

## **Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (Il caso colombiano) <sup>1</sup>**

Riccardo Guastini  
Tarello Institute for Legal Philosophy  
<http://istitutotarello.org>  
[guastini@unige.it](mailto:guastini@unige.it)

1. Dice la Corte costituzionale italiana, in una decisione molto nota (estensore A. Baldassarre): «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»; «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» <sup>2</sup>.

Così dicendo, la Corte enuncia la duplice tesi: (a) che certi, non meglio precisati, “principi supremi” costituiscono altrettanti limiti materiali alla revisione costituzionale; e (b) che la Corte stessa è competente a giudicare della conformità a siffatti principi delle leggi di rango costituzionale. La seconda tesi, sia detto per inciso, *non* segue logicamente dalla prima (sicché quel “pertanto”, che si legge nel testo, è fuori luogo) <sup>3</sup>. Ma il punto più interessante è che l'argomentazione della Corte su entrambe le questioni è molto carente, per non dire inesistente <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Una prima stesura di questo lavoro è stata letta e commentata da diversi amici, ai quali devo un ringraziamento: Giulio Itzcovich, Mauricio Maldonado Muñoz, Andrés Morales Velásquez, Diego Moreno Cruz, Pablo Moreno Cruz, Gianpaolo Parodi, Lucio Pegoraro. Sono grato anche ai colleghi e ai dottorandi dell'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, con i quali ho avuto occasione di discutere una prima stesura del lavoro.

<sup>2</sup> Corte cost. it. 1146/1988.

<sup>3</sup> Se anche vi sono principi costituzionali intangibili, non per questo la Corte costituzionale è competente a usarli come parametro di legittimità delle leggi costituzionali in assenza di una norma che lo preveda. Sia detto per inciso: non è affatto ovvio che le leggi di rango costituzionale, di cui all'art. 138 cost., abbiano “forza di legge” ai sensi dell'art. 134, che così circoscrive la giurisdizione della Corte: non è questo il senso usuale della locuzione “forza di legge”, e che dunque siano soggette al controllo di legittimità costituzionale (almeno sotto il profilo materiale).

<sup>4</sup> I “principi supremi” di cui discorre la Corte non vanno confusi con i “principi sovra-costituzionali”, di cui si trova traccia in certa letteratura francese: vedi M. Troper, “Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovrallegalità

Si legge nella sentenza: «Questa Corte [...] ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». *Non sequitur*. Ovviamente, il fatto che la Corte così avesse già deciso in passato non è di per sé un argomento<sup>5</sup>, a meno di presupporre che la Corte sia vincolata al principio *stare decisis* (il che notoriamente non è<sup>6</sup>). Ma, soprattutto, le precedenti decisioni, che la Corte richiama, risultano anch'esse del tutto prive di motivazione sul punto in questione (limiti materiali alla revisione costituzionale): *et pour cause*, giacché esse *non* avevano ad oggetto norme di rango costituzionale<sup>7</sup>.

Dice ancora la Corte: «Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore». Questa *reductio ad absurdum*, tuttavia, non è un argomento serio, giacché presuppone proprio ciò che dovrebbe dimostrare, ossia: che talune norme costituzionali abbiano «più elevato valore» rispetto alle altre<sup>8</sup>; che tali norme

---

costituzionale”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F., Paris, 1996. I principi supremi, siano essi espressi o inespressi, sono principi costituzionali, e dunque principi di diritto positivo, ancorché sovraordinati ai rimanenti principi costituzionali (in virtù di una gerarchia meramente assiologica). I principi sovra-costituzionali, per contro, sono principi *meta-costituzionali*, e dunque, non essendovi (per definizione) diritto positivo al di là della costituzione, principi di diritto naturale.

<sup>5</sup> Comunque non un argomento logico. Non è neppure un argomento *ex auctoritate*, giacché la Corte fa riferimento non ad una autorità “terza”, ma solo a sé stessa.

<sup>6</sup> La giurisprudenza della Corte è affollata di *overrulings*, non sempre convenientemente argomentati (come il principio *stare decisis* richiederebbe).

<sup>7</sup> Lo stesso dicasi per la sentenza Corte cost. it. 238/2014. Vedi al riguardo P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Angeli, Milano, 2015. Del resto, anche nella decisione 1146/1988, il passaggio sui principi supremi è solo un *obiter dictum*., giacché prelude ad una decisione di inammissibilità per ragioni processuali. Vero è che la Corte considera «di rango equivalente a quello costituzionale» (così nella sentenza ora cit.) le norme cui fanno rinvio gli articoli 7 (norme concordatarie), 10 (norme internazionali consuetudinarie), e 11 (norme comunitarie o, meglio, europee) cost. Ma trattasi di puro diritto giurisprudenziale, privo di qualsivoglia base testuale in costituzione e di qualsivoglia sostegno logico: non si vede come (né perché) una norma N2 cui un'altra norma N1 fa rinvio possa avere lo stesso rango di quest'ultima nella gerarchia delle fonti; parrebbe, al contrario, che N2 sia, in più di un senso, “subordinata” a N1. Può una fonte qualsivoglia istituire una fonte “concorrente” con (i.e. parificata a) sé stessa? La migliore dottrina (penso specialmente a V. Crisafulli) lo nega.

<sup>8</sup> La Corte, in una ormai risalente decisione, pur senza argomentare in alcun modo, ritenne «di indubbia fondatezza» la tesi della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione: un ordine che conduce a «conferire preminenza» ad alcune norme rispetto ad altre entro uno stesso corpo «di

costituiscano un limite alle leggi costituzionali; e che la garanzia giurisdizionale della costituzione si estenda alle leggi di revisione.

In altra occasione, ho congetturato che questo modo di vedere della Corte trovi (tacito) fondamento in una dottrina che:

(i) distingue (correttamente) tra revisione costituzionale e instaurazione di una nuova costituzione<sup>9</sup> e, di conseguenza, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione;

(ii) assume che il potere di revisione non possa spingersi, senza snaturarsi, fino a instaurare una nuova costituzione, così sostituendo quella vigente; e soprattutto

(iii) assume una concezione “sostanzialistica” della identità della costituzione, tale per cui ogni costituzione è non un semplice insieme di enunciati normativi, ma un insieme, diciamo così, strutturato, entro il quale taluni principi sono preminenti, avendo un valore essenziale o caratterizzante<sup>10</sup>; dal che segue

(iv) una concezione egualmente “sostanzialistica” della revisione e della instaurazione, tale per cui questi due atti di produzione normativa si distinguono per ciò che dispongono, per il loro contenuto normativo, e non per il procedimento (legale o invece *extra ordinem*) adottato<sup>11</sup>.

Ebbene, diversi elementi di questa dottrina, che io ho congetturalmente attribuito alla Corte costituzionale italiana, si trovano espressamente enunciati nella giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia<sup>12</sup>, che ha pronunciato diverse sentenze di incostituzionalità di leggi costituzionali<sup>13</sup>.

disposizioni coordinate in sistema» (Corte cost. it. 175/1971). Trattasi evidentemente di una gerarchia assiologica: una gerarchia, cioè, attinente ai valori, che intercorre tra due norme allorché non una fonte, ma l'*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore comparativo*, ascrive a una di esse un valore superiore rispetto al valore dell'altra (R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 241 ss., nonché *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 169 ss.).

<sup>9</sup> Su questo concetto non si può non richiamare S. Romano, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1902), ora in S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

<sup>10</sup> Come è noto, tracce di questa concezione si rinvengono in C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. Giuffrè, Milano, 1984, e in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. Chiamo invece “formalistico” quel modo di vedere secondo il quale la costituzione non è che un insieme di enunciati normativi, o disposizioni.

