LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

RICCARDO GUASTINI

LA COSTITUZIONE SENZA IDENTITÀ

14 APRILE 2020

CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Riccardo Guastini
La costituzione senza identità

1. *Caccia all'identità*

Secondo Carl Schmitt, «i limiti del potere di revisione [costituzionale] risultano dal concetto […] di revisione» (SCHMITT 1928, 145): non, si noti, dalla disciplina positiva della revisione, ma dal concetto stesso di revisione.

Secondo questo modo di vedere, abbiamo dunque una norma giuridica ("È proibita la revisione così-e-così") che discende non da un testo normativo, ma da un concetto, tecnicamente da una definizione. Inutile dire che una definizione o un qualunque altro enunciato può implicare una norma se, e solo se, è esso stesso normativo, cioè se include, esplicitamente o nascostamente, espressioni normative o valutative (nel *definiens*, se si tratta di una definizione).

La definizione di revisione, indirettamente formulata da Schmitt, è questa: costituisce genuina revisione un mutamento del testo costituzionale in cui «l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite». Una sedicente revisione che non presentasse questa proprietà sarebbe, per definizione, non mera o genuina revisione, ma fonte di «una nuova costituzione», la precedente essendo ormai annullata (SCHMITT 1928, 145).

Questo modo di vedere – una concezione sostanzialistica della revisione, che suppone a sua volta una concezione egualmente sostanzialistica della costituzione – pare essere la fonte di ispirazione di tutti quei giuristi e giudici costituzionali che oggidì instancabilmente si interrogano sulla identità della costituzione (al solo scopo di circoscrivere il potere di revisione): quando un cambiamento *nella* costituzione si risolve in un cambiamento *della* costituzione?

Si suppone che il potere di revisione sia «implicitamente limitato per natura» (ROZNAI 2017, 156)[1]: limitato sotto il profilo sostanziale, s'intende[2]. Si assume che la revisione costituzionale non possa spingersi fino ad alterare l'identità della costituzione, ciò che equivarrebbe a sostituire la costituzione vigente con una costituzione nuova.

Il concetto di identità costituzionale è usato per costruire ben due norme costituzionali (o, forse, meta-costituzionali) inespresse, che si pretendono implicite in costituzione. La prima proibisce ogni legge di revisione che, sia pure nel rispetto del procedimento di revisione, pretenda di alterare l'identità della costituzione.

La seconda autorizza il giudice costituzionale a dichiarare incostituzionali le leggi di revisione in questione. Sottolineo che si tratta di due norme distinte: l'una circoscrive il potere di revisione; l'altra attribuisce una competenza al giudice costituzionale. Questa seconda norma non è in alcun modo implicata dalla prima (ben potrebbe il divieto di revisione non essere assistito da alcuna garanzia giurisdizionale).

Trattasi dunque di quella (cattiva) giurisprudenza dei concetti, che pretende di ricavare norme (inespresse) non dai testi nomativi, ma per l'appunto dai concetti elaborati in sede dogmatica.

È insomma uno di quei casi in cui la dottrina non si accontenta di fare scienza giuridica: preferisce fare politica del diritto senza darlo a vedere. In contrasto con la raccomandazione di Kelsen, secondo cui «la scienza giuridica non può né deve – né direttamente, né indirettamente – creare diritto; deve limitarsi a conoscere il diritto creato dai legislatori [in senso materiale], dagli amministratori, e dai giudici. Questa rinuncia, incontestabilmente dolorosa per il giurista […] è un postulato essenziale del positivismo giuridico, che, opponendosi consapevolmente ad ogni dottrina del diritto naturale, esplicita o inconfessata, respinge risolutamente il dogma che la dottrina sia una fonte del diritto»

---

[1] La questione è discussa da PFERSMANN 2012.

[2] I limiti procedimentali non sono in discussione. L'argomento secondo cui il potere di revisione è intrinsecamente limitato perché è un potere delegato (cioè costituito) (ROZNAI, cap. VII) giustifica i limiti formali, non quelli materiali.

(KELSEN 1928, VII)[3].

Dal punto di vista di un bene inteso positivismo giuridico, l'idea stessa di un limite "concettuale" alla revisione della costituzione – e, del resto, a qualunque altro atto giuridico – è priva di senso. La revisione costituzionale non può essere giuridicamente soggetta che a limiti giuridici, non concettuali. Ma d'altra parte un limite giuridico può solo derivare da una norma di diritto positivo che lo statuisca.

