

**L'ETERNITÀ DI UN *PROVISORIUM*: APPUNTI SUI LIMITI DELLA
REVISIONE COSTITUZIONALE A PARTIRE DAL MODELLO DELL'ART. 79,
COMMA 3, DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA**

EDOARDO CATERINA*

L'articolo, partendo da un esame della genesi e del significato della c.d. "clausola d'eternità" della Legge fondamentale tedesca (art. 79, comma 3), espone e discute brevemente, anche in chiave comparativa, alcune problematiche legate al concetto di identità costituzionale.

The article, building on a survey of the genesis and meaning of the so-called "eternity clause" of the German Basic Law (Art. 79(3)), briefly sets out and discusses, also in comparative perspective, some issues related to the concept of constitutional identity.

SOMMARIO: 1. Un apparente paradosso. – 2. Le origini della "clausola di eternità". – 3. Perché la Costituzione italiana non ha una "clausola d'eternità"? – 4. Quanto è schmittiana la "clausola d'eternità"? – 5. Art. 79, comma 3, GG, art. 44, comma 3, B-VG e art. 139 Cost.: diversi spartiti per una stessa musica? – 6. Dall'eternità all'identità. – 7. La "clausola d'eternità" come briglia dell'integrazione europea. – 8. A mo' di conclusione: l'identità costituzionale come problema di diritto intergenerazionale.

1. *Un apparente paradosso.* – La Legge fondamentale tedesca (il *Grundgesetz* – GG) nacque come una carta provvisoria, un *Provisorium*, in un contesto storico, gli anni 1948-1949, in cui ancora molti ritenevano possibile una riunificazione del Paese in tempi brevi. Chiara indicazione ne dava l'ultimo articolo della carta, l'art. 146 («La presente Legge fondamentale cesserà di aver vigore il giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata con libera deliberazione dal popolo tedesco») che alludeva a un futuro momento costituente successivo alla riunificazione¹. Può quindi sembrare bizzarro che una carta provvisoria ambisse all'eternità. Il riferimento va ovviamente all'art. 79, comma 3, GG, la c.d. "clausola di eternità" (*Ewigkeitsgarantie*): «Non è ammissibile una modifica di questa Legge fondamentale che tocchi la ripartizione della Federazione in *Länder*, la partecipazione fondamentale dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati

¹ Ora l'art. 146 GG, modificato *Staatsrecht* nel 1990 dopo la riunificazione, recita: «La presente Legge fondamentale, che in seguito al conseguimento dell'unità e della libertà della Germania è valida per l'intero popolo tedesco, perderà la sua efficacia il giorno in cui entrerà in vigore una Costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione».

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Macerata.

negli artt. 1 e 20»². Il paradosso è apparente, perché la c.d. “clausola di eternità” non introduce la pretesa – irrealizzabile – di creare un ordinamento costituzionale perpetuo, ma soltanto uno strumento per evitare che l’ordinamento costituzionale muti determinati suoi connotati *senza alcuna rottura della legalità formale*³. La sua funzione non è quindi quella di eternare, ma quella di ammonire indicando chiaramente i limiti, talora sfuggenti, che corrono tra potere costituente e potere costituito. Essa fa parte di quel complessivo disegno costituzionale all’insegna della c.d. “democrazia militante”⁴, con cui si intende sventare la possibilità di “rivoluzioni legalizzate” dell’ordinamento costituzionale fondato sul rispetto delle libertà e della democrazia⁵. Da questo intento originario discende, come verrà approfondito più avanti, l’idea dell’identità costituzionale, e cioè del nucleo essenziale dei valori costituzionali non mutabile neppure con la revisione costituzionale.

2. *Le origini della “clausola di eternità”*. – La Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 non conteneva alcuna clausola analoga all’attuale art. 79, comma 3, GG e la dottrina escludeva che si potessero configurare limiti materiali alla revisione costituzionale⁶. Sulla stessa linea anche la coeva e tuttora vigente costituzione austriaca del 1920 la quale, ispirandosi alla Costituzione svizzera del 1874 (art. 119), prevede due distinti procedimenti per la revisione costituzionale (cfr. art. 44 B-VG): quello di “revisione parziale” (*Teiländerung*) e quello di “revisione totale” (*Gesamtänderung*). Con il procedimento di revisione totale, che si distingue per il fatto che si deve far luogo in ogni caso a un referendum, è possibile, secondo la dottrina più autorevole, mutare addirittura la forma di Stato⁷.