<sup>11</sup> R. Guastini, *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, 160 s.; cfr. anche R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 225 ss. Chiamo invece “formalistica” la concezione opposta, secondo cui gli atti instaurazione e di revisione costituzionale, rispettivamente, si distinguono non per il loro contenuto, ma per le “forme” in cui sono adottati.

<sup>12</sup> Ha richiamato la mia attenzione su questa giurisprudenza costituzionale colombiana la tesi dottorale di Andrés Morales Velásquez, *Hacia una regla de*

2. La Costituzione della Colombia (1991) disciplina all'art. 241 la giurisdizione costituzionale: alla Corte costituzionale è affidata la garanzia «della integrità e della supremazia» della Costituzione «nei termini stretti e precisi di questo articolo» (art. 241.1). Questa ultima clausola, si noterà, suona come un precetto di interpretazione letterale, e in particolare come un divieto esplicito di interpretazione estensiva.

L'art. 241 prevede espressamente la giurisdizione della Corte non solo sulla legislazione ordinaria (parlamentare e governativa), ma altresì sulle leggi di revisione costituzionale<sup>14</sup>.

Ora, quanto alla legislazione ordinaria, l'art. 241 dispone che le leggi e i decreti governativi con forza di legge sono soggetti al controllo della Corte «tanto per il loro contenuto materiale quanto per i vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.4 e 241.5).

Per contro, in relazione alle leggi di revisione costituzionale, lo stesso articolo dispone che il controllo della Corte è circoscritto ai soli «vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.2).

Inoltre, l'art. 379 stabilisce (ribadisce) che gli atti di revisione «solo potranno essere dichiarati incostituzionali quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo XIII, che appunto disciplina i procedimenti – e null'altro che i procedimenti – della revisione costituzionale.

---

*reconocimiento realista*, discussa nel 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Genova.

<sup>13</sup> Analizzo nel seguito solo quelle che mi paiono le più interessanti. Parlo qui di cose note ai comparatisti, ma (credo) non altrettanto ai teorici del diritto. Un resoconto dettagliato della giurisprudenza in questione si legge in Carlos Bernal Pulido, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", in *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, e in S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*, Bononia U.P., Bologna, 2011, 74 ss. Di questo volume, in cui si trova una miniera di informazioni sul controllo giurisdizionale della revisione costituzionale in diversi ordinamenti, nonché una vastissima bibliografia, esiste peraltro una versione castellana: S. Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Vedi anche L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2014, 175 ss.

<sup>14</sup> Per la precisione, il titolo XIII della Costituzione colombiana prevede tre diversi possibili procedimenti di revisione costituzionale: «La Costituzione politica potrà essere riformata dal Congresso, da un'Assemblea costituente, o dal popolo mediante referendum» (art. 374). Ebbene, la Corte costituzionale esercita il controllo successivo di legittimità costituzionale sulle leggi di revisione e il controllo preventivo sulle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente e/o di un referendum di revisione (art. 241.1). Qui e nel seguito, per non appesantire il discorso, uso l'espressione "leggi di revisione" per fare riferimento non solo alle leggi di revisione propriamente dette, ma anche alle leggi di convocazione di referendum di revisione e alle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente.

Queste disposizioni in materia di giurisdizione sulla revisione costituzionale suppongono evidentemente una dottrina dei “vizi” degli atti normativi. La teoria costituzionale<sup>15</sup> usa distinguere tra vizi formali e vizi sostanziali: i vizi formali attengono al procedimento di formazione dell’atto; i vizi sostanziali attengono al suo contenuto normativo. La Costituzione colombiana, all’evidenza, fa eco precisamente a questa distinzione<sup>16</sup>. Pare escluso, dunque, che la Corte possa controllare la legittimità costituzionale del contenuto normativo di una legge di revisione.

L’interpretazione letterale del complesso di disposizioni menzionate – espressamente richiesta dall’art. 241.1 – non sembra lasciare dubbi. La Corte ha un controllo “pieno”, formale (di procedimento) e sostanziale (di contenuto), sulla legislazione ordinaria. Ma, quando si tratti di revisione costituzionale, il controllo è circoscritto agli aspetti formali o procedurali della revisione.

Ebbene, in numerose decisioni degli anni 2000 la Corte costituzionale colombiana ha aggirato questa norma con un ragionamento molto ingegnoso, in cinque mosse.

La storia comincia con la sentenza 551 del 2003 (C-551/2003).

3. La prima mossa della Corte consiste nell’estendere il suo controllo dai vizi di procedimento ai vizi di competenza.

Come dicevo, pare escluso che la Corte possa controllare i vizi materiali – e dunque il contenuto normativo – di una legge di revisione. Tuttavia, argomenta la Corte<sup>17</sup>, alcuni distinguono, accanto ai vizi formali e ai vizi materiali, un terzo tipo di vizio: il vizio di (in)competenza.

Questo vizio ulteriore si presenta quando un atto normativo disciplina un oggetto (una “materia”) che esso non è competente a disciplinare poiché quell’oggetto ricade nella competenza di un atto diverso, proprio di una diversa autorità normativa.

Effettivamente, il vizio di incompetenza è, almeno *prima facie*, diverso sia dai vizi formali, sia dai vizi sostanziali. Si distingue dai vizi formali, poiché è in discussione non il procedimento di formazione dell’atto, ma il soggetto che lo ha posto in essere<sup>18</sup>. Si distingue dai vizi sostanziali, poiché è in discussione *quale oggetto* è disciplinato da un dato atto, e non *il modo in cui* esso è disciplinato<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> In particolare quella italiana, che la Corte colombiana mostra di conoscere (citandola sommariamente nella sentenza C-551/2003).

<sup>16</sup> Così opina la stessa Corte colombiana (C-551/2003).

<sup>17</sup> Citando Gustavo Zagrebelsky.

<sup>18</sup> La classe delle norme sulla produzione giuridica include due sottoclassi: le norme che conferiscono una competenza normativa e le norme che ne disciplinano i modi di esercizio, rispettivamente.

<sup>19</sup> Ad esempio, là dove si tratti di un oggetto di disciplina riservato alla legge formale (la “materia” penale, poniamo), un regolamento dell’Esecutivo su

Naturalmente, è sufficiente cambiare il concetto corrente di “forma” degli atti, dove la forma è comunemente intesa come procedimento, per ritornare alla semplice bipartizione tra vizi formali e vizi sostanziali. In particolare, si può ridefinire il concetto di “forma” degli atti in modo puramente negativo: “forma” è tutto ciò che *non* tocca il contenuto normativo (né ciò che è regolato, né come è regolato). Alla luce di questa ridefinizione, la “forma” di un atto denota non più solo il suo procedimento di formazione, ma altresì l’identità dell’autorità normativa – concretamente: l’organo dello stato – da cui l’atto promana. Non c’è dubbio, infatti, che l’autorità normativa che pone in essere l’atto (il Governo, poniamo, invece che il Parlamento) è altra cosa dal contenuto normativo dell’atto stesso, sicché in *questo* specifico senso il vizio di incompetenza è un vizio “formale”. Tuttavia, la Corte colombiana segue un percorso argomentativo leggermente diverso<sup>20</sup>.

La Corte colombiana dapprima rende omaggio all’art. 241.2, dicendo che «la esclusione, dal controllo di costituzionalità, del contenuto materiale di una riforma costituzionale è naturale, giacché il contenuto di qualunque riforma costituzionale è per definizione contrario alla Costituzione vigente, poiché pretende precisamente di modificarne le norme». Ammettere un controllo sostanziale sulle leggi di revisione equivarrebbe a «pietrificare l’ordinamento costituzionale e annullare la stessa clausola di riforma», i.e. le disposizioni che ammettono la revisione<sup>21</sup>.

