assoluta (ma inferiore ai due terzi) delle due Camere, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale[28]. Per pretendere l'omogeneità del quesito, occorrerebbe poter pretendere anche quella del testo della legge, senza considerare che manca comunque in questo caso un giudice dell'ammissibilità, come comprensibile in considerazione del fatto che la fase eventuale del referendum può essere preclusa solo dall'approvazione da parte della maggioranza dei due terzi nella seconda deliberazione di ciascuna delle due Camere.

Se quindi rimane vero che anche in questo caso, a causa dell'eventuale assenza di omogeneità del testo approvato, la libertà di voto dell'elettore risulta coartata[29] dalla necessità di esprimersi o totalmente a favore (accettando anche eventuali norme che non condivide) o totalmente contro (rinunciando all'introduzione anche di eventuali norme che condivide), a questo non pare ci si possa nel caso sottrarre, non potendosi che compiere una valutazione complessiva, come peraltro debbono fare i parlamentari nella deliberazione finale, in virtù della scelta di considerare questa "chiusa" secondo quanto abbiamo detto nel par. 5.

La questione dell'omogeneità è stata oggetto di particolare attenzione rispetto al referendum costituzionale del 2016, dando luogo anche a un ampio contenzioso. In questo ambito, particolare interesse ha suscitato un ricorso presentato di fronte al Tribunale ordinario di Milano, in sede cautelare anticipatoria ex art. 700 c.p.c. (essendo evidente il *periculum in mora* a fronte dell'imminenza della consultazione referendaria), per impugnare la legge n.

opererebbe, in caso di bocciatura referendaria, il divieto di ripresentare il progetto di legge prima di sei mesi dalla reiezione, previsto dai regolamenti di entrambe le Camere, che varrebbe solo per la mancata approvazione parlamentare.

[27] Il punto è stato da tempo evidenziato da P. CARNEVALE, *Il "referendum" abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, Cedam, 1992, 233 ss.

[28] In merito sia consentito rinviare *amplius* a A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum*, 197. Dobbiamo peraltro ricordare come anche nell'ambito del *referendum* abrogativo la Corte costituzionale sia stata generalmente meno rigida nel giudicare l'omogeneità quando il quesito avesse ad oggetto un'intera legge.

[29] V. A. PACE, *Processi costituenti italiani 1996-1997*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, t. II, Milano, Giuffrè, 1999, 1140 s.

352 del 1970 nella parte in cui non consente la scomposizione del quesito stesso.

I ricorrenti avevano proposto un'azione in via d'urgenza, volta ad ottenere l'accertamento della lesione del proprio diritto di voto, in tesi già realizzatosi con l'atto di indizione del referendum costituzionale, affermando che esso non sarebbe potuto essere esercitato in piena libertà ai sensi degli artt. 1 e 48 Cost., in assenza dei necessari caratteri di omogeneità del quesito, richiesti secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo. Il Tribunale, però, ha dichiarato la questione inammissibile per motivi processuali, che qui hanno poco interesse[30], ma, in modo piuttosto singolare, ha formulato comunque alcune considerazioni di merito «solo per il caso non si intenda condividere le argomentazioni sin qui espresse». Esse procedono attraverso l'inquadramento della natura del referendum costituzionale, che è senza esitazione qualificata come oppositiva.

La questione è di particolare rilievo e su di essa si sofferma anche Fusco, la quale non prende, però, precisa posizione tra le tesi che sostengono la natura oppositiva e quelle che affermano, invece, la natura confermativa. Se, in effetti, la possibilità di richiesta anche da parte della maggioranza (*rectius*, da una parte della maggioranza) che ha votato a favore della legge costituzionale in Parlamento, utilizzata sia nel 2001 che nel 2016, sembra avere contribuito ad elaborare tesi circa la natura non oppositiva (o almeno non necessariamente oppositiva)[31], a nostro avviso, invece, un'adeguata valorizzazione degli elementi caratterizzanti pare condurre alle conclusioni raggiunte anche dal giudice milanese circa la natura oppositiva.

L'elemento più forte, da questo punto di vista, sembra quello della facoltatività della richiesta (ancor più della sua eventualità, subordinata al mancato raggiungimento della maggioranza qualificata), rendendo evidente che chi non ha nulla in contrario rispetto a quanto deliberato dal Parlamento attenda il decorso del tempo per l'entrata in vigore. Nella stessa direzione, poi, spinge anche l'assenza della previsione di un quorum di partecipazione: se infatti si volesse una conferma della delibera parlamentare si dovrebbe prevedere che questa fosse votata dalla maggioranza[32], anche perché altri-

[30] In merito può rinviarsi a G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1/2017.

[31] L. GENINATTI SATÈ, *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

[32] In proposito possiamo ricordare che una delle procedure derogatorie dell'art. 138 Cost. e segnatamente quella contenuta nella legge cost. n. 1/1997, prevedendo il referendum necessario, con evidenti finalità confermative, richiedeva la partecipazione a questo della maggioranza degli aventi diritto (non così, invece, la procedura derogatoria di cui alla legge cost. n. 1/1993, che pure prevedeva il referendum obbligatorio).

menti il referendum finirebbe per indebolire la delibera parlamentare (come probabilmente accadde nel 2001). La stessa Fusco, in effetti, sottolinea, in modo condivisibile, come la presenza del quorum avrebbe fatto del referendum «il vero momento della decisione, svalutando la decisione adottata in sede parlamentare», senza considerare che se il quorum non fosse raggiunto la decisione assunta dal Parlamento non potrebbe entrare in vigore, spostando così ulteriormente alla fase referendaria il reale momento di decisione.

Ancora a favore della natura oppositiva, in effetti, spinge il fatto che l'iniziativa spetta a minoranze (in particolare una minoranza parlamentare, una frazione del corpo elettorale, alcuni consigli regionali), che, quindi, si suppone vogliano contrastare quanto approvato da una maggioranza parlamentare. Ciò può risultare particolarmente evidente con riferimento all'iniziativa di un quinto dei membri di una Camera, i quali, rimasti soccombenti nel voto parlamentare, ma ritenendo le proprie posizioni in sintonia con quelle degli elettori, potrebbero ricorrere a questi per rovesciare il risultato ottenuto in Parlamento. Naturalmente, però, un comitato promotore di un referendum può essere organizzato anche da chi ha concorso all'approvazione della legge[33], così come un quinto dei membri di una Camera possono essere anche una porzione della maggioranza, non sembrando possibile limitare la possibilità di richiesta soltanto a chi ha votato contro nella deliberazione finale, perché ciò si porrebbe in contrasto con il divieto di mandato imperativo. In effetti, come sopra evidenziato, sia nel 2001 che nel 2016 parlamentari di maggioranza hanno chiesto il referendum, nel tentativo di vedere confermata dal popolo una revisione della Costituzione ottenuta "a colpi di maggioranza". In sostanza, con il voto popolare, le ridotte maggioranze parlamentari (peraltro gonfiate, in termini di seggi, dal sistema elettorale) hanno cercato di dare alla riforma in questione quella legittimazione che il voto parlamentare non era riuscito a conferirgli. Questa prospettiva, peraltro, è stata valorizzata, in occasione dell'ultima ampia revisione della seconda parte della Costituzione praticamente dall'inizio. Infatti, a fronte dell'immediata indisponibilità manifestata dal governo, che è stato l'attore protagonista di tutto il percorso sin dalla proposta, di modificare i punti essenziali, e in particolare quello più discusso, consistente nella totale sottrazione della composizione del Senato al suffragio popolare diretto, è stato immediatamente detto che comunque il testo sarebbe stato sottoposto a referendum, evitando la sua approvazione a maggioranza dei due terzi, anche ove questa fosse stata raggiungibile (come, nella fase in cui la riforma era

[33] Ciò è avvenuto sia nel 2001 che nel 2016. In quest'ultima occasione, peraltro, si costituirono comitati promotori del referendum sia a favore che contro la riforma costituzionale, ma singolarmente raccolsero, nei tempi previsti dalla legge, le firme necessarie, solo i primi, che furono poi sconfitti nel referendum.

sostenuta anche da Forza Italia, sarebbe stato probabilmente possibile). È chiaro che un atteggiamento di questo tipo è teso a depotenziare la fase parlamentare, che dall'inizio si era infatti detto dover essere svolta in fretta[34], per fare della votazione popolare nel referendum il momento determinante per l'approvazione della proposta governativa.

Il modello, in sostanza, non sembra tanto quello dell'art. 138, rispetto al quale la parte definita dalla Corte costituzionale come "primaria" diviene quasi un mero intralcio, ma quello di de Gaulle, che nel 1962, per introdurre l'elezione diretta del Presidente non seguì il procedimento di revisione costituzionale, ma rivolse direttamente la sua proposta al popolo, con un'evidente forzatura, in quel caso praticata attraverso la norma costituzionale (art. 11) che consente al Presidente, su proposta del governo, di sottoporre a *referendum* ogni progetto di legge concernente l'organizzazione dei pubblici poteri. In Italia una tale possibilità non è fortunatamente data, ma, pur nel formale rispetto dell'art. 138 Cost., il tentativo è stato quello di saldare la volontà del governo, che aveva assunto l'iniziativa (e non era disponibile a modifiche sostanziali), con quella popolare, secondo una modalità tecnicamente qualificabile come populista, nella misura in cui cerca il rapporto diretto tra popolo e *leadership*, mal tollerando i freni delle garanzia costituzionali[35].

D'altronde, nella ricerca di una posizione che eviti l'alternativa tra carattere oppositivo e confermativo, Fusco ritiene che il referendum sia volto soprattutto «a garantire la massima dialettica nella revisione costituzionale», anche se, in realtà, il momento in cui la consultazione popolare è destinata a intervenire non pare il più adatto a questo scopo. Infatti, il referendum si svolge – eventualmente – su un testo che, come dicevamo, è ormai chiuso e rispetto al quale gli elettori possono solo prendere o lasciare (in blocco). Quindi, quand'anche la campagna referendaria, tendenzialmente lunga e nell'ultima occasione lunghissima, consenta di approfondire i contenuti deliberati dalle Camere, ciò non è d'aiuto al testo, ma solo alla scelta sintetica del voto. Più interessante, al fine di garantire quella massima dialettica alla quale fa riferimento la relatrice, sarebbe intervenire per consentire un più ampio dibattito parlamentare, secondo quanto detto nel paragrafo precedente, anche sulla base di alcune indicazioni emerse dalla relazione di Piccirilli. Un più lento e compiuto confronto in sede parlamentare

[34] In questo senso andavano le dichiarazioni della ministra senza portafoglio per le riforme costituzionali sin dalla prima lettura in Senato, nell'estate 2014.

[35] V., in part., E. SHILLS, *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*, Free Press, Glencoe (Illinois), 1956, ma più recentemente, soprattutto con riferimento all'intolleranza rispetto ai "freni" costituiti dalle garanzie, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. di C. Paternò, Laterza, Bari, 2009; C. CHIMENTI, *Il populismo fra democrazia e demagogia*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, 1, 26 ss.; N. URBINATI, *Cinque domande su democrazia e popolo*, in *La rivista il Mulino*, n. 2/2018; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo*, in *www.forumcostituzionale.it*.

potrebbe consentire un suo svolgimento anche nell'ambito del pubblico dibattito, ferma sempre restando la possibilità di organizzare forme più evolute e istituzionalizzate di partecipazione dei cittadini[36], certamente agevolate dal progresso dell'informatizzazione.

Ora, come dicevamo, la tesi della natura oppositiva è stata recentemente sostenuta anche dal tribunale di Milano, il quale – dimostrando come si tratti di una questione tutt'altro che teorica – ne deduce che l'eventuale dissenso rispetto alla deliberazione parlamentare debba esprimersi sul testo complessivamente oggetto di votazione da parte delle Camere, perché altrimenti il corpo elettorale finirebbe per esercitare compiutamente una funzione di revisione costituzionale, mentre esso è soltanto «istanza di freno, di conservazione e di garanzia».

Ciò implica, tra l'altro, che non possa essere rimessa ai promotori la scelta di un eventuale "spacchettamento" (da più parti in effetti auspicato proprio nell'ultima occasione), che attribuirebbe loro una funzione creativa, eventualmente determinante per la successiva formazione del testo costituzionale, che potrebbe anche divenire incompleto o incoerente o contraddittorio. Così, ad esempio, rispetto alla riforma costituzionale votata nel 2016, non sembrava praticabile quella che avrebbe separato la revisione del titolo I (Parlamento) dal titolo V (Regioni, Province e Comuni), essendovi, tra queste due parti più correlazioni, con la conseguenza che l'eventuale diverso esito dei due referendum ci avrebbe restituito un testo costituzionale contraddittorio e con notevoli problemi di funzionamento.

Contro la possibilità di suddividere il testo approvato in più quesiti militano, peraltro, anche argomenti testuali: infatti, l'art. 138, secondo comma, Cost. prevede che siano sottoposte a referendum «le leggi stesse», cioè quelle che, in base al precedente comma, sono state approvate con due deliberazioni, adottate a una distanza non inferiore a tre mesi, nella seconda delle quali deve essere raggiunta la maggioranza assoluta. Quindi, il testo sottoposto a referendum è quello della legge approvata dal Parlamento (e rispetto alla quale il referendum svolge la funzione di una condizione sospensiva). Nel medesimo senso sembra andare la legge n. 352/1970, che fa riferimento a «il quesito» e comunque sembra sempre presupporre la richiesta di un referendum sulla legge approvata[37].

[36] In tal senso può ricordarsi quanto sperimentato in Islanda tra il 2010 e il 2013, quando fu seguito un procedimento di elaborazione della Costituzione, c.d. di *"crowdsourcing"*, attraverso il quale, in una prima fase, vi fu la consultazione di poco meno di mille persone, che si riunirono per un giorno allo scopo di decidere i principi e i valori fondanti, quindi la formazione di una piccola assemblea, che coinvolse attraverso i social tutti i cittadini, che ebbero la effettiva possibilità di influire sul testo, verificando il riscontro al loro contributo anche grazie alla trasparenza dei lavori, e quindi la sottoposizione a un referendum, che ebbe esito ampiamente positivo, anche se poi il Parlamento bloccò la riforma.

[37] Cfr. anche G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario*, cit. e A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali*?, in *www.federalismi.it*, n. 4/2016, 2 s.

Ai diversi argomenti già dedotti, la dottrina ha recentemente aggiunto quello per cui la mancanza dell'istituto della promulgazione parziale della legge deporrebbe per una necessaria corrispondenza tra il testo sottoposto a deliberazione parlamentare e quello su cui viene richiesto il quesito referendario[38].

Al di là della sua qualificazione, il referendum pone questioni più specifiche. La prima attiene alla scansione temporale del sub procedimento. Infatti, dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta del testo approvato a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi, decorrono i tre mesi per la presentazione delle richieste, mentre ai sensi dell'art. 12, terzo comma, della legge n. 352/1970, da questa data decorrono i trenta giorni entro cui l'Ufficio centrale per il referendum deve pronunciarsi sulla legittimità delle richieste, con ordinanza che, ai sensi dell'art. 13 della stessa legge n. 352/1970, deve essere «immediatamente» comunicata alle autorità competenti per l'indizione del referendum. Il Presidente della Repubblica, quindi, entro sessanta giorni dalla comunicazione, deve indire il referendum in una domenica compresa tra il cinquantesimo e il settantesimo giorno successivo all'emanazione del decreto. Ciò, potrebbe determinare la necessità che il Presidente della Repubblica fissasse la data del referendum prima che fossero esauriti i tre mesi di tempo per lo svolgimento del referendum. La questione si pose concretamente a seguito dell'approvazione della riforma del titolo V, perché, a fronte della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale il 12 marzo 2001, il 13 marzo erano già state avanzate, da due gruppi di senatori, due richieste di referendum, che l'Ufficio centrale per il referendum aveva dichiarato legittime il 22 marzo. Il Presidente della Repubblica avrebbe quindi dovuto indire il referendum con un decreto recante data non successiva al 22 maggio, mentre le richieste di referendum sarebbero potute essere presentate fino al 12 giugno. La presentazione di una richiesta non può essere considerata inutile anche a fronte del fatto che ve ne siano già state altre, per giunta già dichiarate legittime, perché, da un lato, la presentazione di una richiesta da parte di alcuni soggetti rispetto ad altri può avere conseguenze politiche importanti, dall'altro, la qualità di presentatori consente di avere determinati spazi sui mass media ed eventualmente di poter agire anche in sede di conflitto tra poteri. Per evitare, quindi, che la scansione temporale prevista dalla legge n. 352/1970 impedisse la presentazione di ulteriori richieste nel termine costituzionalmente consentito, la presidenza del Consiglio pubblicò sulla Gazzetta ufficiale del 7 maggio 2001 un comunicato con il quale dichiarava che si riteneva che i sessanta giorni per l'indizione decorressero dalla scadenza del termine dei tre mesi per la presentazione delle ri-

[38] G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario*, cit.

chieste[39]. Si tratta di una sorta di interpretazione adeguatrice, successivamente sempre seguita, condivisibile nella sostanza, per l'importanza che ha lasciare a tutti i soggetti legittimati (a partire dagli elettori) la possibilità di depositare le richieste secondo quanto previsto dalla Costituzione, ma che altrettanto certamente sembra contenuta in un atto non adeguato. Per questo sarebbe utile modificare la legge n. 352/1970, rendendola maggiormente in linea con il testo dell'art. 138 Cost.

7. La promulgazione e la pubblicazione

La pubblicazione può avere la funzione di provocare l'entrata in vigore di una norma o quella di segnare la data dalla quale far decorrere un termine[40]. Il primo caso è quello che si verifica per qualunque atto normativo, al fine di assicurarne la generale conoscibilità, mentre il secondo si ha in relazione a procedimenti di formazione di atti normativi che richiedono un aggravamento.

È quanto avviene anche nel procedimento di cui all'art. 138 Cost., nel quale possiamo avere o solo la pubblicazione definitiva (con la funzione di determinare l'entrata in vigore della legge costituzionale), a seguito di promulgazione, quando sia stata raggiunta in seconda deliberazione la maggioranza dei due terzi; o la pubblicazione a fini notiziali, non preceduta da promulgazione[41], quando la proposta sia stata approvata a maggioranza assoluta ma inferiore ai due terzi, la data della Gazzetta ufficiale rappresentando il *dies a quo* per il decorso dei tre mesi entro i quali è possibile presentare la richiesta di referendum[42]. In questo secondo caso, in cui – sottolinea

[39] P. PASSAGLIA, *Il referendum costituzionale*, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Plus - Pisa University Press, Pisa, 2006, 370 ss.

[40] V. anche Corte cost. n. 304/2002, relativa al procedimento di approvazione degli statuti regionali ex art. 123 Cost.

[41] In proposito Fusco, nella sua relazione (par. 3), ricorda come Perassi, alla Costituente, avesse precisato che, proprio in collegamento con la natura oppositiva del *referendum* costituzionale (al quale non doveva essere attribuita la configurazione giuridica di un veto), la pubblicazione della legge costituzionale non approvata a maggioranza qualificata non dovesse essere preceduta dalla promulgazione.

[42] A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Giuffrè, Milano, 1963, 99 e 140 s. La forma di questa pubblicazione è disciplinata all'art. 3 della legge n. 352/1970, da cui risultano le differenze rispetto alla pubblicazione a cui segue l'entrata in vigore dopo il termine di *vacatio legis*: l'espressa indicazione dell'approvazione «a maggioranza assoluta ma inferiore ai due terzi», l'avvertimento che entro tre mesi è possibile presentare la richiesta di referendum da parte dei soggetti legittimati, la collocazione nella Gazzetta ufficiale in posizione distinta rispetto alle altre leggi, l'assenza di numero d'ordine e della formula di promulgazione.

Fusco – la pubblicazione integra l'aggravamento del procedimento di revisione, possono realizzarsi poi tre diverse evenienze: 1) che nessuna richiesta di referendum sia legittimamente presentata[43], nel qual caso il Presidente procede alla promulgazione alla quale segue la pubblicazione definitiva, a seguito della quale, dopo il termine di *vacatio legis*, la legge costituzionale entra in vigore (art. 5, legge n. 352/1970); 2) che, a seguito della legittima presentazione di una o più richieste di referendum, esso sia indetto con decreto del Presidente della Repubblica in una domenica compresa tra il cinquantesimo e il settantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione e produca un risultato favorevole all'approvazione del testo già legittimamente approvato dalle Camere, nel qual caso il Presidente della Repubblica procede alla promulgazione alla quale segue la pubblicazione definitiva, cosicché, dopo il termine di *vacatio legis*, la legge costituzionale entra in vigore (art. 25, legge n. 352/1970); 3) che, a seguito della legittima presentazione di una o più richieste di referendum, esso sia indetto con decreto del Presidente della Repubblica in una domenica compresa tra il cinquantesimo e il settantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione e produca un risultato contrario all'approvazione del testo già legittimamente approvato dalle Camere, nel qual caso non si procede alla promulgazione e alla pubblicazione del testo per la sua entrata in vigore, ma alla pubblicazione del comunicato del verbale con cui l'Ufficio centrale per il referendum dà atto dell'esito «non favorevole» della votazione (art. 26, legge n. 352/1970).

Un aspetto interessante che la relazione di Fusco non ha avuto modo di sviluppare è quello del potere di rinvio presidenziale. Infatti, questo è previsto dalla Costituzione nell'ambito del procedimento legislativo, le cui norme sono generalmente considerate applicabili anche alla revisione costituzionale, salvi gli aggravamenti previsti all'art. 138 Cost. Tuttavia, in dottrina è stata da più parti sostenuta l'esclusione del rinvio presidenziale. Secondo alcuni[44] perché il procedimento di cui all'art. 138 Cost. già prevede una seconda deliberazione, che il rinvio provoca nel procedimento ordinario. Questo, però, non ci pare troppo persuasivo, perché la seconda deliberazione non tiene conto dei rilievi di un organo di garanzia come il Presidente della Repubblica, a seguito dei quali le Camere potrebbero pure essere indotte a non deliberare ulteriormente, abbandonando il testo. Da altri, invece, è stato «escluso che il Presidente della Repubblica possa rinviare le legge […], dato che questo controllo è da ritenere superato dalla manifestazione di volontà

[43] L'ipotesi si verifica pertanto sia quando nessuno dei soggetti competenti ai sensi dell'art. 138, secondo comma, Cost. abbia presentato richiesta, sia quando quest'ultima sia stata presentata ma l'Ufficio centrale per il referendum abbia dichiarato l'invalidità della richiesta, nel qual caso il Presidente della Repubblica procede alla pubblicazione nei termini e con la formula di cui all'art. 14 della legge n. 352/1970.

[44] G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1965, 283.

della maggioranza qualificata dei membri del Parlamento»[45]. Se certamente questa posizione può apparire persuasiva, nella misura in cui la previsione di una maggioranza qualificata svolge una funzione di garanzia rispetto ad abusi della maggioranza (di governo), come, per altri versi, è chiamato a fare il Presidente in sede di promulgazione, è anche vero che pure una maggioranza molto ampia potrebbe essere frutto di un accordo politico non necessariamente rispettoso dei principi inviolabili della Costituzione. In ogni caso, sembra che ad essere d'ostacolo alla possibilità di un rinvio alle Camere siano anche le concrete complicazioni che si creerebbero nell'ambito del procedimento. Infatti, il rinvio non parrebbe in ogni caso poter avvenire nel caso in cui ci sia stato il referendum, perché in questo caso la volontà definitiva sembra essere quella espressa dagli elettori. Peraltro, l'opposizione alla volontà popolare – salvo forse il caso limite di cui diremo tra poco – sarebbe molto difficile, se non impossibile, da reggere per il Presidente della Repubblica e in effetti la possibilità di quest'ultimo di «porre sostanzialmente nel nulla un procedimento di rilevante complessità qual è quello disciplinato dall'art. 138» è parso in dottrina eccessivo in ragione della «posizione attribuita nel nostro ordinamento giuridico rispettivamente alle Camere, al popolo ed al Capo dello Stato»[46]. In assenza del referendum, il rinvio della legge alle Camere da parte del Presidente determinerebbe sostanzialmente sempre la necessità di riprendere l'intero procedimento (forse salvo quando il rinvio fosse giustificato da un vizio procedurale limitato alla seconda deliberazione[47]) comunque con notevoli inconvenienti. Anzitutto, la dottrina[48] ha sottolineato come, in base all'art. 74 Cost., il rinvio possa provocare soltanto una nuova deliberazione sulla legge, cosa che, nel caso della legge costituzionale, non avverrebbe, perché, come abbiamo appena detto, si riaprirebbe un intero procedimento molto più complesso[49]. Anche dal punto della tempistica, che – come abbiamo visto – ha guidato molte opzioni lasciate aperte dall'art. 138 Cost., poi, non vi è dubbio che il rinvio presidenziale rischierebbe di compromettere molto seriamente la possibilità di conclusione del procedimento nella legislatura, rischiando di trasformarsi in un vero e proprio veto. Pur con tutte queste premesse, sembra comunque persuasiva la tesi[50] secondo la quale il Presidente potrebbe in ogni caso rifiutare la pro-

[45] Così A. PIZZORUSSO, sub *Art. 138*, cit., 716 s. (nota 11).

[46] S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, cit., 141.

[47] S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, cit., 142 (nota 39).

[48] V. S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, cit., 141.

[49] E ciò anche nella pur rara ipotesi in cui, essendo stato il rinvio giustificato da un vizio formale sulla seconda deliberazione si potesse ritenere di ripetere solo questa. Infatti, anche in tal caso nulla escluderebbe che essa avvenisse con la sola maggioranza assoluta, con la conseguente apertura del sub procedimento referendario.

[50] V. ancora S.M. CICCONETTI, voce *Revisione costituzionale*, cit., 142.

mulgazione quando da questa derivasse altrimenti una sua responsabilità per alto tradimento o attentato alla Costituzione, ipotesi che, se pare altamente improbabile rispetto alle leggi ordinarie, risulta sostanzialmente irrealistica all'esito di un procedimento come quello previsto all'art. 138, pur essendo prudente non escludere in linea teorica nessuna evenienza.

8. La possibilità di una revisione del procedimento di revisione e i procedimenti in deroga

Rimane da esaminare la questione della possibilità di revisione dei procedimenti di revisione, affrontata da De Martino partendo dalla tesi di Ross, che, notoriamente, almeno in una prima fase, la nega, sulla base della considerazione per cui «le norme della Costituzione che prevedono una speciale procedura per la modifica della Costituzione stessa sono, nello stesso tempo, norme che istituiscono una autorità costituente distinta da quella legislativa»[51]. Le norme sulla revisione, in sostanza, sarebbero presupposte, perché «la Costituzione, proprio come la legge, è incapace di stabilire le condizioni per la propria modificazione»[52] e ciò perché le norme sulla modifica di una fonte stanno necessariamente su un piano più elevato rispetto alla fonte stessa: per le leggi, nella Costituzione; per la Costituzione, in fonti eventualmente al di sopra della stessa. La conseguenza è che queste ultime non sono modificabili con la procedura di revisione (delle altre norme) ivi prevista.

In realtà, questa tesi di Ross, alla quale De Martino guarda con interesse, è stata oggetto di revisione da parte del suo stesso autore e certamente non pare accolta dalla dottrina maggioritaria italiana, la quale sembra unanimemente concorde nel considerare intangibile la rigidità, ma ha accettato le modifiche in deroga e infatti ha proposto più volte la modifica dell'art. 138 Cost., soprattutto al fine di un suo (ulteriore) aggravamento. Quest'ultimo, in particolare, è da alcuni ritenuto necessario anche in considerazione del mutamento del sistema elettorale, non (più) completamente proporzionale (v. anche par. 4)[53]. Se però proposte di modifica dell'art. 138, in particolare con il fine da ultimo ricordato, non hanno avuto seguito parlamentare (potendosi registrare solo qualche proposta di legge costituzionale), non sono

[51] A. ROSS, *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione a cura di G. GAVAZZI, Einaudi, Torino, 1965, in part. 77.

[52] A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 78.

[53] R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Giuffrè, Milano, 614, che considerava «al momento assolutamente necessario, e non rinviabile, un innalzamento delle maggioranze previste dall'art. 138»

mancate le leggi costituzionali e le proposte di legge costituzionale di deroga al procedimento previsto all'art. 138 Cost. Si tratta delle leggi cost. n. 1/1993 e n. 1/1997, nonché del d.d.l. S. 813 del 2013, poi abbandonato nel corso del dibattito parlamentare[54], che tendevano a indebolire la rigidità costituzionale e – come abbiamo detto al par. 3 – comprimere il ruolo del Parlamento, attraverso l'individuazione di organi ad hoc per l'istruzione, l'elaborazione dei testi e la loro prima approvazione, la limitazione della possibilità di emendamento da parte dei singoli parlamentari (ciò sembrando in contrasto con l'art. 72, ultimo comma, Cost.), la compressione dei tempi e la valorizzazione del referendum, necessario, nell'ambito dei procedimenti previsti dalle due leggi costituzionali e comunque non escludibile in quello della proposta S. 813 della XVII legislatura.

Al di là degli elementi di differenziazione tra i tre procedimenti derogatori (o «di rottura»), la loro previsione ha suscitato forti critiche in dottrina. Se alcuni sembrano sostanzialmente ritenere inammissibile qualunque deroga o sospensione delle norme costituzionali, perché ciò avverrebbe «in frode

[54] Questa proposta fu presentata poco dopo la formazione del governo Letta, che aveva un'ampia maggioranza, formata dal Partito democratico, dal Popolo delle libertà e da Scelta civica (oltre che da alcune formazioni minori), impegnata – sin dal discorso di presentazione del governo alle Camere da parte del Presidente del Consiglio dei ministri – nella riforma della Costituzione. L'ampiezza della maggioranza a sostegno dell'esecutivo avrebbe consentito l'approvazione della proposta di deroga all'art. 138 Cost. con la maggioranza qualificata dei 2/3, senza aprire il sub procedimento referendario, che richiede complessivamente altri sei mesi circa, e quindi la possibilità di avviare la revisione della Costituzione seguendo il nuovo procedimento derogatorio. Nel corso del procedimento di approvazione della proposta S. 813, però, la maggioranza di appoggio al governo si ridusse molto significativamente, perdendo il Popolo delle libertà, con l'eccezione di una parte dei suoi esponenti (tra cui tutti i ministri in carica) che dettero vita alla formazione denominata "Nuovo centrodestra". Con l'uscita dalla maggioranza, il Popolo delle libertà, che avrebbe presto riacquistato la denominazione di "Forza Italia" (che era stata in passato di uno dei partiti fondatori del Popolo delle libertà), abbandonava anche la collaborazione sulle riforme costituzionali, votando in particolare contro il d.d.l. S. 813. Ciò rese evidente che la proposta di deroga all'art. 138 Cost. avrebbe richiesto tempi più lunghi e un esito molto più incerto, essendo destinata ad essere approvata con la sola maggioranza assoluta ed essendo pertanto sottoponibile a referendum. Di conseguenza si optò per l'abbandono dell'idea di procedere in deroga all'art. 138 Cost., seguendo invece il procedimento ivi previsto. In realtà, quel governo – espressamente nato per fare soprattutto le riforme costituzionali – presto vide interrompere il proprio lavoro, essendo sostanzialmente "sfiduciato" dalla direzione nazionale del partito di maggioranza relativa, che esprimeva il Presidente del Consiglio dei ministri, con una scelta frutto della nuova segreteria che si era nel frattempo insediata. Il nuovo governo, formato proprio dal nuovo segretario del Partito democratico, riprese il percorso della revisione costituzionale, con una maggioranza sostanzialmente analoga a quella che inizialmente sosteneva il governo Letta, ma senza riprendere alcun procedimento derogatorio, seguendo, invece, l'iter di cui all'art. 138 Cost.

alla Costituzione»[55], altri hanno ritenuto invece inammissibili le ipotesi derogatorie del procedimento di revisione, perché potenzialmente idonee a incidere stabilmente sulla Costituzione[56], mentre altri ancora l'hanno ritenuta inammissibile solo nella misura in cui indebolisse la rigidità costituzionale rispetto all'art. 138 Cost., come appunto era avvenuto nei casi degli anni Novanta[57].

Il ricorso a queste procedure era giustificato, in tutti e tre i casi, dall'intento di realizzare una "grande riforma" della Costituzione, che, in realtà, in altre due circostanze è stata portata avanti con il procedimento dell'art. 138 Cost., anche in questi casi senza esito, ma riuscendo ad andare molto più avanti, essendo arrivata, sia nel 2006 che nel 2016, al referendum. Certamente – come evidenziato anche nella relazione di De Martino – ci sono anche elementi di contesto storico-politico, differenti nei tre casi, che hanno spinto verso un procedimento derogatorio. Nel primo caso, infatti, ci trovavamo nell'XI legislatura, apertasi dopo le elezioni del 1992 che – come abbiamo visto – fecero registrare un significativo cambiamento del quadro politico-partitico, pur vedendo ancora la significativa presenza dei partiti politici presenti in Parlamento sin dalla I legislatura. Questi, in sempre più evidente difficoltà, cercarono di trovare una nuova legittimazione anche attraverso un significativo intervento sulla Costituzione, rispetto alla quale la previsione di una commissione *ad hoc*, da un lato, rappresentava l'intento di elaborare insieme un testo, mantenendo la logica compromissoria con cui il testo costituzionale era nato e di cui erano ancora presenti gli interpreti, dall'altro, mirava ad accelerare i tempi, anche considerata l'instabilità determinata dall'indagine "mani pulite" e dalla pendenza di alcuni referendum,

[55] F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della L. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, in *Giur. it*., 1998, I, 621 ss.

[56] A. CERVATI, *Brevi riflessioni sull'uso di procedure straordinarie di revisione della Costituzione e sull'abuso delle leggi costituzionali in alcuni ordinamenti contemporanei*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, 272 ss. secondo il quale la deroga al procedimento dell'art. 138 Cost. finendo per annullare anche la distinzione tra leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali, queste ultime non essendo abilitate a modificare la Costituzione.

[57] Cfr., ad esempio, S. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*", in A. CERVATI – P. RIDOLA – S. PANUNZIO (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, G.U. RESCIGNO, *Revisione della Costituzione o nuova* Costituzione, in *Dir. pubbl.*, 1997, 604 ss. e, in ogni caso, per una precisa ricostruzione delle diverse posizioni della dottrina in merito alle deroghe al procedimento di revisione F. DAL CANTO, *Legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 (Commissione parlamentare per le riforme costituzionali)*, in AA.VV., *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 28 ss.

incidenti anche direttamente sull'assetto politico-istituzionale, a partire da quello sulla legge elettorale. In effetti, la Commissione riuscì ad elaborare un testo, che però non potette essere discusso dall'aula, a causa della fine molto anticipata della legislatura, motivata soprattutto dalla presenza di un nuovo sistema elettorale, anche se certamente legata pure alla forte delegittimazione dei partiti politici a seguito dell'emergere di una sempre più imponente "Tangentopoli".

Nel caso della legge cost. n. 1/1997, ci trovavamo in una fase storico-politica totalmente diversa, essendosi aperta la seconda legislatura eletta con il sistema prevalentemente maggioritario, che aveva portato al delinearsi di un'alternativa/contrapposizione tra un centrosinistra e un centrodestra (del quale ultimo, in realtà, in quella fase, non faceva parte la "Lega nord"). L'idea che stava alla base del procedimento derogatorio era quello di affidare a una commissione *ad hoc* l'elaborazione di un testo che rappresentasse il nuovo patto compromissorio tra i nuovi attori politici, guidati dai leader dei due (principali) schieramenti, uno dei quali, il segretario del partito di maggioranza relativa, assumeva infatti la presidenza della commissione stessa. Vi era una forte valorizzazione, quindi, dell'accordo politico, ritenuto necessario in considerazione del cambiamento o la trasformazione degli attori politici, ormai non più riconoscibili rispetto a quelli della Costituente, e al raggiungimento di questo era parzialmente sacrificato il ruolo del Parlamento (e dei singoli parlamentari). Soprattutto, poi, questo nuovo patto politico aveva bisogno di una legittimazione popolare, alla quale mirava il referendum necessario, la cui validità era subordinata al raggiungimento del quorum della maggioranza degli aventi diritto, proprio al fine di rendere la legittimazione popolare forte. La cosa che in questo contesto colpisce è che si cerchi una sorta di nuovo patto fondativo soltanto sulla seconda parte, come se la Costituzione fosse un'opera in fascicoli separati e come se, per riscrivere eventualmente un nuovo patto non si dovesse riprendere proprio dai fondamenti, che stanno nella prima parte. In realtà, questa scelta fu a sua volta espressione di un compromesso, tra un centrodestra meno legato, da un punto di vista politico, al testo del 1947 e quindi più incline a un suo superamento e un centrosinistra che vedeva al suo interno alcuni (pur trasformati) protagonisti politici del patto originario, che avevano quindi un atteggiamento maggiormente conservativo. Il compromesso – come constatato da Pizzorusso[58] – fu quindi quello di imbalsamare la prima parte e fare della seconda l'oggetto di uno scambio politico molto contingente, come sarebbe poi avvenuto anche successivamente.

Infine, la proposta S. 813 della XVII legislatura fu concepita come assi-

[58] A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999, in particolare, 160 ss.

curazione della durata di un governo di "larghe intese", formatosi con estrema fatica e che da subito si cercò di puntellare nella sua durata, attraverso un percorso di revisione costituzionale "guidato" (e tendenzialmente lungo), nella speranza, ardentemente coltivata da parte dei suoi principali artefici politici e istituzionali, che attraverso questo si potesse superare la crisi politica che ormai attraversava in modo sempre più evidente anche i protagonisti della c.d. "seconda Repubblica", riprendendo quindi al tramonto ciò che avevano già tentato, senza successo, di fare all'alba (nella XIII legislatura, appunto). Quel percorso sembrava, peraltro, destinato a subire un innesto esterno, con il protagonismo del governo, che, come già ricordato, aveva posto le riforme costituzionali al centro del suo programma e aveva nominato un folto gruppo di propri consulenti che, ricordando in qualche misura il comitato Speroni, si riunivano sotto la presidenza del ministro senza portafoglio per le riforme costituzionali.

Non può che constatarsi come l'esperienza delle procedure in deroga, oltre che molto discutibile, si sia rivelata particolarmente inefficace e peraltro corresponsabile di una diminuzione della possibilità di un ampio sviluppo del dibattito parlamentare, non solo per le procedure delineate, ma prima ancora per il fatto che è la stessa loro approvazione a portare via tempo.

9. Il futuro della rigidità costituzionale

Al momento in cui andiamo in stampa il tema delle riforme costituzionali risulta ancora fortemente condizionato dalla vicenda della revisione approvata nella scorsa legislatura e respinta dagli elettori il 4 dicembre 2016, che è stata certamente molto faticosa e ha provocato divisioni proprio in quello che dovrebbe essere lo spazio in cui tutti si riconoscono e si legittimano vicendevolmente. Ciò ha determinato una maggiore cautela nel riprendere il tema in questa legislatura, proprio come era avvenuto nella XV legislatura, a seguito del referendum del 2006 anche se rispetto ad allora la vicenda sembra più difficile da superare per chi è risultato sconfitto.

Tuttavia, continuare a sostenere le doti di quel testo di cui sono stati peraltro evidenziati ampiamente i limiti tecnici (con almeno altrettanta chiarezza di quanto si sia tentato di fare rispetto ai vantaggi), non pare sensato, anche considerato che quella riforma è stata respinta in modo netto nel referendum e che le forze politiche che l'avevano sostenuta, nelle successive elezioni, sono o scomparse (come nel caso del "Nuovo centrodestra" e delle sue successive trasformazioni e di "Scelta civica" e delle sue successive trasformazioni) o crollate (come nel caso del Pd, passato dal 25,43% al 18,76% in cinque anni).

In ogni caso, al di là delle predette manifestazioni di nostalgia, la cui

considerazione esula naturalmente dal presente scritto, deve registrarsi, anche grazie al più profondo orizzonte che hanno consentito i termini di consegna degli atti del Convegno, che la cautela consigliata dall'ultima lacerante vicenda riformatrice ha trovato, per ora, accoglimento nella nuova legislatura. Infatti, nei mesi successivi allo svolgimento del Convegno, sono state presentate dalla maggioranza – e non dal governo – proposte di revisione costituzionale molto limitate. L'iniziativa è stata assunta gruppi parlamentari di maggioranza, anziché dal governo, seppure il contenuto di quei progetti – e quindi sostanzialmente l'iniziativa legislativa rinforzata e la riduzione del numero dei parlamentari – sia presente nel *koalitionvertrag* sottoscritto dalle due forze politiche che hanno costituito, dopo le elezioni del 2018, una maggioranza a sostegno del governo Conte. Infatti, se è vero – come abbiamo detto ed è stato sottolineato in particolare da De Martino – che non esiste un limite alla possibilità di presentare disegni di legge costituzionale per il governo, che, in effetti, le ha presentate più volte e non solo negli ultimi anni, non c'è dubbio che il pur legittimo esercizio dell'iniziativa da parte dell'esecutivo finisce immediatamente per impostare il confronto parlamentare in termini di maggioranza-opposizione, a discapito della flessibilità e della possibilità di convergenza trasversale delle posizioni, più volte realizzatasi, invece, alla Costituente. In questa sede, in effetti, all'inizio della discussione generale, il 4 marzo 1947, Calamandrei, disse del lavoro che attendeva l'assemblea: «non si tratterà di criticare un progetto presentato dal Governo e di votargli contro per arrivare a farlo respingere; ma saremo, invece, qui a fare una specie di esame di coscienza, poiché, in sostanza questo progetto di costituzione, sul quale siamo chiamati a discutere, esce da noi, è creato da noi, non dal Governo. Le critiche che noi rivolgeremo a esso saranno critiche rivolte a noi stessi; dovranno dunque essere, critiche costruttive. È una specie di esame di maturità, che la democrazia deve dare attraverso questa Costituzione»[59].

Non è forse un caso, in effetti, che proprio in relazione a uno dei disegni di legge di revisione costituzionale discussi in questa legislatura (relativo all'iniziativa legislativa rafforzata e altre norme sui referendum), su proposta della maggioranza, ma non del governo, si sia registrata, per ora, una maggiore apertura al confronto e una maggiore possibilità per tutte le forze politiche di incidere sulla formazione del testo, che, in effetti, risulta avere subito già all'esito del primo passaggio in commissione affari costituzionali, rilevanti modifiche, per le quali vi è stato apprezzamento anche da parte di forze politiche d'opposizione.

Apprezzabile risulta anche, a nostro avviso, la discontinuità rispetto alla

[59] Sul punto sia consentito rinviare ancora una volta a A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, cit., 24 ss.

dimensione e all'omogeneità delle proposte. Infatti, le "grandi riforme" non hanno avuto mai successo, con la parziale eccezione di quella del titolo V, della quale, peraltro, sono continuamente evidenziati i forti limiti, ma soprattutto esse, anche per la fretta da cui sono state caratterizzate, pure in ragione della complessità di approvare, con procedimento aggravato, proposte tanto estese, hanno risentito di una certa approssimazione, puntualmente evidenziata dagli studiosi, preoccupati che revisioni mal congegnate possano poi determinare difficoltà di funzionamento delle istituzioni. Se la Costituzione è ritenuta ancora valida nei suoi fondamenti – come mi pare generalmente affermato dalle forze politiche (forse più oggi che negli anni Novanta) – che non sono isolabili nella prima parte, infatti, probabilmente gli adeguamenti che si ritengono eventualmente necessari si possono fare con interventi limitati e omogenei. Naturalmente, ciò renderebbe anche l'eventuale voto popolare più libero, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 16/1978.

Se, quindi, al momento, la questione della revisione costituzionale sembrerebbe essere stata riportata ad una logica di fisiologica correzione e/o adeguamento del testo, rimane qualche dubbio che ciò esprima una effettiva convinzione di dover superare una lunga stagione di tentate – e in un caso realizzate – "grandi riforme", destinate a indebolire la Costituzione e in particolare il suo ruolo di limite al potere della maggioranza, che sembra complessivamente condivisa dalle relazioni di base e che è evidenziata in particolare in quella di De Martino.

PARTE SECONDA
LA REVISIONE COSTITUZIONALE: I LIMITI

Relazioni

L'ART. 139 E IL NUCLEO ESSENZIALE DEI PRINCIPI SUPREMI E DEI DIRITTI INVIOLABILI

di Adriana Apostoli*

SOMMARIO: 1. La revisione costituzionale come potere ovviamente limitato. – 2. La forma repubblicana come soglia insuperabile. – 3. Limiti impliciti e cd. controlimiti: la doppia garanzia di tenuta della forma istituzionale. – 4. Lo sforzo di individuazione dei principi supremi e dei diritti inviolabili. – 4.1. Il circuito democratico-rappresentativo. – 4.2. I vincoli conseguenti a una certa idea di democrazia economica. – 5. La resistenza per via giuridica alla revisione della Costituzione – 6. Il carattere "necessariamente aperto" dell'art. 139.

1. La revisione costituzionale come potere ovviamente limitato.

Appartiene a uno dei tratti distintivi del costituzionalismo liberal-democratico la previsione di un Testo fondamentale «irradiato da valori etici formulati come principi costituzionali»[1], nonché quella di uno specifico sistema di loro tutele.

Non è difficile individuare le trame teoriche sottese al processo di costituzionalizzazione degli ordinamenti del Secondo dopoguerra. Esse riflettono il portato di due fenomeni strettamente connessi tra loro che derivano dall'evoluzione novecentesca del costituzionalismo. Il primo concerne il passaggio a sistemi in cui i contenuti e i limiti delle posizioni dei singoli, in quanto definiti all'interno di costituzioni rigide, vedono ampiamente rafforzate le garanzie giurisdizionali che li circondano. Tutele che ormai, grazie all'azione "catartica" del Giudice delle leggi, valgono anche nei confronti delle violazioni o delle lacune imputabili alle norme di rango legislativo. Il secondo riguarda l'affermazione e il consolidamento del principio per cui le norme della Costituzione sono, dal punto di vista della loro efficacia normativa, superiori a quelle della legislazione ordinaria.

L'origine comune di questi due fenomeni risiede, in estrema sintesi, nella nuova formulazione della teoria della rigidità della Costituzione, un tema classico e controverso della scienza pubblicistica[2], che nondimeno ha subito

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Brescia.

[1] M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena, 2012, 43.

[2] Per un'analisi complessiva cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, 1995; ID., *Pote-*

una palingenesi profonda dopo la tragica conclusione dei regimi autocratici europei. Se pertanto le prime mature riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale, a parte le precoci intuizioni di Aristotele[3],possono farsi risalire al pensiero rivoluzionario[4], è solo con il pieno avvento della razionalizzazione costituzionale del potere che il principio della Costituzione rigida prende corpo come strumento volto a dominare – se mai fosse possibile – la libertà del potere politico, in aperto conflitto col principio di maggioranza che orientava pressoché incontrastato l'azione del Parlamento e del sottosistema partitico.

Il concetto di rigidità, dunque, prende corpo con la progressiva estensione degli elementi posti a garanzia del sistema costituzionale, i quali giungono a incidere sulla competenza del Parlamento, che da «organo onnipotente e sovrano che solo può autolimitarsi»[5] diviene semplicemente uno dei diversi attori dello scacchiere istituzionale delineato nella Costituzione rigida e perciò stesso limitato nel suo agire dalla Costituzione medesima.

La riflessione conduce preliminarmente a un significato di rigidità in termini negativi, ovvero quale conseguenza dell'esistenza di un procedimento speciale relativo alla modificazione o all'integrazione della Carta fondamentale. E in effetti, la rigidità costituzionale si rappresenta con il concetto di atto di revisione, tant'è che il fatto che sia previsto un procedimento *ad hoc* per produrre norme idonee ad emendare la Costituzione è proprio ciò che la rende effettivamente rigida; rispetto a tale caratteristica, la previsione di uno speciale procedimento di revisione ne «costituisce la conferma e non il fondamento»[6]. L'Atto fondativo si manifesta, infatti, in veste di fonte rigida «e pertanto sovraordinata agli stessi atti dei supremi organi dell'ordinamento repubblicano»[7].

re costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi, Padova, 2002; M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e variazioni*, Torino, 1997.

[3] Sosteneva Aristotele che «era condizione essenziale pel mantenimento del tipo di Stato esistente e derivava dal suo essenziale concetto della forma quale costitutiva dell'essenza delle cose» (ARISTOTELE, *Politica* 1, III, I, Milano, 2013).

[4] Della dialettica tra "persistenza e divenire" dell'ordinamento erano consapevoli sia i Costituenti rivoluzionari francesi (che nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1973 hanno sancito «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare, modificare la propria Costituzione», e a tale affermazione avevano fatto derivare l'altro assunto secondo il quale «Una generazione non può assoggettare alle proprie leggi le generazioni future»); sia due dei più autorevoli *Founding Fathers* americani, Thomas Jefferson e James Madison.

[5] G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia,* Milano, 1965, 18.

[6] A. PACE, *Sulle revisioni costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 1. L'atto di revisione, quale particolare procedimento diretto a produrre emendamenti alla Costituzione, «si definisce per *differentias* rispetto a quello legislativo ordinario e all'atto costituente» (M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015, 147).

[7] U. DE SIERVO, *Origine e significato della rigidità della nostra costituzione*, in E. RIPEPE,

A questa lettura ne è stata affiancata una che guarda alla rigidità come valore positivo, cioè in grado di far emergere, per un verso, le forme giuridiche che garantiscono la necessaria flessibilità (e persino l'adeguamento) della Costituzione dinanzi ai mutamenti sociali, economici e politici; e, per altro verso, la garanzia «della certezza delle norme fondamentali della convivenza civile»[8] a fronte dell'impeto riformista periodicamente alimentato dalle pretese politiche più varie, così da sancire solennemente la volontà di salvaguardare, finanche dallo specifico procedimento di revisione, quei principi che caratterizzano l'essenza dell'ordinamento costituzionale.

La rigidità è dunque la pietra angolare di una costruzione estremamente armoniosa, in cui l'irrinunciabile concessione a ogni opportuna possibilità di sviluppo dello stato costituzionalizzato convive con la granitica certezza giuridica che gli elementi portanti dell'edificio non possono essere rimessi in discussione in nome dello slancio riformista e delle tesi politiche, spesso miopi, che lo alimentano.

Si tratta di una prospettiva che, da un lato, attinge dalla presenza di "condizionamenti", i quali si determinano in relazione ai principi e agli interessi in cui s'invera non già il mero sistema istituzionale bensì piuttosto il sistema politico di ogni determinato periodo storico[9]; e che, dall'altro lato – ma in fondo per le stesse ragioni –, rende prive di valore sia le clausole di immodificabilità assoluta sia quelle che prevedono una totale flessibilità del Testo fondamentale.

Ed è risaputo che la pretesa "non revisionabilità" di una Costituzione – sia per mancanza di un procedimento specifico sia per la presenza di un'esplicita previsione della sua immodificabilità – «se da un punto di vista giuridico "pietrifica" la costituzione stessa; per contro, da un punto di vista politico, la rende assai fragile»[10]. Allo stesso tempo, la completa flessibilità, consentendo la "libera" modifica del nucleo essenziale con l'alternarsi delle maggioranze parlamentari, presenta il difetto opposto. Farebbe cioè svanire del tutto quei caratteri di durevolezza e stabilità sui quali si fonda l'autorità

R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, 1.

[8] P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione* (voce), in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, 777.

[9] A sostegno di ciò si è ritenuto possibile che avvenga una revisione volta a modificare l'esistente regolamentazione costituzionale «non solo per svolgerla, perfezionarla, ampliarla, ma anche allo scopo di adattarla a sopravvenute esigenze, le quali potrebbero esigere una disciplina difforme, o anche limitazioni di singoli diritti diverse o maggiori di quelli che la stessa Costituzione affida alla determinazione del legislatore ordinario», purché non vadano a colpire troppo in profondità la Costituzione e quindi la sostanza dei diritti (C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale,* in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 407).

[10] A. PACE, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, in *Diritto pubblico,* 2000, 334.

etica, ancor prima che giuridica, della Carta fondamentale (e forse persino il suo significato più elementare), con la conseguenza che qui si finisce per uscire del tutto dall'ambito dello stato costituzionalizzato propriamente inteso.

Alla luce di queste posizioni teoriche, il concetto di rigidità è andato specificandosi nel tempo attraverso almeno due diverse accezioni, in senso formale, in dipendenza della previsione di un procedimento *ad hoc* per la revisione, e in senso sostanziale, con riferimento alla presenza di norme costituzionali non passibili di essere riviste, nemmeno ricorrendo alla procedura specificatamente prevista, a meno di non voler dar vita a una rottura della continuità costituzionale e alla realizzazione di un nuovo ordinamento[11]. In virtù di tale differenziazione prendono corpo, da un lato, la categoria delle norme costituzionali suscettibili di revisione e, dall'altro lato, la categoria delle norme immodificabili.

Non va peraltro sottaciuto che il potere di revisione costituzionale, in quanto derivato dal potere costituente, è anch'esso un potere costituito e, quindi, un potere destinato a restare all'interno delle regole formali e sostanziali e dell'ordine "legale" proprio della Costituzione originaria. In effetti, la previsione di un procedimento per la modifica della Carta fondamentale assolve alla funzione garantista di un non-ricorso al potere costituente.

A loro volta, gli organi di revisione sono organi costituiti, ovvero fissati e regolati dalla Norma fondamentale, perciò non possono rinnovarla completamente poiché, se così fosse, trascinerebbero nel procedimento distruttivo anche le origini della loro stessa esistenza e legittimazione[12].

La riflessione a questo punto interseca un tema di particolare rilievo, la cui complessità rimane irriducibile, riguardante il confine esistente tra potere costituente e poteri costituiti, nel cui esercizio rientra quello di revisione, quale potere disciplinato da norme giuridiche positive, formalmente o materialmente costituzionali[13].

[11] Cfr., su tali aspetti, le osservazioni di M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, 86.

[12] E questo in virtù del fatto che «una Costituzione non sarebbe in grado di conferire ad un organo, o ad una pluralità di organi il potere di distruggerla legalmente», dal momento che un procedimento in tal senso risulterebbe sempre essere antigiuridico (P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti della "revisione costituzionale"*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948, 131).

[13] Ampia la bibliografia su tali aspetti. A titolo esemplificativo cfr. C. LAVAGNA, *Il potere costituente*, in *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, Roma, 1946; P.G. GRASSO, *Potere costituente* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966; P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967; S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in ID.,

Come è noto, il potere di revisione, quale esercizio di attribuzioni che trovano fondamento in regole già previste nell'ordinamento, si occupa di adeguare ai bisogni che si affermano nella società le norme già codificate, senza la forza di intaccare le fondamenta del sistema, utilizzando le regole frutto dell'esercizio del potere costituente.

Da un punto di vista puramente teorico, se il potere costituente si esaurisce nel momento in cui una Costituzione è formata, quello di revisione nasce in quel preciso istante e sarà nel tempo più o meno forte, più o meno presente, quale "potere costituente costituito".

Il potere costituente riceve la sua prima determinazione in contrapposizione ai poteri costituiti poiché «l'esistenza e le attribuzioni dei poteri costituiti riposano sulla costituzione, legge fondamentale, da cui traggono ragione e dipendono *simul stabunt simul cadent*»[14]. Pertanto, l'attività di revisione della Costituzione – attraverso il procedimento in essa disciplinato – è esercizio di poteri costituiti e non avvento di un nuovo sistema istituzionale che, per definizione, comprende tanto il sistema politico quanto quello costituzionale.

È bene in proposito ricordare che il potere di revisione, imbrigliato all'interno di un circuito che costantemente prevede la corretta osservanza delle modalità e dei requisiti del suo esercizio, è sottoposto a limiti (pre)stabiliti; il suo esercizio si pone infatti sempre in posizione intermedia tra la Costituzione, fine ultimo a cui il rigore della revisione tende (o deve tendere), e la legge, mezzo col quale la revisione prende corpo. Per contro, il potere costituente, proprio perché circoscritto ad un ordine temporale limitato, «non delega ma trasferisce il potere di modificare le norme da esso poste»[15].

Dalla definizione stessa del concetto di Costituzione, quale espressione di un potere originario, è possibile far "derivare" la decisione politica sulla legittimità del potere di revisione, al quale possono essere posti limiti, anche assoluti.

È in questa prospettiva che possono essere letti gli sforzi dottrinali di individuazione delle diverse tipologie di limiti al potere di revisione che sono stati codificati in espressi o testuali (in quanto esplicitamente statuiti dallo stesso documento costituzionale) e in inespressi, desumibili tramite interpretazione delle norme costituzionali (impliciti), ovvero logici, che deriverebbero dal concetto stesso di Costituzione e di potere di revisione[16].

Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale, Milano, 1969; C. MORTATI, *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, in *Raccolta di scritti,* I, Milano, 1972.

[14] P.G. GRASSO, *Potere costituente* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., 643.

[15] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., 387.

[16] Cfr., su tali aspetti, P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1969, 107 ss., nonché R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, 189 ss.

Il confine tra legge di revisione e atto costituente non potrà che essere, quantomeno da un punto di vista logico, di tipo materiale poiché si riferisce alla violazione di un limite oltre il quale la legge di revisione è espressione di un potere costituente e non viene in essere come esercizio di un potere costituito, normativamente previsto[17].

Nel corso degli ultimi anni, tuttavia, sotto le forti spinte riformiste che hanno interessato, a più riprese, il nostro ordinamento, i concetti di potere costituente e di revisione appaiono «chiari e consolidati solo più nei libri di diritto, mentre invece nella discussione politica, e anche in quella specialistico-giornalistica, tendono a confondersi»[18]. Tali concetti non vengono più intesi come nozioni che si estromettono a vicenda, ma come espressione di poteri che indicano attività parallele, ossia alternative possibili e coesistenti[19].

Qui si colloca un primo elemento di criticità poiché la riconduzione dell'attività all'una o all'altra dimensione diviene essa stessa terreno di lotta politica e, in particolare, evocando il potere costituente come una «risorsa attivabile nel presente»[20], si indebolisce la raffigurazione di un potere come chiuso, estinto, «che deve essere concettualizzato per motivi teorici, ma che è radicalmente e senza residui risolto nei poteri costituiti che riempiono tutto lo spazio giuridico»[21], in grado di stabilizzare in qualche modo l'ordine costituzionale generato nel 1948.

Dal che consegue che anche la teoria giuridica del potere di revisione, alla quale è riconducibile il concetto di limite – finanche assoluto –, non può che risultare fortemente inadeguata rispetto a proposte di modifica di intere parti della Carta costituzionale avanzate, e sostenute, da larghe maggioranze politiche.

Del pari, i tentativi di legittimazione delle revisioni costituzionali costruiti intorno alla "volontà popolare" – con un conseguente effetto plebiscitario della consultazione popolare – finiscono per alterare fortemente l'equilibrio tra la rappresentanza politico-parlamentare e quella popolare nell'esercizio del potere di revisione con profonde distorsioni sul versante del concetto di rigidità.

[17] Cfr., su tali aspetti, M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, 147 ss.

[18] M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, 13.

[19] Come è stato efficacemente evidenziato, «il potere costituente ha cessato di essere un concetto limite, un concetto solo analitico che serve solo a designare un presupposto teoricamente necessario della Costituzione; il potere costituente viene presentato come un'alternativa al potere di revisione» (M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 164).

[20] M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 164.

[21] M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, cit., 7.

2. La forma repubblicana come soglia insuperabile

La Costituzione italiana nel Titolo VI, Parte seconda, ha inserito la normativa riguardante la sua revisione, quale specifica clausola del patto costituente, capace di attenuare la stessa rigidità costituzionale, e ha allocato potere e competenze decisivi per l'assetto del complessivo sistema.

La scelta per la «rigidezza» della Costituzione italiana, come venne definita da Mortati[22], si è espressa innanzitutto attraverso la previsione di un procedimento aggravato di revisione sancito dall'art. 138. Tuttavia, l'equilibrio tra necessità di mutamento e ragioni di conservazione del Testo si esprime nell'affermazione della non rivedibilità della «forma repubblicana», svincolando in tal modo la forma istituzionale dell'ordinamento sia dalla procedura di modifica, sia da qualsiasi altro processo di revisione altrimenti regolato dalla Costituzione[23].

Il disposto dell'art. 139 costituisce indubbiamente un limite esplicito (o espresso), che determina il divieto di modifica della forma repubblicana intesa quale forma di stato, che andrebbe a significare l'impossibile ritorno, nonché la incompatibilità con la forma monarchica e la dittatura fascista[24]. È indubbio, infatti, che l'art. 139 nasca storicamente come una norma "contro", ovvero come una norma in contrasto con il precedente regime politico – monarchico e fascista –, e in funzione di garanzia affinché non fosse in alcun modo possibile ritornare alla forma istituzionale che il voto popolare del 2 giugno 1946 aveva rifiutato.

La forma istituzionale scelta dalla maggioranza del corpo elettorale già si poneva in realtà come un limite al potere costituente[25]; la Costituzione, è

[22] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., 525.

[23] Ove si è sentito il bisogno di adottare un procedimento di revisione diverso da quello previsto dall'art. 138 Cost. si è provveduto testualmente (art. 132 Cost. relativo alla fusione e creazione di nuove regioni).

[24] Cfr., su tali aspetti, almeno P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana,* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950; C. ESPOSITO, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Torino, 1954, 59; G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1965; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967; P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972; S.M. CICCONETTI, *Revisione costituzionale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998; F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Bari, 2002.

[25] Le competenze dell'Assemblea erano limitate anche prima della stesura della Costituzione, in virtù della circostanza che i Costituenti erano stati eletti con un mandato derivante dall'esito della consultazione popolare «che è stato l'atto creativo della nuova forma di Stato repubblicano» la cui effettività si è manifestata *ab origine* nel comportamento del legislatore costituente (G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1971, 48). Secondo tale

stato sostenuto, «non aggiunge o toglie nulla all'esito del *referendum*; e il risultato di quel voto popolare fornisce d'altronde, nel contempo, la *ratio* dell'ultimo articolo della Costituzione»[26].

In sede di Assemblea costituente si formarono linee di pensiero non univoche circa la configurabilità di limiti assoluti al potere di revisione. Alla tesi dell'immutabilità della forma repubblicana si contrapponevano posizioni che sostenevano, da un lato, che il modo per superare il vincolo potesse essere quello di ripetere le modalità del *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946; dall'altro lato, che per rivedere la scelta istituzionale fosse necessario intervenire dapprima abrogando il divieto sancito dall'art. 139 per poi instaurare un nuovo regime[27].

Il dibattito dottrinale riguardante il valore del limite imposto dall'art. 139 ha ricalcato, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione del '48, le stesse diverse impostazioni emerse in Assemblea costituente[28]. Peraltro, come bene è stato evidenziato, la dottrina giuridica che ha letto per prima la disposizione dell'art. 139 Cost., circa l'irrivedibilità della "forma repubblicana" dello Stato italiano, si è limitata, «con buona dose di superficialità»[29], a individuare il contenuto della disposizione in un concetto di "Repubblica" immotivatamente attento alle sole forme della legittimazione dell'organo di vertice dello Stato[30].

Sulla scorta dei dibattiti emersi in Assemblea costituente, alcuni studiosi hanno sostenuto che la norma imponesse una duplice revisione, che in prima

tesi, la forma repubblicana sarebbe in vigore grazie alla decisione adottata dal popolo, diritto – quest'ultimo – che gli venne assegnato con il d.lgs. 16 marzo 1946, n. 98; nello svolgimento di questo compito, il popolo aveva natura e competenze di potere pre e super-costituente (cfr. A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, 1972, 24).

[26] L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 2007, 260.

[27] Di particolare rilievo l'intervento con cui l'on. Togliatti spiegava che la forma repubblicana non poteva modificarsi «con quello che sarà il normale procedimento di revisione costituzionale, ma eventualmente con una procedura di secondo grado» (seduta del 29 novembre 1946, A.C., VI, 738). Una variante sostanzialistica conduceva altresì a rifiutare radicalmente che l'art. 139 Cost. fosse in grado di vincolare una norma successiva pari ordinata, ammettendo perciò la revisione *uno actu* (cfr. F. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1971, 300 ss.). Sulle tesi dottrinali circa la revisione dell'art. 139 Cost., cfr. E. GROSSO, V. MARCENÒ, *sub Art. 139*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2731 ss.

[28] Sul dibattito dottrinale cfr. S. GAMBINO, *Sui limiti materiali alla revisione costituzionale della forma repubblicana dello Stato*, in *Astrid-online.it*.

[29] A. PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost*., in *Commentario della Costituzione,* Bologna-Roma, 1981, 736.

[30] Per un approfondimento dei limiti connessi alla "forma repubblicana" cfr. anche A. MATTIONI, *Procedure di revisione e garanzie costituzionali*, in AA.VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato,* Napoli, 1999.

battuta si occupasse del principio di immutabilità e successivamente intervenisse cambiando la forma repubblicana[31]; altra parte della dottrina ha sottolineato che, essendo la forma repubblicana "imposta" da un *referendum* istituzionale, si sarebbe potuto intervenire modificando il disposto dell'art. 139 solo indicendo una nuova consultazione popolare[32], finanche ipotizzando di poter sottoporre la norma al procedimento referendario abrogativo sancito dall'art. 75[33].

La tesi muove da un dato storico corretto, anche se non può essere negato che quanto prodotto con il *referendum* del 2 giugno 1946 è stata l'instaurazione della Repubblica, non l'immutabilità della forma repubblicana.

Diversamente si è affermato che la scelta dell'immutabilità - in luogo dell'immodificabilità - della forma repubblicana, lascia formalmente spazio all'ipotesi di rettifica di tutte le norme costituzionali poiché, per far sì che la modifica non sconfini in mutamento, è sufficiente che il Testo permetta di rinvenire, "nella sostanza", l'effettività dell'organizzazione statale come Repubblica.

Per sostenere la resistenza assoluta del limite contenuto nell'art. 139 al procedimento di revisione, si è fatto altresì ricorso ai cd. "elementi materiali" della Costituzione. Da questo diverso angolo visuale, si è affermato che la comunità sociale preesistente all'avvento dell'ordine normativo è disciplinata per il tramite di elementi organizzativi – che si estrinsecano nella forza politica – tali da renderla capace di un'attività volta a un fine specifico, ovvero quello politico. Qualora si dovesse verificare un mutamento nella forza politica o nel fine politico ne risulterebbe «una frattura nella stessa continuità dell'ordinamento statale, presentando come un nuovo Stato quello che apparisse modificato nella guisa indicata»[34].

Sulla base della teoria materiale della Costituzione, dunque, l'art. 139 impedirebbe categoricamente la possibilità del ritorno (legale) alla forma monarchica perché se anche il Parlamento dovesse pronunciarsi – seguendo il disposto dell'art. 138 – favorevolmente al ritorno alla monarchia, la decisione non produrrebbe effetto alcuno «non perché il Parlamento non abbia avuto cura di rimuovere l'ostacolo costituito dall'art. 139, abrogandolo, ma proprio perché diretta contro una norma che non ammette di essere modificata»[35].

Anche qualora non si voglia far ricorso al concetto di Costituzione materiale – per le ambiguità interpretative e speculative che tale impostazione

[31] Cfr. S.M. CICCONETTI, *Revisione costituzionale* (voce), cit., 152.

[32] C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, cit., 7.

[33] Cfr., su tali aspetti, A. PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost*., cit., 742.

[34] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti della "revisione costituzionale"*, cit., 131.

[35] A. VALENTINI, *L'articolo 139 della Costituzione e i principi generali del diritto,* in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 531.

ha suscitato in dottrina –, rimane comunque incontrovertibile che per sostenere la rigidità assoluta dell'art. 139, in virtù della quale alcune norme, per la loro natura, sarebbero illimitatamente in vigore, sia comunque necessario ricorrere a considerazioni di carattere sostanziale. Infatti, o si riesce a dimostrare che i limiti sono contenuti nella nozione di costituzione materiale e quindi si potrebbero trascurare quelli espressi nel resto della Carta; ovvero «tali limiti si ritengono insussistenti, e allora, anche qualora siano contenuti nella costituzione formale, ad essi non può essere riconosciuto il valore che pretendono di avere»[36].

L'Assemblea costituente, consapevole della pre-esistenza di elementi del costituendo ordinamento, rappresentati dalla volontà espressa dal popolo nella scelta della formula "repubblicana", ha voluto sancire che quella scelta fosse da considerare «elemento coessenziale alla forma di Stato»[37].

È indubbio peraltro che il divieto di rivedibilità della forma repubblicana sia stato in grado di assolvere la funzione di fissare, anche attraverso le norme inserite nei primi articoli della Costituzione, «un punto fermo, una dichiarazione di non ritorno, che, proprio perché tale, potesse operare come "motivo di pacificazione politica"»[38].

Quantomeno contraddittorio appare dunque lo sforzo di negare che l'«insieme di norme e d'istituti, considerato allora come un qualcosa di anteriore e di presupposto», non continui «a mantenersi quale un antecedente immodificabile pure per i normali organi di revisione»[39].

Questo spiega la ragione per la quale il valore dell'espressione contenuta nell'art. 139 non sia stato circoscritto al solo significato di incompatibilità con il governo monarchico e il regime fascista (cd. interpretazione minima originaria)[40]. Il dibattito dottrinale si è progressivamente arricchito di considerazioni di carattere più generale in forza delle quali è stata collegata, nell'ipotesi di un ritorno alla forma monarchica, una compressione del principio democratico e del principio dell'appartenenza della sovranità al popolo.

La forma istituzionale che non può essere oggetto di revisione costituzionale sarebbe dunque la repubblica democratica di cui all'art. 1 Cost., poiché il 2 giugno 1946 non fu realizzata una mera scelta tra modelli di forme di stato, ma venne in essere una «scelta compiutamente democratica»[41],in grado di ricomprendere specifiche garanzie che vanno oltre l'elettività del Capo

[36] P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, 76 ss.

[37] G. VOLPE, *L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, 1984, 252.

[38] M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 149.

[39] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti della "revisione costituzionale"*, cit., 130.

[40] M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 86.

[41] L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 158.

dello Stato. Il corpo popolare, infatti, ha avuto modo di agire in qualità di «organo pre e super costituente»[42], determinando la qualificazione di norma supercostituzionale a quella che ne è derivata, per ciò stesso irrevocabile, se non con un sovvertimento del sistema.

Pertanto, quando si sancisce che la forma istituzionale non può essere oggetto di revisione, si afferma che è la Repubblica democratica ad essere immutabile; ciò trascina con sé la non modificabilità in alcun modo dei «presupposti indefettibili della democrazia liberale e pluralistica voluta dai costituenti»[43].

3. Limiti impliciti e cd. controlimiti: la doppia garanzia di tenuta della forma istituzionale.

L'attenzione va a questo punto rivolta all'ampio dibattito presente in letteratura volto ad estendere, con argomentazioni differenti, la nozione di "forma repubblicana" fino al punto di ricondurre al divieto espresso dall'art. 139 una serie di altri limiti che sono imposti dall'esigenza di tutela di specifici principi e valori di struttura.

Quel che preliminarmente può essere messo in evidenza è che l'indagine sugli "ulteriori" limiti alla revisione evidenzia la tensione verso la ricerca di un – non agevole – equilibrio che consenta, da un lato, la perennità del nucleo essenziale del Testo costituzionale, e dall'altro lato, la legittimità di un suo ampliamento o rinnovamento.

Seguendo questa impostazione è possibile evidenziare, grazie al collegamento tra l'art. 139 e l'art. 1, il ruolo dei principi supremi che, se da un lato legano indissolubilmente in un *unicum* valoriale l'inizio e la fine della Costituzione, dall'altro lato ne tengono viva l'identità poiché, non trattandosi di principi definiti in termini assoluti o cristallizzati una volta per tutte, rappresentano – con carattere di perennità – strumenti ultimi in chiave garantista. A ben riflettere, i principi «consent[ono] infiniti modi di attuazione, tra i quali il potere politico e tutti gli altri poteri ammessi possono scegliere, ad eccezione di quei sedicenti modi che sono invece contrari»[44].

[42] G. LUCATELLO, *Sull'immutabilità della forma repubblicana*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, 30.

[43] L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 158. Analogamente si è detto che, a norma dell'art. 139 Cost., «*qualunque revisione in senso regressivo deve considerarsi illegittima, quale che sia il principio costituzionale intaccato*», in quanto nella tutela della forma repubblicana sarebbe da includersi tutto il «valore *innovativo*» di quella (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1206).

[44] G.U. RESCIGNO, *Diritto costituzionale. Approccio metodologico*, Modena, 2011, 64.

Ne è derivata una lettura maggioritaria, attraverso la quale la "forma repubblicana" deve assumersi come un «elemento costante del regime o della costituzione materiale»[45], nella quale trova riconoscimento «un articolato nucleo di principi ed istituti considerati coessenziali alla forma repubblicana e pertanto qualificati dal suo grado di immutabilità»[46] rispetto allo stesso potere costituente. Come è stato bene osservato, «questi principi non soltanto debbono ritenersi immodificabili per vie legali, ma si pongono come assolutamente condizionanti l'intero ordinamento, si irradiano in esso e lo pervadono, al punto che da essi non possa mai prescindersi, che con essi si debba necessariamente fare i conti, quali che siano le regole legali che lo costituiscono»[47].

Sancendo come "inviolabili" i diritti dell'uomo, la disposizione dell'art. 2 Cost. rappresenta un ulteriore elemento a cui poter ricondurre qualsiasi operazione di mutamento costituzionale a esercizio del potere di revisione. È stato quindi sostenuto che la parte sostanziale della Carta, quella concernente i diritti fondamentali e le libertà, è rigida nel senso che una modifica di tali statuizioni causerebbe un mutamento del «regime» e una rottura della «continuità del potere». Si tratta di un «limite alla revisione costituzionale *quoad essentiam*; non però anche *quoad esistentiam*, nel senso proprio di rendere ipotizzabile l'esercizio di un potere democratico contro l'enorme maggioranza dei consociati»[48]. Sarebbero questi ultimi che, in virtù della corrispondenza tra i principi costituzionali in tema di diritti fondamentali e quelli individuati dalle Carte sovranazionali, «ne sollecitano la conversione in veri e propri diritti umani al cui obbligo di riconoscimento e di rispetto non potrebbe sfuggire a qualunque formula politica»[49].

Sul punto, vanno peraltro menzionate quelle interpretazioni che leggono come principi fondamentali e supremi non tutti i principi e diritti positivizzati nel Testo costituzionale, poiché non andrebbe confusa «la fattispecie della norma con il contenuto di valore che essa esprime»[50].

Una tesi, quest'ultima, sulla quale converge anche quella lettura scettica circa la possibilità di considerare *tout court* i principi fondamentali limite alla revisione, per cui sarebbe più ragionevole «sostenere che il divieto della revisione costituzionale della "forma repubblicana" implichi non solo il divieto di concentrazione del potere attivo di decisione politica in capo ad or-

[45] A. PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost*., cit., 742.

[46] A. PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost*., cit., 743.

[47] F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 93.

[48] A. CERRI, *Le fonti del diritto*, *problemi generali*, Trieste, 1990, 37.

[49] R. NANIA, *Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica),* in *Convegno Costantino Mortati: potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma, 2015, 10.

[50] F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 94.

gani non elettivi», ma anche l'impossibilità di rivedere quei soli diritti costituzionali che si ritengano coessenziali alla "forma repubblicana" "una e indivisibile" «e cioè, oltre all'eguaglianza di tutti i cittadini – che è il vero discrimine della Repubblica nei confronti di una monarchia – le libertà di manifestazione e di propaganda, di riunione e di associazione, il diritto di voto e di accesso ai pubblici uffici»[51].

Come è noto, è stata la Corte costituzionale che, nella sentenza n.1146 del 1988, ha definito la questione affermando che: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», a partire dai diritti inalienabili della persona umana.

Il dibattito sulla rigidità costituzionale è sembrato quindi cristallizzarsi intorno all'identificazione di limiti (anche materiali), rappresentati dai principi supremi e dai diritti fondamentali, che determinano, anche se inespressi, il nucleo intangibile del patto costituzionale, e cioè i contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento.

I principi fondamentali, secondo la Corte, sarebbero dunque dotati di una valenza superiore non solo per la fonte da cui derivano ma anche per il loro contenuto, in quanto parte del nucleo dei "valori supremi" sui quali si basa la Costituzione repubblicana[52]. Pertanto, oltre che sulle norme derivanti da leggi costituzionali e di revisione costituzionale, essi prevalgono anche su quelle norme della Costituzione che non rappresentano tali principi di "valore", imponendo in tal modo la necessità di intersecare alla tradizionale gerarchia formale delle fonti anche una gerarchia sostanziale delle norme.

L'individuazione di limiti giuridici – oltre il contenuto dell'art. 139 – in grado di preservare l'identità dell'ordinamento costituzionale si sviluppa su due distinti binari, concernenti, da un lato, *strictu sensu* i limiti alla revisione e, dall'altro lato, e più concretamente, i cd. "controlimiti", necessitati dalla presenza di norme che possono determinare la non applicazione del diritto interno, il quale può riguardare infatti anche disposizioni di rango costituzionale. Tale procedura discende dalla speciale copertura accordata dagli artt. 7, 10 e 11 Cost. al diritto concordatario, a quello internazionale consuetudinario e a quello dell'Unione europea.

[51] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 45 ss.
[52] S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, I, 1988, 5571.

Il terreno nel quale è maturata la giurisprudenza costituzionale ha riguardato i rapporti tra diritto interno e diritto concordatario che consente alla Corte di ascrivere «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia, l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»[53].

L'altro ambito che dà modo alla Corte costituzionale di riflettere sulle garanzie delle dichiarazioni dei principi supremi concerne il contatto con gli altri ordinamenti. Concetto che la sentenza n. 73 del 2001 riassume in questi termini: «L'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantirne l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione… I "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e i "diritti inalienabili della persona" costituiscono infatti limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano "si conforma" secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione»[54]; quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni[55].

In altri termini, i controlimiti individuano il confine della possibile "apertura" dell'ordinamento interno verso quello sovranazionale affinché si possano salvaguardare i valori giuridici essenziali che si ritengono intangibili, persino dal procedimento di revisione costituzionale, e quindi, a maggior ragione, non intaccabili per il tramite di fonti esterne sebbene ad esse sia esplicitamente consentita la possibilità di derogare alla Costituzione, come avviene nel contesto dell'Unione europea.

A far sintesi di quanto è stato fin qui sostenuto soccorrono ancora le parole della Corte che, per chiudere il cerchio relativo all'immutabilità della forma repubblicana sulla base dei limiti interni e dei controlimiti, stabilisce che «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituisc[o]no un "limite all'ingresso […] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione […] ed operano quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea […], oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato. […] Rappresentano, in altri termini, gli

[53] Corte cost., sentenza n. 18 del 1982.

[54] Corte cost., sentenza n. 48 del 1979.

[55] Corte cost., sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991.

elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale»[56].

E nonostante «ambiguità e incertezza» sembrano essere la «cifra caratterizzante l'esperienza dell'ordinamento costituzionale italiano attorno ai principi supremi»[57], su almeno alcuni punti è possibile registrare una certa convergenza. Innanzitutto, sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno messo in luce che i limiti e i controlimiti sono principi e come tali vengono intesi primariamente nella loro accezione di "barriere" con funzione di garanzia. Inoltre, limiti e controlimiti sono stati progressivamente fusi nell'accezione di principi supremi dell'ordinamento (fino a una sostanziale concezione unitaria dei controlimiti *intra* ed *extra moenia*[58]).

Ciò detto, resta complesso "chiudere" il paradigma di tali elementi irrinunciabili poiché l'elenco oscilla tra *un minimun* (che guarda alle sole norme della forma di stato) e *un maxinum* (che comprende un sempre più articolato numero di disposizioni della Carta fondamentale).

Peraltro, proporre in maniera chiara e inequivocabile quali siano questi valori di sistema non risulta un'opera facile non solo perché dall'elenco di quelli formulati in disposizioni della Costituzione se ne possono aggiungere altri desunti in via interpretativa da alcuni enunciati della medesima o affermati come conseguenza di interpretazioni organiche del Testo costituzionale. Risulta infatti pressoché irrisolvibile, in assenza di elementi testuali certi per identificare i principi supremi – nonostante ogni studioso abbia provato a costruire un catalogo di diritti fondamentali e/o principi supremi qualificativi del sistema costituzionale –, la complessità legata a quale organo o soggetto sia possibile imputare la loro individuazione e concretizzazione, ovvero quale potere possa essere chiamato a "difenderli" contro una eventuale loro revisione introdotta in osservanza dell'art. 138 della Costituzione[59].

Rimane pur vero, tuttavia, che lo *status* che assumono i principi supremi è motivato da una forza legale propria che connota tali dichiarazioni di una vitalità capace di resistere anche alla legge costituzionale, introducendo un nuovo e più articolato ordine gerarchico tra le fonti, di importanza fondamentale, come si proverà ad evidenziare, non ai soli fini del giudizio di legittimità delle modifiche costituzionali.

[56] Corte cost., sentenza n. 238 del 2014.

[57] P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 24.

[58] Come si ricava dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014.

[59] Sulla specifica questione riguardante gli organi di controllo v. *infra* par. 5.

4. Lo sforzo di individuazione dei principi supremi e dei diritti inviolabili

I diritti fondamentali costituiscono tutt'uno con i principi supremi espressi dalla Costituzione e contraddistinguono, configurandolo nei suoi aspetti più intimi, l'ordinamento costituzionale a tal punto da poter funzionalizzare l'organizzazione dei poteri pubblici alla loro piena realizzazione. Pertanto, il fondamento e la natura dei limiti alla revisione potranno essere determinati in relazione ai principi e agli interessi posti alla base dell'ordine politico-istituzionale, senza tuttavia perdere di vista la gerarchia che la Costituzione, anche implicitamente, stabilisce tra i valori di sistema.

D'altronde, ogni sistema costituzionale si tiene solo se le sue diverse parti sono coese, «e trova in questa coerenza e nella corrispondenza alle esigenze storiche di una collettività umana la garanzia essenziale del proprio mantenimento in vita»[60].

Ciò implica delle evidenti conseguenze, per quanto riguarda il legame indissolubile che vincola, al suo interno, l'intero testo della Costituzione, in aperta opposizione alla diversa prospettiva che ha, nei tempi più recenti, portato a considerare "autonome" le sue diverse parti.

L'ipotesi di una suddivisione non meramente sistematica ma gerarchica tra Prima e Seconda parte della Carta del '48 si basa sull'erroneo presupposto per il quale i caratteri essenziali della nostra Costituzione sarebbero contenuti tutti nella parte dedicata ai diritti, mentre quella dedicata all'organizzazione dei poteri rivestirebbe una natura solo strumentale, così da legittimare l'ipotesi che la seconda parte del Testo possa rimanere nella piena e sostanziale disponibilità del revisore costituzionale[61]. Nonostante alcuni studiosi abbiano, in più di una occasione, provato a sostenere una autonomia tra le diverse parti del Testo, riuscendo quasi a individuare il discrimine fra il campo dell'immodificabile e quello del modificabile, si è giunti ad esprimere la «più palmare smentita della (pretesa) separazione […] fra le due parti della nostra Carta, dimostrando, per converso, emblematicamente, il nesso di reciproca implicazione che invece le lega»[62].

Ciò abbraccia pienamente un concetto di Costituzione che non può es-

[60] M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 18.

[61] Cfr., da ultimo, su tali aspetti, G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione* , in *Nomos*, 1, 2016.

[62] P. CARNEVALE, *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi*, Napoli, 2016, 26. Cfr., sul punto, anche G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Convegno Costantino Mortati: potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma, 17 dicembre 2015.

sere circoscritto al solo momento della sua "scrittura", ma che – nella sua accezione politica – è altresì ricollegato all'«accordo politico fondamentale», ossia il «patto costituzionale» (o «compromesso») tra forze politiche «che esprimono, ciascuna per suo conto, idealità e progetti connessi ad una certa visione della società sulla quale sono in grado di incidere materialmente», e che responsabilmente convengono «su alcuni punti fermi destinati a contrassegnare per un tempo indefinito l'organizzazione dello Stato e la convivenza degli individui nello Stato»[63].

A conferma di tale impostazione, la Costituzione italiana rifiuta la teoria dei diritti pubblici subiettivi sviluppata dalla dottrina tedesca nel XIX secolo, la quale riteneva che i diritti dei cittadini verso lo Stato fossero un'autolimitazione del potere statale che dunque poteva, in ogni momento, (ri)arrogarsi la facoltà di rimuoverli e quindi di espandersi.

Il principio personalista sancito dall'art. 2 rileva, oltre che per aver confermato che l'inviolabilità dei diritti fondamentali origina nell'anteriorità dell'essere umano rispetto all'ordinamento giuridico, anche sotto un altro profilo perché con esso si determina la partecipazione del popolo sovrano al potere costituito, ovvero alle scelte che vengono prese dagli organi – disciplinati dalla Seconda parte della Costituzione – posti in rappresentanza del popolo.

È noto il dibattito dottrinale, soprattutto in una prima fase di attuazione della Costituzione, che ha portato a individuare nell'art. 2 un ulteriore – oltre a quello previsto dall'art.139 Cost. – limite esplicito, sancendo "l'inviolabilità come l'inderogabilità" verso l'espressione della volontà statale che verrà[64]. A questo approccio è stata contrapposta una lettura secondo la quale «in una Costituzione rigida, la revisione di una disposizione costituzionale – se prevista dalla fonte competente, e cioè dalla stessa Costituzione, e se esercitata nel rispetto della procedura prevista – non può, per definizione, essere qualificata "in violazione" della Costituzione, a meno che non contravvenga ad eventuali limiti assoluti specificamente previsti in Costituzione»[65].

Con l'art. 2 la Costituzione innalza «a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana [e che…] appartengono all'uomo inteso come essere libero»[66]. Si tratta di diritti che, come ci ha ricordato la Corte costituzionale, «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» perché «apparten-

[63] A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, 195.

[64] Cfr., in particolare, C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., 379 ss.

[65] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 4.

[66] Corte cost., sentenza n. 11 del 1956.

gono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»[67].

Accanto ai diritti espressamente previsti in Costituzione, il Giudice costituzionale ha progressivamente ammesso la tutela di diritti o interessi diversi o ulteriori, ricomprendendo un numero sempre più elevato di libertà che sono, in alcuni casi, desumibili dai diritti positivizzati e, in altri casi, per il tramite di un'attività interpretativa di "clausole di apertura"[68].

Allo stesso modo, la Corte ha immesso nell'ordinamento, attraverso l'art. 2 Cost., una serie di tutele a libertà che, pur non previste nel Testo, possono essere tuttavia ricavate dallo stesso poiché «non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti»[69], perciò ne discende che «esclusa la norma della Costituzione che tutela specificamente ogni singolo diritto inviolabile, è automaticamente esclusa anche la violazione dell'art. 2»[70].

Ciò che rileva, a questo punto, non è tanto lo sforzo di individuare i diritti e i principi fondamentali (o supremi) – che non coincide peraltro con quello di identificazione del loro contenuto essenziale – da rinchiudere entro il perimetro nel quale poter legittimamente esercitare il potere di revisione, quanto piuttosto che la loro presenza può implicare una ben diversa giurisprudenza costituzionale circa la legittimità delle norme di legislazione ordinaria.

La teoria dei limiti costruita intorno al concetto di principi supremi rappresenta un valido supporto per evitare il paradosso che ciò che risulta interdetto alla legislazione costituzionale non venga surrettiziamente nascosto nelle pieghe di atti legislativi ordinari.

Dal che ulteriormente consegue l'esigenza, più che di proporre una ricognizione dei limiti impliciti (o inespressi) racchiusi nei principi di regime ed estrinsecanti il nucleo fondamentale della nostra democrazia costituzionale, di porre l'attenzione sul modo in cui questi sono andati concretizzandosi nel tempo e sul ruolo che possono essere validamente chiamati a svolgere nel circuito costituzionale.

Le potenzialità che possono essere ricondotte al concetto di «Costituzione dei diritti dell'uomo» e dei «corrispondenti principi organizzativi volti a realizzare i conseguenti diritti di partecipazione politica» non si esauriscono infatti nel "semplice" contesto del limite alla trasformazione che il Te-

[67] Corte cost., sentenza n. 1146 del 1988.

[68] Vale la pena, a tale proposito, richiamare A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 84; P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1969, 23. Cfr., anche le osservazioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 3 ss.

[69] Corte cost., sentenza n. 98 del 1979.

[70] Corte cost., sentenza n. 283 del 1987.

sto costituzionale può subire nel tempo presente. È possibile individuare un'area, ben più ampia, «di questioni e una dimensione, un possibile modo di esercizio del potere […] che nessuno deve pretendere di poter occupare o di esercitare *a suo nome,* perché se un soggetto politico (una "parte" politica) occupa quell'area ed esercita quel potere, vengono necessariamente meno le premesse universalistiche (i diritti dell'uomo) su cui si fonda l'organizzazione sociale»[71].

Rimane pur vero, in merito, che «solo nell'ambito di una democrazia i diritti dell'uomo possono fiorire e se la grande maggioranza abdica ai valori democratici non è configurabile un regime che li coltivi fondandosi sul consenso di esigue minoranze. Il solo terribile apparato di forze che queste minoranze dovrebbero tenere in opera per mantenere le redini del regime costituirebbe una violazione flagrante dei diritti inviolabili. Siamo in sostanza ad un punto che registra un "paradosso", il paradosso della libera democrazia. E dai paradossi non si esce con argomenti meramente logici (perché in questo caso sono sempre reversibili) ma con argomenti storici, sociali, psicologici»[72].

4.1 Il circuito democratico-rappresentativo

Tra i valori costituzionali che sovraintendono al funzionamento della Repubblica rientrano quelli caratterizzanti il principio democratico-rappresentativo.

È possibile pertanto ricondurne alla forma di stato l'istituto della democrazia rappresentativa che si riferisce inequivocabilmente a una rappresentanza di tipo politico e che, per sua natura, è strettamente collegata al momento elettorale. L'individuazione degli aspetti essenziali posti a fondamento della forma repubblicana, e dunque del sistema politico, trova la più alta rivelazione «nel riconoscere che ogni regime effettivamente democratico si regge sul principio rappresentativo»[73].

Senza qui voler affrontare per intero la difficile questione, non si può che convenire con quanti, ormai da molto tempo, parlano di una profonda crisi dei sistemi democratici (anche dei più longevi e consolidati), i quali avrebbero bisogno di modificare i propri sistemi politici per affrontare i problemi

[71] M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, cit., 30. In presenza di cataloghi di diritti stabiliti in Costituzioni rigide, cioè protette contro l'abuso del legislatore, è possibile teorizzare «un doppio lato dell'esperienza giuridica: quello della legge, che esprime gli interessi, gli intenti, i programmi dei gruppi politici maggioritari e quello dei diritti inviolabili, attribuiti direttamente dalla Costituzione, come "dotazione giuridica" propria dei loro titolari, "indipendentemente dalla legge"» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 63).

[72] A CERRI, *Le fonti del diritto. Problemi generali*, Trieste, 1990, 37.

[73] L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 262.

interni e per recuperare in qualche modo il *deficit* di legittimazione del sistema democratico rappresentativo.

Come è noto, la rappresentatività democratica si verifica nel momento in cui la selezione avviene dal basso, ovvero quando si realizza per il tramite di un'elezione (corredata da un adeguato circuito di responsabilità politica). In tal senso è facile sostenere che in qualsiasi ordinamento moderno il principio rappresentativo è imprescindibile in virtù del fatto che «la rappresentanza democratica istituisce rapporti giuridici permanenti fra organi statali e gruppi sociali»[74], sicché solo adottando un meccanismo così strutturato è possibile far coincidere lo Stato-apparato con lo Stato-comunità.

