



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2023

**La retorica delle modifiche tacite
e il diritto costituzionale esistenziale.
Un'ipotesi di studio preliminare**

di Elisa Olivito

EDITORIALE SCIENTIFICA

LA RETORICA DELLE MODIFICHE TACITE E IL DIRITTO COSTITUZIONALE ESISTENZIALE. UN'IPOTESI DI STUDIO PRELIMINARE

di Elisa Olivito

Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Roma La Sapienza

SOMMARIO: 1. PREMessa: GLI INCERTI CONFINI DELLA NOZIONE DI MODIFICA TACITA, A PARTIRE DA COSTANTINO MORTATI; 2. L'IPERTROFIA SEMANTICA DELLE MODIFICHE TACITE NEL DIBATTITO DOTTRINALE ITALIANO; 3. PERCHÉ LA RETORICA DELLE MODIFICHE TACITE FA MALE ALLA COSTITUZIONE E AL DIRITTO COSTITUZIONALE: I RISCHI DELLA POSA ESISTENZIALE; 4. UN'IPOTESI: I CAVEAT SULLE MODIFICHE TACITE, LE LACUNE COSTITUZIONALI E L'IMPLICITO ASSUNTO DELLA COSTITUZIONE TOTALE.

1. Premessa: gli incerti confini della nozione di modifica tacita, a partire da Costantino Mortati

Se tacito è ciò che non è espresso in modo manifesto, ma è facilmente desumibile da altri indizi o è implicito in un dato atteggiamento¹, la nozione di modifica tacita, che ricorre sempre più spesso nella giuspubblicistica, è tutt'altro che pianamente desumibile dagli studi sull'argomento. Diverso è l'oggetto delle modifiche alle quali viene imputata la caratteristica di essere tacite, incerti sono di conseguenza i contorni della nozione, che tende a dilatarsi oltremisura.

In via di prima approssimazione si potrebbe ritenere che, in regime di costituzione rigida, sia tacita la modifica costituzionale che si compie al di fuori delle ordinarie procedure di revisione oppure quella che si determina in virtù di tali procedure ma in via materiale, ossia in mancanza di un'espressa manifestazione di volontà di modificazione della Costituzione, di cui rimane quindi immutato il testo, mentre cambiano il contenuto normativo o la portata delle sue prescrizioni, singolarmente o unitamente considerate². Secondo un argomento fre-

¹ Cfr. G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Milano, 2008, p. 2850.

² Cfr. S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958,

quentemente utilizzato, a ciò potrebbe aggiungersi, sul piano del nesso di causalità, che l'eventualità di modifiche della Costituzione per vie diverse da quelle ivi prescritte è tanto più alta quanto più complesse sono le procedure altrimenti previste per modificarne il testo³.

È questa, nondimeno, una descrizione oltremodo equivoca del fenomeno, sia per quanto riguarda la natura e i termini del mutamento che si produce in modo tacito⁴, sia per quanto concerne il nesso posto con le procedure di revisione formale ovvero sia con il loro grado di complessità⁵.

A questo proposito può essere utile richiamare uno dei tentativi di sistematizzazione delle modifiche tacite più noti in Italia, perché vi si possono rinvenire i germi delle progressive dilatazioni semantiche, che hanno spinto il concetto di modifica tacita fino al limite della perdita di senso.

Ci si riferisce a Costantino Mortati il quale, inserendo il tema delle

p. 151, il quale sul punto rileva che, in virtù del procedimento di revisione costituzionale, «si può pervenire, sia pure indirettamente, alla abrogazione del precetto costituzionale, quando si giunga a svuotarlo completamente del contenuto espresso dal testo letterale» (*ibidem*).

Per una descrizione del fenomeno dichiaratamente sommaria si veda F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione* (1951), in *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino, 1965, p. 83.

³ Così C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 186, che in questo modo ripropone un'idea ricorrente nella giuspubblicistica non solo italiana.

⁴ Come si ricava dalle osservazioni di S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, p. 35.

⁵ Per una critica condivisibile all'idea che vi sia un nesso necessario tra la complessità delle procedure di revisione costituzionale e la frequenza dei mutamenti informali si veda M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Clermont-Ferrand, 2013, p. 28.

Ma la smentita di tale nesso si trova già indirettamente in H.L. MCBAIN, *The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law*, New York, 1928, p. 21: «Curiously enough the difficulty of the process of amending a constitution does not appear in practice to do with whether amendments are actually adopted or not».

Per quanto attiene, invece, al diverso, seppur connesso, tema del rapporto tra procedure ordinarie di revisione costituzionale e percorsi di innovazione "materialmente costituzionale" di tipo alternativo e surrogatorio si vedano le osservazioni di S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO e P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, pp. 170 ss.

modifiche costituzionali nella cornice del rapporto tra rigidità, stabilità e mutamento, ritiene di poter distinguere tra modifiche conformi alle procedure di revisione e modifiche prodottesi in altro modo. Nella sua opinione, la previsione di apposite procedure per modificare il testo costituzionale non è sufficiente a impedire modifiche di altro tipo e ciò avviene, tra l'altro, perché le norme sulla revisione, in quanto norme costituite, sottostanno anch'esse alle condizioni di ciò che altrove è stato qualificato come costituzione in senso materiale, seppur nella versione aggiornata all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana⁶. Le forme legali della revisione costituzionale sono, infatti, a suo avviso «subordinate alla soddisfazione degli interessi posti a base del tipo di consociazione, secondo sono valutati dalle forze in esso operanti»⁷.

Sulla scorta di alcune elaborazioni della dottrina germanica sulle modifiche costituzionali c.d. materiali⁸, Mortati designa come modifiche tacite le leggi costituzionali che contrastano con principi o norme

⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Premessa a C. MORTATI, La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998, p. XXIX s.; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, pp. 158 ss.

⁷ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 197.

⁸ Sul punto si ricordano, tra gli altri, con diversità di accenti, P. LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895, pp. 2 ss.; G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, trad. it. parz., *Mutamento e riforma costituzionale*, Cavallino-Lecce, 2004; H. DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin und Leipzig, 1932, pp. 17 ss.; H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1953/1954, pp. 385 ss.

Con riferimento ai cambiamenti costituzionali prodotti da leggi che non incidono sul testo costituzionale (a differenza di quelli qualificati, invece, come *Verfassungsänderung im formellen Sinn*) si veda S. JESELSON, *Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht*, Heidelberg, 1929, p. 20 s., che preferisce l'espressione *Verfassungsänderung im materiellen Sinn* in luogo dell'altra espressione *stillschweigende Verfassungsänderung*, utilizzata da H. TRIEPEL, *Zulässigkeit und Form von Verfassungsänderungen ohne Änderung der Verfassungsurkunde*, in *Verhandlungen des dreiunddreißigsten Deutschen Juristentags*, Berlin und Leipzig, 1925, p. 47.

Non ritiene, invece, che via siano ragioni per abbandonare la denominazione di “cambiamenti taciti della costituzione” C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964, p. 180, che si esprime peraltro favorevolmente circa l'ammissibilità di mutamenti non espressi della costituzione scritta (*ivi*, p. 182 s.).

costituzionali, senza che venga espressa la volontà di modificarle. E di fronte ai dubbi della dottrina in ordine all'applicabilità del principio dell'abrogazione tacita anche alle leggi costituzionali⁹, alle incertezze in merito alla portata e al carattere permanente o temporaneo delle modifiche tacite, nonché ai rischi di deconstituzionalizzazione delle norme su cui esse incidono, egli reputa che non vi sia ragione per trattare le leggi costituzionali diversamente da quelle ordinarie, sottraendole ai principi generali sull'abrogazione, ma che si debba semmai guardare alla natura della materia disciplinata¹⁰.

Ogniquale volta e per il solo fatto che una legge disciplini una materia formalmente costituzionale il mutamento che essa apporta a tale materia dovrà assumere la veste costituzionale con le garanzie della procedura di revisione. Specularmente, tuttavia, l'approvazione di una legge su una materia inserita in Costituzione è altresì sufficiente affinché si determini il mutamento costituzionale, anche in mancanza di ogni consapevolezza di tale effetto o per via di un errore da parte del legislatore e purché vi sia l'obbligo che dalla promulgazione risulti la particolarità della procedura adottata. Da ciò consegue che «nessun

⁹ Sulla questione e sulle diverse tesi al riguardo si veda G. MORZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1964, pp. 355 ss.

