

## CAPITOLO I

# ORDINAMENTI GIURIDICI E CRISI ECONOMICA: PER UNA TEORIA DELLA “MUTAZIONE” COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo moderno tra precarietà storica e crisi economica: verso un nuovo modello? – 2. I termini del problema: trasformazioni “classiche” vs. mutazioni “contemporanee”. – 3. Un caso particolare di trasformazione costituzionale: le interazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. – 4. Mutazione costituzionale: una definizione. – 5. Le coordinate della mutazione costituzionale: un itinerario di ricerca. – 6. *Constitutional mutation* e crisi economica: le trasformazioni nel diritto europeo. – 7. *Constitutional mutation* e crisi economica: gli effetti sugli Stati membri. – 8. Il potenziale trasformativo della condizionalità economica. – 8.1. Condizionalità e ordinamento europeo. – 8.2. Dimensioni della mutazione costituzionale negli Stati membri. – 8.2.1. Sovranità. – 8.2.2. Divisione dei poteri. – 8.2.3. Tutela dei diritti e ruolo delle Corti. – 9. Dentro la mutazione costituzionale: l’itinerario che seguirà.

### **1. Il costituzionalismo moderno tra precarietà storica e crisi economica: verso un nuovo modello?**

“Il costituzionalismo occidentale contemporaneo è una costruzione ‘precaria’, perché in fondo poggia su una base filosofica vacillante”<sup>1</sup>: così chiudeva Giovanni Bognetti la sua opera “Lo spirito del costituzionalismo americano”.

Tale affermazione non appare, oggi, particolarmente controversa agli occhi degli studiosi di diritto costituzionale comparato, posto che – come noto – le costituzioni, norme costitutive e regolative della vita politica, sono fatte dagli uomini e per gli uomini, ciò rendendole partecipi delle con-

---

<sup>1</sup>G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Giappichelli, 2000, p. 340.

tradizioni insite nella natura umana stessa: da un lato l'anelito verso la *Ewigkeit*<sup>2</sup>, la stabilità nel tempo<sup>3</sup>, dall'altro la contingenza e, ultimamente, la caducità. Come la storia degli individui, la storia delle costituzioni moderne è segnata, dunque, dal susseguirsi di una miriade di accadimenti, a volte manifesti, a volte impercettibili, che giungono ad incidere, più o meno in profondità, sui caratteri fondamentali di un dato ordinamento<sup>4</sup>.

In definitiva, dunque, le costituzioni moderne nascono portando dentro di sé questa tensione, laddove ambiscono a stabilire “un ordine fisso e invariabile”<sup>5</sup>, al fine di sottrarre i rapporti sociali e politici alle mutevoli condizioni derivanti da fattori storici spontanei di trasformazione<sup>6</sup> e, al contempo sono attraversate “dall'inevitabile e incessante mutamento della vita dello Stato”<sup>7</sup> e dall'evoluzione della storia, della società e dell'economia.

Essendo quindi il frutto di un percorso storico accidentato, il costituzionalismo stesso vive di momenti particolari: analogamente a quanto avviene nella geofisica per i terremoti, i sistemi costituzionali accumulano le tensioni originate dal lento, ma inesorabile trasformarsi della società, per poi liberare tale energia sotto forma di “rotture costituzionali”.

---

<sup>2</sup>H. DREIER, *Art. 79 (3) GG*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, 2015, p. 2025 ss.; P. HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in *Völkerrecht im Dienste des Menschen. Festschrift für Hans Haug*, 1986, pp. 81-108. P. KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, II, Heidelberg, pp. 261-316.

<sup>3</sup>Come ha osservato Luciani, “le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale. Sebbene anche le leggi – fatta eccezione per quelle che si qualificano dichiaratamente e volutamente temporanee – siano pensate per durare, solo la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco in un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da *quella* costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno. ... In realtà, quel che una costituzione vuole è molto di più: è plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. Tende, insomma, non solo all'eternità *nell'ordinamento*, ma all'eternità *dell'ordinamento*”. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013, p. 1.

<sup>4</sup>Come ha colto efficacemente Giovanni Bognetti, “l'ordinamento giuridico è come un grande ghiacciaio, composto di milioni di particole, che mai cessa dall'assestarsi e muoversi. Ma il suo movimento è di solito lento, ordinato e non pericoloso (anche se talvolta si danno invece accelerazioni improvvise, che producono grandi crepe e fratture)”, G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 22.

<sup>5</sup>G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il Futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, p. 39.

<sup>6</sup>*Idem*, p. 40.

<sup>7</sup>C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, 1940, ristampa con premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, p. 184.

Ripercorrendo la storia del costituzionalismo, pertanto, è possibile individuare momenti particolari in cui la trasformazione (o, come vedremo, la mutazione) del sistema appare particolarmente evidente<sup>8</sup>.

Lo studioso di diritto costituzionale comparato che attinga al metodo storico della comparazione conosce bene, quindi, il senso di precarietà testimoniato dalle costituzioni moderne, e – ancora di più – dal delinarsi, “già negli ultimi decenni del Novecento” di “fenomeni socio-economici nuovi che fanno intravedere possibili grandi, forse grandissimi, mutamenti nella organizzazione politica delle nostre società”<sup>9</sup>.

Mai come oggi, quest’ultima visione appare profetica: quello che sembra stagliarsi sullo sfondo dell’Europa, attraversata dalla crisi economica globale a partire dal 2008, è forse una prima crepa nell’edificio giuridico che poggia le sue fondamenta sui valori del costituzionalismo democratico-sociale<sup>10</sup>, che si è affermato nel corso del XX secolo nel mondo occidentale e che è sorto sulla base di determinate precondizioni storico filosofiche. Al mutare di queste ultime, come ricorda Grimm, non è escluso che il costituzionalismo assuma nuovi significati e nuove declinazioni. Nel momento presente è dunque più che mai urgente, “to inquire whether, or to what extent, the situation that brought forth the constitution has changed, and to gauge how, this affects the achievements of constitutionalism”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup>Un esempio particolarmente evidente di ciò riguarda il dibattito mondiale sui valori “costituzionalistici” dei diritti umani, della dignità, della pacifica convivenza tra popoli e nazioni avviato a seguito del doppio conflitto mondiale: come già sostenuto da C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, 1990, p. 27, “mai forse, nella sua lunga storia, il principio stesso del costituzionalismo è stato discusso come ora; mai gli attacchi contro di esso sono stati così determinati e forti”. Ciò testimonia come, al di là della apoditticità di tale affermazione che merita di essere indagata alla luce del momento storico di riferimento, più di una volta nel corso della storia il principio del costituzionalismo sia stato soggetto a interazioni con avvenimenti che ne hanno allo stesso tempo messo in crisi la struttura o modificato, in modo più o meno profondo, la natura.