Il corretto esercizio del potere di rappresentanza trova dunque incarnazione nell'art. 48, primo comma, Cost. che si preoccupa di puntualizzare il principio del suffragio universale – quale esplicazione del principio della sovranità popolare di cui all'art. 1 – e che deve essere considerato unitamente al suo secondo comma, là dove sancisce la personalità, l'eguaglianza, e dunque la libertà e la segretezza dell'esercizio del diritto-dovere di voto.

La rappresentatività dell'Assemblea parlamentare come caratteristica fondamentale della forma di governo democratica è stata confermata dalla Corte costituzionale nelle sentenze che hanno colpito proprio il cuore dell'esercizio della sovranità popolare, ossia il sistema elettorale. In particolare, nella sentenza n. 1 del 2014 la Corte ha evidenziato che la rappresentatività del Parlamento è il corollario fondamentale della sovranità popolare al punto che le norme elettorali che «consentono una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare» sono «incompatibil[i] con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.). Dette Assemblee, del resto, si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, e in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile» (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali». Le regole alla base della trasformazione dei voti in seggi, che caratterizzano quindi la composizione del Parlamento, devono rispettare i principi costituzionali di eguaglianza e rappresentatività poiché il Parlamento, come organo della rappresentanza politica, «è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione»[75].

Nelle parole utilizzate dalla Corte è evidente il legame tra sovranità popo-

[74] P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 142.
[75] Corte cost., sentenza n. 1 del 2014.

lare, esercizio del voto, e caratteristiche infungibili del Parlamento in una forma di stato democratica. In alcuni passaggi della sentenza richiamata e in altre pronunce più risalenti, che riguardano anche la funzione legislativa del Parlamento[76], la Corte sembra però dare maggior peso al ruolo del Parlamento nella forma di governo prescelta dal costituente più che al ruolo e alla funzione parlamentare nella forma di stato democratica. Tali passaggi della Corte soffrono di un certo grado di ambiguità perché sembrano inquadrare nell'ambito della forma di governo, in sé modificabile, alcuni tratti distintivi del Parlamento e del parlamentarismo che invece sono da riferirsi alla forma di stato democratica, in sé immodificabile. Se la sovranità appartiene al popolo, come caratteristica della forma democratica di governo, l'elettività libera ed eguale dei rappresentanti, la rappresentanza politica e l'attribuzione al Parlamento della funzione legislativa, discendono direttamente da tale prescrizione costituzionale indipendentemente dalla forma di governo stabilita nella Costituzione. A tal riguardo devono essere considerate modificabili le norme costituzionali che regolano i rapporti tra Parlamento-Governo-Presidente della Repubblica; allo stesso modo possono considerarsi revisionabili le norme che delimitano i poteri e le funzioni dell'Esecutivo e del Capo dello Stato.

Per quel che riguarda il Parlamento vi è invece un "minimo garantito" che necessariamente non può essere sottoposto a revisione costituzionale giacché alcune funzioni sono tipiche dell'Assemblea parlamentare in quanto organo di autogoverno del popolo e devono essere necessariamente preservate. Il minimo comune denominatore della funzione parlamentare, che si riscontra in qualsiasi sistema democratico indipendentemente dalla forma di governo, è innanzitutto l'elettività libera ed eguale dei rappresentanti parlamentari, che non ammette deroghe, perlomeno se si vuole restare nell'alveo della democrazia. In secondo luogo, tale elettività non può che essere accompagnata da un nucleo intangibile di funzioni che tutte le democrazie riconoscono in capo all'Assemblea elettiva. In particolar modo, il momento preminente e immodificabile risulta essere l'assegnazione al Parlamento del potere legislativo, che, qualunque sia la forma di governo, non può essere affidato in via esclusiva o primaria ad altro organo, fosse anche eletto direttamente dal corpo elettorale.

Nei limiti evidenziati, l'art. 48 risulta comunque essere modificabile, purché ciò non vada a stravolgere il nucleo essenziale dell'istituto della rappresentanza democratico-elettiva.

I principali elementi esclusi da una procedura di revisione costituzionale so-

[76] In questo senso la sentenza n. 360 del 1996 in tema di reiterazioni dei decreti legge, nella quale la Corte ha sostenuto che «la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo – come è accaduto nella esperienza più recente – viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali (v. sentenza n. 302 del 1988), *alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento* (art. 70 della Costituzione)».

no naturalmente il suffragio universale e l'eguaglianza del voto, in quanto elementi che contraddistinguono la forma di stato democratica e pluralista e che hanno determinato il superamento della forma di stato liberale, ai quali devono necessariamente essere aggiunti i requisiti di libertà e di segretezza del voto, quest'ultima, in particolare, non tanto come principio immodificabile in sé, ma come strumento in grado di garantire la concretezza della libertà del voto.

Per mantenere fermo il parlamentarismo insito nella forma di stato democratica devono essere considerate "rigide" anche le norme che determinano la limitata durata temporale di una legislatura e quindi quella della funzione rappresentativa del singolo eletto. Tali norme, pur modificabili[77], non lo sarebbero certamente nel senso di determinare una carica a vita dei rappresentanti e neppure nel senso di protrarre eccessivamente la durata del mandato degli stessi senza permettere di fatto agli elettori di far valere la responsabilità politica di coloro i quali ricoprono già il ruolo di rappresentante. La presenza di rappresentanti "a tempo quasi indeterminato" porterebbe i rapporti politici tra eletti ed elettori e la rappresentanza politica stessa fuori dalla democrazia rappresentativa perché si priverebbero i governati dell'esercizio della sovranità e del potere di controllo.

È vero che la cd. cittadinanza attiva non va esaurendosi tra un'elezione e l'altra, venendo in essere anche con modalità diverse dall'espressione del voto, cosicché sia sempre possibile – per l'elettore – incidere sull'indirizzo politico, ovvero controllare che la maggioranza parlamentare e il Governo riflettano stabilmente le posizioni del corpo elettorale. Di un simile potere l'elettore non può essere privato «per la fondamentale ragione che la sovranità gli "appartiene" e non si esaurisce con l'esercizio collettivo – il voto – ma resta intatta in ciascuno»[78]. E tuttavia, tali forme di controllo continuativo esercitate dal corpo elettorale non sarebbero in alcun modo sufficienti se a scadenze temporali brevi il popolo non fosse chiamato ad esprimere nella sua forma "più alta" la sovranità che gli appartiene.

Affinché l'esercizio della sovranità popolare sia consapevole, è altresì necessario individuare, nella Norma fondamentale, lo strumento per mettere in comunicazione il popolo – sovrano sì, ma incapace di trasformare da sé le proprie istanze in leggi scritte – e le Aule parlamentari ove le decisioni prendono corpo.

Lo strumento privilegiato che fa da raccordo tra la "periferia" e il "centro" è individuato in Costituzione nel partito politico, che siede in Aula nella veste di Gruppo parlamentare, mediatore per eccellenza tra i bisogni manifestati dai cittadini e la loro concreta realizzazione.

[77] Si veda, ad esempio, la l. cost. 9 febbraio 1963 n. 2 che ha modificato gli artt. 56, 57 e 60 Cost. introducendo il numero fisso per i membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e il termine di cinque anni per la legislatura del Senato della Repubblica.

[78] L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Bergamo, 2012, 54.

L'art. 49, concernente la libertà di associazione politica, è collocato nella parte della Costituzione dedicata ai diritti fondamentali dei cittadini ed è formulato in modo tale da sottolineare come a questi spetta il compito di concorrere a determinare la politica nazionale. La formulazione di tale diritto vuole porre in evidenza il modo in cui la massima potestà del popolo, ovvero la possibilità di determinare la politica nazionale, venga dallo stesso esercitata tramite la fondazione di (e l'iscrizione a) partiti politici.

Il «metodo democratico» cui allude la Costituzione deve caratterizzare l'azione politica dei partiti ed è inteso in senso esterno, ovvero in relazione ai metodi di competizione politica fondati sulla libertà, sul pluralismo e sull'eguaglianza dei partiti che concorrono alle elezioni. Né la Costituzione, né la legge ordinaria si occupano dunque del loro funzionamento interno, giacché questi sarebbero liberi nel determinare il tipo di organizzazione che ritengono più opportuna per partecipare alla determinazione della politica nazionale. In piena sintonia con il principio pluralista e con la connessa libertà di associazione, l'art. 49 richiede infatti il rispetto del metodo democratico come unica condizione affinché possa costituirsi e permanere un partito politico che determini, insieme alle altre forze politiche, la politica nazionale.

La Corte costituzionale sviluppa il pluralismo associativo, avvicinando ai partiti le associazioni e i gruppi che prendono parte alle elezioni, nonché i partiti come mezzo di partecipazione dei cittadini alla corsa elettorale, ovvero di accesso alla rappresentanza[79].

In anni recenti la Corte è giunta a negare ai partiti la qualità di potere dello stato, in virtù del fatto che l'art. 49 Cost. non attribuisce loro peculiari poteri di tipo costituzionale, sicché «i partiti politici sono garantiti dalla Carta costituzionale [solo] nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi […] quali strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati»[80].

[79] Si veda in proposito Corte cost., sentenza n. 429 del 1995. Nell'analisi relativa alla libertà di associazione politica è imprescindibile il principio pluralistico in forza del quale tutte le ideologie (politiche) devono godere di pari dignità e legittimazione partecipativa. Il nostro ordinamento, a conferma di ciò, permette anche alle formazioni esterne o addirittura contrarie al sistema in vigore (cd. partiti antisistema) l'opportunità di esistenza, purché aderiscano alle regole basilari della competizione democratica. È questa l'essenza e forse il valore maggiormente caratterizzante – indubbiamente il più difficile da mantenere – la (nostra) democrazia che è e vuole dirsi rappresentativa, pertanto svincolata da qualsivoglia limite che possa impedire a qualcuno di esprimere la propria idea e/o di «associarsi liberamente» ai sensi dell'art. 18 Cost. L'unico limite posto alla possibilità di concorrere a determinare la politica nazionale è dettato dalla XII disposizione finale che vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista» e si spiega in relazione al fatto che la storia è già stata in grado di giudicare incompatibile un partito così costituito con le finalità dello Stato democratico.

[80] Corte cost., ordinanza n. 79 del 2006 (come confermato anche nella successiva ordinanza n. 120 del 2009).

Il giudice costituzionale è stato in grado di fornire all'art. 49 Cost. «un contenuto concreto e specifico» attribuendo «alle formazioni politiche un ruolo autonomo in materia di elezioni determinando uno stretto rapporto tra partiti ed elettori», sicché «tale ruolo trova il suo logico e naturale sviluppo nel potere riconosciuto a dette formazioni di designare propri candidati al fine di meglio garantire la realizzazione di quelle linee programmatiche che esse sottopongono alla scelta del corpo elettorale»[81].

Vi è, sottinteso in queste argomentazioni del giudice delle leggi, lo sforzo di individuare quelle modalità di esercizio della sovranità popolare che, in quanto coessenziali al principio stesso, finiscono per caratterizzare l'essenza dell'ordinamento costituzionale, entrando così a far parte della materia costituzionale non suscettibile di revisione.

A tale riguardo, si è affermato in dottrina che ciò che definisce la democrazia odierna «non è tanto la sovranità popolare», presupposto ineludibile ma da sola insufficiente, «piuttosto sono le concrete modalità e i caratteri attraverso cui si determina la formazione della volontà politica»[82] che, stando al passo con lo sviluppo storico e sociale, va modificandosi.

A questo proposito, nella fase che stiamo vivendo, l'affermazione e la diffusione delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione, cercando di colmare il divario tra politica e società civile, hanno senz'altro inciso profondamente le modalità di esercizio della sovranità[83].

La rete è divenuta una nuova metafora della cd. "democrazia tecnologica"[84]: da un lato si allargano le possibilità di realizzare una democrazia del popolo, con l'opportunità di attivare permanenti procedure di decisione popolare; dall'altro si costata la presenza di una serie concreta di rischi e limiti, come la difficoltà di riorganizzare le regole delle comunità politiche o come la resistenza culturale a legittimare la rete come strumento di nuova partecipazione politica[85].

Lo sviluppo delle nuove tecnologie e della telematica ha prodotto una riallocazione di enfasi dalla **rappresentanza** – cardine delle democrazie rappresentative – alla **partecipazione**, la cui centralità è specifica della democrazia diretta.

In questa direzione si è verificato uno spostamento dell'attenzione dalla **qualità della *leadership*** (rappresentanza) alla **qualità della cittadinanza** (partecipazione). In realtà, gli istituti della cd. "democrazia partecipativa" da sempre – anche nella Costituzione del '48 – sono stati distinti da quelli

[81] Corte cost., sentenza n. 203 del 1975.

[82] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 18.

[83] Cfr., sul punto, F. LANCHESTER, *I diritti politici e la legislazione in materia di partecipazione politica in Italia a sessant'anni dall'Assemblea costituente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, II, Diritti e libertà, Bari, 2006, 361 ss.

[84] Cfr., su tali aspetti, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Roma, 2004.

[85] Cfr., su tali aspetti, R. DE ROSA, *Fare politica in Internet*, Milano, 2000.

della democrazia rappresentativa, «proprio in quanto ritenuti idonei ad introdurre elementi conoscitivi, pareri, valutazioni all'interno del procedimento, ma ad essi restando precluso proprio il momento della decisione»[86].

4.2 I vincoli conseguenti a una certa idea di democrazia economica.

La Costituzione italiana cercando di attuare al termine del Secondo conflitto mondiale un compromesso fra le richieste manifestate dalle nuove realtà politiche e la necessità, propria dello stato di diritto, di garantire la libertà dei privati, disegna un rapporto cittadino-stato che non può essere considerato neppure di parziale continuità con la forma dello stato liberale ottocentesco e men che meno con quella dello stato fascista.

È pertanto attraverso un processo di trasformazione e metamorfosi degli ordinamenti statali, conclusosi nell'Europa occidentale nella seconda metà inoltrata del Ventesimo secolo con l'avvento delle democrazie pluralistico-sociali, che si raggiunge il riconoscimento e la promozione dei diritti sociali. La riformulazione dei rapporti «tra singolo e comunità, tra comunità, società e Stato si realizza dunque attraverso la conservazione della garanzia dei diritti fondamentali – la componente garantista dei diritti del cittadino, giacché i diritti fondamentali hanno come riferimento l'uomo in astratto – e la contestuale introduzione del vincolo di socialità e la previsione di interventi correttivi dei pubblici poteri. *Impronta individualistica* e *principio di solidarietà sociale* sono i due poli intorno ai quali ruota questa trasformazione»[87].

I rapporti fra assetto pluralistico della società e diritti sociali costituiscono pertanto il principale filo conduttore dei principi fondamentali della Costituzione repubblicana, tant'è vero che la discussione sui diritti sociali rappresenta, da molti decenni ormai, un elemento cardine per individuare le linee di sviluppo e di caratterizzazione della forma di stato[88].

Per quanto possa apparire scontata la considerazione che «l'eliminazione o il depotenziamento dei diritti sociali cambi la forma di una democrazia sociale» e che i diritti sociali, nel loro complesso, concorrono – quali elementi indefettibili – all'identificazione della forma di stato, non appare per nulla superfluo insistere sulla loro coessenzialità al sistema costituzionale italiano a tal punto che, una loro eventuale «*reformatio in peius…*, porterebbe ad uno stravolgimento ancora più radicale della forma di Stato perché intaccherebbe la stessa essenza di una liberal-democrazia»[89].

[86] M. CUNIBERTI, *Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazione della democrazia*, in ID. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 359.

[87] P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato,* Bologna, 1998, 148.

[88] L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 33 ss.

[89] L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali,* cit., 43 ss.

In quest'ottica, se si pone poi l'accento sul presupposto che la democrazia negli ordinamenti costituzionali si basa sull'eguaglianza, affinché tale postulato possa essere validamente sostenuto, è necessario definire una parità in cui la collettività sia posta nella condizione di poter partecipare al governo della Repubblica.

Peraltro, esiste uno stretto legame tra quanto sancito dall'art. 3 Cost. e dall'art. 2 in tema di diritti inviolabili e doveri inderogabili. Da un lato, l'uguaglianza formale è condizione per l'uniformazione del regime dei diritti di libertà individuali a favore di tutti i soggetti dell'ordinamento; dall'altro lato, l'uguaglianza sostanziale coinvolge direttamente i pubblici poteri, imponendo loro di prendere atto della incidenza che le concrete situazioni sociali ed economiche hanno sulla possibilità del pieno sviluppo delle persone, e quindi di adottare misure volte a porre gli individui nelle condizioni di poter effettivamente godere dei diritti costituzionalmente previsti, di realizzare pienamente se stessi e le proprie aspirazioni.

Il programma d'integrazione politica sotteso alla Carta del '48 è fortemente condizionato dalla necessità di prevedere strumenti in grado di riequilibrare condizioni personali di svantaggio, azioni e interventi che si pongano in stretta correlazione con le risorse economiche pubbliche destinate a implementarli, che a loro volta soggiacciono a regole e vincoli costituzionali.

In particolare, il testo dell'art. 81 della Costituzione impone l'obbligo dell'equilibrio di bilancio, ossia l'impossibilità di ricorrere all'indebitamento quando questo supera una soglia (pre)determinata[90]. Dette limitazioni non sono circoscritte alla sola attività dello Stato, autorità centrale, ma devono riferirsi anche a tutte le pubbliche amministrazioni, comprendendo così la Repubblica, «una e indivisibile», ai sensi dell'art. 5 Cost.

Il dibattito riguardante il tema della possibile "metamorfosi" dei diritti della persona – quali elementi indefettibili e coessenziali della forma di stato – in diritti finanziariamente condizionati coinvolge da lungo tempo gli studiosi del diritto costituzionale. Come è noto, infatti, i vincoli di bilancio, sia

[90] Il principio del pareggio di bilancio, oggi espressamente sancito in Costituzione all'articolo 81, si introduce nel più ampio contesto di revisione delle norme nazionali di bilancio, auspicato dall'Unione europea. La sua costituzionalizzazione deve essere letta come una soluzione raccomandata dall'Unione. Infatti con il "Trattato sulla Stabilità, il Coordinamento e la Governance nell'Unione economica e monetaria", l'Unione chiede agli Stati di applicare, se possibile con disposizioni costituzionali, il principio in forza del quale il bilancio dello Stato deve essere o in pareggio o in attivo. È in questo scenario che si inserisce la legge cost. n. 1 del 2012, volta a modificare l'articolo 81 della Costituzione, affiancando alle spinte sovranazionali motivazioni esclusivamente interne in virtù del fatto che una riforma atta ad «impo[rre] una politica fiscale più rigorosa» fosse auspicabile per il nostro ordinamento (cfr. L. SPADACINI, *La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio quale limite all'efficacia retroattiva delle sentenze della Consulta: il paradossale allentamento delle briglie all'arbitrio delle maggioranze*, in *Nomos*, 2, 2017, 330).

interni sia comunitari, hanno finito per limitare fortemente le politiche degli Stati e sono stati in grado di indebolire il modello di stato sociale che, fino ad oggi, ha rappresentato l'unica o più rilevante risposta alle istanze di uguaglianza sostanziale costituzionalmente protette.

Questa impostazione ha avuto importanti ripercussioni anche sulle tecniche di protezione dei diritti, *in primis* con riguardo al controllo di costituzionalità. Negli anni, infatti, la rilevanza costituzionale dell'esigenza di equilibrio di bilancio statale ha trovato un crescente riscontro nella giurisprudenza del giudice delle leggi. La Corte se ne è fatta carico sia sviluppando nuovi strumenti decisori che consentono al legislatore di contenere le conseguenze finanziarie delle pronunce di accoglimento, sia elaborando alcuni importanti indirizzi giurisprudenziali che valorizzano l'interesse alla ragionevole ed equilibrata gestione delle risorse finanziarie. Tra questi orientamenti rientra il principio della "gradualità" nell'attuazione dei diritti a prestazioni positive, e in particolare dei diritti sociali, i quali sono stati condizionati, nella loro attuazione, dal bilanciamento con altri interessi tutelati dalla Costituzione, tenuto conto dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse organizzative e finanziarie disponibili. Nella stessa prospettiva si è altresì collocata la tendenza ad esercitare uno scrutinio severo sul rispetto dell'obbligo di copertura finanziaria delle leggi previsto dall'art. 81 della Costituzione[91].

È alla luce di queste considerazioni che il ruolo della giurisprudenza costituzionale, recuperando in qualche modo le argomentazioni in tema di limiti alla revisione, risulta essenziale. Infatti, quest'ultima, «in un clima di revisionismo nei confronti della forma di stato sociale motivato allusivamente in base agli effetti della crisi economico-finanziaria, può assumere funzioni di arroccamento (alcuni parlano di "resistenza") nella garanzia di livelli minimi di protezione sociale»[92] che mai potrebbero costituire oggetto di dimenticanza da parte degli organi costituzionali.

Tant'è che nel dichiarare l'(eventuale) illegittimità costituzionale di norme sancite all'interno delle leggi di bilancio, la Corte ha tenuto presente la circostanza che una sua pronuncia possa rivelarsi altrimenti dannosa e lesiva; è stato perciò affermato – e poi ribadito – che «è compito della Corte modulare le proprie decisioni […] in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro»[93], ovvero che,

[91] In quest'ottica, dunque, la Corte ha realizzato una serie di bilanciamenti a cascata, ove l'ampiezza della tutela minima del diritto, individuata a seguito del primo bilanciamento, è stata sottoposta nuovamente a tale operazione qualora ne fosse risultato violato il principio di bilancio. Si è così assistito ad una "catena" di bilanciamenti che non ha potuto che condurre alla progressiva erosione dello "zoccolo duro" dei diritti sociali.

[92] F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 4.

[93] Corte cost., sentenza n. 10 del 2015.

a seguito del suo intervento, si determinino «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione»[94].

Non può tuttavia sfuggire la circostanza che, in tempi più recenti, la Corte abbia aperto alcuni spiragli sulla possibilità di (ri)considerare il principio del pareggio di bilancio come un elemento debole nel bilanciamento con i diritti inviolabili sanciti in Costituzione, riconducendo, in tal modo, il valore della giustizia sociale alla categoria dei principi supremi.

Il problema del rapporto tra il principio di copertura finanziaria e di equilibrio della finanza pubblica e le garanzie costituzionali su cui poggiano le risorse destinate ai diritti incomprimibili, comincia ad essere risolto dalla Corte in favore di questi ultimi, accogliendo la tesi prospettata anche di parte della dottrina[95], per la quale il rilievo costituzionale dei diritti sociali – quali diritti fondamentali – costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio, garantendo certezza, stabilità e obbligatorietà del finanziamento.

A riprova di tale impostazione vi sono le argomentazioni e i richiami ad alcuni significativi precedenti giurisprudenziali[96] che la Corte utilizza per chiarire come le operazioni di bilanciamento basate sulla pura e semplice sottrazione matematica di risorse destinate a dare contenuto economico a diritti fondamentali non sono altro che atti arbitrari e, quindi, censurabili. L'orientamento della Corte emerge con nitidezza anche maggiore quando essa afferma, icasticamente, che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[97]. E ciò in quanto nel "tiro alla fune" tra i principi, quelli

[94] Corte cost., sentenza n. 13 del 2004.

[95] Il rinvio è a quanto sostenuto da L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo*, 3, 2015.

[96] La Corte evidenzia come «il rapporto di causalità tra allocazione di bilancio e pregiudizio per la fruizione di diritti incomprimibili avviene attraverso la combinazione tra la norma impugnata e la genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione, nella quale convivono in modo indifferenziato diverse tipologie di oneri, la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno». Si ripete, sotto il profilo sostanziale, insiste il giudice costituzionale, lo schema, «già censurato da questa Corte, secondo cui, in sede di redazione e gestione del bilancio, vengono determinate, anche attraverso i semplici dati numerici contenuti nelle leggi di bilancio e nei relativi allegati, scelte allocative di risorse «suscettibili di sindacato in quanto rientranti "nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte (sentenza n. 260 del 1990)"» (Corte cost., sentenza n. 275 del 2016).

[97] Il giudice costituzionale sottolinea che «non può nemmeno essere condiviso l'argomento secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie mi-

fondamentali indubbiamente debbono prevalere sul principio di copertura finanziaria e, di conseguenza, sul rispetto dei vincoli comunitari[98].

Dopo un lungo periodo di messa in discussione del modello di stato sociale voluto dal Costituente, la Corte costituzionale sembra volere in qualche modo recuperare, seppur timidamente, l'effettività del diritto fondamentale, il cui contenuto rappresenta un limite tanto al potere di revisione quanto alla discrezionalità dell'intervento del legislatore ordinario[99].

Come puntualmente rilevato dalla dottrina, infatti, «non è compatibile con il disegno costituzionale "che alle fasce più deboli siano riconosciuti (...) dei diritti, che sono diritti fondamentali, solo e se quando le risorse disponibili, o la situazione economica lo consente"»[100].

5. La resistenza per via giuridica alla revisione della Costituzione

La previsione di procedimenti legislativi speciali per procedere a modifiche della Costituzione non rappresenta l'unico strumento posto a presidio del suo carattere rigido. Ve n'è un altro rappresentato dalla previsione di una giurisdizione volta a garantire, sul piano giuridico, che la Costituzione mantenga il suo carattere di legge fondamentale, sovraordinata a ogni atto degli altri poteri dello Stato, ivi compresi quelli espressione della volontà popolare, come le leggi.

E in particolare, il ruolo della Corte costituzionale va ravvisato nella circostanza che essa permette, non solo un'effettiva protezione "ad oltranza" del nucleo duro della Costituzione – e *a fortiori*, della rigidità della stessa – quanto nel fatto che essa consente una vera e propria razionalizzazione dell'ordinamento giuridico e delle sue trasformazioni sociali e politiche.

nime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio» (Corte cost., sentenza n. 275 del 2016).

[98] Non deve tuttavia sfuggire che il percorso argomentativo della Corte trova il suo vero *thema decidendi* nell'art. 38 Cost. e, in particolare, nel suo terzo comma. La Corte parte dalla considerazione che «l'indeterminata insufficienza del finanziamento condizioni, ed abbia già condizionato, l'effettiva esecuzione del servizio di assistenza e trasporto come conformato dal legislatore regionale, violando in tal modo il precetto contenuto nell'art. 38, terzo e quarto comma, Cost… Tale effettività» – prosegue la Corte – «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto, nel quadro dei compositi rapporti amministrativi e finanziari degli enti territoriali coinvolti» (Corte cost., sentenza n. 275 del 2016).

[99] Non è possibile sostenere la tesi in forza della quale «ogni diritto, anche quelli incomprimibili» della persona «debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili»(Corte cost., sentenza n. 275 del 2016).

[100] L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 139.

A tal fine, nella sentenza n. 1146 del 1988, la Corte costituzionale ha stabilito il principio della sottoponibilità al sindacato di costituzionalità delle fonti autorizzate a derogare la Costituzione in quanto dotate di particolare copertura costituzionale, ovvero fonti con efficacia analoga a quella delle leggi costituzionali, affermando che è possibile sottoporre a sindacato di legittimità (costituzionale) sia i vizi sostanziali, sia i vizi che nascono «da un contrasto con i principi costituzionali supremi, seppure inespressi», poiché sono principi che non possono essere modificati, neanche con il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138.

La dottrina non si era (pre)occupata di distinguere tra Costituzione e leggi costituzionali, ma di ciò si è fatta carico la Corte costituzionale che è giunta ad affermare la completa sindacabilità delle leggi prodotte ai sensi dell'art. 138 qualora dovessero violare «i principi supremi» della Costituzione[101].

È in realtà la distinzione tra potere costituente e potere di revisione a condurre, nel caso di specie, alla configurazione del sindacato di legittimità delle leggi costituzionali; tale distinzione «comporta di per sé e sempre l'utilizzazione di un criterio materiale per distinguere le norme "non violabili" (che non significa non rivedibili) dalle altre»[102].

Nel momento in cui la *ratio* della protezione della Costituzione verso gli eccessi del potere di revisione si fonda sui principi supremi dell'ordinamento, ancor di più se condotti al loro nocciolo essenziale, le discussioni sui limiti alla revisione slittano «sul terreno squisitamente interpretativo dove […] si intensifica il ruolo della giustizia costituzionale di custode dell'identità costituzionale e di garante del corretto esercizio del potere di revisione»[103].

In questo quadro si conferisce «esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale […] che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio»[104]. È pacifico, a giudizio della Corte, che «l'ordinamento costituzionale repubblicano, fondato sulla tutela dei diritti e sulla connessa limitazione del potere […] [è] garantito da una Costituzione rigida», è per questo che si rende necessario affermare che il «controllo compete a questa Corte» alla quale, appunto, «spetta in via esclusiva il compito di assicurare il rispet-

[101] Fino a far ipotizzare, a autorevole dottrina, che «in taluni casi eccezionali, come quelli relativi alla violazione dei principi supremi [appunto], l'intervento preventivo dell'organo di giustizia costituzionale potrebbe evitare l'inizio di applicazione di una legge radicalmente contraria ai principi fondanti del nostro sistema» (L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio* in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, 839).

[102] M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 148.

[103] R. NANIA, *Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)*, cit., 8.

[104] Corte cost., sentenza n. 238 del 2014.

to della Costituzione e a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibilità della norma internazionale»[105] con l'ordinamento interno[106].

Ammettere l'esistenza di principi supremi «significa riconoscere nell'ordinamento costituzionale un sistema di valori che non solo si impone al legislatore (ordinario e costituzionale), ma che deve essere portato allo scoperto dal custode della Costituzione»[107]; peraltro, sottolinea la Corte, «se così non fosse si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»[108].

Le decisioni della Corte assumono un'importanza vitale poiché le scelte devono essere prese in base a un'interpretazione delle norme costituzionali che «sono lo schema formale sulla cui base l'ordinamento giuridico si evolve, in relazione alle esigenze della collettività, che si vengono affermando nel corso storico»[109], il giudice costituzionale deve dunque guidare l'evolversi dell'ordinamento all'interno di uno specifico schema di riferimento – quello costituzionale – e muoversi di pari passo con esso.

L'effetto più evidente di tale impostazione è proprio quello di un superamento del classico principio di gerarchia e di competenza nel sistema delle fonti, con la possibilità, che la Corte avoca a sé, di tutelare il rispetto di quei principi che sono definiti «supremi» in quanto superiori al potere di revisione[110].

Possono, in tal senso, definirsi pacifiche quelle ricostruzioni dottrinarie che, a partire dalla teoria mortatiana della «costituzione in senso materiale», fino alle più recenti evoluzioni del costituzionalismo rigido e protetto nella sua superiorità rispetto alle leggi, portano a riconoscere nella Costituzione la natura di fonte suprema, anche dei relativi contenuti garantistici[111].

[105] Corte cost., sentenza n. 238 del 2014.

[106] Principio ribadito anche con la sentenza n. 284 del 2007 ove dichiara «sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona».

[107] A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, 99.

[108] Corte cost., sentenza n. 1148 del 1988.

[109] F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scajola*, IV, Bologna, 1953, 361.

[110] La sentenza, pur segnando un indubbio cambio di prospettiva, non avrebbe «operato una forzatura perché ha esplicitamente esteso a tutte le fonti prodotte *ex* art. 138 la precedente elaborazione che la Corte aveva effettuato solo in riferimento a fonti non altrimenti concepibili che come autorizzate a derogare alle norme costituzionali in modo puntuale e limitato, e di per sé non idonee a sostituire o a incidere profondamente i principi supremi della Costituzione» (M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 163).

[111] Cfr. S. GAMBINO, *Sui limiti materiali alla revisione costituzionale della forma repubblicana dello Stato*, in *Astrid*, 22.

Ciò di cui può senz'altro dubitarsi, come è stato sottolineato, è la possibilità, tanto teorica quanto pratica, di tutelare attraverso la garanzia giurisdizionale il rispetto dei principi, considerandosi limiti assoluti al potere di revisione. In altre parole, ammettere l'esistenza di tali limiti, e dunque la sindacabilità delle leggi costituzionali, significa far diventare la Corte costituzionale «arbitro delle scelte politiche fondamentali (sia nel senso che attengono alla modificazione della Costituzione, sia nel senso che non sono modificabili da fonti – considerate sotto l'angolo visuale per cui rappresentano politici di integrazione, o di generalizzazione di interessi – di livello superiore), decise in ultima istanza dal popolo (seppure con una partecipazione in certe ipotesi solo virtuale)»[112].

Nell'architettura costituzionale, a garanzia del carattere rigido della Costituzione, accanto alla Corte costituzionale, è comunemente indicato anche il Presidente della Repubblica.

In particolare, la funzione di garante della Costituzione, propria del Capo dello Stato, può venire in essere, per quel che qui rileva principalmente, a presidio dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti inviolabili[113].

Non è sfuggito infatti alla dottrina più attenta che più di una disposizione riguardante la configurazione costituzionale del Capo dello Stato interseca quelle riguardanti la tutela dei limiti alla revisione costituzionale. Basterebbe fare riferimento all'art. 87 che stabilisce che «il Presidente della Repubblica è il Capo dello Stato e rappresenta l'Unità nazionale»[114] e che «non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione» (art. 90 Cost.) e alla norma che prevede che «prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza alla Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune» (art. 91 Cost.).

Il tema a questo punto meriterebbe un approfondimento intorno alla posizione del Presidente della Repubblica – al quale peraltro esplicitamente si rivolge l'art. 139 Cost. – che possa anche tener conto delle evoluzioni del ruolo presidenziale, alla luce dei mutamenti che si sono verificati sul piano

[112] M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 159.

[113] Come è stato efficacemente sostenuto, peraltro, è di particolare interesse «guardare alla tutela dei principi supremi dell'ordinamento dalla prospettiva del Presidente della Repubblica, posto che non vi è anfratto dell'ordinamento costituzionale che non si relazioni in qualche modo con la più alta carica dello Stato» (P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 117).

[114] L'unità nazionale è stata valorizzata in un senso affine alla missione di tutela dell'integrità dell'ordinamento che ha adombrato una sorta di funzione di custodia del nucleo duro dell'assetto dei poteri in capo al Presidente della Repubblica (Corte cost., sentenza n. 1 del 2013).

strettamente politico (e in particolare nei rapporti tra Governo e Parlamento) nel nostro ordinamento.

In questo scenario, significativa è, quantomeno da un punto di vista formale, la circostanza che le prerogative presidenziali possono arrivare a toccare – come sembra perlomeno ipotizzabile – l'imprescindibile forma di assicurazione sostanziale dei valori nazionali e soprattutto quelli che di volta in volta sono stati definiti supremi dalla Corte costituzionale. Potere, questo, che può peraltro essere esercitato anche attraverso il potere di rinvio (art. 74 Cost.).

Come è noto, il controllo delle leggi deve essere inteso quale «strumento strutturalmente interlocutorio»[115] mediante il quale il Presidente della Repubblica chiede alle Camere di riesaminare il testo di legge perché ritenuto lesivo o contrastante con i principi fondamentali del nostro ordinamento[116]; se i rilievi presidenziali non venissero accolti e se il Presidente dovesse dichiarare un rifiuto categorico alla promulgazione, potrebbe trovarsi nella posizione di dover violare la Costituzione qualora non promulgasse la legge riapprovata (arrivando finanche a dimettersi), ovvero sarebbe corresponsabile nella violazione dei principi supremi ove promulgasse.

In particolare, il Capo dello Stato dovrebbe, in un sistema sempre più complesso e articolato di rivalità e frammentazione partitica e talvolta anche istituzionale, certificare, nel rispetto della rigidità della Costituzione e dei supremi valori che questa si impegna a sancire, la fondamentale figura dell'unità della Nazione che è stata considerata in modo analogo alla tutela dell'integrità dell'ordinamento[117].

L'articolo 74 della Costituzione, non distinguendo tra merito e legittimità degli atti legislativi, rende possibile l'eventualità che l'atto presidenziale si fondi su entrambi. In particolare, il "veto" presidenziale può essere esercitato in quanto la legge non risulta essere conforme a Costituzione, ovvero se è ritenuta «costituzionalmente inopportuna»[118], ed è proprio in questo dato che risiedono le ragioni di merito cd. "costituzionale" che prende corpo nel momento in cui il Presidente della Repubblica si trova nella condizione di ritenere che una legge è potenzialmente idonea a turbare il funzionamento delle istituzioni o gli equilibri sui quali si regge l'ordinamento.

[115] P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 122.

[116] Fermo restando che lo strumento in esame tendenzialmente non muove dalle stesse premesse che caratterizzano il sindacato di costituzionalità esercitato dalla Corte costituzionale.

[117] Corte cost., sentenza n. 1 del 2013. L'unità nazionale è stata interpretata «non soltanto nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica».

[118] P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 302.

La scelta di adottare lo strumento del rinvio in forza dei motivi di costituzionalità e di merito dimostra l'accettazione di un modello intermedio tra il "valore assoluto" del principio di maggioranza e il mantenimento dell'unità nazionale, cosicché al Presidente non possa essere affidato un ruolo meramente notarile, ma neanche eccessivamente conflittuale – con le forze politiche – in modo tale da consentire il pacifico svolgimento della «funzione presidenziale di impulso, stimolo, mediazione e integrazione unificatrice»[119] propria dell'organo in esame. Il Capo dello Stato coopera, infatti, alla formazione dell'indirizzo politico «ma con una sua funzione peculiare: di influenza diretta, di garanzia del rispetto delle condizioni che ne rendono possibile la regolarità e continuità di svolgimento»[120].

Anche solo dopo aver gettato uno sguardo sulla storia della politica italiana è ben possibile individuare «la difficoltà e la delicatezza della funzione presidenziale di equilibrio»[121] proprio perché il Presidente della Repubblica, in quanto garante della Costituzione, deve destreggiarsi affinché non risulti mero notaio del testo, ma neanche attore politico a tuttotondo.

Nonostante non sia mai venuto in essere nessun caso nel quale il Capo dello Stato abbia richiesto alle Camere un ulteriore esame di un disegno di legge costituzionale, non è stato escluso che, sulla base del ruolo tipico dei principi, questi valgano quali parametri di costituzionalità anche in relazione alla legittimità delle leggi costituzionali. Sono infatti ipotizzabili casi di rinvio presidenziale che si riferiscano alla supposta violazione di un principio fondamentale, ovvero ad un'incostituzionalità manifesta. Ciò si desume anche dal fatto che l'art. 74 Cost., per la collocazione e per il contenuto, si riferisce al procedimento di approvazione della legge in generale e non soltanto della legge intesa quale fonte primaria dell'ordinamento. Altrimenti detto, la verifica del Capo dello Stato è prevista indistintamente, in sede di promulgazione, «per tutte le leggi approvate dalle Camere»[122].

Il potere di rinvio vede dunque come limite insuperabile il rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, così come – di volta in volta – individuati dalla Corte costituzionale e ciò in quanto bisogna sempre «interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa». La Carta fondamentale «contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria […] ma contribuiscono a conformare tale legislazione» la quale poggia sul dato che individua la Costituzione come «fatta soprattutto di principi» i

[119] G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 2.

[120] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 560.

[121] G. SILVESTRI, *Il presidente della Repubblica*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, *Legalità e garanzie*, III, Bari, 2006, 435.

[122] R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 19.

quali si trovano «in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente»[123].

Se una legge ordinaria venisse dichiarata incostituzionale per violazione dei principi supremi non sarebbe sufficiente la riapprovazione della medesima con la forma della legge costituzionale per aggirare l'ostacolo dettato dalla pronuncia della Corte costituzionale in virtù del fatto che, indipendentemente dal rango della legge (costituzionale o ordinaria), sarebbe comunque illegittima.

Ciò detto, in questi ultimi anni si è verificata la promulgazione di leggi della cui legittimità costituzionale molti hanno dubitato. A fronte di tali eventi sono nate nuove prassi, come la promulgazione con motivazione contraria, la promulgazione con motivazione dissenziente e la promulgazione con motivazione non dovuta[124].

Ma nell'ambito del tema trattato in queste pagine, la proliferazione di simili tecnicalità "spurie", che sono rivelatrici di una progressiva erosione della funzione costituzionale del potere di rinvio anche soltanto rispetto all'azione del legislatore ordinario, dovrebbe suggerire un dibattito costituzionalistico sul ruolo proprio del Capo dello Stato quale organo di garanzia, soprattutto in relazione alla tutela dei principi supremi.

6. Il carattere "necessariamente aperto" dell'art. 139

Dalla constatazione che la Costituzione italiana all'art. 139 dichiara l'immutabilità della forma repubblicana pur senza specificarne i caratteri essenziali, poiché non indica alcun riferimento a disposizioni o principi che, per il divieto in oggetto, andrebbero sottratti al procedimento dell'art. 138, si evince il fondamentale compito lasciato agli operatori giuridici di operare l'individuazione dei limiti materiali entro i quali circoscrivere l'attività "legale" di manutenzione del Testo costituzionale.

La peculiarità del «paradigma costituzionale», è stato efficacemente sostenuto, è che il fine di conservare un «ordine all'ordinamento» si persegue assegnando ai principi costituzionali, «che si pongono a fondamento di legittimazione dei poteri e alla base della legalità complessiva dell'operato delle norme, il compito di garantire una *superiore unità*: quella costituzionale»[125], per non provocare, su un terreno a così alto rischio sismico, scosse telluriche e "crepe" nelle sue fondamenta.

[123] Corte cost., sentenza n. 1 del 2013.

[124] Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 127 ss.

[125] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 45.

All'interno della Carta del '48 si fondono gli elementi in grado di forgiare la democrazia costituzionale, che vanno a coincidere, «senza sbavature, con il sistema costituzionale complessivamente inteso»[126]. Tenendo sempre ben presente che gli obiettivi per i quali le costituzioni vengono in essere sono la limitazione del potere degli organi dello Stato, la realizzazione di confini e di regole al suo esercizio, la garanzia (fondamentale) a che ci siano sfere libere della persona (nonché dei gruppi sociali in cui si svolge la personalità umana) inaccessibili all'autorità.

Dal legame esistente tra l'art. 139 e l'art. 1 Cost. prende corpo un sistema nel quale la democrazia non è un'idea astratta e difficilmente determinabile, bensì una concreta visione dell'organizzazione del potere, una democrazia strutturata. All'interno di essa il connubio tra libertà civili e partecipazione popolare al potere politico è indispensabile in quanto le prime sono essenziali affinché si configuri la seconda, ovvero la verifica da parte del popolo circa il potere politico che, a sua volta, è una condizione fondamentale al fine di ottenere e conservare le libertà civili.

È solo la Costituzione che può esprimere i principi e i diritti "fondanti" il sistema, i quali devono poi trovare realizzazione in un processo, aperto e pluralistico, di attuazione della politica costituzionale.

Del pari, è necessario considerare che la Carta costituzionale è una tavola di principi che non possono valere "di per sé" ma hanno bisogno di un sostegno politico che ne possa incardinare l'effettività. Agli organi costituzionali e alla giurisdizione spetterà, in particolare, il compito di ricercare, nell'interpretazione della Costituzione, quel significato complessivamente unitario[127] cui «deve essere ricondotta in ultima istanza la soluzione di tutti i problemi giuridici», consapevoli del fatto che «l'intreccio tra i valori costituzionali è profondo, se uno viene indebolito s'indeboliscono tutti»[128]. Soltanto così vengono poste le premesse per la continua ricerca di equilibri in grado di salvaguardare, anche in assenza di soluzioni rinvenibili nel testo della Costituzione, i diversi interessi in gioco.

Il bilanciamento tra il mantenimento dell'unità di senso della Costituzione e la manutenzione della sua effettività, in particolare dopo la lunga stagione di proposte di ingegneria costituzionale per la modifica della Carta fondamentale[129], non può che essere ricercato intorno ai principi fondamentali del costituzionalismo.

[126] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 19.

[127] M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura,* in ID., *La ricerca dell'ordine perduto*, cit., 112.

[128] L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo*, 2, 2016, 55.

[129] Un dibattito che ci ha condotto verso «una retorica delle riforme (organiche, globali…) che è dilagata negli ultimi trent'anni e ha impigliato l'elaborazione della costituzione vigente» (M. DOGLIANI, *Revisione della costituzione e conservazione: perché perpetuare l'equivoco?*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 18).

Penso si possa affermare che, in virtù di questi principi, la vigente Costituzione ha consentito il lento, faticoso avvio dell'ordinamento italiano verso un maturo sbocco democratico, nonostante la scarsa dimestichezza della nazione con la tradizione costituzionalistica altrove già affermatasi e nonostante la presenza di un contesto sociale fortemente arretrato, che mostrava oltretutto evidenti "fratture interne" sia ideologiche, sia territoriali.

La Carta costituzionale ha delineato in effetti un avanzato modello statuale, che avrebbe dovuto stimolare una evoluzione progressiva e solidaristica della società italiana così da ridurre le evidenti fratture di partenza e, comunque, tale da comporre *ex novo* il mosaico democratico.

I contenuti essenziali degli ordinamenti, quando nel mondo contemporaneo si parla di democrazia, stanno appunto nella tutela dei diritti umani, nelle libere elezioni, nel regime rappresentativo, nella competizione fra i partiti e nella possibilità del cambiamento pacifico delle forze di governo. E, non da ultimo, nel suffragio universale, connubio perfetto dell'applicazione del principio di eguaglianza – giacché rende eguali rispetto ai diritti politici, conosciuti solo in anni relativamente recenti, e caratterizzanti la forma democratica di governo – e del principio di libertà, intesa come diritto di partecipare al potere politico.

Premesse ideologiche e postulati di un costituzionalismo democratico, non scontato, e assai complicato da preservare nel tempo, senza cadere in tentazioni riformiste frutto di contingenze ovvero di avvenimenti drammatici che minacciano le nostre società e i nostri costumi.

In questa chiave, molte delle proposte di modifica avanzate nel nostro Paese si giustificano col fatto che, nel loro costituirsi, dopo aver garantito *ex ante* i valori di libertà, uguaglianza e solidarietà in termini formali, gli ordinamenti giuridici si trovano a non aver concretamente operato affinché fosse assicurata la loro effettività. Per tale via, il cortocircuito economico-sociale non ha risparmiato nemmeno uno dei principi cardine della democrazia, ossia la paritaria partecipazione politica al governo della comunità, sia pure attraverso l'istituto della rappresentanza, su cui è fondata la sovranità del popolo.

I profili delicati nei rapporti politici del tempo attuale, già alcuni anni fa definiti come quelli della "postdemocrazia"[130], possono portare a percorsi poco utilizzabili sul versante di una consapevole soggettività, con conseguente potenziale crisi nei sistemi della rappresentanza politica.

In questa situazione, quale che sia la strada che le forze politiche e sociali vorranno intraprendere per provare a ripartire, sarà fondamentale fornire risposte sullo stato della nostra democrazia che, a sua volta, «dipende dal –

[130] Cfr., in particolare, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003 6.

anzi si identifica con il – rispetto dei principi fondamentali della Costituzione», nonché sulla loro effettiva attuazione[131].

In un tempo nel quale la condizione economica e lavorativa degli individui, in un quadro sociale alquanto drammatico e complesso, è costantemente messa a dura prova, a finire sotto la lente di ingrandimento è anzitutto la capacità delle stesse regole costituzionali di far fronte ai conflitti sociali. D'altro canto, l'ordinamento repubblicano italiano, così come configurato nella Carta costituzionale, non dovrebbe mai risultare indifferente agli imperativi posti da esigenze di giustizia sociale.

In questo senso, la Repubblica italiana, anche qualora si voglia definire una democrazia *tout court*, evidenzia aspetti di forte socialità, e «da essi è caratterizzata» al punto che ogni modifica che coinvolga gli strumenti di riequilibrio delle disuguaglianze sostanziali finirebbe per alterarne la forma[132]. E tale qualificazione andrebbe intesa non tanto come una delle possibili forme di democrazia, «bensì come la formula necessaria, sicché l'aggettivo assume la funzione di rendere evidente quella parte di contenuto coessenziale a qualsiasi regime democratico»[133].

Al fine di evitare la continua discesa verso «un regime pretesamente democratico, accomunato soltanto dal nome, e non nella sostanza, alla forma di Stato vigente in Italia secondo l'art. 1»[134], gli argini costruiti nel nostro Paese, e non solo dagli organi giurisdizionali, sono fortemente debitori nei confronti della capacità "espansiva" dell'art. 139.

La seppur breve e incompleta ricostruzione operata nei paragrafi precedenti evidenzia come la categoria dei principi supremi e dei diritti fondamentali nella loro incerta definizione sia stata in grado di svelare una funzione strumentale a garantire che la sovranità, in ogni sua manifestazione – compresa la legislazione costituzionale – venga sempre esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione».

La visione "aperta" dell'art. 139, con un incontrovertibile allargamento dell'orizzonte interpretativo dato dalla non definitiva precisazione dei principi supremi e del contenuto dei diritti fondamentali, ha consentito un *continuum* in grado di sviluppare al massimo le capacità di trasformazione sociale e giuridica insite nelle potenzialità della Costituzione.

Di fronte alle nuove richieste di riconoscimento che emergono dalla società – che spaziano dal conciliare i diritti politici e civili con quelli economici e sociali, ai problemi sollevati dalle nuove generazioni di diritti – rispetto alle quali si dà conto di crescenti difficoltà degli indirizzi politici nel ge-

[131] G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., XVII.
[132] L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, cit., 43 s.
[133] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 147.
[134] L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 261.

stire sia una compagine sociale caratterizzata da una sempre più intensa multiculturalità, sia il processo di disarticolazione strutturale che interessa il sistema sociale, le categorie elaborate dalla giurisprudenza costituzionale hanno consentito di assegnare al Testo costituzionale significati corrispondenti al modello sociale corrispondente.

Si capisce bene, allora, come dal riconoscimento in Costituzione di più principi nonché di una pluralità di tutele per i singoli – in particolare di libertà individuali e di strumenti di giustizia sociale – consegua la necessità di evitare l'assolutizzazione di un principio o di un valore a scapito degli altri.

Questi ultimi diverranno orientamenti normativi armonici solo con una instancabile opera di bilanciamento ragionevole. La Corte non crea, infatti, gerarchie definitive tra principi costituzionali[135]; ne sono conferma le decisioni circa il principio di eguaglianza formale che «si pone in relazione diretta con i diritti sociali, poiché, se dal punto di vista storico lo sviluppo dell'eguaglianza ragionevole sorge come conseguenza dell'attuazione pratica dei valori connessi o implicanti i diritti sociali, al contrario dal punto di vista normativo, il principio di eguaglianza formale ragionevole si pone come uno dei fondamenti rispetto all'effettivo riconoscimento di quei diritti come valori costituzionali supremi (accanto a quelli di libertà)»[136].

La stessa pluralità dei principi supremi – e non il principio supremo – sottintende quello che è stato definito «il paradosso di una tentazione vagamente assolutistica evocata dall'aggettivo supremo che deve convivere con la natura sempre bilanciabile propria dei principi»[137]. Può darsi che l'aspetto più intimo e più profondo della funzione della Costituzione sia proprio il fatto di ancorare saldamente le premesse per la convivenza, ossia i principi concreti della vita comune, oltre che le norme – volte a regolare l'esercizio del potere politico – conosciute da tutti, accettate da tutti, rispettate da tutti.

È certamente vero, vale la pena ricordare, che i diritti costituzionali, così come i principi supremi, non possono essere assicurati, nella loro effettività, solo dagli organi giurisdizionali[138], ma hanno bisogno della politica quale

[135] Una recente conferma di quest'atteggiamento si trova nella sentenza sul conflitto di attribuzioni tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo sul divieto di intercettazioni del Capo dello Stato (Corte cost., sentenza n. 1 del 2013).

[136] A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), cit., 10.

[137] P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 24.

[138] Riferisco qui, in particolare, i dubbi avanzati da parte della dottrina che, tra i vari populismi di cui può essere vittima la Costituzione, ne individua anche uno di matrice giudiziaria. La giurisdizione rimarrebbe l'unico potere dello Stato che possa essere considerato «"vettore" della Costituzione; le garanzie dei diritti non sono né quelle legislative né quelle sociali e politiche», ma solo quelle giurisdizionali» (M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015).

mezzo di realizzazione dei fini dati dalla Costituzione. Tuttavia, l'indirizzo politico, a sua volta, è «oggetto di limiti posti dal diritto»[139], che si determinano sull'idea che le garanzie costituzionali – costruite anche attraverso la categoria dei principi supremi – costituiscono una cornice ineliminabile entro cui stabilire le tappe per mantenere un ordinamento plurale, libero ed equo.

Alla base dello stato costituzionale vi è, in ultima analisi, se non un modello definito in tutti i suoi aspetti, «almeno un segno preciso d'orientamento, germinato dal vasto mondo delle concezioni dell'essere umano e della società umana, dei valori, delle aspirazioni, delle sensibilità collettive venutisi a formare e a diffondere attraverso esperienze e comportamenti, grandi conquiste e grandi tragedie, fino a imporsi nella cultura della nostra epoca e del nostro mondo»[140].

Un modello basato su principi non negoziabili, che possono e debbono presiedere e dare impulso alle strutture e alle istituzioni della vita collettiva.

[139] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 247.

[140] G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 20.

IL LIMITE DEL TESTO FRA MODIFICHE TACITE ED INTERPRETAZIONI CREATIVE

di Maria Pia Iadicicco*

SOMMARIO: 1. Coordinate teoriche, itinerario e scopo della ricerca – 2. Le modifiche tacite della costituzione dall'esperienza statutaria a quella repubblicana – 3. Modifiche tacite ed interpretazione costituzionale: una sovrapposizione concettuale? – 4.1 La "revisione anomala" della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione. – 4.2. Modifiche tacite e limite del testo: le revisioni costituzionali "per reazione". – 4.3. Di alcune "palesi" modifiche tacite della Costituzione. O meglio: casi di inosservanza del testo costituzionale. – 5. Provando a definire in positivo, e non per esclusione, le modifiche tacite della Costituzione. – 5.1. Una sintetica panoramica su alcuni luoghi della Costituzione interessati da modifiche tacite. – 6. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali tra limite del testo costituzionale, attuazione normativa e giurisprudenza interna ed europea.

1. Coordinate teoriche, itinerario e scopo della ricerca

Il titolo della relazione che mi è stata assegnata rinvia ad una serie di questioni di straordinaria complessità ed ampiezza, difficili da approcciare quanto a metodo di analisi, delimitazione dei profili della trattazione, chiarificazione delle finalità perseguite. Del resto e inevitabilmente ogni qual volta si torna a discutere di modificazioni costituzionali, delle forme e dei limiti (giuridici) che esse incontrano, non ci si può non confrontare con le varie teorie e dottrine della costituzione e dell'interpretazione costituzionale.

A tal proposito, interrogarsi sul limite del testo conduce a riflettere sul valore della testualità ovvero sul significato più profondo della scrittura, non di un qualsiasi documento normativo, ma di un testo costituzionale, quale atto finalizzato al governo di una comunità organizzata in *pólis*. Allo stesso tempo, esaminare nell'ambito dei mutamenti costituzionali le c.d. modifiche tacite induce ad indagare sui soggetti da cui promanano, sugli effetti puntualmente e sistematicamente prodotti dalle stesse e sulle forme mediante le quali si compiono. Ma soprattutto, quando si discorre di modificazioni tacite della costituzione non sembra eludibile la vera questione dogmatica dalle

* Professoressa associata di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

stesse posta, la quale, prim'ancora del limite che esse incontrano, è quella della loro legittimità-ammissibilità specie in un sistema costituzionale rigido, che ha formalizzato e regolato la forma tipica del suo mutamento.

Attesa dunque la complessità dei temi sul tappeto, al fine di inquadrare sistematicamente le plurime questioni evocate nel titolo di questo contributo, è opportuno anzitutto delineare le coordinate teoriche lungo le quali ci si è mossi. La prospettiva prescelta è stata quella di esaminare l'ordinamento costituzionale nel tempo[1], inteso come processo storico nel quale si consumano evoluzioni sociali, ideologiche, politiche, economiche, culturali e, non di meno, sviluppi normativi[2]. Anche la costituzione[3] può essere infatti assimilata, come ogni esperienza umana, ad un «organismo vivente, sempre in movimento come la vita stessa»[4]; all'interno di questo percorso si potranno individuare episodi, momenti anche estremamente significativi (si pensi al punto di inizio o di fine), ma questa loro significanza sarà tale solo perché non isolata, ma collocata all'interno di un processo più ampio, ineluttabilmente dinamico.

Una simile tematizzazione impegna ad indagare non solo il rapporto tra testo costituzionale e tempo – un rapporto questo, almeno *prima facie*, antagonistico (se si attribuisce al testo un funzione di cristallizzazione, di conferimento di staticità) –, ma spinge altresì a valutare l'incessante relazionarsi di altre componenti testuali e materiali dell'ordinamento costituzionale[5] con il

[1] Sulla rilevanza che, anche nel diritto costituzionale, assumono il fattore e la dimensione temporale (tempo del/nel diritto), v. almeno S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, [1954], in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 79 ss.; T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, [1978], in *Opere*, I, Milano, 2000, 477 ss.; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 527 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009; S. AGRIFOGLIO, *Tempo e diritto, tempo e diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Tempo e diritto*, Napoli, 2010, 49 ss.; A. LONGO, *Tempo Interpretazione Costituzione. I. Premesse teoriche*, Napoli, 2013, 45 ss.

[2] Sul diritto come prodotto del tempo storico, G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, [1955], trad. it., Milano, 1998.

[3] La molteplicità dei significati della parola "costituzione" costituisce *l'incipit* di una moltitudine di studi di diritto costituzionale. Per tutti, v. G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

Cfr. anche A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.

[4] È proprio questa la definizione di costituzione offerta da K. LOEWENSTEIN, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1961, e richiamata da T. MARTINES, *op. ult. cit.*, 491.

[5] Si fa qui riferimento all'ordinamento costituzionale, invece che alla costituzione, per denotare che esso ha una struttura complessa, che consta di più dimensioni (A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015,

tempo, nelle sue declinazioni di passato, presente e futuro. Atteso che nell'ordinamento costituzionale va ricompreso il testo della Costituzione, ma pure «ciò che gli sta attorno (un "contesto") e anche ciò che viene prima (un "pre-testo")», si vuole verificare quali relazioni si intrattengono tra le sue varie componenti e quale sia l'effetto conformativo su ciascuna di essere prodotto dalla dinamica relazionale[6].

L'ordinamento costituzionale, come esperienza "vivente" di una comunità politica, è incessantemente attraversato da una duplice esigenza, tanto quella della stabilità, quanto quella del moto[7], parimenti irrinunciabili e assunti in relazione dialettica. Così come il moto non può risolversi in distruzione, annullamento, dei tratti identitari di un ordinamento dato, pena non già la fine della storia, ma l'avvio di un nuovo capitolo della stessa[8]; analogamente la stabilità, esprimendo un'esigenza di persistenza e permanenza dell'essenza di un ordinamento, non può per questo convertirsi in una cristallizzazione dei valori supremi su cui si fonda l'ordinamento costituzionale. Questi ultimi ne rappresentano il patrimonio genetico, che, però, lungi dal bloccare il moto dell'ordinamento, ne assecondano il fluire, contenendolo entro determinati confini, in quanto anche detti valori devono poter "vivere" attraverso il loro l'inveramento continuo e protratto nel tempo.

Dunque, la premessa principale dalla quale muove questa indagine sulle dinamiche che attraversano l'ordinamento costituzionale[9] è quella del rigetto

267-8), più elementi, testuali e non testuali, ciascuno di estremo rilievo, ma, da solo o isolatamente inteso, incapace di restituire l'immagine di una comunità politica, ordinata perché fondata (costituita) su valori e interessi comuni (ordinanti), da preservare e attuare nel tempo, e per questo in continuo movimento.

Sul testo costituzionale come componente (e non "altro") rispetto ad una realtà complessa, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, C. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, Milano, 2013, 35 e in *RivistaAic.it*, n. 1/2013.

[6] A. RUGGERI, *Teorie e «usi» della Costituzione,* in *Quad. cost.,* 2007, 521 ss. Similmente A. SPADARO, *op. ult. cit.,* 352 ss.

[7] M. LUCIANI, *op. ult. cit.,* 32; C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2014; F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi. Qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale*, in ID., *Democrazia, Pluralismo e laicità*, Napoli, 2013, 3-4.

[8] Nuovo capitolo nel senso di discontinuo, nei tratti essenziali, rispetto a quello precedente.

[9] Per evidenti ragioni non è possibile, in questa sede, restituire una compiuta disamina di tutte le forme di mutamento costituzionale. Sulle trasformazioni intervenute nell'ordinamento costituzionale italiano al di fuori dell'art. 138 Cost. si veda soprattutto S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana,* Bologna, 2004, il quale ricostruisce alcune vicende, verificatesi nel corso dell'esperienza repubblicana, che «appaiono significative ed esemplari in quanto, anche se non offrono una visione completa della Costituzione vivente, consentono (…) di constatare che questi ormai lunghi anni sono stati

di qualsiasi concezione statica dello stesso. L'obiettivo precipuo che ci si prefigge è quello di verificare in che senso il testo di una Costituzione, componente fondamentale, ma non esclusiva di un ordinamento costituzionale, possa fungere da limite per quelle modifiche che, secondo una terminologia invalsa, ma non proprio pacifica[10], vengono definite "tacite"[11] e se la c.d. interpretazione creativa possa essere ricondotta ad esse. A tal fine, la presente ricerca – inevitabilmente parziale e aperta a futuri svolgimenti – si dipanerà attraverso i seguenti passaggi: in prima battuta, appurato che la Costituzione repubblicana, a differenza dello Statuto albertino, ha inteso assicurare tanto la stabilità quanto il moto nell'ordinamento costituzionale, si focalizzerà l'attenzione sul tema delle modifiche tacite, che coinvolge tanto l'esperienza statutaria, quanto quella repubblicana, ma sulla base di premesse profondamente diverse (§ 2). Al riguardo non solo ci si dovrà interrogare sulla legittimità o meno di modifiche realizzabili in forma diversa dalla revisione del testo della Carta costituzionale, ma si dovrà tentare di definire "in positivo", e non solo per esclusione, queste forme "altre" di modificazione (§ 3). Questo frammento del discorso non potrà essere sviluppato prendendo le mosse da una prospettiva teorico-generale, ma andrà costruito attraverso l'analisi di vicende concrete (§§ 4.1, 4.2, 4.3), per poi da lì risalire verso l'orizzonte teorico; risalita che, invero, si rivelerà particolarmente faticosa (§ 5).

Dopo una sintetica panoramica solo su alcuni «luoghi»[12] dell'ordinamento nei quali la dottrina ha ravvisato modifiche tacite della Carta costituzionale(§ 5.1), l'attenzione verrà focalizzata sui diritti fondamentali (§ 6), per affrontare una questione classica del dibattito costituzio-

contrassegnati da non indifferenti trasformazioni o cambiamenti della costituzione vivente, addebitabili ora a svolte interpretative adottate dagli organi rappresentativi in conseguenza di mutamenti intervenuti nel sistema politico ed in assenza di un qualsiasi intervento giudiziale, ora a cambiamenti interpretativi ovvero ad interventi additivi della giurisprudenza dei giudici ordinari e della Corte costituzionale, sempre più combattuti fra stretta ermeneutica del testo costituzionale e creazione giudiziale del diritto» (407-8).

[10] Per una panoramica sulla "mutevole" terminologia delle modifiche tacite, F. CAVALLO, *Lemmi del mutamento costituzionale informale: glossario di riscontro bibliografico*, in *DPCE*, 2009, 1892 ss.

[11] Ci limitiamo qui a segnalare solo i grandi "classici" della letteratura italiana sul tema: F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 315 ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana),* in *Enc. dir.,* XI, Milano, 1962, 189 ss.; A. PIZZORUSSO, *Modificazioni tacite di una costituzione rigida*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (cur.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context*, Madrid, 2003, 805 ss.; A. RUGGERI, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento,* in *Dir. soc.*, 2005, 451 ss.

[12] L'espressione è di N. GRASSO, *La cultura italiana di fronte ai mutamenti costituzionali informali*, in *DPCE*, 2009, 1767.

nalistico: la configurabilità di diritti nuovi rispetto a quelli esplicitati nel testo costituzionale, compiuta anche mediante il richiamo a Carte internazionali dei diritti (e alla relativa giurisprudenza).

Nel corso di questa disamina, si riscontrerà che la peculiare conformazione di molti enunciati costituzionali, specie di quelli recanti i principi fondamentali, e la loro dimensione diacronica restringono la possibilità di configurare vere e proprie modifiche tacite della Costituzione. Ciò però non equivale né a sostenere che non si siano mai realizzate – o quantomeno tentate – modifiche tacite integranti talvolta gli estremi di una illegittima violazione della Costituzione; né che l'ordinamento costituzionale non sia stato e sia tuttora attraversato da importanti evoluzioni, le quali si sostanziano in mutamenti sul piano ermeneutico e attuativo del disposto costituzionale. Quanto si dirà riguardo al poliedrico fenomeno delle modifiche tacite costituirà la risultante di una più attenta, anche se complessa, delimitazione del concetto, che va compiuta non solo per ragioni teoriche, ma soprattutto onde scongiurare il rischio di un affievolimento della forza precettiva, fondante e ordinante della Costituzione.

2. Le modifiche tacite della costituzione dall'esperienza statutaria a quella repubblicana

Il tema delle modifiche tacite (improprie o informali) della costituzione ha sempre impegnato intensamente la dottrina italiana, chiamata già nel periodo statutario a fare i conti con il fenomeno, anzi, per essere più precisi, solo con esso, atteso che, durante la lunga vigenza dello Statuto albertino, nessuna modifica del suo testo è mai stata operata.

Durante il regime statutario, l'ammissibilità e la legittimità delle modifiche tacite muoveva dalla constatazione dell'ineluttabile necessità di evoluzione di qualsiasi ordinamento costituzionale, un'esigenza avvertita al punto tale da indurre a ritenere relativizzabile persino la clausola di espressa immodificabilità, la proclamazione dello Statuto albertino quale «legge perpetua e irrevocabile della Monarchia». Allo stesso tempo, la brevità dello Statuto e il continuo riscontro di sue lacune hanno reso oltremodo inevitabile il ricorso a modificazioni dell'ordinamento non formalizzate in revisioni del testo statutario[13].

[13] Solo pochi giorni dopo la concessione dello Statuto Albertino, con il reale proclama del 23 marzo 1848, si procedette ad una modifica tacita dell'art. 77, sostituendo la bandiera dello Stato sabaudo. Ma anche nell'imminenza della estensione dello Statuto al neonato Regno d'Italia, in un articolo pubblicato il 10 marzo 1848 su *Il Risorgimento,* Cavour sostenne la sua modificabilità tramite legge approvata dal Parlamento e sanzionata dal Re. Probabilmente in quel momento i tempi non erano ancora maturi per la pacifica e incontestata accet-

Per altro verso, l'incapacità di contenere e governare siffatti mutamenti – maturati all'interno di una cultura politica incline ad allentare i vincoli costituzionali e a depotenziare il significato della scrittura[14] in nome di interessi generali, o presunti tali – ha condotto ad un totale esautoramento della pur limitata capacità ordinante dello Statuto albertino; un fenomeno, questo, percepito in tutta la sua drammaticità solo all'esito della progressiva fascistizzazione dello Stato, ma non per questo precedentemente ignorato o del tutto metabolizzato, come può desumersi dall'accorato appello "*Torniamo allo Statuto*", formulato nel 1897 da Sidney Sonnino[15], che rivendicava la necessità di un ritorno all'interpretazione rigorosa del testo statutario, specie riguardo ai poteri della Corona.

A ben vedere, la fragilità manifestata dallo Statuto è riconducibile in larga parte proprio alla sua immodificabilità, o meglio, alla sua incapacità di governare il moto dell'ordinamento che si è prodotto totalmente a dir fuori del testo costituzionale[16], le cui disposizioni, pur elastiche[17], sono state tese fin al punto di rottura o, comunque, svuotate di qualsiasi capacità ordinante e precettiva[18].

Gli esiti nefasti di quella esperienza hanno influenzato e indirizzato l'attività dei Costituenti chiamati a redigere la Costituzione repubblicana, il documento solenne volto a fissare le basi di un nuovo ordinamento costituzionale, capace di segnare la discontinuità con il passato, ma concepito anche per durare nel tempo, per essere effettivamente stabile, non solo formalmente vigente e, proprio per questo, relativamente modificabile. In questo senso, è possibile cogliere il duplice volto della funzione di revisione costituziona-

tazione di quella concezione che, però, con il tempo e con il mutamento degli equilibri istituzionali è riuscita ad imporsi, tanto da far parlare della formazione di una consuetudine costituzionale sulla modificabilità dello Statuto tramite legge, con il consenso congiunto dunque del Parlamento e della Corona. Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, 141.

[14] Sulla scrittura come elemento caratterizzante le costituzioni in senso moderno e quale criterio formale capace di conferire ad esse il carattere della rigidità, A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, [1996], ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 10 ss.

[15] L'articolo fu pubblicato in forma anonima sulla *Nuova Antologia* del 1° gennaio 1897.

[16] Del resto, come già rimarcato dai commentatori dello Statuto, F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino, 1909, 194, esso intendeva erigere più barriere per il passato, che porre regole per la futura azione dei pubblici poteri. Inoltre, lo Statuto albertino, come le altre carte costituzionali delle monarchie dualiste, non ambiva alla stabilità; esso disciplinava equilibri fisiologicamente instabili, accordi «necessariamente transitori, legati al permanere dei rapporti di forza tra le parti dell'accordo», così A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 7 e 11 s.

[17] L. ROSSI, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano,* I, Padova, 1940, 27 ss.

[18] F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, 41.

le, garanzia, allo stesso tempo, di stabilità della Costituzione, ma anche di un suo rinnovamento, il quale può compiersi nelle forme e nei limiti di cui agli artt. 138 e 139 Cost. Essa mira tanto a preservare il documento costituzionale dai rischi di un suo svuotamento e aggiramento tramite modifiche informali, quanto ad assicurare il consolidamento dei suoi principi supremi, gli unici davvero immutabili e vocati all'eternità, ma che, proprio per questo, sono aperti a futuri svolgimenti, da compiersi, ove necessario, anche mediante la revisione di quei disposti costituzionali la cui modifica, lungi dall'intaccare i caratteri identitari dell'ordinamento costituzionale, sia funzionale a preservarne la vitalità. E non solo a tal riguardo la proiezione nel tempo della Carta repubblicana si differenzia da quella dello Statuto: il testo della Costituzione del 1948 è aperto al moto ed esprime un'esigenza di trasformazione continua dell'esistente[19], di superamento dello *status quo*, di inveramento nel tempo dei suoi principi fondamentali, da compiersi attraverso l'interpretazione e attuazione del disposto costituzionale, rispetto alle quali il testo è sì limite, confine, ma anche fattore determinante e componente ineludibile del moto.

È evidente quindi che nella nuova cornice di un ordinamento costituzionale fondato su di una costituzione rigida, garantita per di più dalla giustizia costituzionale, la questione dell'ammissibilità di modifiche costituzionali compiute attraverso atti diversi da quelli appositamente previsti allo scopo si sia complicata. Essa è "retrocessa" fino ad investirne la legittimità, non più tanto scontata, ma proprio la (ulteriore[20]) garanzia offerta dalla giustizia costituzionale, chiamata a vigilare sul rispetto della legalità costituzionale, ha contribuito, in un certo senso, a rendere meno problematico il ricorso anche a modifiche non formalizzate in revisioni del testo[21], purché contenibili entro gli stessi limiti valevoli per le leggi di cui all'art. 138 Cost.

A ben vedere, l'ammissibilità, anche in un sistema costituzionale rigido, delle modifiche tacite non è mai stata contestata radicalmente[22], tanto che nel primo contributo dedicato a questo tema ed elaborato dopo l'entrata in vigore della Carta del 1948[23], si è ritenuto del tutto scontato che anche la nuo-

[19] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.,* 1996, 136.

[20] Ulteriore rispetto alla garanzia, in primo grado, offerta dalla scrittura e a quella connessa alla previsione di un procedimento aggravato di revisione costituzionale.

[21] Analogamente, con riferimento all'ordinamento tedesco, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, (§15. *Note sul concetto di mutamento costituzionale)*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, 607.

[22] Anche se una parte della dottrina escluse in maniera piuttosto decisa l'ammissibilità delle stesse proprio richiamando gli argomenti della scrittura e della rigidità, cfr. P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947.

[23] F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della costituzione*, cit. *retro* nota 11.

va Costituzione repubblicana, come lo Statuto albertino, avrebbe subito, nel corso del tempo, delle modificazioni tacite; proprio per questo, l'Autore proponeva una prima riflessione incentrata soprattutto sul ruolo di garanzia che sarebbe stato assolto, su questo versante, dalla neo istituita Corte costituzionale, interrogandosi altresì sul contributo che essa stessa avrebbe potuto offrire, tramite la propria giurisprudenza, per la realizzazione di tali modifiche. L'analisi muoveva da una preliminare chiarificazione della nozione, o meglio del «fenomeno» delle modificazioni tacite, che, riprendendo le parole di Pierandrei, «può *sommariamente e in generale* essere descritto»[24] come quello del diverso atteggiarsi, nel corso del tempo, dei precetti della Costituzione, i quali permangono immutati, ma comunque trasformati «nel loro significato e nella loro portata» in forza di atti (normativi e di governo) degli organi fondamentali dello Stato, di fatti normativi (consuetudini), della interpretazione giurisprudenziale o anche di meri fatti.

3. Modifiche tacite ed interpretazione costituzionale: una sovrapposizione concettuale?

Mettendo per il momento da parte le plurime forme attraverso le quali si compiono le modifiche tacite e concentrandoci sull'effetto comune dalle stesse prodotto – la modifica del significato delle disposizioni – si ha la sensazione di essere di fronte ad un falso problema o, comunque, che non vi siano ragioni per alimentare sospetti nei riguardi di modifiche diverse dalla revisione formale del Carta, proprio in quanto esse non incidono sul testo. Tuttavia, sostenendo che le modifiche tacite altro non sono che quelle scaturenti, non da revisioni testuali, ma dalla trasformazione dei significati delle disposizioni costituzionali, il tema può finire per sovrapporsi, fino a confondersi con quello dell'interpretazione giuridica e, segnatamente, con l'interpretazione costituzionale[25]. Se proviamo – pur nella piena consapevolezza della estrema com-

[24] F. PIERANDREI, *op. ult. cit.,* 315. Corsivo nostro, funzionale ad evidenziare il limitato pregio euristico della definizione.

[25] Anche a tal proposito, S. TOSI, *Le modificazioni tacite*, cit., 59, ha espresso rilievi critici sulla definizione "sommaria" di modificazione tacita proposta da Pierandrei.

Sui rischi di una sovrapposizione concettuale tra mutamenti informali e interpretazione, v. pure V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2014, 5 ss.; e soprattutto E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 620 ss., il quale insiste particolarmente sulla necessità di tenere distinto il mutamento e la modificazione della Costituzione, da una parte, e l'interpretazione costituzionale, dall'altra (nonché l'attuazione e il "perfezionamento" del dettato costituzionale, v. *infra*, nota 92). A tal proposito Böckenförde richiama e sottopone a serrata critica la contrapposta visione di P. Häberle, per il quale il mutamento costituzionale è solo un problema interpretativo.

plessità della questione – ad individuare una definizione minima e non controversa di interpretazione giuridica[26], intendendola come attribuzione di significato ad un testo (enunciato, significante), e la mettiamo a confronto con l'anzidetta definizione di modifica tacita, non si comprenderebbe per quale ragione quest'ultima debba tenersi distinta dall'interpretazione di enunciati costituzionali[27]. Solo partendo dalla premessa, invero largamente criticata[28], dell'esistenza di un unico significato vero della disposizione, che l'interprete sarebbe chiamato a scoprire o conoscere, si potrebbe essere indotti a sostenere che, quando ciò non si compia, l'interpretazione produca l'effetto della modificazione tacita. Ma persino allontanandosi da siffatta concezione, ammettendo dunque l'esistenza di plurimi significati possibili del dato testuale, la questione delle modifiche tacite si porrebbe ugualmente, dovendosi distinguere quando l'interpretazione sia modificativa o trasformante (se non addirittura in frode alla Costituzione) e quando invece non sia tale[29], perché contenuta nell'alveo dei significati possibili.

In effetti, come evidenziato da Pierandrei, la questione delle modificazioni tacite della Costituzione riproduce, nell'ambito costituzionale, un «fenomeno di cui si è avuta e si ha continua esperienza anche negli altri settori dell'ordinamento giuridico»[30], dove le disposizioni scritte si trasformano nel loro significato per l'influenza esercitata nei loro confronti da nuove regole, anche consuetudinarie; ma l'acritica trasposizione della nozione in ambito costituzionale solleva, come da Lui stesso constatato, problemi di grave momento, e ciò non tanto quando al testo si attribuisce un significato differente da quello in precedenza accolto, ma quando esso contravviene con quello che dovrebbe essere il suo significato «palese ed immediato» e tutto ciò si compie senza provvedere ad un esplicito emendamento del testo.

[26] M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3180.

[27] La tesi principale di S. TOSI, *op. ul. cit.,* 5 s. e 34, è che in regime di costituzione rigida e garantita non si può parlare propriamente di modificazioni tacite in quanto i fenomeni che vanno comunemente sotto quella denominazione «o si presentano come prodotti dell'interpretazione evolutiva della costituzione, e dunque legittimi, ovvero si qualificano come violazioni costituzionali, illegittime sempre». Per questa ragione infatti secondo l'A. sarebbe opportuno tenere distinte le modificazioni tacite *della* costituzione dalle modificazioni tacite *alla* costituzione (p. 6).

[28] Sul superamento della «illusione positivistico-ottocentesca dell'"unica" possibile interpretazione del testo» si vedano, pur nella diversità delle posizioni, almeno M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005, 1 e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, 2016, 432.

[29] Cfr. E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'era della transizione*, Torino, 2000, 124 e 142.

[30] F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, 315.

In sostanza, per poter propriamente parlare di una modifica tacita del testo per mezzo dei fatti – tanto che si sostanzino in orientamenti giurisprudenziali, in prassi degli organi costituzionali, in consuetudini, convenzioni o anche in condotte sociali diffuse – non basta riconoscere l'interazione tra l'uno e gli altri, ma occorre rilevare una contrapposizione, più o meno forte e grave, tra disposto testuale e fatto, del tutto insanabile in via interpretativa[31]; né basta constatare la creazione di nuovi significati del disposto costituzionale – eventualità che secondo alcune teorie dell'interpretazione si realizza sempre –, ma bisogna ammettere la forza di questi di modificare (tacitamente) quanto prescritto nel testo radicandosi nell'esperienza. Un'operazione, questa, che per usare un eufemismo, non risulta affatto agevole.

A ciò deve poi aggiungersi che, pure in questo più ristretto perimetro, la tematica non potrebbe dirsi esaurita, in quanto, secondo unanime dottrina, le modifiche tacite scaturiscono anche da atti normativi e non soltanto da fatti[32], sicché sarebbe da domandarsi quali fonti, oltre alla legge di revisione costituzionale, possano legittimamente apportare modifiche (seppur tacite) al testo costituzionale, pur essendo di rango inferiore alla legge costituzionale. Ed ancora, risalendo al più antico dibattito dottrinale intorno alle modifiche tacite, si dovrebbe verificare la possibilità di distinguere nello stesso alveo delle leggi di rango costituzionale di cui all'art. 138 due diverse classi di legge di rango costituzionale – le leggi di revisione costituzionale e le leggi costituzionali – onde affidare solo alla prima tipologia il compito di provvedere alla revisione formale del testo costituzionale[33].

In effetti, se si persevera nel tentativo di delineare *a priori* e in astratto il concetto di modifica tacita, non si riesce neppure a cogliere l'effetto prodotto dallo stesso, la modifica della Costituzione, che invece dovrebbe connotarlo. Ma soprattutto, il sospetto che sempre più si radica è che se ci si limita a de-

[31] Si dovrà in sostanza essere al cospetto di un fatto, di una prassi che A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto» nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell'AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014, Napoli, 2015, 260, ha definito di una «patologica regolarità», in quanto manifestazione di ripetute violazioni di regole costituzionali. Vedi *infra*.

[32] Tra cui dovrebbero ricomprendersi anche le omissioni legislative.

[33] La dottrina è divisa tra quanti sostengono l'unitarietà della categoria, all'interno della quale sarebbe possibile tracciare (solo *a posteriori*) un rapporto di genere/specie (nel senso che la leggi di revisione costituzionale costituirebbero una *species* del *genus* legge costituzionale) e quanti contestano tale indistinzione, predicando la necessità (oltre che l'opportunità) di differenziare le due categorie, evidentemente non sulla base del procedimento di approvazione, che è identico, ma a seconda del contenuto specifico e delle finalità perseguite con l'uso dell'una o dell'altra legge. Sulla controversa ammissibilità di leggi costituzionali recanti modifiche implicite del testo costituzionale si veda la versione ampliata di questa scritto in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2018, § 4.1 e la bibliografia *ivi* riportata.

scrivere il fenomeno delle modifiche tacite come mutamento del significato del testo costituzionale, si tenda a giustificare l'esistente[34], arrestandosi alla realistica presa d'atto di una variazione interpretativa senza sforzarsi di valutarne l'ammissibilità o meno, specie in un sistema costituzionale rigido. Occorre invece provare a delineare in concreto i limiti dell'interpretazione oltre i quali si sostanziano modifiche tacite della Costituzione, pervenendo così ad una loro determinazione più precisa che sia funzionale a vagliarne, in primo luogo, la legittimità[35]. Si è consapevoli, però, che se non si inverte il senso di marcia del ragionamento – prendendo le mosse da alcune vicende concrete, per poi provare a risalire, *a posteriori*, ad una demarcazione del concetto di modifiche tacite – si rischia di perdersi in una moltitudine di problematiche.

Per il momento ci si limita soltanto ad evidenziare che il sintagma "modifiche tacite" può coprire una fenomenologia ampiamente differenziata, quanto ai soggetti da cui promanano, agli oggetti su cui incidono, alle forme in cui si esplicano e alla graduazione dell'effetto modificativo[36]. E, infatti, anche per queste ragioni, si è sostenuto[37] che un fenomeno tanto complesso e variegato, come quello dei mutamenti informali, si presti più a narrazioni che a compiute definizioni o qualificazioni.

4.1 La "revisione anomala" della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione

Un primo caso, che presenta diversi motivi di interesse per il discorso che qui si sta conducendo, è quello relativo alla peculiare "revisione" della XIII disposizione transitoria e finale della Carta costituzionale. La principale ragione di attenzione risiede senz'altro nella chiarificazione della formula e degli effetti prodotti con la l. cost. n. 1 del 2002, ma, non di meno, questi risentono fortemente del rapporto che la Carta repubblicana ha inteso porre con il proprio passato.

Dopo sollecitazioni di vario genere e all'esito di una serie molto lunga di

[34] È quanto in sostanza contesta anche S. TOSI, *op. ul. cit.*, 43 ss. (ma si tratta di critica ricorrente) alla concezione della costituzione in senso materiale di Mortati, pericolosamente avviata «ad una possibile legittimazione, nella e per la effettività, della mera forza politica su quel sistema di limiti e di controlli che il diritto non può rinunciare ad essere, se non contraddicendo alla sua essenza genuina».

[35] Come sottolineato da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. ult. cit.*, 619, la vera questione dogmatica posta dalle modifiche tacite è prima che il limite la loro stessa ammissibilità.

[36] C. MORTATI, *Costituzione*, cit., 197.

[37] M. CARDUCCI, *Il problema esplicativo delle trasformazioni costituzionali. Appunti per una comparazione di teorie e prassi*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali*, cit., 149-150. Sull'eterogeneità dei fenomeni di mutamenti taciti della Costituzione, v. anche Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, 237-8.

iniziative dirette a questo scopo[38], si è pervenuti, nel corso della XIII legislatura, all'approvazione della l. cost. n. 1/2002, composta di un solo articolo, ai sensi del quale, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale, i commi primo e secondo della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione *esauriscono* i loro effetti. Senza dunque ricorrere ad una clausola di abrogazione espressa, la legge costituzionale in parola ha colpito solo gli effetti dei primi due commi della disposizione, lasciando impregiudicati quelli ulteriori, nonché intatto l'intero testo dell'articolo.

Se prima dell'approvazione della l. cost. n. 1/02 in dottrina si erano espressi non pochi e infondati dubbi sull'ammissibilità o quantomeno sull'opportunità dell'abrogazione tacita di norme costituzionali[39], la vicenda in esame presenta caratteri di assoluta originalità, i quali investono anzitutto i termini utilizzati: nella rubrica della legge si parla di "cessazione" degli effetti dei primi due commi della disposizione, nel testo si parla di "esaurimento" dei loro effetti, volendo forse, con quest'ultimo termine, rimandare l'idea[40] che i commi in parola avessero già da tempo e per altre circostanze esaurito la propria funzione[41]. Nonostante la promiscuità del lessico, i giuristi più avvertiti non hanno avuto difficoltà ad individuare, quale scopo precipuo e conseguenza più immediata della legge, l'inapplicabilità *pro futuro* delle limitazioni dei diritti civili e politici nei confronti degli appartenenti alla Casa sabauda di cui ai primi due commi della XIII disp. trans. e fin.; tuttavia, per il comune cittadino (e non solo per quello), tutti i divieti in parola continuano ad essere leggibili nel testo della Carta costituzionale e, quindi, presumibilmente restano "vivi". E che questo dovesse essere il messaggio, al di là dell'effetto tecnico-giuridico della l. cost. n. 1 del 2002, lo si può evincere anche dai lavori preparatori e dai dibattiti che la vicenda ha provocato: da essi emerge chiaramente la volontà di tenere fermo il testo e di agire solo sui suoi effetti, onde superare l'opposizione di quanti rifiutavano la cancellazione dal testo costituzionale dei divieti rivolti agli appartenenti alla Casa sabauda.

[38] Sugli antefatti e sul tormentato *iter* dalla legge in parola, si rinvia a S. BASILE, *Legge costituzionale n. 1/2002*, in *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, Bologna, 2006, 398 ss.

[39] In tema si veda almeno M. DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1017 ss.

[40] Un'idea forse sostenibile, ma non pacifica, secondo una prospettiva propriamente storica, ma in più occasioni respinta sul piano tecnico-giuridico, dove la giurisprudenza amministrativa e costituzionale hanno sempre riconosciuto la perdurante vigenza della disposizione. Cfr. Consiglio di Stato, Ad. gen., 10 dicembre 1987, n. 446; 1 marzo 2001, n. 2; Corte costituzionale, ord. n. 480/1989.

[41] Di eutanasia della disposizione a causa del suo stato di "agonia" parla A. MORELLI, *"Eutanasia" di una disposizione. Ancora sulla legge costituzionale relativa alla XIII disp. trans. e fin. Cost.*, in *Forumcostituzionale.it*, 25 agosto 2002, che pur esprime condivisibili rilievi critici sul piano della tecnica normativa utilizzata con la l. cost. n. 1/2002.

La vicenda è quindi strettamente connessa all'origine storica della Carta repubblicana, al rapporto tra questa e il suo passato, alla rottura da essa segnata con il regime monarchico, in generale, e con la ex Casa regnante, in particolare, per le responsabilità gravissime a questa riconosciute nel disfacimento delle istituzioni liberali durante il ventennio fascista. Di tutto ciò la XIII disposizione finale (e non transitoria) della Carta costituzionale era, e per alcuni deve continuare ad essere, testimonianza visibile, tanto che, pur disponendo la legge costituzionale del 2002 la cessazione degli effetti dei primi due commi, le relative disposizioni permangono nel testo della Costituzione.

Ragionando in termini di stretto diritto positivo, è noto che la legge in parola reca il *nomen iuris* di legge costituzionale, ma, dal punto di vista funzionale, è innegabile che essa sia assimilabile più ad una legge di revisione costituzionale che alle altre leggi costituzionali, anche se, come queste ultime, non incide sul testo della Carta costituzionale. Questa peculiare caratterizzazione della legge in esame pone più di un dubbio sulla correttezza dell'operato del legislatore costituzionale in questa vicenda: non si tratta di sciogliere l'alternativa legge di revisione-legge costituzionale, ma di capire se la tecnica di normazione utilizzata nel caso di specie assolva a quelle esigenze di certezza e chiarezza, che sono tanto più da salvaguardare quando si interviene su fonti di livello costituzionale.

Che senso ha avuto, nel caso di specie, intervenire con una legge corrispondente negli effetti ad una legge di abrogazione espressa, ma non incidente formalmente sul testo costituzionale? Si è già detto che a pesare non poco sulla vicenda è stato il giudizio storico di condanna nei confronti della dinastia sabauda[42] e, in questo senso, la permanenza del testo in tutta la sua interezza, nonostante la cessazione di efficacia dei primi due commi, può essere letta come forma di deferenza nei riguardi del documento costituzionale inteso come testo storico. Tuttavia, come rilevato da un'attenta dottrina[43], questo modo di intervenire «obliquo», che lascia apparentemente inalterato il testo della Costituzione, ma incide su di esso in modo indiretto, privando sostanzialmente di efficacia alcune disposizioni, non sembra pienamente rispondente a quell'esigenza di certezza che costituisce l'ambizione più alta della testualità. Dunque, da questo punto di vista, la vicenda esaminata, anche se fortemente connessa alle circostanze storiche che condussero i Costituenti all'adozione di misure eccezionalmente restrittive dei diritti civili e politici nei confronti degli ex regnanti, non può ritenersi autenticamente rispettosa di quel passato e costituisce una forma di svilimento del testo costi-

[42] Così S. BASILE, *op. ult. cit.*, 438 e A. CONCARO, *Disp. XIII*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 2793.

[43] P. CARNEVALE, *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi*, Napoli, 2016, 40.

tuzionale e in particolare del suo contenuto *normativo*, quello che dovrebbe interessare prioritariamente, anche se non esclusivamente, il giurista.

4.2 Modifiche tacite e limite del testo: le revisioni costituzionali "per reazione"

Proseguendo la nostra indagine empirica e volgendo lo sguardo a quelle che si compiono in forma diversa dall'approvazione di una legge di rango costituzionale, è possibile individuare alcune vicende, concretamente verificatesi nell'esperienza repubblicana, rispetto alle quali si può affermare che si siano tentate o compiutamente realizzate modificazioni tacite della Carta costituzionale. Più precisamente, attraverso l'esemplificazione si vogliono anzitutto segnalare alcuni casi nei quali si può ritenere che il testo costituzionale abbia funto da limite effettivo alla realizzazione di modificazioni tacite (o presunte tali); si tratta di vicende caratterizzate dal fatto che, a fronte della "resistenza" manifestata dal dato testuale, la modifica, ritenuta comunque necessaria, è dovuta transitare attraverso l'esercizio della funzione di revisione costituzionale, l'unica deputata ad incidere sul testo.

Procedendo in ordine cronologico, si può ripercorrere la progressiva e travagliata costituzionalizzazione dei principi che informano il c.d. giusto processo, una vicenda sicuramente caratterizzata da un passaggio fondamentale, la revisione dell'art. 111 Cost. ad opera della legge cost. n. 2 del 1999, ma non di meno caratterizzata da un burrascoso pregresso[44]. Come si è fatto notare[45], questa vicenda è avvolta da una complessa trama di motivazioni – tra le quali anche la (allora molto) controversa definizione dei rapporti tra diritto interno e CEDU –, ma, tra tutte queste, spicca soprattutto la volontà del sistema politico-istituzionale di reagire a letture restrittive di talune disposizioni costituzionali relative al diritto di difesa. Questi orientamenti interpretativi avevano trovato l'avallo del giudice costituzionale che, con la sentenza n. 361 del 1998, era intervenuto su una disposizione del Codice di procedura penale (art. 513), appena riformulata dal legislatore, ampliando la possibilità di utilizzare materiale probatorio raccolto nelle fasi predibattimentali, con evidenti minore garanzie della genuinità del contraddittorio, come metodo di formazione dialettica della prova. Si è trattato, dunque, di una decisione resa sulla base di un'interpretazione del testo costituzionale molto distante, se non antitetica, rispetto a quella fatta propria dal legislatore ordinario, il quale, con l. n. 267 del 1997, aveva poco prima voluto recupera-

[44] Su cui cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale),* in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 597.