¹⁰ In precedenza (e condivisibilmente) Mortati si era espresso in senso diverso sui rischi di deconstituzionalizzazione sottesi alle modifiche tacite: cfr. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 42 s., là dove afferma che un limite coesistente al potere di revisione è rappresentato dalla necessità di procedere in via espressa ai mutamenti, anche in mancanza di apposite prescrizioni in tal senso, e che, in assenza dell'espressa volontà del legislatore costituzionale di mutare il testo della Costituzione, la manifestazione di volontà contrastante con il contenuto della norma costituzionale non ha altro effetto che quello di deconstituzionalizzare la parte che ne è toccata.

A suo avviso, ciò vale anche quando sia il legislatore ordinario a essere abilitato alla revisione costituzionale, perché solo la volontà espressa di modificare il testo è in grado di operare una modifica della Costituzione in senso proprio, inserendo nel suo corpo una nuova norma. L'abrogazione tacita, pertanto, non troverebbe applicazione per le fonti di grado diverso dalla Costituzione, che possono produrre un effetto abrogativo della stessa a una duplice condizione: essere abilitate a produrre tale effetto e operarlo in modo espresso.

«Ciò ubbidisce anche a *ovvie esigenze pratiche, ripetutamente affermate, di certezza del diritto*; esigenze le quali hanno un particolare peso nel caso delle norme costituzionali, per la struttura ad esse propria più generale delle altre, specie nella parte enunciativa dei principi, e per il fatto che esse sono più strettamente legate in sistema» (*ivi*, p. 43, corsivi miei).

specifico problema si presenta sul punto se la modifica apportata in modo tacito assuma valore di eccezione o di regola, abbia carattere temporaneo o permanente, dovendo la soluzione di tali quesiti affidarsi alle norme generali sull'interpretazione»¹¹.

Diverso e più grave è considerato, invece, il problema delle c.d. rotture della Costituzione (*Verfassungsdurchbrechungen*), espressione con cui Mortati, muovendo ancora una volta dalla dottrina germanica¹², indica le leggi costituzionali che derogano soltanto per casi singoli a disposizioni della Costituzione, le quali rimangono quindi in vigore per tutte le altre fattispecie¹³. In assenza dell'espressa inibizione di tali deroghe, l'ammissibilità delle rotture della Costituzione viene, invero, collegata alla non riconducibilità della generalità della legge all'ordine dei principi fondamentali e, in regime di costituzione rigida, all'inapplicabilità del principio medesimo alle leggi costituzionali. Escludere del tutto la possibilità di tali rotture vorrebbe, infatti, dire porre un ostacolo a interventi in deroga alle norme costituzionali generali o precludere in assoluto l'estensione delle c.d. auto-rotture, ossia le deroghe sancite in Costituzione, qualora gli uni o le altre si rendessero necessarie per far fronte a imprevedibili esigenze di svolgimento dello Stato.

Vi sarebbe, dunque, un solo criterio sulla cui base le rotture della Costituzione potrebbero essere giudicate ed esso si ricava non dal testo della Costituzione, bensì per via di interpretazione sistematica: le deroghe sono ammissibili ogni qual volta tendano a salvaguardare i fini della Costituzione al sopravvenire di eventi che altrimenti, senza una disciplina in deroga, comprometterebbero i fini stessi. Tale criterio do-

¹¹ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 191.

¹² Si vedano tra i molti, seppur con opinioni diverse sul punto, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, trad.it., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, pp. 141 ss.; G. LEIBHOLZ, *Die Verfassungsdurchbrechung. Betrachtungen aus Anlaß der geplanten parlamentarischen Reichspräsidentenwahl*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 1/1932, pp. 1 ss.; H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, cit.

¹³ Similmente S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., per il quale in tali casi non si ha alcuna abrogazione, neppure parziale, del precetto che viene derogato per il caso specifico, ma semmai «si deve ritenere che, in virtù di una norma particolare, anzi eccezionale, il fatto concreto venga sottratto *alla valutazione* del precetto normale» (*ivi*, 151, corsivi dell'A.).

Sulla distinzione tra rottura della Costituzione e revisione sostanziale ossia non testuale cfr. G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale*, cit., 1964, pp. 357 ss.

vrebbe, inoltre, guidare nel distinguere la deroga che è “mera” rottura da quella che, invece, ridonda in un colpo di Stato¹⁴.

Diversamente da altri¹⁵ e analogamente a parte della dottrina tedesca¹⁶, Mortati distingue le rotture dalle sospensioni della Costituzione, sia perché queste ultime non necessariamente si traducono in atti aventi un contenuto singolare sia perché, essendo dirette a definire situazioni temporanee di emergenza e a incidere sull’efficacia e non sulla validità della norma costituzionale cui si riferisce, esse si caratterizzano per la provvisorietà. Un’ulteriore differenza sarebbe data dal fatto che, mentre le deroghe sono effettuate attraverso il procedimento legale di revisione, le sospensioni non soltanto possono essere difficilmente messe in atto per mezzo di leggi costituzionali, ma soprattutto non hanno il vincolo della modifica del testo: la straordinarietà, l’imprevedibilità e la gravità degli eventi ai quali l’ordinamento risponde per via di sospensioni della costituzione sono tali da richiedere mezzi *extra ordinem* in luogo degli ordinari mezzi di revisione.

Peraltro, se la procedura di revisione ha la funzione di provvedere ai mutamenti della Costituzione, le sospensioni non avrebbero tale precipua funzione. Mortati riconosce, nondimeno, che mutamenti della Costituzione possono determinarsi anche per via della temporanea interruzione dell’efficacia delle norme costituzionali, dal momento che, quando «gli aggravamenti di procedura non siano di ostacolo, in determinati casi, all’adozione di misure di difesa adeguate al pericolo

¹⁴ Cfr. C. MORTATI, *Costituzione*, cit., pp. 191 ss.

¹⁵ Fa rientrare, invece, anche la sospensione nella figura della rottura costituzionale C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., pp. 183 ss., il quale del resto critica l’eccessiva e talvolta superflua tendenza della dottrina tedesca a classificazioni dei cambiamenti costituzionali non sempre necessarie, come fa tra gli altri K. LOEWENSTEIN, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*, Tübingen, 1931, *passim*.

Similmente M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, p. 4 s.

Per una disamina del dibattito dottrinale italiano sulla distinzione tra rottura e sospensione della Costituzione si veda, però, S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l’innovazione costituzionale in Italia*, cit., pp. 95 ss.

¹⁶ Cfr. E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1924, pp. 109 ss.

insorto, non dovrebbe sorgere dubbio sulla possibilità di utilizzare a tale scopo l'organo di revisione»¹⁷.

Le sospensioni, infine, si connotano per un'incontenibile forza *ultra vires*, in ragione del fatto che, anche nell'ipotesi in cui vi sia un divieto espresso di sospensione totale o parziale della Costituzione oppure la sospensione sia disciplinata sotto il profilo degli organi competenti a dichiararla, delle misure adottabili e dei connessi controlli, le limitazioni contemplate allo scopo di tenere ferme alcune garanzie proprie dello Stato di diritto e di ridurre lo scarto tra costituzione formale e costituzione reale potrebbero non reggere all'urto delle situazioni di emergenza da affrontare, rivelandosi così niente affatto vincolanti. In tal senso, la sospensione è idonea a trascendere i casi per cui è stata eventualmente prevista e ad abbracciare l'intero ordine costituzionale, poiché trova la fonte e il fondamento della sua giuridicità non già in una legittimazione solo *ex post* e neppure nella necessità intesa come forza originaria¹⁸, ma «nei fini istituzionali (o detto in altri termini nella costituzione materiale)»¹⁹.

Peraltro, se l'osservazione degli ordinamenti statali, non soltanto quelli a costituzione rigida²⁰, disvela come in essi siano all'opera elementi generatori sia di interruzioni temporanee e circoscritte del vigore delle norme costituzionali sia di mutamenti costituzionali più o meno permanenti ed estesi, le fonti di siffatte modifiche – anch'esse tacite in quanto non toccano il testo della Costituzione – non sono soltanto le leggi di revisione, ma anche strumenti diversi da quelli formali altrimenti deputati in via esclusiva a compierle.

¹⁷ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 193.

¹⁸ In evidente ed espresso dissenso sul punto con C. ESPOSITO, *Consuetudine costituzionale* (1962), in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, pp. 302 ss.

¹⁹ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 196.

²⁰ In Italia il dibattito sui mutamenti costituzionali fu, del resto, ricco e vivace anche nel periodo statutario.

