

L'ART. 138 DELLA COSTITUZIONE FRA DEROGHE E APPLICAZIONI*

PAOLO CARNEVALE**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Derogabilità dell'art. 138? – 2.1. La deroga normativa: un percorso definitorio attraverso le sue forme espressive. – 2.2. Deroga e disposizioni costituzionali. – 2.3. Deroga e art. 138 Cost. – 3. L'art. 138: dalla non applicazione all'applicazione. – 3.1. I tratti del percorso applicativo: le diverse fasi. – 3.2. Segue: *l'irruzione del referendum*. – 3.3. La questione dell'iniziativa delle leggi di revisione. – 3.4. Principio della doppia deliberazione conforme e titolo della legge di revisione. – 3.5. Settant'anni di revisioni. Fisionomia delle operazioni di modifica della Costituzione: un quadro di sintesi.

Suggerimento di citazione

P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “La Costituzione tra rigidità e trasformazioni” organizzato dalla rivista Osservatorio sulle fonti il 18 maggio 2018 presso l'Aula Magna del Rettorato dell'Università degli Studi di Firenze.

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: paolo.carnevale@uniroma3.it

1. Introduzione

È per chi parla davvero un onore essere chiamato a partecipare ad un'iniziativa di questa rilevanza, in una sede così prestigiosa e in occasione di una ricorrenza – quella dei settant'anni della Costituzione repubblicana – che costituisce un'opportunità significativa di riflessione sul ruolo, senso e attualità di quello che, ad un tempo, rappresenta l'atto fondante il nostro ordinamento e la ragione costitutiva della nostra comunità nazionale. Non posso, quindi, che sinceramente ringraziare gli organizzatori del Convegno per aver pensato al sottoscritto.

A me – in qualità di relatore di apertura – spetta il compito di proporre una riflessione sul procedimento previsto in Costituzione per la adozione-modifica della normativa di livello costituzionale; procedimento definito, in buona misura, dall'art. 138. Dico subito che la presente occasione mi porta, quasi naturalmente, ad operare una *reductio* del tema assegnatomi. Trattandosi di considerazioni da svolgersi nel settantesimo anniversario della Carta costituzionale, limiterò la mia attenzione al solo procedimento di revisione costituzionale, lasciando da parte i vari e diversi problemi che, ad onta dell'invarianza formale che si desume dal medesimo articolo 138, connotano il processo formativo delle “altre leggi costituzionali”.

Sarà una trattazione, la mia, che si svolgerà, in modo particolare, sul filo dell'esperienza vissuta in questi settanta anni e qui letta – secondo quanto scolpito nel titolo della relazione – alla luce del duplice polo, in qualche modo contraddittorio, dell'utilizzo del procedimento in questione – le “applicazioni” – e della *sottrazione a quell'utilizzo* – le “deroghe”.

In quanto “riflessione” non mi limiterò alla (pur utile) descrizione – ammesso che descrivere non sia già valutare – ma ad una descrizione critica, utilizzando la prassi come volano problematico, luogo di scoperta delle questioni prima ancora che terreno di accreditamento di soluzioni, spazio di sollecitazione al pensare piuttosto che di risposta a dubbi e quesiti. Insomma, l'esperienza come punto di partenza e non di approdo, in quel rapporto osmotico fra teoria e prassi che rende la prima speculazione del giurista e toglie la seconda dalla condizione di semplice fenomeno, spogliando il diritto dalle sue ambizioni prescrittive per ridurlo a scienza osservazionale.

È quanto mi accingo a fare.

2. Derogabilità dell'art. 138?

Parto dal primo tema (*recte*, problema) che mi viene posto: quello riguardante la deroga dell'art. 138 della Costituzione o, meglio, la sua *derogabilità*.

Non inganni la forma espressiva, come è noto a tutti non si tratta di una semplice ipotesi, di una prospettazione meramente teorica, posto che la prassi

legislativa ci ha mostrato esempi di leggi costituzionali disciplinanti procedimenti in deroga all'art. 138 della Costituzione approvate dalle Camere, come pure di significativi tentativi intrapresi in questo senso. La formulazione ipotetica non riguarda evidentemente soltanto il piano fenomenico, dell'esperienza, ma attiene al possibile giuridico: cioè, in sostanza, alla liceità *secundum ius*. È su questo che mi sono interrogato ed è su questo tema che vi intratterò con le considerazioni che mi accingo ad esporre.

Innanzitutto, l'itinerario che intendo seguire, il quale si articola in un triplice piano di indagine, che riflette, del resto, un triplice ordine problematico: il primo, che attiene alla definizione e conseguente perimetrazione della figura della deroga normativa; il secondo, concernente invece i margini di applicazione di interventi in deroga aventi riguardo ad enunciati della Costituzione; il terzo, infine, che si occupa della medesima questione, laddove ad essere oggetto dello *ius superveniens* derogatorio sia specificamente l'articolo 138 della Carta.

Procedo senz'altro indugio ad affrontare la prima questione.

2.1. La deroga normativa: un percorso definitorio attraverso le sue forme espressive

La definizione della figura in parola nella dinamica propria del sistema normativo pone un problema eminentemente culturale che va, in buona misura, affrontato e risolto alla stregua dell'elaborazione della dottrina e dell'apporto offerto dall'operatore giuridico. Marginale, invece, (e comunque parziale) appare il contributo del diritto positivo che, pur dedicandovi talune prescrizioni particolari o ricorrendo a proposizioni di principio, sembra di volta in volta, da un verso, riflettere i meccanismi o fornire il fondamento al criterio risolutivo delle antinomie cui risulta tradizionalmente associata, vale a dire il criterio di specialità (senza peraltro determinarne una definitiva cattura) e, dall'altro, presupporre semplicemente l'esistenza. Tutto questo però, per quanto qui più direttamente interessa, non contribuendo in modo significativo alla sua perimetrazione concettuale.

Il termine *deroga*, nel lessico dei giuristi come nel vocabolario comune, contiene in sé il germe dell'idea della sottrazione, meglio del *sottrarsi* per *sottrarre*. La norma derogatoria si presenta, a tutta prima, come norma deviante che frustra l'aspettativa di altra norma la quale, per ragioni logico-strutturali oppure logico-funzionali o ancora d'ordine formale o dimensionale, ambisce a porsi come regolatoria anche dell'ambito di rapporti oggetto della norma derogante e vede, per converso, ridotta la sua potenzialità quanto a portata, compressa la sua capacità di indirizzo, venir meno la sua potestà di condizionamento. Si tratta, sia ben chiaro, di un'ambizione – quella della norma derogata – non solo legittima, ma persino *naturale* perché, in vario modo, nutrita e condivisa con

l'ordinamento nel suo complesso, onde la sua delusione richiede l'esibizione di esigenze di un certo pregio, quali: quella della maggiore aderenza, meglio rispondenza del diritto alle molteplici sfaccettature del reale (sintetizzata nella massima: *suum cuique tribuere*); quella della prevalenza dei vincoli di natura formale su quelli logico-funzionali; quella delle necessità di ordine sistemico, ecc.

Il che sta ad indicare che, se si è in presenza di un sottrarre, deve trattarsi di un sottrarre che rimane nella *fisiologia* e non nella *patologia* del sistema, provvisto in quanto tale di un titolo di legittimazione che esclude che di deroga si possa parlare – come talvolta induce un uso linguistico disinvolto – in luogo di disapplicazione o violazione per indicare, in vario modo, l'esito di un venir meno *tout-court* ad un dover essere.

Ma su tutto questo avrò modo di tornare nel prosieguo, attraverso l'esame delle diverse ipotesi applicative della figura in esame.

Per ora può comunque osservarsi che già queste iniziali precisazioni, anche nella loro genericità, consentono una prima presa di distanza da figure analoghe con le quali la deroga è spesso posta in immediata relazione, se non proprio confusa: l'abrogazione e la sospensione. Mentre infatti la prima non suppone un analogo *retrogusto di disobbedienza*, specie in ordinamenti in cui l'antinomia per successione di norme è vista, non come un disvalore, bensì come una *felix culpa* volta a mostrare la virtuosa capacità di adattamento dell'ordinamento alla rapida mutevolezza sociale, la seconda non necessariamente presenta attitudine regolatoria o meglio integrativa, potendo presentarsi (ed anzi non di rado si presenta) in versione solo *destruens*, in funzione cioè di transitorio arresto dell'efficacia di altra norma. Ma altre e ben rilevanti – come si avrà modo di constatare – sono le differenze che emergono dall'analisi della figura in esame.

Vengo, a questo punto, ad un esame delle principali ipotesi in cui ricorre l'utilizzo della nozione in parola.

È sin troppo noto – come ho già preannunciato – che la principale fortuna applicativa della deroga sia dovuta a quel criterio risolutivo delle antinomie che va sotto il nome di criterio di specialità: scolpito dal noto brocardo *Lex specialis derogat generali*. In quel contesto, si definisce derogatoria (o derogatrice) quella norma che, sottraendo una particolare sottoclasse di fattispecie alla disciplina recata dalla norma che regola la generale classe di fattispecie cui la prima potenzialmente appartiene, la sottopone ad una disciplina differenziata. Ambo i termini normativi della relazione debbono, a riguardo, presentarsi come equiordinati e fungibili nell'ordinamento.

Quella che così si delinea è una relazione che rivela una evidente differenza di *attitudine qualificatoria* fra i due termini, la norma-*genus* – potenzialmente assorbente – e la norma-*species* – resistente all'assorbimento – tale da generare quell'*asimmetria* che, da un verso, giustifica che si parli non di sostituzione ma

di affiancamento normativo e, dall'altro, che la norma derogata, limitatamente espropriata da quella derogante, mantenga nondimeno la sua potenzialità a regolare anche la porzione di fattispecie oggetto di esproprio, di modo che al venir meno della norma derogante quella potenzialità possa tradursi in atto con la automatica estensione della sfera di operatività di quella generale (non più) derogata. Donde – si dice – la naturale *reversibilità* dell'effetto derogatorio di contro alla naturale *irreversibilità* di quello abrogativo.

Niente a che vedere perciò – ad onta di quanto autorevolmente sostenuto e delle radici antiche del termine – con l'abrogazione parziale, concetto in sé che oltre ad essere meramente descrittivo ed impreciso (parziale rispetto a cosa, verrebbe da chiedersi) appare fondarsi su di un criterio esclusivamente quantitativo, in sé impermeabile a valutazioni qualitative, come quella relativa al disallineamento della capacità di qualificare propria delle due norme e che costituisce, a mio avviso, l'elemento qualificante della figura. Del resto, a dimostrare la forzatura della predetta assimilazione, è anche il tentativo di configurare l'automatismo della riespansione come effetto di un'operazione ermeneutica di tipo sistematico, onde poter aggirare l'obiezione circa l'incompatibilità fra abrogazione (sia pure parziale) di una norma e reversibilità degli effetti ablatori prodotti. Sennonché, da un verso, l'artificiosità della costruzione e, dall'altro, la non adeguata consapevolezza del fatto che l'(asserita) interpretazione sistematica porta all'esito della estensione proprio per effetto della raffrontata asimmetria qualificatoria che contraddistingue norma derogata – che si riprende il suo dominio – e norma derogante – che lo consente, venendo meno – le quali costituiscono così i veri confini del "sistema".

Né a migliori esiti giunge l'altra ricostruzione volta a sostanzialmente apparenare l'effetto derogatorio ad uno sospensivo, di modo che l'automatica reversibilità del primo altro non sarebbe che la conseguenza della naturale provvisorietà della norma derogante. Ciò in quanto, a ben guardare, non v'è alcun nesso effettivo fra natura derogatoria di una disciplina e sua temporaneità, ben potendo avere la disciplina in deroga il medesimo carattere di stabilità e perduranza della normativa derogata, ed anzi persino vantarne uno maggiore qualora fosse quest'ultima ad essere provvisoria, perché ad esempio gravata di un termine finale di efficacia. Il che, si badi bene, non farebbe mutare di senso la relazione fra norma derogante e norma derogata, né tantomeno ribaltare i rispettivi ruoli all'interno della relazione.

D'altronde, l'apposizione di un termine di efficacia alla norma derogatoria e, quindi, la provvisorietà della disciplina recata nulla aggiungerebbe alla qualificazione di norma speciale della stessa, né tantomeno inciderebbe sul meccanismo di riespansione della norma generale alla cessazione di quella in deroga, come testimonierebbe il fatto che, laddove quest'ultima venisse meno prima della scadenza del termine, quell'effetto si produrrebbe lo stesso.

Insomma, è nella discrepanza di capacità di qualificare fatti ad opera delle norme poste a confronto e nel divario che ne deriva l'elemento centrale per comprendere senso e dinamica della deroga: discrepanza *quanto a portata*, nel caso che ora più direttamente ci occupa, cui può aggiungersi la discrepanza *quanto a struttura logica* nella (per certi aspetti) parallela ipotesi di rapporto fra norma-principio e norma-regola deviante.

Che, del resto, quello del dislivello qualificatorio sia il vero aspetto caratterizzante della figura in esame discende da ulteriori considerazioni.

Si pensi, in proposito, all'eventualità che sia la norma generale a venir meno: in questo caso non si avrebbe evidentemente di per sé nessuna espansione della norma speciale. Ad impedirlo, per l'appunto, sarebbe proprio quell'asimmetria che aveva sin lì caratterizzato la relazione fra le due norme, sempre che ovviamente per ragioni di ricomposizione sistematica la norma speciale non si trasformi in altro da sé, mutando di segno. Ipotesi, quest'ultima, possibile anche in costanza di rapporto fra le due norme, laddove per il modificarsi dei principi dell'ordinamento la norma speciale potrebbe cambiar di veste e trasformarsi in generale, nel qual caso il meccanismo derogatorio invertirebbe il verso del suo operare in ragione del ribaltamento del dislivello qualificatorio.

Ma a corroborare l'assunto sin qui asserito soccorre anche la considerazione di altre diverse ipotesi in cui ricorre l'uso del termine deroga. Si tratta di eventualità in cui, in un modo o nell'altro, emerge in modo più significativo, rispetto a quanto sinora osservato, l'elemento della *condizionalità*.