[45] D. BIFULCO, *Il «giusto processo» tra revisione della Carta fondamentale e dinamiche della costituzione materiale,* in *Rass. Parl.*, 2002, 515.

re il ruolo centrale del dibattimento e delle garanzie ivi assicurate per la formazione della prova[46]. Però, la decisione della Consulta del 1998 segnava anche, in una fase storica contrassegnata da molte turbolenze, un punto di rottura rispetto alla propria pregressa giurisprudenza, a cui un'autorevole dottrina[47] aveva riconosciuto, già negli anni '60, il merito di aver saputo interpretare in senso evolutivo l'art. 24 Cost., ricavando da quella disposizione significati largamente assimilabili al principio del *due process of law* di tradizione anglosassone[48].

La sentenza caducatoria del 1998 ha comunque sicuramente impresso la spinta decisiva alla riforma costituzionale operata con la l. cost. n. 2/99 la quale, in tal senso, costituisce la reazione (se non la sanzione[49]) del Parlamento ad una decisione del giudice costituzionale ritenuta non solo portatrice di un indirizzo interpretativo "poco conforme" allo spirito, più che alla lettera, delle norme costituzionali in materia di diritto di difesa, ma anche integrativa (additiva e sostitutiva) delle norme legislative, in quanto recante un'addizione difficilmente riconducibile al meccanismo delle «rime obbligate»[50] di crisafulliana memoria, limite e, allo stesso tempo, criterio di legittimazione dell'operato della Corte quando interviene con sentenze manipolative. Depone in tal senso anche la scomposta reazione, un vero e proprio scatto di nervi[51], del legislatore nei confronti dell'operato della Consulta, concretizzatosi nella presentazione – all'indomani della pubblicazione della sent. n. 361/1998 – di una proposta di legge costituzionale tesa a modificare l'art. 136 Cost. nel senso di consentire alla Corte solo pronunce di accogli-

[46] Come osservato da M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 603, con la legge 7 agosto 1997, n. 267, di modifica dell'art. 513 c.p.c., il legislatore intendeva rafforzare il ruolo centrale del contraddittorio nella formazione della prova e, a tal fine, limitava l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dai coimputati durante le indagini preliminari, prevedendo che le dichiarazioni accusatorie del coimputato giudicato nello stesso procedimento, in caso di assenza, contumacia o rifiuto di rispondere, fossero inutilizzabili nei confronti degli accusati senza il loro consenso (comma 1), mentre le dichiarazioni accusatorie del coimputato giudicato in altro procedimento fossero acquisibili solo con l'accordo delle parti (comma 2).

[47] M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «*due process of law clause*»)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss.

[48] Un principio iscritto nel «codice genetico del costituzionalismo» che, secondo G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss., trovava già albergo nella Carta costituzionale del 1948.

[49] Criticamente su questa possibile configurazione G. FIANDACA, *Il legislatore non deve ridursi a livello della Consulta*, in *ItaliaOggi*, 22 dicembre 1998, 59.

[50] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 84.

[51] N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all' «ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3170.

mento o rigetto "secche", impedendo qualunque operazione manipolativa delle norme legislative oggetto del giudizio[52].

Mettendo da parte questo eccesso, la riforma costituzionale del 1999 può essere certamente letta come una (legittima[53]) risposta del Parlamento, impegnatosi ad integrare il testo costituzionale con una serie di garanzie più dettagliate riconducibili al giusto processo, onde far fronte ad un tentativo di modificazione tacita della Costituzione operato dal giudice costituzionale con decisioni manipolative (integrative), ma comunque riduttive dell'istanza garantista sottesa alle disposizioni costituzionali sul diritto di difesa.

Tuttavia, la vicenda ripercorsa si presta viepiù ad una diversa – anche se meno plausibile – chiave di lettura, potendosi intendere la sentenza del 1998 come una reazione del giudice costituzionale a letture del testo costituzionale, sostanzialmente recepite dal legislatore con la novella del 1997 al Codice di procedura penale, ritenute eccessivamente creative, in quanto volte a trarre dal testo della Costituzione, allora vigente, regole precise di attuazione dei principi del c.d. giusto processo. In effetti, è difficile contestare che, prima (e dopo) la sent. n. 361/1998, si avessero «idee anche molto diverse»[54] sul tema; la dottrina risultava sostanzialmente divisa tra quanti ritenevano quei principi già esistenti e ricavabili dal testo costituzionale del 1948 e quanti sostenevano la necessità di una integrazione della Carta con una più chiara enunciazione di contenuti garantistici. In questo senso, quindi, si può vedere nella sentenza del 1998 una reazione della Corte costituzionale ad un tenta-

[52] Proposta di legge costituzionale AC n. 5371 (Soda ed altri), presentata alla Camera dei deputati il 5 novembre 1998).

[53] La vicenda ha infatti fornito alla dottrina costituzionalistica una preziosa occasione per riflettere in maniera più approfondita, in primo luogo, sull'ammissibilità di sentenze integrative da parte del giudice costituzionale e sui limiti che esse incontrano, onde potersi escludere che costituiscano forme di surrettizia modificazione tacita del Costituzione. In secondo luogo, sul ricorso da parte del legislatore costituzionale alla revisione costituzionale come strumento per superare il giudicato costituzionale (in parte ablatorio, in parte additivo) e per poter, in sostanza, dire l'ultima parola sulla portata dei principi del giusto processo ricavabili dal testo costituzionale. Su questi aspetti, ma anche su altri di sicuro interesse, N. ZANON, *op. ult. cit.*, 3169 ss. In particolare, secondo l'A., la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo operata mediante una legge di revisione formale del testo, volta a superare le resistenze del giudice costituzionale, non può essere ritenuta una forma di uso improprio del potere di revisione costituzionale, una sorta di sua degradazione a strumento di «lotta costituzionale» del Parlamento contro la Corte, essendo possibile per il Parlamento (ma fermo restando il rispetto dei principi supremi) rivestire della forma costituzionale il contenuto di disposizioni legislative ordinarie dichiarate illegittime, purché ciò non diventi una comoda e abituale alternativa alla legislazione ordinaria – con il che si finirebbe per smarrire il senso stesso della rigidità costituzionale garantita dal controllo di costituzionalità delle leggi –, ma costituisca un modo per rafforzare la stessa legittimazione dell'operato della Corte in un ordinamento democratico.

[54] N. ZANON, *op. ult. cit.*, 3176.

tivo di modifica tacita della Costituzione, condotto mediante un processo interpretativo "ardito", anche se – e il punto merita di essere rimarcato – quell'indirizzo interpretativo non era rimasto allo stato della speculazione dottrinale, ma era stato accolto dal legislatore ordinario, il quale aveva ritenuto di poter dare una più precisa concretizzazione del principio del contraddittorio, ricavabile dal testo costituzionale, nel processo penale.

Sia come sia, la modifica dell'art. 111 Cost. *ex* l. cost. n. 2/1999 muove dalla necessità di lasciare un segno visibile (fin troppo analitico secondo alcuni) nel testo costituzionale dell'esigenza di rafforzamento delle garanzie del giusto processo, onde evitare modifiche tacite della Costituzione vuoi in senso riduttivo di quelle istanze (ma comunque a favore di altri interessi ricavabili dal testo costituzionale), vuoi in senso ampliativo. Come a dire che, al di là del fine perseguito dall'interprete e degli argomenti addotti per sostenere una certa lettura del testo, ciò che conta davvero è quanto il testo "dice", o forse, ancor di più quello che non riesce a contenere. Ed allora, visto che dal tenore letterale del previgente testo costituzionale non era dato ricavare interpretazioni univoche (come del resto accade nella maggior parte dei casi…) sulla portata dei principi del giusto processo, si è intervenuto sul testo rendendolo più chiaro.

Non molto dissimile è la genesi della legge costituzionale n. 1 del 2003, con la quale è stato aggiunto un inciso al primo comma dell'art. 51 Cost., impegnando la Repubblica a promuove con appositi provvedimenti la parità tra donne e uomini nell'accesso ad uffici pubblici e cariche elettive. Anche se nei lavori preparatori si fa riferimento alla necessità di attuare la Costituzione, segnatamente gli art. 51 (formulazione originaria) e il comma secondo dell'art. 3 – o, al più, di integrarli, non già di modificarli – mettendo in condizione la Repubblica di rendere effettivo «il principio democratico di uguaglianza»[55], è indubbio che la nuova formulazione dell'art. 51 Cost. muovesse prioritariamente dall'esigenza di dare copertura costituzionale[56] ad azioni positive (riserve di quote elettorali in ragione del sesso) già predisposte dalla legislazione elettorale comunale, provinciale, regionale degli anni '90, ma annullate dal giudice costituzionale.

Ancora una volta si tratterebbe, dunque, di una reazione, seppur non nell'immediato, ad una decisione della Consulta e la vicenda potrebbe essere intesa come sintomatica di una contrapposizione forte tra Parlamento e giudice costituzionale. In realtà, non sembra questa la lettura più convincente della vicenda in esame; pur essendo innegabile che anche la legge cost. n. 1/2003 sia stata concepita come una revisione "per reazione", la chiave di

[55] Cfr. la relazione dell'on. Ioannucci al Senato sulla proposta di legge AS 1213.

[56] G. BRUNELLI, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. cost.*, 2002, 615 ss.

lettura da noi proposta di questo caso non mira a enfatizzare il contrasto tra legislatore e Corte, ma a valorizzare il ruolo del testo costituzionale, nel caso di specie ritoccato proprio al fine di ottenere una modificazione del quadro normativo già tentata mediante altre vie, ma ostacolata da alcune formulazioni del testo stesso nella interpretazione fattane dalla Consulta. Ciò consente di rimarcare che anche se il fine perseguito attraverso la modifica tacita (o meglio, attraverso una funzione non rivolta allo scopo specifico della modifica costituzionale) non è l'aggiramento del dettato costituzionale, ma addirittura l'ottenimento di un risultato ritenuto più rispondente al soddisfacimento di interessi di rilievo costituzionale, il testo può rappresentare ugualmente un limite a ciò, e quindi la modifica deve necessariamente transitare attraverso la prioritaria revisione del testo costituzionale.

Fatta questa precisazione, l'antecedente della revisione costituzionale del 2003 (ma anche di quelle operate con le leggi costituzionali n. 2/2001 e n. 3/2001) può rinvenirsi nella sentenza n. 422 del 1995, con la quale il giudice costituzionale aveva censurato, per violazione degli artt. 3, co. 1, e 51 Cost., i primi tentativi del legislatore di istituzionalizzare la presenza delle donne all'interno delle liste elettorali: si è trattato di una pronuncia che ha suscitato molte critiche e sotto molteplici punti di vista[57]. Per quanto rileva ai nostri fini, basti ricordare che, secondo alcuni[58], i parametri costituzionali utilizzati potevano essere letti in maniera molto distante, se non opposta, rispetto a quanto statuito dalla Corte[59], nel senso cioè di imporre, già nella loro originaria formulazione, l'introduzione di misure volte a porre le condizioni per l'effettiva eguaglianza dei cittadini di ambo i sessi nell'accesso agli incarichi pubblici.

Ad ogni modo, da quel momento non si è avuto più alcun dubbio sul fatto che la via della riforma per la parità di accesso alle cariche elettive dovesse transitare attraverso la revisione del testo costituzionale, che appunto è stata compiuta in varie tappe, dapprima con due leggi di revisione del titolo V della Parte seconda della Costituzione, la n. 2 del 2001 e la n. 3 dei 2001 (la prima recante modifiche agli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale, la seconda per la modifica dell'art. 117 in cui è inserito il comma 7) e, poi, con la l. cost. n. 1/2003. Quest'ultima è stata approvata proprio a ridosso di un'altra decisione della Consulta (la sent. n. 49/2003) sulla nuova legge elettorale valdostana, nella quale il rigetto delle censure mosse dal Governo, ma soprattutto il *revirement* del proprio precedente, sono giustificati «alla luce

[57] Per un quadro ampio ed efficace delle reazioni della dottrina alla decisione della Consulta, si rinvia a E. ROSSI, *Legge costituzionale n. 1/2003*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 2006, 455 ss.

[58] Si v. almeno L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996; I, 1972 ss.

[59] In particolare al punto 6 del Considerato in diritto delle sent. n. 422/95.

di un quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca» della sentenza del 1995 e che pone «esplicitamente» nel testo costituzionale l'obiettivo del riequilibrio e prescrive come «doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale». Insomma, ora che il testo è più chiaro, i paventati rischi di una modificazione tacita della Costituzione compiuta in via legislativa possono essere messi da parte, anche se, verrebbe da dire, con buona pace della discrezionalità del legislatore che si era cimentato in una missione non proprio impossibile…

Da ultimo, tra i vari casi menzionabili che rivelano una resistenza (o una lacuna) del testo costituzionale, a cui ha fatto seguito una revisione del medesimo "per reazione", può nuovamente richiamarsi la vicenda del "rientro dei Savoia", atteso che, a fronte della caldeggiata possibilità di configurare in via interpretativa un esaurimento della funzione normativa della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione, era stato replicato dal Consiglio di Stato[60] che la disposizione poteva essere modificata solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost., dovendosi escludere una sua abrogazione «frutto di un'attività di interpretazione evolutiva».

Anche se si è già fatto un veloce cenno a questo aspetto, è bene fare un'ulteriore precisazione sulla ricostruzione appena compiuta. Non sfugge a chi scrive che le vicende appena richiamate potrebbero ritenersi non integranti la "fattispecie" di tentata modifica tacita della Costituzione, ma potrebbero essere intese soltanto come casi nei quali si è profilata un'interpretazione e attuazione del testo costituzionale rilevatasi poi non praticabile. Una simile obiezione ci riporterebbe inevitabilmente al *puntum crucis* dal quale si è preso le mosse: la difficoltà di distinguere concettualmente una modifica tacita rispetto ad interpretazioni particolarmente evolutive del testo costituzionale, anche se autorevolmente sostenute perché provenienti dal giudice costituzionale, certo non interprete esclusivo della Carta, ma, piaccia o meno, sicuramente interprete privilegiato. Un dato, non proprio secondario, avvalora però la ricostruzione dapprima compiuta, nella quale si è parlato di "tentate" modifiche tacite della Costituzione: il successivo intervento di revisione del testo costituzionale esprime chiaramente che il tenore letterale delle precedenti disposizioni non reggeva alcune letture, comunque le si voglia qualificare – evolutive, creative, inventive… – , e che

[60] Consiglio di Stato, Adunanza Generale del 1 marzo 2001, Sezione Prima, parere n. 153/2001. *Richiesta di parere da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla interpretazione della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione.*

Critico nei confronti di questa impostazione del Supremo organo di consulenza, A. D'ALOIA, *Il Consiglio di Stato e la XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2001, 538.

l'evoluzione dell'ordinamento giuridico perseguita sulla base di quelle interpretazioni è dovuta transitare, per compiersi pacificamente, attraverso la revisione della Carta costituzionale. Ma su questo punto si dovrà necessariamente tornare nei successivi svolgimenti della ricerca per rivelare le peculiari caratteristiche del linguaggio costituzionale e le conseguenze che ne derivano sull'attività di attuazione costituzionale.

4.3 Di alcune "palesi" modifiche tacite della Costituzione. O meglio: casi di inosservanza del testo costituzionale

Un ulteriore sforzo di esemplificazione da compiere per tentare di fare chiarezza sulla nozione di modifica tacita della Costituzione è quello di individuare alcuni casi nei quali si possa ritenere che essa si sia effettivamente realizzata e non sia stata solo tentata. Si tratta di un passaggio molto complesso per le ragioni che di seguito si diranno e che porteranno a ridurre significativamente il "raggio di azione" delle modifiche tacite. Ad ogni modo e seppur con molta cautela, si possono richiamare alcune vicende per designare le quali si è ricorso ad un ossimoro: palesi modifiche tacite della Costituzione. In effetti, nei casi che si andranno ad esaminare la modifica della Costituzione non può che definirsi tacita, non incidendo sul testo della Carta costituzionale; eppure essa non solo è stata portata a pieno compimento, ma riveste viepiù carattere palese, in quanto, a mio parere, queste vicende manifestano in maniera inequivocabile un significativo scostamento dal testo ed un chiaro intento di modificazione di quanto ivi prescritto. E proprio per questo, sembra più corretto, oltre che opportuno, uscire dall'ambiguità definendo in termini più netti questi casi come inosservanza o violazione del dettato costituzionale, quale che ne sia la giustificazione alla luce dell'interpretazione di tutto il testo costituzionale e della sua funzionalità complessiva.

Nel compiere questa selezione non ci si è fatti guidare dalla presenza o meno di "reazioni" degli organi deputati al rispetto della legalità costituzionale, e questo perché, riprendendo le parole di Silvano Tosi «noi restiamo ancora dell'opinione che il furto, anche il furto reiteratosi nella sonnacchiosa inefficienza del gendarme, sia cosa diversa dall'abrogazione del diritto di proprietà»[61]. Né si è tenuto conto di un effettivo o presunto assenso prestato nei riguardi di questi fatti da parte degli organi costituzionali o della società civile. Sulle conseguenze derivanti dal riconoscimento (consenso) sociale di tali modificazioni, anche in termini di una consequenziale produzione giuridica *extra-ordinem*, non si può qui indugiare[62]; l'aspetto da mettere in rilevo

[61] S. TOSI, *Le modificazioni tacite*, cit., 6.

[62] Potendosi, in tal senso, sostenere che il consenso sociale costituisca la condizione per la

è principalmente quello dello scavalcamento di un chiaro limite ricavabile dal testo costituzionale.

Un primo caso di palese contrasto tra la lettera del disposto costituzionale e la sua applicazione nella prassi può rinvenirsi negli atti di nomina presidenziali assunti per iniziativa autonoma del Capo dello Stato a fronte della chiarezza della formula costituzionale di cui all'art. 89 Cost., a norma del quale nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri *proponenti*. In effetti, a corroborare la limpidezza del dato costituzionale avrebbe dovuto contribuire anche il dibattito svoltosi in Assemblea costituente, atteso che nell'originaria formulazione dell'articolo figurava la dizione ministri "competenti", poi sostituita con quella di ministri "proponenti", e considerato che, sempre in quella sede, era stata respinta una proposta dell'on. Benvenuti volta a riconoscere poteri di prerogativa presidenziali non vincolati alla presentazione di una previa proposta governativa.

Ebbene, «il rivolgimento in via di prassi dell'art. 89 Cost.»[63] è stato innescato all'esito del tormentato dibattito parlamentare su quella che sarebbe diventata la legge n. 87 del 1953[64], specie allorquando fu approvato l'emendamento presentato dall'on. Fumagalli, in base al quale la nomina dei giudici costituzionali da parte del Presidente della Repubblica sarebbe dovuta avvenire su proposta del Ministro di grazia e giustizia, in ottemperanza del preciso precetto di cui all'art. 89 Cost. Anche se la modifica sollecitata da Fumagalli venne poi eliminata dal testo finale della legge n. 87/53, in quella sede, come ancor prima nel dibattito dottrinale[65], si era posta una decisiva questione: oscillando tra rispetto della lettera e dello "spirito" della Costituzione, ci si domandava se fosse possibile sottrarre dalla disciplina della proposta e controfirma ministeriale di cui art. 89 Cost. il potere presidenziale di nomina previsto dall'art. 135 Cost., in considerazione, nel caso di specie, delle esigenze di indipendenza della Corte costituzionale, ma non di meno e, in chiave più generale, in ragione della necessità di ricostruire la disciplina dei singoli atti presidenziali tenuto conto dell'intrinseca funzione di volta in volta assolta con essi. Invero, pur non potendo negare la fondatezza di quest'ultima ricostruzione, atteso che alcuni atti che la Costituzione attri-

formazione di una fonte consuetudinaria, quelle che A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018, 3, definisce «consuetudini culturali di riconoscimento».

[63] M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 327.

[64] Compiutamente ricostruito da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 89 ss.

[65] Su cui già M. RUINI, *La controfirma ministeriale degli atti del Capo dello Stato*, in *Foro pad.*, 1952, IV, 17 ss.; v. poi almeno M. MIDIRI, *Articolo 89*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 1739 e 1746 s.

buisce al Presidente della Repubblica non potrebbero nascere da una proposta ministeriale, che ne snaturerebbero la funzione[66], la controfirma degli stessi da parte del Ministro competente, in luogo di quello proponente, come chiaramente scolpito nell'art. 89 Cost., dove la proposta ministeriale è riferita a ogni atto del Presidente della Repubblica, sembra potersi qualificare propriamente come (palese) modifica tacita del testo costituzionale[67].

Non manca chi ha intravisto un ulteriore caso di affermazione di una prassi apertamente in contrasto con il disposto costituzionale nella tormentata vicenda relativa alla concessione della grazia, culminata nella nota sentenza n. 200 del 2006, con la quale la Corte costituzionale ha risolto un conflitto di attribuzione fra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia, riconoscendo la titolarità sostanziale del potere di concessione della grazia al primo. A ben vedere e, come noto, la decisione è stata oggetto di letture molto diverse, ma convergenti quanto al risultato. Quanti[68] hanno avallato la ricostruzione operata dal giudice costituzionale, il quale attraverso una disamina storica aveva ravvisato nell'istituto in parola uno strumento finalizzato alla soddisfazione di esigenze di stampo equitativo-umanitario, hanno visto in quella decisione della Corte una reazione contro la prassi distorsiva consumatasi fino a quel momento, che aveva prosciugato e sovvertito (modificato tacitamente) il disposto costituzionale di cui all'art. 87, comma 11, Cost. Altri[69], invece, insistendo prevalentemente sulla posizione costituzionale del Capo dello Stato nella forma di governo parlamentare, ma richiamando anche la formulazione dell'art. 89 Cost. e il riferimento chiaro ivi contenuto al ministro proponente, hanno intravisto nella decisione del giudice costituzionale sulla grazia, specie in quei passaggi in cui ha ridimensionato incisivamente il contributo del Guardasigilli, una manipolazione del testo costituzionale.

In un senso o nell'altro, prima o dopo l'intervento del giudice costituzionale, la dottrina ha quindi individuato in questa vicenda una modificazione del dettato costituzionale compiuta (e non solo tentata) attraverso percorsi diversi dalla revisione del testo della Carta.

Un ulteriore caso di modificazione tacita del disposto costituzionale è da alcuni[70] rinvenuto in relazione al finanziamento pubblico delle scuole private, atteso che, ai sensi dell'art. 33, co. 3, Cost. l'istituzione di scuole e istituti di educazione da parte di enti e privati deve avvenire «senza oneri per lo Sta-

[66] Così E. CHELI, *Articolo 89*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1983, 146.

[67] Di vera e propria innovazione del sistema costituzionale parla Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 293.

[68] Come M. AINIS, *op. ult. cit.*, 330.

[69] A. MORRONE, *Prassi e giustizia costituzionale*, in A. BARBERA, T. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 509 ss.

[70] A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto»*, cit., 260.

to». Al riguardo, ancora una volta, va ribadito che l'anzidetta clausola è stata interpretata in maniera profondamente diversa a seconda della preferenza accordato al criterio letterale, storico, teleologico. Su quelle basi si è sostenuto tanto l'esistenza di un divieto assoluto di finanziamento in favore delle scuole private; quanto di un divieto relativo, nel senso che i privati non hanno diritto di ottenere contributi, ma lo Stato avrebbe la facoltà di concederli; come ancora, si è sostenuto che, a determinate condizioni o entro certi limiti, lo Stato avrebbe il dovere di sovvenzionare le scuole private[71].

A partire dall'approvazione della legge n. 62/2000, la legislazione statale e regionale ha previsto sistemi diversificati di finanziamento, comunque non rivolti direttamente alle scuole private, ma sostanziatesi in contributi alle famiglie per far fronte alle spese di istruzione sostenute presso strutture pubbliche o private. Ad ogni modo, anche volendo accedere a questa ricostruzione più benevola, facente leva sulla destinazione alle famiglie e non già alle scuole del beneficio economico, non si può non tener conto del limite delle risorse finanziarie disponibili ai fini del soddisfacimento del diritto costituzionale all'istruzione. Specie allorquando si versa in una situazione di ristrettezza delle risorse disponibili qualunque interpretazione o normativa che prevedesse finanziamenti (anche indiretti) alla scuola privata, sottraendoli alla disponibilità della scuola pubblica, costituirebbe, a mio avviso, un palese aggiramento del dettato costituzionale. Come persuasivamente argomentato, «poiché il finanziamento della scuola pubblica è un obbligo per lo Stato mentre il finanziamento della scuola privata, a voler tutto concedere, è solo una facoltà, la logica vuole che si faccia luogo prima agli obblighi, e solo dopo aver rispettato questi, agli impegni meramente facoltativi»[72].

Un ulteriore gruppo di vicende, denotanti invece una continua e progressiva inosservanza del disposto costituzionale, compiuta senza alcuna formale modifica della Carta, può ravvisarsi sul terreno delle fonti primarie. A ben vedere, in questo ambito, ancor più che in quelli precedentemente richiamati, si rivela inappropriato, se non fuorviante, parlare di modifiche tacite della Costituzione, dovendosi in essi rinvenire una manifestazione inequivocabile di violazione delle regole costituzionali sulla produzione normativa, la quale rileva, oltre che per la sua massiccia diffusione, per le ricadute di grave momento sull'equilibrio istituzionale sotteso alla forma di governo parlamentare e sul piano della tutela dei diritti costituzionali.

Sono a tutti noti gli abusi perpetrati sul piano della decretazione d'urgenza, come quelli che hanno investito i decreti legislativi delegati. Una

[71] Per un quadro di sintesi della dottrina sul tema v. almeno M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, 343 ss.; G. LUCHENA, *Le esenzioni fiscali alle scuole paritarie e il dibattito sulla clausola «senza oneri per lo Stato»*, in *Diritto e Religioni*, n. 2/2015, 275 ss.

[72] A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Dir. soc.*, 2013, 48.

sempre più pervasiva prassi, solo in parte arginata da interventi caducatori del giudice costituzionale, ha inciso significativamente sul disegno costituzionale degli atti di normazione primaria del Governo[73]. Non di meno, e nonostante le resistenze del giudice costituzionale ad intervenire sul punto, anche volgendo lo sguardo ad alcuni procedimenti parlamentari e, in particolare, alla ricorrente pratica di approvazione di progetti di legge mediante maxi-emendamenti, assistiti da questione di fiducia, è possibile individuare ulteriori evidenti violazioni di diversi disposti costituzionali, a cominciare dall'art. 72 nella parte in cui dispone che ogni disegno di legge deve essere approvato «articolo per articolo e con votazione finale». Per di più considerato che, non di rado, la terribile combinazione maxi-emendamento e questione di fiducia è posta anche su disegni di legge di conversione di decreti-legge o leggi di delega, difficilmente si potrà negare il predominio del Governo sul processo decisionale legislativo e la sua capacità di sterilizzazione della dialettica parlamentare, persino nell'ambito di quei procedimenti normativi duali – decretazione d'urgenza e decreto delegato – dove il ruolo del Parlamento si "gioca" o in fase di conversione o di adozione della legge di delega. Ed è evidente che tutto ciò si compie in totale dispregio di quanto limpidamente enunciato nel testo costituzionale, dove l'adozione di atti governativi aventi forza di legge è configurata in termini di eccezione rispetto all'atto legislativo parlamentare e dove, in ogni caso, il senso della discussione parlamentare non può che rinvenirsi nella genuinità del contraddittorio e nella dialettica tra tutte le forze politiche rappresentate in Parlamento.

5. Provando a definire in positivo, e non per esclusione, le modifiche tacite della Costituzione

Sulla scorta di quanto sinora osservato, si tenterà ora di compiere il passo più faticoso ovvero quello di far maggiore chiarezza sulla fenomenologia delle modificazioni tacite, provando a delineare "in positivo" i soggetti che concorrono a produrle e le forme mediante le quali esse si manifestano.

Se ci si accontenta, infatti, di una definizione per opposizione, facendovi rientrare tutte quelle modificazioni del testo costituzionale compiute in forme diverse dalla legge di revisione, ma comunque mediante atti aventi rango costituzionale, l'area si restringe notevolmente, finendo per comprendere solo leggi costituzionali, incluse quelle che determinino la sospensione

[73] Trattandosi di fenomeni estremamente noti che trovano, per di più, continue critiche in dottrina, non sembra necessario richiamare la sterminata bibliografia su questi temi. Per qualche riferimento più recente v. però gli Atti del Convegno svoltosi presso Università di Pisa il 11-12 gennaio 2016 su "*Governo* vs. *Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica*", in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016.

o deroga della Costituzione, nonché quelle che integrano la disciplina costituzionale. Viceversa se si accede ad una definizione molto lata, come quella propugnata da Pierandrei – di modificazione del significato del testo costituzionale – l'area si espande a dismisura, ricomprendendo situazioni fortemente eterogenee, che possono spaziare dalla palese violazione del disposto costituzionale (rispetto alle quali, come già detto, si rivela tutt'altro che appropriata la locuzione modifiche tacite); all'affermazione di indirizzi interpretativi ed applicativi che, anche se non rispettosi della lettera della Costituzione, lo sarebbero del suo spirito; per investire pure ricostruzioni interpretative inedite (mai proposte o mai accolte), ma comunque consentite dallo stesso testo costituzionale per la sua capacità di contenere molteplici declinazioni interpretative.

Nel passaggio da una definizione in negativo ad una in positivo delle modifiche tacite si stagliano poi ulteriori ostacoli, primo fra tutti la difficoltà di condurre un discorso unitario, senza fare opportuni *distinguo* tra le varie "parti" del testo costituzionale, con ciò intendendo non tanto la bipartizione della Costituzione repubblicana, ma la differente struttura degli enunciati costituzionali. V'è infatti da rilevare che il testo costituzionale ospita prevalentemente, ma non esclusivamente, «enunciati che si segnalano più per la densità del potenziale normogeno che per la precisione del discorso dispositivo»[74] e questa caratteristica va riconosciuta non solo alle norme recanti principi e non regole[75], ma anche ai ricorrenti concetti-valvola, ai "concetti giuridici indeterminati", alle "clausole generali" e a tutte le formule aperte e porose, le quali complessivamente esprimono una proiezione della Carta costituzionale al futuro. Pur non potendo negare che le problematiche poste dall'interpretazione costituzionale sono largamente comuni a quelle dell'interpretazione di qualsiasi atto normativo[76], tanto per ragioni eminentemente qualitative (la primigenia funzione legittimante e fondante della Costituzione; la sua superiorità; la più intensa carica assiologica[77] e di politicità che ne connota il contenuto; la natura dei soggetti che la "interrogano"), quanto per ragioni quantitative (maggiore ricorrenza di concetti aperti), va

[74] R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico,* cit., 3209.

[75] Sulla distinzione (forte o debole) tra principi e regole e sui criteri che dovrebbero concorrere a determinarla, la letteratura è vastissima. Si v. almeno la sintesi tra i vari orientamenti riportata da G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 52 ss.

[76] Non si può indugiare in questa sede, sulla peculiarità o meno dell'interpretazione costituzionale rispetto alla interpretazione giuridica, per la quale si rinvia alla sintesi delle diverse pozioni riportata in R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, cit., 3209 ss.

[77] Aspetto centrale messo in evidenza in numerosissimi scritti da Antonio Ruggeri. Ex plurimis, A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2015.

riconosciuto che il linguaggio costituzionale[78] presenta delle peculiarità e queste sono profondamente legate alla prospettiva dinamica abbracciata dalla Costituzione. Le ricorrenti formule aperte, ivi contenute, rispondono proprio alla esigenza di ogni Carta costituzionale, che ambisce ad essere stabile, di aprirsi al moto, di accogliere significati anche innovativi e impensabili al tempo in cui furono formulate le relative disposizioni.

Si è ben consapevoli che in queste poche righe si sono condensate questioni di capitale importanza e la sintesi probabilmente non ha giovato alla precisione e alla chiarezza delle questioni sfiorate; il punto sul quale però si vuole insistere è che le caratteristiche semantiche e sintattiche della Costituzione rendono meno agevole la delineazione del concetto di modifica tacita, la sua distinzione dall'attività interpretativa, nonché la stessa possibilità di conferire o meno a questa una componente necessariamente creativa[79].

Una possibile via d'uscita può essere offerta dal riconoscimento di una peculiare caratteristica che connoterebbe alcuni disposti costituzionali, quella della elasticità, il cui richiamo solo in apparenza dà luogo ad un ossimoro[80], disposizioni elastiche in una Costituzione rigida. La ragione più profonda della elasticità risiede nella capacità di una Carta costituzionale di adattarsi «alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»[81].

Questa concezione della elasticità è stata, come noto, elaborata da Luigi Rossi con riferimento allo Statuto Albertino sulla base di argomentazioni ancora oggi condivisibili; ma proprio l'aver qui verificato le conseguenze di una eccessiva tensione di norme elastiche, determinatasi in quel contesto, dovrebbe quantomeno indurre ad una certa cautela nella trasposizione acritica di essa in un sistema costituzionale rigido e garantito[82]. Invero, non si intende con ciò dubitare del fatto che l'elasticità dei disposti costituzionali, anche in un sistema rigido, costituisca una indubbia virtù degli stessi; tutt'altro. Si è pienamente convinti che la «apertura» della Carta costituzionale, il suo essere «a virtualità multiple» – per riprendere le parole di Sergio

[78] Su cui G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost*., 1989, 253 ss., A. RUGGERI, *op. ult. cit.*; G. LANEVE, *Linguaggio giuridico e interpretazione. Dalla Costituzione alla globalizzazione*, Bari, 2004, 24 ss.

[79] Sulla natura creativa dell'interpretazione e sulle teorie che l'hanno sorretta, pare davvero impossibile poter fornire anche una minima indicazione bibliografica.

[80] G. AMATO, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos*, n. 1/2016.

[81] L. ROSSI, *La «elasticità» dello Statuto italiano*, cit., 27 ss.

[82] In tal senso, anche G. TREVES, *Duttilità della Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 623.

Bartole e Augusto Barbera[83] – costituisca il principale pregio della Carta repubblicana del 1948; ma se tutto ciò consente di sdrammatizzare il tema delle trasformazioni costituzionali[84], certamente rende più scivoloso il confine tra interpretazione costituzionale e modifiche tacite e tra queste e gli spazi rimessi alla revisione testuale.

Per di più il carattere della elasticità non si presta a essere generalizzato e riferito indistintamente a qualsiasi enunciato costituzionale; anzi sarebbe opportuno tenere distinta una elasticità, che consapevolmente e scientemente è stata predisposta dai Costituenti per un adeguamento continuo della Carta al mutamento sociale e politico; una elasticità, come dire, *obtorto collo* accettata dagli stessi per l'impossibilità di pervenire in quella sede ad assetti più definiti; e una elasticità "provocata" ovvero ritenuta tale dagli interpreti della Carta per consentire risultati legati a fenomeni contingenti, se non a vere e proprie convenienze di parte.

Questo groviglio di questioni, che si pongono su plurimi versanti e con modalità non pienamente assimilabili, avvolgono un nodo di fondo: il valore del testo. Elasticità, indeterminatezza del linguaggio o di alcuni concetti giuridici, evoluzione ermeneutica, fluire del tempo, sembrano sottendere la possibilità di accogliere qualsiasi significato del testo. Ma se il testo ha, a sua volta, un valore profondo proprio nella dimensione della temporalità – e fermo restando che la sua interpretazione non può prescindere dal contesto (normativo e fattuale), se non anche dalla precomprensione di chi la pratica –, ciò risiede nel fatto di segnare «l'universo delle possibilità interpretative, e cioè dei possibili significati»[85]. Qualunque interpretazione, da chiunque compiuta, conduce ad un esito, che comunque lo si voglia qualificare e a prescindere dal suo essere "indigesto"[86] o particolarmente gradito, non può sfigurare il testo[87]. Ogni significato va ricondotto al testo, ad una delle sue disposizioni o alla loro combinazione sistematica. Il testo può costituire certamente la premessa per interpretazioni evolutive, ma non può non fungere

[83] S. BARTOLE, *Interpretazione*, 409; A. BARBERA, *Costituzione,* cit., 357.

Si tratta di una visione condivisa da larga dottrina; ma per una lettura discordante si veda G. BOGNETTI, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, in *www.asssociazionedeicostituzionalisti.it*, 19, il quale, pur condividendo l'approccio metodologico e apprezzando lo sforzo compiuto da Bartole nella sua opera del 2004, ne ravvisa aporie in larga parte riconducibili anche all'equivoco del compromesso costituzione.

[84] A. BARBERA, *op. cit.*, 351.

[85] M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale,* Torino, 2007, 44; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 434.

[86] M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 41.

[87] Cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 41 ss., e la sua concezione di «giuspositivismo temperato o critico».

da confine ultimo per le stesse, un limite indispensabile per tracciare la fondamentale distinzione tra interpretazione e decisioni costituenti[88].

I casi dapprima passati in rassegna, relativi ad una resistenza del testo rispetto a fughe in avanti (o indietro) degli interpreti, rispondevano proprio all'obiettivo di dimostrare questo assunto del valore della testualità; ma sul punto si tornerà di qui a poco con ulteriori esempi. Al momento, non si può che constatare come anche la peculiare struttura di molti enunciati costituzionali non renda agevole la definizione in positivo delle modificazioni tacite e la distinzione concettuale tra queste e l'interpretazione costituzionale, ma allo stesso tempo pare che la necessità di tracciare un confine tra l'una e l'altra cresca in misura direttamente proporzionale alla quantità dei problemi posti sul tappeto.

Questa esigenza, infatti, si avverte in misura ancora maggiore laddove, sulla scorta delle intuizioni di Pierandrei e Tosi, si proceda a verificare il diverso e non assimilabile contributo offerto dai soggetti che danno vita alle modificazioni tacite della Costituzione e le forme attraverso le quali queste prendono corpo. Nell'elencare i «fattori, in conseguenza della cui azione si pone in essere il fenomeno» delle modifiche tacite, Pierandrei[89] ha, prima di tutto, distinto gli atti e i fatti normativi[90], facendo rientrare nella prima classe le leggi di cui all'art. 138 Cost., sia ove intendano assicurare una particolare interpretazione delle formule costituzionali (e quindi si atteggino come leggi costituzionali di interpretazione autentica), sia ove precedano ad una revisione inespressa, cioè non testuale. Nel proseguire l'elencazione, l'Autore ha ritenuto di dover dedicare «poche parole (…) riguardo agli atti da cui *frequentemente* derivano delle modificazioni tacite del Testo costituzionale, riguardo cioè agli atti emanati dagli organi fondamentali nell'esercizio delle loro *normali* attività»[91], più specificamente leggi ordinarie, atti normativi e di governo emananti dall'Esecutivo, atti con cui gli organi costituzionali provvedono alla loro disciplina interna.

L'iniziale spaesamento che si avverte nel concepire questi atti come produttivi di modificazioni tacite, trattandosi di atti non funzionalmente preposti alla modificazione della Costituzione, si attenua richiamando la definizione del fenomeno delle modificazioni tacite fatta propria da questo Autore e sulla quale si è a lungo indugiato. Se queste modifiche altro non sono che la trasformazione del significato dei precetti, pur nell'invarianza del testo costituzionale, non si può dubitare che ciò si verifichi anche attraverso l'attuazione di questo da parte degli organi a ciò abilitati. Si ripropone, però,

[88] V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1985, 148 ss.

[89] F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, 324.

[90] Ma criticamente, C. MORTATI, *Costituzione,* cit., 198, secondo il quale dovrebbe sempre parlarsi di fatti.

[91] F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, 332. Corsivo nostro.

anche su questo versante, la difficoltà di distinguere tra interpretazioni-attuazioni "consentite" dal testo – o quantomeno da questo non impedite –, che, dunque, non dovrebbero annoverarsi neppure tra le modifiche tacite[92], e interpretazioni-attuazioni modificanti, le quali, in un sistema costituzionale rigido e garantito, non possono legittimamente compiersi. In effetti, Pierandrei non ha negato affatto che sarebbe spettato alla neo istituita Corte costituzionale impedire che si producano «quelle più gravi modifiche che si risolvono in vere e proprie "violazioni" dell'ordine costituito»; quello che tuttavia non persuade di questa ricostruzione è anzitutto la possibile sovrapposizione concettuale tra attuazione costituzionale e modificazione tacita (concepibile solo nell'ottica fatta propria dall'Autore che appunto accoglie una nozione molto lata del fenomeno come modificazione del significato del testo); ma anche la difficile identificazione delle modificazioni *gravi* che, appunto, sarebbero vietate e impedite dal giudice costituzionale, dalle altre presumibilmente tollerabili. In questo discorso ci è sembrato di intravedere una confusione concettuale, nient'affatto a tutt'oggi inconsueta[93], tra interpretazione, applicazione e attuazione del testo costituzionale, una confusione che senz'altro si comprende, se si tiene conto della fase storica in cui è stata elaborata l'opera richiamata, una fase in cui non si può dire che si fosse già "metabolizzato" il rinnovato rapporto tra Costituzione e legge, ma soprattutto in cui molti dubbi investivano l'operato della Corte costituzionale.

Quanto alla criticata riconduzione degli atti di "attuazione" della Costituzione alla categoria delle modifiche tacite, un'altra precisazione è d'obbligo: non si dubita affatto che anche questi atti possano determinare un mutamento dei significati del disposto costituzionale; anzi, si è fermamente convinti che ciò si determini continuamente e fisiologicamente. Mediante l'attuazione viene portato a compimento il contenuto precettivo della Carta (di tutte le sue disposizioni[94]), realizzando quel programma dinamico che consente ad essa di proiettarsi

[92] Così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 611, secondo il quale non può parlarsi di «mutamento costituzionale» allorquando le norme costituzionali ammettono degli sviluppi diversificati, all'interno di certi limiti, e il legislatore se ne avvale. Si tratta di null'altro che di «sviluppi legislativi». Né può parlarsi di «mutamento costituzionale» quando il legislatore provveda a concretizzare concetti costituzionali indeterminati (612).

[93] Lo ha fatto notare M. LUCIANI, *Dottrina del moto,* cit., 40 ss.

[94] Può ritenersi oramai definitivamente superata la distinzione all'interno della Carta costituzionale tra norme immediatamente precettive e norme programmatiche, su cui si è pronunciata la Corte costituzionale nella sua prima decisione, la celeberrima sent. n. 1 del 1956, sulla quale vedi almeno, S. BARTOLE, *Interpretazione*, cit., 41 ss. e M. LUCIANI, *op. ult. cit.,* 42 ss. Tuttavia, se dell'iniziale concezione delle norme programmatiche deve continuarsi certamente a rifiutare l'idea diffusa nella prima esperienza repubblicana, la quale le vedeva rivolte principalmente o solo al legislatore, non si può nemmeno negare che la loro attuazione rivesta carattere intrinsecamente politico.

nel tempo; ma ciò avviene secondo un andamento che, prevalentemente, non è predefinito in modo univoco[95], per cui, in questo senso, l'attuazione non andrebbe intesa come modificazione di un significato del testo che è già dato *a priori.* Va constatato però come, nel corso del tempo e sulla base di molteplici fattori, l'attuazione politica del programma costituzionale[96] abbia vissuto un decisivo arretramento a favore dell'applicazione giudiziaria di principi e altre norme costituzionali. Ebbene, pur essendo innegabile che l'attivismo giurisprudenziale abbia dato un contributo decisivo al radicamento della concezione della Costituzione come atto propriamente normativo, non mancano aspetti di forte criticità, a cominciare dalla constatazione che l'attuazione in senso proprio presupponga un qualcosa di più di quanto richiesto dall'applicazione di una norma costituzionale, da parte della pubblica amministrazione o da parte del giudice: presuppone una decisione politica e, ancor prima, la mediazione politica, certamente non surrogabile dall'applicazione diretta della norma costituzionale al caso concreto.

Sono tutti problemi ben noti quelli appena accennati, che si sono manifestati lungo tutta l'esperienza repubblicana, investendo dapprima la parte organizzativa della Costituzione e poi, man mano che questa ha trovato faticosamente attuazione, interessando sempre di più la parte dei diritti, quella a cui appunto dedicheremo nel prosieguo qualche considerazione più approfondita, non senza precisare nuovamente che il dubbio avvertito in maniera sempre più forte è che l'attuazione costituzionale non possa propriamente qualificarsi come modifica tacita della Costituzionale, a meno che la nozione di modifica non venga intesa in senso talmente ampio da ricomprendere qualsiasi evoluzione normativa.

Inoltre, ci sembra che l'ulteriore equivoco, veicolato dalla riconduzione dell'attuazione costituzionale alle modificazioni tacite della Costituzione, stia nella prefigurazione di una concezione totalizzante[97] della stessa, ovvero dalla pretesa di rinvenire in essa una risposta univoca, in un senso o in un altro, a qualsiasi problema, di ricavarne una disciplina sempre pronta all'uso, di negare che esistano spazi lasciati aperti a determinazioni provenienti dagli attori politici e sociali, cosa di cui, per quanto sinora osservato, non si può che dubitare fortemente.

[95] R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 24 ss.

[96] M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 41 ss.; C. DE FIORES, *Dalla costituzione inattuata alla costituzione "inattualizzata",* in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, cit., 145.

[97] Criticamente nei riguardi di questa concezione, A. BARBERA, *Costituzione*, cit., 336, che riprende il lessico di V. ANGIOLINI, *op. cit.*, 115 ss. Su posizioni analoghe M. LUCIANI, *Dottrina del moto*, cit., 60 ss.; R. BIFULCO, *Costituzione*, in *Filosofia del diritto*, a cura di U. Pomarici, 2007, 140 ss.; A. RUGGERI, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli, 2012, 30 ss.

5.1 Una sintetica panoramica su alcuni luoghi della Costituzione interessati da modifiche tacite

Alla luce di tutte le difficoltà sin qui incontrate, e sempre che si condividano i precedenti assunti, dobbiamo allora arrenderci, rilevando che una definizione "in positivo" delle modifiche tacite della Costituzione sia impossibile o almeno che ogni sforzo sia votato all'insuccesso? La tentazione è molto forte e probabilmente sarebbe anche comprensibile.

Si potrebbe sostenere che quello delle modifiche tacite è un falso problema. Ma come spiegare allora la ricorrente affermazione per cui, nei sui 70 anni di vigenza, la nostra Costituzione ha subito molteplici modifiche tacite? Invero, il termine più ricorrente è quello di trasformazione, ma, in fondo, anche mutando la terminologia, il dubbio che permane è sostanzialmente identico: come distinguere le trasformazioni che si compiono nell'alveo dei possibili significati del testo, da quelle che se ne discostano?

Una simile distinzione, benché non agevole, pare ineludibile specie se si radica il sospetto che dietro la nebulosa fenomenologia delle modifiche tacite e la sua ricorrente evocazione possa celarsi una più sottile strategia, quella della denuncia dell'inattualità, dell'obsolescenza del testo, rispetto alle quali la soluzione più adeguata consisterebbe nella revisione testuale. Probabilmente anche i casi di revisione "per reazione", prima passati in rassegna, potrebbero avvalorare questa lettura. Tuttavia, le ragioni che ci hanno spinto a quella analisi sono state ben altre: lo scopo era quello di verificare in concreto il valore del testo costituzionale.

E allora forse solo dal testo della Carta costituzionale si può ripartire per tentare di fare un po' più chiarezza sulle modifiche tacite. Per quanto semplicistico possa apparire soltanto partendo dal testo della Costituzione, calandolo nel contesto normativo e fattuale, si potrà rilevare una difficoltà di risalita ad esso, indizio forte della possibile ricorrenza di una modifica tacita dello stesso o quantomeno di un tentativo in tal senso[98].

Ribadendo il valore della testualità non si intende rinnegare il carattere composito dell'ordinamento costituzionale, ma si vuole mettere in evidenza che se questo pretende di essere stabile, vocato all'eternità, deve necessariamente porsi in una prospettiva dinamica di cui però il testo è componente ineludibile, specie ai fini della capacità di governo del moto. In altre parole, va respinta una malintesa concezione della rigidità costituzionale e del limite del testo come fattori preclusivi al moto dell'ordinamento, laddove invece

[98] G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato,* in B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione*, Napoli, 2012, 8.

deve essere rimarcata la necessità e la capacità del testo di governare quel moto.

Sulla base di questa fondamentale considerazione e rafforzati dal supporto dalla stessa fornito, si possono provare a ripercorrere i luoghi nei quali la dottrina italiana ha ravvisato delle modifiche tacite della Costituzione, per appurare se effettivamente è impossibile ricondurre queste trasformazioni al testo costituzionale. Una rassegna completa di queste vicende è, per varie ragioni, impraticabile; una selezione, per quanto discutibile, va compiuta e la scelta è caduta sul versante dei diritti fondamentali per i motivi e con le finalità di cui si dirà nel successivo paragrafo.

Pur ristrette in spazi decisamente angusti e inappropriati alla mole delle questioni evocate, non si possono omettere alcune brevissime considerazioni su ulteriori profili, che sono stati individuati facendosi guidare da un'autorevole dottrina. Accogliendo le illuminanti suggestioni provenienti da un lavoro di Alessandro Pizzorusso[99] ci si può domandare se quelle che Lui ha definito come «rivendicazioni presidenzialista e federalista» spingano verso modificazioni tacite della Costituzione o abbiano già effettivamente prodotto le stesse.

Quanto alla rivendicazione presidenzialista, il giudizio di Pizzorusso è molto chiaro: a Suo avviso si tratta di «uno dei casi più chiari di modifica tacita della Costituzione»[100], compiuta sulla spinta dei referendum elettorali del 1991 e del 1993, delle modifiche delle leggi elettorali a effetto maggioritario (e poi con liste bloccate) e della sempre più accentuata tendenza alla personalizzazione della politica, favorita vieppiù proprio dalle riforme elettorali e, in particolare, dall'inserimento del nome del candidato *premier* nel simbolo utilizzato sulle schede elettorali. Il precipitato più visibile di questa trasformazione, che avrebbe introdotto in Italia «elementi di presidenzialismo»[101], è ravvisato nell'art. 92, comma 2, Cost., tacitamente modificato nel senso della riduzione dello spazio di valutazione del Presidente della Repubblica nella nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri, nomina che, ove compiuta all'indomani del rinnovo delle Camere, vincolerebbe il Capo dello Stato a indicare quale Presidente del Consiglio il candidato il cui nome sia stato inserito nel simbolo della coalizione o nella lista che abbia riportato la maggioranza di voti.

Dal nostro canto, però, non possiamo non rilevare che tali considerazioni – pienamente condivisibili quanto ai profili di criticità evidenziati – non

[99] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto,* in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, Bologna, 2011, Parte IV, § 1.A, sez. I, n. 4, 362 ss., in cui si riprendono, parzialmente e con alcune modifiche, le considerazioni svolte dallo stesso A. nel saggio *Modificazioni tacite di una costituzione rigida*, cit., 805 ss.

[100] A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.,* 367.

[101] *Ibidem.*

trovino pieno riscontro nel più recente periodo. Non solo alla svolta maggioritaria compiuta mediante la modifica delle leggi elettorali non è corrisposta l'attesa evoluzione del sistema politico in senso bipartitico o bipolare, ma la crisi dei partiti si è ulteriormente accentuata, aggravata da plurimi fattori di nuovo e vecchio conio. L'evoluzione del contesto politico e normativo, registratosi negli anni più recenti, su cui ha fortemente inciso anche il giudice costituzionale con due importanti e molto dibattute sentenze rese sulle leggi elettorali[102], lungi dal condurre ad un ridimensionamento del ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione del Governo, lo ha accresciuto, parallelamente ad un'accentuazione del suo potere di influenza sugli equilibri della forma di governo, tanto maggiore nelle fasi di più forte crisi politico-istituzionale, coma quella verificatesi, da ultimo, assieme ad una profonda crisi economico-finanziaria. E di ciò si è avuto riscontro anche in occasione del tormentato e, per certi versi inedito, procedimento di formazione dell'ultimo Governo, presieduto da G. Conte, a proposito del quale, mentre si è riscontrato un ridimensionamento «per contratto» del ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri[103], si è ancora di più dibattuto sul potere di nomina dei Ministri spettante al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 92, co. 2, Cost. In ispecie, la principale questione, non proprio inedita[104], posta all'attenzione della dottrina costituzionalistica, è stata quella dell'esistenza o meno e della estensione, sul piano sostanziale, di un potere di influenza del Capo dello Stato nella scelta dei Ministri rispetto alla proposta avanzata dal Presidente del Consiglio incaricato.

Tralasciando questa specifica vicenda, che potrebbe al più e non senza qualche enfatizzazione, denotare una torsione della nostra forma di governo in *altro* senso "presidenzialista", la ragione principale, per la quale riteniamo che la spinta impressa dalla "rivendicazione presidenzialista", nel senso fatto proprio da Pizzorusso, non abbia condotto ad una modifica tacita dell'art. 92 Cost., risiede nella ben nota circostanza – oggetto non di rado di pungenti critiche[105] – che il disegno tracciato in Assemblea costituente sui rapporti

[102] C. Cost., sent. n. 1/2014; sent. n. 35/2017.

[103] A. D'ANDREA, *Del ridimensionamento* per contratto *del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposte dai capipartito)*, in *Quad. cost.*, 2018, 681 ss., in part. 685.

[104] Basti ricordare la posizione molto netta assunta a tal proposito e in occasione della formazione dei Governi Amato e Ciampi, da S. LABRIOLA, *«Ritorno alla Costituzione» o mutamenti taciti? Il caso del potere presidenziale di nomina dei Ministri*, in *Quad. cost.*, 1994, 27 ss., secondo il quale la partecipazione sostanziale del Presidente della Repubblica alla nomina dei Ministri, determinando l'assunzione da parte di questo di poteri di indirizzo politico, condurrebbe non tanto ad un mutamento tacito delle disposizioni costituzionali, ma ad un vero e proprio caso di rottura della Costituzione.

[105] Le più ricorrenti voci critiche sulla parte organizzativa della Costituzione sono riportate (e confutate) da G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vi-*

tra Parlamento e Governo e sui poteri del Capo dello Stato sia volutamente elastico e aperto a svolgimenti determinati dall'evoluzione dei rapporti politici[106]. Quelli verificatisi nell'esperienza repubblicana, sulla spinta di molteplici fattori, sono comunque riconducibili al figurino tracciato nel testo costituzionale, dove l'articolo 92 assegna al Presidente della Repubblica il potere di nomina del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) «senza ulteriori indicazioni che ne restringano la latitudine»[107], se non per il perseguimento dell'obiettivo cui deve tendere la formazione del Governo, ovvero l'ottenimento della fiducia da parte Parlamento. Che il modello di forma di governo parlamentare disegnato in Costituzione sia stato sovente sottoposto a indebite torsioni, le quali hanno alterato il delicato equilibrio istituzionale, è senz'altro innegabile e trova eloquente rispecchiamento, sul versante della normazione primaria, nell'abuso degli atti aventi forza di legge da parte del Governo e dei suoi poteri di influenza sul procedimento legislativo parlamentare, rispetto ai quali (e lì certamente) se di modifica tacita della Costituzione si vuol parlare, ciò deve essere funzionale a denunciarne la illegittimità e non già ad avallare la prassi.

Venendo ora alla modifica in senso federalista del nostro ordinamento costituzionale, rispetto alla quale anche il giudizio di Pizzorusso è più dubbioso, le nostre considerazioni non si discostano di molto da quanto precedentemente osservato riguardo al procedimento di formazione del Governo. In verità, però, su questo versante, si deve rimarcare una differenza di non poco conto e cioè che il Titolo V della parte seconda della Costituzione è stato fatto oggetto di plurimi interventi di revisione costituzionale, compiuti sull'onda di una rivendicazione federalista, quale quella diffusasi negli anni '90 specie sulla spinta della Lega (Nord), che non poco ha contribuito a diffondere una distorta idea di federalismo.

Di modifica tacita di questa parte della Costituzione si sarebbe forse potuto parlare con riguardo alle leggi di riforma in senso federale "a Costituzione invariata" (le c.d. leggi Bassanini), ma sull'appropriatezza di quella nozione per definire l'attuale assetto dei rapporti tra Stato e Regioni si nutrono molti dubbi. Come avvertito da Ruggeri[108], il rischio che si corre quando si perviene a conclusioni approssimative o frutto di orientamenti esasperati, è «quello di prospettare in partenza una raffigurazione ideale di autonomia (…) e di trovarsi quindi costretti a riconoscerne lo svilimento

talità della Costituzione, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, cit., 15 ss.

[106] Così anche recentemente, S. STAIANO, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *OsservatorioAic.it*, n. 2/2018.

[107] F.R. DE MARTINO, *Il Presidente della Repubblica e il potere di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 76.

[108] A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit., 15.

davanti a regolarità della politica marcatamente volte alla sua "smitizzazione". Il vero è che (…) il modello costituzionale, l'originario come pure quello rifatto nel 2001, appare essere aperto e, a dirla tutta, anfibologico. In esso infatti si davano, e seguitano a darsi, indicazioni idonee ad accreditare letture complessive di vario segno».

Ciò non di meno e analogamente a quanto rimarcato riguardo alle evoluzioni della forma di governo, pure nei rapporti tra Stato e Regioni, gli elementi testuali ricavabili dalla Carta, prima e dopo le revisioni del 1999 e del 2001, hanno subito deformazioni di non poco conto, solo in minima parte corrette, ma in più larga misura determinate dallo stesso giudice costituzionale. Gli esempi[109] a tal proposito abbondano, ma basti richiamare, tra i tanti, il principio del parallelismo fra funzioni legislative e funzioni amministrative, prima inciso da atti normativi primari, poi abbandonato dal testo della Carta revisionata nel 2001, infine "riscritto" dal Corte costituzionale con la sent. n. 303 del 2003[110].

6. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali tra limite del testo costituzionale, attuazione normativa e giurisprudenza interna ed europea

Prima di entrare nel merito della questione del riconoscimento di "nuovi" diritti fondamentali, è particolarmente interessante richiamare quanto è stato efficacemente osservato[111], in una prospettiva di più ampio respiro, circa la percezione da parte delle forze politiche dell'apertura del testo costituzionale. Essa appare infatti contrassegnata da una profonda dicotomia: quella della Prima parte è stata per lo più letta come una virtù, quella della Seconda come un difetto genetico, non di meno, però, ricorrentemente sfruttato come risorsa per piegare il testo a occasionali convenienze di parte o per giustificare uno stallo politico, ricondotto così all'indeterminatezza del dato testuale. Indubbiamente la Seconda parte della Carta costituzionale è quella più aperta agli sviluppi e ai condizionamenti del sistema politico, quello che però merita di essere rimarcato e segnalato come aspetto di grande problematicità è che questa apertura del testo della Costituzione non può essere scambiata con una concezione della stessa affidata pienamente alla disponibilità negoziale degli attori politici ed istituzionali[112], in quanto gravi posso-

[109] Per i quali si rinvia sempre ad A. RUGGERI, *op. ult. loc. cit.*

[110] A. MORRONE, *La Corte riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale.it*, 8 ottobre 2003.

[111] S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 427 ss.

[112] M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 334 ss.

no essere le ricadute sul piano dei diritti costituzionali, atteso che l'ordinato svolgimento delle relazioni tra le istituzioni è funzionale a presidiare i valori fondamentali su cui riposano i diritti.

Sulla scorta di tale osservazione, si può ora soffermare l'attenzione sulla prima parte del testo costituzionale e, segnatamente, su due questioni, strettamente connesse: il riconoscimento di nuovi diritti, oltre a quelli esplicitati nel testo della Carta costituzionale e la ulteriore garanzia offerta ad essi mediante il richiamo a Carte internazionali dei diritti e il ricorso alle giurisdizioni deputate alla loro salvaguardia.

Il tema è estremamente noto, trattato da diversi angoli visuali e sviscerato sotto molti profili, ma raramente[113] esso è stato ricondotto nel pur capiente contenitore delle modificazioni tacite. Le ragioni di questo atteggiamento sono molteplici e fondate su argomenti pienamente condivisibili, primo fra tutti, quello per cui un simile inquadramento finirebbe per accentuare il rischio di una sovrapposizione concettuale tra il tema delle modificazioni tacite della Costituzione e quello della interpretazione costituzionale, confondendo i due piani.

Invero, è proprio questa la ragione principale che ci spinge a soffermare l'attenzione sulla questione del riconoscimento dei c.d. nuovi diritti, non esplicitamente menzionati nel catalogo costituzionale: dimostrare che questa operazione, ove compiuta nelle sedi istituzionali a ciò deputate, contenuta entro i limiti testuali o comunque negli spazi vuoti di Costituzione, lungi dal determinare una modifica tacita dalla stessa, costituisce la più fisiologica forma di moto dell'ordinamento costituzionale. Ancora una volta si vogliono dunque avvalorare i pregi del nostro testo costituzionale, dotato di una formidabile capacità inclusiva tale da permettergli di accogliere anche istanze del tutto imprevedibili al tempo della sua formulazione. Ma, allo stesso tempo, si vuole rimarcare che l'allargamento della categoria dei diritti fondamentali non è affatto esente da limiti, in primo luogo perché il riconoscimento di nuovi diritti costituzionali comporta sempre che quando essi si pongano, nell'esperienza concreta, in conflitto con i "vecchi", sia gli uni che gli altri potranno subire una ragionevole limitazione all'esito di un'operazione di bilanciamento; in secondo luogo, è proprio il testo, pur nella sua larga capienza, a segnare il limite del riconoscimento di nuove istanze di tutela, nel senso che non tutte le istanze che trovano riconoscimento e garanzia nell'ordinamento giuridico possono essere ricondotte alla categoria dei diritti costituzionali.

A ben vedere questi passaggi, per quanto di estremo rilievo, possono es-

[113] Se ne parla in tal senso nel volume di S. BARTOLE, *op. ult. cit.*, 313 ss. anche se non è chiaro se l'esemplificazione riportata possa essere ricondotta a interpretazioni (estensive) del testo costituzionale o a vere e proprie trasformazioni dello stesso.

sere lasciati sullo sfondo del nostro discorso anche perché, al di là delle non marginali sfumature tra le varie dottrine in tema di nuovi diritti, vi è un sostanziale accordo proprio sulla necessità di contenere l'allargamento della categoria dei diritti fondamentali, o meglio, si concorda tanto sulla esigenza di non pietrificare il significato degli enunciati costituzionali, quanto sulla necessità di evitarne uno sconfinato allargamento[114]. Invece, la nostra attenzione verrà appuntata, attraverso il richiamo ad alcune vicende emblematiche, su di un altro profilo: le modalità attraverso le quali prendono corpo il riconoscimento e la garanzia dei c.d. nuovi diritti non sono prive di ripercussioni sistematiche, nel senso che esse possono contribuire a determinare, o anche solo a riflettere, frammenti di processi di trasformazione più ampi, per certi versi assimilabili a vere e proprie modificazioni tacite della Costituzione. Si vedrà, in sostanza, come anche il tema dei nuovi diritti possa "intercettare" quello delle modificazioni tacite della Costituzione, ad ulteriore dimostrazione della avvertita stretta connessione tra prima e seconda parte del testo costituzionale[115], oltreché ovviamente di entrambe con i principi fondamentali.

V'è infine un'altra ragione che spinge a focalizzare l'attenzione sul tema dei nuovi diritti. Il ben noto collegamento tra esso e l'altrettanto dibattuto tema della c.d. tutela multilivello dei diritti socchiude una porta che conduce in un luogo, il quale è probabilmente il più appropriato per esplorare le modificazioni tacite della nostra Carta costituzionale. Ci si riferisce alla partecipazione dell'Italia (dapprima alle Comunità europee e poi) all'Unione europea, il cui fondamento testuale è da sempre rintracciato nell'art. 11 Cost. Su quella base – invero solidissima, perché ricompresa nei principi *fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale, ma, allo stesso tempo, vaga quanto all'identificazione in concreto delle condizioni che consentano le limitazioni di sovranità a favore di organizzazioni internazionali deputate ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni – si sono prodotte profonde trasformazioni dell'ordinamento costituzionale, importanti deroghe a vari disposti del testo costituzionale (ad es. gli artt. 70 e 101, co.2, 134), determinate dal riconoscimento del primato della normativa europea sul diritto interno; dal potere di qualsiasi giudice e della PA di non applicare una legge in contrasto con una fonte europea direttamente applicabile o con una norma ad effetto diretto; fino all'individuazione di una sempre più forte influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia europea su tutte le giurisdizioni

[114] V. almeno A. PACE, *Metodi interpretativi*, cit., 42 ss.; A. BARBERA, *I "nuovi diritti". Attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, Torino, 2004, 24 ss.

[115] M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss.

nazionali. Che questo sistema, costruito sulla base dell'art. 11 Cost., presenti aspetti di forte tensione o comunque di fragilità, è dimostrato dalle più recenti vicende concretizzatesi dopo lo scoppio della crisi economico-finanziaria del 2010, dalle risposte per fronteggiarla assunte nell'ambito dell'Eurozona, dai disequilibri al suo interno tra Paesi forti e Paesi deboli, ma, non di meno, ciò è testimoniato sul piano dei rapporti interordinamentali anche dalla prima seria minaccia di uso dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità da parte della Corte costituzionale italiana[116] e dal tentativo, da questa intrapreso di recente[117], di uscire dall'isolamento in cui si era, invero, essa stessa cacciata, rimettendo quasi integralmente al giudice comune, con l' "ausilio" della Corte di giustizia, il compito di dirimere le controversie tra diritto interno e diritto europeo. Si tratta di vicende che, sebbene estremamente note, presentano nondimeno profili di tale complessità da renderne impossibile una compiuta trattazione in questa sede, potendo al più rappresentare le premesse per un successivo sviluppo della ricerca. In questa sede ci limiteremo ad alcune notazioni che investono specificamente la tutela dei diritti fondamentali.

Come rilevato da Marta Cartabia[118], se il secondo dopoguerra ha segnato l'avvio di un'epoca definita da Norberto Bobbio[119] "L'età dei diritti", tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI si è aperta una nuova stagione, quella dell'"Europa dei diritti", i cui principali tratti di novità, rispetto alla fase precedente, non sono dati tanto dalla moltiplicazione delle istituzioni deputate alla tutela dei diritti individuali, ma dalla ridefinizione dei rapporti reciproci tra le stesse all'interno di un sistema composito o multilivello. A livello nazionale, il cambiamento determinato dalla sempre più decisa apertura alle influenze internazionali e all'ordinamento europeo è andato ben oltre la tradizionale disputa sull'interpretazione dell'art. 2 Cost., quale disposizione a fattispecie aperta[120] o chiusa (clausola riassuntiva)[121]. La giurisprudenza costituzionale, dopo un'iniziale chiusura rispetto alla possibilità di rinvenire in quel disposto costituzionale la base per il riconoscimento di diritti non

[116] Ci si riferisce alla nota ord. n. 24 del 2017, sul caso Taricco.

[117] V. sent. 269/2017.

[118] M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in *www.statoechiese.it*, febbraio 2011.

[119] N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 1990.

[120] In tal senso v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1975, 80 ss.

[121] V., ma senza alcuna pretesa di esaustività, P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italian*a, Padova, 1969, 23 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 54 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011, 171 ss.

Critica entrambe le tesi, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.

enunciati nel testo, ha successivamente manifestato una maggiore, seppur cauta, apertura rispetto all'utilizzo dell'art. 2 Cost. Ma, è ben noto, che soprattutto i giudici comuni hanno manifestato minori resistenze al riconoscimento di nuove istanze individuali[122], sia attraverso l'art. 2 Cost., sia mediante un'interpretazione estensiva di altre disposizioni costituzionali, pervenendo così anche all'applicazione diretta delle norme costituzionali a controversie concrete, pure quando mancava una disciplina legislativa specifica.

Questi fenomeni, già al centro di una vivace disputa dottrinale, nella quale si fronteggiavano voci e opinioni molto distanti, se non contrapposte, hanno subito una decisiva accelerazione per effetto di modifiche normative – tanto a livello interno (revisione dell'art. 117, co. 1, Cost. *ex* l. cost n. 3/2001), quanto a livello europeo (ratifica del Trattato di Lisbona con il riconoscimento dell'efficacia giuridica vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, approvata a Nizza nel 2000, e la preannunciata adesione dell'UE alla CEDU[123]) e internazionale (rafforzamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[124]) – e di conseguenti approcci giurisprudenziali[125].

Ammesso che si possa fare un bilancio sugli esiti complessivi, fino ad oggi maturati, nella "Europa dei diritti", esso sarebbe decisamente positivo: è innegabile che l'apertura nei confronti di Carte e Corti internazionali abbia arricchito gli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, favorendo una più massiccia comunicazione tra sistemi e una maggiore circolazione di argomentazioni. Così come, è altrettanto sicuro che quelle aperture e le influenze (reciproche) derivatene abbiano contribuito ad arricchire lo scenario dei diritti in un contesto sociale sempre più variegato e in continua evoluzione e abbiano, in non pochi casi, "pungolato" le istituzioni nazionali a superare ataviche situazioni di palese violazione anche dei più classici diritti. Gli esempi a tal riguardo richiamabili sono molteplici, ma ne bastino due, riferiti rispettivamente alle due circostanze appena evocate: si pensi al decisivo contributo offerto da una sempre più incisiva giurisprudenza della Corte EDU per l'assunzione di misure volte ad arginare il problema del sovraffollamento carcerario e per migliorare complessivamente il nostro siste-

[122] Cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 270 ss.

[123] L'adesione dell'UE alla CEDU, prevista dall'art. 6.2 del TUE, ha subito un significativo stallo a seguito del parere n. 2/2013, reso il 18 dicembre 2014 dalla Corte di Giustizia nel quale la stessa ha ravvisato diversi profili di incompatibilità tra il diritto primario dell'UE e il Progetto (riveduto) di accordo per l'adesione.

[124] Sulle più recenti prospettive di tutela dei diritti riconosciuti nella CEDU, v. per tutti D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2013.

[125] Si pensi, per quanto concerne i rapporti tra diritto interno e CEDU, alla svolta rappresentata dalle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

ma penitenziario e, ancora si consideri la spinta impressa dal diritto sovranazionale ai fini del riconoscimento di nuove rivendicazioni soggettive connesse allo sviluppo e al perfezionamento della scienza medica e delle biotecnologie. Come anche, sul versante propriamente comunitario, è stato fondamentale il contributo della normativa e della giurisprudenza della Corte di Giustizia per il rafforzamento delle istanze connesse alle moderne tecnologie di comunicazione.

Tuttavia, in questo contesto non mancano elementi di notevole problematicità che sono progressivamente emersi, parallelamente al rafforzamento degli *input* esterni, e che, non di rado, hanno acuito critiche già presenti nel dibattito costituzionalistico sui diritti fondamentali, tanto da indurre molti ad abbandonare gli approcci irenici o olistici precedentemente assunti nei confronti della c.d. tutela multilivello dei diritti, per assumere toni, se non proprio polemici[126], almeno più problematizzanti.

Tra le tante criticità emerse, basti ricordare la più volte rilevata origine prevalentemente giurisprudenziale dei nuovi diritti nel panorama europeo e la carenza di una comune politica dei diritti; la loro concezione marcatamente individualistica; la decisiva implementazione, nella giurisprudenza multilivello, di canoni interpretativi nei quali vengono sempre in maggiore rilievo le caratteristiche e le peculiarità del caso concreto. Insomma, provando a riassumere, senza semplificare eccessivamente, il portato di questi fenomeni, se ne può rintracciare un convergente esito: la riduzione dell'importanza del testo, del contenuto della decisione politica, «soverchiato dalla *ratio* che l'interprete gli attribuisce»[127], anche facendo leva sul diritto sovranazionale.

Lungi dal mettere in discussione la decisiva spinta proveniente anche dalla tutela multilivello dei diritti per il superamento di oramai ossidate mitologie legalistiche[128], la dottrina più avvertita ha manifestato in misura sempre crescente un'esigenza di ritorno al testo[129]. Come evidenziato da Zanon[130], non basta ammonire sui rischi connessi al sempre più spiccato protagonismo giurisprudenziale – per di più spesso platealmente lamentato dal legislatore, ma meno apertamente dallo stesso favorito –, occorre «recuperare una deontologia e un lessico minimali», i quali, specie nei casi controversi,

[126] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

[127] N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.,* 2015, 919, al quale si rinvia per ulteriori richiami alla letteratura e per una sintetica ma efficacissima panoramica sul pensiero e sulle pratiche riconducibili al "neocostituzionalismo".

[128] Nei confronti delle quali sono state da sempre espresse forti critiche da parte di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

[129] Il dibattito è, in vero, molto risalente, affondando le sue radici nella distinzione tra testualismo e realismo.

[130] N. ZANON, *op. ult. cit.,* 927

quelli che oramai sempre più ricorrentemente e su diversi piani di complessità affollano il nostro quotidiano, consentano di recuperare il valore del testo come «limite e confine di ogni interpretazione pretesamente conforme (a Costituzione, a Cedu, al diritto europeo…)», in quanto sempre forti restano le ragioni teoriche sottese alla valorizzazione del testo – «la separazione dei poteri e l'assenza di legittimazione democratica dei giudici» –, pur nel rinnovato contesto determinato dal passaggio dallo Stato legislativo a quello costituzionale.

Come si sarà potuto intuire, sulla scorta di quanto precede, si condivide pienamente questo accorato appello, sulla cui base si può ribadire che, se è vero che le caratteristiche semantiche e sintattiche del testo costituzionale rendono non agevole la demarcazione del confine tra modificazione tacita della Costituzione e interpretazione evolutiva, tra svolgimento del dettato costituzionale e implementazione dello stesso, tra integrazione della Costituzione e occupazione di spazi vuoti di disciplina costituzionale, ciò non significa che «tracciare le linee che separano concetti, istituzioni e valori fondamentali» non sia rilevante per il costituzionalista, dedito allo studio del diritto costituzionale che è «misura dell'esistenza»[131]. L'identificazione del punto di rottura del disposto costituzionale, per quanto operazione complicatissima, non può essere elusa; è però certo che essa non può essere compiuta astraendo il testo costituzionale dal contesto normativo e fattuale in cui è calato[132].

Sia chiaro – e lo si evidenzia nuovamente – dietro la sottolineatura degli aspetti di criticità scaturenti da una progressiva e moltiforme tendenza di allontanamento dal testo costituzionale, non vi è alcun discredito del fondamentale, e questo sì, insostituibile ruolo assolto dalla giurisprudenza (tutta) nella tutela dei diritti; piuttosto vi è la volontà di rintracciare percorsi che consentano di valorizzare la indispensabile collaborazione tra istanze politiche e giurisprudenziali all'interno di una più ampia «politica costituzionale»[133] (anche) dei diritti. Si intende, pertanto, ribadire che tale percorso è tutt'altro che ostacolato dal testo costituzionale, il quale però deve continuare a rappresentare la principale leva sulla cui base si realizza il processo di attuazione costituzionale, non riducibile né all'indirizzo politico della maggioranza di governo di turno, né alla concezione dell'attività legislativa come «sviluppo e svolgimento della Costituzione»[134], ma invece più corret-

[131] A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 4.

[132] Ed infatti secondo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 434, «isolando un testo dal suo contesto formale e materiale non si possono identificare interpretazioni affidabili».

[133] M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 295.

[134] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge,* Milano, 1970, 616 ss.

tamente ricondotto alla «consapevole intenzione di realizzare un voluto costituzionale *dinamicamente proiettato al futuro*»[135].

L'analisi delle vicende che hanno nel più recente periodo interessato alcune disposizioni costituzionali in materia di famiglia e, specificamente, la configurabilità di unioni tra persone dello stesso sesso, possono fornire spunti significativi per continuare a riflettere su queste questioni. Si tratta, invero, di un solo e limitato esempio, che tuttavia ci sembra emblematico, in quanto in esso si sommano le questioni del valore del dettato costituzionale, dei limiti dell'interpretazione giudiziale, dell'inammissibilità di decisioni creative, della "pressione" e "della sponda" offerta dal diritto internazionale.

Questa vicenda si inserisce all'interno di problematiche ancor più ampie, quali la definizione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», molto dibattuta in Costituente ma anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, e si snoda lungo percorsi volti a ricostruire l'esistenza di un unico modello di famiglia o di ulteriori modelli, per poi definirne le forme di tutela.

Nella copiosa letteratura[136] sul tema ci è sembrato di poter scorgere una tendenza di fondo, che rileva particolarmente nell'economia di questo lavoro: quella di ricavare dal testo costituzionale una concezione relativa di famiglia, storicamente determinata dal diritto positivo e dall'evoluzione dei concreti rapporti sociali[137]. Specie dal combinato disposto artt. 2 e 29 Cost. e attraverso una significativa valorizzazione del pluralismo sociale, è stata ricavata una distinzione tra famiglia legittima, quale modello tipico delle relazioni familiari, e altre formazioni familiari atipiche, ugualmente riconducibili alle formazioni sociali nelle quali si realizza la dimensione relazionale della persona. Ma non sono mancate neppure letture del disposto costituzionale che hanno visto nella sola famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, l'esclusiva, e non la privilegiata, forma di famiglia riconosciuta e tutelata dalla Costituzione.

Si tratta di un dibattito estremamente articolato, non esente da esasperazioni, a mio avviso, determinate più che dagli innegabili spazi interpretativi del lessico costituzionale, dalla tendenza, non rara, a imporre proprie concezioni ideologiche, maggioritarie o minoritarie che siano, facendo leva sul disposto costituzionale.

[135] M. LUCIANI, *Dottrina*, cit., 42. Corsivi nostri.

Sull'asfitticità di un dibattito sull'attuazione costituzionale che si riduca all'alternativa tra la soluzione mortatiana, appiattita sull'indirizzo politico governativo, e l'opzione modugnana, che rischia di comprimere oltremodo gli spazi della funzione legislativa, v. C. DE FIORES, *op. ult. cit.*, 146.

[136] Compiutamente ripercorsa da A. MORRONE, sub *Art. 2* e *Art. 29*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. SESTA, Milano, 2017.

[137] V. per tutti G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia,* 2001, 939.

Il tema del "matrimonio" omosessuale, da anni al centro di un articolato dibattito nella società civile e nella comunità degli interpreti della Costituzione, è stato più volte posto all'attenzione della giurisprudenza (interna, comunitaria e convenzionale) e solo di recente ha trovato un importante sbocco legislativo. Pur non potendo ripercorrere compiutamente altri passaggi di sicuro rilievo, l'attenzione va focalizzata su una decisione della Corte costituzionale, la n. 138 del 2010, vero e proprio spartiacque per l'interpretazione del testo costituzionale e la conseguente impostazione dei rapporti tra le istituzioni repubblicane ai fini del riconoscimento di istanze fortemente avvertite dal corpo sociale. Anche questa pronuncia, com'era facilmente prevedibile tenuto conto della complessità dell'intera vicenda, è stata fatta oggetto di plurime e molto distanti letture[138], evidentemente legate anche alla molteplicità delle argomentazioni addotte dal giudice costituzionale a fondamento della propria pronuncia. A cominciare dall'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto diversi articoli del codice civile, sollevata dai giudici remittenti[139] in riferimento all'art. 2 Cost.; secondo la Corte, l'estensione alle unioni omosessuali della disciplina del matrimonio eterosessuale, si sarebbe convertita in «una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata», spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», implementandole «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Il giudice costituzionale, pur riconoscendo che l'unione tra persone dello stesso sesso trovi copertura nell'art. 2 Cost., ha sostenuto la necessità di una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, ma soprattutto ha negato la praticabilità di un proprio intervento manipolatorio (additivo).

Ciò è confermato nell'ulteriore parte motiva della decisione, nei passaggi in cui il giudice costituzionale si è soffermato sulla definizione giuridica di famiglia e matrimonio, indissolubilmente legati nell'art. 29 Cost., sostenendo che quell'articolo, se interpretato sistematicamente e anche alla luce della volontà storica del Costituente, non consente di estendere alle unioni omo-

[138] Tra le innumerevoli si v. almeno R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni,* in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni* same sex *dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, e in *RivistaAic.it,* n. 3/2011.

[139] Tali giudici *a quibus* chiedevano, in sostanza, al giudice costituzionale di dichiarare l'illegittimità di diversi disposti del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». I parametri invocati erano gli art. 2, 3 e 29 Cost., ma il cardine attorno al quale ruotavano gli atti di promovimento sembra essere il diritto al matrimonio, anche per coppie dello stesso sesso, ricavabile dall'art. 2 Cost.

sessuali la disciplina del matrimonio tra uomo e donna. Sebbene la Corte ammetta che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possano ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, «perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle *trasformazioni dell'ordinamento*, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»[140], si rimarca il limite cui è soggetta tale interpretazione che «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

In sostanza, l'aspetto che più rileva ai nostri fini, oltre al controverso ricorso all'argomento originalista per l'interpretazione dei disposti costituzionali[141], è proprio quel superamento «per via ermeneutica» del significato del precetto costituzionale che, ove compiuto, nel caso di specie, dal giudice trasmoderebbe, secondo la Consulta, in una illegittima «interpretazione creativa». Il punto centrale sta dunque nell'impossibilità di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. in via d'interpretazione giudiziale.

Invero, tanto la decisione del 2010 quanto successive pronunce rese sul tema o su profili assimilabili[142], rilevano non soltanto per l'interpretazione dell'art. 29 Cost. data dalla Consulta, ma per la chiarificazione dei ruoli tra i giudici (compreso quello internazionale) e il legislatore nella tutela di nuove istanze emergenti dall'evoluzione della società e dei costumi. Si potrà quindi continuare ad insistere sulla controvertibilità dell'interpretazione fornita dalla Consulta dell'art. 29 nella vicenda in esame, ma si perderebbe di vista l'apertura del testo costituzionale, specie attraverso l'art. 2, al riconoscimento del fondamentale diritto di due persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia e la possibilità di predisporne adeguate forme di tutela, possibilità che certo non è preclusa al legislatore. Inoltre, si trascurerebbe di considerare che, nella medesima decisione, la Corte si è riservata di intervenire, a tutela di *specifiche* situazioni, per vagliare la ragionevolezza di un eventuale trattamento non omogeneo tra coppia coniugata e coppia omosessuale.

In definitiva, nella sent. 138/2010 vi è sicuramente un forte rispetto per

[140] Corsivo nostro.

[141] Tema cruciale per il quale si rinvia, tra i tanti, ad A. POGGI, *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale, Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'*original intent of framers, in. *Dir. Pubbl.*, 1997, 153 ss.; F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Torino 2008 e *ivi* a C. TRIPODINA, *L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali*, 237 ss.

[142] V. almeno, Corte cost. n. 170 del 2014.

la «piena discrezionalità» del legislatore, ma non di meno in essa sembra possibile scorgere un richiamo altrettanto energico alla responsabilità del legislatore[143], una esortazione nei confronti dell'istituzione politico-rappresentativa affinché essa non rimanga sorda di fronte a sollecitazioni sempre più pressanti, emergenti nel contesto sociale, per il riconoscimento e la garanzia di nuovi diritti, che comunque possono trovare albergo nel duttile testo costituzionale[144]. Più che una chiusura nei riguardi di queste nuove istanze di tutela, la sentenza del 2010 può essere letta come un *caveat* nei confronti di non rare pratiche giudiziali che, pressate dall'incalzante richiesta di nuovi spazi di libertà e condizioni di giustizia, conducono il giudice, compreso quello costituzionale, a indebite "interpretazioni creative". Certo, si potrà replicare che in altri casi la Corte costituzionale non ha manifestato eguale riguardo nei confronti della discrezionalità legislativa, ma, ancora una volta, si perderebbe di vista che il testo costituzionale, attraverso l'art. 2, ben può accogliere evoluzioni normative volte a tutelare le posizioni giuridiche dei componenti una coppia omosessuale, in quanto formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.

Gli epiloghi di questa vicenda sono noti: la legge n. 76 del 2016 (recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") ha riconosciuto per le persone dello stesso sesso la possibilità di costituire una *unione civile*[145], consentendo così alle stesse di esplicare la loro personalità anche nella dimensione di coppia giuridicamente riconosciuta, possibilità fino a quel momento del tutto preclusa. Non si può negare che le modalità di approvazione di quella legge e la controversa posizione assunta dal legislatore nei riguardi dell'adozione del figlio del partner[146] abbiano determinato ugualmente delle storture del sistema, con nodi interpretativi e ulteriori interventi giurisprudenziali che non sono tardati ad arrivare. Ad ogni modo, quella vicenda ci sembra resti emblematica per l'accento posto sul limite testuale nei riguardi di interpretazioni "creative" e

[143] Che ha assunto anche rilievo internazionale (*rectius*, violazione della CEDU). Si v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015, caso *Oliari et a.* v. *Italy* (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11) di condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare).

[144] Tenuto conto di ciò non si possono che ribadire i rilievi critici già precedentemente formulati. Come rimarcato in più passaggi da S. BARTOLE, *op. ult. cit.,* 408, nonostante l'apertura del testo costituzionale, le principali evoluzioni dell'ordinamento sono state sempre più spesso rimesse all'attivismo giurisprudenziale «sempre più combattuto tra stretta ermeneutica del testo e creazione giudiziale del diritto».

[145] Su cui M. BELLETTI, *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.,* Agg.VII, Milano, 2017, 689 ss.

[146] Cfr. L. CIAURRO, *DDL Unioni civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rass. parl.*, 2016, 103 ss.; M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016.

per la necessità di preservare l'equilibrio tra le varie istituzioni deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali. Un motivo in più per sostenere che un atteggiamento rigoroso nei confronti delle interpretazioni creative, che possono sostanziarsi in vere e proprie modifiche tacite della Costituzione, alterando i ruoli del legislatore e del giudice nella tutela dei diritti, non produce alcuna paralisi nel moto dell'ordinamento, che ben può compiersi in sedi e lungo direzioni più appropriate.

Ovviamente non può sottovalutarsi la consistenza problematica di tale assetto che, spinto alle sue estreme conseguenze, potrebbe comportare «una sorta di regresso delle garanzie»[147] connesse ai principi e diritti fondamentali, nel momento in cui ne condiziona l'efficacia ad un futuro e incerto intervento attuativo del legislatore, impedendo di conseguenza la concretizzazione giurisdizionale dei diritti. Tuttavia, le considerazioni dapprima avanzate con specifico riguardo ai diritti delle coppie *same-sex* non possono essere acriticamente generalizzate; è invece certo che, in un contesto attraversato da una tensione forte tra obbligo costituzionale di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, che vincola tutti i poteri dello Stato, e l'inerzia della politica nell'adozione della disciplina attuativa delle elastiche previsioni costituzionali in materia di diritti, la strada da percorre non può che essere quella della necessaria e sinergica collaborazione di tutte le istituzioni repubblicane nel rispetto dei rispettivi ruoli e, non di meno, l'impegno dell'intera comunità degli interpreti della Costituzione a favore di una autentica cultura dei diritti e dei doveri costituzionali.

In definitiva, come più volte rimarcato in questa ricerca, un ordinamento costituzionale che voglia preservarsi "vitale" nel tempo e, come tale, capace di realizzare compiutamente la propria ambizione ordinante, deve essere capace di evolvere, ma deve anche saper governare le dinamiche che lo attraversano[148]. Una Carta costituzionale vocata all'eternità ordinamentale non solo recherà i confini invalicabili per qualsiasi evoluzione che conduca ad una trasformazione *dell'*ordinamento costituzionale, ad un mutamento dei sui tratti identitari, ma avrà cura pure di assicurare un moto *nell'*ordinamento costituzionale che, senza disattendere i principi fondamentali[149], ne consenta un inveramento continuo ma mutevole nel tempo, in quanto aperto a plurime soluzioni attuative. È pur vero che proprio la connaturata elasticità di molti disposti costituzionali rende estremamente complesso distinguere ciò che è l'esplicitazione, la concretizzazione del disposto

[147] V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali: tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, 102.

[148] C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, cit., 2.

[149] Sui principi supremi (o altrimenti detti, fondamentali, immutabili, inviolabili…) quali garanzia dell'identità dell'ordinamento costituzionale, v. da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

costituzionale, o comunque ciò che non si pone in contrasto con essa, da quanto ne determina una palese elusione. Sebbene sia un'operazione molto difficoltosa, essendo tremendamente scivoloso il confine che separa ciò che è un'illegittima modificazione della Costituzione, da quanto ne costituisce un'interpretazione evolutiva, si tratta di un impegno ineludibile al quale anche la dottrina non può sottrarsi e rispetto alla quale non può che assumere un approccio problematizzante e non già tendente a legittimare l'esistente.

L'apertura delle formulazioni costituzioni non è e non deve essere un mero cedimento al fatto. Qualsiasi evoluzione, in qualsiasi forma compiuta, deve essere contenuta entro argini testuali i quali, lungi dall'impedire il moto dell'ordinamento costituzionale, ne assecondano il fluire, un divenire che fisiologicamente si compie mediante l'attuazione costituzionale, ma che non di meno può svolgersi lungo altre direttrici, compresa la revisione del testo costituzionale, purché compiuta nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione.

Merita infine un'ulteriore precisazione la concezione del testo costituzionale come limite. Su di essa molto si è insistito in questo lavoro, ma anche tale concezione non può e non deve condurre a sostenerne una normatività debole della Costituzione, interamente dipendente dall'attuazione politica, riproducendo quella condizione che, agli albori dell'esperienza repubblicana, aveva spinto la dottrina[150] a patrocinare con forza la piena normatività di tutto il testo costituzionale, sollecitandone l'interpretazione *magis ut valeat.* È proprio la salvaguardia della prescrittività del testo costituzionale ad averci indotto a rimarcare la concezione del testo come confine, ma nella convinzione che, nella cornice dello Stato costituzionale, la Costituzione, prima che limite, sia fondamento di qualsiasi potere ed insieme strumento di trasformazione della società[151].

[150] V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11.
[151] M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 136.

MANUTENZIONE, MODIFICA PUNTUALE, REVISIONE ORGANICA, AMPIA RIFORMA DELLA COSTITUZIONE: LA REVISIONE COSTITUZIONALE HA UN LIMITE DIMENSIONALE?

di Valeria Marcenò*

SOMMARIO: 1. La domanda. – 2. La legislazione costituzionale e i tentativi di riforma non puntuale. – 3. Dai lavori della Costituente: la Costituzione, "un metallo duro, ma plasmabile". – 4. Revisione totale: da espressione dell'esercizio del potere costituente a espressione dell'esercizio del potere costituito. – 5. Forme di revisione sottese alla procedura ex art. 138: può la norma sulla revisione costituzionale essere tesa fino a includere la riforma organica? – 6. Il dibattito sull'ammissibilità della revisione organica: il dialogo tra Gianni Ferrara e Franco Modugno. – 7. L'impossibilità di una risposta univoca. – 8. La revisione totale/organica implica il superamento del concetto di potere costituente? – 9. Dalla lotta per la Costituzione, nel senso della sua attuazione, alla lotta sulla Costituzione, nel senso della sua modifica. – 10. Che cosa può davvero intendersi per limite dimensionale. – 11. Implicazione del limite dimensionale come qui inteso.