² N.B. l’art. 79, comma 3, GG sottrae a revisione costituzionale soltanto i principi enunciati agli artt. 1 e 20, e non, come talora erroneamente si dice, agli artt. 1-20 (e cioè dall’1 al 20). Tali principi sono: il rispetto della dignità umana, l’assetto federale dello Stato (e cioè la suddivisione in *Länder* e la partecipazione di questi alla legislazione federale), la democrazia, lo Stato di diritto, e lo Stato sociale. In italiano sull’art. 79, comma 3, GG, si legga per tutti: P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, pp. 46 ss.

³ La formula “clausola di eternità” è quindi imprecisa: K.F. GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung (§ 11)*, in *Das der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, vol. I, a cura di K. Stern, H. Sodan, M. Möstl, München, 2022, II ed., pp. 435 ss. (in part. p. 439), il quale nota che il Tribunale costituzionale federale l’ha impiegata una volta soltanto (BVerfGE 123, 267, 343). Rigetta parimenti la formula *Ewigkeitsgarantie*: H. DREIER, *Art. 79 III*, in *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, a cura di Id., Tübingen, 2015, III ed., Rn. 14.

⁴ Sulla connessione tra “clausola d’eternità” e “democrazia militante”: J.W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford, 2012, pp. 1253 ss. (in part. p. 1258); A. GATTI, *La democrazia che si difende*, Padova, 2023, pp. 167 ss.

⁵ Invece una clausola costituzionale che vieti *ogni* rivoluzione sarebbe del tutto velleitaria. Il primo a notarcelo fu forse Walter Jellinek: W. JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlin, 1931, p. 15. L’osservazione tornò varie volte nei dibattiti costituenti tedeschi, come si leggerà di seguito.

⁶ Era questa l’opinione sostenuta autorevolmente da Gerhard Anschütz: G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, 1933, XIV ed., p. 403, dove si qualifica come “*gegenständlich unbeschränkt*” la potestà di revisione costituzionale di cui all’art. 76 della Costituzione di Weimar.

⁷ Questa almeno è l’opinione più tradizionale e maggioritaria. Cfr. L. ADAMOVICH, *Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts*, Wien, 1957, pp. 103 e 111; H. MAYER, *Gibt es ein unabänderliches Verfassungsrecht?*, in *Staat und Recht in Europäischer Perspektive*, a cura di M. Akyürek, G. Baumgartner, D. Jahnel, e. al., Wien, 2006, pp. 473 ss. Oggi, tuttavia, parte della dottrina vuole

Vi erano tuttavia, all'epoca della stesura della Legge fondamentale, anche alcuni precedenti di costituzioni che prevedevano espressamente limiti alla revisione costituzionale: oltre agli esempi, piuttosto noti, della Costituzione norvegese del 1814 e della legge costituzionale francese del 1875⁸, va segnalato il caso, assai meno noto, della Costituzione del *Land* Mecklenburg-Schwerin del 1920. Qui la premessa al capo secondo, dedicato ai diritti fondamentali, affermava che questi rappresentano “la norma e il limite” non solo della legislazione e dell'amministrazione, ma anche della Costituzione («*Sie bilden Richtschnur und Schranke für Verfassung*»). Tale inciso non poté sfuggire all'erudizione di uno studioso come Mirkine-Guetzévitch che vi lesse una certa tendenza del “nuovo” diritto costituzionale⁹; Walter Jellinek la considerava invece solo una “voce del sen fuggita”, frutto della “sconsideratezza” del costituente mecklenburghese¹⁰.

Veniamo all'art. 79, comma 3, GG. Questa disposizione pare originare innanzitutto nell'art. 108 della bozza di Herrenchiemsee (HChE), il primo progetto di costituzione tedesco che poi sarebbe stato rielaborato dal Consiglio Parlamentare a Bonn. Tale disposizione recitava: «sono inammissibili le proposte di revisioni della Legge Fondamentale con cui verrebbe eliminato l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia». La bozza di Herrenchiemsee, inoltre, all'art. 21, comma 1, disponeva: «I diritti fondamentali non possono essere abrogati. Le iniziative che si propongono tal fine sono inammissibili». Come ho già cercato di dimostrare, fu Hans Nawiasky il principale fautore di questo approccio sul Chiemsee¹¹.