Un primo caso si registra nel rapporto fra norma regolatoria di un processo normativo e norma-regolata. Secondo l'orientamento assolutamente prevalente dei giuristi, siano essi chierici od operatori del diritto, laddove si tratti di norme equiordinate il mancato ossequio della seconda nei confronti della prima e, conseguentemente, lo scostamento dal modello prefigurato da quest'ultima, altro non si tradurrebbe, per l'appunto, che in deroga. Conclusione cui si perviene anche nella variante in cui la norma derogante, piuttosto che semplicemente disattendere la meta-norma, si veste anch'essa dei panni della norma sulla normazione sia pur per fatto o atto individuo, al fine di sottrarre quest'ultimo alla prima che, per il resto, rimane intatta nella sua potenzialità normativa.

In simili eventualità, la differenza di attitudine qualificatoria sarebbe da cogliersi, nel primo caso, sul piano *funzionale* – giocandosi intorno al nesso norma regolatoria-norma regolata – nel secondo, sul piano ancora una volta *dimensionale*, stante la generalità della norma derogata – che resta la norma per tutti gli atti o fatti normativi rientranti nella sua sfera di applicazione – a fronte della singolarità di quella derogante, che avrebbe ad oggetto il solo processo normativo cui risulta avvinta.

Eventualità, quest'ultima, su cui avrò modo di tornare più avanti e che, per le conseguenze che comporta in termini di possibile disarticolazione del sistema, si presenta come altamente problematica e bisognevole pertanto di specifica giustificazione a sostegno.

Tutto questo accade per via del fatto che, pur avendone la possibilità, il legislatore "in deroga" non intende modificare la meta-norma *pro futuro*, limitandosi piuttosto a sottrarsi, in vario modo, al suo impero. Il che, invero, oltre a rendere ancor più chiaro il vallo che separa la deroga dall'abrogazione – che, per l'appunto, supporrebbe l'intervento di modifica della norma sulla normazione e la sostituzione con altra congenera – parrebbe accreditare la diffusa convinzione della deroga come un "meno" compreso nel "più" della modifica-sostituzione della norma, onde per il legislatore avere quest'ultimo potere significherebbe automaticamente accedere alla possibilità di semplicemente derogare.

Che sia così, ad onta di quanto normalmente affermato, è invero da escludersi.

A mostrarlo, le ipotesi di deroga instaurata fra norme la cui asimmetria qualificatoria riposa in ragioni di *carattere formale*, in quanto norma-derogante e norma-derogata sono frutto di enunciati posti da fonti in dislivello (o non fungibili) fra loro.

Viene da pensare ai casi di norme legislative che disciplinando una certa materia facciano, tuttavia, salve le diverse determinazioni da parte di normative recate da fonti subordinate, che so di tipo consuetudinario, ovvero alle esplicite autorizzazioni ad operare in deroga alle previsioni di legge disposte a livello legislativo in favore di fonti secondarie, come nel caso delle ordinanze per la gestione delle emergenze di protezione civile adottate in base alla legge n. 225 del 1992, tradizionalmente abilitate ad operare in deroga alla legge per far fronte all'evento calamitoso (fenomeno, questo, la cui imponente diffusione e stabilizzazione rende difficile continuare a sostenere il carattere non normativo delle regole poste).

In simili eventualità, sia per *cedevolezza* della normativa formalmente sovraordinata, sia per esplicita autorizzazione di quest'ultima – magari rafforzata, nella specie, dal formidabile argomento emergenziale – la disciplina recata da fonte inferiore può – secondo il consueto schema – legittimamente disporre in contrario avviso, salva ovviamente la riespansione della normativa sovraordinata laddove essa venga meno.

Il fatto è, però, che la normativa derogante in questo caso è priva della capacità di modificare la disciplina derogata e purtuttavia in grado di prestarvi eccezione. Ciò perché la deroga, seppur può essere intesa, a tutto concedere, come un *minus* sul piano degli effetti rispetto all'abrogazione, non è certamente un *minus* implicato in "quel" *magis*, trattandosi piuttosto di un *aliud*, secondo

quanto si avrà modo di verificare con riguardo alle previsioni costituzionali, cui oramai è necessario che si volga l'attenzione.

2.2. Deroga e disposizioni costituzionali

Fatta questa rapida rassegna delle principali forme espressive della deroga normativa, bisogna a questo punto procedere oltre, affrontando l'ulteriore questione riguardante la sua effettiva possibilità applicativa ove riferita alla dinamica propria delle norme costituzionali. C'è, in altri termini, da interrogarsi su quale spazio abbia (ammesso ovviamente che ne abbia) la deroga a livello della normativa costituzionale o, più precisamente per quanto qui più immediatamente rileva, di quella direttamente ascrivibile alla Costituzione.

Si pongono, in proposito, alcuni problemi di carattere generale e – diremmo – d'ordine definitorio, dai quali occorre prendere le mosse per svolgere il compito che ci siamo proposti.

Innanzitutto, sta la considerazione che per le Costituzioni e la loro dinamica modificativa si adopra un termine *specialistico* e *specializzato* che, nel gergo dei giuristi come nel diritto positivo, non risulta utilizzato per designare la stessa dinamica per le restanti fonti dell'ordinamento: la revisione. C'è al riguardo da chiedersi: cosa deve intendersi per revisione della Costituzione? Dietro questo termine si cela o no la stessa realtà formale e sostanziale che caratterizza la vicenda della sopravvenienza normativa nel ciclo della normale riproduzione del diritto oggettivo?

Se, almeno in prima approssimazione, revisione sta per modifica, per mutamento, come si evince dallo stesso testo dell'art. 138 Cost. si tratta di modifica e di emendazione di un testo (e degli enunciati in cui esso si articola) ben preciso: la Carta costituzionale. Per cui la revisione, piuttosto che costituzionale – comprensiva, cioè, del mutamento arrecato a previsioni del corrispondente rango formale – si atteggia a revisione della Carta costituzionale. Suonerebbe, invero, un po' inconsueto, se non proprio anomalo, parlare di revisione della legge costituzionale X. Ebbene, un sì stretto nesso funzionale fra processo di modifica e un particolare atto, assieme alla singolarità ed unicità dello stesso che assorbe in sé il tipo normativo cui appartiene, fa sì che a risultare particolarmente stringente – secondo un diffuso, ma non incontroverso, ordine di idee – sia il rapporto fra revisione e testo. In sostanza, la revisione della Costituzione si atterrebbe a procedimento di modifica del testo della stessa o, meglio ancora, a modifica testuale degli enunciati(-testi) della Carta.

Anche in mancanza di una specifica previsione in questo senso, a differenza di quanto disposto in altre Costituzioni, ritengo vi siano buone ragioni per sostenere l'inscindibilità fra revisione e testualità.

Per prima cosa, va rilevato che nella prassi le leggi (auto-)qualificatesi di revisione – facendo cioè menzione di tale intento nel titolo – si siano altresì

presentate, in buona misura, come leggi di modifica *nominata*, indicando esplicitamente il proprio oggetto nel testo delle disposizioni costituzionali modificate – sempre formalmente incardinate in partizioni formali della Carta (*id est* articoli della Costituzione) – seguite, in questo, anche da quelle non esplicitamente dichiaratesi tali, con la sola eccezione della legge di revisione “inconsapevole” n. 1 del 1953, in cui peraltro le modifiche *non nominate* agli artt. 134 e 135 Cost. – là ove si aggiunge alle competenze già assegnate in Costituzione alla Corte costituzionale quella di giudicare l’ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo e si modifica la normativa per la scelta dei giudici popolari integrativi del collegio dei giudici costituzionali nei giudizi di accusa – trovano collocazione in un testo che per larga parte si presenta come svolgimento della Costituzione, in adempimento della riserva *ex art.* 137 Cost., piuttosto che come sua modifica. Ciò che, ad oggi, e pur in presenza di una prassi che vanta un cospicuo numero di leggi costituzionali “miste” (v., *infra*, § 3. 5), costituisce un *unicum*.

D'altronde – come è stato ben osservato – esiste concettualmente un vallo di separazione fra legislazione comune e tale *species* di legislazione costituzionale: si tratta del fatto che la revisione costituzionale si presenta in sé come *fatto riflessivo* che deriva la sua qualificazione dall'appartenenza al testo della Costituzione dell'enunciato revisionato, per cui, mentre per la normazione comune l'evento abrogativo di precedente normativa può essere frutto di ridisciplina della materia – onde è quest'ultima che comporta il primo – per le leggi di revisione accade esattamente il contrario. Per queste, infatti, il porre una nuova disciplina è il *fine gregario* totalmente dipendente dalla *condicio per quam* della modifica dei precetti della Carta costituzionale, nel senso che il mutamento del tessuto normativo (costituzionale) non appare – come di solito avviene – la conseguenza del normare, bensì il suo obiettivo diretto e necessario. Ciò in quanto, l'atto-Costituzione e l'atto-legge di revisione sono caratterizzati da un nesso di intercessione del tutto particolare, in forza del quale il secondo è tale perché destinato a fondersi col primo e la normativa recata dalla legge di revisione, dal momento di entrata in vigore della stessa, si tradurrà in normativa della Carta costituzionale e sarà maneggiata per tale, perdendo definitivamente i segni della sua origine.

Certo – è il caso di chiarire – testualità della revisione non equivale del tutto a dire impatto dichiarato sui disposti costituzionali, giacché quest'ultimo potrebbe aversi anche senza un diretto riverbero sul testo della Costituzione.

È il caso della “[C]cessazione degli effetti dei commi primo e secondo della XIII^a disposizione transitoria e finale della Costituzione”, disposta dalla legge costituzionale n. 1 del 2002. Qui, invero, si indica esplicitamente l'oggetto normativo dell'intervento in due previsioni della Costituzione formalmente indi-

viduate, al fine di produrre un effetto di limitazione di efficacia del tutto assimilabile a quello di un'abrogazione espressa. Con la significativa differenza, però, di non procedere ad una *testuale* caducazione dei due commi costituzionali che, pur oramai resi inefficaci, restano formalmente avvinti nel testo della Costituzione senza risultarne rimossi. Difatti, chiunque prenda oggi in mano il testo della Carta costituzionale, vi troverà intatta la XIII^a *disp. trans. e fin.* così come uscita dalla penna dei nostri padri costituenti, salvo un'annotazione che il curatore della pubblicazione abbia avuto la bontà di apporre per richiamare l'attenzione del lettore sull'avvenuto esaurimento degli effetti dei primi due commi.

La complessità della vicenda è data dal singolare contrapporsi delle esigenze di quello che nel lessico dei codificatori è il "testo storico" rispetto a quelle del "testo vigente", giacché l'intera operazione si spiega e trova senso proprio alla luce di un bisogno di protezione del testo costituzionale nel primo dei due significati indicati, quale segno di permanente vitalità (e validità) del giudizio storico che è in esso racchiuso e che *in quanto tale* non si è inteso far venir meno: emblema di un indeclinabile verdetto sulla storia, di cui qualsivoglia lettore della nostra Costituzione deve poter (continuare a) prendere atto e che porta il "testo storico" a continuare ad indossare le vesti (o, meglio, ad assumere le esteriori sembianze) del "testo vigente".

Invero, la c.d. testualità – ad avviso di chi scrive – va intesa correttamente come *emersione testuale* dell'impatto modificativo della revisione, così che anche in caso di modifica dichiarata dovrà darsi opportuna certificazione nel testo costituzionale. Il che sta a significare che per la revisione costituzionale la parola, non solo *a monte* – perché contenuta in un testo – ma anche *a valle* – perché necessariamente modificativa di altro enunciato testuale – è e resta sempre *parola scritta*, che nella scrittura costituzionale trova il luogo del suo nascere e del suo morire. Ne consegue l'esistenza, a livello di Costituzione formale, di un vallo di separazione fra legislazione e interpretazione che altrove nell'ordinamento risulta assai meno affermabile.

Per tornare all'esempio appena ricordato, si sarebbe pertanto dovuto dar conto nel testo dell'intervento di sostanziale abrogazione disposto, attraverso un comma aggiuntivo con il quale dichiarare "la cessazione di efficacia dei primi due commi della XIII disposizione transitoria e finale".

Nell'ipotesi, invece, in cui l'intervento sia di sostanziale precisazione della portata semantica di sintagmi costituzionali – come nel caso che ha dato origine alla legge costituzionale n. 1 del 1967 con la quale, per rispondere ad un indirizzo giurisprudenziale che voleva ricompreso il genocidio fra i reati politici, si è espressamente disposto che l'«ultimo comma dell'art. 10 e l'ultimo comma dell'art. 26 della Costituzione non si applicano ai delitti di genocidio» (e che, peraltro, non si qualifica nel titolo come legge di revisione degli artt. 10 e 26

della Costituzione, rubricandosi piuttosto *ratione materiae* come “Estradizione per i delitti di genocidio”) – ad essere superfluo sembra proprio il ricorso alla legge costituzionale, giacché sarebbe stata all’uopo sufficiente una legge ordinaria, atto cui, del resto, compete ordinariamente la funzione di implementazione costituzionale.

Si aggiunga, altresì, che, diversamente da quanto normalmente si afferma, l’esigenza di testualità della revisione non sembra del tutto priva di agganci al diritto positivo.

Vero è, come detto, che manca una specifica previsione contenuta in Costituzione che costringa il legislatore di revisione a disporre modifiche degli enunciati costituzionali operando *per iscritto*, tuttavia v’è una significativa conferma del fatto che una simile esigenza non sia sconosciuta al nostro ordinamento positivo nella previsione dell’art. 16 della legge n. 352 del 1970 che, nel definire il quesito del *referendum ex art. 138 Cost.* prescrive che lo stesso, laddove ad essere riguardata sia una legge di revisione costituzionale, abbia il seguente tenore:

“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 ... ?”.

Formula che si distingue dall’altra, relativa all’ipotesi che ad essere oggetto del *referendum* sia una legge costituzionale non in revisione, fraseggiata nei seguenti termini:

“Approvate il testo della legge costituzionale... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?”.