1. La domanda

Quando il testo non può più essere teso; quando le interpretazioni non possono far dire più nulla alle disposizioni costituzionali; quando queste non possono più essere "rigenerate" attraverso processi argomentativi *magis ut valeant*, può porsi (o imporsi) la necessità di intervenire direttamente sugli enunciati normativi. A tal fine la Costituzione prevede che i suoi stessi enunciati possano essere modificati: nota è la distinzione, prevista nello stesso articolo 138 Cost., tra leggi di revisione costituzionale e le *altre* leggi costituzionali, intendendosi con le prime quelle idonee a modificare con emendamenti il testo costituzionale, e con le seconde quelle idonee a integrare, derogare alla Costituzione (senza la pretesa, però, di acquisire stabilità) o assolvere alle riserve di legge costituzionale ivi previste.

La Costituzione riconosce, dunque, la possibilità che si ricorra a revisioni di sue disposizioni.

Il problema è comprendere che cosa debba intendersi con il termine "re-

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino.

visione". Al di là della considerazione che rientrano in questa nozione solo i mutamenti costituzionali visibili, e che sono per converso esclusi quelli impliciti[1], ci si interroga sulla ampiezza (qui diciamo, sulla "dimensione") di questi mutamenti: devono essere intesi nel senso di una mera manutenzione (ossia, come intervento sul testo costituzionale al fine di migliorarlo, correggerlo, riparare a una scelta che si è rivelata errata o superata); oppure, possono essere intesi in un senso più ampio, fino a includere l'ipotesi di una nuova disciplina di una materia costituzionale eventualmente anche non in ogni sua parte compatibile con quella vigente?

La domanda potrebbe anche essere posta in modo diverso.

Il concetto di revisione porta con sé quello di limite, l'idea che una costituzione vi sia e che il suo cambiamento avvenga comunque nella continuità della costituzione modificanda. Il fatto stesso che si sia voluto ricorrere al termine "revisione" anziché a quello più consueto nella fisiologica successione delle leggi, l'abrogazione esplicita, può essere inteso come consapevole riconoscimento che ogni revisione della costituzione è tale solo se «*suppone la persistenza di quel testo* o di ciò che è essenziale a quel testo»[2], solo se avviene entro un limite. È allora possibile individuare un dato insopprimibile, un testo minimo, un limite invalicabile, superato il quale necessariamente si esce dal perimetro dell'intervento della revisione?

2. La legislazione costituzionale e i tentativi di riforma non puntuale

Dall'entrata in vigore della Costituzione sono state approvate numerose leggi costituzionali. Si è trattato perlopiù di revisioni puntuali, aventi a oggetto singole disposizioni costituzionali[3]. Alcune leggi costituzionali sono

[1] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, II, 616-617, secondo il quale «è proprio l'*esigenza di dichiarazione espressa* dell'intento di operare la revisione, rivelatrice della *volontà di cambiamento*, che sembra privilegiarsi, trattandosi del mutamento delle massime regole dell'ordinamento; […] la stessa nozione di "revisione" *non* tollera concettualmente, ma anzi esclude, l'*abrogazione implicita*».

[2] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 621.

[3] L. cost. 9 febbraio 1963, n. 2, *Modificazioni agli articoli 56, 57 e 60 della Costituzione*; l. cost. 27 dicembre 1963, n. 3, *Modificazioni agli articoli 131 e 57 della Costituzione e istituzione della regione Molise*; l. cost. 22 novembre 1967, n. 2, *Modificazioni dell'articolo 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale*; l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, *Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione*; l. cost. 4 novembre 1991, n. 1, *Modifica dell'articolo 88, secondo comma, della Costituzione*; l. cost. 6 marzo 1992, n. 1, *Revisione dell'articolo 79 della Costituzione in materia di concessione di*

state approvate per disciplinare diversi profili del principio di specialità regionale[4]; altre per assegnare nuove funzioni alla Corte costituzionale[5]; altre per intervenire su aspetti specifici dell'ordinamento costituzionale[6].

amnistia e indulto; l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3, *Modifica dell'articolo 68 della Costituzione*; l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, *Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*; l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*; l. cost. 17 gennaio 2000, n. 1, *Modifica dell'articolo 48 della Costituzione concernente l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero*; l. cost. 23 gennaio 2001, n. 1, *Modifiche agli articoli 56 e 57 della Costituzione concernenti il numero dei deputati e senatori in rappresentanza degli italiani all'estero*; l. cost. 30 maggio 2003, n. 1, *Modifica dell'articolo 51 della Costituzione*; l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, *Modifica dell'articolo 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte*; l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*.

[4] L. cost. 26 febbraio 1948, n. 2, *Conversione in legge costituzionale dello Statuto della Regione siciliana*; l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3, *Statuto speciale per la Sardegna*; l. cost. 26 febbraio 1948, n.4, *Statuto speciale per la Valle d'Aosta*; l. cost. 26 febbraio 1948, n. 5, *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*; l. cost. 31 gennaio 1963, n. 1, *Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*; l. cost. 10 novembre 1971, n. 1, *Modificazioni e integrazioni dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*; l. cost. 23 febbraio 1972, n. 1, *Modifica del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino Alto Adige, del Friuli-Venezia Giulia*; l. cost. 9 maggio 1986, n. 1, *Modifica dell'articolo 16 dello statuto speciale per la Sardegna, approvato con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, concernente la definizione del numero dei consiglieri regionali*; l. cost. 12 aprile 1989, n. 3, *Modifiche ed integrazioni alla legge costituzionale 23 febbraio 1972, n. 1, concernente la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia. Modifica allo statuto speciale per la Valle d'Aosta*; l. cost. 23 settembre 1993, n. 2, *Modifiche ed integrazioni agli statuti speciali per la Valle d'Aosta, per la Sardegna, per il Friuli-Venezia Giulia e per il Trentino-Alto Adige*; l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, *Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei presidenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano*; l. cost. 7 febbraio 2013, n. 1, *Modifica dell'articolo 13 dello Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia, di cui alla legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1*; l. cost. 7 febbraio 2013, n. 2, *Modifiche all'articolo 3 dello Statuto della Regione siciliana, in materia di riduzione dei deputati dell'Assemblea regionale siciliana. Disposizioni transitorie*; l. cost. 7 febbraio 2013, n. 3, *Modifica degli articoli 15 e 16 dello Statuto speciale per la Sardegna, di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, in materia di composizione ed elezione del Consiglio regionale*; l. cost. 28 luglio 2016, n. 1, *Modifiche allo Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia, di cui alla legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1, in materia di enti locali, di elettorato passivo alle elezioni regionali e di iniziativa popolare*; l. cost. 4 dicembre 2017, n. 1, *Modifiche allo statuto speciale del Trentino-Alto Adige/SüdTirol in materia di tutela della minoranza linguistica ladina*.

[5] L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, *Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale*; l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*.

[6] L. cost. 18 marzo 1958, n. 1, *Scadenza del termine di cui alla XI delle «Disposizioni transitorie e finali» della Costituzione*; l. cost. 23 ottobre 2002, n. 1, *Legge costituzionale per la cessazione degli effetti dei commi primo e secondo della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione*.

Fino a oggi, i tentativi di una più ampia revisione sono stati: 1) nell'ottobre del 1983, fu istituita la *Commissione parlamentare bicamerale per le riforme istituzionali*, presieduta dall'on. Bozzi, con il compito di «formulare proposte di riforme costituzionali e legislative, nel rispetto delle competenze istituzionali delle due Camere, senza interferire nella loro attività legislativa su oggetti maturi ed urgenti, quali la riforma delle autonomie locali, l'ordinamento della Presidenza del Consiglio, la nuova procedura dei procedimenti d'accusa»; 2) nell'agosto del 1993, fu istituita la *Commissione parlamentare per le riforme istituzionali*, presieduta prima dall'on. De Mita e poi dall'on. Iotti, delle cui funzioni (elaborare «un progetto organico di revisione costituzionale relativo alla parte II della Costituzione, ad esclusione della sezione II del titolo VI, nonché progetti di legge sull'elezione delle Camere e dei consigli delle regioni a statuto ordinario»), nonché del procedimento attraverso cui attuare la revisione (in deroga, per il solo caso di specie, all'art. 138 Cost.) si occupò la l. cost. 6 agosto 1983, n. 1; 3) nel gennaio 1997, fu istituita la *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, presieduta dall'on. D'Alema, con il compito di elaborare «progetti di revisione della parte II della Costituzione, in particolare in materia di forma di Stato, forma di governo e bicameralismo, sistema delle garanzie», da approvare con un procedimento anch'esso in deroga *una tantum* alla Costituzione (l. cost., 24 gennaio 1997, n. 1); 4) nel 2001, venne approvata la riforma dell'intero titolo V della Costituzione[7]; 5) nel 2005, fu approvata, secondo la procedura dell'art. 138 Cost., a maggioranza assoluta in seconda deliberazione dei componenti ciascuna Camera, la proposta di legge costituzionale del 18 novembre 2005, n. 269 (recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione»), proposta poi respinta con il referendum costituzionale del giugno 2006; e 6) nel 2016, venne approvato il disegno di legge costituzionale A.S. n.1429, recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione», poi respinto con il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016.

Solo una proposta di riforma "organica" – quella del 2001 – ha, dunque, concluso positivamente il suo *iter*.

Il fatto che in diverse di queste proposte di riforma si sia ricorso a leggi costituzionali di rottura o in deroga alla Costituzione[8] – di cui due aventi ad

[7] L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

[8] L. cost. 9 marzo 1961, n. 1, *Assegnazione di tre senatori ai comuni di Trieste, Duino Aurisina, Monrupino, Muggia, San Dorligo della Valle e Sgonico*; l. cost. 21 giugno 1967, n. 1, *Estradizione per i delitti di genocidio*; l. cost. 3 aprile 1989, n. 2, *Indizione di un referendum di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto*

oggetto l'*iter* della revisione, ed entrambe dirette a realizzare riforme complesse – potrebbe di per sé testimoniare dell'estraneità dal patto costituente del ricorso alle riforme organiche[9,10].

3. Dai lavori della Costituente: la Costituzione, "un metallo duro, ma plasmabile"

La lettura dei lavori dell'Assemblea costituente mette in luce alcuni punti fermi: la volontà di escludere la previsione di revisioni totali della Costituzione; il silenzio sulle revisioni organiche o ampie; la previsione di un unico procedimento per le leggi che toccano direttamente la Costituzione e le leggi che riguardano le altre materie costituzionali; e la natura antimaggioritaria delle norme sulla procedura di revisione.

La discussione sul tema delle tecniche volte a garantire la rigidità è piuttosto stringata, sia in termini di tempi (a esso sono dedicati i giorni 15 e 16 gennaio 1947, nella II Sottocommissione per la Costituzione, e il giorno 3 dicembre 1947, in Assemblea), sia in termini di contenuto (risultando non evidenti contrasti o contrapposizioni di vedute, ma al contrario convergenze rapidamente raggiunte)[11].

Un argomento dato quasi per presupposto nei dibattiti fu la necessità

nel 1989; l. cost. 6 agosto 1993, n. 1, *Funzioni della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali e disciplina del procedimento di revisione costituzionale*; l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, *Istituzione di una Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*. A questa categoria sarebbe stato possibile ascrivere il disegno di legge costituzionale n. 813 del 2013, presentato nel mese di giugno al Senato, se non fosse venuta meno la maggioranza a sostegno del Governo Letta.

[9] CARNEVALE, *La revisione costituzionale nella prassi del "terzo millennio". Una rassegna problematica*, in «Rivista AIC», 2013, n. 1; DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in «Rivista AIC», 2016, n. 3; DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2001, n. 4, 1017 ss.

[10] Non mi sembra si possano trarre considerazioni sulla ammissibilità o inammissibilità delle riforme organiche dai titoli con cui sono rubricate le leggi di revisione costituzionale. Far discendere dall'utilizzo del termine "modifica/modifiche", anziché del termine "revisione", come prescrive la Costituzione, la consapevole volontà di agire al di fuori dei limiti costituzionali mi sembra provi troppo. Sia perché il termine "modifica" è stato utilizzato anche per interventi puntuali su singoli disposizioni costituzionali. Sia perché in alcune occasioni si è ricorso ai termini "inserimento" (con riferimento al giusto processo) e "introduzione" (con riferimento all'equilibrio di bilancio). Sia ancora perché, a così ragionare, si attribuirebbe al legislatore costituzionale la possibilità, attraverso una denominazione, di scegliere la "dimensione" del proprio intervento.

[11] Una ricostruzione dettagliata del dibattito si trova in PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in «Costituzionalismo.it», 2016, n. 2.

che una forma di revisione vi fosse: oggetto della discussione furono, infatti, le possibili procedure da adottare (sistema della doppia deliberazione con scioglimento della Assemblea nazionale e successiva elezione[12]; sistema della doppia deliberazione a distanza di tempo e successivo eventuale referendum popolare[13]; delibera dei tre quinti dell'Assemblea nazionale e referendum popolare obbligatorio[14]; iniziativa del Governo, del Parlamento e del corpo elettorale, doppia deliberazione a distanza di tempo e votazione popolare[15]), ma non anche la revisione in sé e per sé, nella consapevolezza diffusa che il concetto di rigidità della Costituzione che si intendeva introdurre non dovesse identificarsi con la assoluta intangibilità dell'atto. Come lo stesso Presidente Terracini affermò, in sede della seconda commissione, chiamando i commissari a riflettere sull'idea di Costituzione rigida, «la difficoltà del meccanismo di revisione non [deve] essere tale da rendere difficilissima la

[12] Si tratta della proposta avanzata dal Relatore on. Rossi, il quale elabora tale meccanismo nella consapevole necessità di un procedimento articolato: che la riforma sia sottoposta alla votazione per referendum, o alla approvazione da parte di una maggioranza qualificata, o al parere favorevole dell'Assemblea Nazionale, ciascuno di questi sistemi isolatamente assunto non è scevro di difetti. Il semplice referendum, «svolgendosi nello spazio di poche settimane, può non rispondere a sicure esigenze politico-sociali, rappresentando il prodotto di una concitazione momentanea piuttosto che l'epilogo del meditato esame di una necessità politica»; la richiesta di una maggioranza qualificata renderebbe comunque «possibile alla minoranza di ostacolare sistematicamente una riforma della Costituzione, che sia sentita dalla maggioranza della popolazione»; il parere dell'Assemblea Nazionale non sarebbe «soddisfacente, perché il carattere reale ed intrinseco di organo costituente manca ad una Assemblea formata dall'occasionale riunione delle due Camere» (Assemblea Costituente, Seconda Commissione, prima sezione, seduta pomeridiana di mercoledì 15 gennaio 1947, 132).

[13] Si tratta della proposta avanzata dagli on. Nobile e Perassi, i quali avvertono l'esigenza di un tempo intercorrente tra le due deliberazioni, «per avere conferma dell'importanza della questione costituzionale sollevata e per riflettervi sopra» (Assemblea Costituente, Seconda Commissione, prima sezione, seduta pomeridiana di mercoledì 15 gennaio 1947, 133); e osservano l'inadeguatezza del sistema della revisione implicante lo scioglimento, che avrebbe impedito che anche modificazioni di secondaria importanza giungessero a compimento, «perché non sarà possibile trovare un Parlamento disposto a decretare il proprio scioglimento per effettuare una riforma del genere» (*Ivi*, 138).

[14] Proposta avanzata dall'on. Tosato, il quale ritiene che la doppia deliberazione con scioglimento delle Camere impedirebbe al corpo elettorale di «pronunciarsi specificamente sul problema fondamentale della revisione, il quale non costituirà altro che uno dei punti che saranno discussi durante la campagna elettorale, dal momento che le Camere così elette continueranno, dopo essersi pronunciate sulla questione, a svolgere il loro nomale compito parlamentare» (*Ivi*, 133).

[15] Proposta avanzata dall'on. Mortati, secondo il quale due dovrebbero essere i criteri cui il sistema della revisione costituzionale deve ispirarsi: «quello di diluire nel tempo il procedimento di revisione – al fine di accertare la rispondenza della proposta di revisione ad esigenze veramente sentite e stabili – e l'altro di ammettere in una forma o in una altra l'intervento del popolo nel procedimento di revisione – poiché altrimenti una Costituzione non potrebbe considerarsi veramente democratica» (*Ivi*, 134).

revisione»[16]. Ancora più note sono le parole pronunciate in Assemblea costituente dall'on. Perassi: «quando si dice rigidità della Costituzione, non si vuole affermare l'immutabilità assoluta di essa. […] Non si può concepire la Costituzione come una lastra di vetro; occorre che sia di un metallo duro, ma un metallo plasmabile»[17].

Quasi inesistenti furono le discussioni sulla opposizione revisione totale/revisione parziale, se si esclude il tentativo di Mortati di introdurre il tema, suggerendo l'opportunità di prevedere procedimenti differenziati, e la risposta di chiusura del Presidente Terracini, secondo il quale «ci si [deve] limitare all'ipotesi di una revisione parziale»[18]; o quello dell'on. Fuschini sull'opportunità di distinguere «le riforme di importanza fondamentale da quelle secondarie», prevedendo per le prime, e non anche per le seconde, il ricorso all'istituto del referendum[19]. La differenza tra riforme principali e riforme secondarie (che, tra l'altro, non corrisponde necessariamente alla differenza tra revisione totale e revisione parziale) era meramente pronunciata, ma non articolata. Per l'on. Einaudi, infatti, essa non era abbastanza chiara, e le revisioni secondarie sarebbe stato comunque «meglio non farle, perché si attuano automaticamente: col tempo, infatti, una disposizione viene diversamente interpretata per l'adattamento che se ne fa progressivamente alla mutata situazione»[20]. Per l'on. Nobile il ricorso alla consultazione popolare avrebbe potuto giustificarsi «solo quando si [fosse trattato] di una riforma fondamentale della Costituzione; ma se si tratta invece di piccole modifiche di norme dettaglio, di importanza relativa, [sarebbe] eccessivo il ricorso agli elettori, i quali tra l'altro non avrebbero forse la competenza necessaria per decidere sulla questione loro prospettata»[21]. Per l'on. Piccioni, invece, sembrava vana ogni distinzione: «ogni Costituente è il risultato di un rivolgimento dell'opinione pubblica» e non vi sarebbe stato nulla di strano se «per la riforma di una parte della Costituzione si [fosse seguito] il criterio di dare la possibilità di esprimersi alla volontà popolare»[22]. Si consideri, inoltre, che quale esempio di riforma secondaria era menzionata quella relativa alle norme sull'ordinamento regionale, «delle quali, per la loro novità, non si può prevedere oggi con sicurezza il risultato pratico» (on. Fuschini) e che,

[16] *Ivi*, 135.

[17] Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2762 – 2763.

[18] Assemblea Costituente, Seconda Commissione, prima sezione, seduta pomeridiana di mercoledì 15 gennaio 1947, 136.

[19] Assemblea Costituente, Seconda Commissione, prima sezione, seduta pomeridiana di giovedì 16 gennaio 1947, 142.

[20] *Ivi*, 142.

[21] *Ivi*, 143.

[22] *Ivi*, 144.

«congegnat[e] forse senza un approfondito esame, potrebbe[ro] in pratica non rispondere allo scopo prefissosi» (on. Nobile).

4. Revisione totale: da espressione dell'esercizio del potere costituente a espressione dell'esercizio del potere costituito

Nel titolo dato a questa relazione non si fa menzione, forse volutamente, della *revisione totale*, formula con la quale si allude, se intesa nel suo significato comune, alla possibilità di modificare l'*intero* testo costituzionale. Una siffatta previsione potrebbe anche assumere un significato forte, quello di consentire a ogni generazione di "darsi la propria costituzione"; di evitare che decisioni assunte nel passato imbriglino decisioni che potrebbero essere assunte nel futuro; di evitare – come è stato detto in Assemblea costituente – che "i morti governino i vivi". Questo modo di ragionare aprirebbe, però, ad alcune domande.

A) Quale natura avrebbe un eventuale esercizio di questo potere? Il fatto stesso che sia la stessa costituzione a prevederlo dovrebbe far propendere, secondo le categorie con cui abbiamo la consuetudine di riflettere, per la qualificazione di un potere costituito: è lo stesso potere costituente che stabilisce le procedure, tendenzialmente aggravate, per approvare una modifica integrale della costituzione che ha posto. Ma, guardando al di là dell'apparenza, sotto la forma del potere costituito dovrebbe piuttosto scorgersi quella del potere costituente: per quanto nel rispetto di una procedura prevista (e, dunque, costituita), la costituzione vigente potrebbe essere integralmente modificata e darsi così vita a una costituzione completamente nuova (almeno dal punto di vista del contenuto). Del resto, come è stato detto, «la legge di revisione formalmente legittima, ma materialmente incompatibile con il mantenimento della Costituzione che ne disciplina la formazione, è solo uno dei modi in cui il potere costituente può manifestarsi»[23].

B) La previsione della revisione totale metterebbe a nudo l'esistenza di contraddizioni interne alla stessa concezione di costituzione: B1) si assisterebbe a una sorta di costituzionalizzazione della (potenziale) distruzione della propria costituzione; B2) si presupporrebbe una definizione di costituzione basata solo sui suoi contrassegni formali, ove il contenuto ma anche il fine sarebbero del tutto indifferenti, neutrali; ove la costituzione continuerebbe a valere perché vale e finché vale[24]; ove la costituzione si dissolverebbe

[23] DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in Fioravanti e Guerrieri (a cura di), *La Costituzione italiana*, Urbino, Carocci, 1998, 291.

[24] ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, Cedam, 1985, 919.

(identificandosi) nelle singole leggi costituzionali[25], con l'ulteriore conseguenza di spogliare la concezione della costituzione dei caratteri con cui siamo soliti distinguerla dalle singole leggi costituzionali: la sua naturale stabilità e continuità nel tempo.

Ciò in qualche misura spiega la connotazione più sfumata che il concetto di revisione totale ha assunto in concreto: anche in quelle costituzioni (come quelle dell'Austria[26], della Svizzera[27] e della Spagna[28]) che pur prevedono espressamente l'ipotesi della revisione totale, differenziandola da quella della revisione parziale, l'interpretazione costituzionale è stata nel senso di ritene-

[25] Sull'idea di costituzione come «molteplicità di singole leggi», SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 26 ss. Sulla distinzione tra costituzione e leggi costituzionali, v. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, 131 ss. («Ogni Costituzione deve scegliere, e scegliendo, non può non differenziarsi da ciò che viene messo da parte […]. ogni Costituzione, anche quella più inclusiva, è un'opera di distinzione tra ciò che è legittimo e ciò che è delegittimato […]»: la Costituzione è la *forma della convivenza*; le singole leggi costituzionali sono *esercizio di forza formalizzata in norme costituzionali*). Del resto la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 1146 del 1988, con la quale ha affermato la *piena* sindacabilità delle leggi prodotte ai sensi dell'art. 138 Cost., ha dimostrato di accogliere la distinzione concettuale tra Costituzione e leggi costituzionali.

[26] Legge costituzionale federale della Repubblica d'Austria, art. 44, comma 3: «Ogni revisione totale della Costituzione federale, e su richiesta di un terzo dei membri del Consiglio nazionale o del Consiglio federale anche una revisione parziale, dev'essere sottoposta a referendum popolare al termine del procedimento previsto dall'articolo 42, ma prima della promulgazione da parte del Presidente federale».

[27] Costituzione federale della Svizzera, art. 192: «(Principi) La presente Costituzione può essere riveduta in ogni tempo, interamente o parzialmente. Salvo diversa disposizione della presente Costituzione e della legislazione emanata in virtù di essa, la revisione avviene in via legislativa». Art. 193: «(Revisione totale) La revisione totale della Costituzione può essere proposta dal Popolo o da una delle due Camere oppure decisa dall'Assemblea federale. Se la revisione totale è proposta mediante iniziativa popolare o se non vi è unanimità di vedute tra le due Camere, il Popolo decide se si debba procedere alla revisione totale. Se il Popolo si pronuncia per la revisione totale, si procede alla rielezione delle due Camere. Le disposizioni cogenti del diritto internazionale non possono essere violate». Art. 194: «(Revisione parziale) La revisione parziale della Costituzione può essere chiesta dal Popolo o decisa dall'Assemblea federale. Ogni revisione parziale deve rispettare il principio dell''unità della materia e non può violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale. L'iniziativa popolare per la revisione parziale deve rispettare inoltre il principio dell'unità della forma».

[28] Costituzione del Regno di Spagna, art. 168: «Qualora si intenda promuovere la revisione completa della Costituzione o una revisione parziale riguardante: il Titolo preliminare; il Capitolo II, Sezione I, del Titolo I; o il Titolo II, si procederà all'approvazione di tale delibera a maggioranza dei due terzi di ciascuna Camera, e allo scioglimento immediato delle Cortes. Le Camere elette dovranno ratificare la decisione e procedere allo studio del nuovo testo costituzionale, che dovrà essere approvato a maggioranza dei due terzi di entrambe le Camere. Una volta approvata dalle Cortes, la revisione sarà sottoposta a referendum per la sua ratifica».

re pur tuttavia l'esistenza di un limite alla revisione, l'esistenza di un nucleo non superabile neanche attraverso la procedura della revisione totale[29,30]. Il che ha condotto alla coincidenza (o alla sovrapposizione) tra la nozione di revisione totale (pur nel mantenimento della sua lettera) e quella della revisione organica o dell'ampia riforma della Costituzione. Coincidenza che si è tradotta nella consapevole volontà di ricondurre una siffatta forma di revisione (là dove prevista) all'esercizio del potere costituito[31], e dunque limitato, e a contrapporla, sul piano definitorio alla revisione parziale.

La differenza tra revisione totale (più restrittivamente intesa) e revisione parziale sembra fondarsi su di un dato procedurale: più aggravata la prima, meno aggravata la seconda; ma viene tramutandosi in una differenza basata su di un dato sostanziale, materiale (nel senso di ambito materiale): la revisione totale coinvolge non tutta la Costituzione, ma sue parti o anche singole disposizioni relative a principi costituzionali la cui modifica, però, dato il particolare rilievo che rivestono nell'ordinamento costituzionale, necessita di una procedura ancora più gravosa (o, detto diversamente, la cui modifica

[29] CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in CERVATI, PANUNZIO, RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, 35 ss.; MORBIDELLI, *Le dinamiche della costituzione*, in MORBIDELLI, PEGORARO, REPOSO, VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Monduzzi, 1995, 127 ss.; da ultimo, DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in «Rivista AIC», 2016, n. 3.

[30] Se pur sembra doversi considerare ancora valida l'osservazione di Cervati secondo il quale «[l]'esperienza storica e l'esame comparato dimostrano che l'istituto della revisione costituzionale non può essere adeguatamente considerato in una prospettiva solamente formale» e che [l]'ampia serie di varianti che l'interpretazione e l'applicazione delle norme procedurali può presentare nei vari ordinamenti e ancor più il modo in cui la dottrina e la prassi hanno di fatto operato nel tentativo di fissare limiti materiali, oltre che formali, alla modificabilità dei testi costituzionali possono essere meglio compresi solo tenendo conto della prassi e dei rispettivi contesti istituzionali nel cui ambito si inseriscono le singole esperienze di mutamento costituzionale» (CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, cit., 66), allo stesso tempo può scorgersi una comune tendenza alla necessità di conciliare le esigenze di mutamenti costituzionali con l'esistenza di limiti sostanziali alla revisione (anche laddove esplicitamente prevista quella totale).

[31] PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1997, n. 1, 7 ss.; PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in CERVATI, PANUNZIO, RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale*, cit., 129 («Che poi la revisione "totale" prevista in varie costituzioni non sia soltanto quella che comporta la sostituzione di un intero testo costituzionale con un altro nuovo, è questo un fatto che concorre a fare meglio intendere come anche il procedimento di revisione "totale" (al pari di quello di revisione "parziale") sia espressione di un potere non già "costituente", ma propriamente "costituito": come è ogni potere previsto, istituito, disciplinato e quindi limitato dalla Costituzione».

non può avvenire con una procedura, ancorché aggravata, ma più semplice). In questo senso, revisione totale e revisione organica[32] vengono a coincidere nel linguaggio pratico, per contrapporsi alla revisione parziale/revisione puntuale.

La Costituzione italiana, però, come è emerso dagli atti dell'Assemblea costituente, non contempla la revisione totale nel senso comune del termine. Anzi, essa sembrerebbe esclusa in virtù della pervasività di un'idea di Costituzione tendenzialmente stabile e duratura. Non è prevista alcuna distinzione tra revisione totale/organica e revisione parziale/puntuale. L'unica distinzione che può essere rintracciata[33] è quella tra revisione e attuazione del testo costituzionale, ove il primo termine, però, si accompagna perlopiù a quello di manutenzione, con ciò intendendo un'attività che, pur se intensa e accurata, non altera i principi fondamentali, cercando al contrario di adeguarne la concretizzazione alle esigenze che nel tempo (un tempo che si allontana dalla fase costituente) si presentano[34].

[32] A questa nozione sembra altresì riconducibile la qualificazione di revisione *globale* proposta da Modugno in opposizione a quella *integrale*, ove la prima, e non anche la seconda, sarebbe ammissibile implicando tale tipologia di modifica comunque la «*persistenza di quel testo* o di ciò che è essenziale in quel testo» (MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 621).

[33] Rintracciata attraverso la distinzione tra leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali, non essendo in alcun modo specificata la nozione né dell'una, né dell'altra, e mancando ogni riferimento al grado di ampiezza delle modificazioni della Costituzione ammissibili.

[34] DECARO, LUPO, RIVOSECCHI, *La "manutenzione" della giustizia costituzionale italiana: un'opera necessaria, da non lasciare solo alla Corte costituzionale*, in ID., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, Giappichelli, 2012, XIII. Sulla nozione di manutenzione costituzionale può essere richiamata quella offerta da PALERMO (*La "manutenzione costituzionale": alla ricerca di una funzione*, in ID., *La "manutenzione" costituzionale*, Padova, Cedam, 2007, 1 ss.), secondo il quale «[essa] è l'anello di congiunzione tra revisione formale e modifica tacita, caratteristico di esigenze di adeguamento della costituzione negli ordinamenti che si ritrovino di fronte non già a rivoluzioni o profondi mutamenti politici che travolgono le regole sulla revisione e tutto l'ordinamento preesistente, ma alla "semplice" esigenza di adeguare costituzioni che iniziano davvero a funzione come documenti che superino lo spazio di una generazione» (p. 8). Suggerisce una diversa contrapposizione Zagrebelsky (ID., *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, cit., 933-934), il quale ritiene utile distinguere tra *adeguamenti* e *riforme*. Per adeguamenti, intende «le modifiche costituzionali (grandi o piccole) che tengono dietro a trasformazioni materiali (la costituzione formale che si adegua a quella materiale)»; per riforme, «le modifiche che vengono prima delle trasformazioni materiali, perché intendono determinarle». «Gli adeguamenti sono possibili perché essi non determinano, ma dipendono dai rapporti che si realizzano nella sfera della costituzione materiale; le riforme sono impossibili per l'opposta ragione».

5. Forme di revisione sottese alla procedura *ex* art. 138: può la norma sulla revisione costituzionale essere tesa fino a includere la riforma organica?

Come è stato detto[35], tre potrebbero essere, in astratto, le forme di intervento sulla Costituzione: 1) una *modifica* radicale della Costituzione attraverso una riscrittura totale delle regole costituzionali oppure il mutamento di quei caratteri essenziali e qualificanti la Costituzione vigente; 2) una *revisione* puntuale di singole disposizioni o di singoli istituti disciplinati dalla Costituzione, al fine di un loro adeguamento alle nuove e diverse esigenze maturate nella società, senza con ciò intaccare la unitarietà del testo costituzionale e soprattutto le scelte ivi accolte; 3) una *riforma* più ampia che possa investire anche interi settori della Costituzione, che si muova comunque nel rispetto dei principi fondamentali che hanno caratterizzato il patto costituente e che sono pertanto ancora accettati, condivisi e ritenuti vitali.

Che l'art. 138 sia stato pensato per l'ipotesi *sub* 2) è evidente e non oggetto di discussione.

Che non possa essere utilizzato per l'ipotesi *sub* 1) sembra altrettanto evidente: trattandosi di una rottura sostanziale rispetto ai principi ed alle regole caratterizzanti il periodo precedente, il procedimento più adatto (ancorché, fuori della Costituzione, cioè a-costituzionale) potrebbe essere quello della elezione di un'assemblea o di un parlamento costituente, titolare del potere di fissare le nuove regole costituzionali.

Ciò che rimane dubbio è se sia applicabile all'ipotesi *sub* 3), sulla base della oggettiva considerazione che la nostra Costituzione, a differenza di quanto avviene in altre, non prevede procedure diverse a seconda che la revisione sia puntuale oppure organica. La finalità di una siffatta riforma consiste in una modifica non specifica, non puntuale di questa o quella disposizione costituzionale, bensì in una modifica di un settore più ampio, seppur in continuità con il vigente ordinamento costituzionale (diversamente si ricadrebbe nell'ipotesi, esclusa, della revisione totale *tout court*), e dunque nel rispetto dei limiti formali e sostanziali da questo indicati.

6. Il dibattito sull'ammissibilità della revisione organica: il dialogo tra Gianni Ferrara e Franco Modugno

Se si guarda ai dibattiti che sono sorti in occasione di ogni proposta di revisione ampia della Costituzione (a prescindere dal loro esito), è facile os-

[35] ROMBOLI, *Il possibile referendum costituzionale e le procedure per una revisione "organica" della Costituzione*, «Forum di Quaderni costituzionali», 24 settembre 2014.

servare che, sul tema della sua ammissibilità (e, dunque, sul piano della legalità costituzionale) o inammissibilità (e, dunque, sul piano della illegalità costituzionale), la categoria dei costituzionalisti è stata di netto tagliata. Gli argomenti avanzati da una parte e dall'altra possono essere descritti in modo del tutto speculare, ciascuno trovando nei due versanti sviluppi contraddittori (nel senso della loro reciproca esclusione), come le due facce di una medaglia i cui sguardi, data la loro posizione, non possono certo incrociarsi.

Ai fini di una ricostruzione per contrapposizione delle diverse posizioni ci si può avvalere del dialogo intercorso tra due Maestri, Gianni Ferrara[36] e Franco Modugno[37], i quali, approfittando reciprocamente dei rispettivi *Scritti in onore*, hanno colto l'occasione per discutere e confrontare le loro tesi, sul presupposto che "nessuno dei due se la sarebbe presa a male", perché entrambi consapevoli – utilizzando le parole di Modugno – «che la *concordia* non può che essere *discors*, specie per chi, come [loro], si sia formato alla imperitura scuola della dialettica dei contrari e dei distinti»[38].

Partendo dall'affermazione di Ferrara secondo il quale il Costituente, disciplinando il procedimento di revisione costituzionale, avrebbe inteso riferirsi a modifiche «puntuali, specifiche, attinenti cioè ad un determinato istituto, ad un singolo tema»[39], Modugno sviluppa una serie di argomenti diretti a sostenere che la pretesa (da Ferrara, nel dialogo riportato, ma anche da altra parte della dottrina[40]) univocità della legge di revisione costituzionale,

[36] FERRARA, *Verso la monocrazia. Ovvero del rovesciamento della Costituzione e della negazione del costituzionalismo*, in «Costituzionalismo.it», 23 settembre 2004; FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

[37] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit.

[38] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 629.

[39] FERRARA, *Verso la monocrazia. Ovvero del rovesciamento della Costituzione e della negazione del costituzionalismo*, cit., il quale tuttavia precisa che la puntualità della revisione non comporta che si possa procedere a modificare soltanto una disposizione, un solo articolo, ma che «si possa procedere a rivedere anche più disposizioni ed articoli purché riguardino una sola delle materie, una specifica istituzione».

[40] BETTINELLI, *Referendum e riforma organica della costituzione*, in REPEPE, ROMBOLI (a cura di), Cambiare la Costituzione o modificare la Costituzione?, Torino, Giappichelli, 1995, 41; CERRI, *Revisione costituzionale*, in «Enciclopedia giuridica», XXVII, 1991, 2; DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 311 – 313; ID., *La legislazione costituzionale*, cit., 1041 («chi ha più a cuore il principio rappresentativo […] consider[a] il procedimento parlamentare – con tutti i suoi difetti – come irrinunciabile, e chied[e] conseguentemente che sia la forma del procedimento parlamentare a determinare i caratteri della revisione, e non viceversa. Prima ancora dell'appiglio del referendum, è la natura stessa dei lavori delle Camere a dire che le riforme non possono che essere di quella "semplicità" che un dibattito in assemblea può sopportare»); PACE, *Problemi della revisione costituzionale in Italia*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1995, n. 107, 15; ID., *Potere costi-*

che si esprime attraverso la semplicità e la puntualità dei suoi contenuti, risponde a esigenze di opportunità, ma non di necessarietà giuridica[41]. In primo luogo, si tratterebbe di requisiti di difficile determinazione, non previsti neanche per la legge ordinaria e, dunque, non idonei a essere imposti alla legislazione costituzionale[42]. In secondo luogo, l'estensione della giurisprudenza costituzionale in materia di omogeneità dei quesiti referendari alle ipotesi di referendum costituzionale si presta a una fondamentale obiezione: l'errata assimilazione di due istituti molto diversi tra loro, in quanto il referendum costituzionale, diversamente da quello referendario, si inserisce nel procedimento di formazione della legge costituzionale[43]. Inoltre, afferma Modugno, qualora si ammettesse la tesi della omogeneità del contenuto della legge di revisione costituzionale, «si potrebbe giungere alla discutibile conclusione per cui le modifiche "non puntuali" in tanto sono ammissibili, *secundum eventum*, in quanto cioè in seconda votazione si raggiunga la maggioranza dei due terzi dei componenti ciascuna Camera»: come dire che il requisito della omogeneità assurgerebbe a condizione imprescindibile nel solo caso di legge costituzionale approvata a maggioranza assoluta in seconda deliberazione (potendo, dunque, essere superato nei casi di approvazione a maggioranza dei due terzi, non tenendosi in questo secondo caso il referendum); ma, «il raggiungimento della maggioranza richiesta affinché non si faccia luogo a *referendum* non è certamente prevedibile *ex ante*, al momento della proposizione referendaria»[44]. Sulla specifica questione delle revisioni

tuente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi, Padova, Cedam, II ed., 2002, 152 ss.; VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in «Costituzionalismo.it», 2005, n. 1.

[41] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 618ss., il quale espressamente riconosce di aver mutato opinione (617, nota 9).

[42] «Si dovrebbe presumibilmente presupporre che qualsiasi modifica, non solo costituzionale ma anche legislativa ordinaria, debba essere semplice o, se si vuole, omogenea, interpretando estensivamente l'art. 72 della Costituzione che, disponendo che la legge si vota "articolo per articolo", richiederebbe che l'atto legislativo abbia una struttura interna caratterizzata da parti omogenee e conseguenti» (MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 618).

[43] «[…] il primo, diversamente dal secondo, sarebbe preordinato alla "verifica della corrispondenza tra la volontà popolare e quella già espressa dagli organi parlamentari nell'atto di revisione o di integrazione della Costituzione"» (MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 619, il quale riporta quanto affermato da SALERNO, *Referendum*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIX, 1988, 231).V. anche PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in CERVATI, PANUNZIO, RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale*, cit., 158.

[44] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 620.

organiche, Modugno – introdotta la distinzione tra riforme *globali* e revisioni *integrali*, ritenendo le prime e non anche le seconde ammissibili – adduce ulteriori argomenti a favore. Non ritiene di poter condividere la posizione, «senza dubbio suggestiva», di chi esclude la possibilità di revisioni non puntuali sulla base della considerazione che, essendo la Costituzione per sua natura immodificabile, eventuali forme di revisioni devono essere positivamente previste e, in assenza di specificazioni contenutistiche, esse devono essere intese in termini riduttivi[45]. Richiamando altra dottrina[46], al contrario, la mancata esplicita indicazione nella Costituzione non esclude di per se stessa revisioni globali: anzi, «un progetto "globale" che incida su diversi articoli della Costituzione dovrebbe […] ritenersi ammissibile, se non addirittura in alcuni casi auspicabile o persino necessario. D'altra parte, ove l'obiettivo politico sia la riforma "globale", l'alternativa sarebbe il ricorso a tante revisioni puntuali, anche contestuali, che consentono il conseguimento del risultato».Con l'inconveniente di offrire argomenti a chi sostiene la necessità di convocare un'Assemblea costituente, «[i]l che sarebbe ancor più dirompente e (forse) costituzionalmente inammissibile»[47].

Agli interrogativi posti da Modugno segue la replica puntuale di Ferrara[48], il quale ribatte punto per punto ai rilievi mossi, consapevole che la sua posizione è sì simmetrica, ma opposta. Rimprovera Modugno di aver relegato «all'innocua – e, nella specie, irrilevante – figura dell'inopportunità la pluralità dei contenuti della legge di revisione costituzionale, esclude[ndo] che a caratterizzarla debbano essere la semplicità e la puntualità dei suoi contenuti, la sicura univocità della sua portata»[49]; di aver liquidato i requisiti della puntualità e semplicità sulla base della loro «difficile determinazione credendo, evidentemente, che questa presunta difficoltà, peraltro non dimostra-

[45] Il riferimento è a PACE, *Problemi della revisione costituzionale in Italia*, cit., 15; ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 152 ss.

[46] PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in CERVATI, PANUNZIO, RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale*, cit., 140 ss., secondo il quale «vi sono riforme che *debbono* essere organiche e non puntuali: per esempio, se si dovesse modificare la forma di governo in senso presidenziale sarebbe assai opportuno, se non indispensabile, rafforzare *contemporaneamente* il sistema delle autonomie e lo statuto dell'opposizione parlamentare».

[47] MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., 620 – 621.

[48] Ferrara concorda sia sulla nozione di revisione costituzionale, sia su quella di legge costituzionale proposta da Modugno. Ciò di cui rimane sorpreso è il seguito del saggio, il fatto che dalla loro «esatta configurazione […], si facciano poi derivare conseguenze altre, divergenti da quelle che razionalmente ne conseguono, addirittura contrarie alla logica su cui è basata la configurazione dei due tipi di legge costituzionale» (FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1451).

[49] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1451.

ta, possa costituire una ragione sufficiente per non riconoscerli come caratteri qualificanti della revisione»[50]; di non aver tenuto conto, pur chiarendo che la legge di revisione si configura come legge in *emendamento* del testo costituzionale, del suo significato originario, «che è quello di miglioramento, correzione, riparazione di un errore, non di avversione, negazione, stravolgimento»[51]. Non si lascia convincere dalla tesi che nega l'obbligatorietà del carattere puntuale della legge di revisione in quanto non previsto anche per la legge ordinaria, perché così argomentando la legislazione ordinaria sarebbe equiparata a quella costituzionale; e perché «assimila due tipi di normative la cui diversità deriva immediatamente dalla gerarchia delle fonti come costituzionalmente prescritta»[52]. Non si lascia convincere dalla tesi che esclude la applicabilità della giurisprudenza costituzionale sull'omogeneità del quesito referendario alle ipotesi di referendum costituzionale: «[s]e chiaro ed omogeneo deve essere il quesito del procedimento ex art. 75 Cost., non si vede perché la diversità dei due referendum debba implicare che disomogeneo e confuso possa essere il quesito sottoposto al corpo elettorale nei referendum costituzionali»[53]. Non si lascia ancora convincere dalla tesi che rigetta la necessaria puntualità del contenuto della legge di revisione costituzionale sulla base dell'argomento che essa differenzierebbe la revisione approvata a maggioranza assoluta da quella approvata a maggioranza dei due terzi, imponendosi come vincolo solo per la prima e non anche per la seconda, perché essa «non considera che la differenziazione è già insita nella determinazione costituzionalmente operata delle due modalità di approvazione»[54]. Le tesi che argomentano l'ammissibilità della revisione globale (come la chiama Modugno) non sono, dunque, per Ferrara, condivisibili, neanche qualora si ricorresse allo spettro delle "tentazioni costituenti," al timore generato dalla possibile evocazione di una assemblea costituente: «perché è come dire che per evitare un esplicito stravolgimento della Costi-

[50] *Ibidem*.

[51] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1453, ove richiama «[i]l maestro insuperato di processi produttivi di volizioni legislative, J. Bentham, secondo il quale l'emendamento è riferibile strutturalmente solo a singoli articoli e non a testi legislativi integrali, nel qual caso, infatti, li si deve considerare e denominare controprogetti» (lo scritto richiamato è *Essay on political tacties*, trad. fr. *Tactique des Assemblées Politiques*, in *Evres*, Bruxelles, 1840, 593ss.).

[52] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1454.

[53] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1455 («[…] mirare a precludere l'acquisizione dell'efficacia ad una legge approvata dalle due Camere è così irrimediabilmente diverso dal richiedere, ai sensi dell'art. 75 Cost., di revocare l'efficacia di una legge in vigore? Verificare la corrispondenza della volontà popolare ad una legge approvata dal Parlamento è tanto diverso dal verificare la corrispondenza della volontà popolare ad una vigente?»).

[54] *Ibidem*.

tuzione lo si deve rendere … implicito e legittimarlo trasmutando la revisione in potere costituente … ammesso costituzionalmente!»[55].

Come la ricostruzione consente di evidenziare, si è dinanzi a due posizioni contrapposte e inconciliabili: per l'uno, la revisione organica (o globale, per differenziarla da quella integrale) è non solo ammessa, ma doverosa; per l'altro, essa è inammissibile, e contraria allo stesso spirito della Costituzione. Ciò su cui entrambi convergono è la esistenza di un nucleo di principi comunque intangibile, che non può essere sovvertito a prescindere dalla forma che la revisione potrà assumere[56]. Ma, così, il dibattito si sposta su di un diverso tema, quello dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, tema che, però, non consente da solo di rispondere alla domanda sulla esistenza di un limite dimensionale alla revisione.

7. L'impossibilità di una risposta univoca

A dispetto dell'atteggiamento costruttivo di Modugno, la contrapposizione di vedute permane; le posizioni continuano a rimanere inconciliabili, sussistendo buoni argomenti (nel senso di logicamente e giuridicamente persuasivi) e da una parte e dall'altra, ma tutti comunque non sufficienti per elaborare una risposta univocamente certa al tema del limite dimensionale alla revisione costituzionale. Forse ha ragione Ferrara, quando riconosce, differenziandosi dal proprio interlocutore, che «non [è] sicuro, ahimè, che si tratti di opposizione dialettica», che«[n]on riesc[e] infatti a scorgerne l'*Aufhebung*»[57].

Le tesi che ammettono la legittimità delle revisioni organiche marcano la separazione della seconda parte, possibile oggetto di revisione, dalla prima parte della Costituzione: la revisione della seconda parte non toccherebbe il nucleo essenziale costituito dai principi costituzionali e dai diritti fondamentale. E ritengono, come si è visto, doveroso intervenire mediante un'unica legge di revisione, così da mantenere un impianto coerente alla modifica[58] e vincolare le parti politiche che hanno preso parte alla riforma

[55] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1457.

[56] Deve, per completezza della ricostruzione, ricordarsi che sulla consistenza di questo nucleo intangibile le posizioni tornano, però, a divergere, ritenendo il primo (Modugno) che debba identificarsi, nella sua essenza, con la democrazia sostanziale, e il secondo (Ferrara) con la democrazia rappresentativa.

[57] FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, cit., 1449.

[58] Osserva, però, Carnevale come si assista «a un singolare processo di deriva semantica del termine "organico": da qualificazione di stampo tendenzialmente virtuoso, che testimonia armonia e visione sistematica – nel linguaggio comune – ad attestato di viziosità e di eccesso – nel vocabolario dei giuristi» (CARNEVALE, *La revisione costituzionale nella prassi del "terzo millennio". Una rassegna problematica*, in «Rivista AIC», 2013, n. 1, 20-21).

alla sua integrale approvazione, così che ciascuna ottenga i risultati auspicati. Non sciolgono, però, un nodo fondamentale: davvero si possono recidere in modo netto, ritenendole reciprocamente impermeabili, le due parti della Costituzione? Davvero, interventi sulle disposizioni che attengono alla forma di governo o, comunque, alla organizzazione dello Stato non riverberano i loro effetti anche sulle disposizioni che rendono espliciti, ponendoli, i valori su cui si basa la Costituzione italiana? Si pensi, ad esempio, alla revisione dell'art. 81 Cost. (tra l'altro, una revisione puntuale) e alla introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio: la mutazione subita da questo principio come parametro costituzionale nella stessa giurisprudenza costituzionale (non solo con riferimento alla formulazione precedente la riforma, ma anche con riferimento al modo di intendere lo stesso nuovo parametro nel bilanciamento con gli altri principi costituzionali) può essere intesa quale testimonianza di come la sua modifica non sia stata indifferente rispetto al tema della effettiva garanzia dei diritti sociali. Oppure, si pensi alla, attualmente oggetto di discussione, revisione dell'art. 67 Cost. e del divieto di mandato imperativo, e alla sua incidenza sulla nozione di rappresentanza parlamentare. Quello che potrebbe apparire un limite quantitativo (*i.e.*, dimensionale) esplicito si è tradotto in un limite qualitativo implicito: l'immodificabilità è riferita non alle disposizioni, ma alle norme che contengono i principi fondamentali, a prescindere dalla loro collocazione topografica[59]. Ammettere l'applicabilità della procedura di cui all'art. 138 Cost. alle ipotesi di revisione organica potrebbe, dunque, essere inteso come uno scadimento del valore della Costituzione, se a essa si riconducono i concetti di continuità e relativa stabilità che dovrebbero permanere indipendentemente dal succedersi delle maggioranze di governo.

Le tesi che si oppongono alla legittimità delle revisioni organiche riprendono, nella scarsità del dibattito costituente, quanto affermato dall'on. Einaudi, il quale auspicava che le Camere avrebbero proposto «una sola riforma alla volta ed in maniera chiara, in modo che gli elettori si rendano conto di quello che sono chiamati a votare»[60]. Le stesse leggi costituzionali in deroga all'art. 138 Cost. (l. cost. n. 1 del 1993; l. cost. n. 1 del 1997) sono state intese come una tacita ammissione che la procedura prevista non fosse sufficiente (nel senso di "rigidamente adeguata") là dove la proposta di riforma involgesse una pluralità di disposizioni costituzionali. Essendo, dunque, la procedura di cui all'art. 138 Cost. stata pensata per l'ipotesi di revisioni pun-

[59] DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, cit., 1032 – 1033.

[60] Assemblea Costituente, Seconda Commissione, prima sezione, seduta pomeridiana di mercoledì 15 gennaio 1947, 138. Sui lavori preparatori come mero argomento storico, v. però, MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in «Federalismi.it», 2016, n. 1 («Che i Costituenti immaginassero solo revisioni puntuali è, al limite, solo un argomento storico che, però, non ha alcun valore giuridico cogente […]).

tuali e specifiche, o tutt'al più omogenee, una riforma che intenda incidere su più parti della Costituzioni comporterebbe l'approvazione di tante leggi di revisione costituzionale quante sono le parti "omogenee" riconoscibili[61,62]. Eventuali riforme organiche potrebbero ammettersi solo dopo che sia stato introdotto, attraverso la modifica dello stesso art. 138, un procedimento creato *ad hoc*, distinto da quello ora previsto, che rimarrebbe per le sole riforme puntuali, e più gravoso[63]. Tali argomenti lasciano, però, a loro volta, sullo sfondo una domanda: discutere dell'ammissibilità della riforma organica può davvero essere ridotto al tema della necessità che sia introdotta una procedura *ad hoc*, privilegiando così il ruolo dei soli limiti formali; o, piuttosto, pone un problema di incompatibilità/compatibilità dell'attivazione del potere costituente con i caratteri più profondi del costituzionalismo?[64]

[61] VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in «Costituzionalismo.it», 2005, n. 1.

[62] Merita di essere ricordata l'osservazione di Dogliani secondo la quale questo limite strutturale potrebbe, eventualmente, valere per le sole leggi di revisione e per quelle di rottura, e non anche per le leggi attuative di riserve, essendo l'ambito di queste ultime stabilito dalle riserve stesse e dovendosi ritenere «suscettibil[i] di un giudizio razionale unitario, indipendentemente dall'articolazione del suo contenuto e dai diversi giudizi che le sue diverse parti possano indurre» (DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, cit., 1034).

[63] Ad esempio, «prevedendo la necessità di una più alta maggioranza ed eventualmente, un ricorso al referendum in un significato diverso rispetto a quello, strumento di minoranza, che gli è stato attribuito dai costituenti nell'art. 138 Cost.» (ROMBOLI, *Il possibile referendum costituzionale e le procedure per una revisione "organica" della Costituzione*, «Forum di Quaderni costituzionali», 24 settembre 2014); DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, cit., 24, nt. 129 («Evidentemente la revisione organica della Costituzione in sé e per sé considerata può non essere esclusa *a priori*: ma in questo caso bisognerebbe introdurre una disposizione in Costituzione che indichi più precisamente la sua disciplina mediante l'individuazione delle modalità procedimentali più aggravate di quelle previste per il procedimento di revisione parziale»).

[64] Per l'osservazione secondo la quale le due tesi potrebbero, paradossalmente, giungere a risultati invertiti sul tema della rigidità v. DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, cit., 1039: «[…] più ampio, articolato e sostenuto da una visione generale sarà il disegno, tanto più, evidentemente, sarà lungo il salto ed autonoma (rispetto alla costituzione modificanda) la decisione, che tenderà ad avvicinarsi ad un atto d'esercizio di potere costituente. Viceversa, chi chiede (solo) revisioni puntuali concepisce la revisione essenzialmente sotto il segno della legislazione come attività vincolata da principi […]. Ne deriva il paradosso che i sostenitori del potere di revisione come potere limitato e puntuale – che dovrebbero essere i paladini della rigidità – hanno una concezione della costituzione in qualche modo vicina a quella delle costituzioni flessibili, la cui continuità giuridica è affidata alla continuità politico-culturale e ad una rielaborazione continua effettuata da una legislazione concepita come attività di perfezionamento e sviluppo della costituzione data. Viceversa i fautori delle grandi riforme – che dovrebbero essere i paladini della (in ultima istanza) flessibilità – sono tutti interni ad una sorta di radicalismo della rigidità, che esaspera la sua logica di intervento eccezionale, di innovazione che conserva in sé qualcosa della pretesa conformativa del potere costituente».

8. La revisione totale/organica implica il superamento del concetto di potere costituente?

In questo contesto si colloca il tema della "dimensione" del limite alla revisione: il numero, la quantità di disposizioni oggetto della revisione ha una rilevanza? Si può dire che oltre un certo numero di disposizioni non è ammessa la revisione? Ovvero, che al di sotto di un certo numero di disposizioni non c'è più una costituzione? O, al contrario, si deve dire che il fatto che le disposizioni siano tante o poche non rileva; che ciò che rileva è la complessiva portata delle disposizioni oggetto di revisione?

Tradizionalmente[65], potere costituente e potere costituito nascono come una coppia di concetti che si escludono a vicenda: il primo si pone come limite al secondo, così che la continuità storica dell'ordinamento costituzionale possa essere preservata. Ciò significa ritenere esaurito il potere costituente: esso designa solo il presupposto teoricamente necessario della Costituzione[66], che si esaurisce con il suo esercizio, con il suo prodotto (la Costituzione) e che si risolve senza residui nei poteri costituiti (tra cui, il potere di revisione costituzionale): se il suo contenuto consiste nell'affermazione dei diritti fondamentali, del principio di separazione dei poteri, della distribuzione del potere politico, esso non può che essere esaurito, trattandosi di conquiste irreversibili, che se rimesse in discussione implicano l'abbandono dello Stato costituzionale. Così intesa, la distinzione tra potere costituente e potere (costituito) di revisione costituzionale potrebbe dirsi consegnata alla storia[67].

Con l'avanzare (sin dalla fine degli anni Ottanta), da parte delle forze politiche, dell'ipotesi di cambiare la Costituzione non in maniera puntuale e

[65] SIEYÈS, *Che cosa è il Terzo Stato?* (1789), in ID., *Opere e testimonianze politiche*. I: *Scritti editi*, trad. it. a cura di TROISI SPAGNOLI, Milano, Giuffrè, 1993.

[66] DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1995, n. 1, 13.

[67] DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, cit., 16, il quale richiama SILVESTRI, *Il potere costituente come problema tecnico-giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1615 ss. («Quello di potere costituente si riduce ad essere un concetto-limite, utile a fini teorici, ma inattivo nella prassi del diritto costituzionale»); LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1996, n. 1, 153-154 (convinto che il diritto costituzionale debba liberarsi della teoria del potere costituente, avendo su quel potere «ben poco da dire, se non constatare che anch'esso incontra dei limiti, i quali tutti sfuggono al diritto medesimo, perché sono logici o storici, non mai giuridici»). In secondo contrario, però, PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, cit, 133-134, secondo il quale tale distinzione mantiene la sua utilità, non potendosi dire del tutto realizzato «un generale superamento dei conflitti ideologici e delle divergenze sulle scelte di valore».

nei limiti della sua naturale manutenzione (nel senso della mera emendabilità), ma in maniera più ampia, si sono diffusi i dibattiti sulle forme "costituenti" (vuoi attraverso il ricorso alle leggi costituzionali in deroga, vuoi attraverso l'invocazione di un'assemblea costituente). Se alcuni avevano, dunque, ritenuto ormai spenta, in quanto inutile, la distinzione concettuale tra potere costituente e potere costituito (essendo il primo divenuto un potere ormai "addomesticato"[68], nel senso di un permanente potere di aggiornamento continuativo dei testi costituzionali), altri, invece, ne hanno riscoperto la vitalità: tale distinzione si rianima, ma non in termini di mera contrapposizione, di definizioni per opposti, quanto in termini di opzioni pratiche concorrenti. Il dibattito sulla revisione costituzionale torna a riflettere non più (o non più solo) sui limiti sostanziali alla revisione, ma sui suoi limiti formali, su ciò che si può o non si può proceduralmente fare.

9. Dalla lotta per la Costituzione, nel senso della sua attuazione, alla lotta sulla Costituzione, nel senso della sua modifica

Il dibattito sulla revisione costituzionale è legato a quello sulla *crisi* della Costituzione come atto normativo. Più specificamente, come atto idoneo a determinare (nel senso di regolare) i rapporti tra i poteri costituzionali: al di là della retorica distinzione tra prima e seconda parte della Costituzione (*retorica*, assodata l'idea che l'intangibilità attiene ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a prescindere dalla loro collocazione topografica nella Costituzione; nonché l'idea che inviolabilità dei principi non significa assoluta irrivedibilità, essendo legittima la modifica *in melius*), i tentativi di riforma costituzionale si sono rivolti alle disposizioni relative all'organizzazione dello Stato.

Ciò cui si è assistito in questi decenni è la trasformazione del tipo di "lotta" che ha come oggetto la Costituzione[69]. Siamo perlopiù abituati a parlare di "uso giudiziario della Costituzione" e delle sue interpretazioni *magis ut valeant* da parte dei giudici (costituzionali e comuni). Qui, però, si impone la necessità di parlare di "uso politico della Costituzione". Che la Costituzione sia qualcosa che attiene alla politica è intrinseco al fatto stesso che le sue disposizioni si rivolgono al potere politico, pretendendo attuazione. Ciò che, però, deve constatarsi è l'essersi verificata, per il tramite dei dibattiti sulla riforma costituzionale, una trasfigurazione di questo uso politico.

Con riferimento alla prima fase della storia repubblicana si può, infatti,

[68] HÄBERLE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungstaat*, in «Archiv des öffentliches Rechts», 1987, 54 ss.

[69] DOGLIANI, "*La lotta per la Costituzione*", in «Diritto pubblico», 1996.

parlare, in termini descrittivi, di lotta *per* la Costituzione: le forze politiche si scontrano (e incontrano) sul terreno costituzionale al fine di darne attuazione; le proposte di modifica (e, dunque, il ricorso alla procedura di revisione) sono perlopiù rivolte a concretizzare il progetto costituzionale, sulla base della volontà di mantenere la Costituzione esistente; le proposte di modifica implicano revisioni puntuali, su cui le forze politiche convergono. Ciò potrebbe spiegare – attraverso una valutazione *a posteriori* – la voluta esclusione da parte dei Costituenti della possibilità di riforme totali/organiche: l'idea implicita nella procedura di revisione era quella non della cristallizzazione, della assoluta immutabilità della Costituzione, ma della sua modificabilità ai fini della attuazione delle scelte costituzionali assunte.

Con riferimento alla fase successiva, invece, si può parlare di lotta *sulla* Costituzione: muta, tra le forze politiche, l'interpretazione della Costituzione, o meglio si insinua l'idea di una nuova interpretazione della Costituzione, diversa da quella incarnata nell'atto del 1948. Le proposte di modifica non assumono più la forma di riforme puntuali, ma quella di riforme più articolate, complesse, in qualche misura – al di là di quanto affermato – in discontinuità con la Costituzione del 1948. Non è certo un caso che le ultime proposte di riforma siano state qualificate "istituzionali". La validità della Costituzione viene messa in discussione proprio sulla base della sua effettività, lamentando una discrasia tra l'atto e la volontà delle, di volta in volta presenti, forze politiche.

L'essere, la Costituzione, divenuta oggetto del confronto politico, la "posta in gioco" delle contrapposte forze politiche, ha comportato una inversione nel rapporto Costituzione/politica: quest'ultima, anziché essere *determinata* (nel senso di indirizzata e limitata) dal sistema costituzionale, si è *appropriata* della Costituzione auspicando (attraverso proposte di riforme di ampia portata) un adeguamento delle vigenti disposizioni costituzionali – ed è questo il punto – alle esigenze politiche contingenti. La Costituzione, concepita come *estranea* alla lotta politica (regolando, per il tramite della sua superiorità, i rapporti tra i soggetti istituzionali), diviene *interna* alla lotta politica. Le sue norme, connotate in virtù della funzione che dovrebbero svolgere di una naturale vocazione alla stabilità, divengono quanto di più contingente e, dunque, precario possa esserci, venendo degradate quasi al livello di una qualsiasi legge ordinaria[70]. Si è parlato di «banalizzazione della

[70] AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 144 (Se proprio non si assiste a un processo di delegittimazione della costituzione vigente, si assiste però a una «temibile dequalificazione normativa del testo costituzionale». L'essere, la Costituzione, entrata a far parte del gioco inesauribile della politica e del conflitto (quando della politica e del conflitto doveva essere estranea arbitra), ha contribuito a indebolirne la forza e il valore: «[n]on può essere posto "eternamente" in discussione un testo che aspira all'eternità senza che venga ad appannarsi la sua funzione sacrale di *higher law*, rendendo in

Costituzione»[71] o di «uso congiunturale»[72] della Costituzione: le riforme costituzionali proposte sono state concepite ed elaborate in funzione delle esigenze e degli interessi del sistema politico che si presentavano in quel determinato momento storico, al fine di risolvere problemi contingenti; la Costituzione (e la sua riforma) è divenuta un profilo caratterizzante l'indirizzo politico del governo[73]; lo scontro politico si è trasferito sulla revisione della Costituzione e sull'idea di Costituzione; la Costituzione da elemento di coesione (strumento essenziale di unità politica a partire dalla molteplicità[74]) è divenuta causa generatrice di conflitti, in questo modo tradendo l'essenza stessa della Costituzione, il nucleo davvero irrinunciabile di ogni costituzione, o – come in altro modo si potrebbe dire – la sua "dimensione" minima.

10. Che cosa può davvero intendersi per limite dimensionale

Quando ci si pone, dunque, la domanda se la Costituzione ha una dimensione minima (ovvero, se la revisione costituzionale incontra un limite dimensionale), non si può fare tanto riferimento a un dato quantitativo, quanto piuttosto a un dato qualitativo: potrebbe porsi a oggetto della revisione anche una sola disposizione, un solo enunciato, una sola parola, e superarsi il limite dimensionale; così come, all'opposto, involgere una pluralità di parole, di enunciati, di disposizioni, e non superarsi il limite dimensionale (o, comunque, ritenere le modifiche non tali da determinare una discontinuità costituzionale). Del resto, tutta la letteratura sui limiti impliciti alla revisione mostra che il limite è costituito dal contenuto normativo

fondo incerta persino la pretesa, propria di ogni costituzione, di collocarsi al di sopra del contingente»); VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit.

[71] VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit., il quale ricorre a tale termine per intendere «la situazione nella quale vengano pregiudicati il ruolo e la natura della Costituzione».

[72] RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso "congiunturale" della Costituzione*, in «Forum di quaderni costituzionali», 2017, n. 4.

[73] L'idea che la Costituzione possa essere la posta in gioco traspare sia dalle proposte di riforma attraverso procedure in deroga all'art. 138 Cost., sia dalle proposte di riforma, poi adottate (l. cost. n. 3 del 2001 di revisione del Titolo V) o solo auspicate (tentativi di riforma del 2005/2006 e del 2016/2017), attraverso il formale rispetto del testo costituzionale. In entrambe le ipotesi, la modificazione della Costituzione diventa «un'arma politica che può essere utilizzata dalla maggioranza e contro l'opposizione» e lo spirito della Costituzione tradito, dissolvendosi l'idea stessa della Costituzione come «patto concordato che deve raccogliere il massimo consenso possibile, in quanto deve rappresentare la "casa comune", vale a dire il quadro delle regole fondamentali, nel quale devono riconoscersi i soggetti politici e sociali» (VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit.).

[74] ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 131.

dell'enunciato, e non dall'enunciato in sé (il che, diversamente, porterebbe a risolvere il diritto negli enunciati e a privilegiare la loro interpretazione attraverso l'argomento *a contrario*[75]).

I presupposti storici da cui è nata la nostra Costituzione affondano le loro radici nella *Dichiarazione* del 1789 e consistono, essenzialmente, nella garanzia dei diritti e nella separazione dei poteri (che consente la moderazione del governo): un contenuto che aspira(va) alla eternità, alla durevolezza, alla estraneità alle contingenze. Secondo alcuni, entrambi i presupposti sarebbero ormai esauriti. La tutela dei diritti, originariamente posta a fondamento delle esigenze costituzionali nazionali, assume oggi connotazioni sovranazionali, e la Costituzione non è più il solo punto di riferimento; la auspicata moderazione del governo è degenerata in instabilità (ingovernabilità) del potere politico, dando vita a spinte in direzione opposta alla separazione dei poteri.

A prescindere dalla constatazione di fatto che le aspettative sociali non sono affatto superate e sono, anzi, oggetto d'ogni dibattito e campagna elettorale, percorrere tale via porterebbe a due ulteriori conseguenze: rispettivamente, sul piano dei diritti, aderire alla concezione della Costituzione come documento neutrale, assiologicamente indifferente, avente una mera funzione responsiva; e, sul piano della separazione dei poteri, accettare che la Costituzione stessa diventi oggetto della contingenza politica (alla ricerca, dunque, di una struttura governativa che consenta la realizzazione di una concezione della Costituzione quale che sia). In sintesi: riconoscere che da limite alla politica, la Costituzione è diventata contenuto della politica; da estranea alla contingenza pratica della politica, è diventata interesse della politica.

Il limite dimensionale consiste in quello specifico carattere assiologico di cui gli enunciati costituzionali sono meri veicoli normativi; in quelle opzioni inscritte nei principi costituzionali che, proprio in quanto opzioni, non sono «neutrali, né puramente tecniche, bensì sono espressione di precise concezioni politiche e culturali»[76]. Ridurre, come si è fatto, i processi di mutamento costituzionale a procedure di natura tecnica, sulla base della indifferenza delle diverse ipotesi di riforma del sistema costituzionale, porterebbe a negare «la dimensione più alta che le costituzioni esprimono»[77]. Se, dunque, un limite dimensionale esiste alla revisione costituzionale, esso, mi sembra, deve cercarsi nel mantenimento di una unità politica sulla concezione di Costituzione che prescinda dalle (necessariamente contingenti) maggioranze parlamentari (quel principio antimaggioritario di cui è intrisa la nostra Costituzione, al di là della specifica disposizione sulla revisione costituzionale)[78].

[75] DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, cit., 302.

[76] AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 147.

[77] AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 146.

[78] BARTOLE, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., 238 ss.

11. Implicazione del limite dimensionale come qui inteso

L'incessante dibattito sulla Costituzione e sulla necessità di una sua modifica ha costituito quella che è stata chiamata «un'epoca del discredito nei confronti della Costituzione del '47»[79]. A eccezione della riforma sul titolo V, però, le diverse proposte di revisione complessa della Costituzione non hanno conseguito esiti positivi. Malgrado i giudizi di desuetudine trasversalmente diffusi nella gran parte della classe politica, gli attacchi e i logoramenti subiti, la Costituzione del 1948 sembra continuare a vincere la sua prova di resistenza, sembra mantenere la sua effettività (e dunque validità, nella misura in cui la validità di una costituzione si misura in base al suo grado di effettività).

Ciò può consentire alcune considerazioni.

1) È stato sostenuto che le riforme costituzionali sono più facilmente conseguibili quando il terreno del dibattito è ampio, piuttosto che quando esso è ristretto a pochi ed essenziali argomenti. In un'ottica di costituzione intesa, in un contesto pluralistico quale è il nostro, come compromesso, presupposto necessario per la riuscita della riforma costituzionale è «l'ampiezza della tematica in discussione e dunque la possibilità di raggiungere un accordo almeno soddisfacente per tutti. […] è molto più probabile che la coalizione dei veti incrociati impedisca un punto di compromesso nel caso della riforma che non in quello della fondazione di un nuovo assetto costituzionale»[80]. Come a dire che sulle revisioni più complesse lo "scambio" (o l'accordo) potrebbe essere più facile, tollerando ciascuna forza politica l'insieme a patto che una parte (quella proposta) entri a costituirlo[81].

Eppure, l'esperienza costituzionale ha dimostrato che le riforme complesse sono difficili da portare a conclusione[82]. O, perlomeno, che lo sono state nella misura in cui con la veste del potere costituito si è cercato di ri-

[79] DOGLIANI, "*La lotta per la Costituzione*", in «Diritto pubblico», 1996; DOGLIANI, MASSA PINTO, *La "lotta per la Costituzione": come impedire che una revisione incostituzionale determini una discontinuità costituente*, in «Astrid», 2004.

[80] ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, cit., 927.

[81] Sulla pericolosità di questo argomento, VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit. («l'approvazione finale dell'unico progetto sarebbe in realtà la risultante non di una volontà politica concorde della maggioranza parlamentare, ma di una logica di scambio che imporrebbe l'adozione di modificazioni ciascuna delle quali è condiva in realtà solo da una minoranza dei parlamentari»).

[82] L'esperienza delle riforme e delle tentate riforme organiche approvate a maggioranza assoluta sembra, infatti, evidenziare un altro esito: la sussistenza di una relazione quasi di proporzionalità inversa tra ampiezza delle revisioni e maggioranze parlamentari a loro sostegno, tanto che le revisioni di ampia portata sarebbero «naturalmente divisive» (CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'iter e sulla procedura referendaria*, in «Federalismi.it», 2016, n. 12, 3.

correre al potere costituente; nella misura in cui le proposte di riforma, in quanto di maggioranza, hanno superato quel limite dimensionale di cui si è detto.

Così come la posizione della Costituzione non ha un *autore*, nel senso di essere il prodotto di volontà diverse che hanno partecipato al compromesso costituzionale, allo stesso modo la sua revisione – se non puntuale e diretta alla mera manutenzione – dovrebbe non avere un *destinatario*, nel senso di un'univoca forza politica che trae beneficio (o danno) dalla revisione. E perché un accordo sulla Costituzione sia possibile è necessario che le parti politiche non abbiano ancora informazioni particolari sulla loro futura posizione nel sistema, decidano – come si dice – sotto il velo dell'ignoranza degli esiti che conseguiranno nel loro *particulare*.

2) Di fronte all'esercizio del potere di revisione (costituito) è necessario porsi una domanda[83]: se i mutamenti che si intendono introdurre si pongono in continuità con i principi fondamentali della Costituzione (e, dunque, la revisione è esercitata non solo in modo legale, ossia nel rispetto delle regole procedurali, ma anche in modo legittimo, ossia nell'ambito del quadro costituzionale costituito); oppure se, al contrario, essi si pongono in discontinuità con i principi fondamentali della Costituzione (e, dunque, la revisione, seppur legale, è illegittima "alla luce della Costituzione" che si intende modificare). In questo secondo caso, il potere esercitato è un potere *extra ordinem*: sotto le sembianze del potere di revisione costituito prende vita il potere costituente. La Costituzione "nuova" è atto d'esercizio del potere costituente e dovrà trarre altrove (non, cioè, dalla Costituzione modificanda) la sua legittimità: non nella validità formale, ma nella effettività (esteriore) e nel riconoscimento (interiore) che saprà conquistare in futuro.

Salvo aderire a una concezione della costituzione puramente formale, le costituzioni non sono, dunque, neutre dal punto di vista assiologico; la loro visione assiologica non è indifferente. I giudizi sulla validità/effettività della Costituzione divengono allora giudizi sulla permanente condivisione di quella concezione. E si tratta di giudizi che avvengono necessariamente *a posteriori*: la validità della Costituzione, proprio perché connessa alla sua effettiva accettazione, riconoscimento, apprezzamento, condivisione, non può darsi per presupposta, per acquisita una volta per tutte, ma deve essere "coltivata", valutata in base alle esperienze politiche e intellettuali che costituiscono, esse sì, il presupposto della concezione implicita nella Costituzione. Anche revisioni che non intaccano direttamente i principi costituzionali possono essere la spia di una discontinuità costituente; solo che – a differenza di una revisione che porta in sé una radicale discontinuità – sussistono

[83] DOGLIANI, MASSA PINTO, *La "lotta per la Costituzione": come impedire che una revisione incostituzionale determini una discontinuità costituente*, cit.

margini di politica costituzionale per impedire che ciò che è potenzialmente incostituzionale diventi, di fatto, incostituzionale. Continuerebbe la "lotta per la Costituzione". Secondo il descritto giudizio di validità/effettività *a posteriori* dovranno allora essere valutate le (eventuali) proposte di revisione organica: anche in questo caso sarà necessario interrogarsi e verificare se esse possano davvero intendersi come la traduzione della constatazione che la Costituzione, così com'è, non corrisponde più all'*idem sentire* politico di tutte le forze politiche e sociali.

3) Può ogni generazione avere la propria costituzione? La premura nei confronti delle generazioni future emerse anche nella discussione tra i Costituenti. Con riferimento, però, alla approvazione dell'attuale articolo 139 e alla forma di stato prescelta, e particolarmente da parte di coloro che, pur aderendo al nascente progetto costituente, non condividevano che formule quali "la forma repubblicana è definitiva" o "la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione" potessero imbrigliare scelte future: esse risultavano, si disse, oltre che pleonastiche (soprattutto la prima), "antidemocratiche nel fine": «[i]l suo fine sarebbe di cristallizzare questa forma, di confiscare alle generazioni future la libertà di darsi la forma di reggimento politico che potranno scegliersi»; un fine antidemocratico, «perché nell'effettività non c'è legge che possa confiscare questa possibilità ai futuri»; «è stato detto […] che i morti governano i vivi, i morti li governano attraverso le tradizioni, le credenze, le leggi di cui sono eredi. Però in questo processo di costruzione della civiltà ogni generazione aggiunge il suo contributo», e la previsione della non rivedibilità della forma repubblicana impedirebbe «alle future generazioni del popolo italiano di aggiungere un loro contributo od un certo loro contributo all'edificio che [si sta] creando»[84].

La domanda può porsi oggi diversamente: possono le forze politiche pretendere di attivare procedure di fatto costituenti, ritenendo l'attuale assetto costituzionale ormai inadeguato (o la causa, come viene detto, dell'instabilità governativa), sul presupposto inespresso che la Costituzione deve essere intesa come un testo responsivo, ricognitivo di quanto elaborato nella coscienza popolare?

Se si accoglie quanto finora detto, la revisione costituzionale *ha* un limite dimensionale: il mantenimento della necessaria unità politica (non ridotta alla sola volontà maggioritaria) su una certa interpretazione di Costituzione[85]. Superare questo limite vuol dire porsi al di fuori del potere costituito.

[84] Posizione, quella riportata, espressa dall'on. Condorelli (Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947, 2777-2778), ma già sostenuta dall'on. Rodi («[…] non abbiamo il diritto di ipotecare il futuro e impedire che in questo futuro la volontà popolare si possa manifestare liberamente»).

[85] «La natura inclusiva della Costituzione è riflessa dall'amplissimo consenso che essa ottenne nella votazione conclusiva dell'Assemblea costituente (432 sì e 62 no). Questo carattere

In questo senso la distinzione concettuale tra esercizio del potere costituente e esercizio del potere costituito mantiene la sua utilità.

È stato detto che «[i]l potere costituente […] non ha forme sue tipiche, proprio perché non opera sul piano della legalità, ma piuttosto della legittimazione. […] Il potere costituente, quindi, può benissimo "travestirsi" da potere "costituito", come in certi casi può risultare conveniente alle forze politiche che ne inducono l'esercizio»[86]. Ciò, però, diluisce, fino a confonderli, i due concetti. I concetti, le categorie non sono fine a se stesse, ma servono (se non a giustificare) a comprendere. Parlare di "travestimento" del potere costituente in potere costituito; evocare il tema della convenienza politica (così ammettendo l'uso "congiunturale" della Costituzione), può condurre alla con-fusione, e dunque alla non-comprensione. Piuttosto che servirsi di forme di revisione costituzionale che implicitamente sono l'espressione del potere costituente, non sarebbe, allora, più costituzionalmente legittimo (nel senso di rispettoso dell'essenza del costituzionalismo[87]) ricorrere direttamente all'esercizio del potere costituente, anche attraverso la formazione di una nuova assemblea costituente?

Questo non significa ritenere ormai spirato il tempo della Costituzione del 1948. Si è ben consapevoli delle preoccupazioni che il solo invocare l'elezione di un'assemblea costituente può ingenerare: in ciò traspare la forza delle parole[88]. Non ultimo il timore originato da una «discontinuità verso

della Costituzione, per così dire, al di sopra delle parti, è un dato di tutte le costituzioni del pluralismo. Al contrario, le costituzioni deliberate a stretta maggioranza sono costituzioni di parte, contrarie al pluralismo, e normalmente destinate a vita breve, a non durare oltre il momento della presa del potere dell'"altra parte"» (ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 137 - 138). Le costituzioni approvate a stretta maggioranza si atteggiano, per usare l'espressione dello stesso Autore (v. *supra* nota 25), a esercizio della forza in forma costituzionale, in quanto tale sempre potenzialmente in opera (quando sia raggiungibile la stretta maggioranza) e dunque mai sicura nella sua durata.

[86] PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, cit., 130.

[87] Il richiamo è qui all'idea *à la* Häberle di costituzione e di stato costituzionale come conquista culturale da cui non si può ormai prescindere.

[88] CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, cit., 69 («Un'assemblea costituente in Italia assumerebbe oggi il significato di un mutamento radicale, di una svolta nel percorso dell'effettiva vigenza delle istituzioni repubblicane, che, oltre, a porsi in contrasto con il diritto costituzionale positivo, rimetterebbe in discussione i valori supremi che sono alla base dell'ordinamento costituzionale vigente, la democrazia, l'unità della Repubblica, lo Stato di diritto e l'indipendenza della magistratura, lo Stato sociale e persino i diritti inviolabili»); LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in «Democrazia e diritto», 1995; ID., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», cit., 124ss.(secondo il quale i diritti fondamentali sono espressione di un risultato storico, pre-positivo, e cono costituiscono, dunque, un limite giuridico al potere costituente); SILVESTRI, *La revisione costituzionale:*

l'ignoto»[89], dalla considerazione che non si può prevedere quale direzione il potere costituente potrebbe prendere una volta riemerso[90].

Si vuole così solo cercare di riportare l'attenzione su quella esigenza (e renderla effettiva) cui si è fatto cenno della condivisione intesa, non come mero scambio politico, ma come sintomo di una necessaria unità politica; che la Costituzione sia frutto di scelte razionali (tendenti, in quanto tali, alla eternità, propria delle costituzioni), e non di scelte passionali (per ciò solo collegate alle contingenze e dunque di necessità mutevoli, l'opposto di ciò che ci si aspetta da una costituzione). Ciò soprattutto se si concorda con la considerazione che le proposte di modifica andrebbero svolte al di fuori della lotta politica in senso stretto, «non fosse altro perché le regole comuni vanno scritte per consentire un corretto e ordinato svolgimento della vita democratica, secondo una visione di lungo periodo e in una condizione di unità politica»[91].

Per modificare una Costituzione ciò su cui ci si deve interrogare non consiste (solo) nella determinazione della legittima procedura in sé (che comporterebbe, nel caso delle revisioni organiche, l'esercizio di un potere costituente costituito), ma altresì nell'esistenza di «un sistema di valori materiali e di concezioni organizzative diffusamente accettato e capace di costituire il fondamento della formulazione di nuove regole di diritto costituzionale e della loro coerente applicazione»[92]; l'esistenza di un'unità politica che traspaia da un patto costituzionale ove – come si diceva *supra* – tutti sono

ammodernamento o sconvolgimento?, in Bassanini (a cura di), *Costituzione una riforma sbagliata. Il parere di sessantatre costituzionalisti*, Firenze, Passigli, 2004, 274; VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit.

[89] DOGLIANI, *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in GAMBINO, D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 2007, 218 – 219 («È un errore clamoroso intendere la costituzione come un insieme di principi che, per tutti, esaurisce il catalogo di ciò che è ritenuto "fondamentale". Per questo le costituzioni vanno trattate con rispetto e spirito costruttivo: perché sono perennemente sottoposte alla pressione di ciò che è "rimasto fuori" dal compromesso costituente. […] l'errore più grave che può correre il riformatore [consiste in ciò]: sottovalutare il peso di ciò che è stato fuori e dimostrarsi incapace di dominarlo, una volta che l'averlo evocato mette a rischio l'architettura delle spinte e controspinte che regge il compromesso costituzionale»).

[90] PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, cit. 133.

[91] «Sicché tutte le parti politiche dovrebbero prestare la loro opera per l'elaborazione di revisioni a carattere consensuale, offrendo un contributo al dibattito di ampio respiro, non determinato da contingenze o da convenienze tattiche come talvolta sembrerebbe, ma prendendo a modello i lavori della Costituente, in cui le forze politiche, sia pure antagoniste, mostrarono la disponibilità al dialogo e alla ricerca di soluzioni concilianti, avversando fermamente solo le concezioni autoritarie e totalitarie dello Stato» (DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, cit., 6).

[92] ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, cit., 916.

autori e nessuno è *destinatario*. In assenza di ciò, le costituzioni divengono mere elaborazioni riflesse di una realtà in crisi, del tutto dipendenti dall'esistente e dal contingente e, come tali, inidonee ad assumere quei caratteri di condivisione e di diffuso riconoscimento che rendono una costituzione (anche una nuova costituzione) legittima.

L'esistenza di un limite dimensionale (inteso come limite antimaggioritario) non significa «fermare il corso della storia, ma significa soltanto che non si possono cambiare i cardini di un sistema costituzionale senza la consapevolezza di compiere una rivoluzione, eventualmente anche incruenta, ma comunque tale da comportare una trasformazione ben più radicale di quella che potrebbe derivare da un semplice "revisione" di singole norme o singoli istituti»[93].

[93] PIZZORUSSO, *La Costituzione come documento politico e come norma giuridica*, in FIORAVANTI e GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Urbino, Carocci, 1998, 277-278.

I LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE. CULTURA DOMINANTE, DOGMATICA GIURIDICA E FORMALISMO AL COSPETTO DEI MUTAMENTI DI REGIME

di Francesco Bilancia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Mutamenti di regime e resistenza della dogmatica giuridica. – 3. Il tema della revisione costituzionale oggi. – 4. La legalità formale, i limiti di legittimità e la legittimazione dei processi di mutamento/revisione costituzionale.

1. Introduzione

Obiettivo di queste considerazioni di sintesi e discussione di contributi così ricchi, strutturati e meditati, sarà essenzialmente quello di animare e riattivare una discussione sul tema dei limiti alla revisione costituzionale che, da un lato, allontani lo sguardo dalle recenti letture *polemiche* animate dalle campagne referendarie del 2006 e del 2016; e dall'altro aiuti ad orientare il lettore nella varietà e profondità di questioni fin qui sollevate. A ben vedere un primo spunto di riflessione è offerto già dal titolo generale del progetto di ricerca: *settanta anni di rigidità costituzionale alla prova della revisione*. È la rigidità della Costituzione italiana, cioè, ad essere a tema, saggiandone la tenuta alla luce delle prove, delle tensioni e delle pressioni testuali e materiali che su tale istituto sono state esercitate dai processi di revisione compiuti o tentati a far data dalla sua entrata in vigore.

Il punto di partenza di questa breve riflessione su un tema tanto complesso e articolato sembra possa essere collocato nel tenore dei tre saggi che qui si discutono i quali, magari non tutti allo stesso modo, procedono ad un complicato ma interessantissimo confronto diacronico con il dibattito scientifico e la questione giuspolitica della revisione del testo della Costituzione a tanti anni dai lavori dell'Assemblea costituente. A stimolare la discussione, infatti, è proprio la distanza tra la cultura giuridica e la cultura politica del tempo presente rispetto a quelle dell'epoca dell'elaborazione e dell'approvazione della Costituzione. Con situazioni ad un tempo cronologicamente, materialmente, politicamente e culturalmente molto differenti.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

La tesi generale che qui si sostiene è che la discussione sul tema della revisione costituzionale muova da un'interpretazione della cultura politica dell'epoca elaborata attraverso un metodo che è a sua volta figlio di una cultura giuridica oggi fortemente condizionata dal valore *legale* del testo; interpretazione che però genera a sua volta una retroazione sul significato ed il "valore della Costituzione"[1] stessa. Intendo alludere al confronto tra le interpretazioni della Costituzione come prodotto della cultura giuridica e del regime politico del momento della sua elaborazione ed entrata in vigore e quelle rese nel contesto presente, promosso al fine di isolare la relazione ed i condizionamenti che gli intellettuali ed i giuristi assumono rispetto al regime giuspolitico vigente in una data stagione, e per valutare quindi i processi di adeguamento delle interpretazioni costituzionali al tempo del loro svolgimento.

In riferimento al tema della revisione costituzionale questo approccio porta ad interrogarsi, così ad esempio, sulla tenuta del formalismo. Formalismo inteso, come dire?, in senso buono, ragionando sui cedimenti della legalità formale al fine di valutare se e quanto, almeno nelle intenzioni, il testo vincoli ancora l'interprete. In che modo, infatti, si interroga la Costituzione come testo normativo nel corso dei mutamenti di regime? La lettura dei classici sull'argomento, protagonisti della storia del costituzionalismo italiano molti anni prima dell'avvento del c.d. spirito maggioritario rende di immediata evidenza questo dato culturale. Così è, certamente, per la storia delle istituzioni italiane attraverso i contributi, ad esempio, di Esposito[2], Crisafulli[3], Paladin[4] e Mazziotti di Celso[5], ancora animati dalla pressione del patto costituente, laddove se ne valuti il tenore al cospetto delle risultanze del dibattito scientifico contemporaneo. Anche dal confronto con l'atmosfera diversamente problematica che si respira leggendo i saggi raccolti in questo volume il mutamento di prospettiva e di tenore tematico è impressionante.

Ed è sulla falsariga di questa comparazione a distanza che ritengo sia utile considerare il ruolo *normativo* della cultura giuridica nello scorrere del

[1] Rinvio alla elaborazione storica ed alla riflessione teorica che su tale nozione ha svolto R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986.

[2] Si vedano almeno *La validità delle leggi* (1934), ristampa inalterata Giuffrè, Milano, 1964; *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954; nonché i lavori raccolti nel volume *Diritto costituzionale vivente. Capo della Stato e altri saggi*, a cura di D. NOCILLA, Giuffrè, Milano, 1992.

[3] *Lezioni di Diritto costituzionale*, I, *Introduzione al Diritto costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1970, 111 ss.

[4] Tra i tanti lavori si vedano, almeno, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004; *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. BARTOLE, il Mulino, Bologna, 2008.

[5] *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Giuffrè, Milano, 1993, 3 ss.; *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, Cedam, Padova, 2000.

tempo, per saggiare il cambiamento della resa degli istituti giuridici e del dato normativo al mutare dello spirito del tempo. Soltanto in questa prospettiva di analisi è possibile, infatti, rendere oggi plausibili letture interpretative della Costituzione *in origine* neanche immaginabili, in alcune ipotesi direi addirittura *contra constitutionem*. Tanto è vero che di quando in quando riemerge la necessità di politica culturale di lasciar riaffiorare interpretazioni c.d. *originaliste*[6], alla asserita ricerca dello spirito autentico, della *ratio* originaria di norme ed istituti reinterpretati "secondo le intenzioni del legislatore", al fine di ricollocare al centro dell'attenzione degli interpreti il testo della Costituzione.

La storia politica e costituzionale è testimone di epoche in cui questo confronto dialettico ha assunto addirittura i toni drammatici di un salto di regime, con una capacità della mentalità e della ideologia del tempo di incidere non soltanto sul valore dei testi giuridici vigenti, ma addirittura sul metodo giuridico[7]. Come, ad esempio, è accaduto in Germania con forme ed energia tali da condizionare gli stessi sviluppi della cultura giuridica a seguire.

2. Mutamenti di regime e resistenza della dogmatica giuridica

In alcuni dei suoi principali lavori Bernd Rüthers[8] è più volte tornato ad analizzare il confronto conflittuale tra la dogmatica giuridica e la pressione dei nuovi principi e delle nuove metodologie imposte da un nuovo regime in riferimento alla recente storia politica e culturale tedesca. L'avvento del Nazionalsocialismo, in primo luogo, avendo generato la crisi del formalismo giuridico, di ostacolo all'inveramento dei nuovi principi di regime, travolse

[6] Ne sono testimonianza, pur con diverse prospettive di analisi e differente spirito critico, i saggi raccolti nel volume dei *Quaderni del Gruppo di Pisa* a cura di F. GIUFFRÈ e I. NICOTRA, *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

[7] K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (1960), Springer Verlag, Berlin, 1975, tr. it. a cura di S. VENTURA, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1970. Sull'argomento, diffusamente, F. MODUGNO, voce, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993.

[8] *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; ID., *Ideologie und Recht im Systemwechsel. Ein Beitrag zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe*, Beck, München, 1992; ID., *Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, 2014-2016, tr.it. a cura e con un'interessante *Introduzione* di G. STELLA, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodo. Un saggio*, Mucchi, Modena, 2018, spec. 45 ss.

il diritto positivo fino a quel momento vigente[9] trascinando in una profonda crisi di identità, prima, ed in una riconversione culturale forzosa, poi, la classe dei giuristi[10]. Salvo poi consolidarsi in un nuovo diritto positivo, foriero di un vincolo *positivista* e formalistico implicante una nuova lealtà, quella della classe degli interpreti verso il nuovo regime politico ed il *suo* diritto.

La rapida successione di ordinamenti tanto condizionati da una ideologia politica, ed il forzato rinnovamento culturale che essi implicarono rende la storia giuridica della Germania un eccellente campo di riflessione in merito all'analisi del peso della cultura, meglio, della *mentalità* e delle ideologie del tempo sulla resa dei *testi* giuridici, addirittura sul metodo giuridico[11]. In più di un'esperienza di confronto potendosi sperimentare la resistenza della dogmatica consolidata al cospetto dei mutamenti di regime, al mutare dell'idea di diritto con l'avvento di un nuovo sistema delle fonti. Rüthers individua cinque diversi momenti per il ripetersi del fenomeno in contesti politici e culturali molto diversi tra loro, pur nel riproporsi delle medesime dinamiche: il 1919 e la Costituzione di Weimar; il 1933 ed il regime nazionalsocialista; la ritrovata libertà e l'avvento della Repubblica federale nel 1949; il 1989 e la riunificazione, con il conseguente scontro-confronto con la cultura giuridica della Repubblica democratica; ed infine l'Unione europea, insieme all'Unione economica e monetaria[12]. In un sistema culturale che già aveva vissuto, in un non lontano passato, il polemico confronto tra von Savigny e la Scuola storica[13] e l'opposta idea di elaborazione di un codice civile di matrice statualpositivista (Thibaut). Un lungo percorso di maturazione critica e di evoluzione/involuzione di una permanente contrapposizione tra

[9] Sulla questione, criticamente, C. ROEHRSSEN, *Governo, Legge, Politica*, Giuffrè, Milano, 1969, spec. 28 ss., 51 ss.; ID., *Diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 1995, 67 ss.