I Costituenti di Bonn reagirono inizialmente con scetticismo. Nella diciannovesima seduta dell'*Organisationsausschuss* (3 novembre 1948) si domandarono chi dovesse far valere l'inammissibilità di simili proposte di revisione costituzionale e non avendo trovato una risposta soddisfacente proposero lo stralcio dell'art. 108 HChE, apponendo la seguente motivazione: «la norma della bozza di Herrenchiemsee appare poco realistica, dal momento che eventuali tentativi rivoluzionari non darebbero alle loro finalità la forma di proposte di legge e non viene inoltre determinato chi dovrebbe decidere circa l'inammissibilità di simili proposte»¹². A metà dicembre il comitato di redazione (*Allgemeiner Redaktionsausschuss*) ripropose la formulazione dell'art. 108 HChE togliendo il riferimento all'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia e sostituendolo con gli articoli 1 e 21 della Legge fondamentale. Merita riportare per

rileggere l'art. 44 in modo diverso. Cfr. A. GAMPER, *Die „letzten Dinge“ des Verfassungsrechts: VfSlg 2455/1952*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2021, LXXVI, 1, pp. 41 ss.; M. STELZER, *The Constitution of the Republic of Austria*, London, 2022, pp. 30 s.

⁸ Che si trovano puntualmente citati nei commenti all'art. 79, comma 3, GG: cfr. ad. es. K.-E. HAIN, *Art. 79, Abs. 3*, in *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, a cura di P.M. Huber, A. Vosskuhle, München, 2024, Rn. 28.

⁹ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, pp. 108 s.

¹⁰ JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, cit., p. 12.

¹¹ Sia consentito il rinvio a E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023, pp. 127 ss.

¹² *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. XIII. Ausschuß für Organisation des Bundes / Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege*, München, 2002, p. 716.

esteso l'illustrazione della proposta, che peraltro indica chiaramente quella connessione, cui si è già fatto riferimento sopra, tra "democrazia militante" e "clausola d'eternità"¹³:

«Questa previsione vuole significare che questa Legge fondamentale non può fornire gli strumenti per la propria eliminazione o distruzione; in particolare che un movimento rivoluzionario antidemocratico può utilizzare mezzi democratici in modo apparentemente "legale" per trasformare l'ordinamento costituzionale democratico di base qui normato nel suo opposto. Ciò non può e non deve impedire una rivoluzione. Un movimento rivoluzionario può, se necessario, anche produrre nuovo diritto, ma non è in grado di sostituire una legittimità e una qualità giuridica che gli mancano - ad esempio per mancanza di ogni concezione del diritto - invocando la sua creazione esteriormente "legale".

Inoltre, dalle disposizioni degli articoli 20c e 21a si evince in particolare che l'eliminazione dell'ordine di base democratico e liberale è considerata di per sé incostituzionale e quindi non dovrebbe essere possibile attraverso una "revisione costituzionale". Solo la sostanza fondamentale, cioè i principi stabiliti negli articoli 1 e 21, dovrebbe essere sottratta a qualsiasi revisione costituzionale»¹⁴.

Fu quindi per primo il Comitato di redazione (composto da Heinrich von Brentano, Thomas Dehler, e Georg August Zinn, rispettivamente appartenenti alla CDU, alla FDP e alla SPD) a individuare la "sostanza fondamentale" della Legge fondamentale, la *Grundsatz* del *Grundgesetz*, nel principio della dignità umana e nella democrazia. La proposta del Comitato di redazione fu tuttavia dapprima respinta nuovamente dall'*Organisationsausschuss*, nella sua seduta dell'11 gennaio 1949, con la consueta motivazione, sostenuta in particolare dal socialdemocratico Katz, che era una previsione inutile per contrastare movimenti rivoluzionari. Il giorno successivo, in sede di *Hauptausschuss*, il comitato di coordinamento, fu Dehler a difendere la versione del Comitato di redazione riproponendola come emendamento «per costruire una barriera, non già nella convinzione che essa serva a evitare una rivoluzione, ma con la volontà di togliere alla rivoluzione la maschera della legalità»¹⁵. Katz insistette quasi motteggiando

¹³ Nell'originale: «Diese Bestimmung soll zum Ausdruck bringen, daß dieses Grundgesetz nicht die Hand bieten darf zu seiner eigenen Totalbeseitigung oder - vernichtung, insbesondere dazu, daß ggf. eine revolutionäre antidemokratische Bewegung mit demokratischen Mitteln auf scheinbar „legalem“ Wege die hier normierte demokratisch rechtsstaatliche Grundordnung ins Gegenteil verkehrt. Eine Revolution kann und soll dadurch nicht verhindert werden. Eine revolutionäre Bewegung kann ggf. auch ein neues Recht schaffen, aber sie soll nicht instande sein, eine ihr selbst fehlende Legitimität und Rechtsqualität - z. B. infolge Mangels jedes Rechtsgedankens - zu ersetzen durch Berufung auf ihr äußerlich „legales“ Zustandekommen.