Ma, ciò detto, la Corte osserva che «la nozione di vizi di procedimento [...] non è di per sé evidente». In generale, l’incostituzionalità può dipendere dalla incompetenza dell’organo, da una irregolarità nel procedimento, dal contrasto con norme superiori nella gerarchia delle fonti, da una irregolarità nella formazione dell’organo, etc. È necessario insomma approfondire sistematicamente «il senso e la portata della nozione di vizi di procedimento».

---

quell’oggetto è invalido, per incompetenza, del tutto indipendentemente da ciò che dispone: per *ciò che* disciplina, non per *come* lo disciplina.

<sup>20</sup> La Corte colombiana inizia respingendo una «interpretazione puramente letterale e isolata dell’art. 379», giacché la Costituzione, dice, è «un testo armonico che deve essere interpretato in maniera sistematica, tenendo conto, altresì, dei propositi del costituente». Ne segue che «la restrizione dell’art. 379 [le leggi di revisione potranno essere dichiarate incostituzionali «solo (...) quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo concernente appunto i procedimenti di revisione] non implica che la Corte non debba prendere in considerazione altre norme costituzionali che siano rilevanti». Tuttavia, questa linea argomentativa, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, è poco più che un *obiter dictum*, giacché non conduce, di per sé, ad alcuna conclusione significativa.

<sup>21</sup> Vuol dire la Corte che, se la costituzione fosse pietrificata (immodificabile), sarebbero prive di effetto le disposizioni che, regolandola, ne prevedono la revisione.

La Costituzione «*sembra*<sup>22</sup> adottare una classificazione bipartita», vizi formali vs. vizi sostanziali, dice la Corte. Tuttavia, si domanda, «che succede con i vizi di competenza»? E risponde: «un vizio di competenza si proietta tanto sul contenuto materiale della disposizione controllata quanto sul procedimento, giacché costituisce un pilastro fondamentale di entrambi». «Perché un atto giuridico emanato da una pubblica autorità sia regolare e valido è necessario non solo che l'autorità segua il procedimento previsto dall'ordinamento, ma anche che essa abbia la facoltà di dettare certi contenuti normativi. Ciò significa che un atto normativo può essere viziato perché l'organo che lo emana non poteva farlo, ossia non aveva la facoltà di emanare questo contenuto normativo». «La competenza è un presupposto ineludibile del procedimento, a tal punto che il procedimento è sempre viziato se l'organo che emana un atto giuridico è incompetente», per quanto il procedimento seguito sia stato formalmente impeccabile. Non avrebbe senso (argomento c.d. "apagogico", ossia *reductio ad absurdum*) che la Costituzione attribuisse alla Corte il controllo dei vizi di procedimento della revisione costituzionale strettamente intesi, ma le precludesse di verificare la competenza degli organi.

Per questa via, pur senza ricondurre strettamente il vizio di incompetenza ai vizi di procedimento, la Corte estende la sua propria giurisdizione ai vizi di incompetenza. «Dovrebbe la Corte costituzionale limitarsi a considerare il procedimento della riforma, malgrado l'assoluta invalidità della riforma stessa per carenza di competenza? Che resterebbe della sua funzione di "vigilare sulla integrità e supremazia della Costituzione" che le assegna l'art. 241 della Carta? Ciò mostra dunque [ancora l'argomento apagogico] che questa Corte, se non verificasse la competenza dell'organo che promuove la riforma, non controllerebbe davvero che il procedimento di approvazione della riforma sia stato fatto nelle forme dovute».

Concretamente, la Costituzione conferisce alla Corte la competenza ad esaminare «se il Costituente derivato, nell'esercitare il potere di riforma, sia o no incorso in un vizio di competenza»<sup>23</sup>.

La Corte non si accorge (o finge di non accorgersi) che "competenza" (come "incompetenza") può assumere due sensi ben distinti. In un primo senso, un organo può essere, o no, competente

---

<sup>22</sup> Il corsivo è mio.

<sup>23</sup> Aggiunge la Corte: il titolo XIII, infatti, oltre a disciplinare i diversi procedimenti di revisione, individua anche i titolari del potere di revisione: secondo i casi, il Congresso, il popolo, o l'Assemblea costituente, rispettivamente. Si tratta tuttavia di un argomento del tutto inconcludente, giacché la Costituzione non conferisce poteri di revisione distinti a ciascuno dei tre titolari: tutti sono competenti alla revisione costituzionale senza ulteriori specificazioni e *senza limiti espressi di oggetto o di contenuto*.

ad emanare un *certo tipo di atto*, caratterizzato da un preciso *nomen juris*: ad esempio, l'Esecutivo può avere competenza ad emanare "regolamenti", ma non "leggi" formali. In un secondo senso, un organo può essere, o no, competente ad emanare *atti con un certo contenuto*: ad esempio, l'Esecutivo può non avere competenza ad emanare regolamenti in materia penale. Per decidere se vi sia, o no, competenza in questo secondo senso, è proprio al contenuto degli atti che occorre guardare <sup>24</sup>.

4. La seconda mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere il potere costituente primario od "originario", ossia costituente in senso stretto, dal potere "costituente derivato" o secondario, cioè dal potere di revisione costituzionale <sup>25</sup>.

Il potere costituente «è radicato nel popolo, che ha e conserva il potere di darsi una costituzione», ivi inclusa una nuova costituzione. Esso pertanto non è soggetto a limiti di sorta: è un potere "sovrano", sicché i suoi atti sfuggono a qualunque controllo giurisdizionale, essendo non atti giuridici ma atti «politico-fondativi» <sup>26</sup>, la cui validità riposa sulla «volontà politica della società» <sup>27</sup>.

Il potere di revisione, per contro, è, in un senso, anch'esso "costituente", giacché può riformare la costituzione ma, strettamente parlando, è tuttavia un potere costituito, e pertanto «derivato e limitato». Sicché è, «per ciò stesso», soggetto a limiti e controlli. In

---

<sup>24</sup> Vero è che il "contenuto normativo" di un atto, come si è accennato nel testo, è scomponibile in due parti: l'oggetto di disciplina (la fattispecie regolata) e il modo di disciplina (la conseguenza giuridica connessa a quella fattispecie). Per decidere se l'autorità normativa, cui è imputato l'atto, sia o no competente occorre guardare all'oggetto di disciplina, e dunque, in *questo* senso, al "contenuto" dell'atto. D'altra parte, i confini tra l'oggetto di disciplina e il modo di disciplina sono fluidi in modo inquietante. Si prenda l'esempio seguente: la Costituzione italiana (art. 139) preclude la revisione della forma repubblicana dello Stato. Ebbene, la norma espressa da questa disposizione può essere ricostruita indifferentemente dicendo che al potere di revisione è *proibito* (modalità deontica) mutare la forma repubblicana dello stato, o che il potere di revisione è *incompetente* (modalità hohfeldiana) a disciplinare la materia "forma dello stato".

<sup>25</sup> Sul concetto di potere costituente originario mi piace richiamare l'analisi (e la critica) magistrale di G.R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

<sup>26</sup> Atti che definiscono «la struttura del potere statale, le relazioni tra lo Stato e il resto della società, i doveri dello Stato e i diritti e doveri dei privati cittadini, i meccanismi di soluzione dei conflitti, e i modi di proteggere lo schema adottato».