Rinviandosi ad altra sede per più approfondite riflessioni in merito, si vedano tra i molti T. ARABIA, *La nuova Italia e la sua Costituzione*, Napoli, 1872, pp. 405 ss.; L. MINGUZZI, *Sulle modificazioni della legge politica fondamentale*, in *Reale Istituto lombardo di scienze e lettere. Rendiconti*, 1900, Serie II, vol. 33, pp. 994 ss.; T. MARCHI, *Lo Statuto albertino ed il suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1926, pt. 1, pp. 187 ss.; L. ROSSI, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, *Filosofia e teoria generale del diritto costituzionale italiano*, Padova, 1940, pp. 27 ss.

La dottrina germanica qualifica come *Verfassungswandlungen* le modifiche tacite apportate con congegni diversi da quelli formali e Mortati fa rientrare in tale tipologia le modifiche della Costituzione che si concretano in leggi ordinarie o comunque in atti di organi costituzionali ovvero quelle che si producono per via consuetudinaria o convenzionale. E poiché a Mortati preme gettare luce precipuamente sul tipo e sul grado di distacco fra testo scritto e realtà costituzionale²¹, è su tali elementi che egli costruisce una bipartizione del fenomeno indagato²². Da un lato, vi sono quei mutamenti che rispettano la lettera ma non lo spirito di una disposizione costituzionale, quelli che si consumano sostituendo il significato fino ad allora attribuito a una disposizione costituzionale indeterminata, nonché quelli che consistono nel cambiare il modo seguito fino a quel momento nel colmare l'assenza di una specifica disposizione costituzionale; dall'altro lato, vi sono tutti quei mutamenti che si risolvono in un contrasto inequivocabile e netto con le formule consacrate in Costituzione²³.

Quanto a questa seconda ipotesi, se l'attività *contra constitutionem* di deroga a precetti costituzionali è posta in essere attraverso leggi ordinarie, regolamenti degli organi costituzionali o decisioni giudiziarie, essa solo impropriamente potrà assurgere alla categoria degli atti giuridici, essendo contraria all'ordine dei poteri costituzionali. Inoltre, affinché la deroga a precetti costituzionali si produca, quell'attività dovrà esplicarsi in più atti ripetuti nel tempo, con il risultato di ricadere piuttosto nella categoria dei fatti e, nella specie, delle consuetudini *contra constitutionem*. Si pone allora il problema di trovare il criterio supremo, alla luce del quale valutare l'obiettiva aderenza ai fini dell'ordinamento dell'attività derogatoria posta in essere e scongiurare

²¹ Per una critica alle posizioni che distinguono il testo costituzionale dalla "realtà di fatto" in favore di quest'ultima si veda M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., pp. 17 ss.

²² Sul punto vengono, peraltro, menzionate le note e diverse classificazioni di J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, trad.it., *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, 1998, pp. 63 ss.; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, trad.it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, pp. 148 ss.; G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, cit., pp. 17 ss.; H. DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, cit., p. 19.

²³ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., pp. 197 ss.

La bipartizione è, peraltro, giocata anche sui richiami alla terminologia tedesca (*Verfassungsumgebung* v. *Verfassungsüberschreitung*) e a quella francese (*faussement de la constitution* v. *fraude à la constitution*), sebbene non del tutto corrispondenti alla distinzione proposta dall'A.

in tal modo «un dualismo rispetto al complesso delle altre attività che si svolgono in senso conforme alla costituzione formale»²⁴.

Per Mortati tale criterio non può che essere costituito dall'individuazione delle forze politiche e, in ultima istanza, degli organi costituzionali che per un verso cooperano all'inserimento nel sistema della consuetudine in genere e per l'altro verso sono autori delle consuetudini aventi a oggetto rapporti di diritto costituzionale. È infatti dai modi in cui tali forze si inseriscono nella Costituzione giuridica dello Stato che si può dedurre

il fondamento degli eventi risultanti dall'esperienza del concreto funzionamento della medesima, e nello stesso tempo *il limite* entro cui le manifestazioni di volontà difformi dalla costituzione formale sono da contenere affinché esse siano imputabili all'ordinamento senza che ne riesca compromessa l'unità alla quale si ha riguardo: un'unità cioè più vasta e coerente di quella che il sistema delle leggi per sé solo è capace di assicurare²⁵.

Nella concezione mortatiana la deduzione dalle forze politiche del fondamento e dei limiti stessi dei mutamenti costituzionali in deroga è resa possibile dal fatto che esse sono intese come forze in grado di offrire effettiva garanzia a tali mutamenti in quanto interpreti delle esigenze di vita e di cambiamento dell'ordine politico statale generale.

In linea di continuità con il rilievo riconosciuto alle forze politiche in tale ambito, l'ammissibilità di mutamenti costituzionali veicolati dalla consuetudine per Mortati non comporta affatto che tale fattore sia il solo idoneo a produrli. Fonti di deroghe alle norme scritte sono altresì le c.d. convenzioni della costituzione, per la cui formazione rilevano i comportamenti tenuti sulla base di accordi o decisioni degli organi costituzionali, quand'anche non ancora consolidati dal decorso di un tempo sufficientemente lungo ed eventualmente riferiti a singole fattispecie. Anche le convenzioni possono contrastare con il testo costituzionale e, analogamente alle consuetudini, esse possono ingannare chi si fermi all'apparenza «del rispetto delle formule costituzionali [piegate] ad un'interpretazione tale da includervi significati diversi da quelli che si vollero attribuire loro»²⁶ e non consideri il mutamento

²⁴ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 201.

²⁵ *Ibidem* (corsivi miei).

²⁶ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 202.

da esse apportato in questo modo allo spirito cui quelle formule sono informate. Sebbene le norme convenzionali tendano sovente a presentarsi sotto la vesta di mera interpretazione del testo, tale camuffamento può servire in realtà a nascondere la sostanziale alterazione di ciò che dicono di interpretare, potendo spingersi fino al punto di trascendere il caso concreto sul quale l'accordo è stato inizialmente raggiunto e di innovare al testo scritto, proprio perché scaturenti dalle forze politiche che sostengono il regime politico.

Da qui la collocazione delle convenzioni della costituzione, insieme alle consuetudini, tra le "fonti istituzionali" e la conclusione che le modifiche tacite da esse veicolate possono essere entro certi limiti ritardate, ma giammai impedito dagli organi di giustizia costituzionale²⁷. Secondo Mortati, il giudice costituzionale si trova, invero, nella posizione di contribuire al processo che culmina in una modifica tacita sia quando fornisce un'interpretazione delle norme costituzionali tale da modificarne il significato sostanziale sia quando prende parte alla formazione di norme consuetudinarie o convenzionali difformi rispetto al testo costituzionale²⁸.

2. L'ipertrofia semantica delle modifiche tacite nel dibattito dottrinale italiano

La scelta di attardarsi sulle ben note riflessioni di Costantino Mortati sulle diverse tipologie di modifiche della Costituzione è dettata da due ordini di ragioni.

Nella disamina mortatiana della variegata categoria delle modifiche tacite è possibile innanzitutto rintracciare gli elementi di fondo attorno ai quali in Italia si è sviluppato – e talvolta arenato – il dibattito dottrinale sui mutamenti costituzionali. Al contempo e non di rado le riflessioni del giurista calabrese hanno costituito il punto di partenza per arrivare ad annoverare tra le modifiche tacite ora patenti violazioni della Costituzione ora naturali svolgimenti di essa ora opinabili tentativi di decostituzionalizzazione ovvero di ipercostituzionalizzazione²⁹.

²⁷ Contrariamente alla nota tesi di F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale*, cit., pp. 125 ss.

²⁸ Così ancora C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 203 s.

²⁹ Questo è un punto di cui si dirà meglio *infra*, § 4.

Per quanto concerne il primo profilo, concernente gli elementi di fondo del dibattito nostrano su tale tematica, è di tutta evidenza che le sempre risorgenti dispute sulle modifiche costituzionali tacite catalizzano e amplificano discussioni dottrinali più ampie sui fatti normativi, sull'attuazione costituzionale, sull'innovazione costituzionale, nonché in definitiva sull'oscillazione del pendolo tra interpretazione c.d. evolutiva e mutamento costituzionale³⁰.

La premessa comune a tali discussioni è il nesso tra modifiche della Costituzione e testo costituzionale, il quale funge sia da cartina di tornasole per la ricognizione delle modifiche apportatevi tacitamente sia da parametro di giudizio delle implicazioni sottese a modifiche così prodotte.

Per un verso, infatti, il testo costituzionale è assunto come termine di raffronto delle modifiche che a vario titolo sono ritenute tacite, al fine di verificare come e quanto abbiano inciso su di esso. Per un altro verso, il testo è il punto di approdo di qualsivoglia valutazione della portata delle modifiche stesse, allo scopo di precisarne i limiti di tollerabilità e l'idoneità a compromettere la tenuta complessiva dell'ordinamento costituzionale.