[10] Questa sede non consente una più approfondita analisi della relazione tra cultura universitaria e regime giuridico, per una riflessione sulle metamorfosi indotte da questo su quella nei sistemi totalitari. Qui posso limitarmi soltanto ad alludere alla questione, richiamando stralci della formula del giuramento imposto nel 1931 dal Fascismo ai professori universitari e professato da più di milleduecento docenti: "*Giuro di essere fedele al Re, ai suoi Reali successori e al Regime Fascista, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato, di esercitare l'ufficio di insegnante ed adempiere tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi, probi e devoti alla patria e al Regime Fascista*", Regio Decreto n. 1227 del 28 agosto 1931, art. 18. La storia è nota: soltanto in dodici non giurarono, G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Einaudi, Torino, 2001.

[11] B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina*, cit., 77 ss.; G. STELLA, *Introduzione*, cit., 22 ss.

[12] B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina*, cit., 84.

[13] Sulla celebre vicenda, magistralmente, P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, spec. 148 ss., 160 ss. Ne ho riferito, in altra prospettiva, nel mio *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2010, nonché in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 53 ss.

positivismo e anti-positivismo[14], quindi; una costante sperimentazione di un ruolo della cultura giuridica ora antagonista, ora servente, il regime politico del momento[15]. Con la stimolante opportunità storica e scientifica di valutare il diritto e la giustizia alla prova di due regimi totalitari. In un caso e nell'altro con una significativa esperienza di una ribellione culturale, prima, e di un adattamento, poi, della cultura giuridica al nuovo regime politico.

Naturalmente – e per fortuna – non è essenziale che tali riflessioni si misurino di necessità al cospetto di regimi totalitari. In ogni concreta esperienza storica potendosi, infatti, rinvenire ed analizzare tensioni e condizionamenti posti dal formalismo e dalla dogmatica giuridica al fine di governare le forme del mutamento costituzionale[16]. Così è possibile considerare più adeguatamente il ruolo della storia nella elaborazione e nell'applicazione delle categorie giuspolitiche inerenti le costituzioni ed i loro mutamenti. In riferimento all'Italia, ad esempio, un confronto tra la Costituzione del 1948 ed il previgente Statuto albertino (1848) non può essere efficace nell'isolare e delineare regolarità, invarianti, costanti da una parte, e differenze, distonie ed evoluzioni, dall'altra, senza fare i conti con la storia, con il ruolo assunto dal diritto positivo statualistico quale strumento per la costruzione dello Stato unitario.

Anche nel confronto tra Italia e Germania, nella giustapposizione di esperienze tra 1848 e 1871, non può pretermettersi del tutto il fondamentale ruolo del codice civile nella costruzione della struttura costituzionale materiale dell'ordinamento della società civile[17]. Il confronto tra lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana dovendo di necessità essere letto anche attraverso i codici del 1865 e del 1942, fotografia esemplare delle relazioni tra regime politico e struttura della società politica[18] prima e fuori della Costituzione. In sostanza, questo è il suggerimento che possiamo trarre da que-

[14] G. STELLA, *Introduzione*, cit., 26.

[15] C. ROEHRSSEN, *Diritto e politica*, cit., 31 ss. In diversa prospettiva e con riferimento all'Italia si vedano le significative riflessioni di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Cedam, Padova, 1989; Id., *La «prima» scuola italiana di diritto pubblico tra continuità e rotture*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 2000, 19 ss.

[16] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, fasc. 1 del 2013, spec. 3 ss.

[17] P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., 135 ss. Ho tentato di fornire un'idea delle importanti trasformazioni storiche del diritto dei privati nella dimensione costituzionale mediante l'analisi dell'evoluzione/successione delle forme di Stato attraverso il succedersi dei codici nel mio *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2009.

[18] Riprendo, nel suo impianto metodologico, la formula di cui al noto saggio di N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

ste premesse: nel succedersi dei regimi politici è indispensabile maturare un diverso e consapevole approccio di analisi nello studio delle relazioni tra sistema normativo, società civile, Stato e Costituzione. Anche guardando alle regole ed ai limiti della revisione costituzionale. Per denunciare come confondenti ed improduttive le analisi che sovrappongano ingenuamente uno sguardo rivolto al passato per un occhio che osservi le trasformazioni del presente, o addirittura future. Riprendendo il nostro percorso, pertanto, non possiamo fingere di non vedere che nel 1948 il tema non è più la costruzione dello Stato unitario, ma la pacificazione alla fine di un conflitto che ha attraversato la politica e la società civile e la costruzione dell'unità politica.

Circostanza che emerge anche solo dal confronto testuale tra lo Statuto albertino e una costituzione lunga, come quella repubblicana, aperta al progetto di trasformazione dell'esistente economico-sociale e non più limitata soltanto all'organizzazione dei pubblici poteri ed alla conservazione dei privilegi della classe dominante.

3. Il tema della revisione costituzionale oggi

Le riflessioni sulla rigidità ed il mutamento costituzionale, inoltre, hanno subito un rilevante cambio di prospettiva nel passaggio dalla fase dell'attuazione costituzionale – o addirittura, come è noto, della sua mancata attuazione – a quella più recente della asserita necessità dell'aggiornamento testuale, a partire dalla teorica della "grande riforma"[19]. La cultura costituzionalistica ha, pertanto, mutato la prospettiva dell'analisi e delle conseguenti riflessioni proprio per seguire gli sviluppi del dibattito politico e dei mutamenti istituzionali sempre più centrali nella discussione scientifica. Pur insistendo sugli stessi argomenti, infatti, lo studio della revisione costituzionale finisce con il subire una rilevante torsione di prospettiva per passare dal tradizionale intento analitico/ricostruttivo degli istituti a suo fondamento ad un differente approccio critico, assai spesso mosso dalle intenzioni riformatrici.

Per questo, almeno così mi è parso, nel confronto tra la cultura giuridica nell'evoluzione storica, la letteratura scientifica sull'argomento nel corso di oltre settant'anni, il decorrere del tempo ed i mutamenti di regime a mancare è proprio la comparazione nella prospettiva diacronica. Dimensione che è, invece, essenziale al fine di ponderare correttamente e contestualizzare i dif-

[19] Mi riferisco al progetto di cui al celebre articolo dell'allora segretario del Partito socialista italiano B. Craxi uscito nel settembre 1979 su *l'Avanti*, pubblicato oggi nell'interessante volume di G. ACQUAVIVA, L. COVATTA (a cura di), *La "grande riforma" di Craxi*, Marsilio, Venezia, 2010 insieme a molti contributi assai utili a ricostruire il percorso teorico-politico sullo sfondo di tale progetto poi ritenuto, nel bene e nel male, la matrice del successivo perpetuo *discorso* politico italiano sulle riforme istituzionali.

ferenti approcci della dottrina nelle diverse epoche, forse meno della giurisprudenza, ma soprattutto del sistema politico. È molto diverso riflettere, infatti, sugli istituti ed i limiti della revisione costituzionale al cospetto di una prassi di piccole modifiche parziali o di singoli articoli e, all'opposto, a fronte di progetti, realizzati o tentati, di revisione di interi titoli o di tutta la Seconda Parte della Costituzione. Nel comparare tra loro analisi e tesi teoriche della dottrina non è indifferente il dato temporale: in quale momento storico, cioè, tali posizioni scientifiche si collochino, di quale cultura siano espressione, quali fenomeni politici e materiali debbano fronteggiare. Sarebbe un po', mi si perdoni il paragone, come parlare dei diritti costituzionali senza tenere conto dei radicali cambiamenti intervenuti nel passaggio dalla cultura giuridica espressione del costituzionalismo liberale a quello del costituzionalismo democratico. Come inquadrare altrimenti la diversa struttura[20] dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà?

Su questa base metodologica, allora, è finalmente possibile dedurre dai contributi qui pubblicati di Adriana Apostoli, Mariapia Iadicicco e Valeria Marcenò dapprima alcune considerazioni generali sull'argomento; poi qualche ulteriore rilievo in tesi generale, senza invece indulgere ad osservazioni puntuali, vista l'ampiezza di respiro e la approfondita struttura dei lavori.

La prima nota metodologica che deve essere esplicitata dall'interprete riguarda l'approccio dell'analisi che si accinga a compiere, nella consapevolezza che questa possa assumere, alternativamente, un atteggiamento legittimante o critico dell'esistente giuridico ma, comunque, con valenza *prescrittiva*, con tono che si assume soggettivamente *normativo*. Oppure, all'opposto, mantenendo un tenore meramente *descrittivo*, in questo senso più propriamente analitico. Come si vede nell'uno caso e nell'altro a rilevare è il *punto di vista* dell'interprete, a seconda che questi si collochi al di fuori o all'interno della disputa assunta ad oggetto di analisi.

Così nello studio delle questioni correlate al tema della revisione costituzionale il punto di partenza della riflessione dovrebbe collocarsi nel dato metodologico secondo il quale è della Costituzione in senso documentale, *formale*, che stiamo parlando quando discutiamo del concetto di "revisione"; di un documento giuridico che è a sua volta fonte *sulla* produzione della legge di revisione costituzionale, paradigma di *validità* di tale atto normativo. La Costituzione, scriveva Vezio Crisafulli, "è dunque *legge tra le leggi*…non modificabile se non con l'apposita procedura delle leggi di revisione costituzionale"[21]. Ma comunque, anche mediante questa forma procedimen-

[20] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, spec. 59 ss.

[21] *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Cedam, Padova, 1993, 70.

tale, con il limite espresso della immodificabilità della "forma repubblicana dello Stato" già compromessa dalla decisione del popolo italiano con il referendum del 2 giugno del 1946[22].

Nel riflettere intorno al concetto di *revisione costituzionale*, inoltre, Crisafulli precisava che "anche la modifica di norma inespressa, perché implicita in disposizioni formalmente costituzionali e da queste desumibili, comporta, …, a nostro avviso revisione costituzionale"[23]. Premessa interpretativa che parrebbe da subito chiudere la porta ad ipotesi di revisioni implicite, tacite o, ancora, in via interpretativa della Costituzione, pur in assenza di una formula normativa analoga a quella prevista dall'art. 79 del *Grundgesetz* tedesco. Il riferimento alle "altre leggi costituzionali" di cui all'art. 138, infatti, altro non essendo che un rinvio a) alle ipotesi già formalmente contemplate dalla Costituzione agli artt. 71, 116, 117, 132, 137 e XI *disp. fin. e trans.*, alle quali aggiungerei oggi l'art. 81 come modificato dalla legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012; b) alle leggi che non possono che assumere tale forma per espliciti limiti posti dalla Costituzione medesima alla legge ordinaria o, ancora, c) alle leggi che assumano tale forma per espressa decisione del legislatore.

La premessa interpretativa è molto interessante sul piano metodologico. Implica l'impossibilità di legittimare *ex post* ciò che la dottrina è solita qualificare come *Verfassungswandlung*[24], le modifiche materiali della Costituzione. Anche laddove non ci sia una *modifica del testo* qualunque *modifica della Costituzione* che si pretenda assumere come sua *revisione* deve essere adottata mediante legge approvata ai sensi dell'art. 138, precludendo la strada a modifiche tacite o interpretative che vogliano qualificarsi come revisioni in senso tecnico. La conseguenza sarebbe altrimenti configurabile come violazione della Costituzione, il che determinerebbe l'illegittimità costituzionale, ad esempio, della legge che producesse tale presunta modifica implicita, o in via interpretativa. Qualunque pretesa revisione/modifica dovendo essere determinata mediante una legge da approvarsi con identità di procedimento e di forma, quella prescritta dall'art. 138 cost.

Nel pensiero di Crisafulli, infatti, la scelta appare obbligata, non potendosi assumere una precisa linea di confine tra i due tipi di modifiche o dero-

[22] C. ESPOSITO, nel *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 3 s., attribuiva infatti alla formula "L'Italia è una Repubblica" un valore meramente ricognitivo di una norma già vigente prima dell'entrata in vigore della Costituzione.

[23] *Op. ult. cit.*, 85 s.

[24] Nel significato proprio delle riflessioni di Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & co., Berlin und Leipzig, 1932; C. Esposito, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali* (1963), ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, cit., 355 ss.; e, ancora, di G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 1 ss.

ghe alla Costituzione; perché "ogni legge costituzionale (è) anche (o" può "essere), in tutto o in parte, legge di revisione"; in quanto potenzialmente derogatoria del testo della Costituzione[25]. Da tale impostazione teorica scaturisce una norma prescrittiva nei confronti del Parlamento, chiamato a procedere, se questo sia il suo intento, ad abrogazione o revisione espressa del testo costituzionale ricorrendo alla procedura di cui all'art. 138, dovendosi in alternativa assumere che non si dia altra strada che un'interpretazione della legge conforme a Costituzione[26], quand'anche si trattasse di leggi *costituzionali* ma *non di revisione*[27]. Interpretazione conforme al fine di non dedurne in alcun caso la possibilità di una modifica materiale della Costituzione in assenza di una revisione testuale.

L'impostazione teorica ora richiamata andrebbe assunta, pertanto, come un limite all'interpretazione costituzionale – in particolare delle disposizioni relative alla sua revisione – in difesa del testo; ostando il procedimento aggravato alla pretesa di individuare modifiche tacite della Costituzione ricomponibili in via interpretativa da altri testi normativi, comprese le "altre" leggi costituzionali che non siano di revisione testuale. Argomento, quest'ultimo, che non è però a mio avviso di ostacolo invece alle frequenti ipotesi di apertura interpretativa *agite* allo scopo di ampliare o rafforzare la garanzia dei diritti costituzionali, spesso in conseguenza delle pressioni ordinamentali esercitate dalle Corti europee, almeno in ossequio alla considerazione, di carattere storico prima che giuridico, che non è indifferente l'oggetto della disciplina costituzionale quando si discuta di tali aperture. Non posso entrare nel merito di tale questione, per cui sono costretto a limitarmi ad evocarne il ruolo. Ma una cosa è discutere di modifiche dell'ordine materiale in riferimento alla costituzione dei poteri; altra è ipotizzare un'interpretazione del testo aperta alle novità introdotte della giurisprudenza europea quando si discuta di implemento della garanzia dei diritti individuali. Potere e diritti condividono, è noto, lo stesso ordine materiale, la libertà emergendo sotto forma di bisogno e di energia politica dal mondo reale, del fatto, al pari del potere. A mutare è l'atteggiamento del diritto costituzionale, prima ancora del costituzionalismo, nei confronti dei due fe-

[25] *Op. ult. cit.*, 86.

[26] In una prospettiva parzialmente differente, pertanto, da quella assunta ad esempio nell'articolato studio di M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Giuffrè, Milano, spec. 440 ss., nel contrasto tra conservazione dei testi giuridici ed innovazione dell'ordinamento, come già in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006. A tema essendo non tanto il ruolo dell'interpretazione dei giudici nel confronto tra legge incostituzionale e Costituzione nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, quanto la ridondanza della legge come fattore di mutamento materiale del significato normativo della Costituzione ed i limiti di legittimità di tale fenomeno.

[27] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 87 s.

nomeni. Elemento che da fondamento al diverso regime normativo della interpretazione costituzionale nei due distinti sistemi.

Non è, quindi, a tema, in questa sede, la questione delle consuetudini *contra constitutionem*, non ammissibili in un ambiente normativo a costituzione rigida. Si rigetta l'ipotesi metodologica di poter dedurre da queste, sul piano della mera effettività, (nuove) norme di riconoscimento che fondino – sul piano formale – nuovi *poteri normativi*; *nuovi* per essere attribuiti ad *autorità* diverse da quelle previste dalla Costituzione; per essere dotati di capacità innovativa oltre i limiti del sistema normativo composto dalla Costituzione; per poter agire oltre i limiti formali previsti dalla Costituzione e dalle norme sul procedimento di revisione costituzionale. Per quanto in analisi di altro tenore, con oggetto differente, questa prospettiva possa essere ritenuta fondamentale, qui si è deliberatamente deciso di accantonare ogni riflessione su tale diverso approccio di metodo.

Per tacere dell'altro grande dilemma costituzionale, dato dal presunto limite formale di cui all'art. 138 Cost. a fronte delle modifiche ordinamentali condotte dal processo di integrazione europea. Come è noto gli ordini di esecuzione di tutti i trattati, comunitari prima e dell'Unione europea poi, sono stati disposti infatti con legge ordinaria, desumendo la competenza di tale atto ad innovare al sistema delle attribuzioni degli organi costituzionali in via interpretativa dalla copertura offerta dall'art. 11 della Costituzione[28]. Con una forzatura sul piano della sistematica delle fonti del diritto che impegna la giurisprudenza costituzionale da oltre cinquanta anni[29]. Questo almeno fino alla fondamentale legge di revisione costituzionale degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, per l'*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*. Legge che, potremmo sostenere, ha di fatto sanato un conflitto interpretativo che dopo l'introduzione della moneta unica era riuscito con molte difficoltà ad assorbire la complicata sfida, sul piano formale, di tenere insieme l'assetto ordinamentale che ne era scaturito. Generando, però, una conseguente situazione di contrasto valoriale che, a detta di molti, potrebbe avere a sua volta prodotto una vera e propria "rottura costituzionale", non potendosi conciliare sul piano dei principi fondamentali i vincoli di cui al pareggio *strutturale* di bilancio con il regime costituzionale previgente[30].

[28] Non sono, in effetti, tra quanti ritengono che sul punto si sia determinata una significativa innovazione per via dell'attuale riferimento ai "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*" contenuto nel primo comma dell'art. 117 cost., come modificato dalla legge cost. n. 3 del 2001. Nulla essendo mutato sul piano delle procedure formali e della sistematica delle fonti del diritto dei trattati comunitari e dell'UE, comunque resi esecutivi in Italia con legge ordinaria.

[29] Rinvio, tra le tante, alla riflessione di cui al saggio di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, in *Annuario AIC 2011*, Jovene, Napoli, 2014, 99 con specifico riferimento al Trattato di Maastricht.

[30] Ne ho ragionato nel mio Spending review *e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 1 del 2014, 45 ss.

Non è questa la sede per approfondire le questioni e le implicazioni di tale riforma sul piano della struttura e dei limiti della revisione costituzionale; per considerare adeguatamente se, ad esempio, i requisiti di cui agli *Obiettivi di Medio Termine (OMT)* – in cui la legge n. 243 del 2012 per *l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione* sostanzia il significato normativo del principio del pareggio strutturale di bilancio[31] – siano o meno compatibili con la garanzia dei diritti costituzionali. È sufficiente, ad esempio, la nota teoria giurisprudenziale dei "controlimiti" a sanare i conflitti di principi tra parte e parte della Costituzione nel confronto tra norme sui diritti sociali e vincoli – sostanziali e procedurali – di bilancio? Può ritenersi idonea la procedura per la definizione tecnico-negoziale degli OMT o del c.d. *Piano Nazionale di Riforma* (PNR) di ciascuno Stato-membro con il limite di cui all'art. 11 cost. delle "condizioni di parità con gli altri Stati" in riferimento alle limitazioni di sovranità consentite dalla Costituzione? Oppure, addirittura, tali nuovi dispositivi normativi, le c.d. *fiscal rules*, sono entrati a far parte della "*rule of law costituzionale*" conformando, nella sostanza e nella forma, il limite della superiore legalità costituzionale in una nuova dimensione normativa? Quanto possa considerarsi in equilibrio, oggi, il sistema delle fonti del diritto sotto il profilo formale in seguito alla revisione costituzionale del 2012 e quanto possa considerarsi pertanto, oggi, sanato lo storico *deficit* di ossequio formale al valore dell'art. 138 Cost. al succedersi delle leggi di integrazione dei trattati europei nell'ordinamento italiano è, però, questione che in questa sede non possiamo che lasciare aperta.

È comunque al limite della *forma*, però, che torneremo a volgere la nostra attenzione.

4. La legalità formale, i limiti di legittimità e la legittimazione dei processi di mutamento/revisione costituzionale

In questa sede, messo da parte il procedimento salvo quanto richiamato in ordine ai confini legali del processo di revisione costituzionale, la nostra attenzione è rivolta ai limiti c.d. materiali, o di contenuto, alla revisione costituzionale. Non le norme *sulla* revisione, non più almeno, ma pur sempre *il testo della* Costituzione, evidentemente. Ricordo che Vezio Crisafulli nel ragionare intorno ai limiti impliciti alla revisione costituzionale ipotizzava l''esistenza di una "super-costituzione", qualificata come "costituzione in

[31] Si veda quanto previsto negli artt. 2, comma 1, lett. da *d)* ad *h)*, e art. 3, comma 5, oltre agli artt. 4, 5 e 8.

senso materiale"[32], o sostanziale, naturalmente in senso kelseniano, non secondo la differente prospettiva di cui alla celebre opposta riflessione di Costantino Mortati, ovviamente.

Nel distinguere tra limiti logici, come limiti *logicamente* necessari sul piano della validità formale, e limiti taciti, anch'essi impliciti, Crisafulli identificava questi ultimi con i "principi di regime"[33], essenza politica stessa dell'ordinamento costituzionale dato. Seppur con la rilevante differenza di essere comunque deducibili, questi elementi di principio, dal testo costituzionale nel suo insieme, la loro evocazione sembrerebbe avvicinare molto questa categoria alla "decisione politica fondamentale" di Carl Schmitt, laddove fosse possibile isolarne il significato dallo specifico regime politico di riferimento; ed al "fine politico" presente nella ricostruzione che della costituzione materiale veniva data, seppur in contesti molto diversi negli anni, da Costantino Mortati[34]. Ma nella riflessione di Crisafulli, in realtà, lo scopo è all'opposto proprio quello di distinguere tra potere costituente instauratore del regime costituzionale fondamentale (senza entrare oggi nella questione se tale potere abbia o meno esaurito la sua funzione storico-normativa); e potere costituito, a sua volta limitato nei contenuti dalle norme costituzionali fondamentali di principio. Queste disposizioni vengono, infatti, qualificate come pertinenti alla "individualità storica"[35], immodificabile, di una Costituzione. Oggi parleremmo, con il *BundesVerfassungsgericht* a proposito dell'art. 4 del Trattato sull'Unione europea, di "identità costituzionale"[36]. Con il solo limite materiale, ovviamente, del dato storico-fattuale, laddove dovessero generarsi le condizioni per un mutamento illegale della Costituzione poi, di fatto, riuscito, con l'affermazione quindi di un nuovo ordinamento costituzionale generato dalla "forza normativa del fatto"[37]. Una modifica che si affermasse, infatti, mediante la forza del fatto troverebbe in se stessa la propria legittimazione, ma questo è noto. Torneremmo al perpetuo dilemma del conflitto, teorico prima che materiale, tra *legalità* e *legittimità*. Dilemma che non è, però, nella prospettiva di analisi di queste brevi riflessioni.

[32] *Lezioni di Diritto costituzionale*, I, *Introduzione*, cit., 100, laddove parla appunto di "costituzione materiale strettamente intesa come «supercostituzione»".

[33] *Op. ult. cit.*, 102 s.

[34] Mi riferisco, ovviamente, al diverso contesto politico materiale sotteso alle due versione della teorica, quella de *La costituzione in senso materiale* del 1940 e quella della voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, pubblicata nell'*Enciclopedia del diritto* nel 1962, vol. XI.

[35] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 104.

[36] Argomento in merito al quale rinvio alle stimolanti analisi e riflessioni di C. PINELLI, *Alla ricerca dell'autenticità perduta. Identità e differenze nei discorsi e nei progetti di Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

[37] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 106.

In questo contesto tematico la lettura del pensiero classico ci viene in aiuto, quindi, al fine di fornire strumenti teorico-analitici utili a distinguere situazioni di fatto che, pur potendosi assomigliare, è opportuno siano mantenute distinte sul piano dell'analisi storica e della riflessione teorica. Una cosa essendo lo "sviluppo storico dell'ordinamento complessivo"; altra il "mutamento (costituzionale) che si assume vietato"; ed è per questo che è sempre essenziale riuscire a collocare – *situare* – in un preciso momento del tempo il fenomeno indagato[38], a fronte del rischio di non avvedersi del "superamento dei limiti taciti" del mutamento costituzionale che intervenisse in via di mera prassi. Ma oltre questa distinzione, la riflessione odierna non può appiattirsi sui luoghi tematici al centro della letteratura tradizionale senza ricollocare nella contemporaneità, storicizzando la riflessione ed adattandola ai problemi attuali nella consistenza loro propria, le strutture stesse dell'analisi.

Discutere di queste problematiche, oggi, significa di necessità affrontare nuove dimensioni polemiche, spostare l'attenzione su nuovi fronti tematici, aprirsi a nuove prospettive analitiche. La questione della rigidità costituzionale dopo settant'anni ed alla prova della revisione ci interroga, così, in primo luogo, sulla crisi della scienza giuspubblicistica, almeno se confrontata con la tradizione culturale dalla quale le riflessioni sull'argomento sono solite prendere le mosse. Non può negarsi che sia possibile registrare, ormai da tempo, nella scienza costituzionalistica italiana, un cedimento di una dogmatica comune[39], così come è possibile assistere sempre più diffusamente a proposte ascrivibili a quello che, seppur con qualche semplificazione, potremmo qualificare come "costruttivismo costituzionale"[40]. In altra direzione, ma in fondo collegata alla precedente questione, dovendosi pertanto denunciare una evidente perdita di effettività del valore della legalità formale. Approcci tematici differenti tra loro, ovviamente, e forieri di uno slittamen-

[38] *Op. ult. cit.*, 108.

[39] Come denunciato, ad esempio, in altro contesto tematico da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 161 s.

[40] Cito soltanto un recente episodio, non sappiamo ancora quanto sostenibile nel tempo, vale a dire la pretesa di individuare nella lettera dell'art. 138 cost. un *tertium genus* di legge costituzionale in senso formale, oltre alla *legge di revisione costituzionale* e alle *altre leggi costituzionali*, quello di "*legge di riforma costituzionale*", espediente retorico affermatosi nel corso della campagna referendaria del 2016 per liberarsi di alcuni vincoli formali-procedurali in merito alla configurazione del quesito referendario. Riferisce sulla questione P. Carnevale, *Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2 del 2016. A volte è dato, infatti, registrare episodi di inseguimento, da parte della dottrina, del sistema politico e delle sue divisioni, fino al punto da pretendere di rendere plausibili in sede scientifica – altro essendo il legittimo esercizio dei diritti politici da parte di ciascuno – tesi interpretative *ictu oculi* estranee alla lettera della Costituzione.

to tematico che, a questo punto della riflessione, riterrei utile introdurre nella discussione.

È la questione del "riconoscimento" come criterio di legittimità, come criterio di orientamento ispirato nel caso di specie al valore della legalità formale a venire all'attenzione. Muovendo le mosse già dalla riflessione weberiana, dalla legittimazione del potere in virtù della legalità[41] costituzionale, è infatti possibile prendere atto che nel contemporaneo il principio di legittimità del sistema politico-istituzionale e, quindi, del sistema giuridico, si fondino sul riconoscimento generale diffuso delle forme di produzione del comando giuridico in virtù del rispetto/conformità di esse alla legalità formale. Conseguentemente l'affermarsi, come denunciato, di una attitudine altrettanto diffusa, all'opposto, di "disconoscimento" del valore sostanziale e politico del rispetto delle forme legali definite dall'art. 138 della Costituzione italiana per disciplinare la revisione costituzionale finisce con il produrre un mutamento di paradigma culturale. Che, a sua volta, ha la capacità di de-legittimare la validità come criterio di ordine e legittimazione del ruolo e dei limiti delle stesse norme sulla normazione.

Ed il *riconoscimento*, nel senso che subito vedremo, è il fondamento dell'ordinamento giuridico laddove e nel senso che esso *fondi la effettività del valore legale* delle norme sulla normazione. È d'obbligo il richiamo di alcuni condivisibili spunti della riflessione di Hart[42]. La legittimazione dell'ordinamento giuridico ad opera della stabilità ed effettività delle norme sulla normazione, infatti, riposa essenzialmente, ed in un senso materiale, non meramente logico, sulla prassi del riconoscimento della comunità dei professionisti e degli operatori del diritto, dai chierici (oggi diremmo gli studiosi) ai giudici, passando per gli avvocati ed i pubblici funzionari, senza però dimenticare gli esponenti delle istituzioni di governo e della classe politica. È sulla attitudine generale di ossequio nei confronti di tali norme che riposa l'*effettività* del sistema giuridico, e sul valore della c.d. "regola secondaria" di riconoscimento delle fonti che risiede la *validità* come fondamento del sistema giuridico[43]. Quali che siano in concreto gli elementi di composizione della legalità, se gli atti legali, o un'autorità politica, o la consuetudine o i precedenti giurisprudenziali da soli o in combinazione tra loro non rilevando ai fini dei processi di legittimazione dell'ordinamento.

[41] *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, tr.it. di T. Bagiotti, F. Casablanca, P. Rossi, Ed. di Comunità, Milano, 1995, I, 207 ss. Ho analiticamente riferito di tale prospettiva di riflessione nel mio *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, 305 ss., al quale rinvio anche per la letteratura rilevante citata.

[42] *The Concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, Oxford, 1961, 3rd ed. a cura di P. CRAIG, with an *Introduction and Notes* di L. Green.

[43] *Op. ult. cit.*, 100 ss., capitolo appunto intitolato *The Foundations of a Legal System*, con il primo paragrafo dedicato a *Rule of Recognition and Legal Validity*.

Il che riporta la nostra attenzione sulla questione del "punto di vista" al fine di poter statuire circa l'*esistenza* di una norma giuridica. L'affermazione che una regola di riconoscimento esiste può, infatti, assumersi esclusivamente come una questione di fatto. "*…the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact*"[44].

Questione di fatto che, date le premesse di questa breve riflessione, reca con sé il peso dell'ideologia politica presupposta al sistema. Come ritenuto da Ross[45], infatti, il mutamento di tale ideologia – mutamento difficilmente identificabile e qualificabile da un punto di vista giuridico – può produrre il venire meno della condizione di validità del sistema, laddove esso si diffonda e si consolidi nel sistema medesimo. Questo diviene allora il punto di tenuta, o di cedimento, delle norme sulla normazione. La crisi del costituzionalismo prescrittivo, del principio di legalità formale, della gerarchia nel sistema delle fonti e, quindi, della rigidità costituzionale dopo settant'anni di "*prova della revisione*", quanto hanno influenzato il principio di legittimità che su tali istituti e valori ha riposato per tanti anni? In questo ritengo essenziale contestualizzare la lettura dei contributi classici dei costituzionalisti italiani sulle tematiche della rigidità e dei limiti della revisione costituzionale per relativizzarne l'apporto rispetto alla tenuta dell'ideologia culturale, politica e giuridica del tempo in cui furono elaborate. Il cedimento dell'ideologia costituzionale a loro fondamento, infatti e purtroppo, rischia di trascinare via anche il fondamento ultimo della validità delle categorie che su quel criterio di legittimazione si fondavano.

È, quindi, la tenuta della validità delle norme sulla revisione costituzionale a dover essere considerata e misurata al cospetto della caduta del criterio di legittimazione politica della rigidità costituzionale intesa come è stata intesa dalla dottrina tradizionale. Se e fintantoché il costituzionalismo, matrice e figlio della Costituzione del 1948, continui a riconoscersi nel valore della legalità formale quale criterio di legittimazione e limite dei processi di revisione costituzionale; e soltanto allora potrà continuare a darsi "il valore del criterio della forma legale quale fondamento di validità delle norme di revisione"[46]. Norme che, al pari di tutte le norme sulla normazione, anzi, data la posizione di esse nel sistema delle fonti, a maggior ragione per esse, poggiano però il fondamento della loro validità sul principio di effettività; a meno di non volersi immaginare un conflitto politico-istituzionale senza

[44] *Op. ult. cit.*, 110.

[45] *On Law and Justice*, London, 1958, tr.it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e Giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, 77 ss.

[46] F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico*, cit., 145 s.

precedenti, con una Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità di una legge di revisione costituzionale *incostituzionale*, a fronte di una maggioranza parlamentare dei due terzi, e/o di un voto popolare espresso in un referendum confermativo, e a seguito della sua promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. Conflitto che si configurerebbe anch'esso, a bene vedere, quale esito della tensione tra legalità formale ed effettività delle regole sulla revisione costituzionale[47], spostando a quel punto ogni attenzione dalle regole e dai principi relativi ai limiti di contenuto del potere di revisione costituzionale ai protagonisti del conflitto, alla ricerca di chi sia il detentore effettivo del potere di chiusura della crisi istituzionale in tali casi estremi.

Sia Valeria Marcenò che Adriana Apostoli hanno, seppur in prospettive molto diverse, richiamato l'essenziale ruolo del consenso quale fonte di legittimazione dei principi fondamentali definiti dal "patto costituente", dalla prima addirittura in funzione di legittimazione della potenziale scelta di un'ipotesi di nuova assemblea costituente nel caso di necessità di rinnovare quel patto, a fronte di pretese modifiche radicali o organiche della Costituzione. Convergendo, così, entrambe sull'idea che sia proprio la *forma* del mutamento, il suo rispetto, a dare il senso della valutazione nel merito circa la ammissibilità o meno di un processo di modifica testuale della Costituzione. La *ratio* della prescrizione di determinate forme legali per la modifica costituzionale si individua, infatti, proprio nella necessità del *riconoscimento* nella legge di revisione di una specifica, idonea, fonte di produzione del diritto. Solo da qui può muovere la legittimazione giuridica del mutamento. Meno sensato sembra, invece, inseguire una pretesa distinzione tra la nozione di "revisione organica" ed il limite dei "principi fondamentali", scelta interpretativa che può forse semplificare il lavoro dello studioso, ma non certo risolvere il dilemma essenziale della consistenza effettiva dei limiti formali e sostanziali della revisione costituzionale. Come pure inutile si rende, evidentemente, semplificarsi la vita nella distinzione tra Prima e Seconda Parte della Costituzione. A meno di non considerare una modifica di articoli co-

[47] "*There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials (…). In this more complex system, only officials might accept and use the system's criteria of legal validity*", in riferimento a sistemi giuridici sufficientemente complessi da potersi distinguere in essi norme di normazione e norme sulla normazione, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 116 s. *Officials* che, a ben vedere, nell'ordinamento costituzionale italiano comprendono Parlamento, sistema politico, maggioranza di governo, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, almeno, tutti insieme fonte di legittimazione della effettività delle regole di riconoscimento dei fondamenti di validità dell'ordinamento e dei suoi istituti applicativi, tra i quali le regole sulla revisione costituzionale ed i suoi limiti.

me l'81 o il 67 della Costituzione come non incidente sul regime giuridico dei principi fondamentali, il che ovviamente non è.

Proverei a concludere queste riflessioni mediante la giustificazione di una rimozione che mi sento di voler assumere come scelta. Per aver deliberatamente omesso di riferire circa una diversa prospettiva di analisi, quella della lotta per la Costituzione, nel senso di lotta per la perpetuazione del potere, al fine di generare la stabilità di un governo occasionalmente in carica, risolvendo l'instabilità della sua legittimazione politica mediante un consolidamento nel potere per via di revisione costituzionale[48]. È quanto accade ogni volta che un governo confonda nel programma di legislatura la stessa Costituzione. Questo perché si è assunto in tesi generale come non sia sufficiente rispettare la *forma* della revisione in modo apparente se l'intenzione è quella di tradirne lo *spirito*. Ammettere il cedimento della *ratio* delle regole sulla revisione costituzionale, che risiede essenzialmente nella garanzia del più ampio e diffuso consenso sul testo della riforma per mantenere l'unità politica intorno alla Costituzione, significa infatti lasciar cadere il principio di legittimità incarnato dalla categoria della *validità*, dal rispetto sostanziale – non solo apparente – della legalità formale. La pretesa è, in sostanza, quella di lasciare da parte lo "spirito del maggioritario" la cui professione ha profondamente inquinato il tema della revisione costituzionale anche nel dibattito scientifico[49]. Ogni forzata divisione scientifico-metodologica e/o politica sulle regole della revisione costituzionale ridonda, infatti, in una crisi della stessa funzione costituzionale di tali regole: costruire e mantenere nel tempo il consenso – quindi la legittimazione – sul prodotto normativo della revisione costituzionale. Per lasciare da parte ogni valutazione circa qualità e natura della classe politica, delle c.d. *élites* al potere, al fine di evitarci toni didattico-paternalistici nei confronti della classe dirigente.

Grande è, infatti, la responsabilità della classe politica degli ultimi decenni sullo svuotamento materiale della *ratio* del procedimento aggravato di cui all'art. 138 *cost. it.*, sulla caduta del consenso popolare intorno ai progetti di revisione costituzionale più ampi, sulla rottura del principio di legittimità, pur sotto le mentite spoglie di un ossequio formale nei confronti della legalità costituzionale.

[48] È la nota prospettiva di analisi assunta da C. SCHMITT nel suo *Legalität und Legitimität* (1932), tr. it., *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972. Sull'argomento, altresì, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione* (1995), ora in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 253 ss.

[49] Si veda quanto ricostruito nei Capitoli VII e VIII del recente libro di C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, ES, Napoli, 2018, spec. 380 ss. per una riflessione sul tema della "Costituzione nell'indirizzo politico di maggioranza".

Interventi

QUALCHE OSSERVAZIONE SULLA DEROGA E SULLA DEROGA-SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO PREVISTO DALL'ART. 138 DELLA COSTITUZIONE: ASPETTI PROBLEMATICI E PROPOSTE DI SOLUZIONE

di Andrea Bonomi*

SOMMARIO: 1. Introduzione: un sintetico quadro sulle posizioni della dottrina in merito alla deroga e alla deroga-sospensione del procedimento previsto dall'art. 138 Cost. – 2. Alcune classificazioni definitorie in tema di modifica, deroga, deroga-sospensione e "rotture" costituzionali. – 3. Qualche tentativo di soluzione del problema.

1. Introduzione: un sintetico quadro sulle posizioni della dottrina in merito alla deroga e alla deroga-sospensione del procedimento previsto dall'art. 138 Cost.

In un convegno che si occupa di revisione e di rigidità costituzionale risulta di sicuro interesse la questione relativa alla legittimità, o meno, degli interventi in deroga o in deroga-sospensione all'art. 138 Cost. e, in caso di risposta affermativa, ai termini nei quali tale legittimità si manifesti.

Si tratta forse di uno dei temi in assoluto più controversi sui quali la scienza costituzionalistica si è interrogata.

L'*occasio*, come noto, è stata offerta dall'approvazione delle l. cost. n. 1/1993 e n. 1/1997 nonché dal dis. di l. cost. n. 813/2013: pur differenziandosi l'uno dall'altro, essi comunque proposero la scelta della procedura straordinaria di revisione costituzionale per provvedere ad ampie modifiche della nostra Costituzione, prevedendo una procedura *una tantum* in deroga del testo costituzionale e, si badi bene, con effetti permanenti, che consistono nella revisione della Costituzione.

Il tema si è prestato ad un ventaglio molto eterogeneo di soluzioni prospettate[1].

Vi è la posizione netta di chi ritiene che la deroga e la deroga-sospensione del procedimento prescritto dall'art. 138 Cost. dovrebbe consi-

* Ricercatore in diritto costituzionale di tipo b) presso l'Università di Bari Aldo Moro.

[1] Per un quadro sintetico delle varie opinioni dottrinali manifestate in materia cfr. F. DAL CANTO, *Legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1*, in *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, Bologna-Roma, 2006, 27 ss., partic. 29-34.

derarsi sempre un atto anti-giuridico[2] e la posizione ancora più netta di chi sostiene che neanche il superamento dell'ordinamento costituzionale e la creazione di un nuovo ordinamento costituzionale è legittima mediante la deroga o la deroga-sospensione alla procedura prevista dall'art. 138[3].

Dall'altra parte vi è la tesi opposta: se nel nostro ordinamento sussiste una generale categoria delle leggi costituzionali distinta da quella delle leggi di revisione costituzionale e se ben diversa è la funzione cui adempiono le une e le altre, il Parlamento deve giovarsi della legge di revisione costituzionale solo per gli stabili mutamenti delle disposizioni costituzionali, mentre delle leggi costituzionali soltanto per le deroghe della Costituzione[4].

Da ciò si trae dunque la conseguenza che «pure dove la possibilità della deroga non sia espressamente prevista dal testo costituzionale»[5] ben sono ammissibili leggi di deroga o di deroga-sospensione, operate con legge costituzionale, a tutte le norme costituzionali[6].

Nel solco di quest'ultima tesi si è dunque sostenuta l'ammissibilità di deroghe per fattispecie determinate ad una norma della Costituzione – ivi

[2] Cfr., *inter alios*, F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (Spunti problematici sulla costituzionalità della l. cost. n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali)*, in *Giur. it.*, 1998, 621-622; M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione*, in M. FIORAVANTI e S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, 1999, 313; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, Milano, 2015, 327. Del resto, la correzione da parte di Alf Ross della propria originaria impostazione, secondo cui le norme sulla revisione sarebbero presupposte e non semplicemente poste sicché qualunque loro modificazione o deroga sarebbe un fatto agiuridico (vedasi A. ROSS, *Diritto e giustizia*, tr. it. di G. Gavazzi, Torino, 1965, 77), consistette nell'abbandono della tesi dell'immodificabilità assoluta delle norme sulla revisione (cfr. A. ROSS, *Sull'autoriferimento e su un «puzzle» nel diritto costituzionale*, ora in *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (a cura di A. Febbrajo e R. Guastini), Bologna, 1982, 205 ss., 231 ss.), ma non anche nel rifiuto della illegittimità dei procedimenti in deroga delle stesse: sul punto F.R. DE MARTINO, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'articolo 138*, in *www.gruppodipisa.it*, 2018, 33-34.

[3] Così C. DE FIORES, *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 Cost.: i paradossi di una riforma*, in *Giur. cost.*, 1993, 1548. Analogamente, *inter alios*, A. MATTIONI, *Procedure di revisione e garanzie costituzionali*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Napoli, 1999, 39; S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Introduzione. L'attuazione della Costituzione tra riforme intervenute e ipotesi di revisione*, in S. PANIZZA - R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, 2006, 25, mentre in senso contrario E. BETTINELLI, *Avventure costituzionali e riforme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1995, 3-4, 274-278.

[4] Cfr., come noto, C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 375.

[5] C. ESPOSITO, *op. cit.*, 362.

[6] Cfr. C. ESPOSITO, *op. cit.*, 362-63 nota 14, laddove l'insigne Autore poneva comunque alcuni ben precisi limiti alle leggi costituzionali in deroga all'art. 138.

compreso l'art. 138 – senza che esse debbano incontrare limiti diversi da quelli che si pongono per la revisione costituzionale[7].

Alcuni aggiungono anche che «la garanzia della rigidità costituzionale non è mai e non deve essere mai in contrasto con il principio di efficienza»[8].

Questa tesi sembra muovere dall'opinione, manifestata soprattutto in passato, che imputa il blocco delle riforme alla macchinosa procedura di cui all'art. 138 in quanto la nostra Costituzione presenterebbe i connotati di una Costituzione "iperrigida" ovvero caratterizzata nel seguente senso: il procedimento delineato dal suddetto art. 138 risulterebbe particolarmente complicato e lungo e renderebbe sostanzialmente impraticabile qualsiasi seria revisione dell'impianto costituzionale[9].

Sono state esposte poi anche tesi, a dir così, intermedie.

Secondo alcuni le norme sulla revisione sono da collocare su di un piano diverso e privilegiato rispetto a tutte le altre disposizioni costituzionali sulla base di profonde ragioni di diritto costituzionale sostanziale: in altri termini, le regole della revisione sarebbero intangibili soltanto nella loro essenza di valore[10].

La maggior parte dei commentatori ritiene che la deroga-sospensione dell'art. 138 sarebbe inammissibile solo nella misura in cui a causa di tale deroga-sospensione derivasse un decremento effettivo del grado di rigidità della Costituzione, con la conseguenza che un aggravamento della procedura di revisione sarebbe sempre lecito[11].

Si deve però osservare che non tutti questi autori concordano sul "contenuto" del grado di rigidità della Costituzione.

Da una parte v'è chi sostiene che la rigidità si sostanzia nel limite del carattere parlamentare e quindi anche bicamerale del procedimento e nella tutela delle minoranze che è data dalla maggioranza dei due terzi o da quella assoluta, unita però alla possibilità di un referendum oppositivo[12].

Dall'altra parte sta la posizione di chi sostiene invece che sono costituzionalmente ammissibili deroghe alla procedura ordinaria purché siano rispettose dei limiti e dei principi "supremi" validi in generale per la revisione della Costituzione[13].

[7] Cfr. S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 82-83.

[8] R. BALDUZZI, *Le riforme istituzionali nella XVII legislatura*, in *Astridonline.it*, 4.

[9] Cfr. G. MIGLIO, *Che cosa cambiare: le riforme possibili*, in GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, I, Milano, 1983, 88-89.

[10] Cfr. M. LUCIANI, *Il commento del prof. Massimo Luciani*, in *Giur. cost.*, 1991, 3281.

[11] Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 165.

[12] Cfr. S. PANUNZIO, *Metodi e limiti della revisione costituzionale*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, 1998, 463.

[13] Cfr. A. ANZON, *La nuova strada per le riforme: non illegittima, ma rischiosa*, in *Rivista AIC*, 26 luglio 2013, 1.

Infine non manca l'orientamento secondo il quale il nucleo di rigidità assoluta dell'art. 138, come tale sottratto alla revisione come alla deroga, dev'essere ricercato nel punto di equilibrio fra l'esercizio della sovranità popolare attraverso i corpi rappresentativi, dunque la volontà parlamentare, e l'esercizio diretto di essa, dunque la volontà popolare diretta, la quale ultima «non è concepibile come onnipotente, ma come contenuta in "forme e limiti", tanto più stringenti quando è in gioco l'assetto costituzionale…»[14].

Altri sostengono che non è tanto il *quantum* di rigidità che viene in evidenza, quanto piuttosto la qualità della procedura richiesta in relazione alle caratteristiche della forma di Stato: di conseguenza, «ad esempio, il passaggio da una formula di revisione che richiede il consenso dei tre quinti dell'assemblea elettiva a una formula che richiede anche il consenso dei due terzi degli Stati membri non potrebbe non definirsi un aggravamento (e come tale sarebbe da ritenere ammissibile), ma indubbiamente comporterebbe anche una modifica, in senso federale, della forma di Stato (e come tale sarebbe da ritenere, sul piano della legalità, inammissibile)»[15].

Alcuni autori poi sostengono la legittimità di deroghe al procedimento previsto dall'art. 138 Cost. purché rispettose dei limiti e dei principi supremi validi in generale per la revisione della Costituzione sulla base anche e soprattutto della seguente argomentazione: la possibilità di modifica della normativa costituzionale mediante un procedimento e una fonte alternativi a quelli previsti dall'art. 138 «è ormai "interna" alla Costituzione stessa»[16].

Il riferimento è, ad esempio, all'art. 116, comma 3 Cost.: esso prevede la possibilità che ad una o a più Regioni ordinarie si possano applicare norme costituzionali diverse da quelle previste nel Titolo V in seguito ad un procedimento e ad una fonte, quella della legge parlamentare rinforzata, diversi da quelli di cui all'art. 138.

Questi autori osservano che si tratta di modifiche concepite come transitorie o comunque revocabili e non applicabili alla generalità delle Regioni, ma che quella norma ha comunque introdotto una possibilità di modifica della Costituzione diversa da quella delineata dall'art. 138.

Sono possibili, tuttavia, due obiezioni.

La prima è che in questo caso si verificherebbe la decostituzionalizzazione di una parte della Costituzione; l'altra rileva che avrebbero luogo deroghe specifiche o ancora momentanee sospensioni dell'efficacia di norme costituzionali.

[14] S. STAIANO, *Il gattopardo estremista e l'innovatore paziente. Costituzionalisti e riforme nella crisi italiana*, in *www.federalismi.it*, 7 agosto 2013, 6-7.

[15] T. GROPPI, *sub art. 138*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2722 nota 148.

[16] A.M. POGGI, *Le riforme costituzionali: obiezioni procedurali e sostanziali e (poco edificanti) posizioni "ideologiche"*, in *Rivista AIC*, 27 settembre 2013, 3.

A queste obiezioni si oppone che esse si traducono in obiezioni formali che sottovalutano il dato fondamentale, ovvero che si tratta di un'ipotesi in cui una o più norme della Costituzione risultano superate attraverso l'adozione di procedimenti derogatori e dunque di fonti alternative all'art. 138[17].

2. Alcune classificazioni definitorie in tema di modifica, deroga, deroga-sospensione e "rotture" costituzionali

Per uscire dall'*impasse* forse è necessario innanzitutto chiarire il significato delle stesse terminologie impiegate, ad iniziare in primo luogo dalla distinzione fra modifica, deroga, sospensione e deroga-sospensione.

La modifica o revisione di una norma costituzionale, quale l'art. 138, consiste nel mantenimento di un qualcosa, sia pure revisionato, o comunque nella sostituzione di un qualcosa con qualcosa di diverso.

La deroga o "rottura" di una norma costituzionale e nello specifico dell'art. 138 consiste in quella particolare "innovazione" costituzionale che si distingue dalle altre in virtù della specialità del suo contenuto rispetto alla preesistente norma costituzionale: tale norma rimarrà in vigore eccezion fatta per il particolare settore interessato dalla speciale "innovazione"[18], tant'è vero che si verifica il fenomeno del cosiddetto doppio binario per la revisione della Costituzione.

Poiché l'utilizzo del "nuovo" art. 138 è riservato ad uno specifico processo di modifica della Carta e dunque esso non si sostituisce al "vecchio", bensì lo affianca, in virtù del sopra citato doppio binario la revisione della Costituzione potrebbe compiersi in modo transitorio e al contempo secondo modalità procedurali diverse a seconda che si rientri o meno nella predetta operazione: questo nell'arco temporale in cui va compiuta la programmata operazione riformatrice[19].

[17] Cfr. A.M. POGGI, *op. cit.*, 4.

[18] A giudizio di A. PACE, *La disapplicazione dell'art. 138 da parte del d.d.l. cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013, 11-12, la tesi del procedimento speciale derogatorio è tecnicamente errata, in quanto utilizza impropriamente il concetto di deroga: l'art. 138, quale norma "sulla" produzione, si rivolgerebbe soltanto al Parlamento – diversamente quindi dalle norme "di" produzione che si rivolgono alla generalità dei soggetti – prescrivendo una e una sola procedura per la revisione della Costituzione. Per una critica – peraltro convincente a nostro sommesso giudizio – a tale tesi cfr. C. PINELLI, *Sul procedimento di revisione previsto dal d.d.l. AS 813/2013*, in *Rass. parlam.*, 2013, 562-563.

[19] In senso critico sul "doppio binario" cfr. P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Oss. sulle fonti* (web), 2018/2, 23-24, il quale osserva che un conto è che la difformità procedimentale trovi giustificazione, oltre che in vincoli logici in-

La sospensione di una disposizione costituzionale, con specifico riguardo all'art. 138, è quella che sospende l'efficacia della disposizione stessa per un periodo determinato di tempo[20].

Nell'ipotesi, infine, di deroga-sospensione dell'art. 138 la deroga ha effetti temporanei e dunque si accompagna ad una sospensione: questo comporta pertanto la conseguenza che, laddove si volesse in seguito allo scadere del termine modificare le stesse leggi di revisione che avessero beneficiato del procedimento di approvazione straordinario, si dovrebbe ritornare a seguire il procedimento ordinario *ex* art. 138[21].

Di tutte le "figure" distinte poco più sopra la sola pura e semplice sospensione del procedimento dell'art. 138 sembra essere sempre illegittima.

Se anche si ritiene che le sospensioni in generale di disposizioni costituzionali, ovvero l'interruzione provvisoria della loro efficacia, siano ammissibili in corrispondenza di eventi eccezionali che non potrebbero essere efficacemente fronteggiati qualora si dovessero rispettare le disposizioni stesse[22], è opportuno comunque riconoscere che la sospensione, per un certo periodo di tempo più o meno lungo, dell'efficacia del procedimento di cui all'art. 138 presenta una particolarità che la rende un *unicum*: in virtù di tale sospensione, infatti, si consentirebbe in quel medesimo periodo di tempo alla legge ordinaria di modificare liberamente una, poche o addirittura molte disposizioni costituzionali[23].

Per tutte le altre "figure", invece, risulta più difficile esprimersi in termini categorici: questo vale non tanto per la modifica del procedimento di cui all'art. 138 ma quanto e piuttosto per la deroga e per la deroga-sospensione

terni alla stessa nozione di revisione costituzionale, nel riconoscimento di una difformità qualitativa fra le norme costituzionali, la quale si lega in vario modo alla loro diseguale pregnanza assiologica, ma altro e diverso conto è che non si rintracci alcuna possibilità di ancorare (e giustificare) la diversità di percorso, né a (in forza di) motivi di ordine logico o concettuale, né a (in forza di) ragioni *quodammodo* basate su una diversa *qualitas* formale o sostanziale delle norme coinvolte.

[20] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964, 304; P. BARILE – U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *N.ssmo Dig. it.*, XV, Torino, 1976, 788-89; P. CARNEVALE, *op. cit.*, 5.

[21] Sembrerebbe di essere di fronte ad una "ferita" destinata, però, a presto rimarginarsi per non lasciare alcuna traccia di sé: così ragionando, tuttavia, a giudizio di P. CARNEVALE, *op. cit.*, 21, «si finirebbe per incorrere nello stesso errore in cui si cade nel reputare – secondo un comune modo di vedere – il vizio-formale come vizio *minore* perché cronologicamente ancorato e destinato per questo a vedere sensibilmente affievoliti i suoi effetti lesivi col trascorrere del tempo…».

[22] Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo secondo, Padova, 1969, 639-640 e 1119-1120.

[23] È vero che alla scadenza del termine l'art. 138 riprenderebbe a esplicare efficacia, ma a quel punto per ripristinare le disposizioni costituzionali modificate sarebbe necessario utilizzare il procedimento aggravato, il che non sarebbe così semplice.

del procedimento stesso: in effetti è ormai largamente recessiva la tesi che, ricollegandosi a quella sostenuta dal primo Ross, ritiene l'immodificabilità del procedimento in questione.

Tuttavia, prima di esplicitare qualche osservazione su questi profili, sembra opportuna anche un'altra distinzione.

Si allude a quella differenziazione effettuata già da tempo da acuta dottrina[24] fra la "autorottura" della Costituzione, la "rottura autorizzata" della Costituzione e la "rottura" prodotta da apposita legge costituzionale: il termine "rottura" è da intendere come concetto-madre di cui la deroga e la deroga-sospensione sono per *communis opinio* considerate «costole o declinazioni»[25].

La "autorottura" si verifica nel caso in cui sia la stessa Costituzione a prevedere in singole disposizioni l'ipotesi di "rottura" di altre disposizioni egualmente contenute nel proprio testo: un esempio potrebbe essere quello[26] dell'art. 116, comma 3 Cost., in virtù del quale a una o più Regioni si applicano norme diverse da quelle previste dalla Costituzione e introdotte con un procedimento differente da quello dell'art. 138[27].

La "rottura autorizzata" si presenta nell'ipotesi in cui la Costituzione autorizza singole leggi costituzionali o addirittura leggi ordinarie a derogare o anche a sospendere proprie disposizioni: questo pare essere il caso, ad esempio, dell'art. 78 Cost. In pendenza dello stato di guerra esso consente, attraverso il conferimento dei poteri necessari al Governo, di sospendere – sia pure nel doveroso rispetto dei parametri di ragionevolezza e di proporzionalità[28] – non solo singole norme di organizzazione costituzionale, ma anche l'efficacia delle disposizioni costituzionali che sanciscono libertà fondamentali, quali, a titolo esemplificativo, le libertà di circolazione, di manifestazione del pensiero e del diritto d'informazione nonché forse pure quella personale[29].

[24] Cfr. S.M. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, 32, sulla scia di autorevole dottrina tedesca.

[25] Cfr. P. CARNEVALE, *op. cit.*, 13.

[26] Come si è già detto sopra, tale argomento è addotto da certa parte della dottrina a sostegno dell'ammissibilità di leggi costituzionali che prevedano un procedimento in deroga a quello di cui all'art. 138.

[27] Cfr., volendo, A. BONOMI, *Alcune osservazioni in tema di rapporti fra la legge di revisione costituzionale e le disposizioni della legge costituzionale n. 2/2001 relative al procedimento di revisione degli Statuti speciali (… prendendo spunto dalla legge di revisione costituzionale "Renzi-Boschi")*, in *Rivista AIC*, 17 maggio 2017, spec. 16 ss.

[28] Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *sub art. 78*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1538.

[29] Diversamente sul punto cfr. A. GIARDINA, *sub art. 78 – La formazione delle leggi. Tomo II, Art. 76-82*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1979, 110-11; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 450-452.

Il caso della "rottura" di una disposizione costituzionale – ad esempio dell'art. 138 Cost. – è quello prodotto da un'apposita legge costituzionale: su questa ipotesi si è focalizzata l'attenzione in questo scritto.

Pare difficile sostenere che le "rotture" prodotte da apposite leggi costituzionali siano ammissibili in quanto e nella misura in cui sono ammissibili ipotesi di "autorottura" della Costituzione.

Nell'ipotesi specifica della "rottura" del procedimento previsto dall'art. 138 questo assunto non sembra reggere perché nel caso della "autorottura" si verifica una "doppia" deroga: infatti la deroga implicita al procedimento di cui all'art. 138 Cost. consente a fonti di rango non costituzionale di introdurre una normativa contrastante quella contenuta in Costituzione, grazie al meccanismo della "decostituzionalizzazione".

In sostanza, si deroga all'art. 138 perché si vogliono rendere cedevoli o dispositive talune previsioni costituzionali diverse dall'art. 138: la finalità è quella di accordare un maggior spazio di agibilità a fonti esterne alla Costituzione e non di revisionare la Costituzione stessa.

Nel caso invece di legge costituzionale apposita che si pone in "rottura" dell'art. 138 non c'è doppia, ma sussiste unica deroga qual è quella posta all'art. 138: si prevede un procedimento alternativo e parallelo per la modifica della Costituzione onde consentire a fonti costituzionali di revisionare la Carta: né più e né meno di quanto esse avrebbero potuto fare in assenza della deroga[30].

D'altra parte, l'ipotesi in cui interviene una legge costituzionale in "rottura" e che più in particolare deroghi al procedimento di cui all'art. 138 è molto diversa anche da quella della sopra ricordata "rottura autorizzata" della Costituzione.

Infatti nella prima ipotesi la Costituzione non autorizza affatto, nel caso di determinati presupposti eccezionali e paradigmatici come lo stato di guerra, singole leggi costituzionali o addirittura leggi ordinarie a derogare o anche a sospendere proprie disposizioni: è la legge costituzionale che, pur se approvata seguendo il procedimento di cui all'art. 138 stesso, prevede *sua sponte* che la modifica di parti più o meno consistenti della Costituzione avvenga in "rottura", ovvero in forme derogatorie rispetto a quel procedimento.

3. Qualche tentativo di soluzione del problema

Quanto appena detto non implica *ex se* necessariamente la categorica

[30] Così anche P. CARNEVALE, *Art. 138 vs. art. 138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, novembre 2013, 8 nota 32.

inammissibilità e dunque sempre l'illegittimità della legge costituzionale, che prevede un procedimento di revisione della Costituzione in "rottura" dell'art. 138 Cost.; comporta invece che l'analisi della legittimità di tale legge costituzionale richiede accertamenti più complessi di quelli necessari per le "autorotture" e per le "rotture autorizzate".

A questo proposito è necessaria un'avvertenza.

La circostanza che una siffatta legge costituzionale non sia da considerare sempre e comunque illegittima presuppone, a monte, che essa sia stata in ogni caso approvata non in deroga o in deroga-sospensione, ma secondo il procedimento di cui all'art. 138.

Poiché, infatti, le deroghe delle disposizioni relative al procedimento di formazione della legge costituzionale si realizzano nel momento in cui entra in vigore la legge di deroga, tale legge deve necessariamente essere conforme alle disposizioni originarie: in caso contrario, essa presupporrebbe già in vigore nel corso del proprio procedimento di formazione disposizioni che entreranno in vigore soltanto quando tale procedimento si sarà concluso[31].

Tanto premesso, pare intanto revocabile in dubbio l'assunto secondo il quale da un punto di vista della logica giuridica nessuna fonte può disporre del proprio "regime giuridico".

Alcuni autori muovono infatti dalla premessa che la legge non può predisporre un procedimento diverso da quello della sua approvazione previsto nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari, così come i regolamenti del Governo non possono prevedere modalità diverse per la loro approvazione da quanto previsto nella fonte superiore. Da questo si evince che allo stesso modo la legge di revisione non può modificare il procedimento con il quale essa è approvata: questo principio costituirebbe in effetti "il riflesso procedimentale" del principio che nessuna fonte può istituire fonti aventi forza maggiore di se stessa[32].

A questo assunto si potrebbe replicare sulla base del fatto che una legge ordinaria successiva, per il fatto di potere abrogare una legge ordinaria precedente, può derogare ad essa in applicazione del principio logico secondo cui la capacità di realizzare quest'ultimo effetto implica automaticamente la stessa capacità nei confronti di quello: ugualmente le leggi costituzionali de-

[31] Cfr. S.M. CICCONETTI, *La revisione*, cit., 42-43 e 214-15; a giudizio, invece, di P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione*, cit., 24, il fatto che la deroga-sospensione si concreti attraverso iniziative formalmente rispettose del procedimento delineato nell'art. 138 dà alla stessa «il sapore acre dell'aggiramento sostanziale sotto le spoglie dell'apparente rispetto, sì da evocare la classica, quanto subdola, figura della *fraus Constitutionis*».

[32] G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Torino, 1988, 101-02; A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 50-51; Q. CAMERLENGO, *sub art. 138*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna, 2018, 459.

rivano la propria forza a produrre "rotture" della Costituzione dalla forza ad esse attribuita ad abrogare disposizioni di questa[33].

Né pare che, a favore della categorica inammissibilità di leggi costituzionali che stabiliscano un procedimento in deroga o in deroga-sospensione all'art. 138 Cost., si possa sostenere l'argomento che esse si porrebbero in contrasto con il principio di eguaglianza.

La deroga in questione lederebbe tale principio nella misura in cui essa dà vita al fenomeno del cosiddetto "doppio binario" per la revisione della Costituzione. In virtù di questo fenomeno, come già ricordato, posto che il "nuovo" art. 138 affianca il "vecchio" art. 138, nell'arco temporale in cui va compiuta la programmata operazione riformatrice la revisione della Costituzione in modo transitorio potrebbe nel contempo compiersi secondo modalità procedurali diverse a seconda che si rientri o meno nella predetta operazione: il tutto in insanabile contrasto, appunto, col principio d'uguaglianza.

Tuttavia occorre precisare quanto segue.

Innanzitutto secondo alcuni studiosi nel nostro ordinamento l'art. 3 Cost. si dirige soltanto nei confronti del legislatore ordinario e non anche di quello costituzionale[34].

In secondo luogo, al di là della validità di questo argomento, dal principio di uguaglianza non deriva affatto l'inammissibilità di ogni norma che stabilisca eccezioni nei riguardi di altre norme: le statuizioni eccezionali o singolari sono giustificate nel caso che si riferiscano a situazioni fra di loro obiettivamente diverse.

Da quel principio deriva, invece, l'inammissibilità di eccezioni obiettivamente ingiustificate e perciò arbitrarie, assurde o irragionevoli[35].

Semmai il problema si sposta sul versante dell'ammissibilità di deroghe, contenute in leggi costituzionali, al procedimento di cui all'art. 138 basate su fondamenti giustificativi eccezionali.

La risposta a tale quesito sembrerebbe affermativa, al punto da sostenere che interventi di "rottura" del procedimento di cui all'art. 138 «dovrebbero essere abbastanza eccezionali e, soprattutto, che si dovrebbe far ricorso ad essi soltanto quando l'importanza della decisione da prendere lo richiede, in una sorta di rapporto di proporzionalità tra il mezzo usato e lo scopo che si intende perseguire»[36].

[33] Così anche S.M. CICCONETTI, *La revisione*, cit., 35.

[34] Così C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 55 nota 82.

[35] Cfr. S.M. CICCONETTI, *La revisione*, cit., 41-42, ma già C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 192 nota 143.

[36] R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993). Premessa*, in *Disposizioni transitorie e finali. I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale 1948-1993*, Bologna-Roma, 1995, 299 e analogamente C. MORTATI, *Costituzione (dottrine*

Ma in ogni caso, per quanto sorretta da fondamenti giustificativi eccezionali e *a fortiori* nei restanti casi, la deroga al procedimento di cui all'art. 138 operata da una legge costituzionale, pur adottata attraverso quel procedimento, non dovrebbe oltrepassare alcuni limiti.

Si allude all'inammissibilità dell'ipotesi che con la legge costituzionale poco fa delineata si possa modificare stabilmente la Costituzione nella parte in cui prevede il procedimento aggravato per la sua revisione: in altri termini, non è possibile istituire, per mezzo di una legge costituzionale, un procedimento derogatorio dell'art. 138 che realizzi una revisione di parti più o meno consistenti della Costituzione sulla base di un procedimento che sia sostanzialmente assimilabile a quello della legge ordinaria.

Se anche si volesse ammettere che questo procedimento derogatorio possa eliminare in modo legittimo il referendum in forma oppositiva, tuttavia esso dovrebbe prevedere che la decisione parlamentare sia assunta con una maggioranza non semplice, ma aggravata[37]: in caso contrario, perderebbero efficacia la distinzione fra norma costituzionale e norma legislativa e di conseguenza anche la funzionalità della stessa Corte costituzionale a garanzia della rigidità costituzionale[38].

L'art. 138 non è affatto «un tabù»[39]: perciò di per sé non deve ritenersi inammissibile la deroga al procedimento previsto da tale articolo, purché operata con legge costituzionale approvata sulla base di quel medesimo procedimento[40].

generali), cit., 192, nonché F.R. DE MARTINO, *La revisione della revisione*, cit., 35; a giudizio, invece, di G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Oss. sulle fonti* (web), 2018/2, 15, l'art. 138 «non ammette percorsi alternativi neanche dinanzi alle ragioni dell'urgenza».

[37] Così anche A. BARBERA, *Una riforma per la Repubblica*, Roma, 1991, 301 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Formazione di leggi di riforma costituzionale e procedure straordinarie*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, II, Milano, 1998, 1062; G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, in *Oss. sulle fonti* (web), 2018/2, 5, secondo cui la procedura aggravata è «essa stessa un principio supremo»; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 102, benché – a giudizio di Morrone – vi debba essere la possibilità per le minoranze di sottoporre la legge costituzionale a referendum popolare.

[38] Come rileva A. MORRONE, *op. cit.*, 92, «*fermo il divieto di modificare la costituzione mediante una legge ordinaria*, nulla impedisce che seguendo il procedimento di revisione possa essere modificata la costituzione stessa, facendo perdere la sua superiorità-rigidità nei confronti delle leggi costituzionali» (con corsivo nostro).

[39] S. PANUNZIO, *op. cit.*, 461.

[40] D'altronde, è stato addirittura ipotizzato il caso di una legge derogatoria dell'art. 139 Cost. A seguito della individuazione della differenza fra repubblica e monarchia nel carattere elettivo e temporaneo del Presidente della Repubblica (opposto al carattere ereditario e vitalizio del Monarca) e sulla base del presupposto secondo cui l'art. 139 si riferisce testualmente alle leggi di revisione della Costituzione e non anche alle altre leggi costituzionali (in tal senso S. BARTHOLINI, *I rapporti fra i supremi organi regionali*, Padova, 1961, 86), una legge costituzionale che stabilisse per un determinato ed individuo Presidente della Repubblica il carat-

Risulta invece inammissibile l'assunzione della decisione parlamentare operata con una maggioranza non aggravata: essa violerebbe, proprio per i suddetti motivi, la regola delle regole, che, in quanto regola, deve considerarsi esclusa *a priori* dal bilanciamento con i principi – quale quello di efficienza – che potrebbero pure confliggere con essa[41].

Come è stato ben scritto, «le regole sono applicabili nella forma "del o tutto o niente", dell'aut-aut. Se si danno i fatti previsti da una regola e la regola è valida, allora si deve accettare, senza scappatoie o mediazioni possibili, la risposta che essa fornisce. I principi no, poiché presentano una dimensione che le regole non hanno: quella del peso e dell'importanza»[42].

tere vitalizio della sua carica sarebbe una legge di deroga o di deroga-sospensione dell'art. 139: infatti il divieto in esso contenuto riprenderebbe automaticamente vigore dal momento della cessazione della carica di quel determinato Presidente (l'ipotesi, la cui ammissibilità pare molto discutibile, è descritta da S.M. CICCONETTI, *La revisione*, cit., 260 nota 123).

[41] Per ragguagli sulla non bilanciabilità delle regole cfr., volendo, A. BONOMI, Status *del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, 268 ss.

[42] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 172, nonché ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 213; cfr. anche A. PACE, *op. cit.*, 21 ss.

DA BERNA A BUDAPEST: APPUNTI SU REVISIONI COSTITUZIONALI (TOTALI E PARZIALI) E TENUTA DELL'UNITÀ POLITICA E DI SENSO DELLE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE

di Giorgio Grasso*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dialogando con la relazione di Valeria Marcenò. – 3. Dialogando con la relazione di Adriana Apostoli. – 4. Un primo spunto conclusivo.

1. Introduzione

Le considerazioni che intendo svolgere con questo contributo si innestano tra i contenuti delle ricche relazioni della sessione pomeridiana del nostro Convegno, in particolare quella di Valeria Marcenò[1], rivolta a sondare l'esistenza di un eventuale limite dimensionale della revisione costituzionale, e quella di Adriana Apostoli[2], incentrata invece sulla capacità espansiva dell'unico limite espressamente previsto dalla Costituzione italiana in tema di revisione costituzionale, la forma repubblicana dell'art. 139.

Un punto di incontro tra le due prospettive di ricerca è ciò che Marcenò chiama «l'unità politica sulla concezione della Costituzione» e Apostoli «l'unità di senso della Costituzione» medesima, rispetto a una visione sostanziale del costituzionalismo democratico, di una democrazia senza aggettivi si potrebbe dire, misurata proprio sulle sfide che pone la revisione costituzionale, in costanza di una Costituzione rigida, tentando di avvicinare, in una prima indagine comparativa, due esperienze costituzionali molto diverse tra loro, da cui deriva il titolo proposto, la Svizzera e l'Ungheria, davvero agli antipodi, almeno in questo particolare momento storico, sul modo di affermare l'essenza stessa di un regime democratico.

Così quanto agli spunti della relazione di Marcenò, ci si confronterà con le previsioni costituzionali e le prassi tutto sommato pacifiche nel diritto co-

* Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria.

[1] V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in questo *Volume*.

[2] A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, anch'essa in questo *Volume*.

stituzionale elvetico, a livello federale e cantonale, in tema di revisione costituzionale (totale e parziale) dei rispettivi testi costituzionali, e con quelle ripetute riforme costituzionali, una di adozione di una nuova Costituzione (*recte*: Legge fondamentale), le altre parziali che, in terra magiara, hanno segnato, invece, il passaggio a una forma di stato che si auto-qualifica come di democrazia illiberale e che tanto sconcerto ha creato anche nel contesto dell'appartenenza dell'Ungheria all'Unione europea; mentre, quanto ai profili della relazione di Apostoli, il vero punto di snodo muoverà alla ricerca dei vincoli materiali che impediscono di modificare la forma istituzionale repubblicana, forma repubblicana che, se non si radica pienamente nei valori del costituzionalismo liberal-democratico, come avviene in Italia, per il raccordo dell'art. 139 già con l'art. 1 del testo costituzionale (e con altre sue disposizioni), e come accade pure con un percorso costituzionale diverso nel contesto elvetico, rischia altrimenti di scivolare ai margini della vicenda democratica, come appunto sta succedendo in Ungheria e certamente in almeno un altro importante Paese membro dell'Unione europea, la Polonia, fuori dall'ambito di studio di questo scritto.

2. Dialogando con la relazione di Valeria Marcenò

Valeria Marcenò ci ha spiegato le ragioni per le quali una revisione totale di una costituzione, capace «di modificare l'*intero* testo costituzionale» (corsivo suo), non sia contemplata dalla Costituzione italiana, sottolineando che anche in quei Paesi, come la Svizzera, «che pur prevedono espressamente l'ipotesi della revisione totale, differenziandola da quella della revisione parziale, l'interpretazione costituzionale è stata nel senso di ritenere (…) l'esistenza di un limite alla revisione», sotto forma «di un nucleo non superabile neanche attraverso la procedura della revisione totale».

Ma l'esperienza elvetica necessita di alcune riflessioni ulteriori, al fine di meglio comprendere se la revisione totale, in quella singolare cornice costituzionale, davvero non incontri limiti giuridico-costituzionali o se piuttosto non si configurino, invece, limiti prettamente politici a una revisione totale, incastonati nella secolare storia della Confederazione elvetica.

Intanto, in Svizzera la revisione totale è prevista sia per la Costituzione federale, a partire dal 1891, sia per tutte le Costituzioni cantonali, e se per la prima si dispone, esplicitamente, un solo limite alla revisione, quello delle disposizioni cogenti del diritto internazionale (vedi art. 193, par. 4, Costituzione federale), per le seconde l'art. 51 della Costituzione federale statuisce che «Ogni Cantone si dà una costituzione democratica» e che «La costituzione cantonale richiede l'approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda».

La dottrina costituzionalistica elvetica, esaminando le due forme della revisione costituzionale previste dall'ordinamento federale (e dagli ordinamenti cantonali), quella parziale e quella totale, ha talora distinto all'interno della seconda tra una revisione totale di ordine formale, facile da individuare, quando la costituzione viene abrogata completamente e rimpiazzata da una nuova costituzione, che avrà una nuova data, pur contenendo magari molte disposizioni esattamente uguali a quelle della vecchia costituzione, e una revisione totale di ordine materiale, che potrebbe realizzarsi, invece, ogniqualvolta la costituzione viene modificata su un punto essenziale (si fa l'esempio, pur del tutto teorico, dell'eventuale passaggio da una struttura federale dello Stato a una struttura unitaria)[3].

La prassi, del resto, ha comportato due volte, nel 1874 rispetto alla Costituzione del 1848, e nel 1999 rispetto alla Costituzione del 1874, l'approvazione di due nuovi testi costituzionali a livello federale, che sono andati a sostituire integralmente i testi precedenti, nel segno quindi di una revisione totale di ordine formale, dovendosi peraltro sottolineare che quando appunto si approvò, con una revisione totale, la Costituzione del 1874, questa ipotesi non era disciplinata dalla Costituzione del 1848, che prevedeva un unico procedimento di revisione costituzionale, senza distinzioni di sorta[4].

Ma l'esistenza di un procedimento assai lacunoso, che sembrava permettere, nel caso di iniziativa popolare, soltanto una revisione totale, visto che, in presenza di un'istanza di revisione sottoscritta da cinquantamila elettori[5] e approvata dal popolo svizzero, si sarebbe determinato lo scioglimento delle due Camere e il loro rinnovo, per domandare alle nuove Camere il compito di approvare il testo di revisione costituzionale, finì per bloccare o ritardare qualsiasi modifica della Costituzione del 1874. Fu così che, nel 1890, il Consiglio Federale, con apposito messaggio, introdusse di fatto la «felice distinzione» tra revisione totale e revisione parziale[6], proponendo di conseguenza un progetto di revisione costituzionale che, l'anno successivo, attraverso una revisione (parziale) del testo costituzionale, portò a inserire nel testo della Costituzione del 1874 un articolato molto vicino a quello della Costituzione oggi in vigore[7].

[3] Si veda P. MAHON, *Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3ème édition, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2014, 71.

[4] Si vedano gli artt. 111-114 della Costituzione federale della Confederazione svizzera del 12 settembre 1848.

[5] Cento mila dal 1977, in vigenza della Costituzione del 1874.

[6] Così O. BIGLER, *La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874: entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle*, Thèse de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 25 juin 2013, 187.

[7] Vedi O. BIGLER, *La révision totale*, cit., 188.

Sempre la prassi, del resto, ha conosciuto un tentativo infruttuoso di revisione totale della Costituzione, quello del 1934, quando su iniziativa di una serie di movimenti di estrema destra, raccolte poco più di 78 mila firme, il popolo elvetico fu chiamato a votare sul principio di una revisione costituzionale totale che avrebbe voluto introdurre, nel sistema politico svizzero, una serie di istituti di chiara imitazione di quei regimi totalitari che ai confini della Svizzera si erano ormai consolidati in Germania, Italia, Austria[8]. Il testo fu messo in votazione senza prese di posizioni né da parte del Consiglio federale, né da parte dell'Assemblea federale, che svolse solo un controllo formale sulla regolarità delle firme raccolte, e fu respinto nettamente dal 61% dei votanti nel settembre del 1934, con una chiara scelta a favore della democrazia e contro il nazional-socialismo[9].

Quella lontana vicenda potrebbe dimostrare l'inesistenza di limiti di natura sostanziale di fronte a una revisione totale di ordine formale e materiale allo stesso tempo, che pure avrebbe voluto modificare radicalmente il regime politico svizzero e la stessa forma di stato.

A livello cantonale, l'insieme delle Costituzioni ha subito nella lunga storia della Svizzera almeno una revisione totale, con l'eccezione della Costituzione del Canton Jura, costituitosi soltanto nel 1977. Negli ultimi cinquant'anni poi quasi tutte le Costituzioni cantonali sono state revisionate totalmente (quattordici revisioni totali, in particolare, dal 1993), esistendo solo tre Costituzioni più che centenarie, quelle di Appenzello Interno, risalente al 1872, Zugo del 1894 e Vallese del 1907, peraltro emendate parzialmente più volte. Ma proprio la Costituzione Vallesana è oggetto attualmente di un procedimento di revisione totale, voluto fortemente dal popolo con la votazione del 4 marzo 2018, che ha scelto anche di affidare a una apposita Assemblea costituente, eletta il 25 novembre 2018, mentre questo contributo veniva concluso nella sua versione definitiva, la redazione del testo di una nuova Costituzione da sottoporre poi al voto popolare[10].

Sono stati eccezionali, in ambito cantonale, i casi in cui il popolo, che come si è osservato dispone dell'ultima parola in ordine alla revisione costi-

[8] Sul punto vedi J.F. AUBERT, *La révision totale des constitutions. Une invention française, des applications suisses*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet: l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, 467-468 e O. BIGLER, *La révision totale*, cit., 201.

[9] Sempre O. BIGLER, *La révision totale*, cit., 202.

[10] Nelle votazioni cantonali del 4 marzo 2018 ha preso parte poco più del 55% degli aventi diritto, esprimendosi a favore della revisione totale quasi il 73% dei voti e, nella domanda sussidiaria rivolta a individuare l'organo competente a redigere il testo di revisione, se l'organo parlamentare o una apposita Assemblea costituente, il 61,5% dei votanti ha manifestato la propria preferenza per la seconda opzione.

tuzionale, ha detto no a un testo di revisione totale[11], manifestandosi, come rilevato in dottrina, una maggiore facilità di utilizzare tale procedura per i Cantoni che per la Confederazione, anche in virtù dei limiti costituzionali federali che riducono lo spazio di manovra per una revisione costituzionale cantonale pure totale, che certo non può spaventare il corpo elettorale cantonale[12].

Ma, soprattutto, ai fini del dialogo tentato con la relazione di Valeria Marcenò, va dato conto del lungo percorso che ha portato all'approvazione della Costituzione nel 1999 e che ha permesso di realizzare concretamente per la prima volta, accanto a una revisione totale formale del testo costituzionale (la nuova versione del 1999, appunto), anche due importanti revisioni totali materiali, sulla base di una nozione (la c.d. revisione totale materiale) fino ad allora solo evocata, non senza contrasti, nella letteratura costituzionalistica elvetica[13].

La possibilità di una revisione totale formale della Costituzione del 1874 era già stata prospettata nell'immediato dopoguerra, con un'iniziativa promossa nel 1946 da parte del Cantone di Basilea città; poi era stata riproposta negli anni Sessanta, dopo il noto caso legato all'acquisto degli aerei da combattimento Mirage, che aveva evidenziato un forte attrito tra la posizione dell'Assemblea federale e quella del Consiglio federale, con la creazione di un'apposita Commissione di inchiesta, la prima nella storia costituzionale elvetica, in un contesto di grande sfiducia verso le istituzioni politiche, sintomo di quel «malessere svizzero», descritto in un conosciuto pamphlet del 1964 del costituzionalista Max Imboden, che avrebbe dato una spinta di rilievo alla condivisione dell'idea di dover procedere alla revisione totale della Costituzione.

Ma, senza potersi qui soffermare su tutti i passaggi di quel faticoso itinerario[14], un primo progetto di riforma totale della Costituzione, predisposto tra il 1974 e il 1977 da una Commissione presieduta dall'allora consigliere federale Kurt Furgler, venne accantonato, anche dopo una consultazione pubblica che rivelò, tra l'altro, la forte probabilità che non si sarebbe trovato su di esso il consenso nel voto popolare. E, dopo alterne vicende, nel giugno

[11] Vedi A. CHABLAIS, *Constitutions cantonales: Le point sur les révisions totales*, in LeGes - *Législation & Evaluation*, 1991/1, 76, nota n. 14, che ricorda il solo voto negativo nel Cantone di Argovia nel 1979, peraltro superato, l'anno successivo, dalla votazione favorevole su un secondo progetto di revisione totale.

[12] Cfr. su questo punto J.F. AUBERT, *La révision totale*, cit., 468: «Ce n'est pas négligeable, mais la révision totale, au niveau des cantons, n'a rien d'aventureux».

[13] Vedi per esempio A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse,* Volume I, *L'Etat*, Staempfli Editions SA Berne, 3ª edizione, 2013, 495, che ritengono questo approccio non convincente.

[14] Vedi per tutti O. BIGLER, *La révision totale*, cit., 219 ss.

del 1987, rinunciando all'impostazione del progetto Furgler, che senza voler modificare le principali istituzioni politiche del Paese aveva però l'ambizione di introdurre numerose innovazioni materiali al testo costituzionale[15], l'Assemblea federale adottò un decreto federale nel quale si affermava che il progetto di nuova Costituzione avrebbe dovuto aggiornare «il diritto costituzionale vigente, scritto e non scritto», attenendosi «a un'esposizione chiara e sistematica» e unificando «lingua e densità delle singole norme». La stesura concreta di un testo di riforma tardò tuttavia di alcuni anni e solo a seguito del voto del 1992, con cui il popolo e i Cantoni rifiutarono l'adesione della Svizzera allo Spazio Economico Europeo, il dibattito sulla revisione totale, anche al fine di riconciliare un Paese uscito profondamente diviso da quest'ultima votazione[16], venne rilanciato definitivamente, con la preparazione di un avamprogetto del 1995, oggetto di un'ampia consultazione pubblica, questa volta largamente favorevole ad esso, e poi con la predisposizione del progetto del novembre del 1996. Memore dell'esperienza negativa del progetto Furgler, il Consiglio federale in modo molto pragmatico[17] presentò l'idea della revisione costituzionale come un processo aperto, mettendo prima in votazione un progetto di revisione totale formale che voleva aggiornare il testo del 1874, reso anche di difficile lettura per le numerosissime revisioni parziali intervenute in 125 anni e che comunque conteneva disposizioni obsolete o immeritevoli del rango costituzionale[18], e spostando, invece, a un momento successivo, sulla base di due separati "pacchetti", il compito di intervenire su questioni sostanziali, che avrebbero potuto determinare il sorgere di contrasti politici capaci di metterne in pericolo l'approvazione. Prospettate come revisioni costituzionali totali, la riforma della giustizia del 2000 e la riforma dei diritti politici, ap-

[15] Così O. BIGLER, M. RENKENS, *L'écriture constitutionnelle: dispositions juridiques et réalisation politique*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 305.

[16] Così O. BIGLER, N. FREYMOND, P. MAHON, M. RENKENS, B. VOUTAT, *La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertise juridique*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 389.

[17] Di «un non commune senso pratico» parla anche M.P. VIVIANI SCHLEIN, *La nuova Costituzione svizzera: una soluzione originale*, in A. REPOSO (a cura di), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Giappichelli, Torino, 2000, 10.

[18] Ma, pur così depoliticizzando il processo di riforma del nuovo testo costituzionale (così L. MADER, *La démarche méthodologique pratiquée lors de la préparation de la révision totale de la Constitution fédérale*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 330, nonché già S. GEROTTO, *Note sulla dottrina svizzera in tema di revisione totale della Costituzione*, in A. REPOSO (a cura di), *La revisione*, cit., 66), l'aggiornamento della Costituzione del 1874 implicò anche codificare tutto un diritto costituzionale materiale vigente, soprattutto relativo al catalogo dei diritti fondamentali, che si era imposto solo grazie alla giurisprudenza del Tribunale federale (vedi O. BIGLER, M. RENKENS, *L'écriture constitutionnelle*, cit., 397), introducendo quindi numerose novità puntuali incontestabili (così L. MADER, *La démarche*, cit., 330).

provata nel 2003 (e pure mai concretamente entrata in vigore, perché poi "rinnegata" da una successiva revisione del 2009 che ne determinò l'abrogazione[19]), potevano tra l'altro essere messe in votazione senza doversi preoccupare di rispettare il limite costituzionale dell'unità della materia che vale, ovviamente, solo per le revisioni costituzionali parziali.

Questa prassi, abbastanza disinvolta e non priva di alcune significative criticità[20], è stata poi utilizzata anche in almeno un'altra occasione successiva, quando nel 2004 venne messa in votazione, sotto la veste di revisione totale, la riforma della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra la Confederazioni e i cantoni, che riguardava peraltro ben ventisette articoli del testo costituzionale.

Che cosa poter ancora aggiungere su questo punto, ai fini del nostro contributo? Se il limite dimensionale di una revisione costituzionale coincide, come ha efficacemente sottolineato Marcenò, con il «mantenimento di una unità politica sulla concezione della Costituzione che prescinda dalle (necessariamente contingenti) maggioranze parlamentari (quel principio antimaggioritario di cui è intrisa la nostra Costituzione, al di là della specifica disposizione sulla revisione costituzionale»)[21], allora è abbastanza evidente che il caso svizzero potrebbe dimostrare che la vera garanzia di quella unità politica sta nell'accordo originario che affonda le sue radici nell'epoca feudale e che dal 1848 in poi prevede che la revisione costituzionale (totale o parziale non importa) debba trovare il sostegno di una doppia maggioranza, rispettivamente la maggioranza del popolo e la maggioranza dei Cantoni.

E quando alcune revisioni costituzionali parziali, originate da iniziative popolari, hanno determinato l'accoglimento nel testo costituzionale di una disciplina materiale che poteva non essere facilmente in consonanza con una serie di valori fondanti del costituzionalismo democratico, per esempio come è accaduto con la revisione costituzionale del 2009 sul divieto di costruzione dei minareti e con quella del 2014 sui tetti massimi annuali e sui contingenti annuali sul numero di permessi di dimora per cittadini stranieri, le implicazioni più stridenti che le nuove disposizioni costituzionali potevano

[19] La riforma del 2003 era quella che aveva introdotto la c.d. iniziativa popolare generale, che avrebbe permesso al popolo di presentare anche progetti di revisione delle leggi federali, oltre che della Costituzione federale.

[20] La principale, forse, legata alla circostanza che tale strumento non potrebbe essere utilizzato dal popolo, che non può presentare un progetto di riforma totale, che si qualifichi come tale, se non nella forma di una proposta generica (vedi P. MAHON, E. JEANNERAT, *La notion de «révision totale matérielle». Un remède inutile à l'exigence de l'unité de la matière?*, in *Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique actuelle*, vol. 2013, 9 (numéro spécial), 2013, 1394, che segnalano anche la difficoltà di trasporre questa prassi a livello cantonale, suggerendo conclusivamente (1398) di fornire un ancoraggio costituzionale esplicito a questa terza forma, mediana, di revisione costituzionale).

[21] V. MARCENÒ, *Manutenzione*, cit., 296.

avere con quell'insieme di valori (e anche con accordi di diritto internazionale stipulati dalla Svizzera) hanno finito per essere neutralizzate nella laboriosa fase di attuazione legislativa da parte dell'Assemblea Federale e poi di esecuzione con le ordinanze del Consiglio Federale[22].

Diametralmente opposta è, invece, ovviamente, la complessa vicenda ungherese, dominata a partire dal 2010 dalla figura politica di Victor Orbán e dal partito *Fidesz*; anche grazie a un sistema elettorale di tipo misto, risalente invero al 1990 e in cui già prevalevano gli effetti maggioritari, ancora ampliatisi a seguito di una modifica legislativa voluta da Orbán, una volta diventato primo ministro[23], e, forse ancor di più, grazie, a un procedimento di revisione costituzionale che permette, in un assetto parlamentare monocamerale, di modificare abbastanza agevolmente[24] la Costituzione con la maggioranza dei 2/3 dei membri del Parlamento[25], nella primavera del 2011 (con la promulgazione avvenuta il lunedì di Pasqua, da cui anche il nome di "Costituzione di Pasqua") è stato adottato un nuovo testo costituzionale che ha sostituito la Costituzione precedente (formalmente risalente al 1949, ma in realtà profondamente modificata in senso democratico nel 1989), e che si è caratterizzato da subito per un approccio che voleva segnare una relativa distanza e una discontinuità proprio con la Costituzione (democratica) precedente, anche richiamando retoricamente nel suo preambolo fonti del diritto

[22] Ciò è parso particolarmente evidente nella seconda vicenda ricordata nel testo: sul punto v. G. GRASSO, *Un'integrazione sostanzialmente riuscita: la Svizzera di fronte alle sfide dell'immigrazione*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, ESI, Napoli, 2018, 623 ss.

[23] Vedi J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Franco Angeli, Milano, 2018, 86-87. L'aumento degli effetti disproporzionali e selettivi della legge elettorale modificata è sostenuto pure da G. ROMEO, E. MOSTACCI, *La forma di governo*, in G.F. FERRARI, *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Giappichelli, Torino, 2012, 70.

[24] Di relativa flessibilità, a proposito di tale *quorum* nel contesto di una sola camera parlamentare, hanno scritto A. JAKAB-P. SONNEVEND, *Une continuité imparfaite: la nouvelle Constitution hongroise*, in *Jus Politicum*, 8/2012, 2. Di una «rigidità costituzionale "contenuta"» ha parlato, invece, A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *http://www.dpce.it/l-ungheria-e-i-valori-europei-un-matrimonio-difficile.html*, 17 settembre 2018, 2.

[25] Si deve ricordare anche che nel luglio del 2010, con un voto espresso a maggioranza dei 2/3, il Parlamento ungherese abrogò una clausola della Costituzione del 1989, inserita nel 1995, che richiedeva addirittura la maggioranza dei 4/5 per avviare il procedimento di approvazione di una nuova Costituzione, diverso dalla semplice revisione del testo costituzionale (vedi sul punto R. UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 285, nonché, tra gli altri, nella dottrina italiana, V. LUBELLO, *La revisione della Costituzione*, in G.F. FERRARI, *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit., 35).

ungherese risalenti addirittura al periodo medievale. Questa Legge fondamentale, approvata riducendo fortemente i tempi parlamentari e ricorrendo ad alcune forzature procedurali[26], oltre che a un'assurda[27] consultazione popolare, effettuata somministrando ai cittadini magiari un questionario con una serie di domande a risposta multipla, al quale ha risposto solo l'11% degli aventi diritto al voto, ha poi subito importanti emendamenti nei mesi successivi, in alcuni casi solo per dare rango costituzionale a norme che ne erano prive (le disposizioni transitorie della Legge fondamentale, in particolare, la cui collocazione nel sistema delle fonti era oggetto di discussione anche in dottrina) e che erano state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale ungherese, operando cioè un pieno capovolgimento del rapporto assiologico tra Costituzione e fonti subordinate, come se fosse normale rispondere, all'annullamento di una disposizione di legge contraria alla Costituzione, con l'inserimento dentro al testo costituzionale di quella medesima disposizione[28].