<sup>27</sup> Peraltro, nella sentenza C-574/2011, la Corte sostiene – citando Siéyès – che lo stesso potere costituente, del quale disporrebbe un'Assemblea convocata allo scopo, è soggetto a limiti, nel senso che «(i) deve fare una costituzione e non altra cosa, (ii) deve agire entro un tempo limitato, (iii) non può discostarsi dalla volontà dei rappresentati». Inoltre una eventuale Assemblea costituente dovrebbe comunque rispettare i trattati internazionali e lo *jus cogens*, sempre che volesse instaurare una «costituzione democratica liberale».



particolare, a «limiti di competenza». Del resto, secondo la Corte, dottrina e giurisprudenza (anche internazionali) concordano che «ogni costituzione democratica, pur non contenendo espressamente clausole pietrificate, impone limiti materiali al potere costituente derivato, per il fatto che questo è un potere costituito, e non il potere costituente originario».

La Corte – si osservi – fa derivare i limiti del potere di revisione non dalle norme positive che eventualmente lo disciplinano e che eventualmente lo sottopongono a limiti e controlli, ma dal *concetto stesso* di potere di revisione, inteso (correttamente) come potere *costituito*. Si tratta dunque di limiti (non di diritto positivo, ma) “logici”, ossia concettuali: banalmente, un potere che non si limita alla revisione, ma fa altro, non risponde alla definizione di “potere di revisione”. Limiti, dunque, comuni a *tutte* le costituzioni, del tutto indipendentemente da ciò che ciascuna di esse dispone.

Tuttavia, la Corte si ingegna a trovare anche un argomento testuale: l’art. 374 della Costituzione dispone che «la Costituzione potrà essere riformata...». *Riformata*, si badi bene, non *sostituita*: sicché il «tenore letterale» di questa disposizione esclude che il potere di revisione possa «sostituire la Costituzione». Risulta dunque dall’interpretazione letterale che la Costituzione colombiana, a differenza di altre costituzioni (quali, ad esempio, le costituzioni austriaca e spagnola), autorizza *solo* la sua revisione, non la sua sostituzione con una diversa costituzione. E, d’altra parte, l’art. 121 della Costituzione statuisce che «nessuna autorità statale potrà esercitare funzioni distinte da quelle che le attribuiscono la Costituzione e la legge»<sup>28</sup>.

5. La terza mossa della Corte colombiana consiste nell’interrogarsi sulla competenza del potere di revisione. Fin dove si estende questa competenza? Quali sono i limiti (materiali) della revisione?

La revisione – dice la Corte – «può modificare qualunque disposizione del testo vigente, ma senza che tali riforme implicino la soppressione della Costituzione vigente e la sua sostituzione con una nuova costituzione», la qual cosa può essere opera solo del costituente originario. «La Costituzione deve conservare la sua identità nel suo complesso e dal punto vista materiale, quali che siano le riforme che vi si introducono».

La revisione costituzionale può ben contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale». Ma qui non si tratta, dice la Corte, di confrontare il contenuto di un emendamento con una specifica norma (sia essa una regola o un principio) costituzionale, il che «equivarrebbe ad esercitare un controllo materiale» sulle leggi di

---

<sup>28</sup> Dal che la Corte desume il principio generale di legalità: le pubbliche autorità «possono fare solo ciò che è loro espressamente permesso».

revisione, che alla Corte è espressamente precluso. Si tratta invece di controllare che rimanga intatta la «identità» della Costituzione. La Costituzione è (solo) emendata, ma non sostituita, fino a che conservi la sua identità.

Il potere di revisione, insomma, «non è competente a distruggere la Costituzione»: se cercasse di sostituire la Costituzione «non solo si erigerebbe a potere costituente, ma minerebbe anche le basi della sua stessa competenza», dal momento che essa deriva appunto dalla costituzione vigente. «La facoltà di riformare la Costituzione non include la possibilità di abrogarla, sovvertirla, o sostituirla integralmente».

6. La quarta mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere tra modificazione e sostituzione della costituzione. Il punto è sviluppato soprattutto in una sentenza del 2003 (C-1200/2003).

Anzitutto, la Corte ribadisce la distinzione tra potere costituente e potere di revisione: adottare una costituzione è «un atto di sovranità»; la revisione costituzionale è invece esercizio di una competenza attribuita a qualcuno dal popolo sovrano, e dunque derivata e limitata. La revisione è «uno dei modi di preservare la Costituzione», adattandola a nuove esigenze sociali o correggendone gli errori. La sua funzione è dunque «garantire la permanenza della Costituzione», non sostituirla con il pretesto di riformarla.

La Costituzione vigente, prosegue la Corte, non è «intangibile», dal momento che prevede essa stessa la propria revisione<sup>29</sup>. Ma è «insostituibile» ad opera dal potere di revisione: solo il popolo sovrano, i.e. il potere costituente stesso, potrebbe sostituirla. La sostituzione della costituzione attuata (mascherata) nelle forme della revisione costituzionale sarebbe una «invasione» del potere costituente.

Orbene: in che consiste la “sostituzione” di una costituzione?

Risponde la Corte: «la sostituzione della Costituzione consiste nel rimpiazzarla, non in termini formali, ma in termini materiali, con un'altra Costituzione. Sebbene ogni modificazione di una parte della Costituzione comporti, logicamente, che essa smetta di essere identica a quale era prima della modifica, per quanto minima questa sia, la sostituzione esige che la modificazione sia di una dimensione [*magnitud*] e importanza [*trascendencia*] materiale tale da trasformare la Costituzione modificata in una Costituzione completamente distinta. Nella sostituzione non vi è [semplicemente] contraddizione tra una norma e un'altra, ma trasformazione di una forma di organizzazione politica in una forma opposta».

---

<sup>29</sup> Diversamente, dice la Corte, ogni revisione costituirebbe di per sé *violazione* della Costituzione.

Per esempio, dice la Corte, la Costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto». «Se la Colombia cessasse di essere una repubblica per trasformarsi in una monarchia parlamentare, continuando però ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la Costituzione del 1991 è stata sostituita da una diversa costituzione».

La Corte si sforza anche, peraltro con scarso successo, di delineare i caratteri del test di “sostituzione”. Una legge di revisione – dice – non può essere trattata come una legge ordinaria, incapace come tale di modificare la Costituzione; non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, giacché il divieto di sostituzione non equivale a pietrificare una parte della Costituzione; neppure vi sono «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili». Piuttosto, occorre domandarsi se «gli emendamenti *nel loro insieme* <sup>30</sup> costituiscano una modifica di tale dimensione e importanza sì che risulti manifesto che la Costituzione originaria è stata rimpiazzata da una costituzione totalmente diversa, dacché gli emendamenti rappresentano una sostituzione totale o parziale di essa».

Si legge poi in una sentenza del 2010 (C-141/2010): nel «giudizio di sostituzione» si deve guardare non a un particolare articolo della Costituzione, ma alla «Costituzione tutta, intesa alla luce degli elementi essenziali che definiscono la sua identità». Nel giudizio di sostituzione «(a) si valuta se la riforma introduca un nuovo elemento essenziale alla Costituzione, (b) si analizza se tale elemento rimpiazza quello originariamente adottato dal costituente, e poi (c) si confronta il nuovo principio con il precedente per verificare non se siano distinti, il che sarà sempre il caso, ma se siano opposti o integralmente differenti, tanto da risultare incompatibili».