Inoltre, quantunque le modifiche tacite vengano qualificate in questi termini perché indicano uno scollamento fra il testo della Costituzione, le modalità attraverso cui vi si apportano sostituzioni, integrazioni o innovazioni e il disporre in contrasto con le sue formule e disposizioni³¹, è opinione ricorrente che vi possano essere modifiche

³⁰ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 407 ss.

³¹ In Italia, peraltro, la ricerca di modifiche tacite è giocata spesso sulla distinzione tra leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali, ai sensi dell'art. 138 Cost., distinzione su cui si è poi innestata quella tra leggi costituzionali di revisione in senso formale e leggi costituzionale di revisione in senso materiale (o leggi materiali di revisione): cfr. G. MOTZO, *Disposizioni di revisione*, cit., pp. 324 ss., pp. 331 ss., per il quale nondimeno la modifica o la revisione della Costituzione devono avvenire in ogni caso in forma esplicita e non possono esservi, quindi, revisioni irricognoscibili e, in questo senso, tacite (*ivi*, p. 326, p. 346, p. 349 s.).

Ciononostante, a questo proposito già Carlo Esposito ammoniva che la distinzione tra leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionale non implica affatto che la revisione delle disposizioni e delle formule della Costituzione possa avvenire anche in maniera tacita, ma neppure vuol dire che si possa disporre in contrasto con le disposizioni costituzionali soltanto attraverso le leggi di revisione.

Pur non negando l'opportunità in astratto di una soluzione diversa da quella risultante dal diritto positivo, egli ricorda che là dove è stato espressamente previsto che le

tacite anche “senza testo” ovvero sia modifiche che si impongono non per il tramite di atti normativi, quantunque diversi da quelli deputati alla revisione del testo costituzionale, bensì attraverso fatti, quali possono essere in particolare consuetudini, convenzioni e prassi³².

Questa tesi, che attinge peraltro all’annoso dibattito su regole, regolarità e consuetudini *contra o praeter constitutionem*³³, curiosamente riecheggia, *mutatis mutandis*, le risalenti considerazioni di Vittorio Scialoja, per il quale i rapporti tra cittadini e autorità legislativa e tra questa e le autorità giudiziarie e amministrative «appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali

disposizioni contrastanti con la Costituzione siano inserite nel testo, si è d’altra parte ritenuto che si potesse comunque dare vita a rotture della Costituzione nella forma della legge ordinaria, degli atti aventi forza di legge ovvero delle misure provvisorie.

Secondo Esposito, dunque, *de iure condito* il testo della Costituzione non può essere revisionato in modo tacito, ma ciò non toglie che vi possano essere modifiche tacite consistenti in leggi costituzionali che, in via provvisoria, temporanea e puntuale, contrastano con le disposizioni della Costituzione senza rivederne il testo, perché ne dispongono la sospensione o la deroga: così C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali* (1963), in *Diritto costituzionale vivente*, cit., pp. 357 ss.

Analoghe osservazioni in G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale*, cit., pp. 328 ss. e S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, pp. 12 ss.

Dubitativamente, sul punto, A.A. CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO e P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, cit., p. 28.

³² Cfr. S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., p. 151; A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 24 ss.; ID., *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI e V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, p. 416.

Contra C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, vol. I, *Premesse generali*, Napoli, 1992, pp. 170 ss., che ritiene invece di dover distinguere le modifiche tacite dalle consuetudini costituzionali.

In senso diverso e più lato S. BARTOLE, *Considerazioni*, cit., che con l’espressione “modifica costituzionale tacita” si riferisce ai conflitti «fra la sin qui prevalente interpretazione della Costituzione, di alcune sue disposizioni, e l’interpretazione di questi testi che si è attualmente, per nuovo affermata» (*ivi*, 35). Egli estende, peraltro, le sue riflessioni sulle modifiche tacite non sorrette da un testo anche alle modifiche testuali non espressamente formulate in termini di revisione costituzionale.

³³ Un dibattito che in questa sede non è possibile neppure ripercorrere e sul quale si rinvia, riassuntivamente, a AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2014, Napoli, 2015.

ordinate, che con parola oramai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purché a quest'espressione non si connetta la idea di una *lunga* consuetudine»³⁴. L'accostamento al pensiero di Scialoja non è casuale, perché contribuisce a portare a galla i risultati ultra-realisti ai quali può giungere la dottrina anche da posizioni dogmatiche.

Nondimeno, tempo addietro Giuseppe Ugo Rescigno ha espresso cautele tuttora condivisibili in merito al nesso tra fatti normativi e modifiche tacite. In un noto studio sulle convenzioni costituzionali, in cui anch'egli muove dalle elaborazioni della dottrina germanica sul concetto di *Verfassungswandlung*, Rescigno si interroga sulla possibilità di far rientrare nella categoria delle modificazioni tacite della Costituzione anche l'ipotesi di prassi contrastanti con norme costituzionali ovvero di prassi non previste da norme costituzionali, oltre alle ipotesi in cui una legge costituzionale sospende, integra o modifica il testo costituzionale senza però mutarlo formalmente, alle modifiche operate tramite legge ordinaria e alle interpretazioni evolutive delle formule presenti nel testo costituzionale³⁵.

In virtù di una concezione delle regole convenzionali più vicina a quella britannica delle *conventions of constitution*, egli mette in guardia soprattutto dalla tentazione di compiere la semplicistica associazione tra regole convenzionali e modifiche tacite. Difatti, poiché queste ultime rappresentano una griglia concettuale incentrata sul risultato finale – e, dunque, il mutamento tacito esiste ogniqualvolta si ha una discrepanza tra previsione legale e pratica di fatto – se si guarda solo al risultato a discapito del modo del mutamento, vi è il rischio di smarrire la differenza «tra i casi in cui il risultato del mutamento si realizza attraverso una pratica apertamente contraria ed una invece formalmente conforme a Costituzione»³⁶. È preferibile, quindi, sottrarsi all'ingannevole automatismo in forza del quale alle regole convenzionali si fanno corrispondere altrettante modifiche tacite *contra, secundum* o

³⁴ V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (1898), in *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto privato*, Parte prima, Roma, 1932, p. 47 (corsivo dell'A.): «Indi è che quelle regole [dell'interpretazione] mal si adattano a esser formulate in articoli di legge, ed anche quando si vogliono rivestire della forma di precetti legali, questi praticamente non hanno, come legge, quasi alcun valore, perché la consuetudine, secondo l'esperienza ci insegna, *rivendica tacitamente il suo imperio* su tutta quella questa parte del diritto fondamentale» (*ibidem*, corsivi miei).

³⁵ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, p. 158 s.

³⁶ G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., p. 161.

praeter constitutionem, consistenti nella creazione di nuove regole giuridiche che di fatto si aggiungono o si sostituiscono a quelle contenute nella Costituzione formale.

Sarebbe innanzitutto riduttivo e fuorviante parlare di mutamenti taciti *contra constitutionem* quando vi siano convenzioni costituzionali che sostituiscono in sostanza alla norma scritta una norma nuova. Altrimenti si perde di vista il fatto che in realtà, mentre nel caso della modifica tacita il mutamento dà vita a una nuova norma legale, nel caso della regola convenzionale non si ha una prassi che contraddice a una regola legale ovvero sia un mutamento dal lato legale, bensì «una prassi sostanzialmente diversa dalla previsione legale che si afferma *mediante la regola legale*»³⁷ e che perciò non dà necessariamente vita a una nuova norma legale.

È *a fortiori* fuori luogo fare scaturire modificazioni tacite sia dalle convenzioni che introducono regole ulteriori nello schema della norma costituzionale sia da quelle che regolano fattispecie non previste da norme costituzionali. Altrimenti si dovrebbe ritenere che la Costituzione vieti la formazione di ogni altra regola oltre a quella espressamente contenuta in essa, ma ciò vorrebbe dire andare contro l'evidenza che «[n]essuna costituzione ha mai preteso di esaurire tutto il diritto costituzionale e l'esperienza storica dimostra *ad abundantiam* che una simile pretesa sarebbe priva di efficacia»³⁸.

In relazione all'altro profilo prima menzionato, riguardante i lasciti del pensiero mortatiano e i successivi travisamenti, è agevole constatare come, già a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana³⁹, vi sia stata l'espansione incontrollata del concetto di modifica tacita. Essa è in qualche misura figlia di una scienza costituzionalistica

³⁷ G.U. RESCIGNO, *Ibidem* (corsivi dell'A.).