<sup>9</sup>G. BOGNETTI, *La Divisione dei poteri*, Giuffrè, 2001, p. 158.

<sup>10</sup>La latitudine della crisi in cui si dibatte lo Stato contemporaneo come Stato costituzionale (sociale, democratico, di diritto) sospinge, così, a ripensare i *topoi* classici del costituzionalismo, ossia i limiti imposti costituzionalmente ai poteri a tutela dei diritti fondamentali (e in tale ottica a ripensare anche agli stessi limiti del costituzionalismo sganciato dai suoi luoghi classici), vale a dire del costituzionalismo disgiunto dalla statualità”, S. GAMBINO, *Crisi economica e diritti sociali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2015.

<sup>11</sup>D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2010, p. 13.

In questa prospettiva, ciò che sembra massimamente sfidato dai mutamenti in atto è la relazione, data quasi per scontata nel modello di stato social-democratico, tra sovranità popolare e capacità dello stato di definire e perseguire un bene condiviso, attraverso la garanzia dei diritti di libertà e di un certo benessere sociale.

Questo rapporto, che giace al cuore dello stato social-democratico, viene infranto non solo da circostanze del tutto imprevedibili (la crisi economica), ma anche dall'emergere di nuovi centri di potere e di decisione che, più o meno indirettamente, si frappongono tra lo Stato e i suoi cittadini<sup>12</sup>.

Della effettiva difficoltà in cui versa tale modello, costituisce un indiretto ma significativo indizio l'impatto di nuovi strumenti e istituzioni, in particolare finanziari, sull'assetto costituzionale degli Stati, che ha portato, come si mostrerà nelle pagine seguenti – che incentreranno la discussione sullo strumento forse più problematico della risposta alla crisi (la condizionalità) – alla torsione e violazione di principi costituzionali che sembravano dati ormai per assunti e in taluni casi sottratti al mutamento. Siamo di fronte a fenomeni, la crisi economica e la globalizzazione dell'economia di mercato che, insieme ad altri aspetti della contemporaneità – l'esercizio della forza e la manipolazione genetica dell'essere umano – sfidano il costituzionalismo, perché ripropongono “il primato del fatto sul diritto, con ciò revocando in dubbio, su temi di immediata e da tutti percepibile rilevanza, la pretesa del costituzionalismo di conformare, in modo consapevole, le basi della convivenza”<sup>13</sup>.

La domanda che sorge, dunque, guardando alle trasformazioni in atto – *rectius* alla “mutazione” – è se essa non riguardi solo la concreta declinazione degli assetti costituzionali, ma più profondamente i principi teorici e filosofici del costituzionalismo stesso, come già era avvenuto nel passaggio dal modello liberale, basato sul razionalismo filosofico classico, al modello social-democratico basato sul relativismo filosofico.

Si tratta ovviamente di una questione particolarmente complessa, che

---

<sup>12</sup> U.K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight Of Constitutionalism?*, cit.

<sup>13</sup> M. DOGLIANI, *Clausole di eternità e revisione costituzionale*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, 2007, p. 217. L'A. prosegue rilevando che “l'economia, le relazioni internazionali, le tecniche rese possibili dallo sviluppo scientifico esprimerebbero delle dinamiche acefale e delle cogenze – delle spinte necessitate a svolgere le premesse e le possibilità che esse di volta in volta pongono – nei confronti delle quali non ci sarebbe limite giuridico che possa mantenere la propria efficacia”.

forse solo il futuro prossimo potrà compiutamente svelare, la quale tuttavia non può che stagliarsi sullo sfondo, delimitandone l'orizzonte, degli accadimenti particolari e concreti che si affronteranno in questo lavoro.

Occorre dunque, pur guardando con la coda dell'occhio all'orizzonte, volgere lo sguardo sul sentiero che ci apprestiamo a seguire, tracciando così le coordinate di questo itinerario di ricerca.

## 2. I termini del problema: trasformazioni “classiche” vs. mutazioni “contemporanee”

Il metodo storico-comparatistico<sup>14</sup> può essere utile per guidare la nostra indagine nella comprensione di fenomeni di rottura/trasformazione negli ordinamenti costituzionali cui assistiamo oggi.

La caratteristica peculiare del costituzionalismo contemporaneo, infatti, è quella di essere definito da principi generalissimi o valori fundamentalissimi che in qualche misura esorbitano dai tradizionali confini nazionali e assumono, invece, una dimensione quasi globale.

Mi riferisco in particolare a quello che la dottrina chiama il c.d. “global constitutionalism”<sup>15</sup>, che vede l’affermazione su scala transnazionale di

---

<sup>14</sup> Il riferimento è alla concezione del metodo comparato propria di Giovanni Bognetti, espressa in particolare nell’opera “Introduzione al diritto costituzionale comparato”, cit. Secondo l’A. “conoscere gli ordinamenti per quello che essi sono vorrà dire cercare di individuare e di descrivere, nel modo più possibile aderente alla realtà, senza distorsioni e travisamenti, i contenuti dei singoli episodi in cui si sono utilizzate (cioè sono state “prodotte”, “applicate”, “disapplicate”, ecc.) norme giuridiche, secondo la successione degli episodi nel processo del divenire storico. (...) Appare allora chiaro che una conoscenza del diritto che non voglia fermarsi alla mera rilevazione cronachistica della superficie degli episodi componenti l’ordinamento (la constatazione dei contenuti delle determinazioni normative: la quale per altro è essenziale come punto di partenza) presupporrà il gusto per l’indagine storica e una sensibilità speciale per tutto ciò che è sviluppo ed evoluzione della storia. Presupporrà anche la voglia di ricostruire gli episodi giuridici in primo luogo nella direzione delle radici di ispirazione ideale che stanno alla loro base, tracciando alla fine un quadro dei valori che hanno plasmato il diritto e il suo corso; in secondo luogo, eventualmente, anche nella direzione dei rapporti con i fatti politici, sociali, economici che hanno, da vicino o da lontano, esercitato condizionamenti”, p. 23 ss.

<sup>15</sup> A.F. LANG, A. WIENER (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Edward Elgar Publisher, 2017; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi comuni del diritto pubblico globale*, Il Mulino, 2009; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e diritto oltre lo Stato*, Einaudi, 2009; A. PETERS, *Global Constitutionalism*, in M.T. GIBBONS (eds.), *The Encyclopedia of Political Thought*, John Wiley & Sons, 2015. Questa prospettiva analizza

centri di potere, impegnati nella difesa dei classici valori del costituzionalismo.