Im übrigen ergibt sich insbesondere aus den Bestimmungen der Artikel 20c und 21a, daß eine Beseitigung der demokratischen und freiheitlichen Grundordnung schlechthin als verfassungswidrig angesehen wird, also auch nicht im Wege einer „Verfassungsänderung“ möglich sein soll. Jeder Verfassungsänderung soll nur die Grundsatz entzogen sein, d. h. die in den Artikeln 1 und 21 niedergelegten Grundsätze».

¹⁴ *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle - Bd. VII. Entwürfe zum Grundgesetz*, München, 1995, p. 172.

¹⁵ *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle - Bd. XIV. Hauptausschuss*, München, 2009, p. 118.

Dehler: «nessuno si asterrà dal fare un colpo di Stato dopo aver sentito di questo articolo 108»¹⁶. Carlo Schmid si oppose tuttavia al compagno di partito osservando che vi era una notevole differenza tra il costringere i rivoluzionari a muoversi in modo scoperto oppure consentire loro di muoversi protetti da una pseudolegalità. Il comitato approvò a larga maggioranza la proposta di Dehler (18 favorevoli, 1 contrario, 2 astenuti). Da questo punto in poi dei lavori costituenti la formulazione rimase ferma e non vi furono ulteriori significative discussioni; si deve solo segnalare l'aggiunta alla *Ewigkeitsgarantie* (avvenuta sempre in sede di *Hauptausschuss* il 5 maggio 1949) della suddivisione della Federazione in *Länder* e la partecipazione di questi alla legislazione, e lo spostamento della disposizione dall'art. 108 all'art. 79, comma 3.

Dai lavori costituenti si può quindi concludere che in Germania l'art. 79, comma 3, GG era stato ideato soprattutto con riferimento all'ipotesi della soppressione de "l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia", in un'ottica di "democrazia militante" (o protetta, come si dice anche in Italia). Di questo si discusse pressoché esclusivamente al *Parlamentarischer Rat*. L'ovvia preoccupazione era data dal possibile ripetersi degli *Ermächtigungsgesetze* con cui Hitler aveva posto fine alla Repubblica di Weimar dietro la parvenza di legalità data dalla formale revisione costituzionale. Altra preoccupazione ben presente davanti agli occhi dei costituenti di Bonn, e forse oggi meno ovvia, era costituita dal pericolo di un colpo di Stato comunista (successivamente alla riunificazione con la parte orientale). I costituenti erano consapevoli che non bastava mettere un articolo nella nuova Legge fondamentale per sventare il pericolo, ma volevano che, eventualmente, ciò non avvenisse "dietro la maschera della legalità".

3. *Perché la Costituzione italiana non ha una "clausola d'eternità"?* – L'idea di una "clausola d'eternità" era balenata pure nei lavori costituenti italiani¹⁷, ma si trattò di apparizioni fugaci, ben lontane dalla solidità teorica con cui venivano formulate in Germania. È significativo, ad esempio, notare che in Italia Mortati, ponendosi nel 1945 proprio la questione dei limiti alla revisione costituzionale con riferimento ai diritti fondamentali, escludeva che tali limiti potessero essere posti, se non al costo di un "governo dei giudici"¹⁸ (e forse Mortati non sbagliava). Sul punto in Assemblea Costituente si ebbe la vicenda dell'emendamento Benvenuti-Laconi. Già nella discussione generale, Lodovico Benvenuti, ispirandosi a Calamandrei, aveva espresso il parere che i diritti fondamentali dovessero essere sottratti alla revisione costituzionale. Successivamente, il 3 dicembre del 1947 propose un emendamento¹⁹ volto a introdurre un art. 130-*bis* del seguente tenore:

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Su cui v. *amplius* F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, pp. 204 ss.

¹⁸ C. MORTATI, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945, pp. 212 ss.

¹⁹ Cfr. Assemblea Costituente, *Discussioni*, [Roma, s.e., 1947], pp. 2769 ss.