³⁸ G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., p. 160. L'A. conclude, pertanto, che per modifica tacita della Costituzione è bene intendere soltanto «quelle regole di fatto che contraddicono a regole scritte in costituzione o comunque pongono nuove regole giuridiche di ordine costituzionale» (*ivi*, p. 163).

³⁹ Per l'Italia si pensi innanzitutto alla già richiamata definizione sommaria di F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale*, cit., secondo il quale con l'espressione «modificazioni tacite» può intendersi «il fenomeno in conseguenza del quale l'ordine supremo dello Stato viene ad atteggiarsi, nel corso del tempo, in modo diverso da quello voluto dai precetti della costituzione medesima, che permangono immutati» (*ivi*, p. 83). Tale definizione è ripresa pochi anni dopo da S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959, il quale nondimeno esprime perplessità in ordine al fatto che «[a]lla modificazione tacita nel senso ormai noto si

ormai impegnata più nel racconto della Costituzione⁴⁰ e delle sue indistinte trasformazioni che non nella denuncia della sua inattuazione e delle connesse violazioni.

Solo a titolo di esempio, basti pensare che negli anni si è ragionato di modifiche costituzionali tacite, spesso in senso meramente lato, con riferimento al diritto parlamentare, specie per quelle prodotte attraverso i regolamenti parlamentari⁴¹, nonché in relazione alla procedura di revisione costituzionale⁴², alle trasformazioni della forma di governo⁴³ e ai mutamenti indotti dall'adesione al processo di integrazione europea⁴⁴.

3. Perché la retorica delle modifiche tacite fa male alla Costituzione e al diritto costituzionale: i rischi della posa esistenziale

In conseguenza dell'ipertrofia semantica del concetto di modifica

sono avvicinati quei fenomeni di vere e proprie violazioni della costituzione prodottisi per inadempienza o per pretestuosa attuazione del precetto costituzionale» (*ivi*, p. 3).

⁴⁰ Per una critica a tale atteggiamento si veda G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 164 ss.

⁴¹ A partire innanzitutto dallo studio di S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione*, cit., pp. 77 ss., ma da ultimo si vedano ad esempio C. DE CESARE, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rassegna parlamentare*, fasc. 1/2010, pp. 121 ss.; M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Corte costituzionale: nota a Corte cost., n. 60 del 26 marzo 2020*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2/2020, pp. 722 ss.; EAD., *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, pp. 540 ss.

⁴² Cfr. M. CARDUCCI, *La revisione costituzionale parziale come "modificazione tacita" della Costituzione*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Napoli, 1999, pp. 343 ss.; G. FONTANA, *L'art. 138 Cost. tra modifiche tacite e deroghe una tantum*, in *Rassegna parlamentare*, fasc. 3/2017, pp. 558 ss.; M.P. IADICICCO, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Napoli, 2023, pp. 52 ss.

⁴³ Cfr. *ex multis* M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2010, *passim*; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021, *passim*.

⁴⁴ Tra i molti si vedano A. RUGGERI, *Revisioni formali, modifiche tacite della costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Diritto e società*, 2005, pp. 499 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20/2018, 5 ss.

tacita e della progressiva mancanza di problematizzazione della nozione, le pur elaborate ricostruzioni della dottrina in merito all'incidenza dei fatti sulla Costituzione hanno lasciato lentamente il posto a un arrendevole disincanto di fronte al variegato universo delle modifiche tacite, sovente accompagnato da un'impropria sovrapposizione con la connaturale e permanente elasticità o duttilità degli enunciati costituzionali, incluse quelli delle costituzioni rigide⁴⁵. A questo proposito, si è anzi assistito a un lento e inesorabile slittamento di senso del concetto di elasticità della Costituzione verso la nebulosa delle modifiche tacite, con non trascurabili effetti negativi sia sulla prescrittività del testo, nei fatti sacrificata sull'altare di un'elasticità ambigualmente intesa come adesione del diritto positivo «alla effettiva coscienza giuridica del popolo»⁴⁶, sia sulla «riserva di legittimazione»⁴⁷, che la Costituzione mostra di saper opporre ai tentativi di profonda trasfigurazione di cui è oggetto.

A parere di chi scrive, infatti, l'elasticità degli enunciati associata alle modifiche tacite non è quell'aspetto permanente, attraverso cui la Costituzione cerca di «guadagnare la realtà e il tempo per non essere travolta»⁴⁸, ma è semmai quel genere di elasticità caratterizzata

da indeterminatezza contenutistica disponibile ad “opposti” svolgimenti e alle pratiche più eterogenee che svela un mondo percepito come irrazionale, preda dell'emotività politica, che non tollera vincoli precostituiti, soggetto a mutamenti incontrollabili ai quali si deve a ogni costo impedire l'esercizio della “potestà costituente”, *facendo della costituzione un mezzo privo di spirito proprio e adeguato allo scopo*⁴⁹.

⁴⁵ Come fa ad esempio A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Brevi note su l'interpretazione e l'adeguamento delle costituzioni*, in *Archivio di diritto costituzionale*, n. 1/1990, pp. 27 ss.

⁴⁶ G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, p. 56, il quale peraltro, distorcendo il senso delle note riflessioni di L. ROSSI, *La “elasticità” dello Statuto italiano*, cit., associa il concetto di elasticità a quello di norme costituzionali meramente programmatiche (*ivi*, p. 48).

⁴⁷ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010, p. 594.

⁴⁸ R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, p. 109, che associa tale concezione dell'elasticità all'impostazione di Franco Pierandrei, ritenendola però vicina, più che al processo integrativo di Rudolf Smend, al «tentativo di Heller di sintetizzare nella costituzione il momento della stabilità e quello del cambiamento» (*ivi*, p. 111 nt. 36).

⁴⁹ R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 43, nt. 102 (corsivi miei).

In conseguenza della dilatazione semantica del concetto, per la dottrina costituzionalistica è pertanto sempre più forte un duplice rischio: *i.* perdere del tutto di vista la differenza tra violazioni della Costituzione, operate con o senza lo schermo delle “altre leggi costituzionali” di cui all’art. 138 Cost., e interpretazioni diacroniche della Costituzione⁵⁰, che siano tali da non trasmodare nel creazionismo ermeneutico; *ii.* diluire il concetto di modifica tacita in quello ancora più sfuggente di mutamento costituzionale⁵¹.

Per scongiurare tale rischio e non obliterare l’idea che sulle garanzie del testo possano far premio atti o fatti a esso contrari potrebbe, peraltro, riconsiderarsi l’opinione secondo cui in regime di costituzione rigida è preferibile utilizzare l’espressione “modifica tacita *alla* Costituzione” in luogo di quella poi invalsa di “modifica tacita *della* Costituzione”⁵².

Allo stesso tempo, chi scrive ritiene che sia anche tempo di accantonare il connubio tra modifiche costituzionali tacite e costituzione materiale, che pure continua ad avere molta fortuna, poiché in virtù di tale connubio il diritto costituzionale pare avere ormai assunto una posa esistenziale⁵³.

È stato, invero, Mortati a mettere in luce il pericolo che dottrine come quelle di Carlo Esposito, le quali riconoscono validità alle consuetudini costituzionali a prescindere dalle norme sulla produzione⁵⁴,

⁵⁰ L’espressione “interpretazione diacronica” è qui preferita a quella più comune di “interpretazione evolutiva”.

⁵¹ Sul punto si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, pp. 605 ss.

⁵² Così S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione*, cit., p. 6.

⁵³ Sull’abuso della “dottrina della costituzione materiale” per inquadrare il fenomeno in oggetto e, più, in generale quello delle trasformazioni costituzionali S. BARTOLE, *Considerazioni*, cit., p. 36, il quale imputa a tale dottrina «vizi evidenti di olismo» (*ibidem*).

Sul rapporto tra costituzione materiale, riforme e adeguamenti costituzionali cfr. G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, pp. 933 ss.

⁵⁴ Cfr. C. ESPOSITO, *Consuetudine costituzionale*, cit., pp. 316 ss., secondo il quale «la forza degli atti e dei comportamenti normativi non è derivata o estrinseca, ma interiore, e le disposizioni sulle fonti non danno forza agli atti o ai comportamenti normativi, ma solo ne disciplinano la forza, la regolano ed eventualmente la eliminano» (*ivi*, p. 318).

possano scivolare verso una raffigurazione meramente esistenziale del fenomeno giuridico. Nella sua opinione, la caratterizzazione esistenziale del diritto deriverebbe dal fatto che tali dottrine sono portate ad assegnare valore creativo di diritto a qualsivoglia atto difforme dalle norme sulla produzione, anche indipendentemente dalla formazione di consuetudini, dal momento che la validità delle norme sulla produzione è condizionata alla loro capacità di essere concretamente osservate⁵⁵.