Ebbene, tale duplicità di formule, oltre a dare un concreto seguito al (per lo più denegato) *discrimen* fra leggi di revisione e altre leggi costituzionali tracciato dall’art. 138 della Costituzione, pare in qualche modo sottolineare il nesso fra revisione e testo della Costituzione, laddove – nella prima formulazione del quesito referendario – richiede che la legge di modifica della Carta vada individuata con specifico e distinto riferimento all’(agli) articolo(i) della stessa risultato(i) inciso(i) dall’intervento riformatore, e solo per tramite di esso(i) – mercé l’espressione “concernente”(i) – il contenuto materiale della operazione di riforma. Contenuto che, invece, nella seconda formulazione assume carattere definitorio principale, mediante il diretto richiamo – in buona misura – al titolo della (altra) legge costituzionale.

Ma, al di là di tutto, la tesi qui patrocinata – ed è quel che più rileva – trova la sua principale giustificazione nel fatto che la doverosa testualità della revisione risponde, più che ad astratte occorrenze concettuali, alla necessità di garanzia di chiarezza e certezza del diritto che, peculiarmente al livello apicale dell’ordinamento, si pone in maniera specialissima in termini di immediata percezione, da parte di ciascuno, dello *stato* e della *consistenza* di quelle regole che

nell'ordinamento sono destinate a far premio su tutte le altre. Certezza che evidentemente non può fare affidamento sul fatto che della modifica costituzionale sia chiamata a dar conto al lettore l'annotazione che il curatore dell'edizione avrà voluto la bontà di apporre.

Dello *stato* e della *consistenza*: nel senso che ciascun cittadino, prendendo nelle mani il testo della Costituzione dovrà avere, da un verso, la diretta cognizione di quelli che sono i suoi disposti al momento vigenti e, dall'altro, la sicurezza che in quel testo (e solo in quel testo) siano racchiusi tutti i precetti costitutivi del testo della Costituzione e che altri non ve ne siano altrove perché recati da *leges fugitivae*.

Nondimeno, oltre a quello ora evidenziato, v'è un altro aspetto di interesse legato alla definizione della nozione di revisione costituzionale. Il riferimento è alla questione (cruciale) del delicato rapporto fra stabilità e cambiamento, fra inerzia e moto che si cela sullo fondo, meglio che è contenuta in germe nella revisione secondo concetto.

Questo in un duplice senso.

Da un verso, il temperamento fra queste due esigenze (apparentemente) contrapposte è dato dal fatto che revisionare è un cambiare, ma non sostituire; modificare ma non stravolgere; emendare ma non mutar d'oggetto. Revisione è infatti riesame e riesaminare alcunché – sia esso una decisione, una determinazione o una disposizione – significa rivederlo per modificarlo o riformarlo, supponendone tuttavia – in una certa misura – la persistenza, intesa come permanenza di quel che in esso è essenziale. Quindi, è nell'idea stessa della revisione il concetto di limite, per cui quella dei limiti alla revisione costituzionale finirebbe per essere una questione a fondamento *logico*, prima ancora che *ideologico*.

D'altra parte – e questo rileva ancor più direttamente per il tema che ci occupa – si sostiene da più parti che la revisione costituzionale dovrebbe corrispondere ad un'azione di modifica stabile dei disposti costituzionali. Il che, peraltro, dovrebbe escludere interventi – si dice – in deroga o sospensione che, secondo una nota ricostruzione, sarebbero, semmai, riservati alle altre leggi costituzionali.

Ora, senza qui voler prendere partito sulla vessata questione della fungibilità(-distinguibilità) delle leggi di revisione con (dal) le altre leggi costituzionali, ci sembra che sia la tesi della promiscuità che quella della separazione fra le due *species* in qualche modo concordino nel sottolineare una certa qual distinzione (*rectius*, distanza) della deroga alla Costituzione dalla revisione della Costituzione e ciò essenzialmente per il fatto che la prima mancherebbe di quel carattere di stabilità della modifica apportata che invece la seconda parrebbe reclamare.

È bene, tuttavia, precisare che la questione della deroga apportata ai precetti costituzionali emerge, in questo contesto, nel seno di una riflessione fortemente segnata dall'ampio e articolato dibattito originatosi nella dottrina tedesca di epoca weimariana sulla c.d. "rottura" della Costituzione, in cui si intrecciano i temi della possibile illimitatezza del potere di revisione e dell'eventuale abuso delle leggi costituzionali, della configurabilità delle modifiche tacite alla Costituzione "purché nel rispetto delle forme previste" e dell'emergenza quale causa e ragione della sospensione della stessa. Dibattito che, intrecciato con le drammatiche vicissitudini storiche che lo hanno accompagnato, oltre a influenzare talune scelte compiute dal costituente tedesco nel redigere la legge fondamentale del 1949, ha finito per riflettersi in qualche modo anche sulla discussione nostrana, contribuendo ad una certa sua torsione.

Prova ne sia il fatto che anche nella recente dottrina non si è mancato di qualificare la deroga, al pari della sospensione dei disposti costituzionali, come costola o declinazione del concetto-madre della rottura della Costituzione.

Ma la deroga di cui si parla qui è la deroga-provvedimento che, per rispondere al singolo caso e riguardare la specifica e individua fattispecie concreta, non rivede il testo della Costituzione ma lo contrasta, lasciando tuttavia inalterato il testo medesimo che, per il resto, resta fermo ed integro nella sua vigenza. Si tratta, tuttavia, di una versione un po' marginale, se non estrema, della figura in esame.

A dimostrarlo, da un verso, il labile confine di separazione dalla – se non una sostanziale assimilazione alla – sospensione, stante la provvisorietà e temporaneità che, in questo caso, piuttosto che dalla previsione di un *terminus ad quem* o di meccanismi di precarizzazione, discende dalla puntualità stessa e dall'esaurimento degli effetti all'atto dell'applicazione al caso di specie. Dall'altro, l'ipotizzata – a stare ad una certa impostazione – maggiore latitudine materiale di intervento, che non sembrerebbe conoscere neppure il limite dei principi supremi opposto invece agli interventi di revisione.

Messa, perciò, da parte la deroga-provvedimento – tema che tornerà prepotentemente alla ribalta di qui a breve – e tornando alle figure più tipiche che incarnano la deroga nel nostro sistema, va detto che non sembrano sussistere soverchie incertezze, non solo a riconoscere cittadinanza alla deroga nei processi di modifica della Costituzione, ma anche ad includerla all'interno dell'operazione di revisione costituzionale, laddove si presenti nella versione che la lega al criterio di specialità.

Non c'è alcun dubbio, a riguardo, che con legge di revisione si possano introdurre normative integrative del testo della Carta costituzionale che abbiano la qualità della specialità rispetto a quelle per l'appunto integrate. Gli esempi potrebbero essere innumerevoli: si pensi – tanto per dirne una – alla modifica dell'art. 88 della Costituzione compiuta dalla legge costituzionale n. 1 del 1991,

che ha portato all'aggiunta di un terzo comma che, derogando al divieto di scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica nell'ultimo semestre del suo mandato, consente la decisione dissolutiva laddove in quello stesso turno di tempo cada anche la fine della legislatura. Nessuno – crediamo – possa mettere in dubbio che si tratti di deroga – tant'è che il venir meno del terzo comma non farebbe altro che riespandere l'ambito di applicazione del divieto disposto dal secondo – né che non si tratti di revisione intesa come modifica stabile, esibendo la disciplina *ex lege* 1/1991 una stabilità non diversa da quella mediamente vantabile da altre modifiche apportate al testo della nostra Costituzione.

Lo stesso, invero, dovrebbe dirsi per la parallela relazione fra norma di principio e norma di dettaglio deviante, stante la rilevata analogia rispetto all'eventualità appena richiamata, con la sola ovvia avvertenza che il “contrario avviso” della norma di dettaglio non potrebbe interessare, comprimendolo, il nucleo di valore di un principio costituzionale supremo, stante la nota teorica dei limiti posti al potere legislativo di rango costituzionale, elaborata in dottrina e da tempo asseverata anche dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.

Quanto appena osservato, ci introduce all'altra significativa ipotesi di applicazione della deroga anche al regime proprio della disciplina recata dalla Costituzione – la quale, però, ci porta del tutto al di fuori dell'orbita della revisione costituzionale – quella cioè in cui tale figura ricorre nel contrasto fra norme prodotte da fonti infungibili – perché formalmente l'una condizionante, l'altra condizionata o in quanto caratterizzate da regime giuridico che non consente ad una delle due fonti di modificare la disciplina recata dall'altra – dovendosi, per dir così, limitare per l'appunto a prestar deroga sulla scorta di un'autorizzazione rintracciabile nella normativa derogata.

Ebbene, come è abbastanza noto, la prassi si mostra ricca di ipotesi di questo genere nelle quali norme prodotte da fonti non formalmente costituzionali possono legittimamente confliggere con norme ricavate da enunciati contenuti nel testo della Costituzione senza tuttavia in alcun modo poter provvedere a sostituirli.

È il caso della normativa concordataria, di quella internazionale generale e di quella comunitaria immediatamente applicabile che, in forza della copertura offerta rispettivamente dagli artt. 7, 10 e 11 della Costituzione, nel nostro ordinamento godono della possibilità di disporre in contrasto con norme formalmente costituzionali, con la sola esclusione di quelle espressive del nucleo essenziale dei principi costituzionali supremi, che in quanto tali costituiscono limite – come accennato poco sopra – persino alla revisione costituzionale.

Si tratta, peraltro, di ipotesi abbastanza considerevoli dal nostro punto di vista, data – in specie per le fonti *ex* artt. 10 e soprattutto 11 Cost. – la poten-

ziale ampiezza di azione e conseguentemente la rilevante esposizione derogatoria dei disposti della Carta costituzionale suscettibili di essere disattesi, come comprova la ricca e significativa giurisprudenza costituzionale in materia. Ne discende, se si vuole, una certa qual naturalità della deroga alla Costituzione prestata da norme non formalmente costituzionali o quantomeno una sorta di neutralizzazione del carico di eccezionalità che l'ha spesso accompagnata.

Più appartenente al campo ibrido della deroga-sospensione è, infine, l'eventualità che fonti sub-costituzionali possano essere autorizzate a dettare normativa in contrasto con quella costituzionale, sulla base dell'esistenza di un presupposto congiunturale di tipo emergenziale in grado di emanciparle dal rispetto di queste ultime. Si pensi qui, non soltanto all'unica situazione di emergenza prevista espressamente in Costituzione – quella cioè bellica – ma anche a quelle situazioni emergenziali alle quali la stessa giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto analoga funzione legittimante.

Ora, stante la natura ontologicamente provvisoria del presupposto emergenziale, si è per lo più discusso di un effetto di sospensione, invece che di deroga, il cui protrarsi (e stabilizzarsi) nel tempo – si noti – piuttosto che obliterare la differenza e trasformare surrettiziamente l'una nell'altra, parrebbe invece produrre *un progressivo attenuarsi della forza legittimante della situazione-presupposto con corrispondente recupero della capacità condizionante della normativa costituzionale*.

Resta, a questo punto, l'ultima eventualità di applicazione della figura in esame sul fronte costituzionale. Ci riferiamo alla ipotesi del conflitto fra meta-regola generale e regola individua o meta-regola per (f)atto normativo individuo, la cui trattazione evidentemente suppone che noi si entri nel terzo e decisivo punto da affrontare: quello per l'appunto relativo alla derogabilità dell'art. 138 della Costituzione.

2.3. Deroga e art. 138 Cost.

Una volta abbandonate le note opposizioni di carattere logico al mutamento delle norme sulla revisione e ammesse quest'ultime nel novero degli *obiecta* modificabili, sia pur solo previa un'ultima decisiva osservanza e con i limiti dovuti al rispetto del principio supremo della rigidità, non ci sembra possa in astratto sussistere – come già per le disposizioni della Costituzione in generale – una generale preclusione alla modifica della disciplina sulla revisione racchiusa nell'art. 138 mercé interventi integrativi volti ad introdurre norme di specie.

Si pensi, ad esempio, ad una modifica dello stesso art. 138 che introduca la previsione per cui la riforma organica o ad ampio spettro della Costituzione – salva ovviamente una definizione di questi concetti – possa compiersi solo con legge di revisione approvata con la maggioranza dei 2/3.

Senza, peraltro, dimenticare che una disciplina derogatoria dell'art. 138, in questo senso, già esiste ed è prevista nella stessa Costituzione all'art. 132 che, nel delineare il procedimento per la creazione di nuove regioni o la fusione di regioni esistenti, prescrive in sostanza che per addivenire all'esito della modifica dell'elenco *ex art. 131 Cost.* si debba attingere ad un *iter* speciale in vario modo differenziato rispetto a quello generale di cui alla previsione-madre dell'art. 138. Normativa, quest'ultima, a sua volta sospesa dalla XI *disp. trans. e fin.* che, consentendo per un quinquennio (poi prorogato per un altro lustro dalla legge costituzionale n. 1 del 1958) l'istituzione di nuove regioni senza il rispetto delle condizioni poste dall'art. 132 – fatta salva la consultazione delle popolazioni interessate – ha in buona misura transitoriamente neutralizzato la deroga e sostanzialmente recuperato per quel tempo la fattispecie speciale alla normativa generale.

Alla ipotesi appena rammentata – e fuoriuscendo, qui, dall'ambito della revisione – andrebbe altresì assimilata *in parte qua* anche l'attuale disciplina relativa all'*iter* di formazione delle leggi costituzionali recanti gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale contenuta nella legge costituzionale n. 2 del 2001, laddove ha immesso elementi di “specialità” nel procedimento per la revisione degli Statuti rispetto a quello definito dall'art. 138, segnatamente introducendo l'obbligo di consultazione del Consiglio regionale in caso di iniziativa non regionale del disegno di legge costituzionale ed escludendo del tutto la possibilità di ricorrere al *referendum* popolare (nazionale).

Ancora più pacifica appare, per converso, la sottrazione della normativa in parola ad eventuali deroghe apportate da fonti non costituzionali, pure abilitate a disporre nei riguardi di altri precetti della Carta. Questo, prima ancora per il fatto che la rigidità rientra senz'altro fra i principi costituzionali supremi – cosa che di per sé non escluderebbe qualsivoglia intervento ma solo quelli in grado di incidere sul nucleo essenziale del principio – ma per la ancor più assorbente ragione per cui la normativa sulla revisione costituzionale non può che essere posta dalla Costituzione e non può che formalmente appartenere alla stessa, salvo che non sia quest'ultima a consentire un rinvio *aliunde* e, ad ogni modo, sempre in funzione integrativa e mai sostitutiva. Sussiste, pertanto, in materia un divieto di emigrazione normativa.