Nondimeno, il problema della identità della costituzione[4] può essere trattato come un problema strettamente teorico, ossia meramente concettuale. Il primo passo in tal senso è prendere atto che l'identità della costituzione può essere ricostruita in non meno di quattro modi diversi.

2. *Identità testuale*

In primo luogo, ogni costituzione ha una identità testuale ("formale", potremmo dire).

Una costituzione, dopo tutto, non è che un testo normativo. Un testo normativo a sua volta è un insieme di enunciati (disposizioni) formulati in un linguaggio naturale. Ora, un insieme qualsivoglia può essere modificato in tre modi diversi (BULYGIN 1984, 332 ss.):

(a) aggiungendo un elemento (nella specie, una disposizione),

(b) sopprimendo un elemento,

(c) sostituendo un elemento.

S'intende che la sostituzione è una combinazione di addizione e sottrazione. D'altra parte, l'addizione, la sottrazione, o la sostituzione di una o più parole in una disposizione vale come sostituzione della disposizione stessa.

Orbene, gli insiemi si definiscono estensionalmente, ossia per enumerazione degli elementi componenti[5]. Sicché ogni modificazione di un insieme dà luogo ad un insieme diverso: ecco che l'insieme originario ha perduto diacronicamente la sua identità (BULYGIN 1981, 79).

Identificare una costituzione secondo la sua identità testuale (sincronica) è operazione assiologicamente neutra: non richiede giudizi di valore di alcun tipo. E non consente di inferire alcunché circa i limiti della revisione costituzionale. Per quanto possa sembrare paradossale, ogni revisione costituzionale, anche minima, anche marginale, dà luogo diacronicamente ad una "nuova" costituzione: nuova perché testualmente diversa dalla precedente[6].

Da questo punto, di vista, se mai si volessero stabilire dei limiti alla revisione costituzionale – la revisione non può stravolgere l'identità della costituzione – si dovrebbe senz'altro proibire la revisione in quanto tale. E, d'altra parte, sarebbe strano considerare instaurazione di una nuova costituzione qualsivoglia, anche minima, anche marginale, revisione.

3. *Identità politica*

In secondo luogo, le costituzioni hanno un'identità "politica" nel senso seguente.

Ogni costituzione, per definizione, non può non contenere un complesso di norme, diciamo, sulla "forma dello stato" (*Staatsform*, *frame of government*)[7], intesa come l'organizzazione – orizzontale e verticale – dei pubblici poteri e, in particolare, sulla produzione normativa (la legislazione in senso

---

[3] La dottrina è (deve essere, secondo Kelsen) un'impresa puramente conoscitiva, e le norme non possono scaturire logicamente dalla conoscenza: non esistono norme senza atti umani di creazione normativa ("Kein Imperativ ohne Imperator": KELSEN 1965).

[4] Variazioni sul tema, prevalentemente in chiave di filosofia politica, si leggono in ROSENFELD 1994.

[5] È invece intensionale una definizione che determina le condizioni necessarie e sufficienti di appartenenza di un elemento ad un insieme. Non è impossibile una definizione intensionale di un insieme, ma, nondimeno, la sua identità sempre dipenderà dalla sua estensione.

[6] A ben vedere, l'identità testuale di una costituzione, essendo cosa intrinsecamente sincronica, neppure consente di distinguere diacronicamente tra mera revisione della costituzione esistente e instaurazione di una nuova costituzione.

[7] E non necessariamente una dichiarazione dei diritti.

"materiale"). Di una sedicente "costituzione" che non contenesse nome siffatte, non diremmo che si tratti di una genuina costituzione[8].

Si tratta delle norme che istituiscono organi, specialmente i supremi organi dello stato (l'organo legislativo, l'organo esecutivo eventualmente l'organo di giustizia costituzionale, etc.), ne stabiliscono (almeno sommariamente) le modalità di formazione, attribuiscono ad essi competenze, ne disciplinano i reciproci rapporti.

Da questo punto di vista, tuttavia, l'identità della costituzione è alquanto sfuggente: la forma dello stato, intesa nel modo che si è detto, è cosa indefinita, giacché i confini tra un tipo di organizzazione politica e un altro sono labili.