E ancora: in una decisione del 2011 (C-574/2011) la Corte tenta nuovamente di articolare la natura del «giudizio di sostituzione» nel modo che segue. Per dimostrare che «un elemento essenziale definitorio della identità» della Costituzione è stato sostituito, la Corte deve anzitutto enunciare chiaramente quale esso sia e argomentare perché esso abbia carattere essenziale, definitorio, «strutturale o assiale», per la Costituzione «integralmente considerata». Ciò richiede una lettura «trasversale e integrale», un’analisi «storica e sistematica», della Costituzione. La Corte deve poi mostrare che l’elemento in questione non è riducibile ad una specifica clausola costituzionale: diversamente tale clausola risulterebbe pietrificata, intangibile, e il giudizio della Corte si convertirebbe, da giudizio di incompetenza, in un giudizio «di

---

<sup>30</sup> La sottolineatura è mia.

contraddizione materiale», che alla Corte è precluso, giacché essa non può sindacare il contenuto della revisione, può solo controllare che il potere di revisione non abbia superato i propri limiti di competenza. Infine, la Corte deve determinare se questo elemento essenziale sia stato non semplicemente alterato, modificato, o vulnerato, ma rimpiazzato, ossia sostituito da un nuovo elemento, egualmente essenziale, non semplicemente «distinto», ma «opposto o completamente differente», al punto da risultare «incompatibile con gli elementi definitori della identità della Costituzione anteriore»<sup>31</sup>.

Nondimeno, la Corte riconosce che il concetto di sostituzione «non è un concetto completo, finito [*acabado*], esaurito [*agotado*], che consenta di identificare l'insieme totale di ipotesi che lo caratterizzano»: la Corte può solo analizzare se un principio strutturale sia stato sostituito «in ogni caso concreto»<sup>32</sup>.

La Corte ammette dunque che il “giudizio di sostituzione” è intrinsecamente una valutazione *case by case*, cioè non soggetta a regole predeterminate, e pertanto largamente, se non totalmente, discrezionale.

Come che sia, la costituzione risulta non solo modificata, ma decisamente sostituita, allorché venga alterata la sua *identità*. Occorre dunque domandarsi in che consista la “identità” di una costituzione.

7. La quinta mossa della Corte colombiana consiste precisamente nel determinare l'identità – i caratteri definitori – della costituzione. Ma qui il discorso della Corte si fa ondivago e, fatalmente, molto approssimativo.

(i) Nella sentenza 551 del 2003, la Corte dice che, per accertare l'identità della costituzione, occorre «tenere conto dei principi e valori che essa contiene»<sup>33</sup>.

Pare dunque che l'identità della costituzione risieda, non (banalmente) nel suo testo, e neppure nelle sue regole di dettaglio, ma nei suoi principi e/o valori. Si tratta di una concezione “sostanzialistica” della costituzione e della sua identità.

Questo modo di vedere sembra supporre (a) che la costituzione sia non un banale insieme di disposizioni, come tale definibile

---

<sup>31</sup> Ad esempio, la Corte ha pronunciato decisioni di incostituzionalità per violazione dei principi di libertà di voto dell'elettore (C-1200/2003) e di autonomia personale («elemento consustanziale alla dignità umana»: C-574/2011).

<sup>32</sup> In tal senso anche C-1040/2005.

<sup>33</sup> Sicché, ad esempio, non sarebbe lecito sostituire lo «Stato democratico e sociale di diritto (art. 1 Cost.) con uno Stato totalitario, con una dittatura o una monarchia». Ma l'esempio, a onor del vero, non sembra del tutto pertinente, giacché mescola le diverse forme dello stato con i diversi possibili contenuti dell'ordinamento statale.

estensionalmente<sup>34</sup>, ma qualcosa come una totalità armonica di principi e valori, e (b) che in seno alla costituzione si possa distinguere tra regole e principi. Dal che si potrebbe concludere che la revisione può sì toccare le disposizioni costituzionali, nel loro tenore letterale, e/o le regole (assiologicamente marginali) che esse esprimono, ma non i principi o valori che il testo esprime (e/o sottintende) senza rompere l'armonia e alterare così l'identità della costituzione.

Tuttavia la Corte colombiana nega espressamente questa conclusione: ammette che la revisione costituzionale possa contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale», e insiste che nella Costituzione colombiana non vi sono principi pietrificati, intangibili<sup>35</sup>, che la revisione costituzionale non possa contraddire. E d'altra parte, in questa decisione, la Corte non sostiene che, tra i principi costituzionali, ve ne siano alcuni caratterizzanti o "supremi", e che solo questi ultimi siano sottratti alla revisione costituzionale.

Sicché, alla fine, questa prima soluzione al problema dell'identità della costituzione risulta alquanto inconcludente.

(ii) La questione è ripresa in una successiva sentenza del 2003 (C-1200/2003), ma con una variante significativa.

Come si ricorderà, la Corte afferma che la costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto»: se la Colombia si trasformasse da repubblica in monarchia parlamentare, «sia pure continuando ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la Costituzione del 1991 è stata sostituita da una diversa costituzione».

L'identità della costituzione sembra qui risiedere non nei suoi principi e (inafferrabili) valori, bensì nella forma di stato. Senza dubbio, questo criterio di identità è assai meno evanescente del precedente.

Questo modo di vedere è molto diverso dal precedente, giacché fa riferimento non più al contenuto normativo dell'ordinamento, ma appunto alla forma di stato. Il concetto di "forma di stato", per

---

<sup>34</sup> Ossia per semplice enumerazione degli elementi (le norme, in questo caso) che compongono l'insieme.

<sup>35</sup> "Supremi", nel linguaggio della Corte costituzionale italiana, la quale considera "supremi" i principi che «qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente» (Corte cost. it. 159/2009). Di «intangibilità dei principi coesenziali ad un ordinamento positivo», discorre C. Mortati, *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1986 (estratto da *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962), 208.

quanto vago e discutibile esso sia <sup>36</sup>, ha un nucleo di significato su cui non si può non convenire: monarchia e repubblica, stato unitario e stato federale, democrazia e autocrazia, per fare gli esempi più ovvi, sono forme di stato che chiunque direbbe differenti.

Se poi, seguendo Kelsen, si vogliono ricondurre tutte le forme di stato, in ultima analisi, al modo di produzione del diritto, e dunque alle norme sulla produzione giuridica <sup>37</sup>, il criterio di identità della costituzione risulta ancora più semplice e trasparente. Giacché le norme sulla produzione giuridica, a differenza dei principi "strutturali", sono riconoscibili dal giudice costituzionale (o da chiunque altro) con un modesto grado di discrezionalità.

---

<sup>36</sup> Sia detto di passaggio: nella letteratura italiana, che usa distinguere tra forme di stato e forme di governo, il concetto di forma di stato risulta opaco sotto almeno quattro profili. (i) In primo luogo, il concetto è comunemente definito con un linguaggio oscuro e privo di qualunque rigore, mediante espressioni del tipo: l'"assetto strutturale" dello stato, il "modo di essere dell'intero assetto della 'corporazione' statale", "il complesso degli elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento", etc. (ii) In secondo luogo, non è chiaro perché si stia parlando di "forma" dello stato, dal momento che, almeno nel tracciare alcune distinzioni, si fa riferimento ad aspetti dell'ordinamento costituzionale (o dell'ordinamento giuridico in genere) che nulla hanno di "formale" in alcun senso plausibile di questa parola, ma palesemente attengono piuttosto al contenuto normativo dell'ordinamento. Ad esempio, alcuni distinguono tra forme di stato a seconda che l'ordinamento includa, o no, il principio di eguaglianza e/o certe libertà individuali dei cittadini e/o il principio di legalità dell'amministrazione. Si può convenire che si tratti di caratteristiche strutturali e caratterizzanti di un ordinamento, ma con ogni evidenza attengono al suo contenuto normativo. (iii) In terzo luogo, si usa talora come criterio di distinzione la relazione che si instaura tra governanti e governati (concetto peraltro quanto mai evanescente), talaltra la relazione – del tutto diversa – tra governo e territorio, altre volte ancora il sistema sociale e/o (nuovamente) il contenuto dell'ordinamento normativo e/o l'ideologia politica dominante. Ad esempio: per un verso, conformemente ad una risalente tradizione, si distingue tra monarchia e repubblica; per un altro verso, si distingue tra stato patrimoniale, stato di polizia, e stato di diritto, e poi ancora tra stato liberale, stato democratico, stato sociale, e stato totalitario; per un altro verso ancora si distingue tra stato unitario e stato federale. È ovvio che queste distinzioni poggiano su criteri diversi ed eterogenei – non sempre chiari, peraltro – sicché non possono essere accostate sotto l'unico denominatore della "forma di stato". (iv) In quarto luogo, la classificazione delle forme di stato risulta anche insoddisfacente perché: da un lato, si prendono in considerazione aspetti dell'organizzazione costituzionale, che parrebbero rilevanti piuttosto per la distinzione delle cosiddette "forme di governo" (tipico esempio: la divisione dei poteri); dall'altro, si omette invece di prendere in considerazione certi aspetti dell'organizzazione costituzionale, la cui rilevanza per la forma di stato – in un senso accettabile di questa espressione – a me pare indiscutibile (ad esempio, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi).