Se questa ricostruzione aiuta a capire il fenomeno della globalizzazione giuridica e della circolazione di modelli o sistemi sotto il profilo strettamente comparatistico, tale ricostruzione rende più difficoltosa la definizione delle modalità con cui nella storia le trasformazioni delle costituzioni delle democrazie occidentali sono fino ad oggi concretamente avvenute. Occorre dunque spostare lo sguardo alle specifiche esperienze storiche delle costituzioni moderne, per rintracciare in quelle stesse le matrici classiche del mutamento costituzionale.

Due in particolare sono, infatti, i modi attraverso cui i sistemi democratico-occidentali hanno resistito alla tensione accumulata dai rivolgimenti della storia producendo rotture o modifiche del patto costituzionale.

Il primo, che per altro costituisce una delle grandi questioni del costituzionalismo moderno occidentale fin dalle sue origini, è stato proprio quello di codificare e incanalare gli accadimenti incidenti sull'ordine costituzionale in procedure prestabilite<sup>16</sup>, al fine di preservare i valori fondanti l'ordinamento costituito: garantire la libertà e diritti dell'uomo dall'arbitrio del potere.

Questo fine unisce i destini, per altri aspetti divisi, del costituzionalismo di matrice americana con quello di matrice continentale: tanto l'uno quanto l'altro si sono, infatti, imbattuti nel dilemma della temporalità della costituzione e del suo rapporto con la realtà in divenire, identificando nelle – pur diverse – procedure di revisione costituzionale<sup>17</sup> uno strumento idoneo a contemperare le opposte esigenze di stabilità e mutamento<sup>18</sup>. Fon-

---

l'influenza della globalizzazione e della global governance sugli stati nazione, evidenziandone l'impatto rivoluzionario: "Global problems have compelled states to transfer previously typically governmental functions, such as guaranteeing human security, freedom, and equality, to 'higher' levels, and to nonstate actors acting in a transboundary fashion", p. 2.

<sup>16</sup> Per un inquadramento generale del tema della rigidità costituzionale, si veda A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, 1995; M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale*, Giappichelli, 1997. In chiave comparata si veda E. ROZO ACUNA (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *La Revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit.

<sup>17</sup> Per le previsioni relative alla revisione costituzionale delle costituzioni moderne, si veda T. GROPPI, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Giuffrè, 2001, p. 16 ss. Per un parallelo tra l'esperienza del costituzionalismo americano e francese si veda, R.L. BLANCO VALDÉS, *Il valore della Costituzione*, Cedam, 1997.

<sup>18</sup> La revisione costituzionale risponde alla necessità, insita in ogni sistema, di godere di un certo grado di flessibilità per rispondere ai molteplici cambiamenti in cui si imbatte,

damentale in tali esperienze è il concetto di potere costituente<sup>19</sup>, inteso da un lato “come concetto di legittimazione che non si limita a spiegare la genesi della costituzione, ma ne fonda altresì la validità normativa”<sup>20</sup> e dall’altro “come un concetto costruito dogmaticamente allo scopo di stabilizzare tale validità”<sup>21</sup>, che mira “all’eternità della sua opera e quindi all’assoluta fissità costituzionale”<sup>22</sup> sottraendo così l’ordinamento costituito all’incedere continuo e talvolta tumultuoso degli accadimenti. Tuttavia, come noto, tale astratta aspirazione si risolve in una finzione giuridica<sup>23</sup>, che emerge in

---

siano essi: “(1) changes in the environment within which the political system operates (including economics, technology, foreign relations, demographics, etc.); (2) changes in the value system distributed across the population; (3) unwanted or unexpected institutional effects; and (4) the cumulative effect of decisions made by the legislature, executive, and judiciary”, così D.S. LUTZ, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in *American Political Science Review*, 88, 1994, p. 355 ss.; si veda anche U.K. PREUSS, *The Implications of Eternity Clauses: The German Experience*, 44 *Isr. L. Rev.*, 2011, p. 432 ss.

<sup>19</sup> Sterminata è ovviamente la bibliografia che riguarda uno degli aspetti fondanti del costituzionalismo. In questa sede si rimanda, per una completa disamina sulle diverse accezioni del concetto a M. DOGLIANI, voce *Costituente (Potere)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. IV, Utet, 1989, pp. 281-287; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Cedam, 1995.

<sup>20</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 233.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, cit., p. 43.

<sup>23</sup> Esprime l’impossibilità di fondare la legittimità di un ordinamento costituzionale sulla continuità del potere costituente e sulla fattualità del contratto sociale M. ROSENFELD il quale osserva: “Liberal constitutions are thus supposed to be made by ‘We the People’ for ‘We the People’ and implemented by the latter as the product of its own will or, to borrow Rousseau’s expression, as the expression of its ‘general will’. That, however, is factually impossible if for no other reason than that for any constitution applicable during the lifetime of several generations the ‘We the People’ who makes the constitution is not the same as those for whom it is made and who must accept it as (self-)binding. Also, the factual impossibility at stake is the same whether a constitution is made for a city-state like Rousseau’s Geneva, a nation-state like France or the US, a transnational polity like the EU, or a global political union that encompasses all human beings throughout the world. (...) In short, factual legitimacy is impossible not only because of the temporal dimension of multi-generational constitutions, but also because of inevitable shortfalls regarding democracy. The social contract requires the unanimous consensus of all those bound by it, and no actual constitution-making or ratifying could possibly be unanimous or account for all relevant differences while maintaining a coincidence or full continuity between the constituent power (*pouvoir constituant*) and the constituted power (*pouvoir constitué*)”, ID., *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 25 no. 1, 2014, p. 182.

tutta evidenza quando il potere costituente si traduce in un'entità politica reale<sup>24</sup> relativa ad un determinato momento storico, essendo esso stesso storia<sup>25</sup>.

È da questa natura bifronte del potere costituente<sup>26</sup> e ultimamente delle costituzioni stesse che sorge il dilemma del costituzionalismo moderno: identificare “un modo in cui la costituzione giuridica, senza essere slegata dalla legittimazione del potere costituente, possa nondimeno essere preservata dall'esporsi i suoi fondamenti di validità e la sua stessa esistenza alle oscillazioni di un potere non ancora imbrigliato da norme, come è dimostrato dalle azioni e dalle emozioni politiche elementari ma anche da una ‘vita’ in costante divenire”<sup>27</sup>. È di fronte a questa vita in divenire che la via procedurale per la revisione costituzionale<sup>28</sup> mostra i suoi limiti nel fornire

---

<sup>24</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 234.

<sup>25</sup> G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, 1998, p. 25. Secondo l'A., “ogni sistema giuridico rappresenta una determinata fase nella storia dell'umanità. Gli ordinamenti giuridici hanno una loro storia e sono essi stessi storia”.

<sup>26</sup> Mario Dogliani identifica la duplice natura del modello di potere costituente affermatosi nel corso delle Rivoluzioni francese e americana; esso era cioè “formato da due parti: una, fissa, composta di norme ‘trovate’ dalla ragione, sottratte ad ogni arbitrio umano; l'altra, politica, consistente nell'affermazione che il popolo aveva il diritto di agire politicamente per affermare quelle norme di ragione”. M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 273.