È facile mostrarlo con qualche semplice esempio. Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il controllo di costituzionalità sulle leggi altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il rapporto fiduciario tra governo e parlamento altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il suffragio universale nella designazione del capo dello stato altera o no l'identità politica della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, la temporaneità del mandato del capo dello stato altera o no l'identità politica della costituzione?

È abbastanza evidente che qualunque risposta a domande di questo tipo suppone una valutazione politica. Ne segue che la difesa dell'identità della costituzione – eventualmente affidata al giudice costituzionale – costituisce di per sé un'impresa non assiologicamente neutra, ma al contrario eminentemente politica.

E resta comunque da domandarsi se sia (politicamente) sensato limitare il potere di revisione fino al punto di inibire ad esso la modificazione dell'organizzazione politica, il che equivarrebbe, quasi, ad azzerarlo.

4. *Identità giuridica*

In terzo luogo, secondo una nota dottrina, alcune costituzioni hanno altresì una identità che chiamerò "giuridica".

---

[8] Quanto al concetto di forma dello stato, ripeto qui quanto ho scritto altrove: nella letteratura italiana, che usa distinguere tra forme di stato e forme di governo, il concetto di forma di stato risulta opaco sotto almeno quattro profili. (i) In primo luogo, il concetto è comunemente definito con un linguaggio oscuro e privo di qualunque rigore, mediante espressioni del tipo: l'"assetto strutturale" dello stato, il "modo di essere dell'intero assetto della 'corporazione' statale", "il complesso degli elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento", etc. (ii) In secondo luogo, non è chiaro perché si stia parlando di "forma" dello stato, dal momento che, almeno nel tracciare alcune distinzioni, si fa riferimento ad aspetti dell'ordinamento costituzionale (o dell'ordinamento giuridico in genere) che nulla hanno di "formale" in alcun senso plausibile di questa parola, ma palesemente attengono piuttosto al contenuto normativo dell'ordinamento. Ad esempio, alcuni distinguono tra forme di stato a seconda che l'ordinamento includa, o no, il principio di eguaglianza e/o certe libertà individuali dei cittadini e/o il principio di legalità dell'amministrazione. Si può convenire che si tratti di caratteristiche strutturali e assiologicamente caratterizzanti di un ordinamento, ma con ogni evidenza attengono al suo contenuto normativo. (iii) In terzo luogo, si usa talora come criterio di distinzione la relazione che si instaura tra governanti e governati (concetto peraltro quanto mai evanescente), talaltra la relazione – del tutto diversa – tra governo e territorio, altre volte ancora il sistema sociale e/o (nuovamente) il contenuto dell'ordinamento normativo e/o l'ideologia politica dominante. Ad esempio: per un verso, conformemente ad una risalente tradizione, si distingue tra monarchia e repubblica; per un altro verso, si distingue tra stato patrimoniale, stato di polizia, e stato di diritto, e poi ancora tra stato liberale, stato democratico, stato sociale, e stato totalitario; per un altro verso ancora si distingue tra stato unitario e stato federale. È ovvio che queste distinzioni poggiano su criteri diversi ed eterogenei – non sempre chiari, peraltro – sicché non possono essere accostate sotto l'unico denominatore della "forma di stato". (iv) In quarto luogo, la classificazione delle forme di stato risulta anche insoddisfacente perché: da un lato, si prendono in considerazione aspetti dell'organizzazione costituzionale, che parrebbero rilevanti piuttosto per la distinzione delle cosiddette "forme di governo" (tipico esempio: la divisione dei poteri); dall'altro, si omette invece di prendere in considerazione certi aspetti dell'organizzazione costituzionale, la cui rilevanza per la forma di stato – in un senso accettabile di questa espressione – a me pare indiscutibile: ad esempio, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi.

La costituzione è la fonte suprema dell'ordinamento (nella gerarchia materiale delle fonti). Tuttavia, la norma che stabilisce il procedimento di revisione costituzionale, poiché si riferisce proprio al testo costituzionale, è ad un livello *logicamente* più alto della costituzione stessa: dunque, essa è la norma logicamente suprema dell'ordinamento. Ebbene, l'identità giuridica della costituzione – si può argomentare – giace precisamente in questa norma.