Ma la raffigurazione esistenziale del fenomeno giuridico, che Mortati imputa a Esposito, è a ben vedere insita anche in quelle teorie che, sulla scorta della tassonomia mortatiana, si espongono al pericolo di ammantare del velo delle modifiche tacite nient'altro che una strisciante acquiescenza verso ciò che ha la forza di prevalere sulle prescrizioni costituzionali e che, senza necessariamente ricadere in un mutamento di regime, nella soluzione di continuità tra ordinamenti o in un *constitutional moment*⁵⁶, risponde all'idea di una Costituzione così aperta da renderne possibili svolgimenti in qualsivoglia direzione⁵⁷.

Esistenziali sono, dunque, i resoconti dottrinali di un diritto costituzionale che, attraverso il *passé-partout* della duttilità, viene piegato al mero imporsi dell'esistente e dei fatti⁵⁸, poiché tali resoconti si mo-

⁵⁵ In questo senso C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 200, il quale d'altro canto precisava che deve comunque presupporre un supremo criterio sulla cui base qualificare gli atti di produzione del diritto, sebbene non necessariamente sotto l'aspetto della loro corrispondenza a requisiti formali, ma piuttosto sotto quello della loro aderenza obiettiva ai fini dell'ordinamento.

⁵⁶ Ci si riferisce evocativamente ai *constitutional moments* e all'idea di *unconventional adaptation* di B. ACKERMAN, *We the People*, vol. II, *Transformations*, Cambridge, 1998, secondo cui «Americans owe their remarkable constitutional continuity to their repeated success in negotiating these unconventional adaptations during their gravest crises as a People» (*ivi*, p. 9).

⁵⁷ Secondo un'idea di "Costituzione aperta" criticata, peraltro, da Mortati per la connessa perdita della funzione stabilizzatrice delle costituzioni stesse: cfr. C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 2/1973, p. 529.

⁵⁸ Per alcune osservazioni critiche sui profili svalutativi sottesi, tra l'altro, alla teoria della duttilità della Costituzione, intesa come «il supporto di un modo di intendere il diritto costituzionale come una semplice registrazione-legittimazione dell'esistente» si veda M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, pp. 91 ss.

L'A. sul punto critica in particolare G. TREVES, *Duttilità della Costituzione*, in AA.Vv., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, pp. 623 ss., pp. 639 ss., le cui nozioni di duttilità e pieghevolezza della Costituzione sembrano invero essere altrettanti *passé-partout* di infinite e indefinite modifi-

strano paghi di un'esistenzialità alla quale la Costituzione stessa viene curvata, *nonostante* la testualità dei contenuti costituzionali e *nonostante* ciò che essa esprime tramite tale testualità. In questo senso, il diritto costituzionale che si ricava da una lettura della Costituzione alla luce delle modifiche tacite (anziché viceversa), lungi dall'essere parte viva di un'esperienza giuridica che ha contenuti propri, ossia non ricavati da un'ineffabile realtà esterna, trascende in un diritto che in ultima analisi è dimentico dei principi della convivenza cui la Costituzione presiede, incapace di far valere il punto di vista proprio del diritto⁵⁹ e, in fondo, incapace di comunicare sé stesso prima che di dialogare con la supposta realtà esterna.

Peraltro, allorquando la presa d'atto di modifiche tacite ormai avvenute poggia, anche nelle riflessioni della dottrina, sull'amorfa esaltazione degli effetti condizionanti dei fatti sulle disposizioni costituzionali e ciò è fatto passare sotto le mentite spoglie del rilievo dei fatti normativi, si perviene a uno strano paradosso, che ad altri fini è stato evidenziato da un risalente studio di Serio Galeotti sulla garanzia costituzionale. Si finisce cioè per ritenere che

le norme (*formali*) possano rimanere intatte e immutate, nonostante che la struttura sottostante, cioè il fatto che veniva assunto dalla norma come propria fattispecie, sia radicalmente mutato e, ormai, in stabile e perfino irrimediabile opposizione con la medesima. Come si vede, una tale posizione *finisce praticamente con l'affermare l'insensibilità ed indifferenza del piano normativo rispetto al piano della realtà esistenziale*; i due mondi, quello del fatto e quello della norma appaiono allora incomunicabili, onde, *posto che quel che importa è il mondo della vita reale, discenderebbe di trascurare la considerazione del mondo delle norme*, abbandonando come improduttivo l'esame delle garanzie che si applicano essenzialmente alle norme medesime⁶⁰.

che tacite: «La Costituzione effettiva di oggi non è più del tutto quella scritta allora. Ufficialmente oggetto di revisione solo in qualche dettaglio secondario, anche per l'estrema difficoltà in cui questa può avvenire attualmente, senza l'intervento popolare, la Costituzione è stata ben maggiormente trasformata dalla realtà della sua applicazione politica e giudiziaria» (*ivi*, p. 623).

⁵⁹ Questo è un punto su cui insiste, seppure non con riferimento alle modifiche tacite, S. NICCOLAI, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, Napoli, 2022, *passim*.

⁶⁰ S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetto)*, Milano, 1950, p. 64 (corsivi miei).

Il diritto costituzionale esistenziale delle modifiche tacite ha, in questo modo, l'effetto di presentare come modifiche tacite vicende che possono in realtà condurre a un insanabile contrasto con la Costituzione⁶¹ e che, tuttavia, spesso sono fatalmente assunte a motivo di revisioni costituzionali conseguenti, ossia atte a modificare il testo costituzionale per incorporarvi, positivizzandoli, i mutamenti tacitamente determinatisi⁶².

4. Un'ipotesi: i caveat sulle modifiche tacite, le lacune costituzionali e l'implicito assunto della costituzione totale

Le ricorrenti segnalazioni di modifiche costituzionali tacite latamente intese, gli avvertimenti circa i mutamenti sostanziali ovvero le trasformazioni della Costituzione che esse producono, nonché i tentativi di tracciare una linea di demarcazione tra modifiche tacite e interpretazione costituzionale sottendono talvolta inquietudini e tormenti in merito alla *vexata quaestio* delle lacune normative e, nello specifico, di quelle costituzionali, della loro effettiva sussistenza e dei modi per ovviarvi. Al contempo, le riflessioni sulle lacune costituzionali e sulle tecniche interpretative per colmarle spesso nascondono una concezione del testo costituzionale inteso come Costituzione totale, nonché la tendenza all'ipercostituzionalizzazione delle questioni politiche così come dell'intero ordinamento giuridico.

In tal senso, in virtù di una visione del diritto costituzionale oltremodo pervasiva, il testo costituzionale assume le fattezze della Co-

Galeotti, d'altronde, identifica i mutamenti taciti della Costituzione come un fenomeno di decostituzionalizzazione, nel senso che, nel caso di stabile e permanente difformità del fatto ipotizzato dalla norma rispetto alla norma stessa, non può più ritenersi che la norma resti immutata, venendosi in tal caso a formarsi una consuetudine derogativa o abrogativa della norma stessa: *ivi*, p. 66, nt. 40.

⁶¹ Come evidenzia, ad esempio, condivisibilmente A. ALGOSTINO, *Premierato... purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolitizzata*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, p. 122.

Sul rischio di confondere le interpretazioni e le applicazioni dei testi costituzionali con modifiche tacite ovvero con violazioni della Costituzione formale si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 463.

⁶² Come, ad esempio, prospettato da I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2022, parte I, pp. 88 ss., p. 110.

stituzione totale nel momento in cui viene intesa e adoperata come una guida onnicomprensiva, che impone vincoli sostanziali per la soluzione di qualsivoglia questione politica e condiziona il merito di ogni decisione politica. La costituzione totale è, perciò, atta a fornire le risorse, i metri di giudizio e i fini per costituzionalizzare tutti i conflitti politici, sociali e giuridici, in nome innanzitutto della salvaguardia dei diritti costituzionali⁶³.

Il nesso tra modifiche tacite, lacune e costituzione totale si ricava, ad esempio, dal raffronto delle riflessioni di Vittorio Angiolini e di Antonio Ruggeri, che muovendo da posizioni molto diverse approdano a conclusioni diametralmente opposte su questi temi.