<sup>27</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 242.

<sup>28</sup> Noto è il dibattito americano sull'esclusività o meno della procedura dell'articolo V per modificare la costituzione, sul quale diffusamente, B. ACKERMAN, *Higher Law Making*, in S. Levinson (a cura di), *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, 1996, p. 72. L' A. esclude l'interpretazione restrittiva dell'art. V: “Should modern Americans read Article V as if it described the only mechanisms they may appropriately use for constitutional revision at the dawn of the twenty-first century? The text does not answer this question explicitly. None of its 143 words says anything like ‘the Constitution may only be amended through the following precedures, and in no other way’. The Article makes its procedures sufficient, but not necessary, for the enactment of a valid constitutional amendment”. Sul punto, ex multis, A. REED AMAR, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, in *Columbia Law Review*, 94, 1994, pp. 457-458; R. ALBERT, *American Exceptionalism in Constitutional Amendment*, in *Arkansas Law Review*, 69, no. 2, 2016, p. 250. Secondo l'A. “constitutional change is possible even where political actors and the people do not abide by the rigid rules of Article V, as long as the people will is clear”.

un argine nel quale incanalare e limitare le forze del cambiamento<sup>29</sup>. Esse, al contrario, si muovono su un terreno extra-costituzionale ed eminentemente politico<sup>30</sup> e, di fatto, modificano la costituzione materiale, pur lasciandone intatto il testo. È questo il secondo modo attraverso il quale avviene il mutamento costituzionale: attraverso processi trasformativi che, con intensità variabile, sono in grado di incidere sul dato costituzionale, talvolta radicalmente, come avvenuto negli Stati Uniti ad opera di quelli che Bruce Ackerman ha definito “constitutional moments”<sup>31</sup>, tal’altra con un impatto più modesto, profondo ma non dirompente, come ci ricorda Bartole<sup>32</sup> rispetto alle trasformazioni non formalizzate in nuove norme costituzionali che hanno costellato la storia repubblicana italiana. Si parla così di “living constitution”<sup>33</sup>, nella quale si alternano vicende di assesta-

---

<sup>29</sup> Come ci ricorda J. Bryce, quando di fronte a casi concreti non regolamentati dal dettato costituzionale, le autorità legislative ed esecutive devono adottare provvedimenti che la costituzione non dà il potere di emanare, esse hanno tre alternative. La prima è “assoggettarsi alle restrizioni che la costituzione impone e abbandonare, sebbene lo richieda il pubblico interesse, un progetto di intervento a cui per altro si era pensato”. La seconda è “modificare la costituzione”, anche se ciò potrebbe rivelarsi “praticamente impossibile perché la procedura per l’approvazione di una modifica può essere troppo lenta mentre è urgente che si intervenga o perché la maggioranza che si riesce ad ottenere per la modifica, anche se ampia, è più ridotta di quella prescritta dalla costituzione”. Infine la terza è quella che viene eufemisticamente indicata come “interpretazione estensiva”, ma che può equivalere alla fuga dalla costituzione”, J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, Giuffrè, 1998, pp. 88-89.

<sup>30</sup> Il rapporto tra il politico e il mutamento costituzionale emerge in tutta la sua complessità alla luce dell’esperienza di Weimar. Come sottolinea Longo, “fu in quell’epoca, infatti, che l’argomento venne affrontato da un punto di vista teoretico, in quanto riflesso della realtà che incideva nell’ermeneutica della Costituzione quale concetto e quale espressione di sovranità giuridica sul politico. Interrogarsi sul mutamento costituzionale significava, in altri termini, discutere della qualificazione del concetto di giuridico di Costituzione nella tensione tra premesse assiologiche da perseguire nella realtà e *Ausnahmezustand*, l’eccezione che il politico era (ed è) sempre in grado di imporre sulla vita reale degli Stati.”, G. LONGO, *Teoria o teorie del mutamento costituzionale? La matrice tedesca del dibattito*, in *DPCE*, n. 4/2009, p. 1680.

<sup>31</sup> B. ACKERMAN, *Higher Law Making*, in S. LEVINSON (a cura di), *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*, cit.

<sup>32</sup> S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, 2004.

<sup>33</sup> Tra gli altri, B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, in *Harvard Law Review*, 120, 2007, pp. 1737, 1742; D. A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010; E. A. YOUNG, *The Constitution Outside the Constitution*, in *Yale Law Journal*, 117, 2007, pp. 408 ss. È utile a questo proposito, pur nella consapevolezza di non poter trattare esaustivamente

to e di mutamento, e che deve essere “giorno dopo giorno sottoposta ad un riscontro continuo, l'esito del quale assomiglierà più a una pellicola cinematografica che ad un insieme di istantanee distinte e separate l'una dall'altra”<sup>34</sup>.

Le due tradizionali matrici del mutamento qui brevemente introdotte – quella formale mediante la revisione e quella informale mediante l'interpretazione – rappresentano certamente momenti distinti della vita costituzionale di un paese; ma ad un tempo esse si pongono in stretta relazione. Tra esse, infatti, è possibile individuare una “relazione dialettica, i cui effetti si misurano in termini di differenti modalità di comporre la tensione fra stabilità e mutamento. Un processo aperto, dove non è fissato in anticipo il depositario dell'ultima parola, fra le corti incaricate di interpretare i testi e i legislatori di modificare i medesimi”<sup>35</sup>.

Questo rapporto dialettico è possibile perché entrambe queste forme del mutamento operano, più o meno marcatamente, “within the monolithic conception of ‘the people’ and its will”<sup>36</sup>, e trovano la loro fonte di legittimazione nell'essere espressione della volontà popolare<sup>37</sup> ancorché sto-

il tema, specificare il concetto di living constitution, spesso contrapposto alla dottrina del c.d. originalismo nel dibattito costituzionale americano. Su questo aspetto pare massimamente chiara la definizione assunta da J. M. BALKIN, il quale afferma: “I believe that living constitutionalism, properly understood, implies something different from what most advocates and critics of living constitutionalism have assumed. It is not primarily a theory about how judges should interpret the Constitution. First, it is not a theory of constitutional interpretation – in the limited sense of ascertaining constitutional meaning – but a theory of constitutional construction – that is, the process of building institutions of government and implementing and applying the constitutional text and its underlying principles. Second, it is not primarily addressed to judges but to all citizens. Third, it does not give detailed normative advice about how to decide particular cases. Rather, it explains how constitutional change occurs through interactions between the political branches and the courts, and why and to what extent this process is democratically legitimate”, ID., *Framework Originalism and the living constitution*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, n. 2, 2009, p. 550.

<sup>34</sup> Idem, p. 449.