Così è, poiché la norma in questione (si suppone) non si applica a sé medesima, sicché non vi è alcun procedimento legale per mutarla: il procedimento di revisione costituzionale può essere cambiato solo "extra ordinem", ossia mediante un atto illegale, o comunque non-legale, con la conseguente alterazione dell'identità giuridica della costituzione (ROSS 1958, 78 ss.; ROSS 1969, 205 ss.)[9].

Questa tesi, tuttavia, poggia su fragili basi. Tralasciando la (dubbia) tesi logica secondo cui una norma non può sensatamente riferirsi a sé stessa (la norma sulla revisione non può prevedere la revisione di sé medesima)[10], il punto è il seguente: la nuova norma sulla revisione, sostitutiva di quella originaria, contraddice la norma (quella originaria, appunto) da cui trae il proprio fondamento dinamico di validità, il che non sarebbe ammissibile.

Senonché la contraddizione tra le due norme, a ben vedere, non sussiste se non in senso diacronico, e ciò non ha nulla di scandaloso. Prendiamo il caso di una costituzione flessibile. La costituzione contiene, in ipotesi, una norma, NC, sul procedimento legislativo, la quale dispone "Il procedimento di approvazione della legge è x". Ma, poiché la costituzione è flessibile, la norma NC può essere legittimamente sostituita da una norma di legge NL – purché approvata appunto secondo il procedimento x – la quale disponga: "Il procedimento di approvazione della legge è (d'ora in avanti) y". E ciò malgrado il fatto che NL tragga validità proprio da NC.

Si vuol dire, insomma, che, la contraddizione tra due norme è inammissibile solo quando una delle due sia "rigida" – ossia materialmente sovraordinata – rispetto all'altra[11]. Ma la costituzione, ivi inclusa la norma sulla revisione, non è sovraordinata alle leggi di revisione costituzionale (se non dal punto di vista solo formale): diversamente, queste non potrebbero modificarla. In assenza di relazioni di gerarchia materiale, una norma che ne contraddica un'altra abroga quest'ultima, o ne è abrogata, secondo il principio "lex posterior", che regola la successione nel tempo di norme materialmente pari-ordinate nel sistema delle fonti. Per conseguenza, le norme NC e NL non sono vigenti nello stesso momento. NC è norma vigente prima della revisione. NL è norma vigente a revisione avvenuta. Nello stesso momento in cui NL entra in vigore, NC perde vigore, essendo tacitamente abrogata (da NL)[12].

C'è poi un problema ulteriore, di cui non si vede la soluzione. Supponiamo che, come accade nella costituzione italiana vigente[13], la norma sulla revisione (art. 138) sia affiancata da una norma che espressamente inibisce un certo tipo di revisione (art.139: la forma repubblicana dello stato non può essere oggetto di revisione). Quale delle due definisce l'identità giuridica della costituzione? La norma che disciplina la revisione, se si ritiene che essa sia applicabile alla costituzione intera (ivi inclusa dunque la norma che limita la revisione)? O la norma che circoscrive il potere di revisione, se si ritiene che essa sia a sua volta sottratta ad ogni possibile revisione[14]?

---

[9] Si osservi che stiamo parlando di *alcune* costituzioni, non tutte, giacché non tutte le costituzioni includono necessariamente una disposizione sulla revisione costituzionale. Non la includono le costituzioni flessibili, e non saprei dire in che mai possa consistere l'identità giuridica (in questo senso) delle costituzioni flessibili.

[10] Sul punto vi è molta letteratura. Vedi la bibliografia menzionata in GUASTINI 2011, 370 ss.

[11] In tema di gerarchie normative, sto usando qui i concetti elaborati in GUASTINI 2010, 241 ss.: (a) gerarchia formale è quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte conformemente ad esse; (b) gerarchia materiale è quella che intercorre tra due norme una delle quali non può validamente contraddire l'altra; (c) gerarchia assiologica è quella che intercorre tra due norme a una delle quali l'interprete attribuisca un valore superiore rispetto all'altra.

[12] Insomma: NC e NL appartengono, per così dire, a due costituzioni testualmente diverse. Vedi BULYGIN 1984, 333; BULYGIN 1981, 76 ss.

[13] O in quella francese.