Ma l'esperienza, com'è a tutti noto, ci ha ripetutamente fornito un'altra ipotesi di deroga apprestata all'art. 138, quella che in precedenza ho appellato come figura marginale, vale a dire la deroga-provvedimento (o deroga-misura), attraverso la previsione di procedimenti di revisione a carattere straordinario tesi a prefigurare un percorso alternativo, per lo più funzionale alla realizzazione di un progetto di riforma della Costituzione a largo spettro.

È il caso delle due leggi costituzionali n. 1 del 1993 e 1997 e del più recente tentativo compiuto con il ddl. costituzionale n. 813 AS presentato dal Governo Letta nel 2013, giunto assai prossimo all'approvazione all'inizio della XVII legislatura, per finire poi bloccato dal naufragio di quel medesimo Governo che ne aveva assunto la formale paternità. Ebbene, si tratta di tutte operazioni che, flessibilizzando in vario modo (ma con diverse soluzioni comuni) il procedimento di cui all'art. 138, al fine di consentire un'ampia riforma della seconda parte della Costituzione, lo fanno senza procedere ad una vera e propria revisione dello stesso, bensì prestando ad esso deroga puntuale, proponendo un procedimento alternativo *ad hoc* destinato ad applicarsi solo allo specifico processo riformatore promosso, realizzato il quale l'art. 138 avrebbe dovuto riprendere il suo ruolo di strumento regolatore della dinamica costituzionale.

La ragione è, in linea di massima, sempre la stessa: una certa diffusa perplessità (se non proprio aperta diffidenza) circa l'utilizzabilità dello schema procedimentale dell'art. 138 per il compimento di revisioni della Costituzione di latitudine ampia, destinate ad operare un più o meno significativo mutamento della forma di governo; perplessità alimentata, da un verso, dall'insoddisfacente percorso delle c.d. riforme istituzionali, la cui mancata realizzazione si riteneva potesse trovare una non marginale concausa proprio nell'eccessiva complessità di quel procedimento e, dall'altro, da un ricorrente (quanto preteso) *status necessitatis*, la cui evocazione ha recato con sé il bisogno di accorciare i tempi e alleggerire le fasi del processo di revisione.

La cronaca si è tuttavia incaricata di mostrare la fallacia di una simile giustificazione, posto che – come è a tutti noto – in poco più dell'ultimo quindicennio ben tre sono state le proposte di riforma ampia della Costituzione che hanno visto l'approvazione delle Camere; tutte facendo uso dell'ordinario procedimento di revisione costituzionale delineato dall'art. 138.

E se è vero, come è vero, che in due di questi tre casi la riforma ampia non è poi andata in porto, ciò è avvenuto – com'è altrettanto noto – non per la farraginosità e le lentezze dell'itinerario parlamentare, ma a causa della bocciatura referendaria delle leggi di revisione approvate, in conseguenza cioè di quell'intervento popolare che, in ciascuna delle iniziative di deroga singolare all'art. 138 appena prima ricordate, in un modo o nell'altro risultava, piuttosto che ridimensionato, enfatizzato – ad esempio, con la scelta di renderlo obbligatorio o di estenderne il campo di applicazione. Così che, viene da pensare che anche con l'applicazione delle procedure *una tantum* a suo tempo previste, il buon esito dell'operazione di riforma non avrebbe avuto maggiori garanzie a proprio favore.

D'altro canto, vale pure la pena di osservare che recenti modifiche costituzionali – come quella dell'art. 81 (nonché degli artt. 97, 117 e 119) Cost., disposta nel 2012 ai fini dell'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio – hanno altresì dimostrato la non inconciliabilità in sé fra esigenze di celerità e procedura decisionale *ex art. 138*, testimoniando, altresì, la non esclusività del rapporto fra situazione emergenziale e procedimento straordinario di revisione.

Non solo, a voler dare per buona quella giustificazione circa la asserita incompatibilità fra procedura ordinaria di revisione e riforma organica della Costituzione, si sarebbe dovuto coerentemente procedere non ad una deroga *una tantum*, bensì ad una vera e propria revisione dell'art. 138 per delineare il procedimento adeguato allo scopo. Ciò in quanto quella medesima incompatibilità veniva rappresentata non come problema congiunturale, ma come stabile e insuperabile antagonismo, che avrebbe perciò richiesto una soluzione non contingente, bensì duratura.

Ma, al di là di questo, si tratta ora di sondare la liceità dell'operazione in parola.

Prima di procedere è, tuttavia, necessario soffermarsi su di una questione preliminare, riguardante la *qualificazione* dei prefigurati interventi di incisione *una tantum* sulla previsione dell'art. 138 Cost., la cui riconducibilità alla figura della deroga è stata autorevolmente messa in discussione.

Ad impedirlo essenzialmente la portata dell'azione di riforma costituzionale che essi avrebbero dovuto consentire, la quale – si osserva – coinvolgendo, in buona misura, l'intera seconda parte della Costituzione (o, comunque, un'ampia porzione della stessa), ben difficilmente avrebbe potuto assumere i toni dell'operazione normativa di specie ed inquadrarsi nel rapporto regola-eccezione che supporrebbe l'esistenza di un *minus*, appannaggio della *lex specialis* e di un *magis* in grado di potenzialmente ricomprenderlo attribuito giuridicamente alla *lex generalis*. Cosa che, nel caso che ci occupa, sarebbe da escludere in virtù del fatto che quel *minus* sarebbe stato qualcosa di non consentito alla (pretesa) *lex generalis*, pel fatto che una riforma costituzionale a sì ampio spettro sarebbe preclusa alla forma ordinaria della revisione *ex art. 138*. Quindi non *minus* ma *aliud* e conseguentemente non *species* del *genus* revisione.

L'obiezione è acutamente prospettata, ma riposa a mio avviso su di un paio di non condivisibili premesse.

Innanzitutto, quella relativa alla non fruibilità del procedimento di revisione delineato dall'art. 138 per la realizzazione di modifiche della Costituzione ad ampio raggio, la quale – oltre alla smentita della prassi di cui s'è detto – non sembra vantare ragioni sufficientemente persuasive, né a voler far leva sul dato positivo, né immaginando limiti logici o analogici legati alle modalità proprie

del processo decisionale parlamentare, né tantomeno – come per lo più si ritiene – ricorrendo al limite dell'omogeneità del quesito elaborato per il *referendum* abrogativo.

Secondariamente, quella riguardante la forma espressiva della deroga prescelta.

Invero, in tutti e tre i casi considerati ad essere compiuta è un'operazione sottrattiva *una tantum*, applicabile solo per i processi di revisione specifici, volta a volta individuati: tanto che le eventuali revisioni, una volta effettuate all'esito di quei processi, sarebbero rientrate nell'ordinario regime di modificabilità *ex art.* 138. Ed allora, in simili ipotesi, non vale invocare il nesso di specialità e quindi il disallineamento “quanto a portata” del relativo contenuto precettivo fra disciplina generale e speciale. A venire in causa è semmai la relazione norma-misura, regola normativa-provvedimento per il caso singolo, ove la puntualità dell'eccezione prestata va raccordata alla qualità di regola-individua propria della norma derogante, il cui applicarsi alla fattispecie concreta consuma tutta la sua potenzialità, lasciando di nuovo pieno spazio d'azione alla norma derogata. Quindi, l'asimmetria rilevante non riguarda la dimensione delle rispettive fattispecie, ma attiene alla normatività quanto a sostanza delle relative previsioni normative.

Discorso, quest'ultimo, applicabile anche alle ulteriori previsioni costituzionali che sono risultate derogate ad opera dei procedimenti speciali delineati, per le quali ovviamente la tesi appena confutata non troverebbe applicazione, prima fra tutte quella di cui all'art. 72 della Costituzione.

L'interrogativo, quindi, è se un simile intervento sia possibile nei confronti dell'art. 138 della Costituzione, cioè a dire della *sedes materiae* della revisione costituzionale.

Tale quesito – si sa – ha percorso e segnato il dibattito dottrinale in occasione dei tre tentativi compiuti di cui s'è detto. E non avrebbe potuto essere diversamente. Il fatto è, però, che in questo modo la riflessione è stata inevitabilmente influenzata anche dalla valutazione nel merito del prefigurato processo di riforma di cui la deroga avrebbe dovuto essere semplicemente l'innescò, esponendo peraltro l'eventuale atteggiamento critico all'accusa di eccesso di conservatorismo o, comunque, di aprioristica protezione della Carta costituzionale, letto come sintomo di un generale sentimento di diffidenza nutrito dai costituzionalisti nei confronti dello stesso processo di riforma costituzionale.

È bene quindi che l'interrogativo venga riproposto ed affrontato in un momento come questo, lontano cioè dalle pressioni della congiuntura, in modo da assicurare una trattazione “depurata” e “distante” e purtuttavia utile a far fronte ad eventuali ritorni di fiamma, magari alimentati dai ripetuti insuccessi degli esperimenti di ampia riforma della Costituzione sin qui intrapresi.

Un approccio alla questione non consueto e, purtuttavia, non privo di rilievo è quello che fa leva sulla natura di norma sulla normazione (costituzionale) propria dell'art. 138 Cost., chiamata a regolare il mutamento del diritto oggettivo a livello apicale. Sia che si creda – come pure chi scrive crede – sia che non si creda – come invece buona parte degli studiosi ritiene – alla possibilità di delineare uno statuto teorico specifico per questa classe di norme anche al netto della loro collocazione formale, non si può non convenire sul fatto che sussista, per quest'ultima, una sorta di fatale attrazione per l'esigenza della normatività *quoad substantiam*.

Nel senso che per le norme sulla normazione il problema della dissociazione fra forma e sostanza si pone in termini abbastanza peculiari e con limiti assai più stringenti di quelli che si ritiene circondino, su di un piano più generale, il fenomeno della provvedimentalizzazione normativa.

Nell'ambito della meta-regolazione del diritto oggettivo, infatti, il bisogno di assicurare *standard* e modelli di produzione normativa risulta particolarmente avvertito, in quanto strettamente connesso alla necessità di governare il processo di riproduzione ordinamentale. È evidente che una regolazione per fatto normativo individuo si pone in diametrico contrasto con quest'esigenza, giacché, se ciascuna fonte potesse disciplinare a piacimento il proprio o l'altrui regime giuridico, liberamente derogando a quello generale di riferimento, la stessa possibilità di ricostruire un sistema (o complesso di sistemi) normativo(i) sarebbe revocata in dubbio.

In particolare, poi, sul versante – che è quello che ci interessa direttamente – di quelle che uso definire “norme di qualificazione della fonte” (categoria che aduna in sé le regole di confezionamento e definizione dei fatti produttivi) risulterebbe impossibile ragionare di tipi di atti o fatti normativi, come pure, per converso, di atipicità, che è pur sempre predicabile con riferimento a “tipologie” riconosciute per tali. Peraltro, sul fronte applicativo, il prestar continue deroghe *singulatim* a quelle norme finirebbe per rendere quest'ultime completamente ineffettive. Lo scenario finirebbe per essere quello di un universo atomistico e fondamentalmente anarchico, risultante di un processo di disarticolazione la cui problematicità è persino inutile asserire.

Tanto più se si tiene conto dell'obiezione più generale, autorevolmente formulata in dottrina, secondo cui il ricorrere a livello della Carta costituzionale a previsioni per fattispecie individua contraddice quella che appare come una sorta di logica di fondo che anima e di cui sono impastate le costituzioni del moderno Stato costituzionale: il riferimento è qui al carattere di *insistenza* che connota le Costituzioni-tavole di valori, non però – come di consueto si afferma – quale contrassegno della loro tensione all'eternità, bensì in ragione della natura programmatica che nel loro complesso – piuttosto che nei singoli precetti

– le caratterizza. La Costituzione, invero, nel reclamare attuazione e svolgimento nelle diuturne dinamiche ordinamentali che chiama ad indirizzarsi al generico obiettivo della piena realizzazione dei valori costituzionali in essa racchiusi, tende ad innervare di sé l'ordinamento e a presentarsi in sé come *fatto prospettico*, non già semplicemente per la ragione del protendersi nel tempo, bensì perché essa richiede di *riempire di sé quel tempo*, tanto da potersi dire che il futuro *della* Costituzione è lo svelamento del futuro che è (*in nuce* racchiuso) *nella* Costituzione.

Ora, tutto questo ovviamente è pensabile e possibile solo nella dimensione della non esauribilità che è propria dell'ordine normativo (anche nella sua massima rarefazione) e mai evidentemente potrebbe compiersi ove il tessuto prescrittivo costituzionale si affidasse a precetti puntuali, destinati a consumarsi con l'applicazione al caso particolare che ne costituisce l'oggetto proprio ed esclusivo. Questi ultimi affrontano e si cimentano con fattispecie specifiche e non possono (né vogliono) fuoriuscire da esse. Risultano ancorati irrimediabilmente al *presente*; ne sono *prigionieri*, senza avere possibilità di futuro e proiettarsi al di fuori della congiuntura di immediato riferimento.

Ebbene, che tutto questo possa anche solo prospettarsi a livello costituzionale e senza addurre ragioni giustificative assolutamente robuste non può non generare un certo allarme, ben al di là delle buone intenzioni e dei buoni esiti cui la concreta operazione di riforma costituzionale innescata può portare.

Certo, si potrebbe osservare che nel caso che ci occupa l'effetto pregiudizievole sarebbe in qualche modo attenuato dalla dichiarata volontà di riaffermazione del regime ordinario *ex art. 138 Cost.*, cui finirebbero sottoposte – secondo quel che s'è detto – le stesse leggi di revisione che avessero beneficiato del procedimento di approvazione straordinario a revisione ormai avvenuta.

Insomma, una sorta di ferita destinata, però, a presto rimarginarsi per non lasciare alcuna traccia di sé.

Così ragionando, tuttavia, 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. Con la conseguenza di ritenerne escluso il sindacato *a posteriori* se non ove concorra con un vizio sostanziale della norma.