È Vittorio Angiolini a mettere in guardia dalle insidie di un diritto costituzionale che sconfinava nella Costituzione totale, fino al punto di avvolgere nelle sue spire qualsivoglia contrapposizione sociale. È questa una Costituzione che si insinua in ogni meandro della società mediante l'impiego della "tecnica pluralista" degli individui e dei gruppi sociali, ossia di un pluralismo che diviene contenuto positivo della Costituzione. Ed è totale anche perché, avendo la pretesa di intromettersi in tutti i rapporti sociali e di dominare ogni conflitto sociale, finisce per neutralizzarli e metterli a tacere, «non lasciando alcunché di impregiudicato nella società e assorbendo in sé la stessa "pluralità" degli "ordinamenti giuridici" secondo il concetto romaniano; alla "tecnica monista" dello statalismo potrebbe succedere – sotto le mentite spoglie di un "pluralismo tecnico" assediato dai "diritti dell'uomo – la "tecnica monista della costituzione"»⁶⁴.

All'azione di una siffatta Costituzione diviene, pertanto, impossibile apporre un confine, con il rischio che, per il tramite del diritto di cui la Costituzione stessa è costitutiva, la società si ritrovi a esserne totalmente pervasa e che i rapporti di scambio tra il sistema costituzionale e il diritto in genere diventino di reciproco scambio. Così, in un circolo vizioso ed esiziale per la Costituzione, se tra l'uno e l'altro non vi è alcuna separazione bensì un'osmosi, «è tanto vero che elementi

⁶³ Per una definizione di Costituzione totale analoga a quella qui tratteggiata, ma il cui impiego viene criticato per la portata polemica associata al vocabolario di Carl Schmitt si veda M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, n. 4/2006, pp. 343 ss.

⁶⁴ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, p. 12 s.

del diritto costituzionale possono farsi largo nella sistematica giuridica quanto che elementi consolidati ed acquisiti previamente al diritto amministrativo, civile o penale possono farsi largo e pesare nella sistemazione della costituzione»⁶⁵.

Nell'opinione di Angiolini, invero, le "teorie generali" del diritto che non pongono un chiaro *discrimen* tra ciò che è diritto e ciò che è diritto costituzionale (siano esse teorie del normativismo, dell'istituzionismo o del diritto effettivo) e ripudiano l'equiparazione tra testo della Carta del 1948 e testo della Costituzione, ritengono che quest'ultima debba essere rintracciata anche *al di fuori* della Carta e quindi all'occorrenza anche *contro* o indipendentemente dal suo disposto⁶⁶.

Per questo tipo di teorie il problema delle modifiche tacite operate attraverso l'interpretazione, l'applicazione o l'attuazione del testo costituzionale del 1948 assume, dunque, contorni alquanto labili, perché indefinita e senza argini è innanzitutto la nozione di Costituzione di cui discorrono. Così, ad esempio, se per Franco Modugno Costituzione «è norma o principio *costitutivo*, in quanto ordinatore, delle parti del tutto ed è, al tempo stesso, l'ordinamento in quanto originariamente *costituito*, cioè ordinato»⁶⁷, secondo Angiolini diventa chiaro che, nel passaggio dal "costitutivo" al "costituito", «la costituzione può davvero risucchiare in sé "le parti del tutto", attrarre a sé tutto l'ordinamento giuridico e tutta la società»⁶⁸.

Ancora, nell'opinione di Angiolini se, tra gli altri e con diversità di accenti, Gustavo Zagrebelsky con l'interpretazione per principi⁶⁹ e Roberto Bin con l'idea del soccorso da parte del testo costituzionale solo nei casi più impervi⁷⁰, sembrano muovere dalla premessa che

⁶⁵ V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 307.

⁶⁶ Cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., pp. 22 ss., p. 32 s.

⁶⁷ F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1989, p. 57, corsivi dell'A. Ma si ricordi già la concezione di costituzione e quella di legislazione ordinaria funzionalizzata all'attuazione costituzionale elaborate in F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. I, Milano, 1970, *passim*: «In tal senso, nonostante l'apparente paradosso, può dirsi che sia piuttosto la legislazione ordinaria *ut sic*, che non la legislazione costituzionale, a costituire prosecuzione della volontà costituente» (*ivi*, p. 160).

⁶⁸ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., p. 25.

⁶⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge Diritti Giustizia*, Torino, 1992, pp. 146 ss., pp. 149 ss.

⁷⁰ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 163 ss.

l'interpretazione e l'applicazione della Costituzione debbano essere totali, sì da riportare nel suo alveo ogni controversia sociale e giuridica, secondo Angiolini in questo modo il testo della Carta del 1948 si fa debole e infinitamente malleabile, perché esso viene impiegato dai suoi interpreti – Corte costituzionale e giudici in particolare – come porta di ingresso per far confluire nella Costituzione latamente intesa rapporti sociali che potrebbero altrimenti rientrare nell'area del costituzionalmente libero⁷¹.

Per tutta conseguenza, una volta sospinto il significato di ciò che è Costituzione fino al punto di polverizzare la Carta costituzionale, se le modifiche tacite si moltiplicano senza sosta attraverso la rinnovazione dei significati del testo per via interpretativa, applicativa o attuativa, esse divengono la riprova che «quel testo, in sé, non ha alcun significato e che, perciò, è superfluo l'interpretarlo»⁷².

Assumendo invece come strumento euristico quello dei cicli costituzionali, Angolini reputa che solo nella fase iniziale, in linea con l'idea della totalità del costituente, per le costituzioni possa presentarsi la necessità di agire come costituzioni totali, che riassumono la totalità del diritto e sono atte a dirimere qualsivoglia controversia sociale. Tuttavia, superata tale fase, la cui durata è variabile, se le costituzioni non vogliono perire proprio a causa di quella totalità né dissolversi nelle determinazioni politiche-discrezionali del legislatore e della Corte costituzionale co-legislatore, è bene che esse si avviino verso una fase più matura, che le riporti entro i confini del testo di per sé costituito e limitante della Carta costituzionale, secondo i significati non infiniti che esso può esprimere e nel rispetto della libertà del non preveduto⁷³.

L'argine alla polverizzazione della Costituzione e alle modifiche tacite della Carta costituzionale del 1948 è, dunque, intravisto da Angiolini nella garanzia della libertà del non preveduto “libero” dalla Costituzione, che è un chiaro e dichiarato riferimento alle tesi di Donato Donati sulle regole condizionate, sulle lacune e sul principio di completezza dell'ordinamento giuridico⁷⁴. In un'ottica di diritto costituzionale in sé costituito, che non espande la sua signoria sui fatti presupposti dalla Costituzione, ciò che è costituzionalmente non pre-

⁷¹ Così V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 207 s.

⁷² V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 56.

⁷³ Cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 49 s., p. 173 s., p. 232 s.

⁷⁴ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 221 ss.

veduto non solo ha pregio per il diritto, per la società e per la politica in quanto “libero”, ma la sua garanzia fa sì che l’inattuazione costituzionale non sottintenda né l’elusione e il ripudio della Costituzione da parte della società e dell’ordine giuridico da essa costituito⁷⁵ né, per quel di cui qui si sta discorrendo, la sua tacita modifica.

Di tutt’altro tenore sono, invece, le riflessioni di Antonio Ruggeri, dalle cui osservazioni sulle modifiche tacite e sulle lacune costituzionali si ricava una concezione della Costituzione che prelude a quel diritto costituzionale pervasivo tanto temuto, non a torto, da Angiolini.

Ruggeri ritiene, invero, che la Carta fondamentale italiana sia il portato di un potere costituente il cui esercizio ha dato vita a una Costituzione “parziale” e non “totale”. Cionondimeno, dal significato assegnato alle due espressioni e dalle osservazioni sul “non normato” costituzionale (sia esso un’indebita lacuna o un possibile vuoto⁷⁶) si ricava pianamente che la Costituzione parziale à la Ruggeri è, in realtà, molto vicina alla Costituzione totale stigmatizzata da Angiolini. Se, difatti, la Costituzione totale è quella che si predispone a dire tutto su tutto e a dirlo in modo ineccepibile⁷⁷, per Ruggeri la Costituzione italiana è sì parziale perché si apre all’alto e all’altro – ossia, massimamente, alla Comunità internazionale e all’Unione europea – ma proprio tale apertura sottintende una dilatazione della materia costituzionale oltre il testo della Carta del 1948 ovvero a costante integrazione di questa.

Attraverso l’osmotico recepimento di materiali presi da fuori (le organizzazioni internazionali o il corpo sociale) e assorbiti in vario modo dal testo costituzionale, l’apertura della Carta fondamentale verso l’esterno e la costante tensione verso il riconoscimento dei c.d. nuovi diritti sono per vero preordinati sia allo scopo di una «incessante rigenerazione semantica e sia pure a quello del proprio aggiornamento e dell’integrazione, in vista dell’ottimale appagamento della coppia assiologica fondamentale composta da libertà ed eguaglianza, nonché degli altri valori fondamentali coi quali essa fa “sistema”»⁷⁸ e che ne costituiscono la nervatura identitaria.