<sup>35</sup> C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2014, p. 10; Y. HASEBE, C. PINELLI, *Constitutions*, in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013, pp. 17-18.

<sup>36</sup> Z. OKLOPCIC, *Constitutional Theory and Cognitive Estrangement*, in R. ALBERT, X. CONTIADES, A. FOTIADOU, *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Hart Publishing, 2017. p. 60.

<sup>37</sup> Contra, A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, 2001. Come scrive L. Mezzetti, ricostruendo il pensiero dell'A. “la legittimità del diritto costituzionale

ricamente declinata e mediata dalle istituzioni, siano essi legislatori o, più problematicamente, corti<sup>38</sup>.

Questi due grandi argini, nei quali tradizionalmente è scorso il mutamento, delimitavano l'alveo del costituzionalismo liberal-democratico il quale, pur sottoposto a plurime tensioni e torsioni, ha per molto tempo mantenuto i suoi connotati essenziali, dati da una certa concezione della separazione dei poteri, della sovranità e della tutela dei diritti fondamentali.

Di fronte alle trasformazioni prodotte dalla crisi economica globale sugli ordinamenti giuridici, ci si potrebbe ora interrogare sulla loro riconducibilità o meno alla categoria classica delle mutazioni informali delle costituzioni. La crisi economica attuale potrebbe, infatti, riecheggiare quanto avvenuto negli anni '30 negli Stati Uniti, con le trasformazioni costituzionali seguite alla crisi del '29 e all'epoca del New Deal, ricostruite, come noto, alla luce della teoria della "living constitution"<sup>39</sup>.

Ma a ben guardare, i classici concetti del mutamento non riescono a spiegare in maniera sufficiente e convincente le caratteristiche della trasformazione che gli ordinamenti investiti dalla crisi stanno oggi vivendo.

Due sono, probabilmente, le ragioni di tale inadeguatezza delle classiche categorie.

La prima è relativa a quanto già accennato in precedenza rispetto alla difficile collocazione geografica degli effetti di questa trasformazione costituzionale. Non è difficile, infatti, osservare come il primo effetto della crisi economica e della condizionalità si produca, anche, su un ordinamento che non può essere definito come interamente costituzionale, né nella sua ori-

---

risulta in via primaria dalla sua resa e dalle sue prestazioni, non dalle modalità che hanno portato alla sua formazione. Si prospetta della legittimazione un fondamento funzionale e non genetico e si sottolinea l'assenza dal punto di vista empirico di qualsivoglia rapporto fra legittimazione della Costituzione attraverso un voto popolare e la sua permanenza quale ordinamento democratico duraturo e stabile. La storia – si ricorda da parte dell'Autrice – offre vari esempi di processi non democratici d'instaurazione di una Costituzione accettata come democratica, funzionante e duratura e viceversa l'instaurazione pienamente democratica di una Costituzione non ne garantisce la permanenza in seno a una democrazia". L. MEZZETTI, *La revisione costituzionale: l'esperienza tedesca*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *La Revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit., p. 262.

<sup>38</sup>Sul crescente ruolo delle corti in chiave problematica, R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007.

<sup>39</sup>S. GARDBAUM, *New Deal constitutionalism and the unshackling of the States*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 64, 1997; B. ACKERMAN, *We the People*, Vol. 2: *Transformations*, Harvard University Press, 2000.

gine né, tantomeno, nella sua attuale configurazione. Questo comporta che lo studio degli effetti della crisi sullo spazio europeo debba tener conto di un duplice livello di trasformazioni: il primo, relativo ad un organo sovranazionale; il secondo relativo ai singoli stati membri. L'interazione tra questi diversi livelli di governo complica di molto l'indagine sulla natura di quale trasformazione/mutamento/mutazione stia avvenendo in questi anni.

Il secondo aspetto riguarda la natura profonda della trasformazione: a differenza di quanto avvenuto nei classici processi di mutamento costituzionale, la crisi sembra aver prodotto una inevitabile trasformazione della radice più profonda del costituzionalismo democratico, per effetto di forze e spinte che provengono dall'esterno del sistema.

Mentre, infatti, le trasformazioni formali e quelle informali, come visto, sono entrambe frutto, ultimamente, di un "act of the people will", in questo caso equilibri e leve economiche che riguardano organizzazioni non rappresentative, quali il Fondo monetario internazionale (FMI), sono in grado di incidere in modo significativo sulla modifica dei valori del costituzionalismo. In altri termini, più si allargano le maglie degli ordinamenti costituzionali e questi diventano "porosi" rispetto agli attori dello spazio globale, più il mutamento costituzionale può essere determinato da fattori esterni all'ordinamento costituzionale e disarticolati dall'istanza democratico-rappresentativa tradizionalmente veicolata dal costituzionalismo liberal-democratico.

Da questo punto di vista la domanda che ci poniamo è se una simile trasformazione non sia persino in grado di scardinare *ab origine* un valore fondante il costituzionalismo: il principio della sovranità popolare.

Per queste due ragioni, quello che ci proponiamo di fare è analizzare la natura teorica di tale questione, al fine di verificare se siamo di fronte ad una nuova matrice del mutamento costituzionale, anche alla luce del dibattito dottrinale in merito.

### **3. Un caso particolare di trasformazione costituzionale: le interazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali**

Lo spazio europeo costituisce un ambito particolarmente affascinante, sebbene al contempo particolarmente insidioso ai fini di un'indagine sulle trasformazioni costituzionali in ottica comparata.

Al fascino che deriva dall'essere, quello europeo, un *unicum* nella storia degli ordinamenti ispirati al principio federale in senso ampio, si accompa-

gna, infatti, la difficoltà di conoscere, nell'incedere del processo di integrazione, la vera natura di quest'ultimo, che pare ultimamente rifuggire da ogni tentativo di classificazione volto a stabilire una qualche definitività<sup>40</sup>.

Quest'ultimo aspetto, poi, si riverbera sulla posizione degli Stati membri, inevitabilmente influenzati dagli sviluppi dell'ordinamento europeo, tant'è che parlare di trasformazioni costituzionali nello spazio europeo non può che invocare una duplice prospettiva, non sempre nettamente distinguibile nelle sue componenti: quella delle trasformazioni dell'ordinamento europeo *per sé* e quella delle trasformazioni indotte negli stati membri dall'interazione con la dimensione europea e globale.