[14] Ometto qui di discutere la questione se i limiti espressi alla revisione siano, o no, superabili. Vedi al riguardo GUASTINI 2010, 231 ss.

5. *Identità assiologica*

In quarto luogo, quasi tutte le costituzioni oggi vigenti – specialmente le costituzioni europee dell'ultimo dopoguerra – hanno altresì una identità materiale o "assiologica", molto cara ai teorici del "moral reading" (DWORKIN 1996; CELANO 2002) e della "interpretazione per valori" (BALDASSARRE 1991, 2001; MODUGNO 2008). Qualcuno la chiama: la dimensione "etico-sostanziale" della costituzione (LUQUE 2014). Ed è questa che, a quanto pare, ossessiona oggi la dottrina costituzionalistica così come la giurisprudenza costituzionale[15] (ROZNAI 2017).

Orbene, l'identità assiologica di una costituzione è costituita dall'insieme di principi e/o valori di giustizia da essa proclamati (ZAGREBELSKY, 1992, 2008), o più precisamente dai suoi principi fondamentali, essenziali, costitutivi, caratterizzanti, supremi. La costituzione non è un mero testo normativo, un insieme di disposizioni prescrittive (HÄBERLE 2000, 77), è una unità coesa di principi e valori[16].

Pertanto, si suppone (sulle orme di Schmitt), che la revisione costituzionale non possa spingersi fino a toccare i principi – o almeno i principi "supremi" – consacrati in costituzione senza violare i limiti intrinseci (concettuali) della revisione costituzionale. «Il potere di revisione costituzionale non può essere usato per distruggere la costituzione» o i suoi «principi fondamentali» (ROZNAI 2017, 141 s.)[17].

Di fatto, la tesi della identità assiologica si accompagna costantemente (sebbene contingentemente) all'idea che i principi costituzionali siano non pari-ordinati, ma assiologicamente gerarchizzati (ROZNAI 2017, 144 ss.), sicché alcuni di essi rivestono il ruolo di principi supremi e sono sovraordinati ai rimanenti (BARBERA 2015). Non si può non citare al riguardo una notissima sentenza della Corte costituzionale italiana (Corte cost. 1146/1988)[18]: «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»; «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a 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»[19].

Occorre sottolineare che, come dicevo, "quasi tutte" le costituzioni oggi vigenti, sì, hanno una identità assiologica nel senso che si è detto, ma non "tutte" le costituzioni: l'identità assiologica di una costituzione è contingente, alcune costituzioni l'hanno, altre no. Ne sono prive le costituzioni che si limitano a disegnare l'organizzazione dello stato, ma non includono dichiarazioni dei diritti né disposizioni di principio[20]. Sicché questo concetto di identità costituzionale non ha carattere teorico-

[15] Tra le molte, la giurisprudenza della Corte colombiana, di cui ho avuto occasione di occuparmi analiticamente in altra sede (GUASTINI 2017, 371 ss.).

[16] E con ciò l'identità testuale della costituzione perde qualunque rilievo.

[17] Una critica impeccabile alla tesi della non-emendabilità di taluni principi costituzionali (o "sovra-costituzionali") si legge in TROPER 2018.

[18] La Corte, in una ormai risalente decisione, pur senza argomentare in alcun modo, ritenne «di indubbia fondatezza» la tesi della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione: un ordine che conduce a «conferire preminenza» ad alcune norme rispetto ad altre entro uno stesso corpo «di disposizioni coordinate in sistema» (Corte cost. it. 175/1971). Trattasi evidentemente di una gerarchia assiologica: una gerarchia, cioè, attinente ai valori, che intercorre tra due norme allorché non una fonte, ma l'*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore comparativo*, ascrive a una di esse un valore superiore rispetto al valore dell'altra.

[19] Non sfuggirà che nessuna delle tesi sostenute dalla Corte (l'esistenza di limiti inespressi alla revisione, l'intangibilità assoluta dell'art. 139, la sovraordinazione assiologica dei principi supremi alle rimanenti norme costituzionali, la competenza della Corte stessa a giudicare della legittimità sostanziale delle leggi di revisione) è convenientemente argomentata. Come che sia, questa giurisprudenza è generalmente guardata con favore nella dottrina italiana: vedi per tutti F. MODUGNO 2002 e la letteratura ivi citata.