Il quarto emendamento costituzionale, adottato in meno di un anno dal primo e risalente al 2013, in particolare, ha segnato un punto di non ritorno, azzerando, tra le altre cose, tutta la giurisprudenza della Corte costituzionale ungherese, precedente all'entrata in vigore della Legge fondamentale, Corte quindi privata, pur senza pregiudizio degli effetti giuridici prodotti dalle sue sentenze, della possibilità di ricorrere utilmente a tutti quei precedenti giurisprudenziali che potevano fare da argine all'uso spregiudicato del potere di revisione costituzionale[29].

Se si provano a estendere alle trasformazioni costituzionali avvenute in Ungheria a seguito dell'adozione della Legge fondamentale del 2011 e dell'approvazione di tutti gli emendamenti successivi (l'ultimo nel 2018, il settimo), le riflessioni di Marcenò sulla tenuta dell'unità politica della Costituzione, pare possa evidenziarsi abbastanza chiaramente proprio lo sgreto-

[26] Vedi per esempio F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padova, 2013, 30.

[27] Da A. ARATO, *Constitution Making in Hungary and the 4/5 Rule*, in *http://www.iconnectblog.com,* 6 aprile 2011.

[28] Un'efficace ricostruzione di tutti i diversi passaggi costituzionali avvenuti tra il 2011 e il 2013 è in T. DRINÓCZI, *Constitutional politics in Contemporary Hungary*, in *ICL Journal. Vienna Journal on International Constitutional Law* (10), 1/2016, 63 ss. e spec. 73 ss. Vedi inoltre, per un sintetico riepilogo di quanto accaduto a partire dal 2011, anche con riferimento ai pareri resi dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, la c.d. Relazione Sargentini, *Relazione del Parlamento europeo su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione*.

[29] Vedi su questo punto anche M. DE SIMONE, *Ungheria: note sul quarto e quinto emendamento alla Legge Fondamentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 gennaio 2014, 2

lamento di quello che viene chiamato il principio antimaggioritario[30], perché il limite dimensionale della revisione è stato certamente oltrepassato. Con l'apparente paradosso che il consenso politico intorno a Orbán è molto forte e i numeri della democrazia gli danno ragione, anche se quei numeri risultano appunto gonfiati con l'aiuto di una formula elettorale super maggioritaria, non scalfita dalle ultime elezioni politiche dell'aprile 2018.

Quella messa in discussione dell'unità politica della Costituzione e la "tirannia" di una maggioranza parlamentare e di governo, in grado da sola di approvare riforme costituzionali "illiberali", determina anche uno scivolamento dell'Ungheria fuori dalla famiglia dei sistemi autenticamente democratici? A tale domanda che ci porta a rivolgerci anche alla seconda relazione, che ha fornito la base per la stesura di questo scritto, ha risposto positivamente il Parlamento europeo che nel settembre del 2018 ha approvato la proposta di chiedere al Consiglio di constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione europea.

3. Dialogando con la relazione di Adriana Apostoli

Adriana Apostoli, appena evocata, ha puntato molto nella sua relazione sulla potenzialità espansiva dell'art. 139 Cost., già a partire dall'ancoraggio della forma repubblicana al principio democratico-rappresentativo nell'articolo di esordio della Costituzione stessa. Senza quella saldatura che fa della Repubblica una Repubblica democratica, anche il valore della sancita immutabilità della forma repubblicana risulterebbe di ben diverso spessore, perché è ben evidente che irrivedibile non è qualsivoglia assetto repubblicano dello Stato, per il solo fatto che esso ripudia, per esempio, una legittimazione dinastica o prevede un capo dello Stato eletto dal corpo elettorale, ma un assetto repubblicano che si dimostri sinceramente democratico.

E, nella parte centrale della relazione[31], vengono enucleati diversi elementi, ancorati su altre disposizioni costituzionali (gli artt. 48, 49, 67, 60, comma 1), che vengono posti a fondamento del nostro regime di compiuta democrazia, meta irretrattabile dopo il voto del 2 giugno del 1946: il suffragio universale, la libertà, la segretezza, la personalità e l'uguaglianza del voto; il riconoscimento costituzionale dei partiti politici; il divieto di mandato imperativo; la durata predeterminata della legislatura delle Camere.

[30] Così anche T. DRINÓCZI, *Constitutional politics*, cit., 84, che parla di trionfo del puro principio maggioritario sui principi dello Stato di diritto e del rispetto dei valori democratici sostanziali.

[31] A. APOSTOLI, *L'art. 139*, cit., in particolare, 203 ss.

Guardare ancora a Berna e a Budapest significa, in tale prospettiva, interrogarsi su come nei due ordinamenti costituzionali presi qui in esame venga eventualmente salvaguardata, in sede di revisione costituzionale, un'effettiva identità costituzionale di matrice democratica, tentando di rinvenire in quelle due esperienze costituzionali qualcosa di analogo al nostro art. 139 Cost.

Rispetto alla vicenda elvetica, in aggiunta a tutto quanto già osservato, la prima immediata riflessione conduce ad allargare lo spettro di considerazioni, sviluppate da Apostoli nel contesto soprattutto di una democrazia di tipo rappresentativo come la nostra, a una democrazia definita semi-diretta, in cui due istituti cruciali, come l'iniziativa popolare e il *referendum* (obbligatorio e facoltativo), condizionano fortemente l'assetto di democrazia rappresentativa, declinato in quella originalissima forma di governo che è il modello direttoriale, con un'Assemblea federale, eletta dal popolo, che elegge con una durata prestabilita i sette membri del Consiglio federale; soluzione nella quale né l'Assemblea federale può dimettere il Consiglio federale, né quest'ultimo può sciogliere l'Assemblea federale, così potenziandosi anche tutto un insieme di elementi convenzionali e di prassi politico-partitiche che garantiscono la stabilità di quella forma di governo.

Circoscrivendo l'analisi al solo livello federale (e del resto, in ambito cantonale, come si è già evidenziato, è prescritto proprio un vincolo contenutistico-sostanziale che impone ai Cantoni di darsi una Costituzione democratica), non c'è nella Costituzione elvetica nulla che possa assomigliare all'art. 139 del testo costituzionale italiano, se è vero che il solo esplicito limite alla revisione costituzionale, totale o parziale, è il già ricordato vincolo del diritto internazionale cogente. Eppure, ci si deve chiedere, per esempio, se quel duplice riferimento in tutte e tre le Costituzioni federali, del 1848, 1874 e 1999, al popolo e ai Cantoni che formano insieme la Confederazione svizzera, nel primo articolo di tutti e tre i testi costituzionali menzionati, non rappresenti forse il vero nocciolo duro immutabile di quel testo costituzionale, corroborato dalla circostanza che senza il consenso congiunto di popolo e Cantoni non è mai possibile modificare la Costituzione, nemmeno parzialmente[32].

[32] Questa situazione in cui «la legittimità del costituente derivato, il Popolo e i Cantoni, è considerata superiore non solo a tutti gli altri organi dello Stato, ma anche al costituene originario», peraltro, non potrebbe impedire «al costituente sovrano di modificare le basi stesse del regime politico e costituzionale della Svizzera», secondo quanto sostengono A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse,* cit., 494. Ma forse «il carattere sacro dei diritti popolari» (così S. GEROTTO, *La "dinamica costituzionale" nella Confederazione svizzera: qualche spunto di riflessione sul ruolo dei diritti popolari nel procedimento di revisione costituzionale*, in *Il Diritto della Regione. Il nuovo cittadino, Federalismo, decentramento e revisione costituzionale negli ordinamenti policentrici*, Liber amicorum *per Nino Olivetti Rason*, dicembre 2009, 146-147 e passim), che fa sì che la revisione costituzionale

Certo questo meccanismo della doppia maggioranza ha comportato anche qualche conseguenza paradossale, come il tardivo riconoscimento, proprio dal punto di vista dell'esercizio dei diritti politici fondamentali, del diritto di voto alle donne, avvenuto soltanto a livello federale dal 1971: un blocco conservatore di voti, in quei piccoli Cantoni della Svizzera interna, dove per una manciata di preferenze si può decidere la posizione del Cantone su un testo di riforma costituzionale, e la stessa posizione di maggior freno del popolo hanno ritardato una scelta che, se fosse stata rimessa solamente al voto parlamentare dell'Assemblea federale, probabilmente, sarebbe stata compiuta più tempestivamente.

Analogamente non sfugge che l'iniziativa popolare ha determinato anche, a seguito della previsione del doppio voto favorevole di popolo e Cantoni, l'introduzione di misure costituzionali potenzialmente discriminatorie verso diritti delle minoranze, con ciò bastando qui richiamare le già ricordate revisioni costituzionali del 2009 sul divieto di costruzione dei minareti e del 2014 in tema di regolazione dell'immigrazione.

Il caso ungherese manifesta, invece, per stare ancora a quanto ci ha raccontato Apostoli, in riferimento all'Italia, il segnale sempre più forte di abbandono di un'idea sostanziale di democrazia.

Non è questa certamente la sede per contestare l'opportunità di impiegare, nel dibattito scientifico, per questa e altre esperienze costituzionali (come non pensare, solo per rimanere nell'ambito dell'Unione europea, alla già menzionata situazione polacca?), l'espressione, risalente al noto saggio di Fareed Zakaria, di democrazia illiberale, facendo a pugni, con una metafora, l'accostamento tra il sostantivo e l'aggettivo[33], che pure ha il pregio della semplicità dell'analisi, e dovendosi guardare con sospetto ai tentativi talora fatti per conciliare con essa la prospettiva stessa del costituzionalismo, come limite all'esercizio del potere[34].

Ma anche solo un primo rimando a questa locuzione ci fa comprendere quanto sia stata provvida la scelta dei nostri Padri costituenti di non scrivere semplicemente in Costituzione l'irrivedibilità della forma repubblicana, ma anche di definire l'Italia una Repubblica democratica fondata sul lavoro, se-

non incontri veri e propri limiti materiali, è il vero limite alla revisione medesima, come si viene a dire nel testo.

[33] Perché «una "democrazia illiberale" non è democrazia», come segnalato per esempio, senza alcuna esitazione, da S. CASSESE, *La democrazia svanisce se diventa illiberale*, in *Corriere della Sera*, 28 agosto 2018.

[34] Per una ricognizione della migliore letteratura costituzionalistica straniera sull'impiego dell'espressione "Illiberal democracies" o "Illiberal constitutionalism", vedi T. DRINÓCZI – A. BIEŃ-KACALA, *Constitutions and constitutionalism captured: shaping illiberal democracies in Hungary and Poland*, relazione al Workshop "Illiberal Democracies, del 10° Congresso IACL, Seoul, 18-24 giugno 2018, 1 ss.

gnando con una linea ideale il congiungimento tra l'ultimo e il primo articolo della Costituzione e viceversa, capovolgendo l'ordine, tra l'alfa e l'omega della disciplina del nostro testo costituzionale.

Il caso ungherese, invece, si presenta come una forma repubblicana sempre meno democratica, nella quale anche uno degli elementi indicati nella relazione di Apostoli, come immodificabili, quello riguardante il suffragio universale e l'eguaglianza del voto[35], già indebolito dagli effetti ultra maggioritari della legge elettorale, potrebbe prima o poi non garantire più che le elezioni «siano effettivamente libere ed eque»[36]. Del resto, a parte qualche eccessiva indulgenza mostrata verso il percorso riformatore ungherese, pur con considerazioni svolte in realtà prima della quarta revisione costituzionale del 2013[37], tutti i commentatori sono concordi nel ritenere l'Ungheria ormai praticamente ai confini di un assetto di tipo democratico, parlandosi per esempio di una «autocrazia legalistica»[38], secondo una formula meno ambigua di quella di democrazia illiberale, che lo stesso Orbán, d'altra parte, aveva fatta propria in un noto discorso pubblico del luglio del 2014, ricordato da numerosissima dottrina[39].

4. Un primo spunto conclusivo

Che cosa si può ancora aggiungere, avviandoci a concludere queste brevi note che hanno cercato di portare fuori dal perimetro del diritto costituzionale nazionale gli aspetti forse più propositivi delle due relazioni che hanno fatto da sfondo al nostro contributo?

Intanto, le due diverse esplorazioni che si sono venute a realizzare, anche seguendo un seme lanciato nella discussione orale, costituiscono soltanto, tra le molte esperienze costituzionali che si potevano prendere in considerazione, un primo banco di prova di come possano delinearsi i rapporti tra i limiti sostanziali della revisione costituzionale (totale o parziale) e la garanzia della conservazione di un regime pienamente democratico.

[35] A. APOSTOLI, *L'art. 139*, cit., 206 ss.

[36] Come rilevato da J. RUPNIK, *Specifités et diversité des populismes en Europe centrale et orientale*, in *https://www.sciencespo.fr/ceri/fr/print/24617*, febbraio 2018, 3, citando un *paper* di Grzegorz Ekiert.

[37] Ci si riferisce alla posizione di A. JAKAB – P. SONNEVEND, *Une continuité*, cit., 1 ss.

[38] Si veda per tutti K. LANE SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/populist-constitutionalism-6-kim-lane-scheppele-autocratic-legalism/,* 16 novembre 2017.

[39] Per qualche spunto vedi anche G. GRASSO, *Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale: le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union Européenne*, relazione al Workshop "Illiberal Democracies, del 10° Congresso IACL, ora in *Constitutions*, Dalloz, 2018, 489 e *passim*.

Di fronte alle tendenze illiberali che circolano, abbastanza indisturbate, dentro alle frontiere della vecchia Europa, i sistemi democratici nazionali e con essi il soggetto politico costituito dall'Unione europea corrono gravi pericoli.

La revisione costituzionale può diventare il modo per legittimare profonde torsioni del gradiente democratico di un ordinamento costituzionale, veicolando dentro a quell'ordinamento, come accaduto in Ungheria, una disciplina costituzionale di aperta rottura verso principi, valori, istituti, che vengono generalmente ricondotti nel dover essere di un sistema costituzionale che voglia qualificarsi come effettivamente democratico. Nella vicenda ungherese questo passaggio è stato probabilmente favorito dalla circostanza che l'Ungheria aveva vissuto dopo il 1989 una prima trasformazione della sua forma di Stato, da socialista a democratica, anche con il recupero di una tradizione precedente alla lunga fase del comunismo, nella quale, però, come in altri Paesi di quell'area geografico-politica, mancava per esempio una convinta adesione ai principi dello stato di diritto[40].

In presenza, invece, di una democrazia matura e del tutto consolidata, come quella elvetica, nella quale le tre diverse Costituzioni approvate dal 1848 a oggi hanno lasciato intatti, però, nello scorrere degli anni e delle generazioni, alcuni punti fermi fondamentali, l'unità politica della Costituzione ha retto sempre egregiamente, anche se talora, come si è già ricordato, è stata proprio l'iniziativa popolare, elemento irrinunciabile del nucleo fondante della stessa forma di Stato di democrazia semi-diretta di quel Paese, a mettere in tensione alcuni dei valori che stanno alla sua base; ciò è dimostrato in ultimo, senza poter approfondire il tema oltre lo spazio delle presenti considerazioni, dall'esito della recente votazione sull'iniziativa «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)», che, pur essendo stata respinta in modo massiccio il 25 novembre 2018[41], segnala l'esistenza di un nervo sempre scoperto nei rapporti tra le fonti del diritto svizzero e il diritto internazionale e quindi tra la Svizzera e la comunità internazionale.

[40] Questo punto è ben sottolienato da B. BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 232-233.

[41] Contro la proposta di revisione costituzionale, finalizzata a garantire la prevalenza della Costituzione federale sul diritto internazionale, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale, e ad affermare in caso di eventuale contraddizione l'adeguamento degli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, anche con la possibilità di denunciare i trattati internazionali in questione, si sono espressi, infatti, il 66% dei votanti e tutti i Cantoni della Confederazione. Per comprendere quanto la posta in gioco fosse alta, anche in relazione agli effetti retroattivi di un'eventuale denuncia di un trattato internazionale, basti pensare solo alla circostanza che, con l'adesione della Svizzera alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Tribunale Federale ha fatto costantemente impiego della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oppure al rilievo per il sistema economico ed istituzionale elvetico degli Accordi bilaterali stipulati con l'Unione europea.

ALCUNE ANNOTAZIONI SUL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ-AMMISSIBILITÀ DELLE RICHIESTE DI *REFERENDUM* COSTITUZIONALE

di Roberto Pinardi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il giudizio di legittimità–ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale. – 3. I compiti affidati all'Ufficio centrale per il *referendum*. – 4. La verifica sull'oggetto del *referendum ex* art. 138 Cost. – 5. Sui poteri istruttori dell'Ufficio della Cassazione. – 6. In tema di «omogeneità» della richiesta approvativa. – 7. Sul problema della formulazione del quesito referendario.

1. Premessa

Con le presenti note vorrei svolgere qualche breve considerazione su alcune questioni che si prospettano in relazione al giudizio sulla legittimità-ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale. Le mie riflessioni, pertanto, si appunteranno su una fase del procedimento di revisione che può correttamente definirsi "eventuale", in quanto subordinata all'ipotesi che la legge costituzionale sia stata approvata, in seconda delibera, con una maggioranza compresa tra quella assoluta e quella dei due terzi degli aventi diritto al voto; nonché "facoltativa"[1], in quanto sottoposta alla condizione che i titolari dell'iniziativa referendaria si siano effettivamente attivati per promuovere una consultazione popolare[2].

Va da sé che, nell'ambito dell'odierno Incontro di studi, il mio intervento avrà come oggetto una di quelle «fasi procedimentali ulteriori» dell'*iter* di revisione costituzionale di cui tratta Alessia Fusco nella sua relazione. Le ri-

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

[1] Su questi caratteri della fase procedimentale in parola cfr., di recente, l'ampia analisi di G. FONTANA, *Il* referendum *costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, 2013, spec. 168 ss.

[2] Il che è avvenuto, com'è noto, in sole tre circostanze (negli anni 2001, 2006 e 2016) su un totale di tredici casi in cui una legge costituzionale è stata approvata con la (sola) maggioranza assoluta: per informazioni più specifiche, al riguardo, rinvio alla nota 12 della relazione di Alessia Fusco, pubblicata, *supra*, in questo stesso volume (preciso, peraltro, che in questa come in tutte le altre ipotesi in cui citerò *Relazioni* farò specifico riferimento al testo delle stesse quale pubblicato, prima del Convegno, sul sito *www.gruppodipisa.it*).

flessioni che seguono, inoltre, dialogheranno anche con osservazioni contenute nelle relazioni di Andrea Pertici e di Valeria Marcenò in punto di (necessaria?) omogeneità del quesito approvativo.

Prima di iniziare, due opportune precisazioni di natura terminologica.

Primo: l'utilizzo del termine "legge" costituzionale per identificare l'oggetto di un *referendum* approvativo tradisce la mia adesione a quella linea di pensiero che sostiene che l'espressione della volontà popolare si inserisce, nel caso di specie, (non tanto nella fase costitutiva, quanto piuttosto) nella fase integrativa dell'efficacia dell'*iter* che caratterizza l'approvazione dell'atto, e si svolge, pertanto, su una "legge" costituzionale già perfetta, pur se priva di efficacia[3].

Secondo: utilizzerò, nel prosieguo dell'indagine, il sintagma «corpo referendario» e non «corpo elettorale», in quanto condivido l'opinione di chi rileva che «il corpo referendario [...] si affianca al corpo elettorale, ma se ne distingue sia dal punto di vista soggettivo, che da quello funzionale», in ragione, da un lato, della «distinzione tra la funzione referendaria e quella elettiva», nonché, dall'altro, dell'unitarietà del «corpo referendario, cui si deve imputare *in toto* la pronuncia referendaria, a differenza del frazionamento del corpo elettorale in tanti distinti collegi elettorali, cui vanno imputati i singoli atti elettivi»[4].

2. Il giudizio di legittimità-ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale

Terminata la raccolta delle sottoscrizioni (popolari o parlamentari) prescritte o delle deliberazioni consiliari necessarie – ai sensi della procedura scandita, rispettivamente, dagli articoli da 7 a 9; 6; 10 e 11 della l. n. 352 del 1970 – la richiesta di *referendum* costituzionale viene depositata presso la cancelleria della Corte di Cassazione per essere sottoposta al vaglio dell'Ufficio centrale per il *referendum*.

[3] Cfr. del resto, in senso analogo, Corte costituzionale, sent. n. 496 del 2000, punto 4.2. del *Considerato in diritto*, laddove si legge che: «La decisione politica di revisione […] è dall'art. 138 rimessa primariamente alla rappresentanza politico-parlamentare», dato che nel corso «del procedimento di formazione delle leggi costituzionali il popolo interviene […] solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta, che, in assenza di un pronunciamento popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici». Per i termini generali della *vexata quaestio* ed un'attenta ricostruzione dei diversi orientamenti che sono emersi, sul punto, in dottrina, rinvio, tra gli altri, a G. FERRI, *Il* referendum *nella revisione costituzionale,* Padova, 2001, 101 ss.

[4] In termini G.M. SALERNO, *Il* referendum, Padova, 1992, 268, nonché, *amplius*, 75 ss.

Contrariamente a quanto avviene a seguito della presentazione di richieste *ex* art. 75 Cost., il controllo effettuato su proposte di *referendum* approvativo viene esercitato esclusivamente dall'Ufficio della Cassazione. Al quale spetta, infatti, il compito, che è sintetizzato dall'art. 12, comma 2, l. cit., di provvedere alla «verifica che la richiesta di *referendum* sia conforme alle norme dell'art. 138 Cost. e della legge». Non a caso, dunque, l'Ufficio centrale è solito articolare la parte dispositiva delle sue pronunce non limitandosi a dichiarare legittima la richiesta esaminata, ma provvedendo, altresì, ad ammettere il *referendum* di cui si tratta[5].

Si osservi, inoltre, che questa unicità di giurisdizione, se per un verso previene in radice il prodursi di possibili sovrapposizioni di competenza con la Corte costituzionale[6], per l'altro fa sì che, in questa fase, si prospettino anche questioni che, nell'ipotesi di richieste abrogative si manifestano, invece, nel corso del giudizio di ammissibilità. Ad iniziare dai problemi conseguenti all'applicazione di quei criteri di giudizio che sono stati elaborati, dalla Consulta, a partire dalla storica sent. n. 16 del 1978[7].

Va detto, infine, che, nella prassi, le occasioni di intervento dei magistrati della Cassazione sono risultate, sinora, assai limitate. Tanto da dar vita a sole cinque pronunce, che si caratterizzano, peraltro, per la loro peculiare laconicità: si tratta, più precisamente, delle ordinanze del 22 marzo del 2001, del 21 febbraio e del 16 marzo del 2006 e del 6 maggio ed 8 agosto del 2016[8].

3. I compiti affidati all'Ufficio centrale per il *referendum*

Allo scopo di tratteggiare, in estrema sintesi, un quadro generale delle funzioni esercitate dall'Ufficio centrale per il *referendum*, mi pare possibile affermare che il giudizio sulla legittimità-ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale si sostanzia, essenzialmente, nelle seguenti tre verifiche principali:

[5] Così, infatti, tutte le ordinanze adottate dall'Ufficio della Cassazione ed elencate, tra un attimo, nel testo.

[6] Sui principi che presiedono, viceversa, al riparto di funzioni tra Consulta ed Ufficio centrale, in tema di controllo sulle proposte di *referendum* abrogativo, rinvio all'approfondita analisi di M. LUCIANI, *Commento all'art. 75 Cost.,* in G. BRANCA (fondato da) A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, 294 ss.; nonché, volendo, a R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il* referendum *presso la Corte di Cassazione*, Milano, 2000, 457 ss.

[7] Per alcune riflessioni, in proposito, cfr., *infra*, quanto rilevato nel par. 6.

[8] Leggile, rispettivamente, in *Foro it*. 2001, I, cc. 1121 ss.; *ivi* 2006, I, cc. 684 ss. e 1263; in *http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Ordinanza_6_5_2016_art138Cost.pdf*; ed in *http://www.altalex.com/documents/news/ 2016/08/08/riforma-costituzionale-cassazione-via-libera-a-referendum*.

(A) sull'*idoneità dell'atto* cui fa riferimento la richiesta approvativa ad essere sottoposto al vaglio popolare;

(B) sul rispetto dell'unico *limite temporale* che è prescritto, in materia, dall'art. 4, comma 2, della l. n. 352 del 1970 – sulla scorta, peraltro, di quanto già previsto dall'art. 138, comma 2, Cost. – ossia del termine perentorio di tre mesi, dalla data della pubblicazione notiziale della legge costituzionale, entro il quale la richiesta di *referendum* «deve pervenire alla cancelleria della Corte di cassazione»;

(C) sul rispetto dei numerosi *limiti modali* che sono previsti a pena di illegittimità della proposta di *referendum* approvativo. Il che si traduce, più precisamente, nel verificare:

a) se l'attività di promozione che ha preceduto il deposito della richiesta si è svolta conformemente a quanto previsto dalla legge di attuazione;

b) se a tale deposito hanno provveduto i soggetti a ciò legittimati e nel numero prescritto;

c) se la proposta di *referendum* costituzionale è stata formulata secondo quanto dispone l'art. 4, comma 1, l. cit.;

d) se il numero definitivo di sottoscrizioni valide (popolari o parlamentari), o di deliberazioni consiliari ritualmente adottate, è almeno pari, rispettivamente, a cinquecentomila, ad un quinto dei membri di una Camera o a cinque.

Non è possibile, in questa sede, ricostruire, in maniera più specifica, le operazioni in cui si articolano siffatti controlli né tanto meno esaminare in maniera esaustiva le problematiche di varia natura che possono prospettarsi all'attenzione dei magistrati della Cassazione[9]. Mi limiterò, pertanto, ad accennare ad alcune questioni che mi paiono particolarmente significative.

4. La verifica sull'oggetto del *referendum ex* art. 138 Cost.

Per quel che concerne, innanzitutto, l'idoneità dell'atto ad essere sottoposto a consultazione popolare va detto che perché si prospetti all'attenzione dell'Ufficio centrale una richiesta viziata sotto questo profilo occorre non soltanto, com'è ovvio, che venga presentata una proposta di *referendum* approvativo e che la legge costituzionale di cui si tratta sia stata adottata mediante un procedimento che risulta viziato[10], ma anche che il

[9] Per un'analisi del genere mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *L'*iter *referendario costituzionale: funzioni e ruolo dell'Ufficio centrale per il* referendum, in *www.federalismi.it - Focus* sulle fonti del diritto 2016, n. 2, spec. 6-17.

[10] Perché ad esempio carente di una della quattro delibere parlamentari necessarie o perché le stesse non riguardano, tutte, il medesimo testo del progetto di legge approvato, od ancora perché le Camere (od una soltanto di esse) hanno erroneamente ritenuto di aver raggiunto la maggioranza richiesta dall'art. 138, comma 1, Cost.

Ministro della Giustizia non si sia accorto dell'errore che è stato commesso in sede parlamentare, tanto da dar luogo, ugualmente, alla pubblicazione della legge costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 1, della l. n. 352 del 1970.

Si tratta, dunque, come ognun vede, di un'ipotesi di assai difficile realizzazione se non proprio di un caso di scuola. Ciò non di meno mi pare interessante evidenziare che una richiesta del genere dovrebbe ritenersi non tanto (semplicemente) illegittima quanto piuttosto radicalmente nulla, dato che l'Ufficio della Corte di cassazione non si limiterebbe, in simili frangenti, ad appurare l'esistenza di un contrasto puntuale tra la proposta scrutinata e questa o quella specifica prescrizione normativa, ma giungerebbe sino al punto di accertare la stessa (giuridica) inesistenza dell'oggetto su cui avrebbe dovuto esprimersi la volontà popolare. Ossia di un atto sottoponibile a *referendum* costituzionale.

Né questa puntualizzazione, si noti, esaurisce il proprio rilievo sotto un profilo meramente classificatorio.

Non va dimenticato, infatti, che, ai sensi dell'art. 14 della legge di attuazione, la dichiarazione di illegittimità di una richiesta di *referendum* approvativo comporta la promulgazione della legge costituzionale *in itinere*[11]. Mentre è evidente che nel caso di specie sarà proprio la natura del vizio accertato ad impedire al Presidente della Repubblica di procedere in tal senso.

Va da sé, infine, che, in ipotesi siffatte, anche laddove i magistrati della Cassazione non rilevassero la nullità della richiesta scrutinata, questa potrà sempre essere accertata direttamente dal Capo dello Stato. Il quale, pertanto, proprio per questo motivo, potrà (*rectius*: dovrà) rifiutarsi di indire la consultazione popolare.

5. Sui poteri istruttori dell'Ufficio della Cassazione

Con riferimento, invece, al controllo effettuato dall'Ufficio centrale sul rispetto dei diversi limiti modali che sono prescritti dalla legge del '70, vorrei svolgere, innanzitutto, una brevissima annotazione di ordine procedurale.

Ritengo, infatti, che, con riguardo a tutte le attività di verifica poc'anzi elencate, sia possibile sostenere che l'Ufficio della Cassazione risulta titolare

[11] Sempre che, ovviamente, sia già decorso il termine di tre mesi entro il quale possono essere presentate (altre) richieste di *referendum* costituzionale. Questa specificazione, si osservi, è necessaria vista la prassi instaurata dall'Ufficio della Cassazione che non è solito attendere lo spirare del termine *de quo* allo scopo di scrutinare contemporaneamente tutte le richieste pervenute, ma effettua, piuttosto, il suo controllo in occasioni successive, e cioè a ridosso del deposito di ogni singola richiesta (cfr. infatti, in tal senso, le ordinanze del 2006 e del 2016 ricordate, *supra*, a nota 8).

di poteri istruttori[12]. Avendo quindi la possibilità di disporre di canali informativi autonomi al di là del materiale prodotto dai soggetti che partecipano alla procedura.

Questa conclusione discende dalla convinzione, di carattere più generale, secondo cui, alle funzioni che sono esercitate, in materia, dall'Ufficio centrale per il *referendum*, deve riconoscersi natura giurisdizionale[13]. Non intendendo, peraltro, con questo aggettivo, far riferimento ad un'attività di giurisdizione contenziosa, quanto piuttosto a funzioni giurisdizionali di diritto obiettivo[14], se è vero che i compiti assegnati a tale Ufficio appaiono finalizzati alla tutela di un preciso interesse pubblico, qual è quello di garantire che il procedimento in oggetto, e dunque l'espressione della volontà popolare in ordine all'opportunità dell'entrata in vigore di una legge costituzionale, risulti ritualmente ineccepibile[15].

6. In tema di «omogeneità» della richiesta approvativa

La questione più discussa che si è sinora prospettata con riferimento al

[12] Sul tema, più in generale, anche per alcune riflessioni sul problema del referente normativo cui ancorare l'esercizio di tali poteri, mi sia concesso rinviare a R. PINARDI, *L'Ufficio*, cit., spec. 49 e nota 141.

[13] Non potendo dimostrare l'assunto in questa sede, rinvio alle argomentazioni sviluppate in R. PINARDI, *L'Ufficio*, cit., 30-56 e spec. 48-55. Successivamente, del resto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto *apertis verbis* la natura sia soggettivamente che oggettivamente giurisdizionale dell'Ufficio della Cassazione (a partire dalla sent. n. 343 del 2003). Per alcune posizioni, tuttavia, di segno contrario, v. ad esempio, di recente, Cons. St., IV sez., sent. n. 5369 del 2015 (leggila in *http://www.ratioiuris.it/cons-stato-sez-iv-26-novembre-2015-n-5369*); Cass., sez. un civ., sent. n. 24102 del 2016 (pubblicata in *https://www.eius.it/giurisprudenza/2016/464.asp*) e su entrambe le riflessioni svolte da M. MASSA, Referendum, *democrazia e contenzioso. Il caso italiano del* 2016, in *Quad. cost.* 2018, 742-743.

[14] Per riprendere una nota classificazione che è stata elaborata, in passato, da autorevole dottrina: mi riferisco alla distinzione tra processi a contenuto oggettivo e processi su diritti soggettivi delineata da E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ora in ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 116 ss. Rilevo, d'altra parte, che come è stato correttamente evidenziato (da M. MASSA, Referendum, cit., 744) «il lascito principale del contenzioso del 2016» cui ha dato vita il quesito referendario concernente la riforma Renzi-Boschi consiste nel «consolidamento […] della connotazione istituzionale e oggettiva» della procedura referendaria e conseguentemente della fase di controllo che si svolge davanti all'Ufficio della Cassazione.

[15] Non a caso l'Ufficio centrale ha parlato, a proposito delle analoghe funzioni esercitate con riferimento a richieste di *referendum* abrogativo, di un procedimento «a contenuto "oggettivo"», ossia di funzioni caratterizzate dal «dovere giurisdizionale di provvedere per rendere certo l'ordine giuridico» (così Ufficio centrale, ordinanza del 13 novembre del 1989, *inedita*, 7).

giudizio sulla legittimità-ammissibilità delle richieste di *referendum* costituzionale potrebbe essere sintetizzata dal quesito che segue: deve ritenersi applicabile, anche nel caso di specie, quel criterio che è stato elaborato, dalla Consulta, in relazione al *referendum ex* art. 75 Cost., ed in forza del quale vengono dichiarate inammissibili le proposte di consultazione popolare che non risultino dotate della necessaria «omogeneità»[16]? Ed in caso di risposta affermativa a questa prima domanda: deve ritenersi che sia compito dell'Ufficio centrale garantire il rispetto di tale limite?

Si osservi, in via preliminare, che quesiti del genere non appaiono neppure astrattamente ipotizzabili nei confronti degli altri criteri di ammissibilità che sono stati variamente articolati, dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 16 del 1978. Dal momento che questi o attengono al divieto previsto, per il solo *referendum* abrogativo, dall'art. 75, comma 2, Cost., oppure discendono dalla natura ordinaria (e non costituzionale) della normativa oggetto della richiesta referendaria.

Con riferimento, invece, al criterio dell'«omogeneità», il problema, anche con riferimento a richieste di *referendum* approvativo, non è certo nuovo. Giacché si ricollega alla *vexata quaestio* dell'idoneità della procedura prevista dall'art. 138 Cost. a consentire modifiche organiche del dettato costituzionale[17]. Esso si pose, pertanto, con forza, già all'epoca delle Commissioni bicamerali, nel 1993 e nel 1997[18], per poi venire nuovamente discusso a margine della riforma costituzionale bocciata dal voto popolare del 25 e 26 giugno del 2006 e tornare, di recente, al centro del dibattito politico e dottrinale durante l'*iter* che si è poi concluso con la votazione del 4 dicembre del 2016 sul *referendum* concernente la riforma costituzionale Renzi-Boschi.

Sul tema, com'è noto, le opinioni, in dottrina, divergono radicalmente[19],

[16] Per un'approfondita analisi delle premesse di carattere teorico e delle concrete applicazioni (ed articolazioni) cui ha dato vita il limite *de quo*, rinvio, per tutti, a M. LUCIANI, *Commento*, cit., 403 ss. (ed agli Autori *ivi* richiamati).

[17] In tema, da ultima, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. l'analisi sviluppata da Valeria Marcenò nell'ambito della sua *Relazione* all'odierno Seminario di studi (ed *ivi* spec. 9 ss.).

[18] Dato che anche i procedimenti di revisione costituzionale che erano disciplinati, in deroga all'art. 138 Cost., dalle leggi costituzionali nn. 1 del 1993 e 1 del 1997 prevedevano un unico *referendum* approvativo avente ad oggetto l'intera legge di revisione della seconda Parte della Costituzione.

[19] Per cui mi pare frutto di un'eccessiva semplificazione delle posizioni espresse dalla letteratura in materia l'affermazione che si legge a pag. 11 della *Relazione* di Alessia Fusco secondo cui: «Come noto, il *referendum* costituzionale non è sottoponibile a un controllo sull'omogeneità del quesito». Non a caso, in senso contrario, Valeria Marcenò, ricostruendo il dibattito sull'ammissibilità di una revisione organica – e dunque, in ipotesi, disomogenea – della Carta costituzionale, tramite lo strumento offerto dall'art. 138 Cost., parla, giustamente

tra chi è favorevole ad applicare il criterio in oggetto anche nel caso di consultazioni approvative, sulla base, essenzialmente, della necessità di preservare, anche in questa ipotesi, la libertà di voto del corpo referendario; e chi sostiene, invece, l'opposta tesi, facendo leva, principalmente, da un lato, sul diverso quadro normativo che contraddistingue i due tipi di *referendum* in parola; nonché, dall'altro, su alcune riflessioni attinenti alla "logica" che è sottesa all'intervento popolare *ex* art. 138 Cost.[20].

Chi scrive ha già espresso, in passato, la propria adesione a questa seconda linea di pensiero[21], sviluppando, peraltro, argomenti che non possono essere qui riproposti, per ragioni di economia dello scritto. Mi limiterò, pertanto, a ricordare per quel che maggiormente interessa in questa sede, che una parte degli studiosi ascrivibili al primo degli orientamenti menzionati risolve il problema dell'individuazione dell'organo che dovrebbe garantire, *de iure condito*, il rispetto del limite *de quo*, individuandolo, per l'appunto, nell'Ufficio centrale per il *referendum*[22]. Con una soluzione, tuttavia, che non ritengo condivisibile per le seguenti ragioni.

Ammesso e non concesso che il requisito dell'«omogeneità» debba trovare applicazione anche nell'ipotesi di *referendum* di natura approvativa, non si vede in che modo l'Ufficio centrale potrebbe giungere a censurare, in quanto «eterogenea», una proposta di *referendum* costituzionale, se è vero

– a p. 9 della sua *Relazione* – di una questione rispetto alla quale «la categoria dei costituzionalisti è stata di netto tagliata».

[20] Per una ricostruzione più articolata di un quadro dottrinale che risulta, in realtà, assai più ricco di toni e sfumature non facilmente sovrapponibili – nonché per le opportune indicazioni di natura bibliografia – cfr., volendo, R. PINARDI, *L'Ufficio*, cit., 243 ss., ed *ivi* note 523 e 531; cui *adde*, più di recente, A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC* n. 2 del 2016, 7 ss. spec. note 28, 34 e 35.

[21] Pur non mancando di porre in evidenza che anche la prima delle opinioni che si sono velocemente tratteggiate propone all'attenzione del lettore argomenti seri e degni di meditazione: cfr. R. PINARDI, *L'Ufficio*, cit., 243 ss. Si è espresso per l'inapplicabilità del limite dell'«omogeneità», nell'ipotesi di *referendum* costituzionale, anche Andrea Pertici, nel corso dell'esposizione orale della sua *Relazione* (nel medesimo senso, del resto, v. già, dello stesso Autore, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, Torino, 2010, 197-198).

[22] Nonché, in seconda battuta, nella Corte costituzionale, «o in seguito a conflitto di attribuzione sollevato dai promotori di un *referendum* su parte di una legge di revisione eterogenea, qualora la richiesta non fosse ammessa dall'Ufficio centrale, o in seguito all'impugnazione della legge ormai in vigore, quando debba essere applicata nel corso di un giudizio»: in termini M. VOLPI, voce Referendum *nel diritto costituzionale,* in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 515, richiamandosi espressamente ad una tesi sostenuta da R. ROMBOLI, *Le regole della revisione costituzionale*, in E. RIPEPE - R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, 92-93 (ma v. anche, in senso analogo, gli Autori citati da A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, in *Quad. cost.*, 1997, 403, nota 104).

che l'art. 4 della legge di attuazione – giusto il disposto di cui all'art. 138, comma 2, Cost. – prescrive, al contrario, e molto chiaramente, che le richieste in materia debbano riguardare, a pena di illegittimità, l'intera «legge costituzionale che si intende sottoporre alla votazione popolare». Dovendo ipotizzarsi, piuttosto, che, proprio alla luce di siffatta disciplina, la Cassazione finirebbe, al contrario, per dichiarare illegittima una richiesta sottoposta al suo sindacato laddove questa – in nome, per l'appunto, del rispetto del limite in parola – riguardasse soltanto una parte della legge costituzionale approvata dalle Camere.

In sostanza: stante l'attuale quadro normativo, mi pare corretto sostenere che anche qualora l'Ufficio centrale aderisse alla tesi della necessaria «omogeneità» delle richieste di *referendum* costituzionale non potrebbe far altro che impugnare l'art. 4, comma 1, della l. n. 352 del 1970[23] – nella parte in cui prescrive che la richiesta debba riguardare l'intera legge costituzionale e non permette, dunque, all'Ufficio della Cassazione, di tener conto delle esigenze sottese all'elaborazione del limite *de quo* – per contrasto di tale disposizione con gli artt. 1 e 48 Cost. Anche se poi ritengo improbabile che, quale esito di un'iniziativa del genere, si possa giungere, in effetti, ad un giudizio affidato, in materia, alla competenza dell'Ufficio centrale, dato che il disposto di cui all'art. 4 cit. discende direttamente, come già rilevato, da quanto prescrive l'art. 138, comma 2, Cost., di modo che non è difficile ipotizzare che la Consulta, di fronte ad una questione così formulata, non farebbe altro che accertare la corrispondenza della normativa di attuazione rispetto al precetto costituzionale in parola, giungendo, quindi, per tale via, a dichiarare l'infondatezza della doglianza sottoposta al suo scrutinio.

Vorrei ricordare, inoltre, in tema, che, nel corso della tornata referendaria del 2016, si è assistito ad alcune iniziative giudiziarie che miravano anche ad ottenere la proposizione di questioni di costituzionalità analoghe. Mi riferisco, più precisamente: *a*) a due ricorsi presentati all'attenzione del Tribunale di Milano e poi respinti, nel merito, con ordinanze depositate il 10 novembre del 2016[24]; *b*) ad un ricorso presentato davanti al T.A.R. del Lazio e deciso con una pronuncia di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione, con sentenza della Sez. II *bis*, 16 novembre 2016, n. 11662[25].

[23] Ricordo che sulla possibilità di riconoscere all'Ufficio della Cassazione la qualifica di giudice *a quo* la giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai consolidata (cfr. per prima la sent. n. 343 del 2003).

[24] Cfr., al riguardo, le riflessioni sviluppate da G. RIVOSECCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 1 del 2017, 5 ss.

[25] Leggila in: *http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=32818&content=sulla+legittimit%C3%A0+del+quesito+referendario&content_author=*.

7. Sul problema della formulazione del quesito referendario

Vorrei svolgere, infine, qualche breve riflessione sul problema della formulazione del quesito approvativo[26].

Una volta terminato positivamente il controllo sul rispetto dei limiti previsti dalla legge di attuazione e dall'art. 138 Cost., è compito dell'Ufficio centrale, nell'ammettere il *referendum* costituzionale, determinare il quesito che verrà sottoposto ai cittadini. Più precisamente, l'art. 16 della l. n. 352 del 1970 prevede, al riguardo, una duplice possibilità, a seconda che coinvolta nel procedimento approvativo risulti una legge di revisione costituzionale oppure un'*altra* legge costituzionale[27]. Prescrivendo, infatti, che mentre nella prima ipotesi la formula petitoria deve fare esplicito riferimento agli articoli della Costituzione che vengono sottoposti a modifica[28], nel secondo caso il quesito su cui dovrà esprimersi la volontà popolare deve fare esclusiva menzione dell'oggetto della legge costituzionale così come individuato dal suo titolo[29].

Ebbene, sia nel 2001 che nel 2006, ed ancora con le recenti ordinanze del 2016, l'Ufficio centrale per il *referendum* ha redatto il quesito approvativo utilizzando la seconda delle formule indicate. E questo nonostante in tutte e tre le ipotesi risultassero, al contrario, approvate in sede parlamentare leggi di revisione costituzionale[30].

Si può parlare, quindi, in proposito, di un'applicazione errata e ripetuta di quanto prescritto dall'art. 16 della legge di attuazione. Sicché non può certo stupire se, nel corso dell'*iter* referendario che è poi sfociato nella consultazione tenutasi il 4 dicembre del 2016, la formulazione del quesito ap-

[26] Accenna alla questione, pur senza approfondire, Alessia Fusco, nel par. 4.2. della sua *Relazione*.

[27] Intendendo, in entrambi i casi, atti adottati tramite la procedura che è scandita dall'art. 138 Cost., ma con la prima definizione, com'è noto, una legge che modifica il testo costituzionale, mentre con la seconda una legge «che si *affianca* alla Costituzione in senso stretto e la *integra*, ma ne resta *materialmente separata*» (così, *ex multis*, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2017, 217, corsivo testuale).

[28] «Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo ... (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ...?».

[29] «Approvate il testo della legge costituzionale … concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ...?».

[30] Per la diversa opinione secondo cui, in occasione della riforma del 2016, non saremmo stati in presenza di una «legge di revisione costituzionale», quanto piuttosto di un'altra «legge costituzionale», cfr. G. PICCIRILLI, *Il procedimento di elezione dei giudici costituzionali "a Camere separate" nella legge costituzionale approvata il 12 aprile 2016*, in *www.federalismi.it*, n. 8 del 2016, 1, nota 1; e su questa le condivisibili osservazioni critiche di P. CARNEVALE, *L'Ufficio centrale della Cassazione dichiara legittime le richieste di* referendum *costituzionale: non c'è due senza tre*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1 del 2016, 104-105.

provativo deliberata dall'Ufficio centrale è stata fatta oggetto di numerose iniziative giudiziarie[31]. Né avrebbe pregio replicare che, in buona sostanza, la scelta per l'una o l'altra delle formule menzionate risulta del tutto indifferente, perché è vero, in senso contrario, che soltanto nell'ipotesi di una legge di revisione costituzionale la modifica del diritto oggettivo si attua mediante un diretto intervento sui precetti contenuti nella Carta, ed è proprio siffatta ed importante informazione che la prima delle formule previste dall'art. 16 cit. intende esplicitamente (e doverosamente) portare all'attenzione dei votanti.

Si noti, d'altra parte, che l'errore commesso dall'Ufficio centrale potrebbe sortire effetti negativi, in rapporto all'esigenza di pervenire ad una genuina espressione della volontà popolare, anche per altri motivi[32].

Esaminiamo, ad esempio, la vicenda referendaria cui ha dato vita il recente tentativo di riforma costituzionale Renzi-Boschi. Anche in quel frangente, come appena rilevato, il quesito che è stato redatto dai magistrati della Cassazione faceva esclusivo riferimento al titolo della legge di revisione. Il quale recitava, più precisamente: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione».

Ora, in primo luogo, non va sottaciuto che, a fronte di un titolo non "muto", come era quello che caratterizzava la riforma *de qua*, ben diverso è definire il *thema decidendum* della consultazione referendaria con specifico riferimento alle parti della Costituzione sottoposte a modifica oppure con riguardo esclusivo al titolo della legge *in itinere*. Si osservi, infatti, che, nel caso di specie, il titolo della legge costituzionale indicava non soltanto – così come era avvenuto nel 2001 e nel 2006[33] – l'oggetto normativo del progetto di riforma, ma anche il fine (od uno dei fini) che la stessa intendeva perseguire (*id est*: «il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni»). E non vi è chi non veda come quest'ultima indicazione era indubbiamente suscettibile di un vasto (ed acritico) consenso popolare[34].

[31] Per una sintetica analisi di tali iniziative mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *Brevi note su alcuni snodi procedurali in tema di* referendum *costituzionale*, in *Quad. cost.* 2017, 137 ss.

[32] Come ha fatto notare, a più riprese, Paolo Carnevale, di cui v., ad esempio, *L'Ufficio*, cit., 103-104; ID., *Considerazioni critiche sull'*iter *e sulla procedura referendaria*, in *www.federalismi.it*, n. 12 del 2016,11; ID., *Il* referendum *costituzionale del prossimo (*sic!*) dicembre tra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi*, in *www.costituzionalismo.it,* n. 2 del 2016, 58-59.

[33] Rispettivamente con la legge di «Modifica del Titolo V della parte II della Costituzione» e con la legge di «Modifica della parte II della Costituzione».

[34] Cfr. tra gli altri, sul punto, A. PACE, *Ancora*, cit., 11 ss. È appena il caso di porre in evidenza come la circostanza che nella consultazione del dicembre del 2016 abbiano alla fine prevalso i "no" nulla toglie al rilievo giuridico dell'argomentazione sviluppata nel testo.

In secondo luogo, va posto in rilievo che un quesito così formulato non dava minimamente conto di alcune tematiche, di non secondario rilievo, su cui la riforma, viceversa, incideva: si pensi soltanto alle modifiche concernenti gli istituti di democrazia diretta, il Presidente della Repubblica o la Corte costituzionale. Ciò non si sarebbe, ovviamente, verificato qualora l'Ufficio della Corte di cassazione avesse formulato correttamente la domanda da rivolgere ai cittadini facendo dunque ricorso alla prima delle formule indicate nell'art. 16 della legge di attuazione. E avesse quindi menzionato, all'interno del quesito, tutti gli articoli della Costituzione che si intendevano sottoporre al voto popolare.

TRE QUESTIONI IN TEMA DI REVISIONE COSTITUZIONALE

di Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. *Prima questione*: si può espandere, per via di revisione, il "nucleo duro" della Costituzione? – 2. Esempi di modifiche possibili dei principi fondamentali (con specifico riguardo agli artt. 9, 11, 12, 138). – 3. Le obiezioni che possono farsi alla tesi favorevole alle modifiche dei principi, il loro superamento, il regime che è da riconoscere agli atti di revisione, sotto lo specifico aspetto della loro assoggettabilità a sindacato di costituzionalità, per un verso, e, per un altro verso, della loro attitudine a porsi a parametro di leggi costituzionali a venire. – 4. *Seconda questione*: esistono davvero, nei fatti, le condizioni per far valere i limiti alla revisione costituzionale e, se sì, quale ne può essere la estensione? In particolare, la trasmissione dei limiti da una norma all'altra e da un grado all'altro della scala gerarchica. – 5. *Terza questione*: quando la revisione è doverosa, quando opportuna, quando inopportuna.

1. *Prima questione*: si può espandere, per via di revisione, il "nucleo duro" della Costituzione?

Circoscrivo questa mia succinta riflessione unicamente a tre punti, ai quali fanno capo talune questioni di cruciale rilievo, da tempo variamente discusse e tuttavia, a mio modo di vedere, meritevoli di un supplemento d'indagine.

La prima questione è riassumibile nell'interrogativo seguente: si possono modificare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, nei quali comunemente si rinviene il c.d. "nucleo duro" della Costituzione[1], segnatamente nel senso della espansione di quest'ultimo?

La mia idea è che i principi, per un verso, non siano le sole norme della

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina. Lo scritto è aggiornato alla data del Convegno.

[1] Il sintagma è – come si sa – ormai in uso (riferimenti, per tutti, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. STAIANO, Giappichelli, Torino 2006, e, ora, nei contributi al nostro incontro, tra i quali part. quello di A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, tutti in www.gruppodipisa.it) ma resta circondato da un alone di non rimossa ambiguità, sovente alimentato da oscillanti orientamenti sia dottrinali che (e soprattutto) giurisprudenziali (ad es., per ciò che concerne il riconoscimento dei diritti fondamentali anche agli stranieri irregolari o, appunto, i limiti alla revisione costituzionale).

legge fondamentale della Repubblica idonee a resistere ad innovazioni nel segno della continuità costituzionale e, per un altro verso, che possano però essi pure andare soggetti alle stesse, pur se entro certi limiti e a certe condizioni.

Mi sforzo di argomentare questa idea con la massima rapidità, anche al fine di non ripetere qui cose dette in altri luoghi.

La tesi favorevole a modifiche degli enunciati espressivi dei principi va incontro ad una preliminare difficoltà, in ordine appunto al riconoscimento degli stessi, una volta che si convenga in premessa che il criterio dell'autoqualificazione, seppur meritevole di ogni considerazione, non è ad ogni buon conto risolutivo, secondo quanto peraltro la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato con riguardo a plurimi ambiti materiali di esperienza (in relazione alle leggi d'interpretazione autentica, ai principi fondamentali di potestà ripartita, *ex* art. 117 cost., ecc.).

Lascio per il momento in sospeso il problema del riconoscimento che, comunque, per il solo fatto di essere posto, presuppone la esistenza dei principi in parola. Ebbene, a favore della emendabilità delle disposizioni in cui essi sono espressi può addursi proprio la circostanza per cui, col mutare dei contesti, gli stessi principi potrebbero averne a soffrire e vedere in qualche modo scemata la loro forza normativa per il caso che non si facesse luogo al loro congruo aggiornamento. In altri termini, sarebbero gli stessi principi a reclamare di essere fatti oggetto di una nuova disciplina al fine di essere opportunamente salvaguardati e di potersi pertanto trasmettere, integri nel loro formidabile potenziale espressivo, anche nel tempo a venire. D'altronde, proprio in questa sua attitudine a spiegarsi nei tempi lunghi della storia di un ordinamento e di un popolo riposa – come si sa – uno dei tratti maggiormente espressivi della Costituzione, della sua essenza appunto.

L'importante è, ad ogni buon conto, che la Carta sia aggiornata nel senso della inclusione, *in melius*[2], sì da non risultare comunque intaccata la fedeltà alla sua matrice originaria ed anzi da essere reso ancora più saldo il legame con questa, prescindendo dunque dal dato meramente esteriore dell'ampiezza della innovazione, la quale – è stato fatto opportunamente osservare proprio nel corso del nostro Convegno[3] – va apprezzata al piano qualitativo, non già a quello meramente quantitativo.

Proprio qui è, infatti, il punto fisso al quale occorre fare riferimento e dal quale occorre saldamente tenersi in sede di progettazione di nuove discipline

[2] Questa idea va sempre di più prendendo piede in plurimi ambiti di esperienza, e specificamente con riguardo al riconoscimento dei diritti fondamentali, dei quali una sensibile dottrina rimarca con opportuni rilievi la "vocazione inclusiva" (di recente, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016).

[3] … da V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*

costituzionali. L'innovazione ai principi trae, infatti, giustificazione e alimento dai valori fondamentali in nome dei quali è stata combattuta la battaglia vittoriosa per l'affermazione del nuovo ordine costituzionale. I principi sono la trascrizione grafica, positiva, più immediata e genuinamente espressiva dei valori, fanno (e devono fare) da specchio a questi ultimi, di modo che, laddove mutamenti di contesto possano rendere siffatta rappresentazione dei valori non più adeguata, fedele, ecco che l'aggiornamento degli enunciati espressivi dei principi non soltanto si dimostra possibile ma – di più – risulta essere doveroso, altrimenti il rischio gravissimo che si corre è proprio quello della discontinuità costituzionale, la quale – contrariamente a quanto comunemente si pensa – non necessariamente si pone quale l'esito naturale di un fatto costituente ma può risultare anche dal graduale spegnimento della luce dei valori a motivo dell'acclarata incapacità dei principi di darvi voce, assicurandone l'inveramento nell'esperienza, il massimo consentito alle non di rado difficili condizioni oggettive di contesto.

Il fondamento della Costituzione, insomma, è sempre di ordine storico-politico e ideale a un tempo, è nel mondo del pregiuridico, vale a dire nel "luogo" in cui si affermano e crescono i valori, non già in quello del diritto (e, segnatamente ed esclusivamente, nei principi, che ne danno la più immediata espressione normativa).

Come si è tentato di argomentare altrove, i principi, allo stesso tempo, valorizzano e però pure impoveriscono i valori: li servono, perché senza di essi questi non potrebbero farsi diritto vigente prima e vivente poi, ma fatalmente non riescono mai a renderli appieno nella loro cristallina purezza; ed è proprio perciò che gli stessi principi, malgrado la loro formidabile apertura e duttilità strutturale, richiedono di essere, laddove necessario, fatti oggetto – com'è ora di moda dire – di "manutenzione" normativa.

Sono dunque i valori (con riguardo al nostro ordinamento: democrazia, libertà, eguaglianza, sopra ogni altro dignità della persona umana) a proiettare un fascio di luce nel cammino che conduce alla ricerca dei principi e, una volta che questi siano stati individuati, che ne determina la messa a punto e complessiva chiarificazione. In questa opera, un ruolo di centrale rilievo è giocato – a me pare – da *consuetudini culturali di riconoscimento* dei principi diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. Sono esse, infatti, a portare ad emersione, a disvelare l'essenza della Costituzione, riposta nel cuore della materia costituzionale[4]; alle istituzioni, poi, sia a quelle gover-

[4] L'idea secondo cui la Costituzione e il diritto costituzionale, più (e prima ancora) di ogni altra disciplina positiva, sono gravati del compito di portare alla luce ciò che è nel profondo del corpo sociale è – come si sa – vigorosamente patrocinata da V.E. Orlando e dai suoi epigoni, a partire da S. Romano, ed è debitrice di un'indicazione metodico-teorica risalente all'esperienza romanistica, ancora ai nostri giorni peraltro ripresa da un'autorevole dottrina [su tutto ciò, si può, se si vuole, vedere il mio *La "materia" costituzionale, i modi della*

nanti che a quelle di garanzia, tocca il compito di recepire e tradurre in atti giuridicamente significanti le consuetudini in parola, assicurando in tal modo la trasmissione dei valori nel tempo e, con essi, la continuità dell'ordinamento costituzionale.

Il rinnovamento dei principi ha dunque la medesima giustificazione che è propria del rinnovamento delle altre norme giuridiche, a partire appunto da quelle costituzionali. La circostanza, poi, che mettere mano alla riscrittura dei primi sia un bisogno avvertito solo nei tempi lunghi (e, anzi, lunghissimi) di un'esperienza costituzionale è un dato che non richiede alcun commento, riportandosi a quell'apertura e duttilità strutturale degli enunciati che li esprimono, che si è poc'anzi evidenziata, così come dopo le cose dette non occorre spendere alcuna parola a sostegno dell'idea delle innovazioni a finalità inclusiva, non già di quelle che porterebbero a riduzioni di senso dei principi stessi e persino all'esaurimento del loro potenziale normativo.

2. Esempi di modifiche possibili dei principi fondamentali (con specifico riguardo agli artt. 9, 11, 12, 138)

Un'accreditata dottrina[5] ha da tempo persuasivamente argomentato la tesi secondo cui le sole modifiche della Costituzione precluse (per via legale) sono quelle a finalità di restaurazione del passato ordinamento, in opposizione frontale col quale la legge fondamentale della Repubblica è venuta alla luce, giustificando se stessa e il fatto storico-politico che l'ha generata. Dal mio canto, mi sono in altri luoghi dichiarato dell'idea secondo cui, ferma questa condizione, l'innovazione costituzionale a mezzo delle procedure indicate nell'art. 138 debba rinvenire la causa prima della propria esistenza proprio nell'intento di servire ancora meglio rispetto al passato (e al presente) i principi fondamentali[6]; e questo canone generale può valere per… *gli stessi principi*, innovati al fine di restare sempre uguali a se stessi e, allo stesso tempo, ancora di più promossi e preservati.

Faccio solo quattro esempi, il primo dei quali credo che non sollevi alcuna obiezione, mentre i restanti meritano di essere discussi.

sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici), in www.rivistaaic.it, 4/2017, 12 dicembre 2017. Sull'apporto teorico dato da Orlando, v., ora, l'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018].

[5] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206.

[6] Ho iniziato a discorrere della questione nel mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss., cui ho quindi dato ulteriore svolgimento in altri luoghi.

Si pensi, dunque, in primo luogo, all'aggiornamento dell'art. 9 volto ad aggiungere in esso, così come peraltro da tempo proposto, un riferimento alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema. Se ne parla – come si sa – all'art. 117, trattando del riparto delle materie tra Stato e Regioni, ma non è – com'è chiaro – la stessa cosa del riconoscimento dell'ambiente quale valore fondamentale, secondo quanto peraltro ampiamente rilevato in giurisprudenza.

Si pensi ancora alla modifica del tricolore, specificamente nel senso che nella parte bianca venga ospitato il simbolo dell'Unione europea: a significare quella doppia appartenenza (allo Stato e all'Unione) che ormai sentiamo nostra e che riassume una realtà connotata da una doppia cittadinanza e da una sovranità condivisa caratterizzanti lo stadio attuale del processo d'integrazione sovranazionale.

Con riguardo a questa seconda innovazione, si potrebbe tuttavia muovere l'obiezione che il processo d'integrazione sovranazionale, diversamente da quello nazionale, non è ancora pervenuto a compiuta maturazione né siamo in grado di dire se mai vi perverrà, e che pertanto il simbolo risulterebbe almeno in parte ingannevole. A questo rilievo, tuttavia, si potrebbe replicare che il fine della novità in parola sarebbe proprio quello di rappresentare il cammino in corso e la meta verso la quale lo stesso tende e che lasciare il tricolore quale oggi è non renderebbe testimonianza della forza "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*) che va ormai riconosciuta al diritto sovranazionale, al suo essere già qui ed ora, specie per ciò che concerne i trattati, parte integrante della costituzione materiale dell'ordinamento.

Coerente con la innovazione ora presa in esame (ed anzi a questa immediatamente precedente) è l'altra che porta ad integrare l'art. 11, nel quale in forza di una consuetudine interpretativa ormai solidamente radicatasi si rinviene il fondamento della *primauté* del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, attraverso l'inserimento di una *Europaklausel*, secondo quanto peraltro – come si sa – si è avuto in altri ordinamenti.

Questa novità dispone di plurime ragioni a suo sostegno. La prima (e più rilevante) è che si porrebbe finalmente rimedio ad una lacuna di costruzione di cui si è, senza colpa, reso responsabile il Costituente, colmata da una interpretazione… *manipolativa* – ché di questo, a conti fatti, si tratta – operata da quanti (giurisprudenza in testa) hanno innaturalmente convertito la norma di valore dell'art. 11 in una norma sulla produzione giuridica. In realtà, il disposto in parola non ci dice né come né fino a che punto possono aversi limitazioni di sovranità in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni[7]. A conti fatti, è il diritto sovranazionale a stabilirlo, an-

[7] Il ricorso allo strumento della legge comune al fine di recepire i trattati ha costituito –

dando nondimeno lo stesso soggetto alla osservanza dei c.d. "controlimiti", esposti e fatti valere da noi come altrove, pur se in casi eccezionali[8]. Eppure, ugualmente la "razionalizzazione" della consuetudine suddetta non sarebbe da noi priva di conseguenze e, perciò, inopportuna, se non altro perché consentirebbe di superare un autentico *ossimoro costituzionale* cui ha dato luogo la lettura ormai invalsa del disposto costituzionale.

Se infatti si conviene in premessa che il processo costituente europeo non è ad oggi pervenuto a compiuta maturazione e che, pertanto, il diritto sovranazionale al fine di potersi far valere in ambito interno ha pur sempre bisogno di appoggiarsi all'art. 11, se ne ha che la violazione di quello da parte di norme di legge ridonda automaticamente in violazione di questo: come tale, sarebbe perciò sempre necessario far ricorso alla Consulta al fine di sanzionare l'illecito eurounitario e costituzionale a un tempo. Sennonché, non dandosi spazio al meccanismo dell'applicazione diretta, laddove ne ricorrano le condizioni, si violerebbe lo stesso art. 11, per il fatto che quest'ultimo offre copertura alla norma del trattato che quel meccanismo introduce e preserva. Come dire, insomma, che è lo stesso art. 11 a richiedere la deroga alla regola del sindacato accentrato di costituzionalità per ogni violazione, diretta o indiretta che sia, della Carta conseguente al mancato rispetto di norme sovranazionali autoapplicative.

com'è noto – una necessità storico-politica ma non v'era (e non v'è) alcun appiglio testuale a sua giustificazione; di contro, si è assistito alla stranezza di leggi che non soltanto hanno istituito fonti concorrenziali rispetto a se stesse ma – di più – hanno preteso conferire agli atti da esse richiamati addirittura forza costituzionale. Ma tant'è… Ormai è venuta a formarsi una vera e propria consuetudine costituzionale, non contestata da alcun operatore, con la quale si è in buona sostanza riscritto l'art. 11. Cosa dunque impedisce che essa sia "razionalizzata" con legge di revisione? O vogliamo ammettere che la fonte-atto non possa fare ciò che ha fatto la fonte-fatto?

[8] Così, da noi, con la discussa vicenda *Taricco*, chiusa dalla parimenti discussa sent. n. 115 del 2018 della Corte costituzionale. Indicazione di casi di "ribellione" al primato del diritto sovranazionale registratisi presso altri ordinamenti in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcoberro Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione* multilevel, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il* Bundesverfassungsgericht *e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari:* narrowing the dialogue, in AA.VV., *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. BERNARDI e C. CUPELLI, Jovene, Napoli 2017, 460 ss.

Sappiamo che le rotture della Costituzione si hanno quando in quest'ultima si rinvengono regole che fanno eccezione ad un principio (così, ad es., per ciò che concerne i disposti di cui agli artt. 68 e 90 rispetto agli artt. 3 e 25); qui, invece, è il contrario, il principio derogando alla regola. A questa stranezza si può porre rimedio, a mio modo di vedere, solo "razionalizzando" la deroga stessa con legge di revisione, a un tempo, integrativa dell'art. 11 e derogatoria appunto dell'art. 134[9].

L'ultimo esempio riguarda un principio che non ha testuale riscontro nella *sedes materiae* espressamente indicata quale "luogo" in cui i principi stessi sono ospitati ma della cui esistenza nessuno dubita, in esso specchiandosi ed affermandosi il primato della Costituzione sulle leggi comuni: il principio di rigidità. Comunemente se ne legano le sorti all'art. 138 e si tratta, dunque, di stabilire se ed entro quali limiti quest'ultimo possa essere innovato[10].

Come si sa, è una questione da tempo discussa ed ormai risolta in senso favorevole alla innovazione seppur a mezzo di un atto venuto per l'ultima volta alla luce nel rispetto delle regole dallo stesso riscritte[11].

Il caso è assai interessante ai nostri fini per più d'una ragione.

In primo luogo, offre una tangibile e particolarmente accreditata testi-

[9] Se poi si volesse dar seguito all'indicazione data da Corte cost. n. 269 del 2017, riportando nell'area del sindacato accentrato i casi di violazione di norme anche *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, si dovrebbe prevedere una deroga della… *deroga*, ripristinando appunto la regola con riguardo ai casi suddetti. Una diversa proposta ricostruttiva può però vedersi nel mio *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in Consulta OnLine, 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss., laddove è argomentata la tesi favorevole al mantenimento del meccanismo usuale dell'applicazione diretta anche delle norme della Carta suddetta, allo stesso tempo tuttavia investendosi il giudice costituzionale della cognizione delle violazioni in parola, sì da potersi pervenire alla caducazione con effetti *erga omnes* delle norme di legge che se ne siano rese responsabili. La qual cosa richiederebbe, ovviamente, il superamento della regola della incidentalità, nondimeno giustificato dalla peculiarità del caso. Non si trascuri, peraltro, che plurime esperienze recenti attestano la tendenza volta a comprimere in significativa misura il canone suddetto (indicazioni in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. 127 ss.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss.).

[10] È noto che un'autorevole dottrina (A. Pace) ha, con dovizia di argomenti, accreditato la tesi secondo cui anche al tempo in cui la disciplina aggravata non era stabilita la Costituzione era ugualmente da considerare rigida.

Non riprendo ora questa disputa; mi limito solo a ragionare della idoneità dell'art. 138 a soggiacere a modifica e come quest'ultima si rifletta sulla rigidità stessa.

[11] In argomento, ora, F.R. DE MARTINO, nella sua relazione al nostro Convegno, dal titolo *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'articolo 138*.

monianza del rilievo che assume il contesto politico tanto al piano delle vicende della normazione quanto a quello della verifica ad opera degli organi di garanzia (e, segnatamente, della Corte costituzionale) della correttezza dei modi e degli esiti del loro svolgimento. Come si è infatti tentato di argomentare in altri luoghi[12], l'innovazione in parola deve trovare giustificazione nel bisogno di mettere la Costituzione al riparo da sue modifiche di parte, faziose, inconciliabili con la strutturale ed indeclinabile vocazione della Costituzione stessa ad esprimere valori omnicondivisi e regole del gioco politico parimenti accettate da tutti i contendenti in campo. Sappiamo che modifiche, anche significative (quale quella che ha portato nel 2001 alla riscrittura del Titolo V), possono ugualmente aversi a colpi di maggioranza; resta, nondimeno, il fatto che una Costituzione di parte è una "non-Costituzione", con ciò che ne consegue al piano delle dinamiche della forma di governo e, più ancora, della forma di Stato. Ciò non significa, ovviamente, che ad ogni mutamento di quadro politico debba farsi luogo a nuove regole a presidio della rigidità[13], l'innovazione giustificandosi (ed anzi imponendosi) solo per il caso che venga a formarsi un nuovo sistema politico (nella sua ristretta e propria accezione)[14].

Il punto è molto importante, dando conferma che il parametro costituzionale non è fatto unicamente da materiali normativi ma anche (e, in relazione a taluni ambiti di esperienza, soprattutto) da materiali fattuali, attinti appunto dal contesto, tutti componendosi in un *mix* inscindibile nelle sue parti.

Si tratta, poi, di stabilire in che misura può (e deve) registrarsi il mutamento delle regole relative alla normazione di forma costituzionale. Se si conviene in premessa che il fine dello stesso è la salvaguardia della identità ed integrità della Costituzione quale "casa" di tutti, se ne ha che l'innovazione deve pur sempre mantenersi nel giusto mezzo tra l'eccessivo irrigidimento e il parimenti eccessivo affievolimento: l'uno rischiando di pregiudicare il valore democratico, per il caso che si renda praticamente proibitivo raggiungere una maggioranza talmente elevata da non potersi più

[12] … nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*[5], Giappichelli, Torino 2009, 34 ss.

[13] … così come a nuove regole relative agli organi di garanzia (a partire dal Capo dello Stato), specificamente per ciò che concerne la preposizione alla carica, al fine di sottrarla all'imposizione autoritaria di una sola parte politica.

[14] Va nondimeno avvertito che il termine "sistema", che evoca un'idea di interna armonia e coerenza tra gli elementi che lo compongono, sembra oggi porsi come un obiettivo piuttosto che quale realtà già al presente apprezzabile. La fluidità del quadro, afflitto da gravi tensioni e contraddizioni, non fa invero ben sperare che nel prossimo futuro possa aversi una sia pur relativa chiarezza e stabilità, con l'affermazione di nuove regole (*rectius*, regolarità) della politica, sulla cui base soltanto – come si viene dicendo – può poggiare la riscrittura del dettato costituzionale con riguardo sia agli organi di garanzia che alla formazione degli atti costituzionali.

dar vita al necessario rinnovamento della Carta (si badi: in ogni sua parte, e non soltanto nei principi fondamentali, così come si è fin qui venuti dicendo); l'altro, poi, potrebbe recare un *vulnus* alla rigidità, per il fatto di dar modo alla maggioranza di turno di varare con facilità sia leggi comuni che leggi costituzionali e di revisione costituzionale e di cedere così alla tentazione di riscrivere a propria immagine e a piacimento le regole del gioco politico e gli stessi principi fondamentali.

Insomma, l'unico metro delle revisioni delle regole sulla revisione rimane, a conti fatti, quello della ragionevolezza, nella sua forma peculiare di adeguatezza delle norme, a un tempo, a fatti e a valori.

Proprio sul terreno su cui maturano le esperienze della normazione costituzionale – come si vede – si ha modo di apprezzare la strutturale duttilità ed apertura dei principi (specificamente al "fatto" e alle sue esigenze) e, con essa, la formidabile capienza degli enunciati che li esprimono. Con riguardo alle modifiche dell'art. 138, preservare e rendere ancora più salda la rigidità può significare, in presenza di certe tendenze che vanno affermandosi nel "sistema" politico, consentirle di espandersi misuratamente, *secondo ragionevolezza* appunto.

3. Le obiezioni che possono farsi alla tesi favorevole alle modifiche dei principi, il loro superamento, il regime che è da riconoscere agli atti di revisione, sotto lo specifico aspetto della loro assoggettabilità a sindacato di costituzionalità, per un verso, e, per un altro verso, della loro attitudine a porsi a parametro di leggi costituzionali a venire

Al di là della specifica questione ora discussa, una generale obiezione potrebbe muoversi avverso la emendabilità dei principi a finalità inclusiva, ed è – se ci si pensa – la stessa che una nota dottrina ha da tempo avanzato avverso l'idea di dar vita al riconoscimento di nuovi, *autenticamente nuovi*, diritti fondamentali (si abbia, poi, per via legislativa ovvero giurisprudenziale, è altra questione della quale sospendo al momento l'esame)[15]: l'obiezione, cioè, che per effetto di siffatto riconoscimento potrebbero poi averne a soffrire i vecchi diritti, provvisti di testuale riscontro nella Carta, obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento coi nuovi[16].

Questo rilievo non sembra tuttavia, a mio modo di vedere, insuperabile, per almeno due ragioni.

[15] È, ancora di recente, tornato a soffermarsi sul punto R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. 55 ss., ma *passim*, manifestando comunque riserve e perplessità circa la possibilità di argomentare l'esistenza di diritti autenticamente nuovi.

[16] Nel caso nostro, dunque, verrebbero a trovarsi in stato di sofferenza i principi diversi da quello o da quelli innovati, per il fatto di doversi bilanciare con questi.

La prima è che esso darebbe per dimostrato ciò che è invece da dimostrare, vale a dire che il *numerus clausus* dei diritti fondamentali sarebbe prescritto *per tabulas*, secondo quanto patrocinato da un'agguerrita dottrina, laddove facendo leva sull'art. 2 (ed anzi, a dir meglio, sulla combinazione degli artt. 2 e 3, nelle loro inscindibili e mutue implicazioni[17]) potrebbe piuttosto argomentarsi l'idea opposta, che cioè l'apertura a nuovi diritti non soltanto sarebbe lecita ma – di più – doverosa, proprio perché è così che si realizza ed appaga al meglio l'essenza della Costituzione, nella densa accezione consegnataci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789. In altri termini, per il mero fatto del mutamento del contesto (anche, ad es., per effetto degli sviluppi della scienza e della tecnologia, specie per ciò che ha rappresentato e rappresenta *internet*), s'impone il riconoscimento di nuovi diritti ad esso strettamente legati[18].

La seconda ragione è che la "invenzione" di nuovi diritti (nel senso, sopra precisato, del disvelamento, del portare ad emersione quanto è radicato nel profondo del corpo sociale ed è veicolato da *consuetudini culturali di riconoscimento* cui danno quindi voce gli atti dei pubblici poteri) costituisce una risorsa preziosa di cui singoli e gruppi non possono fare a meno al fine di vedere affermati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, i valori di dignità e vita della persona. Che, poi, crescendo il numero dei diritti crescano anche le occasioni al ricorrere delle quali occorre far luogo a loro reciproche ponderazioni è ovviamente una evenienza da mettere in conto, ma si tratta appunto di un esito che di certo non può essere addotto avverso siffatta "invenzione": ad essere coerenti con se stessi fino in fondo, dovremmo altrimenti concludere che il politeismo dei valori proprio di un ordinamento pluralista e personalista, quale il nostro, sia un fatto deplorevole, dal momento che questo o quello di essi può trovarsi obbligato ad andare incontro a sacrifici e compressioni all'incontro o allo scontro coi restanti.

Ammettiamo, dunque, che i principi possano (e anzi, come si dirà meglio a momenti, debbano), in talune circostanze, essere innovati, nel senso

[17] Su questo modo di porsi dei principi in parola l'uno davanti all'altro v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009. Sulla "necessaria complementarietà" dei principi di libertà ed eguaglianza, v., ora, utilmente, anche A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, Intervento al Seminario italo-argentino su *I diritti sociali nello Stato contemporaneo. Costituzione, legislazione, amministrazione, politiche di bilancio*, svoltosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università di Messina il 2 febbraio 2018, in *paper*, spec. ai §§ 2 e 3.

[18] Si dovrebbe poi verificare se ciò valga anche sul versante dei doveri. Non se ne può qui dire col dovuto approfondimento; mi limito solo ad enunciare, senza alcun argomento a sostegno, il convincimento che ai doveri di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica, nella loro mutua combinazione, possono riportarsi nuovi doveri generati unitamente ai nuovi diritti, dei quali ultimi anzi si pongono quale una sorta d'immagine speculare.

appena indicato della loro espansione. Ebbene, ci si deve a questo punto chiedere a quale regime vada soggetto l'atto che vi faccia luogo. Ponendosi esso, in tesi, quale espressione di potere costituito (o regolato), per un verso, non può sottrarsi al suo eventuale sindacato da parte dei garanti (del Capo dello Stato, prima, in sede di promulgazione, e, poi, della Corte costituzionale) e, per un altro verso, può porsi a parametro di leggi a venire, per il fatto di entrare a comporre il "nucleo duro" della Costituzione.

Quest'esito può invero apparire singolare; e però – a me pare – linearmente discende dalla premessa secondo cui il "nucleo duro" è passibile di revisione. Gli enunciati che lo esprimono risulterebbero così composti da frammenti di norme aggiunte e frammenti di norme originarie, soggetti comunque a non coincidente regime, se non altro per il fatto che i secondi sono sottratti a sindacato della Consulta (che – come si sa – può annullare norme di leggi costituzionali o di revisione costituzionale ma non norme della Costituzione, a pena di segare, com'è stato efficacemente detto, il ramo sul quale sta seduta).

Quanto, poi, alle dinamiche della normazione costituzionale, è da tenere comunque distinto il caso della violazione nel singolo caso di norma che innova ad un principio da quello della modifica *pro futuro* della stessa, spianandosi pertanto la via al sindacato della Consulta unicamente per il caso – come si diceva – di innovazioni *in peius*.

Questa conclusione è da tener ferma, se si muove dall'assunto, patrocinato da un'accreditata dottrina, secondo cui non sarebbero ammissibili revisioni tacite della Costituzione[19]; se, di contro, si dovesse accedere all'ordine di idee favorevole anche a revisioni non espresse[20], allora sarebbe assai problematico distinguere in concreto siffatta specie d'innovazione dalle violazioni. Va, nondimeno, avvertito che, anche a ritenere precluse le modifiche tacite, è pur sempre da mettere in conto che – come ha segnalato la più avvertita dottrina – le innovazioni in alcuni punti della trama costituzionale producano immediati (e alle volte imprevedibili) effetti anche in altri, a motivo della unitarietà della trama stessa e dei mutui rimandi di senso che gli

[19] Così, C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, 377 ss., che ha però in seguito mutato avviso [*Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.* XI (1962), 190].

[20] Cfr. P. BARILE – U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *N.mo Dig. It.*, XV (1968), 790; A. PIZZORUSSO, *sub* art. 138, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1981, 720 s. V., inoltre, in argomento, le precisazioni che sono in A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII (1991), 2; V. ANGIOLINI, *Revisione costituzionale*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, XIII (1997), 307; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXXV, Cedam, Padova 2004, 63 ss.; M. PIAZZA, *Una rilettura dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2004, 891 s.

enunciati si fanno, anche nel passaggio dall'una all'altra delle parti in cui si articola la Costituzione[21]. Tanto più, poi, questo è vero laddove ad essere oggetto di innovazioni siano gli enunciati espressivi dei principi che, ponendosi a fondamento dell'intero ordinamento, in tesi risultano idonei ad espandersi per ogni dove, ovunque lasciando il segno della loro formidabile capacità di qualificazione dell'esperienza.

Ciò posto, si converrà che altro è la modifica tacita ma – come dire? – *mirata*, che si appunti cioè su un enunciato o un insieme di enunciati, fatto oggetto di nuova disciplina pur senza essere nominato, ed altra cosa i riflessi che in via mediata possono aversi a carico di enunciati disposti anche lontano da quelli specificamente presi di mira.

4. *Seconda questione*: esistono davvero, nei fatti, le condizioni per far valere i limiti alla revisione costituzionale e, se sì, quale ne può essere la estensione? In particolare, la trasmissione dei limiti da una norma all'altra e da un grado all'altro della scala gerarchica

La seconda questione è riassumibile in un duplice, internamente articolato, quesito: esistono davvero, nei fatti, le condizioni per far valere i limiti alla revisione costituzionale e, se sì, quale ne può essere la estensione?

La prima parte della domanda viene spontanea dall'osservazione dell'esperienza. Non è casuale infatti che nessuna delle leggi con cui è stato emendato il dettato della Carta sia mai stata portata al giudizio della Consulta ovvero sia stata da quest'ultima *motu proprio* fatta oggetto di sindacato, anche in sede di verifica della validità di leggi comuni sospette di violare norme introdotte con leggi di forma costituzionale. Sappiamo infatti, specie dopo il varo del nuovo indirizzo sulla CEDU con le sentenze gemelle del 2007, che il giudice delle leggi ritiene essere suo dovere far luogo alla verifica della bontà della norma-parametro (laddove non risulti direttamente dalla mano del Costituente) prima di passare a vagliare la validità della norma-oggetto; ed è francamente singolare che in nessun caso ciò sia stato finora fatto. Né varrebbe opporre che, col fatto stesso di sottoporre a sindacato le norme di leggi comuni, si avrebbe l'implicito riconoscimento della osser-

[21] Ampiamente rilevato da tempo il carattere artificioso della distinzione "secca" tra la Costituzione dei diritti e quella dei poteri, con specifico riguardo alla incidenza sulla prima delle novità introdotte nella seconda (tra gli altri, v. M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER, Einaudi, Torino, 2016, 291 ss.).

vanza dei limiti alla revisione da parte delle norme costituzionali invocate a parametro. In primo luogo, perché non è la stessa cosa che la Corte si ponga alla luce del sole la domanda circa la bontà del parametro, o no. In secondo (e decisivo) luogo, poi, basti solo pensare alle non poche, incisive manipolazioni semantiche alle quali gli atti di revisione sono stati sottoposti dalla Consulta[22], dietro le quali non è da vedere sempre o soltanto l'intento di aggiustare discipline censurate al piano della opportunità ma anche appunto quello di far luogo ad interpretazioni "sananti" al fine di evitare l'esito, evidentemente giudicato pregiudizievole, di dover caducare questa o quella norma frutto della revisione[23].

Al di là dei riflessi di ordine istituzionale e degli equilibri al piano dei rapporti tra legislatore di revisione e giudice costituzionale (e giudici in genere), dei quali non tocca ora dire ma che è altamente probabile che siano stati tenuti presenti, non si trascurino gli effetti conseguenti all'eventuale caducazione di singole norme di revisione, specie per l'aspetto che non è affatto chiaro se il vuoto sarebbe stato colmato (segnatamente, a mezzo della reviviscenza della norma originaria modificata[24]) ovvero se sarebbe rimasto scoperto: in un caso e nell'altro, peraltro, con gravi inconvenienti difficilmente quindi superabili e forse non rimuovibili.

Insomma, quali che siano state le ragioni che hanno indotto gli operatori

[22] Emblematica la vicenda, ad oggi in corso, che ha interessato il nuovo Titolo V, praticamente riscritto in ogni sua parte da una intraprendente giurisprudenza, peraltro a mezzo di indirizzi oscillanti, dai quali il volto complessivo dell'autonomia esce appannato, distorto, svilito.

[23] Il nodo della questione sta però nel fatto che alle volte è lo stesso giudice delle leggi a dar luogo ad effetti incompatibili coi principi fondamentali (la vicenda dell'autonomia regionale, cui si è appena fatto cenno, è altamente istruttiva al riguardo); effetti che poi si ritengono non giuridicamente rimuovibili, a motivo dello scudo formidabile eretto a protezione delle pronunzie della Corte dall'art. 137, ult. c. Torna, dunque, alla mente l'inquietante interrogativo presente nella VI Satira di Giovenale su chi mai possa controllare i controllori (o, diciamo meglio, i controllori di ultima istanza).

In altri luoghi, mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui il rischio di vedere a conti fatti la Corte commutarsi in una sorta di *potere costituente permanente* può essere – perlomeno fino ad un certo punto – contenuto, se non del tutto fugato, alla sola condizione di considerare lo stesso disposto appena richiamato passibile di bilanciamento con altri disposti ai quali facciano appello beni della vita costituzionalmente protetti, in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema". Una risorsa preziosa al riguardo è data dal c.d. "dialogo" tra le Corti, nazionali ed europee, vale a dire dal bisogno di ciascun operatore di giustizia di doversi misurare con gli altri, ricercando convergenze al servizio dei diritti e degli interessi in genere meritevoli di salvaguardia.

[24] … sempre che possibile, e – ammesso (ma non concesso) che si superino le obiezioni teoriche mosse alla reviviscenza – non è detto che ciò materialmente lo sia, vale a dire che norme vecchie e "rinate" si saldino armonicamente con le nuove non portate al giudizio della Consulta o, come che sia, da questa caducate (anche in via conseguenziale).

a non portare allo scoperto i vizi degli atti di revisione e la Corte a sanzionarli, sta di fatto che la riscrittura della Carta è avvenuta e avviene di volta in volta per via d'interpretazione. La qual cosa, poi, come dirò trattando della terza questione, comunque qualche problema, anche assai serio, lo pone.

Di qui, tuttavia, non possiamo – a me pare – trarre la conclusione, a tacer d'altro affrettata e parziale, secondo cui quello dei limiti alla revisione costituzionale è, a conti fatti, uno pseudoproblema e che perciò tanto varrebbe non discuterne più.

Due obiezioni possono infatti subito muoversi ad un siffatto argomentare.

La prima è che – come l'esperienza insegna – conviene comunque ragionare attorno ai casi di scuola, dal momento che prima o poi potrebbe aversene riscontro ed è perciò preferibile arrivarvi non impreparati.

L'altra obiezione concerne la seconda parte del quesito sopra posto. In realtà, i limiti alla revisione seguitano ad essere fatti valere ma – come dire? – in modo mascherato, appuntandosi il sindacato non già sulle norme di revisione bensì sulle norme di leggi comuni che vi danno specificazione-attuazione.

Qui si tocca con mano come non poche volte i limiti alla revisione non si riducano – come invece dottrina e giurisprudenza correnti stancamente ripetono – ai soli principi fondamentali ma possano estendersi anche a norme diverse, comunemente considerate inespressive di principi – tanto se contenute nella stessa Carta costituzionale quanto se poste in documenti diversi, anche di rango primario –, norme comunque messe al riparo dalla loro possibile incisione[25]. Una estensione valevole non già a carattere generale bensì unicamente nel singolo caso, all'esito di operazioni di bilanciamento dai casi stessi sollecitate e orientate.

Il vero è che i limiti alla revisione non sono astrattamente disegnabili, rilevabili cioè *ex ante*; si fanno, piuttosto, valere *ex post*, in concreto, attraverso lo schema teorico delle coperture di valore che si trasmettono da una norma all'altra con modalità e risultati imprevedibili. È, nondimeno, vero che al fondo sono pur sempre i principi le fonti prime da cui scaturiscono le coperture in parola che quindi si riproducono, inizialmente, all'interno della stessa Carta, per poi discendere ai gradi ulteriori della scala gerarchica, risol-

[25] È interessante notare come ad un esito non dissimile si pervenga ora in uno studio accurato dedicato ai "controlimiti" al diritto sovranazionale, nel quale si fa notare che essi possono risultare anche da norme costituzionali diverse da quelle espressive dei principi fondamentali, nelle quali ultime invece – come si sa – essi sono usualmente identificate [v., dunque, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, fatto oggetto di una mia recensione dal titolo *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in corso di stampa in *Lo Stato*].

vendosi a beneficio delle norme che danno attuazione ai principi stessi[26]. Sta di fatto che i bilanciamenti possono riguardare norme dalla varia natura, solo alcune di esse potendo rivendicare per sé il titolo di materiali giuridici espressivi di principi.

La conclusione di questo ragionamento è piana: solo in casi-limite, di scuola appunto, quale quello della eversione costituzionale, potendosi prefigurare in astratto i limiti alla innovazione costituzionale e predicarsene il riscontro (ma l'ipotesi che, ad es., si approvi una legge che cancelli dall'art. 1 la parola "democratica" o che rimuova in modo secco l'art. 2 è del tutto fuori della realtà, nessuna forza politica costituente essendo così ingenua da delegittimarsi scopertamente agli occhi della pubblica opinione). Al di fuori di siffatta evenienza, i limiti in parola possono, dunque, apprezzarsi solo nei singoli casi, specie nel corso delle vicende processuali, risolvendosi in buona sostanza nella caducazione non già degli atti di revisione bensì di quelli che vengono a rimorchio di questi, dandovi attuazione (in larga accezione) e predisponendo le condizioni per la loro implementazione nell'esperienza.

Questo schema possiede, a mio modo di vedere, generale valenza: vale, cioè, non soltanto quando al "gioco" dei bilanciamenti partecipano norme di revisione ma anche nei casi in cui ad essere coinvolti sono direttamente i principi di base dell'ordinamento. Questi ultimi sono infatti di continuo evocati in campo dai casi ed obbligati a soggiacere a reciproche concessioni, con esiti che portano non di rado un principio ad essere messo per intero da canto a fronte di un altro o di altri. È così che si spiega la non rara, seppur occasionale, prevalenza di una norma (persino non costituzionale!) su un principio, anche se dietro l'affermazione della prima sta pur sempre un altro principio, giudicato meritevole di prioritaria considerazione, che a quella norma offra copertura e sostegno.

A questo scenario resta – come si vede – estranea ogni connotazione di stampo formale-astratto, che faccia cioè riferimento alle forme ed alla collocazione delle fonti che se ne rivestono: non le *fonti* ma le *norme* acquistano rilievo, secondo quanto è appunto proprio delle coperture su basi di valore[27]. D'altronde, la stessa teoria dei limiti alla revisione poggia su una diffe-

[26] Ho rappresentato in altri luoghi il modo con cui avviene la trasmissione delle coperture su basi di valore e il conseguente spostamento dei limiti alla revisione ai gradi sottostanti a quello costituzionale (ad es., in *L'identità costituzionale alla prova: i princìpi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni "ragionevoli"*, in *Ars interpretandi*, 1/1996, 113 ss.).

[27] Mi sono ripetutamente sforzato di argomentare la tesi secondo cui il sistema risulta composto non già dalle *fonti* bensì dalle *norme*, per il modo con cui si combinano variamente nei casi e secondo valore (v., ad es., il mio *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nonché nei miei *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, *Studi dell'anno 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, 433 ss.).

renza di qualità o di sostanza, non già di forma, tra norma e norma della Costituzione, tutte appartenenti al medesimo documento fondativo del nuovo ordine repubblicano, eppure ad ogni buon conto diverse.

Ne dà conferma, a conti fatti, la stessa giurisprudenza costituzionale, seppur con assai dubbia coerenza con se stessa, specificamente laddove riconosce che la composizione/scomposizione delle norme in sistema, secondo i casi, ha (e deve avere) quale suo punto di riferimento il "metaprincipio" – come a me piace chiamarlo – della massimizzazione della tutela, di cui si è fatto e si fa continuo utilizzo in plurimi campi di esperienza[28]. È stato (ed è) così, ad es., al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno (specie dopo Corte cost. n. 317 del 2009) o a quello delle vicende referendarie, ponendosi al riparo dell'abrogazione popolare le norme di legge che si dimostrino in grado di offrire una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti.

Il quadro, insomma, è connotato da fluidità e mobilità dei materiali normativi in campo, materiali che, come in un ideale caleidoscopio, si compongono e scompongono secondo i casi e in vista dell'ottimale appagamento richiesto dai beni della vita che ad essi fanno capo.