<sup>37</sup> Concretamente alle norme che conferiscono poteri normativi: soprattutto il potere legislativo, inteso come creazione di norme generali. L'insieme delle norme che conferiscono poteri normativi è ciò che Kelsen chiama "costituzione materiale" (in un senso, dunque, assai diverso da quello di Mortati).

Come che sia, nel 2005 fu sottoposta alla Corte la questione di legittimità di una revisione che consentiva la rielezione per la seconda volta consecutiva del Presidente della Repubblica allora in carica. La Corte (nelle sentenze da C-1040 a C-1057/2005) deliberò che tale revisione, malgrado la sua evidente importanza politica, *non* costituiva sostituzione della Costituzione, giacché non toccava i fondamenti dello Stato sociale di diritto, il Presidente era pur sempre eletto direttamente dal popolo, ed erano conservati tutti i pesi e contrappesi propri della forma di governo adottata dalla Costituzione. Nel 2010, però, la Corte ebbe occasione di giudicare della legittimità di una nuova legge di revisione<sup>38</sup> la quale consentiva una terza rielezione consecutiva del Presidente. Nella sentenza C-141/2010, la Corte dichiarò incostituzionale la legge in questione, adducendo, tra l'altro, che un terzo mandato del Presidente avrebbe impedito l'alternanza politica, danneggiato i diritti politici della minoranza, e alterato l'equilibrio dei poteri a favore dell'esecutivo, mettendo così in discussione la stessa separazione dei poteri<sup>39</sup>.

(iii) Tuttavia, ancora nella sentenza 1200 del 2003, la Corte – ribadito che non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, né «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili» – afferma che dati «emendamenti nel loro insieme» possono costituire una modifica di tale dimensione e importanza da sostituire, in tutto o in parte, la Costituzione originaria.

La Corte colombiana<sup>40</sup>, dunque, non si avventura qui sul terreno impervio dei principi “supremi” sovra-costituzionali, cioè paradossalmente sovraordinati alla costituzione cui pure appartengono, anzi scarta espressamente questa opzione. Avanza però l'idea che, sebbene emendare una o più disposizioni (toccare uno o più principi) costituzionali di per sé non incida sull'identità della costituzione, tuttavia una *pluralità* di emendamenti – una revisione “massiva” – possa “nel suo insieme” sostituire la costituzione<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Più precisamente: una legge che convocava un referendum di revisione.

<sup>39</sup> In proposito: S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*, cit., 84 ss. In questa stessa sentenza si leggono importanti osservazioni “teoriche” sulla «forma politica», la quale include, secondo la Corte, il «sistema di governo», la «forma di governo» (in particolare «repubblicana»), e il «regime politico».

<sup>40</sup> A differenza della Corte costituzionale italiana.

<sup>41</sup> Per inciso: secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca, deve ritenersi revisione “totale” – e dunque sostituzione – «non solo la revisione consistente nella sostituzione dell'intero testo costituzionale, ma anche quella conseguente alla sua trasformazione progressiva attraverso una pluralità di revisioni parziali successive ed altresì quella conseguente alla modifica, o deroga, con legge costituzionale, di taluni principi fondamentali, “di costruzione” (*Bauprinzipien*, o *Baugesetze*), tra i quali il principio dello Stato di diritto e la separazione dei poteri, il principio di eguaglianza e gli altri *Grundrechte*, il

La Corte imbocca, in questo modo, una via alquanto insidiosa, giacché, riecheggiando certo inconsapevolmente la dialettica hegeliana, suggerisce, se così si può dire, che la quantità possa trasformarsi in qualità: si può ben cambiare un principio costituzionale, ma non una (vasta) pluralità di principi, almeno non simultaneamente. Ciò sottintende un criterio di identità della costituzione meramente intuitivo, certo non insensato<sup>42</sup>, ma del tutto evanescente.

(iv) In una decisione del 2011 (C-574/2011), la dottrina della Corte cambia ancora<sup>43</sup>. Qui la Corte introduce la nozione di «principi strutturali», contenuti nella costituzione formale, ma caratterizzanti la «costituzione materiale». In essi giace l'identità della costituzione.

La Corte distingue poi tra sostituzione totale e sostituzione parziale<sup>44</sup>. La sostituzione è totale allorché la costituzione «come un tutto» è rimpiazzata da un'altra, e questa è cosa che solo il potere costituente originario (cioè il popolo) potrebbe fare. La sostituzione della costituzione è parziale allorché «un elemento essenziale definitorio della sua identità è rimpiazzato da un altro completamente distinto». La competenza del potere di revisione non si estende fino a «gli elementi fondamentali [*básicos*] o fondamenti strutturali» che identificano la Costituzione.

Dunque, non tutti i principi costituzionali indistintamente danno identità alla costituzione, ma solo certi principi caratterizzanti, «strutturali», «essenziali», «definitivi» (cioè, sembrerebbe, i principi «supremi» della giurisprudenza costituzionale italiana)<sup>45</sup>.

La sostituzione (sia pure solo parziale) della costituzione consiste insomma nella sostituzione di uno dei suoi principi strutturali. A ben vedere, ciò è quanto dire che l'identità della costituzione giace nei principi che, appunto, la identificano. Ma quali? In mancanza della enumerazione dei principi caratterizzanti, ciò è nulla più che una tautologia, che nulla dice intorno al criterio di identità della

---

principio democratico e quello federale» (G. Parodi, «La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2001-2002», in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 4121; vedi anche G. Parodi, «La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 1999-2000», in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3052 s.).

<sup>42</sup> L'emendamento, poniamo, di 100 articoli di una costituzione che ne conta 200, non avrebbe forse, intuitivamente, l'effetto di sostituire la costituzione vigente?

<sup>43</sup> Per non appesantire troppo il discorso, ometto l'analisi di altre decisioni, pure rilevanti, quali C-816/2004, C-970/2004, C-1040/2005, etc. Nella sentenza C-970/2004 si legge tra l'altro: «Una cosa è alterare un principio fondamentale, altra cosa distinta è sostituire un elemento definitorio della identità della Costituzione».

<sup>44</sup> Così anche in C-757/2008.

<sup>45</sup> Di «intangibilità dei principi coessenziali ad un ordinamento positivo», discorre C. Mortati, *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1986 (estratto da *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962), 208.



costituzione, e lascia alla Corte una discrezionalità totale nel valutare *case by case* quali principi siano “strutturali” (pertanto insostituibili) e quali no <sup>46</sup>.