In realtà, questo modo di vedere trascura di tener conto della circostanza che il *fatto-vizio*, in questo caso, rivela tutt'altro che un profilo di fissità temporale, giacché esso, da un verso, finisce per riprodursi allorché la norma prodotta in violazione trovi applicazione e, dall'altro, ove non adeguatamente censurato, ha la capacità di trasformarsi in *prassi viziosa consequenziale*, per

l'attitudine a costituirsi come precedente, col rischio quindi di ripetersi tutte le volte in cui viene in considerazione la norma sulla normazione originariamente disattesa.

Insomma, l'aggiramento della norma sulla normazione, se tollerato, assume un significativo (e diseducativo) valore esemplare.

È proprio una simile dinamica quella che si è innescata nel nostro caso, ove, al tentativo iniziale del 1993, sono seguiti quelli del 1997 e del 2013, in una sequenza di progressivo accreditamento dell'idea della procedura in deroga all'art. 138 della Costituzione, via via percepita – come detto – persino come strada obbligata onde assicurare l'aggiornamento del nostro assetto costituzionale e poter «dare adeguata risposta alle diversificate istanze di rappresentanza e d'innovazione derivanti dal mutato scenario politico, sociale ed economico; per affrontare su solide basi le nuove sfide della competizione globale; dunque, per dare forma, sostanza e piena attuazione agli stessi principi fondamentali contenuti nella prima parte della Costituzione».

Ma non sono solo queste le nubi fosche che circondano l'ipotesi della deroga *una tantum* dell'art. 138. Altre ve ne sono e non di poco conto.

Penso, innanzitutto, al fatto che in tal modo si incide sulla suddetta previsione costituzionale in modo non esplicito e provvisorio, in opposizione a quelle che appaiono – come detto – due qualità tipiche associate all'idea di revisione costituzionale: quella cioè della *testualità* e della *stabilità del mutamento*.

Sotto il primo profilo – come s'è già detto – il carattere non testuale dell'intervento urta contro quell'esigenza di certezza che, però, se in generale l'atto-Costituzione richiede come tratto del suo regime giuridico proprio, assume una intensità ancor superiore, ove ad essere interessate siano le regole sulla revisione costituzionale. Regole che ognuno, in ciascun momento, dovrebbe poter accertare come esistenti ed operanti e che per questo non possono restare neanche temporaneamente occultate al “lettore” della Carta costituzionale.

Senza poi dire che, nel caso dei tre precedenti ricordati, l'occultamento sembra in qualche misura addirittura rincarato dal fatto che, di contro ad una diffusa tendenza della prassi – di cui si dirà più avanti – l'intervento sull'art. 138 non risulta dichiarato nel titolo (se non nel caso della legge n. 1 del 1993, che reca il richiamo alla “disciplina del procedimento di revisione costituzionale”) ove ci si limita a riferirsi all'istituzione di una Commissione (o Comitato) parlamentare per le riforme costituzionali, enunciando così il fine remoto e mediato della modifica della Carta, ma non quello prossimo e diretto dell'impatto sulla previsione dell'art. 138 che, peraltro, nel testo delle tre leggi non appare mai nominato.

Quanto, poi, al carattere della stabilità non può non segnalarsi un certo qual paradosso in cui si avvitano le predette operazioni di deroga-sospensione che, per la via transitoria del momentaneo sostituirsi del procedimento di revisione straordinario a quello ordinario, sono invece funzionali a consentire lo stabile mutamento della Costituzione – *id est*, la sua revisione – attraverso i processi di riforma da esse veicolate. In tal modo, la fuggevole provvisorietà finisce per farsi strumento di un’iniziativa ad effetti permanenti e la normativa derogatoria, pur destinata a scomparire una volta esaurito il processo di riforma che esso intende innescare, la sua traccia duratura è in grado di lasciarla eccome sul contenuto precettivo della Carta costituzionale, ancorché non sul diretto oggetto del suo intervento. E questo, tanto più ove il processo di revisione della Carta si presenti come un’azione di riforma ad ampio raggio e con significativo senso di discontinuità con l’assetto costituzionale esistente.

Talché, anche a voler risolvere la questione osservando che quella posta in essere non sarebbe per l’appunto una revisione, bensì un intervento ad opera di un’altra legge costituzionale, non si potrebbe tuttavia sfuggire al rilievo che quell’intervento di fatto si salderebbe alla revisione “in senso proprio” cui è ordinato e che si intravede in trasparenza dietro di esso.

Non solo, c’è un’ulteriore questione problematica che si affaccia.

Invero, a guardare alla faccenda in esame, assumendo il punto di vista del complessivo regime giuridico dell’atto-Costituzione o *rectius* dell’impatto che avrebbe su di esso l’entrata in vigore della nuova disciplina che introduce il prefigurato percorso alternativo per la revisione costituzionale, ci si accorge di un altro aspetto di delicatezza. Posto, infatti, che il “nuovo” art. 138 non si sostituisce al “vecchio”, ma lo affianca, il suo utilizzo essendo riservato ad uno specifico processo di modifica della Carta, l’eventuale approvazione del disegno di legge in esame genererebbe la conseguenza per cui – ovviamente nell’arco temporale in cui va compiuta la programmata operazione riformatrice – saremmo transitoriamente in presenza di una sorta di “doppio binario” per la revisione della Costituzione, che potrebbe contemporaneamente compiersi secondo modalità procedurali diverse a seconda che si rientri o meno nella predetta operazione.

Certo, si dirà, una pluralità di itinerari nella revisione non sarebbe un fenomeno ignoto alle costituzioni contemporanee. Non mancano, infatti, esempi di carte costituzionali che prevedono revisioni proceduralmente differenziate a seconda del tipo di impatto che la modifica ha sul testo.

Così come è noto il fatto che le costituzioni stesse sono per lo più caratterizzate – sotto il profilo che qui ci occupa – dalla interna disarmonia rappresentata dalla distinzione fra ciò che di esse risulta suscettibile di modifica e ciò che invece appare insuscettibile di esser mutato per la via propria del processo di revisione costituzionale.

Il fatto è però che, sia nell'una che nell'altra ipotesi, la difformità procedimentale trova giustificazione, oltre che in vincoli logici interni 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, mentre nell'ipotesi qui in esame (e la differenza non è di poco conto) non si rintraccia 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. Anzi, che non vengano in campo in alcun modo canoni valutativi connessi alla natura della revisione o della normativa revisionanda è dimostrato *per tabulas* dal fatto che la stessa disciplina da approvare con il procedimento straordinario sarebbe, a sua volta, suscettibile di modifica solo attraverso il procedimento "normale" di cui all'attuale art. 138 Cost.

In conclusione, non mi sembra manchino ragioni per affermare che l'ipotesi di deroga-sospensione dell'art. 138 Cost. per singolo procedimento di modifica della Costituzione vada incontro a tali e tante obiezioni da far dubitare seriamente della sua liceità. Il fatto poi che essa si sia concretata attraverso iniziative formalmente rispettose del procedimento delineato nel medesimo 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*. Una *frode*, il cui carattere di paradossalità non può sfuggire ad alcuno, trattandosi di elusione perpetrata attraverso l'utilizzo del principale presidio di garanzia della Costituzione: il procedimento di revisione costituzionale.

3. L'art. 138: dalla non applicazione all'applicazione

Se l'indagine sin qui svolta si è occupata del tema della possibile deroga all'art. 138 della Costituzione, cioè a dire della possibilità di mancato impiego dello stesso per come è – magari, dando corpo, come s'è visto, ad operazioni di aggiramento – si tratta a questo punto di esaminare invece il processo di effettiva applicazione che esso nel tempo ha ricevuto. Bisogna, pertanto, volgere l'attenzione dal fenomeno del non ricorso a quello della concreta utilizzazione.

In proposito, mi è di recente capitato di definire "abbastanza buono" lo stato di salute di quest'ultimo, riferendo la valutazione al grado di vitalità e versatilità mostrato complessivamente, sia nelle scampate vicende di aggiramento appena considerate, sia nelle diverse occasioni di utilizzo le quali han dato corpo ad una vicenda applicativa ricca e molteplice che, sia pur in forma sintetica e per macro-tendenze, merita senz'altro di essere sondata.

3.1. I tratti del percorso applicativo: le diverse fasi

Nel complesso delle 40 leggi costituzionali approvate dal 1948 ad oggi - comprendendovi, qui, anche le 5 leggi approvate dall'Assemblea costituente nelle vesti di legislatore (ormai) costituito - *circa* la metà sono ascrivibili alla classe delle leggi di revisione. L'avverbio dubitativo si deve al fatto che se si assume a discriminare il fatto della formale autoqualificazione - intendendo per tale l'esplicito riferimento nel titolo della legge alle parti del testo della Costituzione modificate - 3 delle venti leggi direttamente incidenti sulla Carta costituzionale sarebbero da derubricare come "altre leggi costituzionali".

Si tratta: della legge costituzionale n. 1 del 1953 che, pur modificando l'art. 134 della Costituzione mercé l'inserimento, fra le competenze della Corte costituzionale, del giudizio sull'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo, nonché modificando la disciplina allora prevista nel testo dell'art. 135 Cost. per la scelta dei sedici giudici popolari chiamati ad integrare il collegio della Corte costituzionale in caso di giudizi di accusa contro il Presidente della Repubblica, il presidente del Consiglio dei Ministri e i singoli Ministri, è intitolata "Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale"; della legge costituzionale n. 1 del 1967 che, fornendo una sorta di interpretazione autentica degli ultimi commi degli artt. 10 e 26 Cost., si intitola "Estradizione dei delitti di genocidio"; della legge costituzionale n. 1 del 1999 che, pur espressamente modificando gli artt. 121, 122, 123, 126 Cost., reca il titolo "Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle regioni".

Ad esse dovrebbero aggiungersi - per quanto già osservato - anche le due leggi di deroga-sospensione dell'art.138 della Costituzione nn. 1 del 1993 e 1997, di cui ho detto in precedenza.

Ovviamente, l'adozione di un criterio di stampo sostanzialistico dovrebbe spingere a ricomprendere anche quelle appena ricordate nel novero delle leggi di revisione, portando così la categoria a sopravanzare di un'unità la giustapposta classe delle altre leggi costituzionali.

Salvo a ritenere che per la prima legge - cioè la n. 1 del 1953 - il fatto che le disposizioni di modifica dei disposti della Costituzione siano largamente minoritarie in un testo che reca, per lo più, normativa non in revisione debba comunque spingere alla collocazione fra le leggi costituzionali non di revisione. Con il che sarebbe ripristinata la condizione di piena parità: 20 a 20.

Quanto, poi, all'andamento complessivo del percorso di revisione della Costituzione dal 1948 ad oggi sono da rilevare alcuni dati caratteristici su cui è bene portare l'attenzione.

Quanto alla cronologia dell'incedere del legislatore, si registra un certo impiego del potere di revisione in una prima fase, che arriva sino alla fine degli anni sessanta, in cui si contano approvate sei leggi di modifica della

Costituzione. Ad essa segue un periodo di stasi di analoga durata – poco più di un ventennio – in cui non è dato registrare modifiche apportate al testo della Costituzione. Fra i due periodi – a mo' di spartiacque – si situa l'approvazione della legge n. 352 del 1970 che ha avuto, fra le altre cose, l'effetto di recuperare dalle secche della forzata inoperatività la previsione dell'approvazione a maggioranza assoluta delle leggi costituzionali, sino ad allora condannata alla condizione di mera virtualità dalla mancanza della disciplina chiamata a regolare il procedimento del *referendum* costituzionale.

Nella terza fase, corrispondente all'ultimo trentennio, è dato rilevare un rinnovato e anzi accresciuto attivismo che si sostanzia nell'approvazione di ben 13 leggi di revisione, cui possono se del caso aggiungersi anche le 2 leggi di deroga-sospensione dell'art. 138, in modo da far giungere il computo complessivo a 15. La media di circa una legge ogni tre anni e mezzo della prima fase sale così sensibilmente, raggiungendo quota una legge ogni due anni e tre mesi (o due anni, se si fa leva sul numero di 15). Non solo, l'incremento sarebbe ancora più significativo, ove si volesse tener conto anche delle due leggi di grande riforma approvate nel 2005 e nel 2016 e, tuttavia, non approdate a buon esito perché incappate nel maglio referendario.

Il che ha comportato un vero e proprio ribaltamento nel rapporto fra leggi di revisione e altre leggi costituzionali che, all'inizio di questa terza fase, vedeva le prime attestarsi al livello di meno della metà delle seconde, per poi giungere oggi – come dicevo – alla soglia di sostanziale parità. Tanto che la notazione formulata da acuta dottrina alla fine degli anni novanta dello scorso secolo circa il “ridotto numero” di leggi di revisione costituzionale sino ad allora approvate, a riprova dell'eccesso di complessità del procedimento *ex art. 138 Cost.*, sarebbe ora difficilmente ripetibile.

Insomma, un percorso dal ritmo abbastanza discontinuo, caratterizzato da un momento iniziale e da uno finale di positivo utilizzo del potere di revisione, separati dall'intermezzo di una lunga pausa, e da un'evidente accelerazione nell'ultima fase. Questo a stare al dato meramente quantitativo.

Se, invece, si scende sul piano di un'analisi un po' più sofisticata (o un po' meno grossolana) ci si accorge che l'attivismo della prima fase è essenzialmente indirizzato ad interventi mirati, talvolta perseguiti attraverso operazioni congiunte, talaltra adottati in funzione preminentemente correttiva, se non anche in posizione gregaria rispetto alla prevalente finalità di adempimento di specifici imperativi costituzionali.

Di azione in combinato disposto si può parlare per quella posta in essere dalle leggi costituzionali nn. 1 del 1958 e del 1963 – l'una volta a prolungare il termine per l'istituzione di nuove regioni in deroga ai presupposti richiesti dall'art. 132, comma prima, Cost.; l'altra adottata per l'istituzione della

Regione Molise che, per l'appunto, non risultava provvista del requisito del minimo di abitanti (un milione) richiesto dal medesimo alinea dell'art. 132.