5. *Terza questione*: quando la revisione è doverosa, quando opportuna, quando inopportuna

La terza e ultima questione riguarda i casi in cui la revisione appare essere doverosa ovvero semplicemente opportuna.

Non perspicuo mi parrebbe essere al riguardo il rilievo secondo cui la doverosità rimarrebbe comunque disarmata, non disponendosi di rimedio alcuno avverso le omissioni assolute del legislatore[29]. Da tempo,

[28] Insistiti i richiami in dottrina al "metaprincipio" in parola: riferimenti, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.dirittticomparati.it, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in www.federalismi.it, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3. In senso critico si è, ancora da ultimo, dichiarato R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 63 ss., ma *passim*.

[29] Per vero, in altri luoghi si è affacciata (spec. da R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.) la tesi secondo cui potrebbe configurarsi un risarcimento del danno causato a diritti costituzionali, laddove si dimostri che lo stesso di-

un'accreditata dottrina[30] ha infatti messo in evidenza come altro sia la prescrittività del comportamento ed altra cosa la garanzia della osservanza della norma che lo prevede, il suo essere cioè sorretta da più o meno efficaci meccanismi sanzionatori. Proprio le norme apicali dell'ordinamento, quelle costituzionali – siano o no espressive di principi –, restano non poche volte affidate al senso dello Stato e alla fedeltà alla Repubblica, senza che si dia sempre un luogo istituzionale in cui esse possono ricevere adeguata protezione.

La revisione, ad ogni buon conto, si pone rispetto all'esperienza in un rapporto che, semplificando al massimo, può essere ora di "razionalizzazione" ed ora di opposizione[31], fermo restando che la prima non resta comunque ininfluente, avviando col mero fatto della sua esistenza inusuali processi giuridicamente rilevanti ovvero correggendo quelli preesistenti e ad essi variamente innovando.

Faccio solo un esempio per rendere meglio l'idea.

Si pensi, dunque, a ciò che ha rappresentato e rappresenta la Carta dei diritti dell'Unione in rapporto alla giurisprudenza pregressa e alle tradizioni costituzionali comuni: la prima è stata chiamata, in buona sostanza, a dar voce alle seconde e, comunque, a mantenersi in linea con esse; eppure la positivizzazione non è mai senza conseguenze, il cui apprezzamento può aversi compiutamente solo nei tempi lunghi in cui vengono a formarsi e a radicarsi nuovi indirizzi interpretativi, specie per impulso dei giudici; allo stesso tempo, le tradizioni in parola non hanno perduto il loro rilievo, rivelandosi per la loro parte in grado di lasciare un segno nelle letture che senza sosta si danno degli enunciati della Carta suddetta, con un moto che – come si vede – non è mai unidirezionale bensì circolare, di mutua ricarica degli elementi in campo insomma[32].

scende direttamente ed immediatamente dalla omissione del legislatore, secondo uno schema peraltro invalso anche in altri ordinamenti (tra i quali quello dell'Unione europea). È però evidente come siffatta soluzione, pur laddove sia ritenuta praticabile (e, a mio modo di vedere, in talune circostanze lo è), assai difficilmente parrebbe valere con riferimento alla normazione costituzionale che ordinariamente richiede di essere ulteriormente svolta dalle leggi comuni, alle quali si consegna al fine della sua implementazione con contenuti comunque assai varî. In ogni caso, ammesso pure che il risarcimento stesso si abbia, non supplisce di certo alla mancanza di disciplina che pur sempre rimane, coi negativi effetti ad essa conseguenti.

[30] Tra gli altri, F. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 346, e M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), 5.

[31] Ho sviluppato questo passaggio argomentativo nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, Comunicazione presentata al nostro Convegno, spec. al § 7.

[32] Sul perdurante rilievo delle tradizioni in discorso, pur dopo la venuta alla luce della Carta dei diritti dell'Unione, v., tra gli altri, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., e O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 93 ss., e *Della so-*

Per altro verso, anche l'opposizione non sempre è frontale e totale o irriducibile: alle volte (forse, proprio il più delle volte), il nuovo diritto attinge, almeno in parte, da vecchie esperienze, non riuscendo comunque a restare immune dall'influenza culturale da queste esercitata.

È, poi, ovvio che si danno circostanze al ricorrere delle quali l'attivazione delle procedure di cui all'art. 138 può dimostrarsi comunque non necessaria e, anzi, inopportuna.

Si immagini, ad es., il caso che si voglia far luogo ad una legge d'interpretazione autentica dell'art. 138, fissando per iscritto la regola dell'alternanza nelle delibere delle due Camere, già consolidata nell'esperienza (la questione era, come si sa, un tempo assai agitata ma poi è stata pacificamente risolta nel senso ormai invalso[33]). Ebbene, giusta la premessa secondo cui alle leggi in parola si fa, in via generale, ricorso specificamente nei casi di divergenze tra gli operatori, è evidente che nel caso nostro non se ne avverte il bisogno. Ha invece senso ricorrere allo strumento in parola laddove ci si prefigga l'obiettivo di innovare all'esperienza, stabilendo dunque la regola della consecutività delle delibere di ciascuna Camera. È interessante notare come in siffatta evenienza verrebbe a determinarsi una situazione singolare, dal momento che la legge in discorso dovrebbe venire alla luce rispettando per l'ultima volta la vecchia regola cui essa innova[34] e, però, per il fatto di qualificarsi quale atto d'interpretazione autentica, dovrebbe valere anche per il passato, finendo così con l'invalidare… *se stessa*. Quest'esito, chiaramente inaccettabile, può essere parato unicamente ragio-

pravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in www.dirittounioneeuropea.eu, *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub* art. 52, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017, e, da ultimo, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra* revirements *e questioni irrisolte*, in Consulta OnLine, 2/2018, 7 maggio 2018, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in www.federalismi.it, 11/2018, 23 maggio 2018.

[33] Ne ha ora trattato G. PICCIRILLI, nella sua relazione al nostro Convegno, dal titolo *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti*, spec. al § 4.

[34] … secondo quanto – come si è veduto – si ritiene doversi avere per le eventuali modifiche delle procedure stabilite per la formazione degli atti di forma costituzionale.

nando nel senso che le fonti che pongono metanorme non possono mai valere anche per il passato, quanto meno per il caso che dovessero innovare al modo con cui esse stesse vengono alla luce.

In disparte il caso del tutto peculiare ora descritto, la revisione può prestarsi, particolarmente in alcuni ambiti materiali, al fine di far luogo ad un riequilibrio dei rapporti istituzionali, specie per ciò che concerne le relazioni coi giudici (costituzionale e comuni), che appare essere bisognoso di forti interventi correttivi[35]. Della qual cosa si ha riscontro con riguardo tanto alla parte sostantiva quanto a quella organizzativa della Carta; e non posso qui trattenermi dal riproporre un pensiero che ho molte volte rappresentato, secondo cui è proprio dalla prima parte che dovrebbe avere inizio il processo riformatore, ove si convenga che il catalogo dei diritti fondamentali appare essere complessivamente invecchiato, non facendosi in esso menzione dei nuovi diritti venuti alla luce e messi a punto per via giurisprudenziale[36]. Insomma, proprio la parte maggiormente espressiva e qualificante della Costituzione, secondo un'indicazione risalente alle origini dello Stato liberale, è quella che oggi esibisce le più rilevanti e gravi carenze, nel mentre le stesse libertà classiche appaiono essere scarsamente attrezzate a far fronte alle sfide formidabili del tempo presente, specie alla luce degli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno, sì, messo a disposizione dei diritti strumenti e risorse considerevoli al fine di potersi far valere ma anche hanno spianato la via a loro sistematiche, gravi aggressioni.

La Costituzione, dunque, rischia di smarrirsi e distorcersi laddove non fatta oggetto di innovazioni adeguate a preservarla. A questo compito tutti gli operatori istituzionali sono, nella peculiarità dei ruoli e delle responsabilità, chiamati; ma è evidente che proprio al legislatore tocca fare il primo passo. Se così non dovesse essere, così come non è in forza di un radicato pregiudizio che vuole sottratta la parte sostantiva della Carta a revisione[37], si finirebbe con lo scaricare sulle spalle dei giudici un peso che essi non sono in grado di sopportare.

L'inerzia del legislatore di revisione, poi, alimenta l'erronea credenza se-

[35] Le oscillazioni della Costituzione tra il polo del rinnovamento per via d'interpretazione (specie per mano dei giudici) e quello del rinnovamento per via di revisione sono fatte oggetto di pertinenti rilievi nell'ampia relazione illustrata nel corso dei nostri lavori da M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*; se si vuole, può inoltre vedersi anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit.

[36] Della necessità di un congruo aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti ho iniziato a discorrere nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano, 2012, 1103 ss., precisando quindi questo mio pensiero in successivi scritti.

[37] … fatti, nondimeno, salvi i casi, sporadici, in cui si è posto mano al suo circoscritto rifacimento (segnatamente, con riguardo agli artt. 26 e 27).

condo cui della sua opera non vi sia comunque bisogno, quanto meno appunto in relazione alla prima parte della Carta: come dire, cioè, che l'aggiornamento possa aver luogo – praticamente sempre – per via d'interpretazione, facendo leva sulla strutturale duttilità ed apertura degli enunciati della Carta stessa. Senza ovviamente negare siffatta qualità di questi ultimi, non è tuttavia consentito pervenire alla sponda opposta secondo cui la Carta, così com'è, è perfetta, dice tutto su tutto e lo dice sempre nel migliore dei modi.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, le discipline legislative (quella costituzionale in prima battuta, con la quale si dà il *riconoscimento* in senso proprio dei nuovi diritti, e quelle di leggi comuni che vi danno il necessario svolgimento) hanno pur sempre da connotarsi quali essenziali, *per principia*, "delegando" quindi l'ulteriore loro *attuazione* (e non, come invece opina un'accreditata dottrina[38], la mera *applicazione*) ai giudici, ai quali dunque compete la produzione delle regole adeguate ai singoli casi, nella loro complessiva peculiarità[39].

La verità è che la "materia" costituzionale – espressione *ab antiquo* discussa e ad oggi, per molti versi, sfuggente – si è vistosamente espansa, oc-

[38] Part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli, 2018, 37 ss., spec. 43 ss.

[39] Su quest'esito teorico, peraltro, converge una nutrita schiera di studiosi, specie con riferimento a temi e problemi di biodiritto [tra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 257 ss., nonché in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2018, spec. 12 ss., e R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in Consulta OnLine, 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss. Sulla tutela dei diritti tra legislatore e giudici, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 25 ss.].

cupando territori un tempo sconosciuti, e, allo stesso tempo, profondamente trasformata nella sua stessa struttura costitutiva[40]; della qual cosa si ha riscontro tanto per la parte organizzativa (popolata da figure soggettive ignorate dal Costituente, quali le autorità indipendenti, il cui ruolo è significativamente cresciuto[41]) quanto per quella sostantiva, per il fiorire – come si diceva – di nuovi diritti, ai quali occorre dare un assetto stabile, senza rimetterne la conformazione ad oscillanti o discordanti pronunzie dei giudici[42].

Un ordinato ed adeguato rifacimento del dettato costituzionale, nel segno della continuità e fedeltà rispetto ai valori ed al fine della loro ulteriore promozione, non può, dunque, che partire proprio dalle fondamenta, dai principi, per quindi avere il suo naturale e lineare svolgimento in entrambe le parti in cui si articola il dettato costituzionale: senza eccessi di normazione ma anche senza ingiustificate reticenze e timidezze espressive che rischierebbero altrimenti di alimentare una confusione dei ruoli istituzionali e un disorientamento in seno alla comunità che sono fin troppo vistosi e francamente insopportabili.

[40] Questa vicenda è descritta nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, cit.

[41] … forse, ad esser franchi, fin troppo, determinandosi di conseguenza una rilevante torsione della forma di governo, perlomeno per l'idea accreditata dal dettato costituzionale, con riflessi peraltro sulla stessa forma di Stato. A queste e ad altre modifiche tacite della Costituzione non può, nondimeno, ora riservarsi neppure un cenno.

[42] Si pensi, solo per fare il primo esempio che viene in mente, a ciò che si ha sul terreno su cui maturano le esperienze d'inizio e fine vita, in relazione alle quali si è proceduto a tentoni e con molto affanno e vero e proprio travaglio, proprio perché è venuto meno un fermo orientamento da parte del legislatore, che peraltro, quando è intervenuto, non lo ha fatto come si deve, tanto da esporre le discipline prodotte (e mi riferisco ora specificamente alla legge n. 40 del 2004) alle ripetute censure del giudice costituzionale, ad interpretazioni "sananti" (e, a conti fatti, manipolative) dei giudici comuni, a deviazioni vistose dei destinatari dal solco normativamente tracciato, secondo quanto testimoniano, per un verso, i plurimi annullamenti a carico della legge n. 40 del 2004 e, per un altro verso, le migrazioni all'estero fatte allo scopo di ricorrere alla maternità surrogata. Troppo presto è, poi, per tirare le somme per ciò che attiene alla disciplina riguardante il fine-vita, di cui alla legge n. 219 del 2017; non si dimentichi, nondimeno, che seguitano qui pure le migrazioni all'estero al fine di portare allo spegnimento di vite umane in stato di particolare sofferenza, nel mentre si attende, al momento in cui si scrive, l'esito del giudizio della Consulta sul caso Cappato.

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUL CONTENUTO MATERIALE DEL LIMITE DELLA FORMA REPUBBLICANA ALLA LUCE DI DUE RECENTI PROPOSTE DI LEGGE COSTITUZIONALE DI MODIFICA DELL'ARTICOLO 117 DELLA COSTITUZIONE

di Alice Stevanato*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vocazione internazionalista della Costituzione italiana: il collegamento fra gli artt. 10 e 11 e l'art. 117, comma 1 Cost. – 3. Le proposte di legge costituzionale nn. 291 e 298 e le possibili conseguenze "*preterintenzionali*". – 4. Qualche annotazione conclusiva sul decreto-legge n. 113/2018.

1. Introduzione

Le recenti proposte di legge costituzionale presentate il 23 marzo 2018 ed aventi ad oggetto l'introduzione del principio di sovranità dell'ordinamento italiano su quello europeo e la modifica degli artt. 97, 117, 119 Cost.[1] consentono di riflettere sull'ampiezza dei limiti materiali alla revisione costituzionale e sulla capacità espansiva dell'art. 139 Cost., il quale individua nell'irrevedibilità della forma repubblicana l'unico limite espressamente previsto al procedimento di revisione costituzionale.

Se volessimo isolare, infatti, la forma di Stato voluta dal popolo italiano il 2 giugno 1946 dal complesso degli istituti volti a tratteggiarne il relativo garantismo istituzionale, la forma repubblicana risulterebbe priva di ogni sostanza e, pertanto, «non corrisponderebbe più ad alcun valore fondamentale costituzionalmente degno di formare il perno insopprimibile del nostro ordinamento»[2]. L'inesorabilità di una simile considerazione, che, visti i numerosissimi contributi e le importanti costruzioni teoriche sul tema, può

* Dottoressa in Giurisprudenza e cultrice della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli studi dell'Insubria.

[1] Ci si riferisce alle proposte di legge costituzionale nn. 291 ("*Modifiche agli articoli 11 e 117 della Costituzione, concernenti l'introduzione del principio di sovranità rispetto all'ordinamento dell'Unione europea*") e 298 ("*Modifiche agli articoli 97, 117 e 119 della Costituzione, concernenti il rapporto tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento dell'Unione europea*") su iniziativa dell'on. Meloni ed altri, entrambe assegnate alla I Commissione permanente "Affari costituzionali", in sede referente; la seconda, peraltro, è già in discussione (si rimanda, integralmente, alle sedute dell'11, 24, 31 ottobre 2018).

[2] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 158.

dirsi pienamente condivisa in dottrina, impegna ogni studioso della Costituzione italiana ad indagare lo spettro dei significati che tale divieto stabilisce e ad analizzare il contenuto, in chiave evolutiva, di ciò che materialmente rappresenta la c.d. "forma repubblicana". Ciò anche in considerazione del fatto che l'insieme delle tutele di organizzazione predisposte dallo Stato si traduce concretamente in una serie di «garanzie di rispetto dei diritti del soggetto»[3] e, come si argomenterà meglio nelle note conclusive di questo scritto (facendo esplicito riferimento al decreto-legge n. 113/2018[4]), l'accertamento di quale protezione apprestare all'art 117, comma 1 Cost., si potrebbe risolvere, anche, in una decisione di ordine materiale e di salvaguardia dei diritti umani e fondamentali di ogni uomo in quanto tale.

Inserendosi nella più generale ricostruzione elaborata da Adriana Apostoli nella sua relazione[5], s'intende, in questa sede, proporre un breve approfondimento sulla portata e il valore complessivo del principio internazionalistico nell'ordinamento italiano, per capire se il già ricordato carattere espansivo dell'art. 139 Cost. possa ricomprendere sia gli artt. 10 e 11 Cost., sia l'art. 117, comma 1 Cost., come novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, il quale rappresenta il primo riferimento esplicito all'ordinamento comunitario (oggi europeo) e agli obblighi internazionali, come limite generale alla potestà legislativa di Stato e Regioni[6].

Tali premesse sono prodromiche ad una serie di valutazioni in ordine alle già citate proposte di legge costituzionale nn. 291 e 298, in particolare con riferimento proprio alla sostituzione del primo comma dell'art. 117 Cost.[7] con la disposizione secondo cui «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto delle competenze a essi spettanti*». Ad una prima ricognizione, sembra quantomeno evidente come il nuovo ipotetico testo

[3] A. MATTIONI, *Procedure di revisione e garanzie costituzionali*, in AA.VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999, 37.

[4] Il decreto-legge n. 113/2018 è rubricato "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*". Si precisa, inoltre, che il 28 novembre 2018 è stato approvato definitivamente alla Camera dei Deputati (con voto di fiducia) e il 3 dicembre è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la legge di conversione (l. n. 132/2018).

[5] A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in questo *Volume*.

[6] A. COSSIRI, *Art. 117, co. 1*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008, 1046.

[7] Il quale, lo si ricorda, recita: «*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

non rappresenti solo – come si vedrà meglio più avanti – un sostanziale passo indietro del nostro ordinamento nel processo di integrazione europea e internazionale, ma, svuotando la disposizione formale del proprio contenuto materiale, del proprio *quid pluris*, non sembri nemmeno avere molta ragion d'essere. Detto in altri termini, il principio generale di legalità, al quale sono sottoposti, *in primis*, lo Stato e le Regioni, sembra assorbire *in toto* il testo delle suddette proposte di legge costituzionale; peraltro, a riprova dell'inutilità di una simile disposizione, si ricorda come il testo originario del 1948, che pure disciplinava il riparto degli ambiti di esercizio della potestà legislativa fra Stato e Regioni, anche se "verticale" e notevolmente indeterminato[8], indicava direttamente le rispettive competenze, senza prevedere alcun comma introduttivo.

Partendo proprio dall'ampia ricostruzione che conduce Adriana Apostoli in ordine alla capacità dell'art. 139 Cost. di dilatare la sua portata prescrittiva e al punto di approdo della dottrina e della giurisprudenza (soprattutto costituzionale), è possibile tentare di ricostruire il complesso di quei principi (*in primis* il principio democratico) che, rappresentando «l'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»[9], diventano i pezzi del *puzzle* costituito dalla "forma repubblicana"; senza di essi, la forma di Stato italiana non sarebbe altro che la cornice di quel *puzzle*, in grado di demarcare solamente la scelta repubblicana dall'opposto principio monarchico.

La pacifica esistenza di due categorie di norme costituzionali, le une irrivedibili e le altre, invece, modificabili con la procedura prevista dall'art. 138 Cost., ha rappresentato e rappresenta tuttora un terreno molto fecondo per gli studiosi, i quali hanno tentato di individuare il nucleo delle disposizioni non sottoponibili a revisione costituzionale, per ricostruire, infine, l'identità unitaria dell'ordinamento costituzionale italiano.

2. La vocazione internazionalista della Costituzione italiana: il collegamento fra gli artt. 10 e 11 e l'art. 117, comma 1 Cost.

All'interno di questo *mare magnum* di possibili considerazioni, ci si deve chiedere quale peso abbia il principio internazionalistico nel sistema costituzionale italiano e, soprattutto, se in questo principio rientrino solo le due norme (artt. 10 e 11) collocate nella prima parte della Costituzione o anche l'art. 117, comma 1, che, pur essendo inserito nella seconda, ne risulta ontologicamente connesso.

[8] A. D'ATENA, *Diritto regionale*, 3ª ed, Giappichelli, Torino, 2017, 68.
[9] Corte cost. n. 1146/1988, *cons. in diritto* § 2.2.

Per rispondere adeguatamente alla domanda appena formulata, è necessario, primariamente, chiedersi quale fosse il disegno complessivo dei padri costituenti con riferimento allo spazio da destinare alla dimensione internazionale e sovrannazionale, il quale s'inserisce in quello che si è definito il complessivo «armistizio costituzionale»[10], non senza qualche contraddizione interna, in ordine alla precisa collocazione di quel principio ineludibile, espressione «[dello] spirito del nuovo costituzionalismo internazionale»[11].

Per ricomporre ad unità un *caos* che, altrimenti, non avrebbe portato ad alcun risultato soddisfacente, i riferimenti internazionali nel testo costituzionale sono stati predisposti utilizzando un livello di astrattezza tale da permettere di declinare quel valore in una pluralità di prospettive (a seconda delle diverse opinioni in materia)[12] e di rimandare a futuri interventi legislativi la disciplina di dettaglio.

Piero Calamandrei riuscì a cogliere, con una metafora architettonica alquanto singolare, questa tensione espansiva del testo costituzionale e, soprattutto, l'«ineludibilità storica dell'espansione dell'associazionismo internazionale»[13] che, già alla fine degli anni '40, era percepita come una scelta non più ritrattabile; il padre costituente, infatti, parlò di «ammorsature giuridiche»[14] per indicare quelle disposizioni che, in un futuro, non ancora immaginabile o comunque non pienamente configurabile negli anni in cui operò la Costituente, sarebbero potute «servire di raccordo e di collegamento con una più vasta costruzione internazionale»[15].

Gli artt. 10 e 11 Cost., il primo, statuendo la clausola internazionalistica e il secondo, accettando solennemente[16]«limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», rappresentano il "cuore" della scelta di apertura dei padri costituenti e la base del

[10] M. DOGLIANI, *Origine e sviluppo dell'ordinamento costituzionale italiano*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto, Scritti scelti*, il Mulino, Bologna, 2015, 58.

[11] V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008, 22.

[12] P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovrannazionale e diritto internazionale*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, 66.

[13] P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini?,* cit., 72.

[14] P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini?,* cit., 63, che cita appunto P. CALAMANDREI, *Stato federale e confederazione di Stati*, in *Europa Federata*, Edizioni di Comunità, Milano, 1947, 24.

[15] P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini,* cit., 63, che cita ancora P. CALAMANDREI, *Costituente italiana e federalismo europeo*, in ID., *Costruire la democrazia. Premessa alla Costituente*, Edizione U, Firenze, 1945, 174, 414-415.

[16] Se si considera la scelta del soggetto (Italia), il quale viene utilizzato solo in un'altra disposizione della nostra Costituzione: l'articolo 1. Si veda M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Jovene, Napoli, 2010, 29.

composito percorso intrapreso dall'Italia nel cammino d'integrazione europea e nel riconoscimento delle numerose Carte dei diritti elaborate in ambito internazionale (come, ad esempio, la CEDU o la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951). Le cose dette finora e, soprattutto, ciò che si potrebbe dire ancora su questo tema vastissimo, confermano che il principio internazionale potrebbe essere considerato un principio supremo, tale da resistere al procedimento di revisione costituzionale, in virtù dell'impronta espansiva dell'art. 139 Cost., più volte menzionata. L'intangibilità della vocazione internazionale si può accertare, non solo dalla collocazione degli artt. 10 e 11 Cost. nella prima parte della Costituzione[17], ma anche dalla constatazione che il principio in esame è visceralmente collegato a Repubblica[18], che non può (o sicuramente non può più) essere considerata una Repubblica democratica solo *intra moenia*, ma anche europea; peraltro, le scelte compiute dall'Italia, dal Trattato di Roma del 1957 in avanti, potrebbero confermare che il diritto costituzionale italiano non può considerarsi avulso dal processo di integrazione europeo[19]. Uno dei risultati di questo lungo e complesso cammino è stato la creazione di un sistema parlamentare euronazionale, nel quale il Governo italiano opera contemporaneamente in due diversi contesti istituzionali (quello nazionale e quello europeo)[20]; ciò non descrive solamente dall'esterno la nostra forma di governo (e quindi la forma di Stato), ma la alimenta, la integra, diventandone, così, un suo aspetto costitutivo.

Questa visione sovrannazionale e comunitaria (e poi europea) del patto costituzionale rappresenta un'importante eredità per gli operatori giuridici e la classe politica di oggi; avendo a mente il formidabile percorso di integrazione europeo compiuto dal nostro paese, quelle *ammorsature giuridiche*, di cui parlava Calamandrei, sembrano aver raggiunto lo scopo prefissato. La previsione introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001 s'inserisce in questa prospettiva generale, rappresentando, senza ombra di dubbio,

[17] Peraltro, secondo parte della dottrina, la previsione di disposizioni sotto l'intitolazione di "principi fondamentali" (artt. 1-12 Cost.), pur essendo un sicuro argomento a favore, non può considerarsi il criterio risolutivo per accertarne o meno l'intangibilità *ex* art. 139 Cost. Si veda G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I principi supremi come limite alla revisione costituzionale*, in E. RIPEPE, R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?,* Giappichelli, Torino, 1995, 30-31. Cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Art. 138 Cost*., in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE (a cura di), *Art. 134-139: Garanzie costituzionali*, Zanichelli, Bologna, 1981, 723.

[18] A. MATTIONI, *Procedure di revisione e garanzie costituzionali*, cit., 38.

[19] A. CIANCIO, *Relazione orale* al Seminario Italo-spagnolo *"Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo"*, Murcia, 28-30 novembre 2018.

[20] N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, Relazione al seminario *"Gli organi costituzionali a 70 anni dall'entrata in vigore della Carta"*, Roma, Palazzo della Consulta, 19 gennaio 2018, in *Rivista AIC*, 3/2018, 178.

un'evoluzione in senso migliorativo di quanto già auspicato dai padri costituenti. Ora, a prescindere dal dibattito dottrinale sulla natura dell'art. 117, comma 1, che pure sembra assecondare la c.d. tesi "massimalista"[21], la norma in esame (per quanto attiene i vincoli comunitari) sembrerebbe rappresentare una conferma di quanto già esisteva e attribuisce «basi più stabili all'*acquis* dei rapporti tra gli ordinamenti che si erano realizzati nell'esperienza costituzionale»[22].

La norma costituzionale citata, collocata nella Parte seconda della Costituzione, si ricollega al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana[23].

Sempre la Corte, con le notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (in ordine, invece, agli obblighi internazionali), riconosce alla riforma del 2001 una portata innovativa, in quanto essa ha saputo superare la zona franca[24]che emergeva dall'originaria struttura costituzionale[25] e con la disposizione posta all'art. 117 ha «offerto una nuova base per conferire alle norme della [CEDU] carattere di vero e proprio parametro ai fini del giudizio sulla costituzionalità delle leggi»[26]. A tal proposito, infatti, i giudici costituzionali hanno stabilito che, «con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"»[27].

[21] Si ci riferisce alla contrapposizione fra la tesi c.d. «massimalista», secondo la quale l'articolo in esame prevede un nuovo parametro espresso, di conformità comunitaria, e quella c.d. «continuista» che, invece, si fonda sulla convinzione che il vincolo introdotto con l'art. 117, comma 1, sarebbe solo riproduttivo di quello già previsto dall'art. 11 Cost. Si veda, sul punto, A. COSSIRI, *Art. 117, co. 1*, cit., 1046. Sul carattere innovativo dell'art. 117, comma 1 Cost. si veda L. Bartolucci, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle clausole europee dalla Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti,* 2018, 3, 6-7.

[22] G. SERGES, *Art. 117 1° co*., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, 2219.

[23] Corte cost. n. 406/2005, peraltro confermata dalle sentenze nn. 129/2009 e 227/2010.

[24] Con tale espressione s'intende la lacuna determinata dall'impossibilità di applicare in casi come la CEDU la copertura *ex* art. 11 Cost. in quanto l'adesione alla stessa non ha comportato alcuna limitazione di sovranità (si veda, anche, Corte cost. n. 349/2007).

[25] A. Cossiri, *Art. 117, co. 1*, cit., 1050. La sentenza n. 349/2007 dispone, ancora, che «alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, [...] il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna [...] che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato».

[26] V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, cit., 32.

[27] Corte cost. n. 349/2007, *Cons. in diritto* § 6.2.

Inoltre, giovandosi di quella posizione dottrinale critica nei confronti della rigida separazione fra prima e seconda parte del testo costituzionale e tesa a una ricerca dinamica e valoriale dei principi che resistono all'art. 139 Cost. (a prescindere, quindi, dalla loro rubricazione), l'art. 117 Cost., pur essendo collocato nella seconda parte della Costituzione, non è affatto «estraneo al novero dei principi fondamentali»[28]; anzi, in virtù dello stretto collegamento con gli artt. 10 e 11, sembra dover godere del medesimo livello di resistenza a quelle proposte di revisione costituzionale che vogliano, di fatto, *fare un passo indietro* nel percorso di integrazione europea e di rispetto degli obblighi internazionali.

Inteso in questa prospettiva, l'art. 117 Cost. diventerebbe un *perno* nel sistema complessivo delle relazioni fra ordinamenti e assumerebbe «la funzione specifica di riconoscimento e garanzia primaria»,con la correlativa "trasformazione" dell'art. 11 Cost. in una disposizione che [...] rappresenta la barriera di protezione dell'ordinamento interno»[29].

Tutto ciò premesso diventa più pregnante con riferimento all'immediata fruibilità del principio *ex* art. 117 nei giudizi di legittimità costituzionale. Con la nota sentenza n. 406/2005, la stessa Corte costituzionale (decidendo su una normativa della Regione Abruzzo) ha, infatti, stabilito che «le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.».

3. Le proposte di legge costituzionale nn. 291 e 298 e le possibili conseguenze "*preterintenzionali*"

Questa concisa ricostruzione storica e giuridica sul principio di apertura internazionalistica della nostra carta costituzionale è indispensabile per formulare una più consapevole riflessione sulle proposte di legge costituzionale nn. 291 e 298. Entrambe, pur presentando qualche profilo di diversità (la prima volendo introdurre un secondo comma all'art. 11 Cost. e la seconda aspirando a modificare anche gli artt. 97 e 119 Cost.), sono concordi nel voler riformare, nella formula indicata precedentemente, il primo comma dell'art. 117 Cost., eliminando definitivamente il riferimento ai vincoli europei e internazionali come limite all'attività legislativa di Stato e Regioni.

Ora, alla luce delle considerazioni appena svolte, si potrebbe sollevare qualche dubbio sulla legittimità di tali proposte di revisione costituzionale, con riferimento al predetto art. 117 Cost. (sul quale questo scritto intende

[28] G. SERGES, *Art. 117 1° co*., cit., 2223.
[29] Ancora, G. SERGES, *Art. 117 1° co*., cit., 2224.

soffermarsi). Anche quand'anche si sostenesse che la disposizione in commento non debba godere della copertura dell'art. 139 Cost. (considerando il collegamento eziologico delle predette norme costituzionali non sufficiente per procedere ad una simile interpretazione) c'è, comunque, almeno un altro elemento a favore della tesi che si sostiene.

Gaetano Silvestri, nel lontano 1987 e, quindi, ancor prima della riforma del Titolo V, si era espresso in termini molto chiari, sostenendo che «qualunque revisione in senso regressivo deve considerarsi illegittima, quale che sia il principio costituzionale intaccato»[30]. Questo lapidario inciso, se non accompagnato da un'idonea spiegazione, rischia di essere troppo assertivo, lasciando irrisolti alcuni elementi, come il parametro con il quale accertare la (presunta) regressività di una riforma costituzionale o, ancora, l'individuazione di chi sia effettivamente legittimato ad operare il relativo sindacato. Silvestri precisa preliminarmente due aspetti che lo hanno condotto a sostenere questa tesi; *in primis*, chiarisce che l'art. 139 Cost. ha un «ruolo di *clausola di innovazione* in quanto si pone come garanzia formale di non-ritorno»[31], escludendo ogni tipo di riforma che comporti una qualsiasi involuzione del nostro ordinamento; in secondo luogo, sostiene che i due articoli finali della Costituzione debbano essere letti ed interpretati unitariamente. L'art. 139 Cost. non sarebbe, quindi, un limite materiale alla procedura di revisione che opera dall'esterno ma una «condizione preliminare indispensabile perché via sia una revisione legittima»[32].

Lo stesso autore, nelle battute finali del suo scritto, conferisce alla Corte costituzionale il potere/dovere di valutare in concreto «la consistenza del fine, anche mediante la rappresentazione degli effetti ulteriori della legge di revisione»[33]. Ora, anche sulla scia del contributo storico della sentenza n. 1146/1988, già citata, è ben possibile ammettere che siano proprio i giudici di Palazzo della Consulta a giudicare la legittimità delle revisioni costituzionali, accertando, nei singoli casi, se una riforma abbia carattere regressivo e sia, di conseguenza, illegittima[34].

[30] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, Giuffré, 1987, 1206. Per questa ripresa del pensiero di Silvestri, vedi anche A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, cit.

[31] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale,* cit., 1204.

[32] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale,* cit.

[33] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale,* cit., 1206.

[34] Cfr. L. BARTOLUCCI, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle clausole europee dalla Costituzione*, cit., 14; nelle note conclusive del suo scritto, l'autore si domanda se la revisione costituzionale in commento possa rischiare di scontrarsi «con i principi supremi

Pur sapendo che l'ultima parola spetta alla Corte costituzionale, in questa sede si è voluto riflettere sulla legittimità delle proposte di riforma costituzionale del marzo scorso, valorizzando il legame eziologico fra l'art. 11 e l'art. 117, comma 1, Cost. A tal proposito, esse sembrerebbero *amputare* la portata universalistica dell'art. 11 e il sistema della tutela multilivello dei diritti fondamentali del canale diretto e privilegiato (accanto a quello più generale, ma comunque ben praticabile degli artt. 10 e 11 Cost.), per poter garantire nell'ordinamento italiano diritti e principi riconosciuti in sede internazionale ed europea, mortificando, così, sia lo spirito della Costituzione stessa, sia l'atteggiamento complessivo della Corte costituzionale, che si è servita, negli anni, dell'art. 117, comma 1 (come parametro interposto) per censurare atti normativi italiani in contrasto con normative europee o internazionali. Infatti, nell'ottica della c.d. globalizzazione dei diritti fondamentali, oltre che dei mercati, l'ordinamento statale non è sempre in grado di garantire (o comunque non in modo adeguato) alcuni di questi diritti[35]; l'attività di integrazione internazionale ed europea colma queste lacune e conferisce, quindi, nuova sostanza, nuova *linfa* al costituzionalismo italiano.

Il grande fermento del dibattito scientifico sul processo di integrazione (o meglio regressione) europea degli ultimi anni, portato alla luce dalla scelta di *exit* della Gran Bretagna con il *referendum* del 2016, richiede un'ultima riflessione sulle possibili conseguenze delle proposte nn. 291 e 298 in ordine all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, partendo da un diverso presupposto (peraltro condiviso da molta parte della dottrina[36]), secondo cui le disposizioni *ex* art. 11 Cost. garantirebbero il primato del diritto europeo su quello nazionale, ma non anche il fondamento giuridico dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. "Sgombrato" il campo dal baluardo dell'intangibilità dell'art. 11 Cost., si dovrebbe quantomeno prevedere una procedura aggravata *ex* art. 138 Cost. per l'opzione di un'eventuale *exit*[37], con la quale epurare il testo costituzionale dai diversi riferimenti europei; se questa previsione è corretta, si potrebbe, quindi, concludere che le conseguenze derivanti dall'approvazione delle proposte in commento siano quasi "preterinten-

dell'ordinamento e con l'identità costituzionale italiana, che la Corte costituzionale potrebbe rilevare in sede di giudizio di legittimità costituzionale anche di una legge di revisione costituzionale».

[35] R. ROMBOLI, *Relazione orale* al Seminario Italo-spagnolo *"Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo"*, Murcia, 28-30 novembre 2018. A tal proposito l'autore ricorda quella posizione dottrinale che considera "parziali" le costituzioni statali, intese non sul piano gerarchico, ma su quello dei contenuti, le quali necessitano, quindi, di una continua interdipendenza.

[36] Si veda, per tutti, R. BIN, *L'Italexit?, come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 4, 813-830.

[37] Cfr. G. TOSATO, *Italexit: basta una maggioranza semplice per lasciare l'Ue?*, in *Affarinternazionali*, 20 settembre 2018 e R. BIN, *Italexit, ma si potrebbe fare?*, in *lacostituzione.info,* 8 dicembre 2016.

zionali" rispetto al fine dichiarato dagli stessi iniziatori[38]; a tal proposito, il giudice costituzionale, nel giudicarne la legittimità, dovrà tenere conto non solo dello scopo della riforma, anche dei suoi effetti ulteriori[39] che, nel caso di specie, sembrano concretizzarsi in un "via libera" per la c.d. *Italexit*.

4. Qualche annotazione conclusiva sul decreto-legge n. 113/2018

Nelle battute finali di questo piccolo contributo, sembra opportuno proporre un'ultima riflessione sulle possibili conseguenze che la modifica dell'art. 117, primo comma, potrebbe avere su una vicenda concreta, quella del decreto-legge n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018, il quale, peraltro, ha già attratto a sé ampi dibattiti in ordine ai plurimi profili di illegittimità che presenta. Senza voler entrare nel merito di quella accesa discussione[40], si ricorda che, fra le numerose doglianze che sono state avanzate, tale decreto-legge sembrerebbe in contrasto (oltre che con altre norme costituzionali, fra le quali gli artt. 10 e 11) proprio con l'art. 117, primo comma, Cost., a causa della violazione di diverse direttive europee che disciplinano il processo migratorio[41], della CEDU e della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato.

[38] Durante l'esame della proposta n. 298 in Commissione "Affari costituzionali, Presidente del Consiglio e Interni", l'on. Giorgia Meloni ha voluto precisare che non era in nessun caso in discussione «l'adesione dell'Italia all'Unione europea, che peraltro risultava già consolidata prima della richiamata riforma del Titolo V, tenuto conto dell'articolo 11 della Costituzione». Cfr. Atti Parlamentari Commissione I, 31 ottobre 2018, 7.

[39] G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale,* cit., 1206

[40] Si rimanda, a tal proposito, al contributo dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza prevista dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113,* 15 ottobre 2018. Cfr. anche M. Benvenuti, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 3, 165-171 e M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 3, 173-176.

[41] Si vedano, fra le altre, le Direttive 2008/115/CE ("*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*"), 2013/32/UE ("*Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello* status *di protezione internazionale*") e 2013/33/UE ("*Norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*").

La fecondità della giurisprudenza costituzionale in materia ha dimostrato e dimostra tuttora che l'art. 117, primo comma, è – fra le altre funzioni che assolve – lo strumento (non solo potenziale ma anche effettivo) con cui l'ordinamento italiano tutela diritti fondamentali riconosciuti *aliunde*. Partendo da queste brevi considerazioni, sembra opportuno concludere con una riflessione dubitativa e chiedersi (aprendo, di fatto, nuove prospettive di analisi) se, soprattutto in un campo minato come quello dei diritti umani, privare la relativa tutela del suo canale preferenziale, non comprometta pericolosamente le fondamenta e lo "stato di salute" del nostro costituzionalismo, che s'indentifica come includente (e non escludente) e che rappresenta l'ultimo baluardo contro quei movimenti populisti e nazionalisti che negli ultimi anni si sono diffusi nel panorama europeo.

REFERENDUM CONSULTIVO REGIONALE E PROCEDIMENTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE

di Silvio Troilo*

SOMMARIO: 1. Premessa: partecipazione popolare e referendum locale nella Costituzione. – 2. Referendum consultivo regionale e innovazioni costituzionali: i tentativi esperiti. – 3. Referendum consultivo regionale e innovazioni costituzionali: i limiti sanciti dalla Consulta. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. Premessa: partecipazione popolare e referendum locale nella Costituzione

L'appartenenza della sovranità al popolo implica necessariamente la partecipazione dello stesso all'esercizio del potere, come è sancito, fin dal primo articolo, dalla nostra Costituzione.

Inoltre, uno Stato che la Carta costituzionale qualifica come «democratico» non potrebbe essere veramente tale se i cittadini non concorressero a formare le decisioni che riguardano la collettività.

Perciò, al di là della configurazione in senso fondamentalmente rappresentativo della nostra democrazia, l'art. 3, secondo comma, della Costituzione impone alle istituzioni pubbliche di rimuovere gli ostacoli che impediscono «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Fin dal dibattito nell'Assemblea Costituente, comunque, si è ritenuto che tale partecipazione (in particolare quella "istituzionale"[1]) si possa meglio

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bergamo.

[1] L'aggiunta dell'aggettivo ("istituzionale", "amministrativa", ecc.) deriva dal fatto che la partecipazione può differenziarsi in base alla natura e ai caratteri dei soggetti partecipanti, degli interessi implicati, delle finalità perseguite, delle modalità di svolgimento, assumendo forme politiche oppure funzionali, seguendo modalità organizzative ovvero procedimentali, traducendosi in forme di coinvolgimento e condivisione delle scelte di governo da parte della società civile o in strumenti di tutela di diritti e interessi specifici, e così via.

Schematizzando, è possibile distinguere, da un lato, una partecipazione amministrativa, tesa principalmente a garantire le situazioni giuridiche dei soggetti intervenienti e realizzata nei procedimenti puntuali che li riguardano, e, dall'altro, una partecipazione politica o istituzionale, volta a consultare e coinvolgere i cittadini, in quanto tali, nella formazione delle scel-

realizzare a livello di enti territoriali substatali, in quanto, riguardando «questioni di carattere pratico ed interessi circoscritti», consentirebbe effettivamente ai cittadini di esercitare un controllo politico diretto sull'operato dei propri rappresentanti[2].

Per questo l'art. 123 della Costituzione (tanto nel suo testo originario, quanto in quello risultante dalla revisione operata dalla legge cost. n. 1 del 1999) affida agli statuti ordinari il compito di disciplinare gli istituti della partecipazione istituzionale a livello regionale, in particolare il diritto di iniziativa ed il referendum[3], rinunciando a farlo direttamente.

Così, a fianco della petizione, dell'iniziativa popolare e dei referendum statutario e abrogativo, tutte le Regioni, ordinarie e speciali, hanno previsto referendum consultivi[4].

te dei pubblici poteri destinate ad incidere in maniera significativa sulla collettività (cfr., per tutti, L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2013, 216).

[2] Cfr. UBERTI, in *Atti Ass. Cost.*, II Sottocomm., 17 gennaio 1947, 1643; v. anche LACONI, *ivi*, 1647, per il quale «il referendum è un istituto comprensibile in un Comune o in una Regione, ove si tratta di problemi locali che interessano direttamente i cittadini, ma non è altrettanto concepibile nell'ambito nazionale», e LUSSU, il quale sottolineava che il referendum «deve costituire un mezzo di espressione di volontà democratica, da usarsi non tanto nell'ambito del territorio nazionale, quanto in quello più ristretto delle Regioni e dei comuni» (*ivi*, II Sottocomm., 20 gennaio 1947, 1661).

[3] Mentre nelle Regioni a statuto speciale tale compito è assegnato dalla legge cost. n. 2 del 2001 alle "leggi statutarie" regionali (e nei Comuni e nelle Province è assegnato dal Testo unico degli enti locali, di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, agli statuti di tali enti).

L'art. 123 Cost. rappresenta l'esito compromissorio del dibattito sviluppatosi in Assemblea Costituente, caratterizzato da un diverso modo di guardare al referendum locale, che aveva comportato anche un differente approccio ai tipi di referendum da introdurre. Infatti, mentre alcuni costituenti erano tendenzialmente favorevoli a consultazioni di carattere deliberativo, quanto meno rispetto a quei provvedimenti che i Consigli avessero ritenuto opportuno sottoporre all'approvazione del corpo elettorale (così UBERTI, in *Atti Ass. Cost.*, II Sottocomm., 22 gennaio 1947, 1678), altri ritenevano che, in considerazione del carattere essenzialmente rappresentativo del sistema di governo locale, il referendum avrebbe dovuto avere, tutt'al più, valore di «consultazione e di parere non impegnativo» (così BOZZI, *ibidem*). La revisione del Titolo V della Costituzione, nel 1999-2001, non ha modificato la disposizione sul punto che qui interessa, ma il cambiamento della forma di governo e delle attribuzioni regionali influenza anche la portata delle competenze in materia di istituti di partecipazione (cfr. M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in A. D'ATENA, *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2008, 176).

[4] In tema di referendum regionali (anche consultivi) e di referendum locali esiste ampia letteratura: cfr., *ex plurimis*, B. CARAVITA, *I referendum locali tra sperimentazione, orientamenti giurisprudenziali* e *innovazioni legislative,* in *Politica del diritto,* 1989, 40 ss.; M. SCUDIERO, *Il referendum regionale*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, Bari, 1992, 137 ss.; A. DI GIOVINE, *I referendum locali*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, cit., 150 ss.; P. BARRERA, *Il referendum negli ordinamenti regionali e locali. Bilancio e prospettive*, Jovene, Napoli, 1992; B. PEZZINI, *Il referendum consultivo nel contesto istituzionale italiano*, in *Diritto e società*, 1992, in particolare 437 ss.; E. SPAGNA MUSSO (a cura di), *Il referendum regionale*, Cedam,

In più, in alcune Regioni vi sono l'interrogazione agli organi regionali (distinta dalla petizione in Piemonte, Emilia-Romagna ed Abruzzo), la consultazione di categorie o settori della popolazione (in Piemonte), l'istruttoria pubblica dei provvedimenti normativi o amministrativi a carattere generale (in Emilia-Romagna), la partecipazione stabile al procedimento legislativo o il necessario esame, in esso, delle osservazioni di associazioni, categorie ed enti (ancora in Emilia-Romagna nonché in Lombardia e in Veneto), il referendum propositivo (nel Lazio e in Friuli-Venezia Giulia) e quello approvativo (in Campania, in Valle d'Aosta, in Trentino e in Alto Adige).

A livello regionale il referendum consultivo è stato, peraltro, disciplinato secondo due modelli nettamente distinti fra loro: l'uno caratterizzato dall'iniziativa popolare, secondo una dinamica *bottom-up*; l'altro basato sull'iniziativa del Consiglio dell'ente (ma non dell'esecutivo, salvo che in Trentino), secondo una linea *top-down*[5].

Padova, 1993; V. ATRIPALDI, *Referendum regionale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, 1993; P. ROSSI, *Referendum degli enti locali*, *ivi*; E. CODINI, *Referendum nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, 1997, 485 ss.; P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale*, Giuffrè, Milano, 1999; F. BIONDI, *Il* referendum *negli statuti regionali tra innovazione e continuità*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Cedam, Padova, 2007, 303 ss.; F. PASTORE, *Il referendum negli Statuti delle regioni ad autonomia ordinaria "di seconda generazione"*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2009; V. DE SANTIS, *Il referendum nei nuovi statuti regionali: molti elementi di continuità e qualche tentativo di innovazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010, I, 479 ss.; M. OLIVETTI, *I referendum e gli altri istituti di democrazia partecipativa nei nuovi statuti delle Regioni ordinarie italiane*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, cit., I, 2010, 657 ss.; S. TROILO, *Fra tradizione e innovazione: la partecipazione popolare tramite consultazioni e referendum consultivi, a livello regionale e locale*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2016.

[5] Cfr. M. OLIVETTI, *I referendum e gli altri istituti di democrazia partecipativa*, cit., 751-752. Il primo modello è accolto in Emilia-Romagna, in Calabria e in Sardegna, l'altro nelle restanti Regioni, dove gli statuti e le leggi statutarie attribuiscono l'iniziativa al Consiglio (eventualmente su sollecitazione degli elettori), a maggioranza assoluta o talora a maggioranza dei due terzi dei componenti. In Toscana il referendum consultivo può essere indetto sia su iniziativa del Consiglio regionale che su richiesta degli elettori, mentre in Abruzzo (dove lo statuto rinvia alla legge) la decisione spetta al Consiglio, a maggioranza assoluta, eventualmente sollecitato «dagli elettori della Regione, … da più Consigli comunali che rappresentano almeno un quinto degli abitanti della Regione, … da due Consigli provinciali, da ciascun Consigliere regionale e dalla Giunta regionale». Ove l'assemblea regionale «ammett[a] lo svolgimento del referendum consultivo», indica «il quesito da rivolgere agli elettori nonché l'ambito territoriale entro il quale è indetto il referendum» (art. 32, commi 1 e 7, legge reg. 19 dicembre 2007, n. 44). Nella Provincia autonoma di Trento tale tipo di consultazione può essere richiesto dal Consiglio (a maggioranza assoluta), dalla Giunta, dal Consiglio delle Autonomie locali e da 10 Consigli comunali che rappresentino almeno il 5% dei residenti. Nel Trentino, peraltro, sulle medesime questioni può essere richiesto anche referendum approvativo da parte degli elettori, con il conseguente dovere della Giunta o del Consiglio provinciali di adottare, in caso di esito positivo, «le iniziative e i provvedimenti per l'attuazione dei risultati del referendum» (art. 16 legge prov. 5 marzo 2003, n. 3).

Nel secondo caso serve all'assemblea rappresentativa per conoscere l'orientamento delle popolazioni interessate, ma sul piano politico può assumere una valenza plebiscitaria (che si cerca di evitare nelle Regioni Lombardia, Marche e Toscana, richiedendosi per l'indizione l'assenso dei due terzi dei componenti del Consiglio). Nel primo caso, invece, l'attribuzione dell'iniziativa al corpo elettorale può consentire all'istituto di svolgere una funzione di contropotere, controbilanciando la concentrazione di poteri nell'esecutivo e mettendo in discussione singoli aspetti del programma di governo senza, però, creare una situazione di rottura che, inevitabilmente, porterebbe alla caduta sia della Giunta che del Consiglio[6].

2. Referendum consultivo regionale e innovazioni costituzionali: i tentativi esperiti

Considerato il favore della Costituzione per la partecipazione popolare e la duttilità dello strumento del referendum consultivo, ci si può chiedere se tale istituto possa essere utilizzato per richiedere alle popolazioni delle Regioni di esprimere il proprio parere anche sull'opportunità di modificare la Costituzione o le scelte da essa derivanti[7].

In quest'ottica alcune Regioni italiane hanno cercato di indire referendum consultivi aventi ad oggetto addirittura l'eventuale indipendenza oppure una più ampia autonomia, mentre altre hanno comunque cercato di sollecitare il parere della propria popolazione su questioni rientranti o incidenti in competenze assegnate dalla Costituzione allo Stato centrale (come la Sardegna riguardo al divieto di transito e di approdo sul suo territorio di navi a propulsione nucleare o con a bordo armi nucleari[8]).

Così, già negli anni '90, la Regione Veneto aveva tentato, per due volte, di indire referendum consultivi in merito alla presentazione di proposte di modifica della normativa nazionale riguardante l'ordinamento delle Regioni[9], ma in entrambi i casi il Governo aveva impugnato le delibere legislative

[6] Cfr. E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, 2001, 218; F. BIONDI, *Il* referendum *negli statuti regionali*, cit., 334; V. DE SANTIS, *Il referendum nei nuovi statuti regionali*, cit., 496.

[7] Ovvero, per usare le parole della Corte costituzionale (sentenza 14 novembre 2000, n. 496, punto n. 4 del *considerato in diritto*), se «il popolo stesso, sia pure nella sua più limitata dimensione di corpo elettorale regionale e nella forma partecipativa apparentemente più tenue, quale ricorre nei referendum consultivi, possa essere chiamato a pronunciarsi su provvedimenti intesi ad innovare all'ordinamento a livello costituzionale».

[8] Il cui tentativo del 1988 è stato bloccato dalla Corte costituzionale con sentenza 18 maggio 1989, n. 256, perché relativo a questioni di esclusiva competenza statale.

[9] Si tratta delle delibere legislative riapprovate dal Consiglio regionale del Veneto il 5 marzo 1992 («Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge statale

regionali che prevedevano detti referendum e la Corte costituzionale le aveva dichiarate incostituzionali[10].

Più di recente, il Consiglio regionale veneto approvava le leggi regionali nn. 15 e 16 del 2014[11]. Con la prima il Presidente della Giunta veniva auto-

per la modifica di disposizioni concernenti l'ordinamento delle Regioni») e l'8 ottobre 1998 («Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge costituzionale per l'attribuzione alla Regione Veneto di forme e condizioni particolari di autonomia»), dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, rispettivamente, con sentenza 24 novembre 1992, n. 470 e 14 novembre 2000, n. 496, cit.

Nel 2000 il Veneto, al pari di Lombardia e Piemonte (cui si aggiunse poi la Liguria), deliberò nuovamente di indire un «Referendum consultivo in merito alla presentazione di una proposta di legge costituzionale per il trasferimento alla Regione del Veneto delle funzioni statali in materia di sanità, formazione professionale ed istruzione, polizia locale». Anche in questo caso il Governo, guidato da Giuliano Amato, fece ricorso alla Corte costituzionale, ma il successivo Governo Berlusconi rinunciò a tutte le impugnative, consentendo al Veneto di promulgare il proprio atto come legge reg. 31 maggio 2002, n. 12 ed alle altre Regioni coinvolte di procedere ad attuare le rispettive deliberazioni non legislative. Peraltro, nessuno dei referendum consultivi deliberati da tali Regioni venne celebrato, in quanto molte materie di competenza statale vennero trasferite al livello regionale a seguito della riforma del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, avvenuta nel 2001.

[10] Nel primo caso la Corte aveva precisato che «il procedimento di formazione delle leggi dello Stato ... viene a caratterizzarsi per una tipicità che non consente di introdurre, nella fase della iniziativa affidata al Consiglio regionale, elementi aggiuntivi non previsti dal testo costituzionale e suscettibili di "aggravare", mediante forme di consultazione popolare variabili da Regione a Regione, lo stesso procedimento». Considerazione che, aveva chiarito ancora la Corte, doveva farsi valere a maggior ragione nei confronti di un'iniziativa regionale volta ad avviare un procedimento di revisione costituzionale, per il quale l'art. 138, secondo comma, Cost. prevede già una partecipazione popolare nella forma del referendum successivo, al quale può essere chiamato, per il rilievo degli interessi in gioco, soltanto il corpo elettorale unitariamente inteso (sentenza n. 470 del 1992, cit., punto n. 4 del *considerato in diritto*).

Nel secondo caso la Corte aveva affermato che nel procedimento previsto dall'art. 138 Cost. il popolo non svolge il ruolo di «propulsore della innovazione costituzionale» e, inoltre, il suo intervento «non è a schema libero, poiché l'espressione della sua volontà deve avvenire secondo forme tipiche e all'interno di un procedimento, che, grazie ai tempi, alle modalità e alle fasi in cui è articolato, carica la scelta politica del massimo di razionalità di cui, per parte sua, è capace, e tende a ridurre il rischio che tale scelta sia legata a situazioni contingenti». Mentre il popolo, nell'ambito di tale procedimento, può intervenire come «istanza ultima di decisione e nella sua totalità», esso era stato evocato dalla delibera legislativa regionale «nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione e vi fossero invece più popoli» (sentenza n. 496 del 2000, cit., punto n. 4 del *considerato in diritto*).

[11] Precedentemente tale organo aveva approvato la risoluzione n. 44 del 2012, con la quale aveva impegnato il proprio Presidente e il Presidente della Giunta, da un lato, ad attivarsi, con ogni risorsa a disposizione, «per avviare urgentemente con tutte le Istituzioni dell'Unione europea e delle Nazioni Unite le relazioni istituzionali» utili a garantire l'indizione di una consultazione referendaria «al fine di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione sino anche alla dichiarazione di indipendenza»

rizzato ad instaurare con il Governo centrale un negoziato volto a definire i contenuti di un referendum consultivo finalizzato a conoscere la volontà degli elettori del Veneto circa il conseguimento di ulteriori forme di autonomia della Regione. Ove tale negoziato non si fosse concluso positivamente entro 120 giorni dall'approvazione della legge, il Presidente della Giunta veniva fin da subito autorizzato ad indire un referendum consultivo su cinque quesiti attinenti all'attribuzione, sotto vari profili, di una maggiore autonomia alla Regione[12]. La legge regionale n. 16, invece, prevedeva l'indizione di un referendum consultivo sul seguente quesito: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o no?».

Anche tali leggi, come quelle degli anni '90, sono state impugnate dal Governo, in via principale, davanti alla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 118 del 2015, ha dichiarato fondata la questione posta relativamente all'intera legge reg. n. 16, per violazione degli artt. 5, 114, 138 e 139 Cost., precisando che «una iniziativa referendaria che, come quella in esame, contraddica l'unità della Repubblica non potrebbe mai tradursi in un legittimo esercizio del potere da parte delle istituzioni regionali e si pone perciò *extra ordinem*»[13].

Riguardo alla legge reg. n. 15, invece, la Consulta ha dichiarato illegittimi tutti i quesiti[14], tranne il n. 1, con il quale si chiedeva agli elettori veneti se fossero d'accordo o meno sull'attribuzione alla Regione di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», non meglio precisate. Poiché, peraltro, il quesito riprendeva testualmente l'espressione usata nell'art. 116, terzo comma, Cost., a giudizio della Corte le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» avrebbero potuto riguardare soltanto le materie indicate nel medesimo articolo della Carta costituzionale. Inoltre, il Giudice delle leggi non ha ravvisato alcuna sovrapposizione tra il referendum regionale e

e, dall'altro, a «tutelare in ogni sede competente, nazionale ed internazionale, il diritto del Popolo Veneto all'autodeterminazione». A tale risoluzione era seguìto un sondaggio *on line*, organizzato da un comitato civico, che si era svolto tra il 16 ed il 21 marzo 2014.

[12] I quesiti da sottoporre agli elettori erano i seguenti: 1) «Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?»; 2) «Vuoi che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?»; 3) «Vuoi che la Regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?»; 4) «Vuoi che il gettito derivante dalle fonti di finanziamento della Regione non sia soggetto a vincoli di destinazione?»; 5) «Vuoi che la Regione del Veneto diventi una regione a statuto speciale?».

[13] Sentenza 25 giugno 2015, n. 118, cit. (punto n. 7.2 del *considerato in diritto*).

[14] I quesiti nn. 2, 3 e 4 per violazione, oltre che dei principi costituzionali di coordinamento della finanza pubblica, dello Statuto veneto – e dunque, in via mediata, dell'art. 123 Cost. –, che vieta di sottoporre a referendum atti in materia tributaria o il cui contenuto costituisca adempimento di obblighi costituzionali, e il quesito n. 5 perché l'individuazione delle Regioni a statuto speciale rappresenta una scelta fondamentale di livello costituzionale, che non può formare oggetto di referendum regionali.

il procedimento di cui allo stesso art. 116 Cost., che si sarebbe potuto svolgere inalterato, nel caso in cui fosse stato effettivamente attivato[15].

La decisione ha agevolato l'analoga iniziativa referendaria della Regione Lombardia, che proponeva un unico e più specifico quesito in merito all'assegnazione ad essa di una più ampia autonomia, nel quale, oltre ad un esplicito riferimento all'art. 116 Cost., si precisava che la consultazione era comunque promossa «nel quadro dell'unità nazionale»: «Volete voi che la Regione Lombardia, in considerazione della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento a ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato?»[16].

3. Referendum consultivo regionale e innovazioni costituzionali: i limiti sanciti dalla Consulta

A seguito dei tentativi precedentemente ricordati, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in più occasioni su ricorso del Governo, ha puntualizzato che il referendum consultivo – «per quanto sprovvisto di efficacia vincolante – non può non esercitare la sua influenza, di indirizzo e di orientamento, oltre che nei confronti del potere di iniziativa spettante al Consiglio regionale, anche nei confronti delle successive fasi del procedimento di formazione della legge statale, fino a condizionare scelte discrezionali affidate alla esclusiva competenza di organi centrali dello Stato» o fino a svolgere un indebito ruolo di «propulsore della innovazione costituzionale» (ove abbia ad oggetto un'iniziativa di revisione costituzionale)[17].

Pertanto, «rispetto ai referendum consultivi regionali, si pongono necessariamente dei limiti, proprio per evitare il rischio di influire negativamente sull'ordine costituzionale e politico dello Stato», anche perché «al referendum consultivo regionale, anche attesa la partecipazione della sola popolazione regionale, non può certamente darsi quello stesso spazio che potrebbe avere il referendum consultivo nazionale»[18], ove tale istituto fosse previsto.

[15] Sentenza n. 118 del 2015, cit. (punto n. 8.3 del *considerato in diritto*).

[16] Il referendum lombardo è stato indetto con deliberazione non legislativa del Consiglio regionale (DCR 17 febbraio 2015, n. X/638), adottata a maggioranza dei due terzi dei componenti, come richiesto dall'art. 52 dello Statuto della Lombardia (58 voti favorevoli, 20 contrari e 2 non votanti o assenti su 80 membri).

[17] Sentenza n. 470 del 1992, cit. (punto n. 4 del *considerato in diritto*); conformi le sentenze n. 496 del 2000, cit. e n. 118 del 2015, cit.

[18] Sentenza n. 256 del 1989, cit. (punto n. 5 del *considerato in diritto*).

A vari studiosi è sembrata, invero, una preoccupazione eccessiva, considerando che chi «detiene la responsabilità politica della decisione può ben opporsi, nonostante il plusvalore che da una pronuncia popolare sembra derivare. Il referendum risulta, quindi, un interlocutore nel processo di decisione politica: una voce importante, certo, ma non l'unica e, soprattutto, non quella decisiva»[19]. Anche se, quando esso rischia di interferire con scelte di rango costituzionale, occorre certamente una «istanza protettiva delle fonti superiori»[20].

Tale esigenza di protezione della Costituzione è stata però dilatata dalla Corte costituzionale fino a ritenere inammissibili anche iniziative delle popolazioni regionali di mero stimolo agli organi rappresentativi delle Regioni[21], sulla base del rilievo che, in Italia, «il popolo in sede referendaria non è disegnato dalla Costituzione come il propulsore della innovazione costituzionale»[22] e che, «in sede di revisione, può intervenire come istanza ultima di decisione e nella sua totalità» e non «nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione, e vi fossero invece più popoli»[23].

Invero, si deve rilevare che, sul piano strettamente logico-giuridico, un

[19] Cfr. per tutti E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità*, cit., 218. Anche per M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, cit., 174, non risultano persuasivi i presupposti da cui muove la giurisprudenza costituzionale, basati sul convincimento che il popolo, titolare della sovranità, non possa agire quale mero consulente degli organi rappresentativi. Peraltro, con la sentenza n. 118 del 2015, cit., la Consulta sembra aver almeno riconosciuto che, quando non sono coinvolte scelte di rango costituzionale, l'esigenza di evitare il condizionamento degli organi rappresentativi (regionali e statali) non può giungere fino al punto di impedire la celebrazione di un referendum consultivo (onde non negare, nella sostanza, la natura consultiva del referendum stesso, come era sembrato avvenire nella precedente giurisprudenza costituzionale).

[20] Corte cost., sentenza n. 496 del 2000, cit., confermata, *a contrario*, dall'ordinanza n. 102 del 2001 con cui la Corte ha rigettato l'istanza di sospensione di una delibera del Consiglio regionale della Lombardia (la n. VII/25 del 15 settembre 2000) perché «non coinvolge[va] "scelte fondamentali di livello costituzionale" in presenza delle quali non è consentita la separata consultazione di frazioni del corpo elettorale».

[21] Nonostante – come ricorda A. FUSCO, *Il procedimento di revisione: le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali*, in *www.gruppodipisa.it*, 9 – «dal tenore delle discussioni svoltesi in Assemblea costituente» emergesse la configurazione dell'intervento diretto del corpo elettorale in termini di «esercizio da parte dello stesso di un ruolo integrativo», e non puramente oppositivo, «rispetto all'attività legislativa di revisione costituzionale».

[22] Ed inoltre il suo intervento «non è a schema libero, poiché l'espressione della sua volontà deve avvenire secondo forme tipiche e all'interno di un procedimento, che, grazie ai tempi, alle modalità e alle fasi in cui è articolato, carica la scelta politica del massimo di razionalità di cui, per parte sua, è capace, e tende a ridurre il rischio che tale scelta sia legata a situazioni contingenti» (sentenza n. 496 del 2000, cit., punto n. 4 del *considerato in diritto*).

[23] Sentenza n. 496 del 2000, cit., punto n. 5 del *considerato in diritto*.

conto è un'attività propriamente propulsiva – ossia la presentazione di una formale proposta di revisione costituzionale – altro conto è un'attività consultiva indirizzata ad organi regionali (i Consigli) a cui è attribuita dalla stessa Costituzione la facoltà di sottoporre alle Camere una formale proposta di tal genere (rispettosa dei principi supremi della Costituzione). Si può, pertanto, dubitare che esistano ragioni strettamente giuridiche che impediscano ad una Regione – che, per definizione, è ente esponenziale di una porzione e non della totalità del popolo italiano – di chiedere il parere della propria popolazione su ipotesi di attivazione di procedure legali di mutamento della Costituzione vigente[24].

Semmai, il problema può essere rappresentato dal plusvalore politico che assume una consultazione referendaria[25], ma esso, oltre a venire stemperato proprio dalla circostanza di provenire da una frazione soltanto del popolo italiano, in una democrazia matura non andrebbe sopravvalutato, essendo il referendum consultivo, come già segnalato, «una voce importante, certo, ma non l'unica e, soprattutto, non quella decisiva»[26].

Ovviamente, se si tratti di una iniziativa referendaria che contraddica un principio supremo della Costituzione come l'unità della Repubblica, essa, come già rilevato, «non potrebbe mai tradursi in un legittimo esercizio del potere da parte delle istituzioni regionali e si po[rrebbe] perciò *extra ordinem*»[27].

Al riguardo, può risultare interessante un pur rapido confronto con l'orientamento del Tribunal Constitucional spagnolo, che ha dovuto occuparsi a più riprese dei tentativi secessionistici della Catalogna, ma anche di iniziative revisionistiche dei Paesi Baschi.

Il Tribunal (in particolare nella sentenza n. 42 del 25 marzo 2014)[28]

[24] In tal senso anche G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2015, 10.

[25] La Corte costituzionale parla di «un vincolo politico la cui forza appare in grado di offuscare la prospettiva puramente formale dell'ordine delle competenze interne alla Regione» (sentenza n. 496 del 2000, cit., punto n. 6 del *considerato in diritto*).

[26] Cfr. per tutti E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità*, cit., 218. In tal senso, tra gli altri, anche M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, cit., 174, e G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico*, cit., 7 ss.

[27] Sentenza n. 118 del 2015, cit. (punto n. 7.2 del *considerato in diritto*).

[28] Tra i commenti della dottrina italiana a tale sentenza v. L. FROSINA, *Il c.d. derecho a decidir nella sentenza n. 42/2014 del Tribunale costituzionale spagnolo sulla dichiarazione di sovranità della Catalogna*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2014; R. IBRIDO, *Il "derecho a decidir" e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2014. Sul complessivo ruolo del Tribunal Constitucional nel tentativo di secessione della Catalogna, v. F. SPAGNOLI, *Il* Tribunal Constitucional *e la disputa sulla secessione della Catalogna*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018. V. anche i contributi raccolti nel dossier "*Il futuro politico della Catalogna*", in *Federalismi.it*, n. 22, 2014.

muove dal presupposto, già affermato in precedenti decisioni[29], che quello spagnolo non è un ordinamento «en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Esso non ha dunque alcun «núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional». Ciò, peraltro, dipende dalla possibilità di revisione totale della Costituzione iberica. Pertanto, anche un progetto secessionista può essere legittimamente perseguito, purché segua l'iter previsto dalla Costituzione per la revisione totale: «si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional (articulos 87.2 y 166 CE), formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla»[30].

Riguardo, però, al ruolo propulsivo della popolazione di una tale Comunidad, anche il Tribunal Constitucional sembra escludere (riecheggiando i pronunciamenti della Corte italiana) la possibilità di sottoporre a un previo referendum consultivo regionale una iniziativa destinata ad incanalarsi sui binari della revisione costituzionale, e non solo per il minor spazio lasciato al referendum nell'ordinamento spagnolo[31].

4. Considerazioni di sintesi

Alla luce della giurisprudenza costituzionale, può ritenersi dunque pre-

[29] In particolare nelle sentenze n. 48/2003, n. 103/2008, n. 31/2009.

[30] Sentenza n. 42/2014 del 25 marzo, cit., FJ 4 c). Il Tribunal distingue tra "principio di autodeterminazione" e "diritto a decidere", riconoscendo solo a quest'ultimo cittadinanza nella Costituzione spagnola. Infatti, mentre il primo confligge con l'unità giuridica e territoriale dell'ordinamento, il secondo si innesta nella struttura democratica di uno Stato plurale come è quello spagnolo, che non presuppone un modello di "democrazia militante".

[31] V. in particolare le sentenze n. 76/1994 (FJ 3) e n. 103/2008 (FJ 2), per cui «el referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general. Pero conviene destacar que se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política …, siendo así que "el propio Texto constitucional, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restrin[ge] su alcance y condiciones de ejercicio", de suerte que, en el caso de otra manifestación típica de la democracia directa, como es la iniciativa legislativa popular, su ejercicio "sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, qued[a] reservado a la mediación de los representantes políticos"». Anche se parrebbe poco logico non accertarsi specificamente di quale sia la effettiva volontà della popolazione della Comunidad in questione e se la successiva sentenza n. 42 del 2014, cit., richiama espressamente il parere della Corte suprema canadese sulla secessione del Québec (*Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217), che segue un approccio che presuppone la previa manifestazione di volontà dei cittadini della nazionalità minoritaria (in tal senso anche G. FERRAIUOLO,. *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali*, cit., 10).

cluso l'inserimento nel procedimento di revisione costituzionale di una fase eventuale, rappresentata dalla celebrazione di un referendum consultivo regionale preliminare alla deliberazione della proposta di revisione da parte di un Consiglio regionale[32].

Invece, se collocato in una fase autonoma ed esterna rispetto al procedimento previsto, è ammissibile un referendum consultivo regionale in merito all'attribuzione ad una Regione della più ampia autonomia di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione[33] (ma non di altre forme di autonomia, come quelle di carattere finanziario e tributario prefigurate da alcuni dei quesiti che la legge regionale del Veneto n. 15 del 2014 avrebbe voluto sottoporre agli elettori).

Peraltro, sul piano strettamente procedimentale, non sembrano rinvenirsi ragioni per una tale differenza di trattamento, dato che in entrambi i casi il referendum consultivo si colloca in una fase autonoma e preliminare ed assume lo stesso valore, non vincolante sul piano giuridico e potenzialmente condizionante sul piano politico.

La differenziazione deriva, evidentemente, dal fatto che il parere delle popolazioni regionali, in un caso, verte sulla proposta di modificare la Costituzione, nell'altro sulla richiesta di attuare, in modo diversificato fra Regione e Regione, quanto consentito dalla Costituzione stessa[34].

Non si tratta, dunque, di un profilo meramente procedurale, ma – così come concepito dal Giudice delle leggi – di una (ulteriore) garanzia della rigidità costituzionale.

[32] Tale preclusione pare implicitamente condivisa da A. FUSCO, *Il procedimento di revisione: le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali*, in *www.gruppodipisa.it*, 2, la cui analisi muove «dal sostenere la primarietà logica e assiologica della fase parlamentare sulle fasi ulteriori; precisazione, questa, consegnataci dalla logica intrinseca dell'art. 138 e ribadita con forza dalla giurisprudenza costituzionale (si allude in particolare alla sent. n. 496 del 2000, in cui la Corte ha avuto modo di esprimersi sull'assegnazione della "decisione politica di revisione in primo luogo alla rappresentanza politico parlamentare")».

[33] Anche in tale evenienza, comunque, il quesito referendario deve essere formulato in maniera da non ingenerare equivoci negli elettori circa la sua effettiva portata ed i passaggi procedurali successivi. Il rischio, altrimenti, è quello di conferire al referendum consultivo una connotazione marcatamente plebiscitaria. Mentre il quesito lombardo non suscitava dubbi in proposito, quello veneto ha sollevato perplessità: cfr., per tutti, G. FERRAIUOLO,. *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali*, cit., 11; A. MORELLI, *Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?*, in *Le Regioni*, 2017, 326. Contro il quesito veneto vi è stato anche il ricorso, senza successo, di alcuni elettori al giudice amministrativo e di altri al giudice ordinario, anche se in precedenza, come già segnalato, la Corte costituzionale aveva ritenuto che esso, «ripete[ndo] testualmente l'espressione usata nell'art. 116, terzo comma, Cost.», consentisse chiaramente l'individuazione del percorso da intraprendere (sent. n. 118 del 2015, cit., punto n. 8.3 del *considerato in diritto*).

[34] Sul regionalismo (ordinario ma) differenziato, v., per tutti, i contributi di G. FALCON, R. TONIATTI, S. MANGIAMELI, F. CORTESE, L. DAINOTTI e L. VIOLINI, R. BIFULCO e M. CECCHETTI, in *Le Regioni*, n. 4, 2017, 625-770.

Comunicazioni

LE MODIFICHE TACITE DELLA COSTITUZIONE, SETTANT'ANNI DOPO

di Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. La nozione larga di "modifica tacita" qui accolta e la questione teoricamente complessa riguardante la determinazione della misura entro la quale ciascuna modifica deve contenersi al fine di poter essere sopportata ed assorbita dalla Costituzione senza che questa smarrisca la propria identità. – 2. Necessità di ambientare lo studio delle modifiche tacite dal punto di vista dei diritti fondamentali, le quattro principali torsioni del disegno costituzionale affermatesi nell'esperienza, l'allargamento dell'arena dei diritti e il conseguente affinamento delle tecniche decisorie utilizzate a salvaguardia di questi ultimi, col rischio che tuttavia esso fa correre di un abnorme innalzamento del tasso di politicità dei giudizi. – 3. Il ruolo viepiù marcatamente politico giocato dal Capo dello Stato nel sistema e lo squilibrio in misura crescente registratosi al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica, di cui rendono eloquente testimonianza le vicende della normazione. – 4. La opacità del disegno costituzionale relativo all'autonomia regionale, che non agevola il riconoscimento delle modifiche cui lo stesso è andato soggetto, alcune delle quali risultano nondimeno talmente gravi e vistose da non lasciare alcun dubbio circa la sostanziale riscrittura del dettato costituzionale operata in *tandem* dagli organi d'indirizzo e dalla Corte costituzionale. – 5. Le alterazioni dei principi fondamentali al piano dei rapporti internazionali e il rilievo assegnato alle Carte dei diritti (e, segnatamente, alla CEDU). – 6. L'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e i suoi più salienti effetti. – 7. Revisioni formali della Carta a finalità di "razionalizzazione" ovvero di modifica delle… modifiche tacite. – 8. Significati e valenze delle modifiche tacite qui sommariamente descritte, dal punto di vista dei diritti. – 9. Una succinta notazione finale, con specifico riguardo al calo vistoso del senso etico dello Stato e del vivere in comunità quale causa efficiente di molte modifiche tacite, nonché al bisogno di ripensare a queste ultime dal punto di vista dei doveri (in ispecie, di quelli di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica).

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina. Lo scritto è aggiornato alla data del Convegno.

1. La nozione larga di "modifica tacita" qui accolta e la questione teoricamente complessa riguardante la determinazione della misura entro la quale ciascuna modifica deve contenersi al fine di poter essere sopportata ed assorbita dalla Costituzione senza che questa smarrisca la propria identità

Un chiarimento preliminare. Intendo qui la nozione evocata dal titolo dato a questa mia riflessione in larga accezione[1], comprendendovi ogni innovazione nei riguardi di ciò che è enunciato nella Carta sia nel senso della deroga che in quello della integrazione, e sia che si abbia a mezzo di atti a ciò non abilitati, quali le leggi comuni o, in relazione ai principi fondamentali della Carta, le stesse leggi costituzionali[2], sia che invece prenda corpo a mezzo di fatti, vale a dire, in buona sostanza, di regole consuetudinarie ovvero di regolarità della politica[3], tutte comunque espressive di interpretazio-

[1] Prescindendo ora da richiami agli studi ormai risalenti, seppur di notevole spessore teorico, della dottrina (specie tedesca) dei primi del novecento, formatisi in un contesto assai distante da quello affermatosi a partire dal secondo dopoguerra, e circoscrivendo i riferimenti alla nostra dottrina, v., almeno, gli studi ormai "classici" di F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le modificazioni tacite della Costituzione* (1951), in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 1964, 83 ss., e S. TOSI, *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano 1959; più di recente, v., utilmente, AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. SPADARO, Giappichelli, Torino, 2000; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, e, dello stesso, ora, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Mucchi, Modena, 2018; AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di A. BARBERA e T.F. GIUPPONI, Bononia University Press, Bologna, 2008; C. DE CESARE, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rass. parl.*, 1/2010, 121 ss.; AA.VV., *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, a cura di M. SICLARI, Aracne, Roma, 2010; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*[2], Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma 2011, 362 ss. e 664 ss., spec. 669; M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al nostro Convegno, ai quali, se si vuole, può aggiungersi il mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

[2] Muovo qui – come si vede – dall'assunto, a mia opinione nondimeno meritevole di alcune non secondarie precisazioni, dell'esistenza di limiti alla revisione costituzionale. Riferirò più avanti di un esempio, particolarmente rilevante, di superamento dei limiti stessi rimasto nondimeno impunito (ed anzi avallato dalla giurisprudenza e ormai – potrebbe dirsi – consuetudinariamente affermatosi).

[3] V'è nondimeno da segnalare che la linea distintiva delle une rispetto alle altre regole (in senso largo) è assai sottile, così come incerta è la qualificazione di talune esperienze e, perciò, il loro riporto all'una ovvero all'altra categoria. Ciò che, però, a mia opinione non giustifica la soluzione drastica, patrocinata da un'accreditata dottrina (R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, 38 ss.), che nega la stessa configurabilità delle consuetudini costituzionali, secondo quanto si è tentato di argomentare altrove (v., volendo, i miei *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Dir.*

ni *contra* ovvero *praeter Constitutionem* radicatesi nell'esperienza[4]. Non annovero, invece, tra le "modifiche tacite" le revisioni costituzionali non espresse e compatibili coi principi fondamentali, sia per la ragione che un'accreditata dottrina ne esclude l'ammissibilità[5] e sia per il fatto che, pur dandovi ingresso, qui preme discorrere unicamente di ciò che si pone, direttamente o indirettamente, quale alterazione del quadro costituzionale, non già ciò che ne è fisiologico svolgimento o rinnovamento[6].

Spiego subito la ragione della nozione ampia qui accolta dell'oggetto dello studio, con specifico riferimento al caso della integrazione, vale a dire della espansione o dilatazione della "materia" costituzionale[7], vuoi attraverso la "copertura" apprestata a lacune di costruzione dell'originario dettato[8] e

soc., 2/2004, 237 ss., e *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012).

[4] C'è però da dire che assai di frequente alcune regolarità sono riportate sotto l'"ombrello" costituzionale, considerandosi dunque specificativo-attuative dello stesso, facendo leva sulla strutturale ampiezza e vaghezza degli enunciati della Carta. Nei fatti, molte volte un indirizzo siffatto – lo si voglia e no – si traduce in un generoso avallo prestato ai governanti di turno, in una vera e propria giustificazione dell'esistente innaturalmente elevato a dignità costituzionale. La dottrina sopra richiamata che nega l'esistenza delle consuetudini costituzionali, scendendo dal piano teorico-astratto a quello delle realizzazioni concrete, può purtroppo prestarsi a questo fine.

[5] C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, 377 ss., che ha però in seguito manifestato un diverso avviso [*Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.* XI (1962), 190]. Diversamente, P. BARILE – U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *N.mo Dig. It.*, XV (1968), 790; A. PIZZORUSSO, *sub* art. 138, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, 720 s. V., inoltre, in argomento, le precisazioni che sono in A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII (1991), 2; V. ANGIOLINI, *Revisione costituzionale*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, XIII (1997), 307; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXXV, Cedam, Padova, 2004, 63 ss.; M. PIAZZA, *Una rilettura dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2004, 891 s.

[6] È tuttavia pur vero che le stesse revisioni espresse possono proiettare i loro effetti anche oltre i punti della trama costituzionale da esse specificamente toccati, se non altro in considerazione della fondamentale unitarietà della Carta e della interpretazione sistematica alla quale – come si dirà meglio a momenti – soggiacciono i suoi enunciati (cfr. M. CARDUCCI, *La revisione costituzionale parziale come "modificazione tacita" della Costituzione. Profili comparativi*, in AA.VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, a cura di E. ROZO ACUÑA, ESI, Napoli, 1999, 343 ss.).

[7] Sulla "materia" in parola e le sue più salienti vicende, ragguagli possono aversi dal mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, 12 dicembre 2017.

[8] Sulla vessata nozione di lacune costituzionali e, più in genere, di lacune del diritto, riferimenti possono, se si vuole, aversi dal mio *Lacune costituzionali*, in www.rivistaaic.it,

vuoi attraverso il prolungamento della disciplina stessa, portata ad occupare ambiti o territori materiali non coltivati dalla mano del Costituente[9].

L'integrazione è, infatti, pur sempre una "modifica" e, in un certo senso, una "deroga": lo è, per il caso che s'intenda il silenzio del Costituente quale

2/2016, 18 aprile 2016. In generale sui "silenzi" del Costituente, Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.

[9] Sta proprio in ciò, a mio modo di vedere, la ragione della previsione nell'art. 138 cost., accanto alle leggi di revisione costituzionale delle "altre" leggi costituzionali, le quali non si riferiscono – come invece alcuni pensano – ai soli casi in cui è fatto ad esse espresso richiamo nella Carta, demandandosi loro il compito di dare la prima e diretta specificazione-attuazione delle scarne indicazioni contenute nella Carta stessa, valendo anche al fine del prolungamento della "materia" costituzionale sì da attrarre a quest'ultima ambiti dapprima rimasti inesplorati [sulla questione, come si sa assai agitata, v., variamente, S. BARTHOLINI, *I rapporti fra i supremi organi regionali*, Cedam, Padova, 1961, 82 ss.; C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Giuffè, Milano, 1962, 191 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 161 ss., in nt. 17, e, dello stesso, *Revisione costituzionale*, in *Diz. dir. pubbl.*, V (2006), 5189 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 386 ss., e, dello stesso, *Fonti del diritto*[2], cit., 394 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Utet-EGES, Torino, 1984, 114 s.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*[6], II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, agg. a cura di F. CRISAFULLI, Cedam, Padova, 1993, 83 ss.; R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1995, 271 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 166 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, 357 ss.; A.A. CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A.A. CERVATI – S.P. PANUNZIO – P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Giappichelli, Torino, 2001, 30 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 63 ss.; M. CECCHETTI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1996-2006)*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, a cura di P. CARETTI, Giappichelli, Torino, 2007, 1 ss., spec. 5 ss. Infine, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, cit., spec. al § 4.1]. Nella lettura che qui nuovamente se ne dà, dunque, l'art. 138 stabilisce il principio della necessaria corrispondenza tra forma e materia costituzionale La qual cosa, ovviamente, rimanda alla questione di sommo impegno teorico-pratico relativa alla determinazione dei confini dell'area dalla stessa occupata, in merito alla quale si rinvia nuovamente al mio *La "materia" costituzionale*, cit. Resta, poi, inteso che la necessaria disciplina di base della "materia" in discorso ha da presentarsi *per essentialia*, conformemente alla natura dello strumento impiegato, risultando irragionevole che essa si spinga in eccessivi dettagli. Ciò che, ovviamente, non equivale ad affermare – come pure teorizzato da un'autorevole dottrina – che si dia una riserva di competenza a beneficio della legge comune ed opponibile alle stesse leggi costituzionali (così, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*[2], cit., 376 ss., spec. 379 ss.) ma solo che è da evitare un uso smodato dello strumento di normazione di cui all'art. 138. Che, poi, esso possa davvero esporsi al rischio della caducazione per irragionevolezza da parte del giudice delle leggi è, invero, ipotesi alquanto remota, seppur astrattamente configurabile.

espressivo di una *voluntas excludendi*[10] ma lo è anche per il caso che esso si consideri "neutro", dal momento che ciò che viene aggiunto, facendo "sistema" con ciò che era scritto prima, innova pur sempre, in maggiore o minore misura, a quest'ultimo. E, per averne conferma, basti solo pensare al carattere sistematico dell'interpretazione ed alla necessità di ponderare, specie nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale, tutti i beni della vita meritevoli di tutela e specificamente evocati in campo dal caso, secondo quanto peraltro risulta in modo particolarmente insistito rimarcato dalla giurisprudenza[11].

Si pone al riguardo subito la questione cruciale circa il modo o i modi con cui è possibile stabilire con sufficiente approssimazione al vero quando si è in presenza di una modifica tacita. Questione di micidiale impegno teorico e di non meno arduo riscontro pratico, ove si convenga a riguardo della formidabile capacità generativa di sensi che è propria degli enunciati normativi in genere e costituzionali in ispecie, particolarmente accentuata in relazione a quelli che si connotano per la maggiore ampiezza strutturale, cui naturalmente si accompagna una portata semantica incommensurabile ed indefinibile in astratto.

Distinguere, insomma, tra ciò che può considerarsi implicito nel potenziale espressivo dei testi e ciò che invece ne determina la rottura e il superamento, astraendo dal contesto in cui i testi stessi s'inscrivono e, perciò, in buona sostanza dalle vicende della vita e dalle esigenze dell'applicazione dalle stesse espresse, è un'impresa improba, praticamente disperata o, come che sia, votata all'insuccesso, qualunque criterio prestabilito rivelando limiti evidenti di rendimento e rischiando poi, a conti fatti, di dissolversi davanti alla pressione dei casi.

La questione assume una speciale rilevanza e gravità laddove si riscontri uno scarto vistoso tra regole costituzionali e regolarità della politica e si tratti quindi di stabilire se, al fine della loro pur parziale ricomposizione, convenga agire sulle prime (attraverso la via piana della revisione con le procedure al riguardo stabilite[12]) ovvero sulle seconde, tentando di riportarle in qualche modo nell'alveo segnato da quelle[13].

[10] … una *voluntas* originaria nondimeno derogabile a mezzo delle leggi approvate con le procedure dell'art. 138 cost.

[11] *Ex plurimis*, v. Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 e 269 del 2017.

[12] Degli usi (alle volte buoni, altre cattivi) fin qui fattisi dello strumento si è, da ultimo, tornati a discutere in occasione del Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit.

[13] Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui le revisioni della Carta sono pur sempre opera di quelle forze politiche che danno vita alle regolarità, di modo che al fine di poter intervenire su queste ultime ovvero sulle prime occorre pur sempre che si riscontri una dispo-

Sappiamo tutti che, dimostrandosi per l'una o per l'altra ragione non agevolmente percorribili entrambe le vie, si fa molte volte luogo all'*escamotage* della ricucitura a mezzo d'interpretazione, sovraccaricandosi di indebite valenze enunciati che, in realtà, non sarebbero in grado di farsene carico. Ed è interessante notare che le modifiche tacite, in siffatte circostanze, si determinano nei riguardi appunto degli enunciati stessi, non già dell'esperienza con essi frontalmente contrastante: sono, cioè, le regole a conformarsi alle regolarità o, meglio, a riconformarsi nella loro stessa struttura, non già le seconde a soffrire parziali adattamenti a quelle o riletture come che sia con esse concilianti.

Fino a che punto tutto ciò possa essere tollerato e *quodammodo* assorbito dalla Costituzione come "sistema", senza che quest'ultima veda messa a rischio o addirittura pregiudicata senza rimedio la propria identità non è chiaro al piano teorico-astratto e, soprattutto, a quello del suo pratico riscontro. Pronta è la risposta al riguardo offerta dalla teoria delle fonti e, prima ancora, dalla teoria della Costituzione, o – per dir meglio – da una *certa* teoria delle fonti e della Costituzione, col rimando fatto – come si diceva poc'anzi – alla dottrina dei limiti alla revisione. Sono (o, forse, con maggiore cautela dovrebbe dirsi, *sarebbero*…), dunque, i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale a dare l'orientamento e il verso, la spinta prima e più vigorosa al processo di ricomposizione di regole e regolarità, illuminando e tenendo salda la mano degli operatori, dando cioè loro indicazioni circa i punti del tessuto costituzionale sul quale far luogo ad interventi chirurgici più o meno incisivi ovvero circa il materiale costituito dalle regolarità bisognoso di essere al proprio interno variamente rifatto.

Senonché il riferimento ai principi fondamentali appare essere assai poco fermo e chiaro, sol che si ammetta – come devesi – che la lettera con cui i principi stessi sono formulati è quella che, a motivo della sua massima apertura strutturale, si presenta la più esposta a manipolazioni interpretative e operative in genere. Si dà, nondimeno, una risorsa alla quale attingere al fine di contenere – fin dove possibile – questo rischio; ed è data dall'affermazione e dal consolidamento di *consuetudini culturali* di riconoscimento dei principi, in primo luogo, e, quindi, della loro complessiva connotazione[14].

nibilità in tal senso delle forze suddette (e, segnatamente, di quelle dominanti). È nondimeno da mettere in conto l'eventualità che modifiche tacite anche profondamente radicate nel corpo sociale e nel sistema politico possano essere persino in modo rapido rimosse per effetto di un inatteso capovolgimento nei rapporti tra forze di maggioranza e forze di opposizione che porti queste ultime ad affermarsi in occasione di una tornata elettorale, sì da disporre quindi dello strumento apprestato dall'art. 138, facendone uso proprio in funzione oppositiva nei riguardi delle modifiche tacite dapprima affermatesi. Si tornerà sul punto, di cruciale rilievo, sul finire di questo studio (spec. al § 7).

[14] Alle consuetudini in parola, quali strumenti per la ricognizione dei principi e dei diritti

Si fermi solo per un momento l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo. Storicamente, come sappiamo, la lotta per la Costituzione, negli ordinamenti di tradizioni liberali, ha avuto quale sua molla scatenante il bisogno, fortemente avvertito dai più larghi strati del corpo sociale, di una Carta dei diritti fondamentali[15] che offrisse ai componenti il corpo stesso, a un tempo, certezza di diritto costituzionale e certezze dei diritti stessi: l'una e le altre da far valere nei riguardi di un potere sovrano dapprima *legibus solutus*[16]. La scrittura, insomma, era (e ancora oggi è) vista quale condizione irrinunziabile per la salvaguardia dei diritti stessi, negli ordinamenti in cui questi ultimi non hanno avuto la secolare evoluzione invece registratasi in Gran Bretagna. Col passare del tempo, si è dovuto toccare con mano che, malgrado il largo riconoscimento avutosi di diritti non dichiarati dalle Carte ottocentesche, molti altri diritti premevano (e, in misura crescente, premono ancora oggi) al fine di potersi affermare, diritti privi di testuale riscontro nelle stesse Costituzioni "lunghe" del secondo dopoguerra[17]. Il riporto a queste ultime alle volte si rivela non poco problematico e – diciamo pure – forzoso, frutto di modifiche tacite appunto[18], pur giovandosi del puntello offerto da altre Carte dei diritti di origine esterna in cui è a questi ultimi fatto esplicito (e talvolta in esse pure solo parziale) riferimento. Ci si avvede così che le maggiori certezze di diritto costituzionale e certezze dei diritti costituzionali vengono, in realtà, non già dalla let-

fondamentali, ho fatto più volte richiamo (ad es., in *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. BALDINI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 337 ss., nonché in Consulta OnLine, 2/2016, 30 giugno 2016, 263 ss.).