[20] Un solo esempio macroscopico: non aveva evidentemente alcuna "identità assiologica" la costituzione federale USA fino alla promulgazione del *Bill of Rights*.

generale: è applicabile non a qualsiasi costituzione presente, passata, e futura, ma solo alle costituzioni, per così dire, "eticamente dense", pervase da norme di principio.

D'altro canto, se l'ascrizione ad una norma del valore di principio è cosa spesso discutibile – il concetto stesso di principio essendo altamente controverso[21] – l'ascrizione ad essa del valore di principio "fondamentale", "supremo", o "caratterizzante" (della identità costituzionale), è cosa totalmente arbitraria[22]. Identificate talune disposizioni costituzionali come disposizioni di principio, perché mai alcune di esse dovrebbero avere valore superiore alle altre? A questa domanda non si può rispondere con argomenti di diritto positivo: si possono solo addurre vaghe intuizioni etico-politiche non ulteriormente fondate.

Accade fra l'altro che attribuire ad una norma il carattere di principio non sempre sia un modo di valorizzarla, ma sia al contrario un modo per differirne l'efficacia giuridica (in attesa della *interpositio legislatoris*)[23] e/o per renderla derogabile, *defeasible*, soggetta al bilanciamento con altri principi che possono prevalere nell'eventuale conflitto. E ciò fa dubitare della intangibilità dei principi, o almeno di alcuni di essi, per quanto fondamentali.

Come che sia, non si vedono ragioni persuasive per anteporre l'identità assiologica di una costituzione alla sua identità politica, per quanto labile questa sia (GUASTINI 2017, 308 s.). Nella teoria costituzionale classica una costituzione è un insieme di regole (regole, non principi) sull'organizzazione dello stato e sulla "produzione giuridica" (in particolare sulla legislazione). I teorici della identità assiologica hanno il torto di raffigurare la costituzione più come una sorta di filosofia morale, un'etica normativa, una tavola di valori, che come l'architettura dell'ordinamento politico.

6. *Epilogo*

Queste osservazioni vogliono semplicemente suggerire che dal punto di vista del diritto costituzionale scritto – che è cosa diversa dal diritto dottrinale e/o giurisprudenziale – la revisione costituzionale non ha altri limiti che quelli procedurali (a meno che, s'intende, vi siano limiti materiali espressi, come quello dell'art. 139 della costituzione italiana)[24].

Scrive Kelsen: «Lo Stato rimane lo stesso anche se la sua costituzione viene modificata per via giuridico-positiva, vale a dire nelle forme prescritte dalla costituzione stessa. La modificazione può essere incisiva quanto si vuole, però – se avviene in modo conforme a quanto prescritto – non vi è assolutamente alcuna ragione per supporre che con la costituzione modificata sia sorto un nuovo Stato. Soltanto se la modificazione della costituzione ha luogo in forma di rottura della costituzione [...] allora si può parlare di un nuovo Stato» (KELSEN 1925, 563)[25].

E ancora: «Occorre distinguere fondamentalmente due casi. Nel primo caso la costituzione viene modificata alle condizioni da essa stessa sancite [...]; per esempio, una monarchia assoluta viene trasformata, con una legge del monarca, in una monarchia costituzionale. La continuità del diritto è garantita [...]. Il secondo caso, diverso in linea di principio dal primo, è quello di una trasformazione rivoluzionaria della costituzione, cioè attraverso una rottura della costituzione esistente. Il criterio

---

[21] Vedi per tutti ALEXY 1994, cap. III; ATIENZA e RUIZ MANERO 1996, cap. I.

[22] Secondo Zagrebelsky, peraltro, i principi costituzionali disciplinano non già la condotta, ma gli atteggiamenti assiologici (ZAGREBELSKY 1992). Così intesi, i principi, si direbbe, sono non già norme giuridiche, ma norme morali, rivolte al "foro interno". Questo modo di vedere ha l'effetto, sorprendente, di rappresentare la costituzione (o il suo nocciolo) non come un documento politico, ma come una sorta di codice morale.

[23] È quanto è accaduto nella storia costituzionale italiana. Come si sa, la Cassazione, tra il 1948 e il 1956, distingueva tra norme direttamente precettive e norme di principio, per negare a queste ultime piena efficacia abrogatrice e/o invalidante della legislazione pre-costituzionale.