La peculiarità dell'ordinamento europeo ha interessato, sin da subito, gli studiosi del diritto comparato, in quanto adombrava una nuova fonte del mutamento costituzionale, proveniente dall'esterno dello spazio costituzionale nazionale ad opera di istituzioni che non rispondevano (e tutt'oggi non rispondono) interamente – o nelle modalità convenzionali – alle classiche istanze del costituzionalismo<sup>41</sup>, in primis alla divisione dei poteri<sup>42</sup>, al principio democratico<sup>43</sup> e alla sovranità<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Non è possibile ricostruire in questa sede la sterminata dottrina che si è occupata di cogliere e classificare la natura dell'ordinamento europeo. Si veda sul tema, in particolare, A. BARBERA, *Esiste una 'costituzione europea'?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, pp. 59-81; J.H.H. WEILER, *La trasformazione dell'Europa*, in *La Costituzione dell'Europa*, a cura di F. Martines, Bologna, 2003, pp. 33-173; P. CARNEVALE, *La Costituzione europea come costituzione*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp. 45-56; F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, 2005; A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2009, pp. 192-212; A.

<sup>41</sup> Come notava C. AMIRANTE, è insita nella "filosofia della *European governance* – decisamente e per più versi subordinata alla *global governance* (OMC, FI, BM), la progressiva perdita di contenuto dei principi organizzativi cardine del costituzionalismo democratico, ossia la centralità della rappresentanza parlamentare, e quindi della responsabilità politica del governo, e la dialettica governo/opposizione", ID., *European governance e costituzione europea*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit., p. 226.

<sup>42</sup> G. BOGNETTI, *La Divisione dei poteri*, Giuffrè, 2001; A. ROSAS, *Separation of Powers in the European Union*, in *The International Lawyer*, Vol. 41/4, 2007, pp. 1033-1046.

<sup>43</sup> *Ex multis*, P. LINDSETH, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford University Press 2010; J.H.H. WEILER, U.R. HALTERN, F.C. MAYER, *European democracy and its critique*, in *West European Politics*, Vol. 18/3, 1995.

<sup>44</sup> Sulla evoluzione nel tempo del concetto, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità – Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1, 1996, p. 3 ss.; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, 2002.

Una interessante lettura del fenomeno è stata proposta da Hans Peter Ipsen<sup>45</sup> il quale, fin dagli albori dell'esperienza europea, ne aveva percepito la singolarità e aveva più volte utilizzato espressamente il termine “mutazione” per cogliere e descrivere la natura dell'impatto del processo di integrazione sull'ordinamento costituzionale tedesco. Stessa operazione ermeneutica era stata poi compiuta da Ingolf Pernice: nell'ambito della sua teorizzazione dell'ordinamento europeo come ordinamento multilivello egli aveva ripreso e valorizzato l'intuizione del suo predecessore affermando che: “although no explicit textual changes are made in the Constitution, the progress of European integration implies substantial ‘material’ modifications of the contents of the Constitution, a phenomenon which Hans Peter Ipsen has called constitutional mutation”<sup>46</sup>.

Se questa lettura dell'impatto del fenomeno europeo sugli ordinamenti nazionali era vera per il passato, oggi essa può – a buon diritto – rivendicare il monopolio come strumento per interpretare il presente, un presente in cui i cambiamenti avvenuti a partire dal 2009 si sono prodotti ad opera di fattori esterni all'ordinamento (la crisi e tutte le sue drammatiche conseguenze), senza radicali modifiche ai Trattati e tramite strumenti esterni o solo tangenti ai Trattati stessi.

Tuttavia le trasformazioni in atto si distinguono dalla “species” del mutamento dovuta all'influsso dell'ordinamento europeo per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, pur attraverso diversi approcci e strumenti, il diritto europeo è stato “costituzionalizzato” negli Stati membri, potendo dunque essere ricomprese le trasformazioni da esso prodotte, anche se in via per così dire mediata, nelle classiche forme del mutamento costituzionale (formali e informali). In secondo luogo, a differenza della trasformazione costituzionale che ha segnato la primigenia esperienza – pur rivoluzionaria – dell'integrazione europea e del suo impatto sugli stati membri, oggi siamo di fronte ad una nuova “costellazione costituzionale”<sup>47</sup>, popolata non solo dalla

---

<sup>45</sup> H.P. IPSEN, *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, in E. CAEMMERER *et al.* (a cura di), *Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65 Geburtstag*, Vittorio Klostermann, 1966, p. 248 ss.

<sup>46</sup> I. PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and ‘Multilevel Constitutionalism’*, in E. RIEDEL (a cura di), *German Reports on Public Law*, Nomos, 1998, pp. 40-66, disponibile anche al seguente link: <http://www.wbi-berlin.eu/documents/pernice-regional-integration.pdf>.

<sup>47</sup> C. JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *ZenTra Working Paper in Transnational Studies*, n. 06, 2012- Similmente in dottrina si è parlato di una “nuova mappa di poteri”, per indicare, “in

dialettica tra istituzioni nazionali e comunitarie, ma anche dall'operare di organizzazioni finanziarie internazionali e finanche di strutture *sui generis*, come i meccanismi di salvataggio creati all'indomani dello scoppio della crisi nel contesto europeo; questi ultimi, in particolare, si collocano quanto alla loro natura e a quella degli atti da essi emanati, in una sorta di limbo giuridico.

Questa nuova costellazione costituzionale ha ridefinito gli equilibri e i rapporti di potere tra le istituzioni europee e tra questi e gli stati membri; non solo, essa è penetrata, nei modi e nelle forme che si illustreranno nei capitoli seguenti, negli ordinamenti nazionali, incidendo profondamente sulle coordinate classiche del costituzionalismo in termini di divisione dei poteri, tutela dei diritti e sistema delle fonti, molto al di là e con effetti più problematici di quanto aveva fatto la pur dirompente irruzione dell'ordinamento europeo nello spazio giuridico nazionale.

Che il portato costituzionale della crisi sia una certa riconfigurazione dello spazio europeo, in fondo non deve stupire, se come ci ricordano Oliver e Fusaro, “as in most human activities crisis is the ideal context for introducing innovations”<sup>48</sup>.

Quello che però merita di essere ulteriormente indagato, seguendo la scia della dottrina che ha iniziato a parlare delle trasformazioni indotte dalla crisi, è la natura di tali trasformazioni: occorre determinare se queste possano essere ricondotte alle tradizionali categorie del mutamento costituzionale o se siano espressione di una nuova declinazione del mutamento, una mutazione non solo della costituzione – formale o materiale – ma del costituzionalismo in quanto tale.

La formulazione della problematica natura del cambiamento costituzionale avvenuto nel corso della crisi racchiude già in sé il nucleo della tesi sottesa alla presente ricerca: ovverosia l'idea secondo la quale la risposta alla crisi e gli accadimenti intercorsi a livello europeo e nazionale a partire dal 2008 abbiano indotto non già una semplice trasformazione costituzionale – espressa o implicita – ma una più radicale trasformazione che viene definita, tanto a livello europeo che nazionale, “mutazione costituzionale”, così riecheggiando, pur con alcune differenziazioni la nota espressione introdotta da Ipsen.