8. Scrive Carlos Bernal Pulido, in un *informe* <sup>47</sup> presentato alla Corte costituzionale dell'Ecuador: «La dottrina [della Corte colombiana] ha la struttura di un argomento composto da quattro premesse e da una conclusione. Prima premessa: la competenza a controllare il rispetto del procedimento di riforma include la competenza a controllare che l'organo riformatore sia, a sua volta, competente a riformare la costituzione. Seconda premessa: la competenza a riformare la costituzione non porta con sé la competenza a sostituirla, ma solo a modificarla. Terza premessa (che deriva dalle due precedenti): la Corte costituzionale è competente a controllare che l'organo riformatore abbia modificato, e non sostituito, la costituzione. Quarta premessa: solo un'analisi del contenuto delle riforme consente di stabilire se la costituzione sia stata modificata o sostituita. Conclusione: la competenza a verificare se la costituzione sia stata sostituita include la competenza a controllare il contenuto delle riforme costituzionali».

Nella sentenza C-1040/2005, la Corte, a sua volta, sintetizza così la sua dottrina.

(i) La Costituzione colombiana non contiene clausole immodificabili.

(ii) Il potere di revisione tuttavia è soggetto a limiti di competenza: «il riformatore della Costituzione non è sovrano».

(iii) In virtù di tali limiti, il potere di revisione può emendare la costituzione, ma non sostituirla interamente: solo il potere costituente originario potrebbe sostituire la costituzione.

(iv) Per stabilire se una data revisione sia, in realtà, una sostituzione della costituzione, è necessario prendere in considerazione i principi strutturali che le danno identità.

9. Nessuna delle decisioni qui analizzate o menzionate è stata presa, dalla Corte colombiana, all'unanimità. Tra le opinioni ora dissenzienti, ora concorrenti, meritano di essere riferite quelle del

---

<sup>46</sup> Tra questi – nella sentenza C-970/2004 – la Corte include, a mo' d'esempio, il principio democratico e il principio della separazione dei poteri. Principi, entrambi, che identificano la forma dello stato (in qualche senso di questa espressione).

<sup>47</sup> Inedito, di cui sono venuto a conoscenza grazie alla cortesia di Mauricio Maldonado Muñoz.

giudice Humberto Sierra Porto (HSP d'ora in avanti) relative soprattutto alle sentenze C-1040/2005 e C-141/2010 <sup>48</sup>.

HSP contesta in radice la tesi dei limiti alla revisione costituzionale, e adduce contro di essa una grande quantità di argomenti. Per comodità, li raggruppo in quattro classi (sebbene i confini tra una classe e l'altra siano alquanto approssimativi).

(i) Tre argomenti interpretativi.

Anzitutto, HSP sostiene (argomento letteralista) che la tesi dei limiti alla revisione è in contrasto con il tenore letterale dell'art. 241 della Costituzione (e come dargli torto?): estendendo il controllo della Corte al contenuto delle leggi di revisione, si priva l'espressione "vizi di procedimento" del suo «senso naturale, derivato dalle accezioni del linguaggio comune e del linguaggio giuridico».

Inoltre, sostiene (argomento *a contrario*) che, poiché la Costituzione non indica tassativamente i limiti di contenuto cui è soggetta la revisione, «si deve ritenere che essi non esistano» affatto.

Infine, sostiene (argomento originalista-intenzionalista) che la tesi in questione è in contrasto con l'intenzione originaria del costituente, giacché nell'ordinamento costituzionale precedente la Corte suprema di giustizia, che fungeva da organo di giustizia costituzionale, riteneva vi fossero limiti alla revisione; e risulta dai lavori preparatori della Costituzione del 1991 che i costituenti intendevano reagire precisamente a questo orientamento giurisprudenziale, limitando di conseguenza le attribuzioni della Corte costituzionale.

(ii) Un argomento logico.

Il ragionamento della Corte, sostiene HSP, è intrinsecamente contraddittorio, giacché: per un verso, in ossequio alla lettera della Costituzione, nega che vi siano clausole costituzionali pietrificate, e dunque limiti materiali alla revisione; ma, per un altro verso, afferma che vi sono in Costituzione «elementi strutturali» immodificabili, il che converte siffatti elementi strutturali in clausole pietrificate. La figura dei "vizi di sostituzione" della costituzione si risolve precisamente in quel controllo materiale sul contenuto delle leggi di revisione, espressamente proibito dall'art. 241, come la stessa Corte riconosce, e non si vede come si possa esercitare un controllo siffatto se non vi sono limiti materiali al potere di revisione. I limiti alla revisione attengono «solo al procedimento di deliberazione, non al contenuto delle decisioni».

(iii) Quattro argomenti dogmatici (di "teoria" costituzionale).

HSP, anzitutto, rifiuta la distinzione, o almeno una distinzione netta, tra potere costituente e potere di revisione. Il potere di revisione, a suo avviso, è – benché derivato, non originario – genuino

---

<sup>48</sup> Su di esse ha richiamato la mia attenzione Andrés Morales. Per la precisione, è *dissenting* l'opinione di HSP nella sentenza C-1040/2005, mentre è *concurring* la sua opinione nella sentenza C-141/2010, di cui lo stesso HSP è estensore (!).

potere costituente. Il che è quanto dire che non è soggetto a limiti sostanziali. Certo, «una volta instaurata una costituzione, tutto l'esercizio del potere costituente è derivato o costituito, poiché deve operare entro i limiti [di procedimento] imposti nel testo costituzionale». Ma anche la revisione spetta, in definitiva, «al titolare della sovranità, cioè al popolo, secondo i casi direttamente o attraverso organi da esso eletti»<sup>49</sup>.

Per conseguenza, secondo HSP, la tesi dei limiti taciti alla revisione si risolve in una alterazione del principio di sovranità popolare e in una indebita limitazione della sua estensione.

Inoltre, secondo HSP, la tesi degli elementi strutturali immutabili ha il torto di cambiare «in modo radicale e profondo» il concetto stesso di costituzione: dalla costituzione formale (scritta) alla cosiddetta «costituzione materiale».

Infine, sostiene HSP che «il parametro di validità di una riforma costituzionale non può essere l'ordinamento costituzionale preesistente, precisamente perché in quel caso non si avrebbe [alcuna] riforma».

(iv) Due argomenti politici.

Il «giudizio di sostituzione», osserva HSP, ha natura politica ed è intrinsecamente soggettivo – «dipende interamente dalla volontà dell'interprete», dal «libero apprezzamento del giudice» in ciascun

---

<sup>49</sup> Sia detto per inciso: la distinzione tra potere costituente e potere di revisione non mi pare discutibile. La nozione di potere costituente si definisce, banalmente, per opposizione a quella di potere costituito. Si dice «costituito» ogni potere «legale», ossia conferito e disciplinato da norme positive (ed esercitato, almeno *prima facie*, in conformità ad esse). Le norme che promanano da un potere costituito trovano il loro fondamento dinamico di validità nelle norme sulla produzione giuridica dell'ordinamento positivo di cui si tratta. Si dice per contro «costituente» il potere che di fatto instaura una «prima» costituzione, ossia una costituzione che non trova il suo fondamento di validità (e legittimità) in una costituzione precedente. Il potere costituente è banalmente il *fatto* politico da cui la (prima) costituzione nasce. Una prima costituzione è insomma una costituzione emanata *extra ordinem* – frutto di rivoluzione (in senso ampio) – e pertanto priva di fondamento di validità in norme (le eventuali norme sulla produzione costituzionale) proprie dell'ordinamento costituzionale precedente. Con il corollario che la prima costituzione è né valida, né invalida, nell'ambito dell'ordinamento di cui essa è costituzione. Il criterio di esistenza giuridica della prima costituzione è l'effettività. Il concetto di revisione costituzionale suppone che il testo costituzionale, pur emendato, conservi tuttavia la sua identità (come un uomo non perde la sua identità quando gli si amputi o gli si trapianti un arto, così la costituzione non perde la sua identità quando sia sottoposta a revisione). Per contro, il concetto di instaurazione costituzionale suppone che la costituzione preesistente sia sostituita, e che dunque la costituzione vigente cambi identità. Insomma, è del tutto sensato sostenere che la revisione costituzionale non possa alterare l'identità della costituzione, senza con ciò tramutarsi in potere costituente. Il problema in discussione è non se il potere costituente sia altra cosa dal potere di revisione, ma quale sia il criterio di identità della costituzione, e pertanto il criterio di distinzione tra l'uno e l'altro.

caso concreto – giacché non si fonda su alcuna norma giuridica preesistente, che definisca (e proibisca) la “sostituzione” della costituzione. È pertanto un «tipico esercizio del criticato decisionismo giudiziale».