[24] A scanso di equivoci: sottolineo che si sta parlando di revisione costituzionale, ossia di modifiche testuali della costituzione. Restano programmaticamente fuori da questo discorso i mutamenti del diritto costituzionale vigente per via interpretativa.

[25] Non si dimentichi che, per KELSEN, uno stato non è altra cosa da un ordinamento giuridico.

decisivo è questo, indipendentemente dal fatto che la modifica costituzionale sia più o meno profonda» (KELSEN 1920, 347)[26].

Insomma, è potere di revisione costituzionale quello che si esercita in conformità alle norme costituzionali che lo prevedono e lo disciplinano. È potere costituente quello che si esercita *extra ordinem*, ossia in forme illegittime (PACE 1997, 97 ss.). Sicché qualunque mutamento illegittimo della costituzione – per quanto marginale – costituisce esercizio del potere costituente. E, simmetricamente, qualunque mutamento legittimo della costituzione – per quanto profondamente incida sulla costituzione esistente (sulla forma dello stato, sui principi, sui modi stessi della revisione) – costituisce comunque esercizio del potere di revisione[27]. L'identità della costituzione – se non forse quella politica – non c'entra un bel niente.

Riferimenti

ALEXY, R. 1994, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 2012

ATIENZA M., Ruiz Manero, J. 1996, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel

BALDASSARRE, A. 1991, "Costituzione e teoria dei valori", in *Politica del diritto*, 639 ss.

BALDASSARRE, A. 2001, "L'interpretazione della costituzione", in A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli

BARBERA, A. 2015, "Costituzione della Repubblica italiana", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffré, Milano

BULYGIN, E. 1981, "Tempo e validità", trad. it. in E. Bulygin, *Norme validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995

BULYGIN, E. 1984, "La paradoja de la reforma constitucional", in A. Squella, R. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, vol. I, Valparaiso (vol. monografico della *Revista de ciencias sociales*, 25/I, 1984)

CELANO, B. 2002, "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", in S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino; riedito in B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013

DWORKIN, R. 1996, "The Moral Reading of the Constitution", *New York Review of Books*, March 21; riedito con il titolo "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", in R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U.P., Oxford

HÄBERLE, P. 2000, "The Constitutional State and Its Reform Requirements", in *Ratio Juris*, XIII

GUASTINI 2010, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffré, Milano

GUASTINI 2011, *Interpretare e argomentare*, Giuffré, Milano

GUASTINI 2017, *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid

KELSEN, H., 1920, *Il problema della sovranità*, trad. it. Giuffré, Milano, 1989

KELSEN, H., 1925, *Dottrina generale dello Stato*, trad. it. Giuffré, Milano, 2013

KELSEN, H. 1928, "Préface", in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris; rist. in *Lo Stato*, VI, 10, 2018, 197-203

Kelsen, H. 1965, "Diritto e logica", trad. it. in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989

LUQUE, P. 2014, *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons, Madrid

MODUGNO, F. 2002, "I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale", in Modugno 2008

[26] Sul punto cfr. ROSS 1929, 434 ss.

[27] Altra questione, che qui non affronto, è se la revisione costituzionale possa consistere solo in emendamenti puntuali, o se invece siano ammissibili "riforme" organiche di intere parti del testo costituzionale.

MODUGNO, F. 2008, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli

PACE, A. 1997, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova

PFERSMANN, O. 2012, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Perspective", *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht*, LXVII, 81-113

ROSENFELD M. (ed.) 1994, *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke U.P, Durham and London

ROSS, A. 1929, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, trad. sp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999

ROSS, A. 1958, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London

Ross, A. 1969, "Sull'autoriferimento e su un puzzle nel diritto costituzionale", trad. it. in Ross 1982

Ross, A. 1982, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. GUASTINI, Il Mulino, Bologna, 1982

ROZNAI, Y. 2017, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford U.P., Oxford

SCHMITT, C. 1928, *Dottrina della costituzione*, Giuffré, Milano, 1984

TROPER, M. 2018, "Existe-t-il des principes supérieures à la Constitution?", in A. Le Pillouer (ed.), *La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes, justifications*, LGDJ, Paris, 135-144.

ZAGREBELSKY, G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino

ZAGREBELSKY, G. 2008, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna