



Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 23/03/2019

AUTORE: Sergio Bartole*

CONSIDERAZIONI IN TEMA DI MODIFICAZIONI COSTITUZIONALI E COSTITUZIONE VIVENTE

Sommario: 1. Premesse terminologiche. – 2. Le modifiche tacite non sorrette da un testo. – 3. Applicazione ed attuazione della Costituzione. – 4. Dalla costituzione materiale alla Costituzione vivente. – 5. Modificazioni costituzionali e certezza del diritto.

1. Premesse terminologiche.

Il tema delle trasformazioni e dei mutamenti costituzionali è già stato affrontato da chi scrive in un volume pubblicato nel 2004¹. Sull'argomento conviene ritornare per approfondirne i profili teorici, giacché esso coinvolge più aspetti della problematica giuridica, e del diritto costituzionale in particolare.

Anzitutto ai fini della delimitazione del campo della ricerca conviene chiarire che fra diritto costituzionale e costituzione non vi è, necessariamente, coestensione. Il primo certamente travalica gli ambiti della seconda, per quanto non convenga dimenticare che è propria delle Costituzioni la vocazione a durare nel tempo, mentre molti riconoscono ad esse una più che giustificata pretesa di dare pieno ed esaustivo ordine alla vita di una determinata comunità. In secondo luogo, bisogna intenderci sulla distinzione fra mutamento, trasformazione e modificazione costituzionale: si tratta di distinzione che finisce per porre il problema della identità costituzionale di uno Stato, problema che è oggi di speciale attualità in relazione alla rilevanza che il concetto di identità costituzionale ha assunto sul piano dei rapporti fra Unione Europea ed i Paesi membri di questa (art. 4.2 TUE). E' anche su questi terreni che si giuoca il confronto fra testo della Costituzione e diritto costituzionale.

Mutamento costituzionale si rivela essere, alla prova dell'utilizzo ordinario del linguaggio costituzionale, un'espressione dai contenuti molto ampi, se non indeterminati, tale da includere modificazioni e trasformazioni costituzionali. Andando oltre le scelte fatte nel citato volume, mi parrebbe opportuno parlare di trasformazioni costituzionali con riguardo a tutti quei processi ed eventi che mettono in giuoco la stessa identità costituzionale di uno Stato, cioè i principi

* Professore Emerito Di Diritto Costituzionale nell'università Di Trieste.

¹ BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il mulino, 2004

qualificanti del suo ordinamento, e meritano una trattazione a parte, così riservando la qualificazione di modificazioni a quei mutamenti che sono meno traumatici ed appaiono più circoscritti. Nell'affrontare questo ordine di questioni potrebbe tornare di attualità il tema di quella che possiamo definire la legittimità delle revisioni costituzionali alla luce delle previsioni della stessa costituzione interessata, che possono vietarle o meno, escluderle per qualche oggetto, sottoporle a diverso statuto in ragione della materia. Già Jellinek aveva, però, tenuti distinti i due ordini di vicende². Successivamente Mortati ha distinto fra modifiche espresse o tacite, includendo fra queste ultime quelle che sono espresse ma non esplicitamente dichiarate quali interventi di revisione costituzionale, e però ha inserito nella trattazione della materia rotture, sospensioni e modifiche tacite non coperte da un testo³. Ed è proprio con particolare riguardo a queste ultime, che interessano specialmente la presente ricerca, che vanno individuati i possibili veicoli del mutamento: convenzioni, consuetudini, giurisprudenza costituzionale o dei giudici ordinari. Da ultimo conviene rammentare che possono insorgere interrogativi sulle modalità di conoscenza dei fatti di mutamento, quando manchino al riguardo statuizioni scritte, dichiarazioni esplicite, anche se è pur vero che problemi siffatti possono aversi anche di fronte alla traduzione in pratica di testi scritti.

2. Le modifiche tacite non sorrette da un testo.

Per chiarezza dell'esposizione pare opportuno concentrare l'attenzione di questa ricerca sulle modifiche tacite in mancanza di un testo esplicitamente modificativo della Costituzione vigente. Molte delle considerazioni qui sviluppate potranno comunque essere estese alle modificazioni testuali, ma non espressamente formulate in termini di revisione costituzionale.

Volendo tentare una sintesi, senza pretese di precisione tecnica del linguaggio, potremmo dire che accertiamo una modifica costituzionale del tipo accennato allorché constatiamo una discrepanza fra la costituzione scritta e la realtà pratica, vissuta dell'esperienza costituzionale della comunità di riferimento. O meglio, potremmo dire, sussiste un conflitto 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. Si tratta di un ordine di vicende già segnalato da Jellinek a suo tempo, seppure con l'avvertenza che egli ragionava di Costituzioni prive di protezione di fronte al loro mutamento⁴. In tempi a noi più vicini Bruce Ackerman ha analizzato il fenomeno con riguardo ad importanti passaggi della storia costituzionale degli Stati Uniti⁵. Nei casi studiati da questi autori il cambiamento costituzionale è addebitabile a modificazioni dell'interpretazione dello stesso testo, e viene, quindi, ad investire una casistica potenzialmente molto ampia, che può andare dalla modifica della regolazione legislativa di una data materia, di un determinato comportamento di esercizio di una funzione costituzionale,

² JELLINEK G., *Mutamento e riforma costituzionale*, Cavallino – Lecce, Pensa Editore, 2004, 18.

³ MORTATI C., voce *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica)*, in *Enc. Dir.* XI, Milano, Giuffrè, 1962, 139 ss., in particolare 185 ss.

⁴ JELLINEK G., *op. cit.*, 23 – 24.

⁵ ACKERMAN B., *We the people Transformations*, Cambridge – Londra, Harvard University Press, 1998, *passim*.

dell'assetto di uno dei poteri o delle sue relazioni con altri poteri, alla affermazione dell'esistenza di una lacuna o al superamento di lacuna in precedenza data per scontata, con le necessarie conseguenze in termini di disciplina delle fattispecie considerate. Le necessarie operazioni di elaborazione e ricostruzione di tali dati da parte del ricercatore non sono sempre facili, giacché vengono coinvolti comportamenti pratici, per così dire materiali, e atti di autorità con gli eventuali rispettivi seguiti giurisdizionali. Non solo, ma l'epifania di una siffatta modifica può determinare eventi che vanno aldilà delle singole fattispecie puntualmente considerate: la modifica intervenuta può propagarsi per effetto di sistema oltre quei termini, può interessare a macchia d'olio aspetti non considerati all'atto del primo esame della questione in giuoco. Si pensi alle vicende che hanno accompagnato il progressivo *enlargement* dei poteri del Presidente della Repubblica, ovvero alla conversione del limite di merito della legislazione regionale in limite di legittimità⁶.

Di fronte all'ampiezza di tali fenomeni taluno potrebbe essere tentato in casi estremi di fare ricorso alla dottrina della costituzione materiale per dare un inquadramento in termini già abusati a quelle che possono apparire come vere e proprie trasformazioni costituzionali. Ma, a parte le difficoltà della eventuale delimitazione dei significati dell'espressione ora utilizzata, conviene ribadire che la dottrina citata presenta vizi evidenti di olismo che la rendono difficilmente comprensibile per lo studio di fenomeni così articolati e complessi. Conviene, pertanto, accantonare questa prospettiva di analisi, con l'intesa, semmai, di riprenderla in seguito.

Se ritorniamo alla via principale del nostro discorso, ed affrontiamo il problema dei metodi di conoscenza delle modifiche tacite non esplicite, riesce utile rammentare che già in un articolo apparso sulla *Revue française de droit constitutionnel* del 2002 Michel Troper⁷ aveva spiegato che siamo in presenza di fenomeni che sono destinati ad essere oggetto, anche da parte dei giuristi, di studi e ricerche empiriche che implicano comunque l'analisi dell'uso della dottrina giuridica al servizio degli obiettivi dell'operatore. La verità di queste indicazioni trova conferma se consideriamo che, proseguendo nel percorso del nostro ragionamento, siamo arrivati su un terreno molto praticato dagli studiosi del diritto, quello della transizione dalla disposizione alla norma, a proposito della quale conclusioni molto importanti sono state raggiunte da alcuni dei maestri del diritto nell'ultimo secolo. Se Kelsen aveva ricostruito l'integralità del processo di produzione del diritto dalla Costituzione ai termini ultimi includendovi l'atto di individuazione della norma con riguardo al caso concreto, riconoscendo dunque ai giudici una vera e propria funzione di *lawmaking*⁸, Vezio Crisafulli ha individuato nella norma il risultato dell'interpretazione del testo, aprendo così la via alla considerazione di mutamenti

⁶Per un abbozzo di ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di poteri presidenziali sia consentito rinviare a BARTOLE S., *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 2013, 4, 107 ss., 120 – 121. Per il vecchio e ormai superato fenomeno della conversione del limite di merito in limite di legittimità TOSI R., *Art. 117*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli V. e Paladin L., Padova 1990, 691 ss., in particolare 709 ss..

⁷TROPER M., *Réplique* ° Otto Pfersmann, in *Revue Française de Droit constitutionnel*, 2002, 335 ss.

⁸KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1953, 84.

normativi non sorretti da mutamenti dei testi legislativi considerati, ma dalla loro interpretazione⁹; ed OtaWeiberger ha conseguentemente condizionato la persistenza nel tempo di una norma, cioè la continuità nel tempo del risultato dell'interpretazione di un testo, alla sua vigenza sociale, che dipende dalla corrispondenza fra la individuazione della norma stessa e l'attualità di dati interessi ed esigenze¹⁰.

Queste essendo le basi teoriche dell'indagine, conviene subito precisare che dalla considerazione dell'attività dei giudici la nostra trattazione può essere estesa – come ha dimostrato Bruce Ackerman nel terzo volume della serie *We the people*¹¹- ai legislatori ed agli organi della pubblica amministrazione, a cui anche va riconosciuto il potere di concorrere per la via interpretativa a modificazioni costituzionali tacite non esplicite. Spesso l'adozione della nuova disciplina legislativa di una data materia o di certi rapporti può risultare ispirata dall'attribuzione alla Costituzione di significati diversi da quelli che orientavano la legislazione precedentemente in vigore. Ovviamente, come le decisioni giurisdizionali concorrono alla consolidazione di risultati siffatti nella misura in cui superano il vaglio di successive, eventuali impugnazioni e riesami, così l'apporto di legislatori ed amministratori può stabilizzarsi se e quando abbia superato il vaglio dei giudici delle leggi ed amministrativi. Del resto, giustamente si è sottolineato come nella prospettiva accennata i validi cambiamenti di fatto acquistano rilevanza solo se superano il test del tempo¹². E', dunque, a queste condizioni che il formarsi in via interpretativa di una normazione modificativa della precedente nella materia considerata assume rilievo ai nostri fini, e può dunque aversi modificazione costituzionale. Ma, d'altra parte, questa resta sempre esposta, in ragione della sua stessa origine, ai rischi di superamento ed abbandono. Restano sempre possibili svolte di *overruling* delle originarie decisioni giurisdizionali che hanno promosso l'interpretazione innovativa della Costituzione, così come sono sempre possibile la abrogazione della legislazione ordinaria attuativa della Costituzione che abbia concorso all'epifania di quella interpretazione, ovvero l'accettazione ed il consolidamento di una prassi amministrativa diversamente orientata. Come diverse sono le vie dell'affermazione di modifiche tacite della pratica interpretazione della Costituzione, così molteplici possono risultare le strade di un loro successivo superamento. Ed infine va anche data per possibile un'epifania di modifiche che non impegni pronunce di giudici, perché l'adozione con legge attuativa della Costituzione di una certa interpretazione non ha richiesto il vaglio di un giudice delle leggi, ovvero l'avvento di una consuetudine o di una convenzione costituzionale sul terreno dei rapporti fra gli organi supremi dello Stato non è stato sottoposto – come può avvenire – a giudizio del giudice costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni e sia stato accettato da tutte le parti coinvolte (si ricordino le vicende dell'accertamento dell'impedimento del Presidente Segni¹³).

⁹ CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.* XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 195 ss., in particolare 207 – 208.

¹⁰ WEINBERGER O., *Fatti e descrizioni di fatti, riflessioni logico – metodiche su un problema fondamentale nelle scienze sociali*, in Macormick N. – Weinberger O., *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990, 95 ss..

¹¹ ACKERMAN B., *The civil rights revolution*, Cambridge – Londra, Harvard University Press, 2014

¹² GOLDONIM., *Il “significato costituzionale” fra regimi e trasformazioni*, in *Quad. cost.*, 2014, 983 ss..

¹³ BARBERA A. – FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2018, 381 – 382.

3. Applicazione ed attuazione della Costituzione.

Può tornare utile a questo punto considerare l'invito di recente rivolto a non confondere applicazione ed attuazione della Costituzione¹⁴, se non altro perché esso rimette ancora una volta in discussione le basi teoriche del discorso. L'applicazione di una disposizione costituzionale comporta l'individuazione di precetti singolari e concreti in funzione della affermazione della supremazia della Costituzione nei casi di specie, e pare difficile non parlare di attuazione della Costituzione a tale proposito. Certo, ha ragione Riccardo Guastini a suggerire che l'individuazione di quei precetti è, di volta in volta, legata al contesto, alle situazioni in cui si manifesta¹⁵. Ma se una siffatta interpretazione/applicazione dovesse ripetersi, se si dovesse riscontrare in sede giurisdizionale, legislativa o amministrativa una reiterazione conforme delle accennate mosse interpretative, parrebbe difficile negare che si è verificata una vicenda di reiterata applicazione della Costituzione. In una prospettiva diacronica, nella misura in cui si consolida una certa lettura della Costituzione, questa si impone in sede pratica in un fenomeno che Barbera definirebbe di radicamento delle relative scelte¹⁶. La cui stabilizzazione è di per sé evento di attuazione della Costituzione. Non può evidentemente parlarsi di attuazione della Costituzione in presenza di prassi costituzionali, scelte legislative, comportamenti amministrativi che prescindono dal riferimento alla Costituzione, com'è avvenuto in Italia nella prima legislatura repubblicana.

Gli svolgimenti di cui si è fatta parola, trovano storico e concreto riscontro – come già si è accennato - nelle vicende della prima legislatura repubblicana. In quei tempi ad una interpretazione restrittiva della portata innovativa della Costituzione¹⁷ si è sostituita, con il tempo, in tutte le sedi e livelli di esercizio di pubbliche funzioni una lettura più aggiornata ed innovativa, e la Costituzione ha di fatto assunto nuovi significati¹⁸. Ma ciò che è vero per le vicende immediatamente successive all'entrata in vigore del testo della Costituzione, non può non essere vero anche per ulteriori eventi di modifica, e perciò di innovativa interpretazione e conseguente implementazione della Costituzione. La ricerca è pertanto chiamata a confrontarsi con prassi innovative, convenzioni per nuovo accettate, consuetudini interpretative modificative, filoni giurisprudenziali che tutti possono concorrere a disegnare in concreto un *identikit* della Costituzione diverso da quello fruito in precedenza. Riprendendo un'opinione di Troper, si è sottolineato d'altro canto che alla conoscenza di vicende siffatte serve un approccio empirico, il quale, tuttavia, non ci porta lontano dal terreno proprio delle scienze giuridiche in quanto si può per-

¹⁴ LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013.

¹⁵ GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 97 ss.

¹⁶ BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal compromesso al radicamento progressivo*, prolusione all'apertura dell'anno accademico 2008 – 2009 dell'Università di Bologna.

¹⁷ CALAMANDREI P., *La costituzione e le leggi per attuarla*, in VALIANI L. – DE ROSA G. – CALAMANDREI P. – BATTAGLIA A. – CORBINO E. – LUSSU E. – SANSONE M., *Dieci anni dopo 1945 - 1955*, Bari, Laterza, 1955, 209 ss.

¹⁸ Ho cercato di ricostruire alcuni importanti passaggi di queste vicende in BARTOLE S., *La Costituzione è di tutti*, Bologna, Il mulino, 2012.

venire all'obiettivo perseguito soltanto ripercorrendo i processi ermeneutici del testo costituzionale ed i conseguenti approcci operativi che hanno portato agli accennati risultati modificativi.

In proposito non è, però, il caso di parlare di fallacia naturalistica nel senso di Hume, cioè di assunzione a rilevanza normativa di dati acquisiti per via meramente fattuale. Nel caso, la consolidazione degli effetti normativi modificativi è sempre legata – in ipotesi – alla iniziale manifestazione di un atto o comportamento interpretativo della Costituzione ad opera di un'autorità investita costituzionalmente di potere (sia essa un giudice, il legislatore, un organo del potere esecutivo) ed alla sua ripetizione anche in via convenzionale o consuetudinaria, ovvero in termini di prassi o continuità giurisprudenziale. Va ribadito che l'approccio qui delineato non implica che si assegni rilevanza ad epifanie contingenti ed occasionali di orientamenti diversi da quelli prevalenti e consolidati, giacché si guarda, invece, all'emersione di manifestazioni innovative che trovano il consenso delle autorità interessate e vengono quindi generalmente accettate in guisa tale da mutare stabilmente la effettiva disciplina di una data materia e dei relativi rapporti intersoggettivi e comportamenti degli interessati. Il caso dei precedenti giudiziari è al riguardo paradigmatico, sia che si tratti di pronunce della Corte costituzionale, cui questa fa rinvio con ordinanza in sede di valutazione di questioni per nuovo proposte, sia che in giuoco siano decisioni di giudici ordinari alla cui copertura concorrono le norme codicistiche in materia di nostrano *stare decisis*¹⁹. E conviene qui ricordare quanto Carlo Esposito ha scritto sulla rilevanza delle consuetudini interpretative cui si richiedono obiettività dell'evidenza ed effettività e continuità²⁰. Per non parlare dei filoni di giurisprudenza, anzitutto costituzionale, per cui conclusioni interpretative innovative si saldano le une alle altre allargando lo spettro dei rapporti così interessati: si pensi all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di referendum a partire dalla sentenza n. 16/1978²¹.

4. Dalla costituzione materiale alla costituzione vivente.

A questo punto dell'indagine, per riassumere i risultati raggiunti, si potrebbe ritornare a riproporre il ricorso alla dottrina della costituzione materiale. La quale ha, in effetti, assunto una pluralità di significati, e potrebbe pertanto anche essere elaborata con riguardo alle nostre esigenze. Ma ad evitare confusioni, proprio la molteplicità degli usi che ha caratterizzato la vita della dottrina *de qua*, consiglia di saggiare la possibilità di una sua utilizzazione con esclusivo riferimento alla sua originaria versione, quella proposta da Costantino Mortati²², che configura la costituzione materiale come la decisione politica fondamentale sull'assetto della comunità in osservazione assunta dalla forza politica dominante. L'intento sotteso a questa costruzione

¹⁹ Per tutti PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto. Artt. 1 – 9*, II ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di Galgano F., *Disposizioni sulla legge in generale*, Roma – Bologna, Zanichelli, 2011, 536 ss. e 705 ss..

²⁰ ESPOSITO C., voce *Consuetudine (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.* IX, Milano, Giuffrè, 1961, 456 ss..

²¹ Per alcune proposte di ricostruzione BARTOLE S., voce *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enc. Dir. – Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 2014, 477 ss..

²² MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, ristampa inalterata con premissa di Zagrebelsky G..

è quello di assicurare la stabilità di un ordine costituzionale dato alla luce della sua base materiale, cioè sociale e politica, e però proprio tale obiettivo appare difficilmente conseguibile nella misura in cui sfugge alla considerazione della ridetta dottrina il fenomeno del movimento costituzionale, per cui a cagione del succedersi delle innovazioni il diritto costituzionale è oggetto di un continuo rinnovamento. Inoltre, in una ricostruzione totalizzante che tutto riporta ad un unico soggetto motore persiste il difetto di olismo, non è assicurata l'attenzione per la molteplicità delle epifanie del pluralismo delle società contemporanea, la cui riconduzione ad unità è subordinata a processi e decisioni molteplici e mutevoli. Il che complicherebbe le operazioni empiriche di rilevamento della costituzione materiale e la serietà dei relativi risultati, che non possono non risentire dell'ambiguità delle risposte che si possono dare in merito²³.

Ma il difetto principale di questa dottrina è la pretesa di sostituire al documento formale della costituzione scritta un concetto indeterminato e volatile quale quello di costituzione materiale. Si fa così venir meno l'identità di quello che invece deve essere l'inescapabile punto di riferimento al quale debbono raccordarsi tutti i processi di identificazione ed interpretazione del diritto costituzionale, se vogliamo tener fermo il rispetto del principio della certezza del diritto che è alla base delle dottrine costituzionali dal secolo XVIII in avanti. L'ambiguità, l'indeterminatezza e l'inofficialità della costituzione materiale, che si propone all'attenzione degli operatori, sono altrettanti motivi per riconoscere l'inadeguatezza della accennata dottrina all'obiettivo di garantire certezza e continuità al lavoro dell'interprete che essa dichiara di voler perseguire. Il che significa che siamo in presenza di concetto del tutto inappropriato a fungere da supporto dell'interpretazione in diritto costituzionale.

La riaffermazione del ruolo centrale del testo costituzionale è la necessaria premessa dell'aver legato il fenomeno delle modifiche tacite del diritto costituzionale agli sviluppi interpretativi di quel testo, il quale è ad un tempo termine di riferimento delle scelte potenzialmente mutevoli degli interpreti e contesto obbligato per la collocazione sistematica dei risultati di quelle scelte. Il che non significa che non possa più accettarsi il punto di partenza di questa ricerca in materia di modificazioni costituzionali, per cui ricorrente è nell'esperienza pratica la presenza di una divaricazione fra testo e norme che risultano dall'interpretazione di quel testo. Tanto più che, ove trascurassimo i termini del passaggio per via interpretativa dalle disposizioni scritte costituzionali alle elaborazioni della pratica in cui si manifesta la vita del diritto, e delle norme in particolare, perderemmo di vista dettagli e particolari importanti dell'attuazione/applicazione della costituzione: si pensi soltanto alla trama dei rapporti fra governo e parlamento. Si dirà che da sempre, come ci è stato spesso ricordato, le dottrine del costituzionalismo rinviano ad una determinazione fondante dell'ordine costituzionale di chi appare come il titolare della sovranità²⁴, e tali non sarebbero i tanti operatori costituzionali attraverso i quali passano le modificazioni di cui ragioniamo. Ma appunto per questo non possiamo affidare l'individuazione della costituzione a concetti volatili ed ambigui di incerta configurazione dottrinale e dobbiamo affidarci, da un lato, alle determinazioni espresse in forma costituzionale dalle

²³ Ho sviluppato questi rilievi critici in BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, CEDAM, 1985, 53 ss..

²⁴ Vedi, ad esempio, fra i tanti WALKER N., *Constitutionalism and pluralism in Global Context*, in *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, a cura di AvblyM. e Komarek J., Londra, Hart, 2012 17 ss..

autorità formalmente investite dell'esercizio della sovranità, e, dall'altro lato, agli interventi degli organi ed apparati chiamati ad interpretarle e darvi attuazione.

Preferibile è pertanto guardare all'insieme di prassi interpretative, consuetudini costituzionali, convenzioni della costituzione e giurisprudenza che al testo della Costituzione si raccordano, e, complessivamente considerate, si esprimono nel concetto di costituzione vivente. Questo, proprio perché nasce dalla visione di una pluralità di atti e comportamenti, meglio consente di avere contezza dell'impatto di quegli atti e comportamenti sull'intero contesto dell'ordine costituzionale. Si pensi soltanto ai riflessi della giurisprudenza costituzionale in tema di quelle che una volta si chiamavano norme programmatiche²⁵, o alle conseguenze dei referendum in materia elettorale²⁶. E' proprio in ragione della complessità sistematica del concetto di costituzione vivente che le indagini in materia non si esauriscono in ricerche empiriche, ma debbono necessariamente estendersi – come già si è detto – ai processi ermeneutici che reggono la conversione delle disposizioni costituzionali in norme. Vi è dunque qualcosa di più di una resa dinanzi al brutale richiamo delle scelte degli operatori politici in posizione preminente, anche se è ovviamente vero che non si può trascurarne la considerazione anche per le conseguenze che possono avere sul consolidarsi o meno dei risultati interpretativi di cui andiamo ragionando.

5. Modificazioni costituzionali e certezza del diritto.

Da quanto precede è chiaro che la considerazione delle trasformazioni costituzionali qui proposta differisce da quella ripetutamente proposta da Bruce Ackerman²⁷. Questi, quando abbandona il terreno dei mutamenti dovuti a cambiamenti dell'interpretazione del testo costituzionale, si preoccupa di individuare e ricostruire gli elementi costitutivi delle nuove fattispecie di produzione della costituzione trasformata, e non dei soli mutamenti di quella vigente. L'importanza della ricerca ed identificazione di tali elementi discende dal fatto della complessità e macchinosità delle operazioni cui la costituzione degli Stati Uniti condiziona i processi di revisione della costituzione, rendendoli così di difficile percorrenza e di scarsa utilizzazione pur in presenza di preminenti ragioni di cambiamento. Ackerman, partendo dal presupposto che rilevanti trasformazioni costituzionali ci siano state, concentra la sua attenzione sui fattori che le hanno consentite, al di là di quanto previsto sul piano delle decisioni costituzionali dall'ordine costituzionale vigente.

A sottolineare questa differenza non basta contrapporre la scelta espressa di Ackerman a favore di un approccio -non limitato ai profili giurisprudenziali - in *common law fashion* all'orientamento qui sotteso, che vuole restare radicato in un contesto di *civil law*, per cui quelle che sono percepibili con la metodologia della costituzione vivente sono anzitutto, se non esclusivamente, modificazioni costituzionali di circoscritta estensione, restando distinti gli eventi di sostituzione di una costituzione all'altra o di rivoluzionaria cessazione di quella vigente, non

²⁵ BARTOLE S., *La Costituzione cit.*, 39 ss..

²⁶ PALADIN L. – MAZZAROLLI L. – GIROTTI D., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 332 ss.

²⁷ Si veda ACKERMAN B. nel volume citato alla nota 5.

necessariamente legata, fra l'altro, all'avvento di uno Stato nuovo, diverso dal precedente. Nell'approccio di Ackerman, che guarda alle trasformazioni che toccano gli stessi principi qualificanti di un ordinamento, è presente il rischio che si arrivi alla legittimazione di nuove autorità titolari della sovranità e del suo esercizio con mutamento dell'intero contesto istituzionale senza l'ufficializzazione del passaggio da una carta all'altra. Ackerman difende abilmente e con successo il suo punto con un costante richiamo al principio *We the people*, ma il suo approccio non per questo è meno esposto ai rischi cognitivi della ricerca del fondamento legittimante della costituzione, che sono presenti nei discorsi sviluppati in conformità della dottrina della costituzione materiale.

L'osservanza del principio della certezza del diritto è dunque un canone al quale va prestata osservanza non solo dagli operatori costituzionali ma anche dagli interpreti, che – del resto – sono operatori giuridici essi stessi. A quel principio essi debbono conformare i loro ragionamenti giuridici in vista dell'applicazione/attuazione della Costituzione, anche quando sono motivati dall'orientamento conforme al principio di effettività – più che mai rilevante in diritto costituzionale - di tenere sempre presente la dimensione empirica del fatto dell'esperienza giuridica e della sua ricognizione pratica.