---

un ordinamento non condizionato da principi costituzionali di legittimazione dei poteri, qual è quello globale” i nuovi sovrani globali, ovvero “tutti quei soggetti che riescono – di fatto, più che di diritto – a partecipare e/o a imporre decisioni politicamente rilevanti in ambito planetario (dunque sia nazionale che sovranazionale), G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, 2013, p. 50.

<sup>48</sup>D. OLIVER, C. FUSARO (a cura di), *How Constitutions Change: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2011.

Considerato, dunque, che tale formulazione necessita di una rigorosa definizione che espliciti gli aspetti da essa sussunti, è necessario, in via preliminare, cercare di identificare cosa si intende per “mutazione” e cosa la differenzia da altri concetti volti a designare il cambiamento costituzionale.

#### 4. Mutazione costituzionale: una definizione

Il concetto di “mutazione” attiene, prima che al diritto, al campo della genetica. Con esso si intende una modifica stabile nel materiale genetico dovuta ad agenti esterni o al caso.

Il medesimo termine, forse proprio per la forte connotazione scientifica, non ha, invece, trovato fortuna nel linguaggio giuridico fino allo scoppio della crisi economica, con l'unica eccezione della già menzionata opera di Ipsen.

È infatti nella copiosa dottrina che ha cercato di dare una lettura all'impatto della crisi economica sull'ordinamento europeo, che il termine “*constitutional mutation*”<sup>49</sup>, più ancora che quello classico di “*transformation*”<sup>50</sup>, emerge come *leitmotiv* della narrativa costituzionale della crisi, allo scopo di identificare e catalogare i relevantissimi cambiamenti verificatisi all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea – sia a livello intra-istituzionale che tra Stati e UE – come reazione alla avversa situazione congiunturale.

Tali cambiamenti, infatti, hanno prodotto una vera e propria metamorfosi dell'intero sistema europeo e, in particolare, dell'Unione Economica e Monetaria (UEM), mettendo per altro in luce la fragilità e l'insostenibilità del sistema delineato dal Trattato di Maastricht e determinando una trasformazione tanto nella separazione “orizzontale” dei poteri all'interno del-

---

<sup>49</sup> Ampia è la dottrina che ha assunto tale posizione, tra cui K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, cit.; F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford University Press, 2016 (il quale parla di “new architecture of the EMU). Il primato temporale nell'aver adottato tale chiave di lettura va a A. MENENDEZ, *Editorial: An European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Journal*, Vol. 20, n. 2, 2014, pp. 127-141. Per una completa analisi di tale letteratura si rimanda a G. MARTINICO, *EU crisis and constitutional mutations: a review article*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 165, 2014, pp. 247-280.

<sup>50</sup> R. BIFULCO, O. ROSELLI (cur.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, 2013; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale scientifica, 2012.

l'Unione, quanto in quella "verticale", ovvero sia nel rapporto tra l'Unione e gli Stati membri.

Una volta intercorsi tali cambiamenti, è divenuto poi necessario impegnarsi in una loro definizione, differenziandoli da altre – e meno radicali – forme di trasformazione che il sistema stesso aveva subito fin dalla sua fondazione.

Ma la dimensione europea della trasformazione in atto, sebbene abbia catalizzato l'attenzione della dottrina, non è l'unico livello interessato dal cambiamento: anzi, come si cercherà di mostrare, cambiamenti altrettanto profondi e radicali sono avvenuti negli stati membri investiti dalla crisi e dalle sue conseguenze sulla tenuta stessa degli ordinamenti costituzionali. Si propone, dunque, di estendere il concetto di mutazione costituzionale – fino ad ora utilizzato nell'ambito del diritto europeo – all'analisi dell'impatto della crisi sugli ordinamenti costituzionali degli stati membri.

Ora, se il termine *constitutional mutation* sta ad indicare un mutamento costituzionale radicale, evocando le analoghe trasformazioni che si producono in natura, è pur vero che tale concetto va primariamente definito nei suoi contorni e nelle sue conseguenze e, per far questo è utile operare una precisazione circa il significato di tale espressione. Un primo passo da fare è distinguere il concetto da analoghi fenomeni espressione del c.d. "*constitutional change*"<sup>51</sup>, quali le modifiche formali del testo costituzionale (*constitutional amendment*), le revisioni e gli emendamenti in violazione dello stesso ordinamento costituzionale (c.d. *unconstitutional constitutional amendment*)<sup>52</sup>, le modifiche formali che provocano una rottura con l'ordinamento preconstituito (*dismemberment*)<sup>53</sup> ed infine i mutamenti informali, che pur non cambiando il testo della costituzione, ne mutano il significato (fenomeno, questo, indicato dalla dottrina tedesca con il termine *Verfassungswandlung*<sup>54</sup>).

---

<sup>51</sup> Si veda il recente contributo di X. CONTIADES (a cura di), *Engineering Constitutional Change*, Routledge, 2013.

<sup>52</sup> Cfr. Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017. In riferimento al caso europeo, R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol 5, N. 1, 2016.

<sup>53</sup> R. ALBERT, *Constitutional Amendment and Dismemberment* (November 25, 2016), in *Yale Journal of International Law*, Vol. 43, 2018 Forthcoming; Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424.

<sup>54</sup> Il punto di riferimento della dottrina tedesca sul tema del mutamento costituzionale è

L'elemento che distingue il *constitutional change* nelle sue diverse articolazioni dalla *constitutional mutation* si sostanzia, innanzitutto, nella sua natura implicita, sotterranea ma, non per questo, meno radicale. In altre parole, mentre il cambiamento costituzionale si produce per fattori formali e/o espliciti e implica una sorta di continuità sostanziale, la mutazione costituzionale si caratterizza per essere ad un tempo criptata e rivoluzionaria, andando a toccare la stessa costituzione materiale<sup>55</sup>, avvicinandosi alla *Verfassungswandlung* tedesca.

Tuttavia, a differenza di quest'ultima, la mutazione costituzionale che qui si indaga è eterodiretta: pur trovando una trasposizione giuridica nell'ordinamento interessato, essa è innescata da fattori esterni l'ordinamento stesso ed estranei dal circuito democratico rappresentativo.