A propositi di tipo correttivo sembrano, invece, ispirarsi le modifiche agli artt. 56, 57 e 60 Cost., disposte dalla legge costituzionale n. 2 del 1967 allo scopo di introdurre il numero fisso di deputati e senatori e ad equiparare la durata dei due rami del Parlamento; quelle all'art. 135, volte ad un ripensamento del farraginoso meccanismo previsto per il rinnovo parziale dei giudici costituzionali; nonché pure l'operazione di revisione interpretativa posta in essere dalla legge costituzionale n. 1 del 1967 al fine di escludere i reati di genocidio dal novero di quelli politici per i quali gli artt. 10 e 26 Cost., uu.cc., negano l'applicazione dell'estradizione. Di revisione gregaria si può, infine, discorrere per la modifica degli artt. 134 e 135 Cost. disposta dalla legge costituzionale n. 1 del 1953, nel quadro di una disciplina, per lo più, indirizzata ad adempiere alla riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137 Cost.

Ne consegue che quella compiuta nella prima fase è, nel complesso, una operazione di tipo manutentivo, di circoscritto riposizionamento di alcune scelte della Carta, che colloca la revisione costituzionale nell'alveo delle azioni – per dirla col lessico di una oramai consolidata prassi legislativa – di integrazione-correzione del tessuto costituzionale alla luce della primitiva esperienza applicativa. La fisionomia, per lo più, è quella dell'intervento puntuale, perimetrato, testimoniata da un "contenuto" dispositivo abbastanza "contenuto", talvolta persino "contenuto" nella forma dell'articolo unico.

Non così nel periodo più recente, nel quale invece, oltre che ad aumentare – sia di numero che di dimensioni – le revisioni acquisiscono un più significativo valore di innovazione, complice l'apertura di una nuova stagione politica all'inizio degli anni novanta dello scorso secolo che, con il rimescolamento complessivo del quadro politico e la sostanziale scomparsa dei partiti che avevano direttamente contribuito al parto costituente, ha visto affermarsi un atteggiamento assai più aggressivo nei confronti della Costituzione, resa sempre più spesso oggetto della congiunturale contesa politica.

A contribuire ad un maggiore attivismo sul fronte della revisione costituzionale è forse valsa pure la riconquistata possibilità, per le Camere – a seguito dell'avvenuta approvazione della legge sui *referendum* del 1970 cui s'è già fatto cenno – di attingere anche alla maggioranza assoluta per l'approvazione delle leggi costituzionali, stante la sensibile diminuzione del "coefficiente di difficoltà" della decisione di revisione che essa ha recato con sé e la dischiusa opportunità di puntare anche su operazioni di revisione non diffusamente condivise.

3.2. Segue: *l'irruzione del referendum*

Nel mezzo, fra prima e seconda stagione della revisione – si diceva – una lunga fase di fermo, che forse può esser (almeno in parte) letta come riflesso del progressivo impegno delle forze politiche nell'attuazione, piuttosto che nella modifica, della Costituzione e nel compimento del progetto di trasformazione sociale in essa racchiuso, man mano che la stagione del c.d. ostruzionismo della maggioranza andava esaurendosi e le esigenze di profondo rinnovamento sociale e culturale emergenti alla fine degli anni sessanta si affermavano. È sì il *tempo delle riforme*, ma non della Costituzione, bensì della legislazione ordinaria, avvertita sempre più come fattore di attrito al dispiegamento delle energie di rinnovamento insite nella Carta costituzionale e fino ad allora, in buona misura, neutralizzate.

Sintomatica di questa dicotomia – e direi rappresentativa del clima culturale di questo periodo – la strategia referendaria messa in atto in questi anni dal partito radicale, finalizzata com'è, da un verso, all'utilizzo massivo dello strumento del *referendum* abrogativo in funzione di esplicita attuazione della Costituzione e, dall'altro, all'eliminazione della legislazione costituzionalmente infedele che il Parlamento non è in grado di sostituire.

Del resto – come accennavo – questa fase è idealmente separata dalla precedente da un accadimento assai rilevante per il nostro tema: l'approvazione della legge n. 352 del 1970 che, nel dettare la normativa attuativa degli artt. 75 e 138 della Costituzione in punto di *referendum* popolare, ben si colloca, pur scontando una non molto commendevole vicenda originativa, nel contesto di questa temperie politico-culturale tesa allo scongelamento del testo costituzionale e all'implementazione degli istituti più innovativi della nostra Carta.

Si tratta di un fatto cruciale perché, come detto e come noto, con l'adozione della disciplina relativa al procedimento dei “*referendum* previsti in Costituzione” è stato rimosso l'*impasse* che connotava la prescrizione del secondo comma dell'art. 138, il quale, nel prevedere l'eventualità della sottoposizione a *referendum* popolare della legge costituzionale approvata a maggioranza assoluta, era stato sino ad allora condannato alla inapplicabilità. Con l'altrettanto nota conseguenza di costringere le Camere all'approvazione delle leggi costituzionali a maggioranza dei due terzi, ai sensi del comma successivo.

Ed è proprio la prima legge di revisione approvata in questa ulteriore e più recente fase – vale a dire la l. cost. n. 1 del 1989 – ad utilizzare la nuova *chance* offerta, presentandosi come la prima legge *ex art. 138 Cost.* della storia repubblicana ad essere stata approvata a maggioranza assoluta, ancorché in un solo ramo del Parlamento.

Da allora sino ad oggi si sono alternate leggi a *basso* ed *alto consenso*, secondo un andamento elastico che nel complesso ha visto approvate a maggioranza assoluta un numero di leggi – 8 – quasi identico a quello delle leggi che hanno attinto alla maggioranza qualificata dei due terzi – 7, con un maggiore scollamento in favore della prima categoria, ove si tenga conto delle due leggi di grande riforma della seconda parte della Costituzione approvate a maggioranza assoluta nel 2005 e nel 2016 e tuttavia mai entrate in vigore per via della bocciatura popolare.

Ben più tardivo nel prodursi l'altro effetto discendente dalla legge n. 352, quello cioè di consentire il ricorso al *referendum* popolare, cui sottoporre leggi costituzionali appena approvate dalle Camere. Bisognerà, infatti, attendere l'inizio degli anni duemila e segnatamente l'approvazione della legge n. 1 del 2001 di revisione del titolo V della seconda parte della Costituzione per assistere all'esordio del *referendum* costituzionale che tornerà poi alla ribalta ancora due volte, nel 2006 e nel 2016. Si noti a riguardo che si tratta, in tutti e tre i casi, di leggi di revisione costituzionale ad ampio spettro (che anzi negli ultimi due casi si possono più propriamente qualificare ad amplissimo spettro, visto che hanno assunto ad oggetto, in buona misura, l'intera seconda parte della Costituzione), quasi ad immaginare l'esistenza di una correlazione fra ambizione della riforma costituzionale e ricorso al giudizio del popolo; cui corrisponde, dall'altro, una sorta di regola della *proporzionalità inversa* fra ampiezza della riforma e ampiezza del consenso parlamentare, trattandosi evidentemente di tre revisioni assai controverse, approvate a maggioranza assoluta, in alcuni casi a maggioranza strettissima.

Ebbene, quella prima esperienza ha mostrato una serie di problemi applicativi, per lo più inediti e talora persino sorprendenti, la cui emersione e definizione ha in buona misura rappresentato una sorta di lascito consegnato alle successive occasioni. Penso – che so – al tema della delimitazione dell'arco temporale del sub-procedimento referendario, alla (connessa) questione del pluri-esercizio del potere di iniziativa del *referendum* e alla faccenda, assai discussa, della necessaria omogeneità del relativo quesito.

Tutti meriterebbero attenzione, ma qui non posso che limitarmi a poco più che ad una menzione, anche per averne già trattato in varie altre circostanze.

Segnalo soltanto che la (discutibile) soluzione offerta al primo problema ha avuto l'effetto di prolungare significativamente l'attesa del *referendum*, dilatandone la durata sino a sette-otto mesi dall'approvazione della legge di revisione ed incrementando così la probabilità che la campagna referendaria possa incrociare sulla sua strada (e rimanerne in qualche modo influenzata) altri appuntamenti politicamente rilevanti.

In ordine, poi, alla pratica del ricorso plurimo al *referendum* deve rilevarsi che essa, da un verso, si è tradotta nel noto fenomeno dell'appello al popolo

richiesto, non solo dagli avversari, ma anche dai fautori dell'approvata legge di revisione, con evidente torsione di senso dell'istituto referendario – da mezzo di contrasto-opposizione a strumento di legittimazione della scelta legislativa, pur risultando privo di *quorum* strutturale – dall'altro, ha dato la stura ad un parossistico processo di proliferazione capace di arrivare a forme di duplicazione dell'iniziativa (ad esempio, parlamentare e popolare) ad opera della stessa forza politica, presumibilmente sulla scorta di una pretesa diversità di peso delle singole forme di attivazione.

Per quanto riguarda, infine, la *vexata quaestio* della omogeneità del quesito referendario, va osservato che essa ha via via mostrato contorni e fisionomie molteplici, passando da tema eminentemente dottrinario ad oggetto di attenzione del diritto positivo; da problema funzionale alla affermazione di un limite all'esercizio del potere di revisione ad esigenza orientata a condizionare la modalità del ricorso al pronunciamento popolare, restando comunque dubbio – a giudizio di chi scrive – il suo effettivo fondamento giuridico.

3.3. La questione dell'iniziativa delle leggi di revisione

Scendendo su altro piano, registro che l'iniziativa delle leggi di revisione approvate risulta appannaggio di soli due fra i soggetti titolari: i membri del Parlamento ed il Governo, con una chiarissima preponderanza dell'*input* parlamentare.

Sembra quasi – mi si consenta la notazione – che l'esperienza storica abbia voluto riconoscere una sorta di vittoria postuma al testo originario di quello che poi divenne, in sede di approvazione definitiva, l'art. 138 della Costituzione – *id est* l'art. 130 del Progetto di Costituzione – in cui si prevedeva, per l'appunto, la limitazione del potere di iniziativa al solo «Governo e alle Camere».

Se si assume a 20 il numero delle leggi di revisione costituzionale sin qui approvate, l'iniziativa governativa si riscontra *in modo esclusivo* solo nella circostanza, peraltro molto particolare, dell'interpretazione autentica degli artt. 10 e 26 della Costituzione disposta con la legge costituzionale n. 1 del 1967, cui potrebbero, però, aggiungersi anche i due casi delle leggi di ampia riforma del 2005 e 2016 non sopravvissute al *referendum* popolare. Laddove si estenda l'attenzione alle ipotesi di iniziativa condominiale parlamentare-governativa, il computo cresce di altri quattro casi.

La cosa merita un po' di attenzione.

Una prima osservazione riguarda il fatto che a dominare largamente sono le ipotesi nelle quali il Governo presentatore è diverso da quello in carica al momento dell'approvazione della legge, con una piena identificazione che si verifica, per le leggi di revisione costituzionale, solamente per la riforma dell'intera seconda parte della Costituzione approvata dalle Camere nell'aprile

del 2016 e respinta dal *referendum* del dicembre di quello stesso anno (cui andrebbe aggiunto il caso della legge costituzionale n. 1 del 1948 – il cui percorso di formazione inizia e termina sotto il medesimo Governo De Gasperi IV – qualora ovviamente si volesse estendere lo sguardo anche alle leggi costituzionali non di revisione). Particolare, a riguardo, la vicenda della riforma del titolo V del 2001, in cui i governi coinvolti sono stati addirittura tre: quello D'Alema I, che ha presentato il disegno di legge di revisione, quello Amato II, che era in carica al momento dell'approvazione e quello Berlusconi II, insediatosi a seguito delle elezioni politiche svoltesi nel frattempo ed in carica all'atto di svolgimento della consultazione referendaria che ha sancito la definitività dell'approvazione di quella riforma.

Il fenomeno non sembra conoscere significative differenze nel transito dall'epoca del proporzionale (c.d. prima Repubblica), segnata dall'esperienza dei governi di breve durata, a quella del maggioritario (c.d. seconda Repubblica), in cui la durata media è sensibilmente aumentata.

Se però si va un pochino più in profondità ci si accorge che alla discontinuità *soggettiva* non corrisponde una soluzione di continuità *sul piano della formula politica* che, per quanto concerne le leggi di revisione costituzionale, si è verificata soltanto per la revisione del 2012 relativa all'introduzione del principio dell'equilibrio del bilancio, con il passaggio dal Governo Berlusconi IV, presentatore del disegno di legge, al Governo Monti in carica in occasione dell'approvazione.

Ma quel che rileva maggiormente e richiede un supplemento di valutazione è la tendenza, che si osserva in epoca più recente, alla sensibile crescita dell'iniziativa di provenienza governativa in un ambito – la revisione della Costituzione – nel quale è stata a lungo coltivata e alimentata l'idea che la modifica costituzionale si presenti, a tutta prima, come faccenda da consegnare al libero confronto fra le forze politiche rappresentate in Parlamento, svincolata in quanto tale dalle dinamiche proprie del rapporto fiduciario e del dualismo maggioranza/opposizione.

Del resto, che ciò si affermi per il complesso dei principi e delle norme apicali del tessuto ordinamentale non sembra proprio una cosa strana, solo che si consideri che essi, da un verso, costituiscono il dato di contesto in cui quel dualismo si svolge e si dipana – tracciato perimetrale della dialettica politica ben più che posta in gioco: luogo di rispecchiamento prima ancora che oggetto di contesa – dall'altro, che la sottrazione alla regola di maggioranza, che ne segna il regime giuridico, rappresenta un fattore di potenziale superamento e rimescolamento del gioco delle appartenenze e della logica di trincea che animano ordinariamente quella relazione duale.

Questo, d'altronde, trova una conferma – come visto – nella assoluta preponderanza dell'iniziativa parlamentare che si rileva nell'arco della esperienza repubblicana.

Dicevo, però, che nei tempi più recenti le cose sembrano andare diversamente, tanto che se si circoscrive ai primi decenni dell'attuale millennio il periodo preso in esame, ci si avvede che l'iniziativa governativa si presenta nel cinquanta per cento dei casi.

Tutto questo si spiega alla luce di quello che appare come un complessivo rovesciamento di prospettiva, secondo il quale andrebbe individuato proprio nel governo e nella sua iniziativa il motore dell'innovazione costituzionale. Si tratta di un convincimento che ha con forza conquistato buona parte della nostra cultura politica ed istituzionale, finendo per essere rapidamente metabolizzato; complice forse, da un verso, la diffusa percezione d'impotenza a dare risposta positiva all'esigenza di rivedere la nostra forma di governo – da troppo tempo avvertita e per troppo tempo rimasta inevasa – e, dall'altro, il progressivo mutamento dell'idea stessa di Costituzione assunta, sempre più, come oggetto politicamente contendibile.