In questo modo, la Corte mette in discussione le stesse fondamenta democratiche del sistema politico colombiano, poiché «un corpo giudiziale si arroga la potestà di decidere quali questioni possano essere sottoposte alla decisione popolare».

10. Per concludere questa analisi programmaticamente inconcludente, osserverò soltanto che a mio modo di vedere il problema della identità di una costituzione può essere affrontato in sede teorica da due punti di vista, molto diversi ma complementari: quello della teoria politica e quello della teoria giuridica, rispettivamente.

(i) Dal punto di vista politico, si può convenire che ogni costituzione si identifichi per il modo in cui disegna l'organizzazione dei pubblici poteri. Sono rilevanti in tal senso: il modo di formazione dei supremi organi costituzionali; il modo in cui sono distribuite tra di essi le funzioni giuridiche fondamentali; il modo in cui sono disciplinati i loro reciproci rapporti.

Ma naturalmente i confini tra un tipo di organizzazione politica e un altro sono labili. È facile mostrarlo con qualche semplice esempio. Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il controllo di costituzionalità sulle leggi altera o no l'identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il rapporto fiduciario tra governo e parlamento altera o no l'identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il suffragio universale nella designazione del capo dello stato altera o no l'identità della costituzione? È evidente che qualunque risposta a domande di questo tipo suppone una valutazione *lato sensu* politica.

(ii) Dal punto di vista giuridico, il problema della identità di una costituzione ammette, dopo tutto, anche una risposta molto semplice e completamente diversa da tutte quelle fin qui incontrate: una risposta che non suppone alcun giudizio di valore sul contenuto della revisione.

Una costituzione può essere concepita banalmente come un *insieme* di disposizioni<sup>50</sup>. Conferire all'una o all'altra disposizione (o alla norma da essa espressa) un valore superiore alle altre, istituendo

---

<sup>50</sup> Naturalmente, tali disposizioni sono soggette a interpretazioni confliggenti e mutevoli nel tempo. E, in un senso, si può ben dire che ogni nuova interpretazione costituzionale modifichi la costituzione esistente (vedi ad es. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004). Ma, quando si discorre di revisione costituzionale, il mutamento della costituzione per via di interpretazione non è rilevante, giacché una revisione costituzionale consiste nell'emendare il *testo*.

così una gerarchia assiologica tra disposizioni (o norme) di una medesima costituzione, può solo essere frutto di un giudizio di valore.

Ma, se prescindiamo da ogni valutazione, il punto interessante è che un insieme può essere modificato in tre modi: aggiungendo un elemento, sottraendo un elemento, o sostituendo un elemento (la sostituzione essendo, ovviamente, una combinazione di addizione e sottrazione)<sup>51</sup>. Addizione, sottrazione, e sostituzione hanno, tutte, l'effetto di *cambiare l'insieme*, e dunque di alterarne estensionalmente la "identità"<sup>52</sup>.

Sicché, ove la costituzione sia considerata come un insieme di disposizioni, ogni emendamento (additivo, soppressivo, o sostitutivo) produce una costituzione distinta dalla precedente.

Con questo non si vuol dire che ogni revisione costituzionale<sup>53</sup> costituisca di per sé "instaurazione di una nuova costituzione", che sarebbe un modo troppo enfatico di descrivere la cosa. Si vuol dire, con sano formalismo, che la distinzione tra revisione costituzionale e instaurazione costituzionale, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione, può essere cercata non nel contenuto dei relativi atti normativi, ma nella loro "forma"<sup>54</sup>.

Qualunque emendamento, per quanto incida in profondità sul testo previgente, se attuato nelle forme che la stessa costituzione prevede, costituisce mera revisione, sicché non altera l'identità costituzionale. Qualunque emendamento attuato *extra ordinem*, per

---

<sup>51</sup> È, questa, una nozione elementare di teoria degli insiemi.

<sup>52</sup> Cfr. E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, 76 ss.

<sup>53</sup> E ancora meno ogni nuova interpretazione del testo.

<sup>54</sup> Scrive Kelsen: «Lo Stato rimane lo stesso anche se la sua costituzione viene modificata per via giuridico-positiva, vale a dire nelle forme prescritte dalla costituzione stessa. La modificazione può essere incisiva quanto si vuole, però – se avviene in modo conforme a quanto prescritto – non vi è assolutamente alcuna ragione per supporre che con la costituzione modificata sia sorto un nuovo Stato. Soltanto se la modificazione della costituzione ha luogo in forma di rottura della costituzione [...] allora si può parlare di un nuovo Stato» (H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. Giuffré, Milano, 2013, 563). E ancora: «Occorre distinguere fondamentalmente due casi. Nel primo caso la costituzione viene modificata alle condizioni da essa stessa sancite [...]; per esempio, una monarchia assoluta viene trasformata, con una legge del monarca, in una monarchia costituzionale. La continuità del diritto è garantita [...]. Il secondo caso, diverso in linea di principio dal primo, è quello di una trasformazione rivoluzionaria della costituzione, cioè attraverso una rottura della costituzione esistente. Il criterio decisivo è questo, indipendentemente dal fatto che la modifica costituzionale sia più o meno profonda» (H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, 1920, trad. it. Giuffré, Milano, 1989, 347). Sul punto cfr. A. Ross, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, 1929, trad. sp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 434 ss.

quanto politicamente banale, costituisce esercizio di potere costituente, e per ciò stesso interrompe la continuità dell'ordinamento.

Naturalmente, possono darsi casi "difficili", in relazione ai quali è discutibile se una data revisione sia stata compiuta nelle "forme" dovute o invece *extra ordinem*.

Un buon esempio è il seguente. L'art. 11 della costituzione francese (1958) consente al Presidente della Repubblica di sottoporre direttamente a referendum un progetto di legge «relativo all'organizzazione dei pubblici poteri». La stessa costituzione, però, disciplina altrove, in modo del tutto differente, la revisione costituzionale; sicché sembra ovvio, in sede di interpretazione cognitiva, che l'art. 11 non si applichi a progetti di legge di revisione costituzionale. Nondimeno, come si sa, nel 1962 il generale De Gaulle si avvalse (o pretese di avvalersi) dell'art. 11 per sottoporre a referendum precisamente un progetto di revisione costituzionale (relativo alla elezione del Presidente a suffragio universale), interpretando l'espressione "organizzazione dei pubblici poteri" come sinonimo di "costituzione" (in senso "materiale"). Interpretazione che a tutti parve non plausibile e imprevedibile, e pertanto "creativa". Semplice revisione o genuino esercizio di potere costituente?