In altri termini, la mutazione romperebbe o comunque allenterebbe quel legame costitutivo ed essenziale per la legittimità di ogni cambiamen-

---

certamente HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, W. De Gruyter, 1932. L'A. riprende il concetto di *Verfassungswandlung*, introdotto prima da Laband nell'opera *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresda, 1895 e poi elaborato da Jellinek in *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlino 1906, staccandosi tuttavia dall'approccio formalista dei predecessori. Per Dau-Lin il mutamento costituzionale è un fattore intrinseco l'ordinamento e prodotto dall'inevitabile relazione tra la norma costituzionale e la realtà dello stato in divenire. L'autore identifica quattro categorie di mutamento costituzionale: 1. Il mutamento costituzionale che si verifica nell'ambito dell'affermazione di una prassi politica conforme a costituzione; 2. Il mutamento che intercorre per l'impossibilità di esercitare un diritto costituzionalmente protetto; 3. Il mutamento che si verifica nell'ambito dell'affermazione di una prassi politica in contrasto con la costituzione; 4. Il mutamento che avviene mediante una nuova interpretazione della costituzione. Sul tema, ampiamente, G. LONGO, *Teoria o teorie del mutamento costituzionale? La matrice tedesca del dibattito*, in *DPCE*, 4/2009, p. 1680 ss.; K. LOEWENSTEIN, *Reflections on the value of constitutions in our revolutionary age*, in A. ZURCHER (a cura di), *Constitutions and Constitutional trends since World War II*, New York, 1955, p. 196 ss.

<sup>55</sup> Pur concentrando l'attenzione sui mutamenti della costituzione materiale, non ci si potrà esimere dal lambire anche il tema dei cambiamenti costituzionali di tipo formale eterodiretti. Il riferimento è ovviamente ai processi di revisione costituzionale volti all'inserimento in costituzione della regola dell'equilibrio di bilancio, come avvenuto tra gli altri in Italia e Spagna. La dottrina sulla costituzionalizzazione del pareggio di bilancio in Italia è vastissima. Tra gli autori che espressamente hanno affrontato il tema della revisione costituzionale si vedano M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, 2015, p. 1673 ss.; C. BERGONZINI, *Il c.d. 'pareggio di bilancio' tra costituzione e legge n. 243 del 2012: le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, *Studium iuris*, Vol. 1, 2014, pp. 15-22; I. CIOLLI, *The balanced budget rule in the Italian Constitution: it ain't necessarily so... Useful?*, in *Rivista AIC*, n.4, 2014, p. 21.

to, ovvero quello tra mutamento e volontà popolare, fino ad incidere sulla natura del rapporto tra stato e cittadini, tra autorità e libertà.

Da questo discende, infine, la terza caratteristica della mutazione costituzionale che si intende indagare: essa non si risolve in un semplice mutamento della costituzione, formale e materiale, ma per la sua radicalità, sembra giungere fino a modificare i tratti essenziali del modello di costituzionalismo affermatosi nel corso del XX secolo.

## 5. Le coordinate della mutazione costituzionale: un itinerario di ricerca

Sebbene, come ci ricordano Chalmers, Jachtenfuchs e Joerges, “the EU is often written as a history of crisis”<sup>56</sup>, la c.d. “euro-crisis” ha assunto, in questa storia, un ruolo del tutto preminente e peculiare, tanto per la sua estensione quanto per le conseguenze che essa ha prodotto sulla natura dell’ordinamento europeo e sugli Stati membri.

La crisi economica che ha investito l’Europa a partire dal 2009 ha, infatti, drammaticamente svelato i limiti dell’architettura istituzionale dell’Unione Economica e Monetaria (UEM) disegnata dal Trattato di Maastricht<sup>57</sup>, cogliendo l’Unione Europea impreparata – e a norma dei Trattati, finanche impossibilitata<sup>58</sup> – a fronteggiare il rischio di default di uno dei suoi Stati membri.

La risposta istituzionale alla crisi si è dunque sviluppata prevalentemente al di fuori del quadro del diritto dell’Unione Europea, attraverso il ricorso a strumenti formalmente di diritto internazionale, anche se sostan-

---

<sup>56</sup>D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES, *The Retransformation of Europe*, in ID. (a cura di), *The End of the Eurocrats’ Dream*, Cambridge University Press, 2016, p. 1.

<sup>57</sup>Come osserva R. DEHOUSSE, “La crisi ha messo in luce gli squilibri dell’edificio costruito a Maastricht. (...) Ha mostrato la fondatezza di alcune critiche, che sostenevano che l’Unione monetaria non potesse funzionare senza fondamenta economiche più solide”, *Le tre crisi del continente malato*, Il Mulino, 2012, pp. 486-496.

<sup>58</sup>Per via della c.d. no bail-out clause prevista all’art. 125 TFUE, che afferma che “L’Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell’amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico”.

zialmente “europei”. A tal proposito, la dottrina tedesca – poi ripresa anche dal Bundesverfassungsgericht – ha parlato di *Ersatzunionsrech*, ovvero sia di un diritto europeo “a metà”<sup>59</sup>.

Tre, in particolare, sono le categorie di misure che hanno caratterizzato la reazione europea alla crisi<sup>60</sup>: i piani di salvataggio e i meccanismi di stabilizzazione finanziaria; le modifiche nella governance economica europea introdotte per far fronte alle lacune derivate dall'impianto di Maastricht in materia di vincoli alle politiche fiscali degli Stati membri; gli interventi della Banca Centrale Europea (BCE) che ha giocato un ruolo fondamentale, anche se controverso, nel “governo” della crisi.

Tutti questi interventi – come ampia parte della dottrina ha messo in luce – hanno senza ombra di dubbio avuto un impatto “trasformativo” sull'Unione Europea, in termini di rapporti tra l'Unione e gli Stati, in termini di rapporti tra poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario) e, non ultimo, tra gli Stati stessi. Christian Joerges ha colto magistralmente la portata globale di tale trasformazione, laddove afferma:

“within a time-span of few years, we have witnessed the emergence of a new legal or quasi legal discipline introducing audacious regulatory mechanisms. These changes are by now widely perceived affirmatively, complacently or critically as a transformation of Europe’s constitutional condition. There is by the same token, wide agreement that the new modes of economic governance, the new division of the Union into creditor and debtor countries, and the imposition of rigid austerity measures on debtor countries, are threatening the legitimacy of the integration project”<sup>61</sup>.

Sebbene quello di “*constitutional mutation*” rimanga un termine non esente da autorevoli contestazioni<sup>62</sup>, esso permette – a parere di chi scrive – di cogliere la portata ultima della crisi, che ha introdotto “something quali-

---

<sup>59</sup>R.A. LORZ and H. SAUER, *Ersatzunionsrecht und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Zustimmungsgrundlagen für den Fiskalpakt, den ESM-Vertrag und die Änderung des AEUV* (2012), *Die Öffentliche Verwaltung*, 573-612. Il termine è stato poi citato dalla Corte Costituzionale tedesca (2 BvR 987/10 – 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10).

<sup>60</sup>Sul punto si veda K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, p. 85.

<sup>61</sup>C. JOERGES, C. GLINSKI (a cura di), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Hart Publishing, 2014, p. 36.

<sup>62</sup>Su tutti si veda B. DE WITTE, *Euro crisis responses and the EU legal order: increased institutional variation or constitutional mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, n. 3, 2015, p. 434.