Nascono, così, sempre più di frequente governi che assumono la riforma costituzionale fra i punti qualificanti del proprio programma, se non addirittura costituiti – è il caso recente del Governo Letta – al prevalente (ed assorbente) scopo di revisionare la Carta, con un'implicazione ed un intreccio quasi inscindibile fra modifica costituzionale ed azione di governo.

Si potrebbe, tuttavia, osservare come tutto questo sarebbe da riferire, non tanto alla revisione costituzionale in sé, quanto semmai alla macro-operazione di modifica della seconda parte della Costituzione, sentita come missione ineludibile di aggiornamento della Carta alle mutate esigenze di governo delle società contemporanee, la cui ambizione è sembrato richiedere un coinvolgimento attivo (e segnatamente propositivo) dell'Esecutivo. Non sarebbe, pertanto, un caso che la mano governativa faccia la propria comparsa nei tre tentativi di riforma costituzionale organica della Costituzione dell'ultimo quindicennio: del 2001, andato a buon fine, del 2005 e 2016, non andati in porto.

Il fatto è, però, che in precedenza anche il compito di riforma organica della “Costituzione dei poteri” è stato avvertito rientrare nell'alveo dell'iniziativa parlamentare: basti pensare alle due leggi di revisione “in deroga” dell'art. 138 Cost., di iniziativa per l'appunto parlamentare, approvate proprio in funzione della modifica a largo spettro della seconda parte della Carta costituzionale da elaborarsi ad opera di una commissione parlamentare bicamerale. Operazione – si noti – in tempi più recenti tentata dal Governo Letta con un proprio disegno di legge abortito per la prematura caduta di quell'esecutivo.

Ad ogni modo, ciò che qui interessa è svolgere qualche considerazione sulle conseguenze da ascrivere a questo cambiamento di scenario e, segnatamente,

alla significativa irruzione governativa registrata sul fronte dell'iniziativa del processo di innovazione costituzionale.

Credo che, da questo punto di vista, la recente vicenda conclusasi con la mancata approvazione popolare nel *referendum* del 4 dicembre scorso della riforma della seconda parte della Costituzione approvata in primavera sia abbastanza istruttiva.

Per prima cosa, va rilevato che un robusto *input* governativo del processo riformatore della Costituzione, formalizzato nell'esercizio del potere di iniziativa delle leggi di revisione, rischia di produrre una forte polarizzazione della discussione sul *thema* che, influenzata dall'innesto dell'intera operazione sulla faglia maggioranza-opposizione, finisce per essere dominata da logiche di appartenenza, assai più che guidata da esigenze di valutazione obbiettiva dei contenuti.

Ne deriva una elevata probabilità di pervenire a modifiche costituzionali approvate a maggioranza assoluta piuttosto che a più largo consenso, finendosi per riversare sul *quorum* approvativo quel tratto di divisività proprio del dibattito – sia fuori, che dentro le aule parlamentari – che accompagna il corso dell'*iter legis*. È quanto accaduto, a partire dal 1970, in quattro delle cinque circostanze in cui la revisione costituzionale ha visto lo stimolo del governo; dato questo che invece rivela una maggiore alternanza per le revisioni di iniziativa solo parlamentare.

Sia la legge cost. n. 3 del 2001, che la n. 1 del 2003, assieme ai due testi di revisione costituzionale di modifica della intera seconda parte della Costituzione approvati nel 2005 e 2016 e bocciati dal *referendum* popolare, hanno attinto al *quorum* della maggioranza (soltanto) assoluta. Unica eccezione, la legge cost. n. 1 del 2012, la cui natura, sotto diversi profili, assolutamente emergenziale sembra escludere che essa possa costituire una smentita significativa al *trend* indicato.

Nelle dodici circostanze di revisione costituzionale ad *input* soltanto parlamentare, si riscontra una equa distribuzione fra casi di approvazione a maggioranza assoluta – 6 – e a maggioranza dei due terzi – 6.

Anzi, va altresì segnalato come questo sia accaduto soprattutto in occasione delle grandi riforme degli anni 2001, 2005 e 2016, cui s'è già detto più volte: nel primo dei casi ricordati arrivando ad attingere alla risicatissima maggioranza di soli quattro voti, per scendere addirittura a due nel secondo!

Non solo, ciò produce anche il risultato di aprire la strada al ricorso al *referendum* popolare: esito che, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 352 del 1970, non a caso si è prodotto solo nelle tre circostanze appena richiamate.

Ora, è abbastanza intuitivo che l'aggiunta campagna referendaria divenga fatalmente il luogo in cui la polarizzazione della discussione e la contrapposi-

zione di schieramento, non solo si riproducono, ma se possibile risultano persino enfatizzate, così da provocare un effetto fuorviante nel processo di allocazione del consenso popolare, il quale è chiamato ad aggregarsi intorno ad un *thema decidendum* solo parzialmente corrispondente a quello formalmente oggetto del quesito.

C'è, infine, un'ultima conseguenza di cui tener conto: la inevitabile ricaduta che la conclusione del procedimento di revisione finisce per avere sulla solidità dell'esecutivo. È infatti a dir poco evidente che il forte investimento governativo nell'operazione di modifica costituzionale e la susseguente torsione del dibattito pubblico di cui s'è detto rechino con sé l'effetto di ripercuotersi in modo assai significativo sulla tenuta del Governo, laddove si tratti, in specie, di esito di disapprovazione.

Non è tanto una questione di impostazione o di strategia comunicativa dell'Esecutivo nel corso del dibattito pubblico che accompagna l'*iter* di formazione della legge di revisione, né un errore subiettivo del *premier* di turno – come molti hanno ritenuto, ad esempio, in occasione della vicenda del 2016 – ma, in buona misura, di un *quid* che è nelle cose stesse e che appare come il semplice riflesso conclusivo dell'inestricabile intreccio fra *soggettiva imputazione* e *oggetto* dell'operazione di revisione costituzionale che contrassegna il percorso riformatore.

Vero è che tale strascico si è prodotto solo nella occasione più recente appena richiamata e non nelle due precedenti, ma questo non deve suonare a smentita di quanto affermato, non foss'altro per il fatto che, sia nel 2001 che nel 2006, la consultazione referendaria – a prescindere dalla diversità di esiti – si è svolta con un governo in carica diverso da (e di colore politico opposto a) quello che aveva patrocinato la revisione costituzionale.

Deve, infatti, rammentarsi che la legge costituzionale n. 3 del 2001 è stata approvata a maggioranza assoluta dalle Camere in data 8 marzo 2001, vale a dire alla immediata vigilia dello scioglimento delle stesse, disposto con decreto del Presidente della Repubblica pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del giorno successivo, quando ad essere in carica era il governo di centro-sinistra presieduto dall'on. Giuliano Amato. Il *referendum* popolare si svolse il 7 ottobre di quell'anno, ad elezioni oramai svolte da qualche mese, il cui esito, favorevole al centro-destra, aveva portato alla costituzione del governo Berlusconi II. Anche la legge di riforma della seconda parte della Costituzione, approvata nel 2005 dalla maggioranza di centro-destra che sosteneva il governo presieduto dall'on. Silvio Berlusconi (Berlusconi III), ha visto la luce in prossimità della fine della legislatura ed è stata sottoposta a *referendum* il 25-26 giugno del 2006, quando, in seguito alle elezioni svolte nel mese precedente, ad essere in carica era il governo di centro-sinistra presieduto dall'on. Romano Prodi (Prodi II).

Orbene, un simile fenomeno carica di una valenza del tutto “eccedente” la faccenda della modifica della Costituzione che finisce così per trasformarsi indebitamente da questione costituzionale in questione politica congiunturale, in grado in sé di assorbire e, in buona misura, occultare la prima.

3.4. Principio della doppia deliberazione conforme e titolo della legge di revisione

A rimanere sul piano intra-procedimentale, vi sono ancora un paio di questioni che la prassi applicativa ha evidenziato, le quali presentano profili di una certa attualità e meritano per questo che, sia pur rapidamente, io ne dia conto.

Mi riferisco, innanzitutto, all'utilizzo del principio della c.d. doppia deliberazione conforme nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale. Si tratta di un noto istituto di diritto parlamentare, in ragione del quale, nell'ambito dell'*iter* legislativo, la Camera che, avendo già approvato un testo di legge, vede tornarlo indietro per via delle modifiche apportate dall'altra Camera, può deliberare solo su quest'ultime e sugli emendamenti che si ponessero come direttamente correlati o consequenziali (artt. 70, comma 2, RC, 104 RS). La ragione, come è abbastanza intuitivo, è di economia procedimentale e si sostanzia nell'esigenza di arginare gli eccessi del procedimento di *navette* attraverso un progressivo restringersi della sfera del decidibile.

A riguardo, s'è andato formando in sede parlamentare un orientamento interpretativo abbastanza restrittivo, volto essenzialmente ad escludere eccezioni, se non nel caso di modifiche rese necessarie dalla sopraggiunta esigenza di aggiornamento di clausole di copertura delle spese imposta dal semplice trascorrere del tempo ovvero dalla scadenza dell'esercizio finanziario, come pure da *ius superveniens* incidente sul quadro di riferimento del testo in corso di approvazione o direttamente su quest'ultimo. Pure un certo scrupolo si registra nella interpretazione del termine “modificazioni” che va inteso come riferibile non già alle partizioni formali del testo normativo (articolo, comma) – così da far sì che la modifica *pro parte* di un articolo consenta all'altro ramo di emendare l'intero articolo, anche nelle parti non incise dal mutamento – bensì alle porzioni testuali effettivamente oggetto di intervento modificativo da parte dell'altra Camera. È su tali porzioni (e soltanto su di esse) che si deve far leva per valutare l'esistenza del nesso di consequenzialità che, ai sensi della richiamata normativa regolamentare, può giustificare l'ammissibilità di nuovi emendamenti; nesso, peraltro, che comunque va letto in termini assai stringenti come espressivo di una correlazione diretta, immediata ed oggettiva.

Ebbene, in occasione della recente vicenda dell'approvazione della riforma dell'intera seconda parte della Costituzione, approvata nel 2016, la questione, che pure in una precedente circostanza s'era prefigurata in sede di procedimento *ex art. 138 Cost.*, s'è di nuovo imposta all'attenzione.

I termini sono abbastanza noti.

Al fine di ricucire la frattura apertasi nelle file del principale partito patrocinatore della riforma costituzionale tra fautori dell'elezione indiretta dei componenti il nuovo senato delle autonomie territoriali – opzione trasfusa nel testo già approvato in sede di prima lettura – e sostenitori della necessità di mantenere un meccanismo di elezione diretta e tornato il testo al Senato a seguito delle modifiche introdotte in prima lettura dalla Camera – ove i numeri della maggioranza risultavano essere assai più ristretti – si decide di proporre un emendamento, noto con il nome della presentatrice onorevole Anna Finocchiaro, per ancorare in qualche modo alla volontà del corpo elettorale la scelta dei nuovi senatori ad opera dei consigli regionali. La formulazione, assai ambigua e in sé poco perspicua, è che i senatori andassero scelti dai consigli in «conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi, secondo le modalità stabilite dalla legge».

Senonché, la soluzione trovata, oltre ad essere in sé sfuggente, finisce per apparire topograficamente eccentrica giacché l'emendamento, piuttosto che nel comma dedicato per l'appunto all'elezione dei nuovi senatori da parte dei consigli regionali, finisce per essere inserito in un altro, riguardante invece la durata del mandato senatoriale, il cui tenore risulta così trasformato: «La durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali dai quali sono stati eletti, *in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi, secondo le modalità stabilite dalla legge di cui al sesto comma*» (*enfasi mia*).

Ad impedire la giusta collocazione della modifica, è il fatto che sulla previsione relativa alla modalità di elezione indiretta dei senatori fosse già intervenuta la congiunta approvazione dei due rami del Parlamento in sede di prima deliberazione, producendo così l'effetto di intangibilità reclamato dal rispetto del principio della “doppia conforme”; mentre la “eccentrica” normativa utilizzata per appoggiare l'emendamento prestava un (flebile) formale appiglio all'inserimento, per via della, sia pur assai marginale, modifica subita in prima lettura dall'altra Camera.

Invero, in una precedente occasione – il riferimento è al caso della revisione dell'art. 68 della Costituzione in tema di inviolabilità parlamentare – s'era registrato un atteggiamento che aveva mostrato un qualche spiraglio di apertura, nel senso di una maggiore flessibilità di applicazione, soprattutto in ragione della peculiarità del procedimento di revisione costituzionale.

In quel frangente, dinanzi alle rilevanti modifiche apportate dal Senato al testo approvato dalla Camera, in sede di riesame da parte di quest'ultima vennero presentati emendamenti integralmente soppressivi o modificativi di parti non toccate dall'altro ramo del Parlamento. Ne nacque una *querelle* che si concluse con una presa di posizione favorevole della Giunta per il regolamento

della Camera che, tenuto conto della radicalità della modifica compiuta dal Senato e dell'apprezzamento assolutamente condiviso dei diversi gruppi parlamentari, come pure della necessità di rivedere una prassi interpretativa affermata sul piano dell'esercizio della potestà legislativa ordinaria nell'ipotesi in cui si tratti di esame di un progetto di legge costituzionale, ebbe ad esprimersi nel modo che segue: «in relazione al procedimento di esame delle proposte di modificazione dell'articolo 68 della Costituzione, la Giunta per il Regolamento ritiene che – date la particolare disciplina del procedimento di revisione costituzionale, la complessità dell'*iter* finora svoltosi nel corso dell'esame delle proposte di revisione dell'articolo 68 e l'opportunità di una rapida definizione di tale *iter* – il Presidente possa consentire l'ammissibilità di emendamenti interamente soppressivi del comma radicalmente modificato dal Senato».

Ne seguì la declaratoria di ammissibilità degli emendamenti in questione.