⁷⁵ Cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 156, p. 182 s., p. 267 s.

⁷⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, pp. 39 ss.

⁷⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell’anno 2012*, Torino, 2013, pp. 165 ss., pp. 178 ss.

⁷⁸ A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 22.

Ma l'effetto neppure tanto implicito di siffatta concezione è una Costituzione fortemente propensa a farsi totale attraverso un'espansione della materia costituzionale, che può aversi innanzitutto per il tramite, solo all'apparenza più lineare⁷⁹, dell'art. 138 Cost. Leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali sono, infatti, concepite come strumenti per correggere ciò che nella Carta è scritto, per includervi ciò che non vi è scritto ovvero per registrare consuetudini culturali a essa sopravvenute e, cionondimeno, ormai radicate «in ordine a ciò che è di rango materialmente costituzionale e che dunque richiede di essere trapiantato nello stesso corpo costituzionale originario»⁸⁰.

Ma accanto all'espansione della materia costituzionale vi è anche la tendenza all'incessante trasformazione di ciò che è già costituzionalmente normato. Tale trasformazione si determina soprattutto per mezzo di modifiche tacite della Costituzione, poste in essere sia dagli organi di indirizzo politico attraverso le regolarità della politica e atti di rango non sempre costituzionale, sia dai giudici e dalla Corte costituzionale attraverso le regolarità giurisprudenziali, aventi sovente la forma di un'interpretazione *abrogans* del dettato costituzionale⁸¹.

Con il risultato di una costituzionalizzazione di fatto, che può avere effetti di riconformazione della materia costituzionale ancora maggiori rispetto alle innovazioni apportate attraverso la revisione costituzionale. Per Ruggeri occorre, pertanto, distinguere tra lacune di grado o forma costituzionale e lacune di ordinamento costituzionale, le quali si hanno solo quando la materia costituzionale rimanga del tutto priva di qualsivoglia regolazione giuridica⁸². Ciò vuol dire che, qualora si riscontri una lacuna del primo tipo, non è affatto detto che vi sia anche una lacuna del secondo tipo, potendo esservi comunque una normazione materialmente costituzionale da parte di atti diversi dalle leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138 Cost.

A una concezione molto articolata delle lacune costituzionali fa, peraltro, da contraltare un'accezione molto ampia di modifica tacita, che secondo Ruggeri abbraccia tutte le innovazioni a quanto è enun-

⁷⁹ L'apparente linearità deriva dal fatto che è molto difficile, «se non – al limite – impossibile, determinare esattamente l'ambito della “materia costituzionale”»: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II.1, *Le fonti normative*, Padova, 1983, p. 85.

⁸⁰ A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., p. 22.

⁸¹ Così A. RUGGERI, *Il “non normato” costituzionale*, cit., p. 41.

⁸² Cfr. A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., p. 25.

ciato nella Carta, siano esse deroghe ovvero integrazioni/dilatazioni della materia costituzionale. Quanto alle modalità, inoltre, le modifiche tacite si determinano sia per il tramite di atti non abilitati a tale innovazione, quali ad esempio leggi ordinarie, regolamenti parlamentari ovvero, nel caso dei principi fondamentali, le stesse leggi costituzionali, sia per mezzo di fatti, «di regole consuetudinarie ovvero di regolarità della politica, tutte comunque espressive di interpretazioni *contra* ovvero *praeter constitutionem* radicatesi nell'esperienza»⁸³.

Nondimeno, sottolineata la grande duttilità degli enunciati costituzionali, tanto che sul piano teorico e su quello pratico è difficile distinguere tra ciò che rientra nel potenziale semantico degli enunciati e ciò che ne costituisce invece il superamento o la manipolazione per via di ardite interpretazioni, Ruggeri riconosce che la ricomposizione tra regole e regolarità consiste talvolta nella conformazione delle prime alle seconde, nel tentativo un po' ingenuo di razionalizzare le modifiche tacite mediante la loro positivizzazione. Egli al contempo evidenzia che il riferimento ai principi fondamentali può risultare un argine poco fermo a tale processo, specie quando si tratta «di quell'autentico "metaprinzipio" che è dato dalla ricerca della massimizzazione della tutela di tutti i beni della vita in gioco, vale a dire dell'affermazione della Costituzione come "sistema"»⁸⁴.

Dall'altro lato, però, una volta spostata la prospettiva dalla scrittura e dalla lettera degli enunciati costituzionali a ciò che Ruggeri qualifica come esperienza delle consuetudini culturali di riconoscimento dei principi fondamentali dell'ordinamento, egli dà l'idea di ritenere che, quando si faccia questione di diritti fondamentali, la salvaguardia e l'allargamento di questi possano avvenire anche a costi molto alti per la Costituzione. Il costo è, invero, molto alto quando, preso atto dell'incidenza quasi novativa dei rapporti interordinamentali sulla garanzia dei diritti e conseguentemente sul piano dell'organizzazione costituzionale, si arriva a osservare che, nonostante un uso dell'interpretazione ridondante in vere e proprie manipolazioni degli enunciati positivi, «un'adeguata salvaguardia dei diritti poggia (e deve poggiare) su una rete di stampo "parafederale" (o federale *tout court*) delle sedi in cui si

⁸³ A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, p. 2.

⁸⁴ A. RUGGERI, *Le modifiche tacite*, cit., p. 9 s.

somministra giustizia, costituzionale (nell'accezione materiale dietro indicata) e comune»⁸⁵.

I raffronti tra posizioni dottrinali sulle modifiche tacite potrebbero continuare per dimostrare quanto l'ampiezza del concetto e i criteri per individuarle risentano della concezione di Costituzione da cui si muove. Tuttavia, ai fini delle circoscritte considerazioni fin qui svolte, interessa nel complesso rilevare che è importante prendere in considerazione non soltanto un generico biasimo verso tali modifiche, bensì le prestazioni di compiutezza, esaustività e porosità che da alcuni si richiedono al testo costituzionale. Difatti, quanto più tali prestazioni sono impegnative tanto più sarà facile rinvenire nel testo costituzionale mancanze, vuoti o inadeguatezze, per poi specularmente rinvenire la soluzione a esse nella fantomatica categoria delle modifiche tacite.

La critica qui espressa all'idea di costituzione totale, che si annida dietro taluni inventari delle modifiche tacite, non vuole essere a ogni buon conto un'accettazione di quelle concezioni della Costituzione che, all'opposto, mirano ad ampliare a dismisura l'area del non costituito per consegnarlo alla politica. Non è affatto, in altre parole, un appello alla ritirata del diritto costituzionale né un'esaltazione dell'acostituzionale e degli spazi sottratti in modo manicheo alla Costituzione per consentire il libero gioco della politica. Poiché, infatti, «al puro e semplice ritrarsi del diritto [...] può seguire il riespandersi di tutte le altre forme di violenza»⁸⁶, tali idee preludono non già a più ampi spazi di libertà, ma semmai all'espansione indiscriminata di aree lasciate alla nuda forza proprio perché affrancate dalla Costituzione.

Di converso, quella critica è dettata dall'idea, molto diversa, che il valore e la forza normativa della Costituzione non trovino alcuna reale difesa in una posa totalizzante e nell'annacquamento del testo costituzionale in un'indistinta, slabbrata e perciò facilmente manipolabile materia costituzionale, ancor più se tale risultato è raggiunto attraverso la falsificazione di ciò che impropriamente si qualifica come duttilità costituzionale.

⁸⁵ A. RUGGERI, *Le modifiche tacite*, cit., p. 24.

⁸⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 20.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il saggio costituisce un'ipotesi di studio preliminare sui mutamenti costituzionali.

L'Autrice si propone, in particolare, di indagare se l'espansione incontrollata del concetto di modifica tacita della Costituzione, spesso utilizzato nella forma della mera denuncia retorica, abbia l'intento ovvero l'effetto indesiderato di indebolire il testo costituzionale, anche attraverso una concezione totale della Costituzione e la falsificazione di ciò che impropriamente si qualifica come elasticità costituzionale.

EN

The essay is a hypothesis of preliminary study on constitutional changes.

The Author aims to investigate whether the uncontrolled expansion of the notion of implicit constitutional change, often used in the form of a mere rhetorical complaint, has the intention or the undesirable effect of weakening the constitutional text, also through the idea of the total Constitution and the falsification of what is improperly qualified as constitutional elasticity.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)