[15] Avverto che, d'ora innanzi, per scorrevolezza della esposizione ometterò il riferimento all'aggettivo qualificativo, intendendolo sottinteso nel sostantivo. Altra questione, di cui non è però qui possibile farsi carico, è quella relativa al riconoscimento dei diritti stessi ed alle sedi istituzionali in cui esso può prendere forma (spunti ricostruttivi di particolare interesse sono, non molto tempo addietro, venuti dai contributi riuniti nel vol. coll. da ultimo cit.).

[16] Le due "certezze" in discorso si ponevano (e si pongono), nella forma di Stato venuta alla luce a seguito dell'abbattimento della monarchia assoluta, quali i due profili inautonomi, le due facce di una stessa medaglia, secondo quanto è peraltro avvalorato dalla mirabile e ad oggi attuale definizione di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della Dichiarazione del 1789 [precisazioni a riguardo del controverso (e perciò… *incerto*) concetto di certezza del diritto, da ultimo, in F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018].

[17] In realtà su siffatto connotato delle Carte costituzionali molto vi sarebbe da dire, rimandando la qualifica alla risoluzione di alcune previe questioni riguardanti il modo di essere e di evolversi della "materia" costituzionale, la sua disciplina, oltre che a mezzo delle Carte stesse, con altri documenti normativi (costituzionali e non), la determinazione del metro col quale misurare la "lunghezza" stessa, al di là del dato innegabile costituito dal raffronto con le vecchie Carte ottocentesche. A tutto ciò ora non è possibile riservare neppure un cenno.

[18] … rese viepiù evidenti laddove dovesse darsi particolare rilievo, come indicato dalla giurisprudenza (spec. con Corte cost. n. 138 del 2010), al canone dell'*original intent* in sede d'interpretazione costituzionale.

tera degli enunciati, dove più e dove meno carente e reticente, bensì direttamente dall'esperienza e, segnatamente, dal formarsi in quest'ultima di quelle consuetudini culturali, di cui un momento fa si diceva. Proprio la messa in chiaro del cuore pulsante della Costituzione, i diritti e, in genere, i principi fondamentali, richiede un significativo spostamento di prospettiva dalla scrittura all'esperienza o – possiamo, più brevemente, dire – al "fatto" e, in genere, al diritto non scritto (inteso nella sua più larga accezione, comprensiva delle regole consuetudinarie e delle più salde e sicure regolarità della politica[19]). Per una singolare nemesi storica, sul terreno sul quale maturano le vicende riguardanti il "nucleo duro" della Costituzione, i principi e i diritti fondamentali, il diritto costituzionale non scritto si prende non di rado le sue più appaganti rivincite sul diritto costituzionale scritto, specie laddove – come da noi –, per ragioni varie il cui esame non è ora consentito, per un verso è diffusamente avvertito il bisogno di un più o meno ampio aggiornamento della lettera degli enunciati della Carta o, addirittura, il rifacimento di alcune sue partizioni interne e, tuttavia e per un altro verso, i tentativi posti in essere al fine di soddisfarlo non riescono a giungere in porto[20].

Sta di fatto che la costante e scrupolosa osservazione dell'esperienza, nelle sue più salienti vicende, proietta un fascio di luce sugli enunciati e ne consente aggiornate riletture, sia pure – come si diceva – alle volte col costo di forzati adattamenti ad essa[21].

[19] … le quali, nondimeno, specie in alcuni contesti politici, quale il nostro, connotati da forti tensioni e contraddizioni, tendono a diradarsi, pur non facendo ad ogni buon conto difetto (si pensi, per fare solo un esempio, ad alcune pratiche ricorrenti in occasione delle crisi di governo, quali quelle delle consultazioni e del conferimento dell'incarico, preceduto o non da eventuali mandati esplorativi, delle quali nondimeno proprio in occasione della crisi di governo apertasi dopo le ultime elezioni si sono avute originali e discusse "varianti").

[20] … specie laddove si coltivi l'ambizioso disegno di far luogo a modifiche – come suol dirsi – "organiche" della Carta, e segnatamente della sua seconda parte; istruttivi al riguardo i fallimenti via via registratisi delle varie Commissioni costituite al fine di far luogo alla progettazione delle riforme, nonché i tentativi di revisione bocciati dal corpo elettorale nel giugno 2006 e nel dicembre 2016 [in merito a queste vicende, eccezion fatta dell'ultima, v. AA.VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, a cura di S. SICARDI – M. CAVINO – L. IMARISIO, Il Mulino, Bologna, 2015].

[21] Si ha, dunque, conferma essere la Costituzione, più (e prima ancora) che un "atto" un "processo" [così, part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. e, ora, con originali sviluppi, A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2016], segnato da un moto senza fine (del moto della Costituzione ha, non molto tempo addietro, discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1° marzo 2013) e, nondimeno, portato a mantenersi fedele a sé, alla sua essenza, quale risulta nel modo più immediato e genuino espressa dai principi di base dell'ordinamento [sulla duplice, indisponibile vocazione della Costitu-

2. Necessità di ambientare lo studio delle modifiche tacite dal punto di vista dei diritti fondamentali, le quattro principali torsioni del disegno costituzionale affermatesi nell'esperienza, l'allargamento dell'arena dei diritti e il conseguente affinamento delle tecniche decisorie utilizzate a salvaguardia di questi ultimi, col rischio che tuttavia esso fa correre di un abnorme innalzamento del tasso di politicità dei giudizi

Le notazioni di ordine preliminare appena svolte consentono già di fissare un primo punto fermo; ed è che lo studio delle modifiche tacite, pur laddove dovesse riferirsi specificamente alla parte organizzativa della Carta, ha tuttavia pur sempre bisogno di essere fatto *dall'angolo visuale dei diritti*. Non v'è, a mia opinione, enunciato della legge fondamentale della Repubblica che si sottragga a questa vera e propria direttiva che è di natura metodica, prima ancora che teorico-ricostruttiva. D'altronde, riprendendo ancora una volta la pregnante indicazione offerta dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789, sopra richiamato, il riferimento alla separazione dei poteri, quale principio di base dell'organizzazione, rinviene la sua giustificazione maggiormente espressiva proprio nel suo porsi in funzione servente nei riguardi delle libertà fondamentali: il primo, essenziale elemento costitutivo della Costituzione[22].

Così, dunque, si farà anche nel corso dello studio ora avviato.

Ovviamente, non è qui possibile far luogo neppure ad una sommaria descrizione e ad un succinto vaglio critico delle principali modifiche tacite; ciò che richiederebbe una estensione ed un approfondimento dello studio in questa sede non consentiti. Mi limito, dunque, ad enunciare solo alcune li-

zione alla stabilità e al movimento, v. C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 6 febbraio 2014, e, ora, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, cit. Sulla dimensione temporale dell'esperienza costituzionale, v., almeno, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1984; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009; A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione*, I, *Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016].

[22] In generale, sul rapporto intercorrente tra prima e seconda parte della Costituzione e di entrambe rispetto ai principi fondamentali, nel quadro di una visione essenzialmente unitaria della Costituzione stessa, v., almeno, M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER, Einaudi, Torino, 2016, 291 ss.

nee di tendenza tracciate dalle più rilevanti modifiche, come tali idonee ad offrire indicazioni circa i prossimi e più probabili sviluppi dell'esperienza di rilievo costituzionale.

Quattro, a parer mio, sono le più vistose torsioni della lettera della Carta, quelle che dunque in minor misura si espongono al rischio dietro paventato della opinabilità della ricostruzione, frutto di scorrette letture degli enunciati e di parimenti arbitrarie descrizioni dell'esperienza. Le elenco e ne faccio quindi oggetto di un rapidissimo esame, con l'avvertenza che esse si fanno di continuo reciproco rimando, al punto di rendersi problematicamente distinguibili l'una dall'altra, sicché l'esame stesso sarà di sovente obbligato a far luogo al loro congiunto riferimento.

La prima è data dalla crescente confusione dei ruoli degli organi della direzione politica e di quelli di garanzia (in ispecie, ma non solo, di quelli costituzionali).

La seconda è data dalla confusione dei ruoli tra gli stessi organi d'indirizzo, di cui si ha una eloquente, particolarmente attendibile, testimonianza nell'uso che si è fatto (e si fa) degli strumenti di normazione.

La terza è data da una complessiva, grave alterazione degli equilibri nei rapporti tra apparato centrale dello Stato e autonomie territoriali in genere e regionali in ispecie.

L'ultima è data da un parimenti complessivo rifacimento dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e sovranazionale rispetto alle scarne indicazioni al riguardo risultanti dal modello delineato nella Carta.

Quelle appena indicate sono, dunque, le modifiche dotate, a un tempo, della maggiore capacità di escursione di campo, riuscendo a distendersi praticamente per l'intero quadro costituzionale, e della maggiore capacità di scavo in seno alla "materia" costituzionale, dalle modifiche stesse rivoltata da cima a fondo e complessivamente rifatta.

Avverto subito che, *dal punto di vista dei diritti*, non è detto che, per effetto delle modifiche in parola (perlomeno, di alcune di esse), se ne sia avuto comunque un pregiudizio; alle volte, di contro, sembra che essi ne abbiano tratto profitto, nei limiti in cui, a motivo del carattere fluido e confuso del quadro complessivo, l'uno e l'altro esito risultino chiaramente intelligibili. La circostanza, poi, che alcuni diritti (e, segnatamente, quelli sociali o, meglio, economico-sociali) si siano ugualmente trovati gravemente esposti e insufficientemente appagati si deve, più che ad insufficienze degli organi preposti alla loro tutela (e, segnatamente, dei giudici), a ragioni di contesto[23],

[23] Non si commetta tuttavia l'errore di prender per buono l'alibi esibito dai governanti di turno, solleciti nello scaricare sul contesto (e, in special modo, sulla crisi economica) la responsabilità della mancata o difettosa protezione assicurata ai diritti che comportano i maggiori costi. Pur laddove le cause di certi guasti siano molto risalenti nel tempo e ramificate per l'intero ordinamento e il tessuto sociale, una cruda osservazione della realtà impone di chie-

vale a dire alla morsa soffocante di una crisi che non ha conosciuto (e non conosce) confini territoriali e che appare ben lungi dal potersi dire ormai superata, come pure con eccessivo ottimismo viene talora da taluno affermato[24].

Non ci si può, tuttavia, sottrarre all'inquietante quesito se la salvaguardia dei diritti possa aversi *ad ogni costo*, anche dunque a quello di mettere da canto regole e persino principi costituzionali che non la consentirebbero con gli strumenti di cui in atto gli operatori dispongono; il che, poi, a conti fatti, equivale a riproporre l'antico dilemma se il fine giustifichi sempre ovvero solo a certe condizioni il mezzo posto in essere per conseguirlo.

Quel che, nondimeno, è certo è che la prevalenza e vera e propria sopraffazione delle regolarità sulle regole ha la radice da cui si tiene ed alimenta nel contesto, nella sua più larga ed internamente articolata accezione: quale contesto politico, economico, sociale in genere.

In questo quadro, connotato da fluidità, mobilità, opacità degli elementi che lo compongono e in esso senza sosta si rinnovano, un ruolo di crescente rilievo è, per diffuso riconoscimento, giocato dallo sviluppo scientifico e tecnologico, che lascia un segno profondo, marcato, sui diritti: portando alla invenzione di diritti nuovi e dei modi della loro tutela, come pure della tutela in forme inusuali dei vecchi, e però anche ponendosi quale una minaccia formidabile sia per gli uni che per gli altri.

È di tutta evidenza che, con l'affollamento dei diritti e a motivo della pluralità dei beni della vita in genere evocati in campo dai casi, assai di fre-

dersi cosa si sia fatto per evitarne la formazione e il radicamento. Sul finire di questa esposizione accennerò, in particolare, a due guasti che considero problematicamente rimediabili – la corruzione diffusa e l'iniqua distribuzione della ricchezza – la cui portata devastante, seppur fosse stata (e fosse) solo in parte circoscritta, avrebbe portato (e porterebbe) all'effetto di dare non poco sollievo a quanti versano nel bisogno, ristabilendo allo stesso tempo condizioni minime di un fisiologico svolgimento del vivere in comunità, all'insegna dei valori costitutivi dell'etica pubblica repubblicana.

[24] Piuttosto, sembra di poter dire che, in alcuni momenti, sembra allentarsi il morso della crisi ma che la stessa presenta ormai carattere endemico, sì da doversi considerare non più sradicabile (in argomento, tra i molti che ne hanno variamente discorso, v. AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. GAMBINO, Giappichelli, Torino, 2015; AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. CATELANI – R. TARCHI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, a cura di E. CECCHERINI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerity di bilancio e del neoliberismo europeo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 23 gennaio 2017; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 2 febbraio 2017; AA.VV., *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, a cura di L. DORATO e G. GRASSO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017 e, da ultimo, AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica*, a cura di M. D'AMICO e F. BIONDI, FrancoAngeli, Milano, 2017).

quente gli operatori istituzionali sono sollecitati a far luogo a decisioni frutto di delicate e non di rado sofferte ponderazioni assiologicamente ispirate. Della qual cosa si hanno quotidiane testimonianze, in special modo, nelle aule in cui si amministra giustizia, quale che sia il livello (nazionale e non) al quale essa prende forma e la natura (comune ovvero costituzionale[25]) dell'organo che la esercita. Ed è parimenti evidente che, al fine di poter far luogo in modo adeguato alle ponderazioni in parola, occorre disporre di strumenti viepiù raffinati ed idonei ad incidere con chirurgica precisione sul materiale normativo rilevante per il caso.

Ora, è interessante notare che la proliferazione e la messa a punto incessante delle tecniche decisorie dei giudici è, per la sua parte, indice eloquente di plurime e rilevanti modifiche tacite, alle quali si possono riportare, a seconda dei casi, questa o quella delle torsioni sopra indicate, non di rado anzi – come si diceva – più d'una e persino tutte assieme. L'allargamento dell'arena dei diritti, peraltro, non va vista – come invece sovente si fa[26] – quale fattore di penalizzazione dei diritti vecchi, obbligati a sottostare ad operazioni di bilanciamento coi nuovi da cui possono discendere reciproci sacrifici e non di rado persino lo stesso accantonamento degli uni ovvero degli altri. In una visione sistemica, quale quella – come si è veduto – propugnata dalla giurisprudenza costituzionale, questa vicenda va vista, in via di principio e con riserva ovviamente per la conclusione di merito di singole esperienze, senz'altro positivamente, dal momento che crescono le opportunità di appagamento di bisogni elementari dell'uomo fortemente avvertiti (e

[25] Utilizzo qui pure, dopo averlo fatto ripetutamente altrove, l'aggettivo "costituzionale" in senso materiale, riferendolo dunque anche alle Corti europee che manifestano una spiccata e crescente tendenza appunto alla loro "costituzionalizzazione", vuoi in relazione alla posta in palio (la salvaguardia dei diritti fondamentali) e vuoi pure per le tecniche decisorie adoperate al fine di assicurarla che, pur nei tratti complessivamente peculiari, rivelano palesi assonanze con le tecniche proprie dei tribunali costituzionali di diritto interno [su tutto ciò, *ex plurimis*, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010; O. POLLICINO – V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. FALETTI e V. PICCONE, Aracne, Roma, 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4, 2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'*Unione sempre più stretta, 1, 2016, 381 ss.].

[26] Ancora da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. 55 ss., ma *passim*.

di un appagamento – come dire? – mirato, specificamente valevole per il singolo caso, nella sua complessiva connotazione).

Sta di fatto però che l'invenzione a ritmi crescenti di tecniche decisorie sempre nuove o la incessante rielaborazione e messa a punto delle vecchie ha un immediato, appariscente effetto di ordine istituzionale, che è dato dallo squilibrio viepiù evidente tra la c.d. "anima" politica e quella giurisdizionale della Corte costituzionale[27] e, forse, dobbiamo ormai dire, del giudice in genere, reso poi ancora più evidente ed esasperato dalle plurime emergenze poste dal tempo presente, con le insidie che ad esse si accompagnano specie per i diritti fondamentali delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte[28]: con la differenza non da poco che, per il tribunale costituzionale, il fenomeno ha una sua qualche spiegazione (se non pure la giustificazione) nella peculiare composizione dell'organo, nonché nella portata degli effetti delle sue decisioni[29], ciò che invece non può evidentemente valere per il giudice comune.

Si tratta, nondimeno, di stabilire fin dove possa portarsi siffatta prevalenza della componente politica e da che punto in avanti invece si determini un irreversibile snaturamento dell'attività del giudice, vale a dire dove si situi la soglia di tolleranza degli interventi chirurgici operati sui testi di legge senza che, per ciò stesso, si assista ad una confusione dei ruoli istituzionali che la Costituzione come "sistema" non sarebbe più in grado di sopportare.

La tecnica decisoria dell'interpretazione conforme[30] ha, per la sua parte,

[27] Il fenomeno è diffusamente segnalato, sia pure con varietà di accenti e di qualificazioni [tra gli altri, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e* political question doctrine*. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2017].

[28] Ha, tra gli altri, ancora di recente opportunamente rilevato A. MORRONE, *Garanzia della Costituzione e crisi economica*, in AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica*, cit., 35, che "nelle crisi è sempre possibile che governanti e giudici si scambino le vesti, gli uni e gli altri usando la Costituzione per giustificare la legittimità delle rispettive decisioni".

[29] Si faccia caso al fatto che, cautamente, il Costituente non ha dato alle pronunzie della Corte costituzionale il nome proprio delle pronunzie dei giudici comuni, preferendo genericamente e, se si vuole, atecnicamente discorrere di "decisioni", non già di sentenze *et similia*. Né si perda di vista l'accostamento fatto da un'accreditata dottrina delle decisioni in parola alla legge e alle fonti del diritto in genere, a motivo del carattere generale degli effetti dalle stesse prodotte (quanto meno, secondo la tesi ormai affermatasi, con riferimento alle sentenze di accoglimento).

[30] … a riguardo della quale, tra i molti altri, dopo G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006 e, della stessa, *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano,

in significativa misura concorso a quest'esito, specie a seguito del suo articolarsi e volgersi, congiuntamente, verso la Costituzione, il diritto internazionale, il diritto dell'Unione europea. La necessità di tener conto simultaneamente dei punti di vista di più documenti normativi (e, perciò, in buona sostanza, delle Corti che ne sono interpreti e garanti) induce di frequente gli operatori di giustizia, comuni e costituzionali, a fare un uso "forte" dello strumento interpretativo, che non di rado indulge a sostanziali manipolazioni degli enunciati positivi: di quelli oggetto del giudizio e però persino di quelli assunti a parametro del giudizio stesso. E, invero, non di rado è dato assistere ad un pur abilmente camuffato rifacimento del dettato costituzionale che, a mo' di un ideale caleidoscopio, assume le sembianze più varie, costretto a piegarsi docilmente al conseguimento delle sintesi assiologiche giudicate maggiormente rispondenti ai casi, alla luce di quell'autentico "metaprincipio" che è dato dalla ricerca della massimizzazione della tutela di tutti i beni della vita in gioco, vale a dire dell'affermazione della Costituzione come "sistema"[31]. Un "sistema di sistemi", si è detto in altri luoghi[32],

2010, 3 ss., e *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in Consulta OnLine, 2/2016, 293 ss., v., part., M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Ann*., IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano, 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi*, cit., 37 ss. Con specifico riguardo al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Jovene, Napoli, 2015, e V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in www.dirittocomparati.it, 16 marzo 2018.

[31] Al "metaprincipio" in parola la dottrina ha fatto (e fa) in modo insistito riferimento: tra gli altri, v. [tra i molti altri e variamente, v. R. CONTI, *sub* art. 53, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. BISOGNI – G. BRONZINI – V. PICCONE, Cimenti, Taranto, 2009, 639 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013, 159 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione* multilevel, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. PIN, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO – M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto*

connotandosi per una strutturale, marcata vocazione ad aprirsi all'alto, verso ordinamenti o sistemi normativi diversi da quello nazionale[33], sì da offrire accoglienza a norme e decisioni in genere (specie di organi giurisdizionali) in grado di concorrere alla ottimale salvaguardia dei diritti; un'apertura che, poi, nella sua più elevata e genuina espressione naturalmente si converte nella immedesimazione della Costituzione e delle restanti Carte dei diritti, vale a dire – per riprendere una efficace formula contenuta nella sent. n. 388 del 1999 della Consulta – nella loro reciproca integrazione nei fatti interpretativi.

degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali, in Consulta OnLine, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano* internazionale*, ma negati sul piano* costituzionale. *Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'ANDREA – G. MOSCHELLA – A. RUGGERI – A. SAITTA, Giappichelli, Torino, 2016, spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, 92 ss., spec. 111 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2017, 16 luglio 2017, spec. 12 ss.; M. CONDINANZI – P. IANNUCCELLI, *sub* art. 53, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, Giuffrè, Milano, 2017, 1085 ss. Infine, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.dirittocomparati.it, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in www.federalismi.it, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3. In senso critico si è, ancora da ultimo, dichiarato R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 63 ss., ma *passim*].

[32] … tra i quali, il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014.

[33] La distinzione è qui fatta allo scopo di venire incontro ad una indicazione della giurisprudenza che, con specifico riguardo alla CEDU, ne ha negato il carattere ordinamentale e, di conseguenza, la "copertura" da parte dell'art. 11 cost., quale invece si ha – com'è noto – a beneficio dell'ordinamento (ieri comunitario e oggi) eurounitario. Sul punto, nondimeno, si sono registrate argomentate riserve e critiche da parte di molti studiosi (ne riferisce, ora, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. 92 ss. e 138 ss.).

Non è evidentemente di qui indugiare nell'esame delle singole tecniche decisorie e delle implicazioni di ordine istituzionale dalle stesse discendenti o, come che sia, alle stesse variamente legate. Si dà, ad ogni buon conto, una soglia – come si diceva – invalicabile dalle pur più ardite decisioni "normative" dei giudici in genere e di quelli costituzionali in ispecie[34]; ed è data dalla osservanza dei canoni che presiedono all'esercizio della giurisdizione e allo svolgimento del giudizio[35], canoni che per l'una o l'altra ragione parrebbero stare sempre più stretti agli organi ai quali s'indirizzano (e, segnatamente, al giudice costituzionale), che in occasioni viepiù ricorrenti manifestano la tendenza a discostarsene[36].

[34] L'efficace qualifica, con riguardo alle pronunzie del giudice costituzionale, è di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, 755 ss. ed è quindi stata ripresa da altri (tra i quali, C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli, 2006, 497 ss. e, dello stesso, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2013). Quanto, poi, ai giudici comuni, il carattere "normativo" di molte loro decisioni, nelle quali si fa luogo a più o meno vistose e nondimeno significative manipolazioni della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge e persino di quella degli enunciati costituzionali, non viene meno sol perché gli effetti prodotti dalle decisioni stesse restano circoscritti al caso. Come si è tentato di argomentare altrove, altro è infatti la efficacia della pronunzia ed altra cosa quest'ultima in sé e per sé, vale a dire per ciò che dispone e per il modo con cui "lavora" (o, diciamo pure, rielabora) il materiale normativo (oggetto e parametro) rilevante per la risoluzione del caso.

[35] Su ciò ha, con opportuni rilievi, insistito la più sensibile dottrina (tra gli altri, part., R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 2995 ss. e, più di recente, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., che si è, nondimeno, da ultimo dichiarato favorevole ad un uso elastico dei canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità: *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., 10 ss. e 12).

[36] La cosa è particolarmente vistosa proprio con riguardo alla Corte costituzionale, specie per ciò che concerne il rispetto della incidentalità, più volte trovatasi in uno stato di palese sofferenza o, diciamo pure, messa disinvoltamente da canto. Non si dimentichi tuttavia che a quest'esito hanno talora fattivamente concorso (e concorrono) i giudici comuni, col fatto stesso di prospettare alla Consulta questioni carenti di rilevanza (la vicenda delle leggi elettorali *docet*). Non a caso, d'altronde, il tema ha attratto l'attenzione di alcuni studi recenti, anche di respiro monografico (G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018).

La salvaguardia della tipicità dei ruoli si verifica ed apprezza proprio da qui: in generale, una grave confusione tra le funzioni (e, risalendo, tra gli organi che ne sono titolari) si consuma ogni volta che si rendano irriconoscibili gli atti adottati alla luce delle norme che ne danno la qualificazione, descrivono i procedimenti a mezzo dei quali si perviene alla loro formazione e se ne stabiliscono gli effetti e, in breve, il posto nel sistema[37].

In realtà, sul punto si sono registrate posizioni teoriche di vario orientamento, alcuni ammettendo che i canoni che governano il processo (con specifico riguardo a quello costituzionale) possano rendersi partecipi di operazioni di bilanciamento con canoni di natura sostantiva: come dire, appunto, riprendendo un'indicazione poc'anzi data, che il fine giustifica sempre il mezzo. Una indicazione, questa, prospettata da un'accreditata dottrina[38] e che – come si vede – è di metodo, prima ancora che di teoria, delle relazioni istituzionali, alla quale nondimeno non credo che si possa dare accoglienza, se si ha a cuore di preservare nel suo "nucleo duro" il principio della separazione dei poteri quale asse portante dell'intera costruzione ordinamentale. Un esito, questo, che vale per i giudici e vale per ogni altra sede di apparato.

3. Il ruolo viepiù marcatamente politico giocato dal Capo dello Stato nel sistema e lo squilibrio in misura crescente registratosi al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica, di cui rendono eloquente testimonianza le vicende della normazione

La questione ora discussa si presenta, poi, con toni di particolare gravità in relazione all'altro organo supremo di garanzia, il Presidente della Repubblica, a motivo del fatto che la sua peculiare, irripetibile connotazione, il suo autentico marchio costituzionale, esibisce un *mix* funzionale nel quale la coloritura politica appare, secondo modello, particolarmente marcata. Non a caso, d'altronde, già a partire dagli studi venuti alla luce all'indomani del varo della Carta repubblicana la più sensibile dottrina ne ha discorso in termini di "garante politico" della Costituzione, al fine di distinguerne il ruolo

[37] Nessuno di noi riuscirebbe neppure ad immaginare che le Camere possano dar vita ad una legge senza prestare pieno rispetto alle metanorme stabilite per la sua formazione; e questa conclusione, ovviamente, vale per gli atti espressivi di altre funzioni, ancora di più poi quando si tratti di atti posti in essere dai garanti, specie di quelli che godono di una particolare protezione, quale la Corte costituzionale, le cui decisioni non soggiacciono ad alcuna impugnazione.

[38] Sopra tutti, v. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990.

rispetto all'altro massimo garante del sistema, la Corte costituzionale[39]: accomunati, poi, entrambi dall'essere dotati – è stato detto da un'autorevole dottrina[40] – di una "forza politica", nondimeno idonea a manifestarsi in modi e con effetti assai diversi in relazione appunto alla tipicità dei ruoli da ciascun organo giocato nel sistema.

Ancora una volta, l'evoluzione del contesto registratasi nel corso degli anni, il cui centrale rilievo non richiede qui di essere ulteriormente sottolineato[41], ha portato, specie in talune congiunture, ad una viepiù marcata sottolineatura della componente "politica" del ruolo del Capo dello Stato, chiamato a dare per la sua parte concorso alla gestione di talune emergenze particolarmente pressanti[42]. È evidente che, in un contesto connotato da una strutturale debolezza del sistema politico[43], aggravata da emergenze di vario

[39] La qualifica del Presidente della Repubblica quale struttura di garanzia ha avuto, soprattutto dopo gli studi pioneristici di S. Galeotti, largo credito, pur essendo stata fatta oggetto di non secondarie precisazioni e critiche anche penetranti (rammento qui solo il denso dibattito svoltosi in occasione dell'incontro di studio su *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di G. SILVESTRI, Giuffrè, Milano, 1984).

[40] Il riferimento è, ovviamente, a T. MARTINES, che ha sul punto più volte insistito, a partire dal suo *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 171 ss. e 206 ss.

[41] Ancora di recente, una sensibile dottrina ha, peraltro, avuto modo di rimarcare che "equilibri instabili e assetti variabili sono un elemento tipico della storia repubblicana, specie di quella recente" (G. PITRUZZELLA, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in www.astrid-online.it, 5/2018, 9 aprile 2018, 5, con specifico riguardo agli sviluppi avutisi nel ruolo del Presidente del Consiglio ma con notazione suscettibile di generale valenza).

[42] Si pensi, ad es., al ruolo svolto dal Presidente Napolitano in occasione della nascita del Governo Monti o a quello del Presidente Mattarella nel corso della lunga e sofferta crisi apertasi a seguito delle ultime elezioni politiche: in entrambe le vicende, peraltro, si è avuta conferma dell'incidenza esercitata da fattori di origine esterna (quali i vincoli discendenti dall'appartenenza all'Unione e i condizionamenti dei mercati internazionali) sulle dinamiche della forma di governo e della stessa forma di Stato, secondo quanto si vedrà meglio a breve.

La presidenza Napolitano ha – come si sa – attratto l'attenzione di molti studiosi che ne hanno fatto oggetto di varî commenti, perlopiù rimarcando il vigore col quale il Presidente ha esercitato il suo ufficio (tra gli altri, v. G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Mucchi, Modena, 2015; V. LIPPOLIS – G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2016, su cui i commenti di G. SILVESTRI, M. LUCIANI e B. CARAVITA, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2016). Trattasi nondimeno di un *trend* che si ritrova con caratteri non dissimili anche presso altri ordinamenti a regime parlamentare, secondo quanto ha, di recente, avvalorato lo studio di F. CLEMENTI, *Garante o governante? La figura del Capo dello Stato nella recente esperienza dei Paesi dell'Unione europea a regime repubblicano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2016, 617 ss.

[43] … indice eloquente della quale è il confuso rifacimento a getto continuo della normativa elettorale, dalle cui complessive carenze ha tratto vigore la tendenza allo sfaldamento del sistema dei partiti, ad oggi alla affannosa ricerca di una stabilità non raggiunta e – temo –

genere (da quella terroristica a quella ambientale, alla economica e ad altre ancora), gli equilibri istituzionali vengono a soffrire una complessiva alterazione che non lascia indenne alcuna sede di apparato, determinandosi a un tempo una vistosa confusione tra gli organi portatori di istanze di garanzie e gli organi della direzione politica, nonché tra questi ultimi[44]. Al di là dell'emergenza, tuttavia, la confusione in parola si alimenta da una causa politica di ordine strutturale, non rimossa e – temo – problematicamente rimuovibile, una causa le cui radici stanno nel cuore stesso della rappresentanza politica, che manifesta crepe sempre più larghe e profonde. È proprio nella vistosa carenza di rappresentatività dei rappresentanti[45] che si annidano

problematicamente raggiungibile, nonché alla prepotente affermazione di formazioni partitiche che hanno fatto del populismo la loro bandiera.

[44] L'attenzione per i più salienti sviluppi dell'esperienza, nella quale – come si viene dicendo – la tendenza alla commistione dei ruoli va facendosi sempre più marcata, ha indotto alcuni sensibili studiosi a teorizzare questo stato di cose, fino al punto di imputarlo allo stesso modello che, con la sua strutturale apertura, a dire di questa dottrina, parrebbe accogliere in sé e metabolizzare l'esperienza stessa. Si pensi, ad es., alla nota ricostruzione di C. ESPOSITO in tema di controfirma ministeriale [*Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano, 1962 e *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.], con le non secondarie precisazioni che ne ha fatto G.U. RESCIGNO, a cui opinione tutti gli atti presidenziali, a motivo della loro identità formale, una volta venuti alla luce, testimonierebbero genericamente ed indistintamente un'avvenuta "collaborazione" tra i firmanti governata nei suoi concreti sviluppi da regole convenzionali (tra gli altri scritti del chiaro A., v., almeno, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972; *sub* art. 87, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1978 e, più di recente, l'intervento al *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giur. cost.*, 1/2007, 493 ss. e, da ultimo, la relazione dal titolo *Costituzione fra consuetudini, convenzioni e prassi*, illustrata al Convegno di Firenze del 18 maggio 2018 su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*). Una ricostruzione teorica, questa, che, al di là delle intenzioni di chi l'ha messa a punto, rischia nei fatti di tradursi in un generoso avallo alle più varie esperienze, persino dunque a quelle che si discostino da un modello costituzionale che – piaccia o no – tiene comunque distinti i ruoli, rispettivamente, dei decisori politici e dei garanti (notazioni critiche avverso la configurazione della controfirma prospettata da questa dottrina possono, volendo, vedersi nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli, 2009, 693 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it). Più di recente, poi, è stata argomentata la tesi secondo cui la Carta non avrebbe fatto luogo a siffatta tipizzazione dei ruoli (O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010). Una tesi che, nuovamente, porta all'esito appena descritto e qualificato come inaccettabile, dal momento che, spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, esso spianerebbe la via per lo smarrimento stesso dell'idea di Costituzione quale legge fondamentale della Repubblica che in sé racchiude e custodisce le regole del gioco politico alle quali tutti gli operatori sono tenuti a conformarsi.

[45] … a riguardo della quale si dispone – com'è noto – di una messe di scritti ormai incontenibile (solo per una prima informazione e con riguardo agli scritti più di recente venuti alla luce, v. i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della rego-*

i rischi più temibili di tenuta del sistema e di mantenimento dello Stato di diritto costituzionale, seppur nelle forme rinnovate che ha via via assunto rispetto alla tradizione dalla quale discende[46].

Molte spiegazioni possono darsi (e, invero, si sono date), ad es., della commistione dei ruoli di Parlamento e Governo, fattasi lampante sul terreno sul quale maturano le esperienze della normazione, laddove – come si sa – si è assistito ad un autentico svuotamento del ruolo istituzionalmente spettante al primo, a beneficio del secondo[47], solo in parte arginato dalla giurisprudenza[48], più ancora che da interventi legislativi a finalità di "razionalizzazione", quale quello effettuato giusto trent'anni addietro dalla legge 400 del

lazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa, Catania 3-4 aprile 2017, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017, e A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss.).

[46] Sulla evoluzione al riguardo registratasi, specie nel tempo a noi più vicino, v., tra gli altri, S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2016, 331 ss.; A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2018, 7 maggio 2018, e, se si vuole, il mio *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.

[47] Le vicende della normazione hanno costituito oggetto di costante monitoraggio da parte di numerosa dottrina; solo per alcune prime indicazioni con riguardo alle fonti di primo grado, v., quanto alla normazione d'urgenza del Governo e al relativo sindacato parlamentare e della Corte costituzionale, tra gli altri, F. CERRONE, *Fantasmi della dogmatica. Sul decreto legge e sulla legge di conversione*, in www.federalismi.it, 14/2015, 15 luglio 2015; M. BELLETTI, *L'effettività del sindacato costituzionale sulla decretazione d'urgenza. Le "figure sintomatiche" del difetto originario dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., I, 201 ss.; pure *ivi*, N. LUPO, *I decreti-legge nelle prime legislature repubblicane: alle origini degli "abusi"*, II, 1274 ss., e G. RIVOSECCHI, *La decretazione d'urgenza al tempo della crisi*, III, 1963 ss.; G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Cedam, Padova, 2017, spec. al cap. II; L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII legislatura*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 26 gennaio 2017; S. ROSSI – N. SCARPELLINI, *La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 28 giugno 2017. Quanto alle vicende delle leggi di delega e della normazione delegata, v., almeno, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016; A. ALBERTI, *Il mono-fondamento della decretazione legislativa delegata e le sue ricadute pratiche*, in *Quad. cost.*, 4/2016, 721 ss. e, della stessa, *amplius*, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino, 2015.

[48] Quest'ultima, peraltro, preoccupata di mettersi al riparo dalla critica strumentale di voler sovrapporre le proprie decisioni politiche a quelle degli organi d'indirizzo, ha esibito talora una eccessiva cautela e prudenza, non spingendosi a caducare gli atti del Governo e dello stesso Parlamento debordanti dall'alveo costituzionale pur laddove avrebbero meritato di essere sanzionati. Emblematico al riguardo l'orientamento manifestato in ordine al sindacato sui decreti-legge adottati in mancanza dei presupposti fattuali che li giustificano, ammesso unicamente alla condizione che la mancanza stessa risulti "manifesta".

1988, rivelatosi ad ogni buon conto inadeguato anche in ragione dei limiti ai quali va incontro ogni disciplina con fonte di primo grado volta a mettere ordine alle dinamiche della normazione parimenti primaria[49].

La più persuasiva spiegazione, nondimeno, rimane quella che fa appunto riferimento al bassissimo livello di rappresentatività assicurato dall'organo che dà il nome alla forma di governo; ciò che ha obbligato l'altro organo d'indirizzo ad addossarsi un compito di supplenza che non gli sarebbe spettato e non gli spetta.

D'altronde, così è pure – come si è veduto – al piano dei rapporti tra organi di garanzia e organi d'indirizzo, secondo quanto peraltro espressamente dichiarato dai primi che, in più occasioni, hanno confessato di essersi trovati a dover esercitare un ruolo di supplenza "non richiesto e non gradito"[50].

4. La opacità del disegno costituzionale relativo all'autonomia regionale, che non agevola il riconoscimento delle modifiche cui lo stesso è andato soggetto, alcune delle quali risultano nondimeno talmente gravi e vistose da non lasciare alcun dubbio circa la sostanziale riscrittura del dettato costituzionale operata in *tandem* dagli organi d'indirizzo e dalla Corte costituzionale

Le torsioni riscontrabili in seno alle dinamiche della normazione hanno sparso a raggiera i loro negativi effetti in ogni campo materiale, rinvenendo quindi uno dei terreni su cui hanno maggiormente allignato al piano dei rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali in genere e regionali in specie.

L'idea di un'autonomia autenticamente "politica", finemente e generosamente disegnata da un'autorevole dottrina[51], ha dovuto scontrarsi con la

[49] Al di là di ogni riserva di carattere teorico, i tentativi variamente fatti da sensibili e preoccupati studiosi di porre ordine nel mondo viepiù sregolato della normazione, allo scopo considerando idoneo lo strumento della legge comune, non hanno sortito gli effetti sperati, ricevendo pertanto conferma l'indicazione rigorosa data da un'autorevole dottrina, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui solo a mezzo di fonti costituzionali (o, comunque, di fonti dotate di "copertura" costituzionale) si può centrare l'obiettivo avuto di mira (sulla questione, da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018, spec. al § 4).

[50] In questi termini si è espresso il Presidente della Corte costituzionale, G. ZAGREBELSKY, in occasione della conferenza stampa del 2004, con specifico riguardo alla mancata adozione di una disciplina legislativa in attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione operata nel 2001 ma con notazione – come si viene dicendo – dotata di generale valenza.

[51] Mi si consenta qui di fare solo un nome, quello del mio indimenticabile Maestro, T. MARTINES, che vi ha dedicato numerose ed approfondite riflessioni (spec. a partire dal suo

vigorosa tendenza degli organi d'indirizzo volta ad accreditarne una riduttiva, impoverita, accezione, nonché con la tendenza dei massimi garanti essa pure nettamente orientata nel senso di dare a quest'ultima generoso avallo[52]. Ed è superfluo dover qui rilevare che lo schiacciamento della stessa naturalmente ridonda e si converte in un costo evidente per i diritti e, in genere, per alcuni dei bisogni maggiormente avvertiti di singoli, gruppi, dell'intera comunità stanziata sul territorio[53].

Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., ora in *Opere*, cit., III, 293 ss.), fatte nondimeno oggetto di riconsiderazione da parte di alcuni scritti apparsi in www.dirittiregionali.org.

[52] È ovvio che non sono mancate le occasioni in cui la giurisprudenza è riuscita a svolgere un ruolo autenticamente arbitrale, mediano, tra i protagonisti delle vicende ora evocate, mentre hanno fatto largamente difetto le iniziative assunte dal Capo dello Stato a salvaguardia preventiva dell'autonomia, specie nei riguardi delle leggi che vistosamente la comprimevano o svuotavano del tutto. La qual cosa, per vero, solo in parte si spiega con l'uso parco complessivamente fattosi dello strumento del rinvio in sede di promulgazione (indicazioni in R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino, 2011, 39 ss.; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, II, *Il concreto svolgimento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, della quale v., inoltre, con riguardo alle prospettive aperte dalla riforma "Renzi-Boschi", *Procedimenti di formazione delle leggi e potere di rinvio*, in www.federalismi.it, *Focus Riforma costituzionale*, 9/2016, 4 maggio 2016; pure *ivi*, L. TRUCCO, *Garanzia dell'autonomia regionale e potere di rinvio delle leggi statali*, 10/2016, 18 maggio 2016, spec. al § 2); anche però degli altri strumenti di cui l'organo posto al vertice della Repubblica dispone, a partire da quello della esternazione, non si è avuto l'utilizzo che sarebbe stato ragionevole attendersi a beneficio dell'autonomia. Il che, poi, parrebbe dare conferma del fatto che un'autentica cultura dell'autonomia, seppur accreditata da ispirati pensatori già in tempi risalenti, non è riuscita, a conti fatti, a farsi largo ed a radicarsi nell'esperienza.

[53] Quanto meno, così dovrebbe essere secondo modello, se pure non è secondo esperienza, dal momento che non è affatto detto che, a dar modo all'autonomia di potersi distendere sui campi materiali suoi propri e di poterli coltivare a fondo, i diritti e i bisogni in discorso ne avrebbero avuto davvero un guadagno al confronto della tutela ricevuta dagli atti dello Stato, pur laddove invasivi dell'autonomia (si pensi, per fare solo un esempio, alla introduzione della *social card* da parte di una disciplina positiva riconosciuta come relativa ad ambito materiale, quello dei servizi sociali, non di spettanza dello Stato e tuttavia fatta salva da Corte cost. n. 10 del 2010, all'esito di un bilanciamento tra una norma costituzionale sulla normazione e una norma sostantiva avente quale suo punto di riferimento il principio-valore della dignità della persona umana. Similmente, da ultimo, Corte cost. n. 87 del 2018, nella quale nondimeno si tiene a precisare che "solo in circostanze eccezionali, quando ricorrano imperiose necessità sociali, la potestà statale in questione può consentire l'erogazione di provvidenze ai cittadini o la gestione di sovvenzioni direttamente da parte dello Stato in materie di competenza regionale"). Non è, ovviamente, di qui verificare quali Regioni hanno bene operato e quali invece hanno innaturalmente piegato gli strumenti messi a loro disposizione non già al fine di servire l'autonomia bensì di servirsene. Un punto è, ad ogni buon conto, certo e va perciò tenuto fermo; ed è che non è possibile muovere da pratiche di governo della società discutibili o, diciamo pure, negative, scaricando quindi la responsabilità dello stato di cose cui esse dan-

Qui, però, lo studio deve rifuggire dal far luogo a conclusioni approssimative ed affrettate, frutto di orientamenti radicali ed esasperati. Il rischio è, infatti, quello di prospettare in partenza una raffigurazione ideale dell'autonomia, nel senso appunto della sua connotazione *pleno* od *optimo iure* "politica", e di trovarsi quindi costretti a riconoscerne lo svilimento davanti a regolarità della politica marcatamente volte alla sua "smitizzazione". Il vero è che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi[54] – il modello costituzionale, l'originario come pure quello rifatto nel 2001, appare essere aperto e, a dirla tutta, anfibologico. In esso infatti si davano, e seguitano a darsi, indicazioni idonee ad accreditare letture complessive di vario segno. Basti solo rammentare, quanto al dettato originario, la previsione dell'approvazione dello statuto – la massima espressione dell'autonomia – con legge della Repubblica, tradottasi al momento del varo dell'esperienza regionale in trattative informali che hanno in significativa misura penalizzato l'autonomia stessa[55], o ancora la previsione del limite dell'interesse nazionale (e di quello delle altre Regioni)[56], che risultava connotato da una intrinseca, ineliminabile vaghezza concettuale e reso temibile nelle sue possibili, concrete applicazioni dal suo affidamento in cura al Parlamento, vale a dire alla sede istituzionale in cui prende forma la maggioranza politica che sostiene l'organo abilitato al ricorso, il Governo. Ciò che avrebbe potuto portare ad un'azione a tenaglia tale da stringere in una morsa soffocante l'autonomia.

no luogo sul modello. Non è, cioè, consentita la "razionalizzazione" teorica delle pratiche stesse, la loro "costituzionalizzazione" insomma. Che, poi, lo stesso disegno costituzionale esibisca – dove più dove meno – lacune acclarate che richiedono da tempo di essere colmate e difetti complessivi di costruzione bisognosi di essere riparati non si nega; non sta, tuttavia, nel disegno stesso bensì nell'esperienza, non poche volte *contro* (e non già in svolgimento) di esso formatasi, la causa delle maggiori torsioni.

Tutto ciò posto e malgrado i condizionamenti ai quali l'autonomia ha dovuto sottostare, ugualmente le Regioni hanno potuto fare non poco a beneficio dei diritti, secondo quanto ha, non molto tempo addietro, testimoniato la corposa ricerca curata da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014.

[54] Di recente, nei miei *Sogno e disincanto dell'autonomia politica regionale nel pensiero di Temistocle Martines (con particolare riguardo al "posto" delle leggi regionali nel sistema delle fonti)*, in www.dirittiregionali.org, 3/2016, 29 maggio 2016, 456 ss., e *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, 15 ss. Riferimenti ai dibattiti alla Costituente e alle principali dottrine sull'autonomia regionale, di recente, in S. STAIANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Carocci, Roma 2017 (sul quale, ora, R. CALVANO, *L'art. 5, tra promozione e compressione del principio autonomista: un'altalena collegata all'involuzione del sistema politico italiano*, in www.federalismi.it, 10/2018, 9 maggio 2018).

[55] Degna di nota, al riguardo, la teorizzazione della natura "complessa" dell'atto ad opera di un'accreditata dottrina (U. DE SIERVO, *Gli statuti delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1974).

[56] Su di che, per tutti, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973.

Ora, con lo spostamento del limite dal piano (ambiguamente chiamato) del "merito" a quello della legittimità, frutto di un tacito patto siglato dal Governo e dal giudice costituzionale, quindi convertitosi in una vera e propria consuetudine *contra Constitutionem*, vale a dire di una modifica tacita alla quale ha dato – come si sa – sugello un solidissimo "diritto vivente", sono risultati solo in parte attutiti gli effetti perversi che avrebbero potuto aversi per il caso che al disegno costituzionale fosse stata data piana e fedele esecuzione. Sappiamo infatti che la giurisprudenza non è stata affatto tenera con l'autonomia[57] ma non sappiamo cosa di più e di peggio ne sarebbe stato di quest'ultima se non fosse stata disinnescata la mina nascosta sotto il terreno costituzionale.

Nulla, poi, dico ora a riguardo delle coordinate sulle quali l'autonomia è stata chiamata a disporsi, specie nelle sue espressioni al piano della normazione: di quella "orizzontale" degli ambiti materiali e dell'altra, "verticale", dei limiti allo svolgimento della stessa. Per l'uno e per l'altro verso, infatti, la somma vaghezza degli enunciati costituzionali (tra i quali, ovviamente, vanno annoverati quelli specificamente riguardanti le Regioni ad autonomia differenziata[58]) ha, senza alcun dubbio, agevolato ed alimentato le pratiche distorsive di cui si viene ora sommariamente dicendo.

Non poche né di poco momento sono poi state le torsioni riguardanti la finanza e l'amministrazione. Singolare, in particolare, la vicenda del disegno delineato nell'art. 118, laddove si è assistito a plurime e rilevanti modifiche tacite: in primo luogo, per effetto del capovolgimento del principio del parallelismo, con la potestà legislativa obbligata a disporsi a rimorchio di quella amministrativa in relazione alla determinazione degli ambiti materiali di svolgimento; in secondo luogo, per ciò che concerne il trasferimento delle funzioni, che ha esibito vistose oscillazioni già con riferimento al modello al quale ispirarsi e che, nondimeno, si è accompagnato alla invenzione di una

[57] … né, prima ancora, lo è stato il Governo quale organo di controllo sulle leggi regionali; e basti solo al riguardo tenere a mente le vessazioni patite dalle Regioni nel corso della sofferta stagione dei rinvii plurimi e scriteriati sulle leggi (nell'accezione propria del termine, quali rinvii privi di coerenza, non di rado leggi identiche di diverse Regioni essendo state fatte oggetto – come si sa – di trattamento irragionevolmente differenziato): rinvii che hanno non poche volte comportato lo snaturamento delle fonti di autonomia in atti sostanzialmente complessi. Non si trascuri poi la circostanza per cui la contrattazione sui testi di legge non è venuta meno col passaggio dal controllo preventivo a quello successivo, a seguito della quale molte volte il giudizio della Consulta si chiude per rinunzia al ricorso del Governo accettata dalla controparte.

[58] A conferma della formidabile apertura degli enunciati riguardanti tale autonomia basti solo far cenno ai limiti alla potestà esclusiva, che hanno costituito oggetto di oscillanti pronunzie del giudice costituzionale e di un ininterrotto lavorìo di rifinitura concettuale, testimoniato – a tacer d'altro – dalle incertezze riscontratesi in sede di verifica della operatività della clausola di maggior favore, di cui all'art. 10, l. cost. n. 3 del 2001.

singolare funzione (d'indirizzo e di coordinamento) in capo allo Stato, di cui non v'era (e non v'è) traccia alcuna in Costituzione; in terzo luogo, con riguardo alle modalità di esercizio delle funzioni, da cui è scaturito l'esito della mancata promozione (invece vigorosamente sollecitata dalla Carta) delle autonomie infraregionali da parte della stessa Regione; in quarto e ultimo luogo, con la "reviviscenza" del parallelismo, rimosso dalla legge di revisione del 2001, ad opera della giurisprudenza[59].

Il vero è che il volto dell'autonomia delineato nella Carta si presenta opaco e confuso, esattamente come una immagine fotografica sfocata che solo in parte consente di riconoscere i lineamenti dei soggetti ritratti, una volta di più essendosi rimessa alla mano degli operatori la chiarificazione del quadro e la messa a punto del modello, secondo occasionali convenienze. Gli enunciati, nondimeno, delimitano pur sempre l'area all'interno della quale ne vanno ricercati i significati astrattamente possibili, i quali possono legittimamente variare col tempo a motivo appunto della strutturale duttilità del disegno e della sua attitudine a dare accoglienza a nuove regolarità, adeguate rispetto a parimenti nuove tendenze del sistema delle relazioni istituzionali.

Tutto ciò posto, le distorsioni di cui si è avuto largo e vistoso riscontro nel corso delle più salienti vicende dell'autonomia, sono state (e sono) tante e tali da dare conferma del sostanziale rifacimento del dettato costituzionale. Possiamo, insomma, dividerci circa la consistenza del fenomeno, non sulla sua sussistenza, in relazione a singoli punti della trama costituzionale, non già a quest'ultima rivista nel suo insieme.

5. Le alterazioni dei principi fondamentali al piano dei rapporti internazionali e il rilievo assegnato alle Carte dei diritti (e, segnatamente, alla CEDU)

Allo schiacciamento dell'autonomia hanno, poi, concorso anche l'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e l'avanzata (pur tra frequenti ed ampie oscillazioni, remore non rimosse, contraddizioni palesi) del processo d'integrazione sovranazionale[60], che hanno per la loro

[59] Emblematico, ai nostri fini, il titolo dato da A. MORRONE ad un suo commento a Corte cost. n. 303 del 2003: *La Corte riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it, 8 ottobre 2003.

[60] Una descrizione delle sue tappe maggiormente salienti può vedersi in P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione eurounitaria: dall'idea di Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*[4], Giappichelli, Torino 2014, 23 ss.; AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. CIANCIO, Aracne, Roma, 2014 e, a cura della stessa C., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Giappichelli, To-

parte ulteriormente e sensibilmente incoraggiato quella vocazione all'accentramento (o, diciamo meglio, al riaccentramento) delle funzioni degli organi d'indirizzo che nel corso del tempo non ha mai conosciuto pause o cedimento alcuno e della quale anche in sede di progettazione di nuove discipline costituzionali, quale da ultimo quella posta in essere dal Governo Renzi, si è avuta nitida testimonianza[61].

Il capitolo del libro costituzionale dedicato ai rapporti interordinamentali nondimeno è stato riscritto in larga parte per ragioni che vanno ben oltre quelle che hanno portato a sacrifici vistosi dell'autonomia.

Qui, si riscontra – a me pare – un'alterazione dello stesso impianto costituzionale quale stabilito da principi fondamentali dell'ordinamento, e segnatamente da quelli di cui agli artt. 10 e 11 della Carta. La qual cosa è da addebitare, sul fronte delle relazioni con la Comunità internazionale, all'aggiunta del limite che fa ad essa riferimento nel nuovo art. 117, I c., e, sul fronte delle relazioni con le Comunità europee prima e ora con l'Unione, ad una certa lettura invalsa dell'art. 11, innaturalmente convertito – si è detto in altri luoghi – da enunciato espressivo di una norma di valore, qual è, in uno espressivo di una norma sulla produzione giuridica.

È singolare, per ciò che è qui di specifico interesse dal punto di vista dei diritti, la vicenda registratasi (e peraltro ad oggi in corso) con riguardo al rilievo assegnato alle Carte dei diritti e segnatamente, tra queste, alla CEDU. Tutta la evoluzione della giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007[62] ha avuto quale suo punto di appoggio la previsione di cui al cit. art. 117, la cui portata dirompente era stata prontamente segnalata dalla più avvertita dottrina[63]. È innegabile che la evoluzione in parola non si sarebbe, verosimilmente, avuta senza questa previsione, così come non se n'era avuta traccia in precedenza[64]. In realtà, il carattere innovativo del disposto ora richiamato concerne l'osservanza degli obblighi internazionali in genere da parte delle leggi dello Stato, essendo – come si sa – essa

rino, 2017; AA.VV., *L'integrazione europea sessant'anni dopo i trattati di Roma*, Giuffrè, Milano, 2017. Infine, E. ALBANESI, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2018, tutta la prima parte, nonché i contributi al convegno per i 15 anni di *Federalismi.it* su *Processi costituzionali in Europa. Questioni e prospettive*, Roma 1 giugno 2018.

[61] Tutta da verificare, infatti, la consistenza della rappresentanza assicurata alle autonomie nel nuovo Senato, in buona sostanza dipendente dalla legge elettorale, nel mentre si prefigurava un ritorno di materie e funzioni dalle Regioni allo Stato ben oltre i casi in cui era obiettivamente giustificato dall'intento di porre rimedio ad alcune gravi, diffusamente segnalate, sviste di cui si era reso responsabile l'autore della riforma del 2001.

[62] La si può vedere ora analiticamente descritta da A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit.

[63] Part., M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.

[64] … con la sola eccezione di Corte cost. n. 10 del 1993, rimasta però appunto isolata.

già stabilita per le leggi regionali[65]. Quanto, però, alle Carte dei diritti, tra le quali appunto la CEDU, il limite della loro osservanza avrebbe potuto desumersi dai disposti di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, componenti quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale*, riconsiderati alla luce del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti. È ovvio che quest'esito avrebbe richiesto un cambiamento radicale di prospettiva rispetto al modo con cui usualmente si osservano le dinamiche della normazione, convertito da *formale-astratto*, qual è, in *assiologico-sostanziale*: avrebbe, cioè, richiesto di guardare non già alle *fonti ut sic* bensì alle loro *norme*, assicurando un trattamento di favore a quelle di esse dotate dell'attitudine a servire al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, i fini-valori costituzionali nel loro fare "sistema"[66].

Sta di fatto che la novità introdotta nell'art. 117, I c., ha portato al riconoscimento in capo alle norme pattizie della Comunità internazionale di una "copertura" nei riguardi delle leggi comuni che – piaccia o no – gli stessi principi di cui agli artt. 10 e 11, nella interpretazione comunemente affermatasi[67], hanno

[65] Per amore di verità, va tuttavia rammentato che una previsione in tal senso v'era (e v'è) unicamente negli statuti speciali, mentre nulla se ne diceva nel Titolo V per le Regioni di diritto comune; è, tuttavia, chiaro che, valendo il limite in discorso per gli enti dotati della maggiore autonomia, non avrebbe potuto non valere altresì per quelli a regime ordinario.

[66] È questa la ragione di fondo per cui, in virtù del "metaprincipio" suddetto, nulla può dirsi – a me pare – circa il posto detenuto da una *fonte* nel sistema (ciò che rimanderebbe a criteri di qualificazione di formale fattura), mentre solo di volta in volta si può stabilire a quale *norma* dare la prevalenza sull'altra. Ed è interessante notare che la stessa giurisprudenza sulla CEDU, al pari di quella maturata in altri ambiti materiali di esperienza, sembra oscillare tra i due corni della fonte e della norma, senza decidersi una buona volta se tenersi dall'uno ovvero dall'altro. La Convenzione è, infatti, qualificata, già a partire dalle pronunzie del 2007, quale fonte "subcostituzionale", come tale idonea a situarsi ad un grado intermedio tra Costituzione e legge (e fin qui, come si vede, la prospettiva è tutta quanta attratta dal dato formale, della fonte); allo stesso tempo, tuttavia, si ammette (spec. in Corte cost. n. 317 del 2009 e succ.) che la legge possa ugualmente affermarsi nei riguardi della Convenzione, laddove esprima una norma che porti più in alto il livello della salvaguardia dei diritti (e qui, invece, la prospettiva ha un'ispirazione assiologico-sostanziale).

Sta di fatto che, a dar spazio a questo secondo punto di vista, diventa impossibile tenere ferma – come invece vorrebbero la Consulta e i suoi benevoli *laudatores* – la categoria dei "controlimiti", predicarne cioè la operatività *per sistema*, assumendo che l'osservanza dei principi fondamentali da parte di norme aventi origine esterna debba *sempre e comunque* essere assicurata. Si tratta, di contro, di accertare nei singoli casi dove si situi la miglior tutela della Costituzione come "sistema". La qual cosa può talora portare all'ingresso di norme di origine esterna che, seppur incompatibili con singoli principi, si dimostrino nondimeno idonee a servire al meglio la coppia assiologica suddetta e, in generale, il "sistema", fissando dunque più in alto il punto di sintesi dei valori evocati in campo dal caso.

[67] Sappiamo tutti la diversa lettura prospettata da un'autorevole dottrina (R. Quadri e i suoi epigoni) che nondimeno è stata rigettata, oltre che dalla dottrina prevalente, da una pratica giurisprudenziale talmente consolidata e diffusa da potersi dire essersi ormai convertita in

escluso potersi avere. La giurisprudenza ha, per vero, accreditato l'idea che la novità in parola avrebbe avuto carattere meramente integrativo (e non già derogatorio) dei principi suddetti; come si è però fatto notare al momento dell'avvio di questa riflessione, la stessa integrazione del dettato costituzionale è pur sempre espressiva di una "modifica tacita". Non si dimentichi, poi, che, secondo la lettura invalsa prima della revisione costituzionale del 2001, la "copertura" in modo esplicito offerta dalla Carta a taluni patti internazionali, quali quelli richiamati dall'art. 10, II c., e 7, II c.[68], è stata comunemente intesa quale espressiva di una *voluntas excludendi* nei riguardi dei patti non espressamente menzionati[69], con la conseguenza che, anche per quest'aspetto, il carattere derogatorio del disposto dell'art. 117, cit., risulta avvalorato.

Ancora una volta, come si vede, si è assistito ad un'alterazione del quadro costituzionale (qui, addirittura, coinvolgente i principi di base dell'ordinamento) alla cui affermazione hanno variamente concorso il legislatore per un verso, il giudice costituzionale (col tacito avallo dei giudici comuni[70]) per un altro. E, poiché essa non ha costituito – perlomeno fino ad oggi – oggetto di contestazione, può ragionevolmente affermarsi di essere ormai in presenza di una consuetudine (*contra principia…*) formatasi a sostegno della innovazione in discorso, al punto di non potersi immaginare un ritorno alla situazione anteriore alla revisione[71].

una vera e propria consuetudine specificativo-attuativa della Costituzione, rimossa quindi dalla "novella" del 2001.

[68] … e, secondo una proposta teorica finemente argomentata, dallo stesso art. 8, III c. (v., part., G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano, 1974, seguito da J. PASQUALI CERIOLI, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in www.statoechiese.it, marzo 2010; la contraria opinione può, ancora di recente, vedersi confermata da F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre"*, Cacucci, Bari, 2013).

[69] … con la sola, nota eccezione dei trattati "comunitari", dei quali si dirà subito appresso.

[70] La novità non è stata, infatti, contestata dagli operatori di giustizia che, anzi, hanno mostrato apertamente di gradirla, facendone largo uso con specifico riguardo – come si diceva – alle Carte dei diritti, e segnatamente alla CEDU.

[71] Ovviamente, si potrebbe, in punto di astratto diritto, immaginare un ritorno all'antico (cosa che, peraltro, è di tanto in tanto prospettata), salvo che non si dimostri che il precetto dell'art. 117 in discorso, in realtà, si ponga quale mera esplicitazione di una indicazione in tal senso contenuta negli stessi principi fondamentali. Francamente, però, sarebbe troppo argomentare che ciò che è *contra* (o, quanto meno, *praeter*) *Constitutionem* sia, invece, *secundum* la stessa. A tacer d'altro, ne dà sicura conferma la circostanza per cui, prima del 2001, eccezion fatta di R. Quadri e della sua Scuola, nessuno ha dubitato che, al di fuori dei trattati "comunitari" e di quelli di cui agli artt. 7, II c., e 10, II c., cost., tutti gli altri risultassero sprovvisti di "copertura" costituzionale.

6. L'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e i suoi più salienti effetti

Questa conclusione, a mio modo di vedere, vale anche per ciò che concerne l'altra novità registratasi sul fronte dei rapporti col diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario.

Due al riguardo le modifiche tacite di straordinario rilievo dovute alla "invenzione" delle Comunità prima e dell'Unione poi, a conti fatti riportabili all'avvento di un autentico *processo costituente europeo* dagli inusuali connotati complessivi: un processo di cui si conosce l'inizio ma non la fine e neppure quali potranno essere persino i suoi più prossimi sviluppi[72].

La prima, poc'anzi già richiamata, è data dalla innaturale conversione del disposto di cui all'art. 11 da norma di valore in norma sulla produzione giuridica. Sappiamo tutti le ragioni che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a questo passo, riportabili alla necessità storico-politica di dare esecuzione ai trattati comunitari (e poi anche a quello istitutivo dell'Unione) con legge comune.

In realtà, l'enunciato in parola si limita a disporre (ed è previsione di straordinario rilievo) che la sovranità della Repubblica[73] può doversi piegare a beneficio di organizzazioni costituite allo scopo di salvaguardare la pace e la giustizia tra le Nazioni; nulla però è detto circa il modo o i modi con cui ciò può aversi. Per ragioni che si è tentato di argomentare in altri luoghi, a mio modo di vedere avrebbe allo scopo dovuto farsi luogo, come peraltro si è avuto in altri ordinamenti, alla introduzione di una *Europaklausel* con legge costituzionale: una novità, questa, che invero neppure a mezzo di fonte approvata con le procedure di cui all'art. 138 avrebbe potuto (o potrebbe un domani) aversi, qualora essa non fosse stata a ciò espressamente abilitata dal Costituente, trattandosi di una incisione proprio al valore fondamentale di apertura della Carta.

Da questa modifica tacita di partenza si è quindi alimentata l'altra modifica, per effetto della quale è venuto ad impiantarsi un anomalo meccanismo di giustizia costituzionale diffusa in relazione alle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self-executing*. Un esito, questo, singolare che, per la sua parte, rende conferma delle strettoie del dettato costituzionale in

[72] Come si è fatto altrove notare, la differenza di fondo tra il processo in parola e quelli di cui si ha riscontro nell'esperienza statale è che questi ultimi o riescono oppure non riescono (nell'un caso, portando all'avvento di un nuovo ordine costituzionale, nell'altro alla restaurazione di quello preesistente); di contro, il processo europeo potrebbe restare permanentemente *in progress*, senza pervenire alla meta della compiuta integrazione.

[73] Soggetto lessicale dell'enunciato è infatti "l'Italia", vale a dire (art. 1) la Repubblica nella sua interezza, non già lo Stato o il popolo, per riprender i termini di un'antica e vessata *querelle* in ordine al titolare della sovranità, quali "parti" della Repubblica stessa.

vigore che, nella lettura ormai invalsa, parrebbe, allo stesso tempo, *imporlo* ed… *escluderlo*.

Per un verso, infatti, giusta la "copertura" offerta dall'art. 11 al diritto sovranazionale, dovendosi prestare in primo luogo osservanza ai trattati, appare doveroso il rispetto della previsione in questi ultimi contenuta che vuole la immediata applicazione delle norme sovranazionali *self-executing* urtate da norme interne.

Per un altro verso, però, proprio in nome della "copertura" dell'art. 11 (e fintantoché essa si rivelerà necessaria, a motivo della imperfezione del processo d'integrazione sovranazionale), la violazione delle norme eurounitarie in genere ridonda in violazione dello stesso principio fondamentale di "copertura" e, perciò, è causa d'illegittimità costituzionale delle norme legislative con le prime incompatibili, una illegittimità che – è superfluo dover rammentare – parrebbe richiedere *in ogni caso* la chiamata in campo della Corte costituzionale al fine del suo accertamento.

Di quest'autentica aporia di costruzione è possibile, a mio modo di vedere, liberarsi solo in un modo: prevedendo espressamente con legge costituzionale una deroga al sindacato accentrato specificamente valevole per le antinomie riguardanti le norme dell'Unione. Non averlo fin qui fatto (e temo che ormai più non si farà), equivale in buona sostanza ad un tacito avallo prestato dal legislatore, con la sua perdurante inerzia, all'opera di sistematica riscrittura della Costituzione – si ragioni nel senso della deroga ovvero della integrazione della disciplina della materia che ad essa fa capo – per mano dei giudici.

Come si vede, ogni modifica tacita ha pur sempre plurimi protagonisti: chi agisce e chi tollera o acconsente, senza ribellarsi, ponendosi dunque quale il frutto di convenzioni della Costituzione stipulate tra gli organi d'indirizzo e quelli di garanzia che, prima o poi, si consolidano e convertono in consuetudini *contra* ovvero *praeter Constitutionem*.

L'intervento del legislatore, poi, si rende particolarmente consigliabile per il caso che il conflitto coinvolga norme della Carta di Nizza-Strasburgo, specie a seguito della svolta segnata da Corte cost. n. 269 del 2017 che ha – come si sa – attratto al sindacato accentrato ogni caso di antinomia in parola, persino dunque laddove le norme sovranazionali violate appaiano essere *self-executing*, sempre che le norme stesse risultino sostanzialmente coincidenti con norme costituzionali[74]. Abbiamo già alcuni segni assai preoccu-

[74] Viene tuttavia da pensare che questa condizione si avrà praticamente sempre, rischiando altrimenti di non essere centrato l'obiettivo avuto di mira dalla Consulta con la sent. 269, cit., di riportare nell'area del sindacato accentrato i casi di violazione di norme sovranazionali contenute in un documento "tipicamente costituzionale", qual è appunto la Carta dei diritti dell'Unione (maggiore cautela mostra sul punto R.G. CONTI, An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n.*

panti che lasciano prefigurare l'apertura di un nuovo fronte di guerra tra le Corti: tra quella dell'Unione e la Cassazione (con le altre giurisdizioni comuni) da un canto, la Corte costituzionale dall'altro[75]. Ed è chiaro che, ove le posizioni dovessero ulteriormente irrigidirsi e divaricarsi, sarebbe quindi assai ardua la loro ricomposizione o, quanto meno, un loro soddisfacente ravvicinamento.

A mia opinione, potrebbe allo scopo tornare utile introdurre (auspicabilmente con legge costituzionale, in subordine con legge comune in deroga all'art. 23 della legge n. 87 del '53) una previsione che dia modo al giudice comune, dopo che abbia acclarato per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale la violazione da parte di legge interna di una norma della Carta dell'Unione, di far subito luogo alla disapplicazione della prima accompagnata dall'applicazione della seconda e però, allo stesso tempo (in deroga alla regola della incidentalità), di rivolgersi alla Consulta in modo da pervenire altresì alla caducazione con effetti *erga omnes* della norma nazionale[76].

7. Revisioni formali della Carta a finalità di "razionalizzazione" ovvero di modifica delle… modifiche tacite

Le vicende maturate sul terreno dei rapporti Stato-Regioni (e autonomie territoriali in genere) e su quello dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e diritto sovranazionale sono particolarmente istruttive ai nostri fini per almeno due ordini di ragioni: per le indicazioni che da esse si hanno per ciò che concerne la relazione complessiva intercorrente tra le revisioni formali della Carta e le sue modifiche tacite, per un verso, e, per un altro verso, per la ricaduta che se n'è avuta e che potrebbe ulteriormente aversene a beneficio ovvero a carico dei diritti.

Revisioni formali se ne sono avute – come si sa – non poche ma nessuna di esse ha avuta né l'ampiezza delle innovazioni apportate al Titolo V né

3831/2018, in www.giudicedonna.it, 4/2017, 7 aprile 2018; cfr., inoltre, sul punto, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in www.osservatorioaic.it, 2/2018, 7 maggio 2018, spec. ult. §).

[75] Mi riferisco, in particolare, ad un'ordinanza della Cassazione, II sez. civ., 18 febbraio 2018, n. 3831, con cui è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale nella quale si prefigura il possibile scostamento dalle indicazioni date dalla sent. 269, cit., e, soprattutto, ad alcune pronunzie della Corte dell'Unione in tema di *ne bis in idem* che parrebbero esse pure dare conferma della perdurante validità del meccanismo dell'applicazione diretta.

Importanti precisazioni sulla pronunzia della Consulta appena richiamata sono ora in Cass., sez. lav., 24 aprile 2018, n. 13678, spec. al punto 16.

[76] La proposta può, volendo, vedersi argomentata nel mio *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in Consulta OnLine, 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss.

l'incidenza sulla forma di governo e sulla stessa forma di Stato conseguente al rifacimento complessivo dei rapporti con la Comunità internazionale e all'appartenenza del nostro ordinamento (alle Comunità europee prima e quindi) all'Unione europea. Agli ordini tematici appena indicati è, pertanto, da assegnare uno speciale significato ai fini avuti di mira da questa riflessione.

Quanto al primo punto, l'analisi sopra svolta rende conferma, a mio modo di vedere, del carattere estremamente complesso, fluido, aperto a plurimi esiti, della relazione intercorrente tra le revisioni formali della Carta e le sue innovazioni tacite.

Si è avuto modo di accennare, già in sede di avvio di questa riflessione, che regole e regolarità possono variamente disporsi le une davanti alle altre. Alle volte, infatti, la produzione di nuove regole si deve allo scopo di giustificare *ex post* le modifiche al dettato costituzionale affermatesi in via di prassi (latamente intesa), concorrendo allo stesso tempo al loro ulteriore radicamento nell'esperienza; altre volte, l'obiettivo è invece quello opposto di porre un argine a regolarità che tendono ad espandersi e a portare ad effetti eccessivamente debordanti rispetto ai pur deboli argini costituzionali; altre volte ancora, poi, può aversi sia l'una che l'altra cosa, sia pure con riferimento a punti diversi della trama costituzionale.

La riforma del Titolo V si offre, ancora una volta, quale emblematica testimonianza al riguardo: le modifiche apportate all'art. 117, in ordine al riparto delle materie tra Stato e Regioni, hanno avuto, a un tempo, finalità di "razionalizzazione" della riforma Bassanini (segnatamente, per ciò che concerne l'invenzione della clausola residuale a beneficio delle Regioni) e di innovazione rispetto alla riforma stessa, non ripresa per filo e per segno ma portata ad ulteriore avanzamento[77]. Carattere innovativo – come si è dietro segnalato – ha presentato l'art. 118 rispetto alla sua originaria stesura; poi, però, su di esso le modifiche tacite hanno avuto nuovamente il sopravvento, specie grazie al rifacimento della trama costituzionale operato dalla già richiamata sent. n. 303 del 2003. E così via anche per altri disposti dell'articolato, dei quali non è ora consentito l'esame.

Ciò che, ad ogni buon conto, giova qui mettere in chiaro è che la "razionalizzazione" delle modifiche tacite non è mai puramente e semplicemente tale, come pure non lo è la loro innovazione.

Non lo è la prima, dal momento che la positivizzazione non si esaurisce mai in una fotografia di ciò che preesiste: per il fatto stesso di esserci avvia

[77] D'altronde, per diffuso riconoscimento, la legge Bassanini si era portata fino alla soglia massima consentita dal diritto costituzionale vigente (una soglia che anzi, per alcuni, aveva superato…): di lì in avanti, dunque, si rendeva indispensabile la riscrittura della Carta; ciò che si è fatto, sia pure in modo confuso e in un clima invelenito dallo scontro frontale tra la maggioranza e l'opposizione di turno.

ed alimenta nuovi e sovente imprevedibili processi interpretativi che possono indurre anche gli artefici delle modifiche preesistenti a farle oggetto di ulteriori… *modifiche* o di aggiustamenti di varia intensità e complessiva connotazione[78].

Non lo è poi la seconda, dal momento che pratiche profondamente radicate nel corpo sociale e nel sistema politico si mostrano assai dure a morire e, facendo resistenza con la loro vischiosità al *novum ius*, danno spesso vita ad un *mix* alle volte di ardua decifrazione, nel senso che finiscono col subire adattamenti tanto le regole quanto le regolarità, tutte poi abbisognando di certi tempi (talora non brevi) prima di conseguire una chiara fisionomia e un sia pur relativamente stabile assetto.

Si faceva poi dietro notare che revisioni formali "oppositive" nei riguardi di modifiche tacite, specie se profondamente radicate, difficilmente riescono a venire alla luce, se non altro in quanto le stesse forze politiche che sorreggono le seconde dovrebbero essere artefici delle prime. Non sempre tuttavia le cose vanno così: vuoi perché possono immaginarsi, specie in un quadro politico connotato da fluidità e mobilità degli elementi che lo compongono, repentini e significativi mutamenti nei rapporti tra le forze politiche (e, prima ancora, scomposizioni in seno alle stesse e loro ricomposizioni[79]) e vuoi ancora perché alcune revisioni possono imporsi a forza, specie dietro sollecitazioni venute *ab extra* (dalla Comunità internazionale e/o dall'Unione europea)[80].

[78] Il fenomeno ha una portata che va oltre i confini del singolo ordinamento considerato (qui, specificamente, del nostro). Si pensi, ad es., a ciò che ha rappresentato la Carta di Nizza-Strasburgo rispetto alla giurisprudenza pregressa, alla quale, per un verso, ha dato voce, mentre, per un altro, ha sollecitato la formazione di nuovi indirizzi ovvero la parziale correzione dei vecchi, in ambito sovranazionale come pure in ambito interno.

[79] … quali da noi seguitano senza sosta ad aversi: indice eloquente di una inquietudine diffusa e di un parimenti diffuso disorientamento che affliggono esponenti di molte forze politiche, di cui rendono preoccupante testimonianza i frequenti, numerosi mutamenti di casacca registratisi, specie nel corso dell'ultima legislatura (secondo *Openpolis*, più del trentacinque per cento dei parlamentari ha cambiato gruppo almeno una volta, con una media di un passaggio ogni tre giorni).

[80] Si tratta, peraltro, di esperienze di cui si è già avuto riscontro anche in altri ordinamenti: ad es., in Germania si è avuta anni addietro una modifica della Costituzione al fine di dare seguito ad una pronunzia della Corte dell'Unione con la quale era stata rilevata la discriminazione a danno di una donna che in ambito militare si era visto rifiutato il suo diritto ad essere adibita all'uso delle armi malgrado la sua acclarata competenza tecnica (sulla decisione *de qua* si può, volendo, vedere la mia nota dal titolo *La Corte di Giustizia ed il sindacato su norme costituzionali "irragionevoli" per incompatibilità col diritto comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2000, 772 ss.).

Quanto, poi, a modifiche avutesi da noi, è nota l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea in tema di giusto processo, della quale una nitida eco si ha nel nuovo art. 111 cost., come pure il segno lasciato sul nuovo art. 81 da impegni assunti in ambito eurounitario.

Sta di fatto che revisioni formali e modifiche tacite si trovano naturalmente portate, allo stesso tempo, a convergere e a divergere, sono cioè attraversate da un moto incessante a fisarmonica che le porta ora ad allontanarsi ed ora ad avvicinarsi vicendevolmente. I punti di equilibrio sono, dunque variabili e, proprio per ciò, si prestano non di rado a loro difettose o parziali rappresentazioni, andando incontro al rischio che siano enfatizzati alcuni aspetti e sottostimati altri della loro complessiva e complessa relazione.

8. Significati e valenze delle modifiche tacite qui sommariamente descritte, dal punto di vista dei diritti

Riguardate, poi, dal punto di vista dei diritti e riconsiderate nelle loro più salienti espressioni e nelle linee di tendenza dalle stesse tracciate, le modifiche tacite sopra descritte si prestano a plurime ed articolate valutazioni, di segno ora positivo ora negativo.

In particolare, l'evoluzione registratasi al piano delle relazioni interordinamentali, se per un verso ha concorso allo squilibrio viepiù accentuato nell'esercizio delle pubbliche funzioni (e, perciò, nei ruoli dei protagonisti della vita istituzionale), per un altro ha portato alla emersione di nuovi diritti e ne ha reso complessivamente più salda ed efficace la salvaguardia a mezzo del "dialogo" tra le Corti. È proprio il "dialogo" in parola a dare sicura conferma del carattere – come si è in altri luoghi chiamato – "intercostituzionale" della Costituzione: una trasformazione, questa, rispetto al modello "chiuso" ed autoreferenziale di Costituzione ereditato dall'esperienza liberale dello Stato nazionale, che appare essere, a conti fatti, il maggior tratto identificante e qualificante della Costituzione del tempo presente: di una Costituzione, cioè, che, come si è venuti dicendo, si apre all'ordinamento internazionale e ad ordinamenti sovranazionali (in ispecie, a quello eurounitario), facendosi da essi fecondare e rigenerare senza sosta proprio a partire dai suoi enunciati espressivi dei diritti e, in genere, dei principi fondamentali.

Ora, è interessante notare che siffatto carattere è, *in nuce*, negli stessi principi di base dell'ordinamento costituzionale, e segnatamente in quelli di cui agli artt. 10 e 11, nel loro fare "sistema" con gli artt. 2 e 3. Non si è, dunque, in presenza di una modifica tacita, nell'accezione qui accolta, bensì del naturale e lineare sviluppo di una indicazione che trovasi racchiusa nei principi suddetti. Fa, però, difetto nella Carta il suo opportuno svolgimento: al tempo in cui essa è venuta alla luce non era infatti ancora maturato il bisogno, emerso tuttavia subito appresso[81], di far luogo alla esplicita previsione

[81] Non si dimentichi la data di nascita della CECA, a ridosso del varo delle Carte costi-

del livello istituzionale sovranazionale, con le limitazioni di sovranità dallo stesso discendenti.

Ancora oggi, peraltro, malgrado il fugace e palesemente insufficiente cenno fattovi nell'art. 117, I c., la Costituzione appare essere non adeguatamente attrezzata a far fronte ai rivolgimenti istituzionali profondi implicati dall'avanzata del processo d'integrazione europea.

In altri luoghi, nei quali si sono descritte le dinamiche attraverso le quali prende forma il "dialogo" intergiurisprudenziale, si è tentato di mostrare come non di rado, al fine dell'ottimale salvaguardia dei diritti, vengano a costituirsi "catene" di pronunzie dei giudici che attraversano plurimi piani istituzionali, "catene" alle volte molto lunghe ed internamente composite: a decisioni delle Corti europee contenenti indicazioni di principio facendo seguito decisioni della Corte costituzionale parimenti connotate[82], fino a pervenire alla produzione delle regole da parte dei giudici comuni in svolgimento delle indicazioni da tali Corti ricevute[83]. Viene, insomma, a prendere forma un effetto unitario, proprio di ciascuna "catena", che sovrasta e comprende quelli prodotti dai singoli "anelli" che la compongono e che dà appunto la cifra identificante delle operazioni complesse di giustizia (costituzionale e comune, a un tempo) poste in essere dagli organi che, in "leale cooperazione", vi fanno luogo.

Questa vicenda è ai nostri fini particolarmente istruttiva sotto più aspetti.

In primo luogo, dimostra che la maturazione di una "cultura" dei diritti

tuzionali del secondo dopoguerra, e, a distanza di pochi anni, della stessa CEE e dell'EURATOM.

[82] Si pensi, ad es., alle pronunzie-pilota della Corte EDU per un verso, alle additive di principio della Consulta per un altro.

[83] Ovviamente, i passaggi possono risultare ancora più articolati e variamente dislocati lungo il circuito in cui si immettono tutte le sedi in cui si amministra giustizia: ad es., un giudice comune potrebbe dapprima interpellare la Corte dell'Unione in via pregiudiziale e poi rivolgersi alla Consulta, o viceversa (segnatamente, nel caso prefigurato dalla sent. 269, dietro richiamata), e quindi, ricevuta la risposta richiesta, variamente determinarsi, senza peraltro trascurare i sempre possibili interventi della Corte EDU, a riguardo dei quali sarà poi tutto da verificare quale potrà essere l'impatto della messa a regime del prot. 16 [su di che, tra i molti che ne hanno variamente discorso, v., almeno, AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino, 2015; altri riferimenti in A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. DI STASI, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2016, 63 ss. e, da ultimo, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 328 ss.]. Ciò che, nondimeno, importa tenere fermo è il ruolo di cruciale rilievo che sono chiamati ad esercitare i giudici comuni, da essi molte volte partendo l'*input* che dà modo alle Corti europee e alla Corte costituzionale di pronunziarsi e ad essi quindi spettando il finale di partita, in sede di esecuzione (in larga accezione) dei verdetti delle Corti stesse.

oggi non può aversi in modo adeguato esclusivamente nella dimensione ristretta del singolo ordinamento ma richiede di essere congiuntamente ricercata e apprezzata su più terreni o livelli istituzionali, attraverso un "dare-avere" reciproco tra gli operatori, attraverso cioè flussi di suggestioni ed indicazioni che si alimentano circolarmente da se medesimi, in seno ai quali è assai problematico e, a conti fatti, forzoso stabilire qual è la sede istituzionale che più dà alle altre ovvero da queste riceve.

In secondo luogo, dimostra che il modello vincente, quello che va prepotentemente affermandosi e diffondendosi, in un'arena viepiù affollata di diritti (vecchi e nuovi) che reclamano delicati dosaggi e prestazioni mirate volte a darvi appagamento, non è quello che si ha in assenza di discipline legislative o, all'opposto, in presenza di discipline estremamente dettagliate e connotate da rigidità di disposti. Tra i due corni estremi dell'alternativa tra il *niente* e il *tutto* il giusto mezzo è dato da discipline connotate da essenzialità di disposti[84] e, soprattutto, non infarcite di divieti[85].

[84] L'opzione a favore di discipline legislative "miti" o "leggere" è stata affacciata da molti autori [tra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. AGOSTA – G. D'AMICO – L. D'ANDREA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 257 ss., nonché in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2018, spec. 12 ss., e R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in Consulta OnLine, 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss. Sulla tutela dei diritti tra legislatore e giudici, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 25 ss.].

[85] Emblematica la vicenda da noi avutasi con la legge in tema di procreazione medicalmente assistita, fatta (giustamente) a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che fatta oggetto di coraggiose (e, però, talora temerarie) interpretazioni da parte dei giudici comuni, spintesi in più punti di cruciale rilievo ad originali ed innovative ricostruzioni (su tutto ciò, nella ormai incontenibile lett., v., solo per una prima informazione, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017;

In terzo luogo e quale lineare e diretta conseguenza del modo di essere della legislazione, dimostra che un'adeguata salvaguardia dei diritti poggia (e deve poggiare) su una rete di stampo "parafederale" (o federale *tout court*) delle sedi in cui si somministra giustizia, costituzionale (nell'accezione materiale dietro indicata) e comune[86].

Qui, è il *punctum crucis* della questione ora discussa. Malgrado le carenze della disciplina positiva riguardante i rapporti tra le Corti, alle quali peraltro in parte queste ultime si sono sforzate di porre rimedio in autonomia[87], la rete in parola ha costituito oggetto di una accorta tessitura e va dunque prendendo via via forma. Rimane però (ed è questo il tasto dolente) uno scarto vistoso tra la tendenziale "federalizzazione" degli ordinamenti e delle loro relazioni, al piano dei diritti, e il modo con cui appare strutturata l'organizzazione restante, laddove anzi risultano viepiù marcati i segni di un neocentralismo imperante e soffocante. Una "federalizzazione" dei diritti che non abbia la sua speculare e fedele proiezione al piano dell'organizzazione appare, tuttavia, essere cosa priva di senso, portando alla lunga ad uno scarto esasperato tra il ruolo svilito dei decisori politici e quello ipertrofico (ed esso stesso snaturato) dei garanti, dei giudici in primo luogo.

Sta proprio qui – come si è veduto – il cuore pulsante delle più salienti modifiche tacite della Costituzione.

9. Una succinta notazione finale, con specifico riguardo al calo vistoso del senso etico dello Stato e del vivere in comunità quale causa efficiente di molte modifiche tacite, nonché al bisogno di ripensare a queste ultime dal punto di vista dei doveri (in ispecie, di quelli di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica)

I rimedi alle torsioni e carenze registratesi nell'esperienza non possono, però, venire solo dal più o meno largo e incisivo rifacimento dei meccanismi

AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit.; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. NICCOLAI ed E. OLIVITO, Jovene, Napoli, 2017; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria della gravidanza*, in www.rivistaaic.it, 1/2018, 12 marzo 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018).

[86] Di una "federalizzazione" dei diritti si discorre nel mio *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. PANELLA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, nonché in www.medialaws.eu, 2/2018, 13 marzo 2018.

[87] Penso soprattutto ai protocolli d'intesa tra le stesse siglati al fine di un funzionale, reciproco raccordo e in vista dell'ottimale protezione da assicurare ai diritti.

istituzionali laddove dovessero poi restare non riparati taluni guasti presenti nel profondo del sistema politico e del sistema sociale in genere. E, invero, gli interventi circoscritti ai soli ingranaggi istituzionali si rivelerebbero un'operazione di facciata, anzi mistificatoria, per il caso che dovessero quindi restare non aggredite talune cause dei guasti stessi ramificate nel corpo sociale, in esso diffondendosi e minandone la stabilità e la stessa capacità di sopravvivenza.

Alla base di molte torsioni del complessivo modello costituzionale è dato, infatti, rinvenire un calo vistoso del senso etico dello Stato e del vivere in comunità. Ferite gravi sono quotidianamente inferte al dovere di fedeltà alla Repubblica, nella sua più densa e pregnante accezione[88], ferite che hanno, a mio modo di vedere, la radice da cui si alimentano in quelle che ai miei occhi appaiono essere le due maggiori storture causate o, come che sia, tollerate sia dai decisori politici che dai garanti: l'iniqua distribuzione della ricchezza[89] e la corruzione diffusa[90].

Muove proprio da qui il sistematico inadempimento dei doveri, la loro ignoranza, la mancata metabolizzazione da parte del corpo sociale, a partire dal "dovere dei doveri", quello di solidarietà, in tutte le sue espressioni e a tutti i livelli ai quali si manifesta[91].

[88] … per la quale, riferimenti ed indicazioni, oltre che nei noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, di recente, in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2014, del quale v., ora, anche *sub* art. 54, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI, Il Mulino, Bologna, 2018, 345 ss.

[89] … nella quale riposa una delle principali cause di incertezza (nel senso della ineffettività) dei diritti e di offesa alla dignità della persona (ancora da ultimo, una sensibile dottrina ha rimarcato come una efficace salvaguardia dei diritti sia messa a rischio laddove l'accesso ai meccanismi della giustizia sia di fatto inaccessibile a molti: A. MORELLI, *Le autonomie della Repubblica: c'è un ordine nel caos?*, in www.dirittiregionali.org, 2/2018, 21 aprile 2018).

[90] Su quest'ultima, riferimenti in R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 3/2017, 903 ss.; E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 445 ss., nonché ora M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in www.forumcostituzionale.it, 15 aprile 2018.

[91] Il dovere in parola ha costituito oggetto – come si sa – di una copiosa messe di scritti (tra gli altri, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. BALDUZZI – M. CAVINO – E. GROSSO – J. LUTHER, Giappichelli, Torino, 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. VENTURA e A. MORELLI, Giuffrè, Milano, 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in www.costituzionalismo.it, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà*

Un solo esempio per tutti, forse davvero il più eclatante ed emblematico: il modo con cui è stata, ed è, gestita la drammatica questione delle migrazioni di massa. Abbiamo assistito e assistiamo a sforzi poderosi compiuti dalle istituzioni pubbliche e dai singoli per venire incontro a persone che versano in uno stato di disperato bisogno, che però richiamano alla memoria quelli ingenuamente compiuti dai bambini che pensano di poter svuotare l'acqua del mare con un secchiello. Soprattutto, è fin qui mancata la solidarietà tra gli Stati, dell'Unione europea e della Comunità internazionale nei riguardi di questi ultimi, specie di quelli (come il nostro) maggiormente esposti al fenomeno.

Un'integrazione sovranazionale che dovesse portarsi avanti unicamente sul fronte dei diritti senza avere la sua naturale, speculare proiezione e il lineare e necessario completamento su quello dei doveri sarebbe cosa dissennata, sbagliata in partenza. Inequivoco è al riguardo l'insegnamento che viene dall'art. 2 della nostra Carta costituzionale, con la efficacissima sintesi in esso raggiunta dalla formula che fa congiunto riferimento ai diritti fondamentali ed ai doveri inderogabili (e, per ciò stesso, parimenti fondamentali[92]) di solidarietà, bisognosi di essere riguardati unitariamente, nella loro mutua integrazione e persino nella loro immedesimazione. A questa indicazione è tenuta a conformarsi anche l'integrazione sovranazionale: la federalizzazione dell'Unione al piano della organizzazione non sortirebbe alcun effetto laddove dovesse restare scollata dalla federalizzazione dei doveri, oltre che da quella dei diritti.

È con questo metro che, dunque, si misurano le modifiche tacite della Costituzione e delle relazioni interordinamentali. Esse, infatti, possono affermarsi e farsi valere unicamente se apprezzate alla luce della *coppia assiologica fondamentale* risultante dai principi di libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue implicazioni, nonché alla luce della *coppia assiologica fondamentale* dei doveri di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica.

limitata. Lo Stato sociale in Europa, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017; S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in corso di stampa in *Quad. cost.*; altri riferimenti possono aversi dai miei *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 18 maggio 2017, e *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in Consulta OnLine, 3/2017, 30 ottobre 2017, 445 ss.). Si ha tuttavia la sensazione che esso sia come il cervello dell'uomo, conosciuto e sfruttato solo in minima parte rispetto al suo formidabile potenziale espressivo. Ed anche in questa difettosa e complessivamente incongrua attuazione del dettato costituzionale può vedersi una modifica tacita dello stesso.

[92] Su ciò, v., part., A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Dall'*indisponibilità *(tirannia) alla* ragionevolezza *(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.,* 1/2006, 167 ss.

Collana del Gruppo di Pisa

1. E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, 2013
2. E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di) *La giustizia elettorale*, 2013
3. M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, 2014
4. F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2014
5. B. PEZZINI, S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, 2015
6. L. VIOLINI (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, 2015
7. M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, 2016
8. G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, 2016
9. V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, 2017
10. M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, 2017
11. M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), La *Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, 2018
12. A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, 2018
13. F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, 2019

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
presso la *Tipografia Vulcanica* – Nola (Na)