Vero è che si potrebbe offrire della vicenda una lettura tutta congiunturale, individuandone la ragione giustificativa essenziale nel generale consenso manifestato dalle forze politiche intorno alla opportunità di disapplicare il disposto regolamentare sulla limitazione della capacità emendativa, in applicazione del principio tradizionale del *nemine contradicente*. In tal modo, però, non si coglierebbe il senso del reiterato richiamo alla particolarità del procedimento *ex art. 138 Cost.* compiuto nell'occasione e che invece andrebbe, a mio avviso, adeguatamente valorizzato, onde consentire una equilibrata applicazione del principio della doppia deliberazione conforme nell'*iter* di approvazione delle leggi di revisione costituzionale. Tali particolarità possono sinteticamente individuarsi:

a) nel peculiare (e differenziato) bilanciamento che le esigenze di ragionevole durata del processo decisionale e di ponderazione del *decisum* hanno nel procedimento in questione, con la maggiore enfasi per quest'ultime evidenziata dalla duplicità delle deliberazioni e dalla previsione di termini minimi e non massimi tra l'una e l'altra;

b) nel carattere esemplarmente sistematico del testo costituzionale, in ordine al quale va tenuto presente, non solo che il nesso di “diretta correlazione” non può non essere apprezzato in modo diverso rispetto ad un singolo disegno di legge ordinaria, ma anche che una lettura eccessivamente rigida dello stesso, spingendo a tortuose forzature quale quella appena ricordata del 2016, potrebbe portare ad esiti lesivi proprio della razionalità ed organicità complessiva del testo costituzionale revisionato;

c) nella forte compressione che il potere di emendazione già subisce in forza della regola – accolta da tempo nei regolamenti di Camera e Senato (artt. 99, commi 2 e 3, RC e 123, comma 1, RS) – per cui, in sede di seconda deliberazione, non si possono apportare modifiche al testo approvato in prima; ciò che

quindi sconsiglierebbe di aggiungere ulteriori restringimenti anche in prima lettura, pena l'eccessiva compressione di quel medesimo potere.

Alla luce di simili fattori, credo che ci siano buone ragioni per reclamare una interpretazione più flessibile del principio della doppia conforme per le leggi di revisione costituzionale, anche ad evitare il rischio – cui ho fatto appena cenno – che, sotto la pressione delle esigenze politiche, si pervenga a soluzioni fondate su veri e propri contorsionismi del testo costituzionale in grado di minarne la leggibilità.

A cavallo fra la fase parlamentare del procedimento di revisione con quella (eventuale) extra-parlamentare del *referendum* popolare – quasi a saldarle l'una all'altra – sta poi il secondo dei problemi applicativi da trattarsi, riguardante una questione (apparentemente) di nicchia: l'assegnazione del titolo alla legge di revisione costituzionale.

Avendone io già trattato specificamente, mi soffermerò solo per una rapida notazione, ai fini che qui più direttamente interessano.

La questione, sino ad allora pressoché insondata, è emersa in modo significativo in occasione del già più volte rammentato tentativo di revisione della seconda parte della Costituzione di un paio di anni fa, giacché, distaccandosi da una prassi abbastanza consolidata del ricorso al c.d. titolo muto, il disegno di legge di revisione presentava in questo caso un titolo assai inconsueto per ampiezza e caratteristiche formali e sostanziali, assegnato dal Governo presentatore e per prassi parlamentare assai costante non sottoposto al voto parlamentare.

Il titolo come noto recitava: “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”.

Ci si potrebbe chiedere quale rilevanza possa avere una simile questione, tanto più che per le leggi di revisione costituzionale le tradizionali problematiche relative al valore da attribuire al titolo della legge, sia sul piano normativo che su quello ermeneutico, sembrano difficilmente riproponibili, non foss'altro per il fatto che ad opporvisi vale la *ratio* funzionale di una legge chiamata a recare una disciplina destinata ad immettersi (ad insediarsi, mi verrebbe da dire) in un altro testo, quello della Carta costituzionale ed a perdere completamente in questo passaggio – salvo forse ipotesi particolarissime – il contatto con la sua fonte di origine, pienamente immergendosi, per converso, nella dinamica dell'atto che, accogliendola, la assorbe in sé. In altri termini, la modificazione operata dalla legge di revisione costituzionale, all'atto del suo prodursi, trasforma la *modifica* dell'art. X della Costituzione nell'art. X *modificato*. È quest'ultimo e solo quest'ultimo che l'operatore giuridico dovrà, da quel momento in poi, maneggiare.

Senonché, l'esperienza dell'ultimo quindicennio ha aperto la strada ad una imprevista virtualità funzionale del titolo: quella di divenire l'elemento identificativo del *thema decidendum* della consultazione popolare, nel caso di ricorso allo strumento referendario. Secondo, infatti, un orientamento dell'Ufficio centrale per il *referendum* assai discutibile – e che mortifica in modo censurabile quello che è e resta un profilo di formale distinzione fra leggi di revisione e altre leggi costituzionali – la formulazione ufficiale del *petitum* referendario, che ad esso spetta in sede di esercizio della sua competenza a valutare la legittimità delle richieste di *referendum* eventualmente avanzate, ha finito per contenere proprio il riferimento al titolo della legge. E questo, come s'è già visto (cfr., *supra*, § 2.2), nonostante l'art. 16 della legge n. 352 del 1970 – che pure consente quel riferimento nella formula del quesito relativa alle altre leggi costituzionali – lo escluda esplicitamente laddove si tratti di richiesta avente ad oggetto il testo di una legge di revisione, per il quale il *petitum* dovrebbe limitarsi a richiamare, oltre ai tratti identificativi dello stesso, i soli articoli della Costituzione oggetto di modifica.

Ora, di là da ogni altra considerazione sul punto, è sin troppo evidente il rilievo che in questo modo viene ad assumere il titolo della legge di revisione, stante la funzione chiarificatoria dell'oggetto del decidere e, quindi, orientativa del voto che, specie in occasione di *referendum* su complessi normativi abbastanza articolati, esso viene ad acquisire. Del resto, l'esperienza in tema di denominazione della richiesta in occasione di *referendum* abrogativi lo sta a dimostrare.

Ebbene, stando così le cose, il tema della votazione del titolo della legge nella sede parlamentare merita qui di essere ripreso per vagliare, alla stregua del nuovo contesto, la sostenibilità della prassi tradizionale del non voto.

Invero, posta la nuova ed imprevista (ancorché eventuale) ribalta che la giurisprudenza dell'Ufficio centrale ha aperto al titolo della legge di revisione, l'esigenza che le Camere sullo stesso si esprimano attraverso il voto si colora di una valenza del tutto nuova. A reclamare, infatti, l'esplicita presa di posizione delle Camere c'è, da un verso, il bisogno di certezza di paternità parlamentare del titolo che, potendo rappresentare agli occhi dell'elettore l'intera operazione di modifica della Costituzione che quella medesima paternità indubbiamente vanta, non potrebbe continuare a vivere la condizione di un "trovatello" (per usare una ironica, quanto efficace, espressione dottrina); dall'altro, la necessità che il titolo divenga consapevolmente opzionato nella sede parlamentare e, ancor di più, che esso possa divenire in quella sede contendibile da sostenitori e avversari del progetto di revisione.

Non un qualcosa di subìto, ma un che di positivamente determinato, frutto di pubblico dibattito e di consapevole scelta.

3.5. Settant'anni di revisioni. Fisionomia delle operazioni di modifica della Costituzione: un quadro di sintesi

Vengo, infine, a qualche considerazione d'assieme circa la fisionomia delle operazioni di revisione costituzionale realizzate in questi settant'anni attraverso l'art. 138.

Va detto che l'esperienza mostra, in proposito, una varietà estrema.

Sotto il medesimo ombrello hanno, infatti, trovato accoglienza sia macro-riforme, che modifiche organiche; revisioni a spettro circoscritto o ad oggetto puntuale. Si rilevano, altresì, interventi di natura correttiva a valenza manutentiva accanto ad altri a più spiccata connotazione innovativa, se non proprio ispirati ad una significativa discontinuità; casi di modificazione restrittiva ed altri a finalità espansiva, di precisazione di senso per via legislativa e per via interpretativa; ipotesi di semplice recezione di una prassi o di reazione ad essa, ecc.

Per stare ad una certa terminologia dottrinaia volta a distinguere sul piano teleologico le operazioni di revisione, si potrebbe dire che, a fronte di interventi di revisione-programma, non sono mancate neppure revisioni-bilancio e, forse, persino revisioni dal sapore, in certo modo, restaurativo.

In ordine alla tecnica emendativa si registrano, poi, una molteplicità di forme: soppressiva, modificativa, sostitutiva o solamente aggiuntiva rispetto al testo della Costituzione, dando fondo alla variegata tassonomia elaborata dalla dottrina per indicare i tipi di impatto sul materiale normativo delle Carte costituzionali.

Da un punto di vista meramente topografico, si può osservare che – ammesso che la distinzione abbia un senso – ad essere largamente preferita dall'azione di revisione è stata la seconda parte della Costituzione, ancorché non siano mancate – di contro a quanto asserito da una diffusa *vulgata* – incursioni nella prima parte, così da derubricare l'"Ordinamento della Repubblica" da terreno *esclusivo* a luogo, al più, *prediletto* della revisione.

Nel solco, poi, del (largamente condiviso) principio di piena e totale invarianza formale fra leggi di revisione ed altre leggi costituzionali e della logica assimilatoria che sembra nutrirlo, si segnala la prassi dell'approvazione di leggi che definirei miste, le quali cioè, oltre che funzionali alla modifica del testo della Costituzione, risultano corredate di disposizioni aggiuntive non in emendazione di disposti della Carta.

Il fenomeno conosce manifestazioni sia in epoca remota – la prima fase della revisione, secondo la periodizzazione proposta – che in tempi più prossimi – la terza fase – in cui però assume una consistenza assai maggiore, anche in relazione alle maggiori ambizioni e alla più ampia portata delle operazioni di modifica.

La cosa non ha un valore solamente statistico, ma acquista anche un rilievo problematico, laddove si pensi alla differenza di formule del quesito referendario fra leggi di revisione, da un lato, e altre leggi costituzionali, dall'altro, prevista dall'art. 16 della legge n. 352 del 1970 ed alla quale ho già fatto riferimento nel precedente paragrafo.

È stato, invero, acutamente sostenuto che tale carattere "misto" dovrebbe portare a ri-qualificare il testo approvato dalle Camere come legge costituzionale piuttosto che come legge di revisione, quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 16 l. n. 352 del 1970, giacché altrimenti il quesito referendario, potendo comprendere il riferimento alle sole disposizioni della Costituzione incise, finirebbe per lasciar fuori il richiamo alle disposizioni costituzionali "ulteriori" atteggiandosi così a *petitum* reticente. Ciò renderebbe preferibile il ricorso alla formula prevista per le (altre) leggi costituzionali che, consentendo la comparsa del titolo della legge nel quesito, assicura la presenza sulla scheda dell'unico elemento effettivamente ed esaustivamente rappresentativo del complesso dispositivo su cui l'elettore è chiamato ad esprimere il suo giudizio. Il che, peraltro, risulterebbe conforme all'uso promiscuo (e comprensivo) del termine "legge costituzionale" che, al netto delle disposizioni relative al *referendum* costituzionale, si riscontra in tutto il testo della legge n. 352 del 1970 e all'idea che la classe delle leggi costituzionali possa atteggiarsi a *genus* rispetto alla *species* costituita dalle leggi di revisione.

Mi limito sul punto ad osservare che, di là dalla definizione dei rapporti fra le due classi legislative e del significato da assegnare alla terminologia del legislatore – che, invero, può essere del tutto rovesciato – nella logica complessiva dell'art. 138 Cost. parlare di natura mista di un testo di legge costituzionale sulla base del fatto che esso contenga disposizioni di revisione accanto a disposizioni che di revisione non sono non appare del tutto congruente. Invero, stante la priorità funzionale della revisione che si coglie nel disposto costituzionale, ritengo che anche qualora ciò si verificasse sarebbe, comunque, da utilizzare la qualifica di legge di revisione. Quello che conta non è il conteggio quantitativo e il bilanciamento numerico, ma la valenza qualitativa. E la qualità è senz'altro dalla parte della funzione di revisione.

Quanto poi al problema della completezza del quesito referendario ritengo che la sua soluzione, piuttosto che mediante inversione della formula, vada ricercata sul piano ermeneutico attraverso una interpretazione correttiva dell'art. 16 l. n. 352, costituzionalmente orientata al pieno rispetto del principio della libertà(-consapevolezza) di voto *ex* art. 48 Cost., al fine di ricomprendere nel quesito, accanto alle disposizioni costituzionali revisionate, anche le disposizioni della legge sottoposta a *referendum* che modificano precetti "estranei" al testo della Costituzione. Operazione ermeneutica, questa, che troverebbe giustificazione nel rispetto della *ratio* della disposizione legislativa interpretata.

Per stare, ad esempio, ancora una volta al caso della riforma costituzionale del 2016, la domanda referendaria avrebbe potuto essere formulata nel modo seguente: «Approvate il testo della legge di revisione degli articoli... della Costituzione, concernenti..., approvato dal Parlamento e pubblicato - nella Gazzetta Ufficiale numero... del...; nonché l'art. 38, concernente "Disposizioni consequenziali e di coordinamento", l'art. 39, concernente "Disposizioni transitorie", l'art. 40, concernente "Disposizioni finali" del medesimo testo di legge?»

In conclusione, l'estrema pluralità tipologica e la ricchezza dell'azione di revisione della Costituzione realizzata in questi settant'anni sotto l'egida del procedimento fissato dall'art. 138, accanto alla resistenza avverso i tentativi di "fuga" dallo stesso messi in opera mercé le operazioni in deroga di cui s'è ampiamente detto, mi sembra confermino, da un verso, la vitalità e soprattutto la duttilità dello strumento. Alla stregua di una equilibrata valutazione del suo rendimento, credo si possa fondatamente affermare che l'art. 138, percepito non di rado in passato come fattore di attrito nell'azione di riforma della Costituzione, si sia in concreto conquistato, a conti fatti, il riconoscimento di mezzo idoneo a veicolare quell'azione, il cui esito e il cui compimento dipendono – a mio parere – da ragioni tutt'affatto estranee al procedimento di revisione.

Ne consegue, perciò, che chiunque intenda valutare il rendimento del processo riformatore della Costituzione nella nostra storia repubblicana dovrà farlo alzando necessariamente lo sguardo oltre il perimetro dell'art. 138.