«Le disposizioni della presente Costituzione che riconoscono o garantiscono diritti di libertà, rappresentando l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie».

Benvenuti motivava la proposta da un lato secondo l'ottica giusnaturalistica della anteriorità dei diritti fondamentali allo Stato, dall'altro riprendendo la considerazione di Calamandrei per la quale i diritti fondamentali vanno intesi non come limite alla sovranità popolare, «ma come il presupposto necessario al suo esercizio». L'emendamento Benvenuti trovò la contrarietà di Moro e, nonostante l'appoggio di Laconi e dei comunisti (che lo riproposero con l'aggiunta «diritti di libertà e del lavoro»), fu rigettato. Nell'intervento di Moro si tocca con mano la differenza tra l'approccio tedesco e quello italiano. Moro fa intendere che la norma sarebbe stata in primo luogo inutile in quanto aggirabile con una doppia revisione, in secondo luogo addirittura pericolosa «perché diventa ostacolo a quelle riforme di dettaglio che attengono a quel tanto di storico e di mutevole che è in questi diritti assoluti»²⁰.

Quanto all'art. 139 Cost., che forse potrebbe essere qualificato come la nostra “clausola d'eternità”, esso fu indubbiamente concepito da alcuni Costituenti come norma prefigurante una «terza categoria di leggi [...] che non si potranno giuridicamente modificare nemmeno attraverso i metodi più complicati che la Costituzione stessa stabilisce per la revisione» (così Calamandrei il 4 marzo 1947)²¹, ma, come vedremo anche nel prosieguo, l'opinione prevalente alla fine fu, nel solco della vicenda dell'emendamento Benvenuti, che esso non prefigurasse in realtà un limite insuperabile alla revisione costituzionale perfino della forma di Stato.

4. *Quanto è schmittiana la “clausola d'eternità”?* – Già come ben desumibile dall'esempio della Costituzione austriaca, la concezione dei limiti alla revisione costituzionale è del tutto estranea alla prospettiva kelseniana. Del resto, secondo Kelsen il tema dell'identità dello Stato e della successione di diversi regimi politici è un tema squisitamente di diritto internazionale, non già di diritto costituzionale²². Di converso, sono non pochi gli elementi che avvicinano la concezione della “clausola di eternità” al pensiero di Carl Schmitt²³, e in

²⁰ Ivi, pp. 2770 s.

²¹ Ivi, p. 1754. Per una rassegna alle numerose, feroci, critiche emerse a questa tesi alla Costituente: G. VOLPE, *Art. 139*, in *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, p. 732.

²² Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963, pp. 224 s.; nel corso di questa ponderosa opera l'A. si sofferma solo in un breve passaggio a considerare la possibilità di limiti alla revisione costituzionale (lo fa menzionando l'art. 8 della Costituzione francese del 1875; cfr. p. 264).

²³ Anche qui mi sia consentito di riprendere alcune riflessioni sviluppate in CATERINA, *Personalismo vivente*, cit., pp. 204 ss.

particolare alle tesi del celebre volume *Legalità e legittimità* (1932)²⁴, dove viene sviluppata la distinzione tra costituzione e leggi costituzionali già contenuta nella *Dottrina della Costituzione* (1928)²⁵.

A Herrenchiemsee Nawiasy parlò ripetutamente della necessità di evitare una “democrazia intesa come suicidio” (*Demokratie als Selbstmord*). Schmid sottolineava invece lo strabismo della Costituzione di Weimar che da un lato proclamava solennemente i diritti fondamentali e dall’altro ne sanciva la modificabilità con la maggioranza dei due terzi. Si tratta appunto di due posizioni schmittiane, che si ritrovano sia nella *Verfassungslehre*, sia, soprattutto, in *Legalität und Legitimität*. Qui Schmitt usa proprio la locuzione “*Neutralität bis zum Selbstmord*”²⁶ per polemizzare contro le concezioni giuspositivistiche e la “neutralità valoriale” della Costituzione di Weimar e mette in evidenza la contraddizione tra la parte sui diritti fondamentali “inviolabili” e la assenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale²⁷. Non si può mettere in dubbio che Schmitt sia stato «il primo giuspubblicista di lingua tedesca che abbia fornito una elaborazione teorica della tesi per cui anche il legislatore costituzionale incontra determinati limiti»²⁸.

Data questa consonanza teorica, la risposta all’interrogativo circa il ruolo di Schmitt rimane ardua.

Nawiasy faceva sicuramente parte di una cerchia ostile a Schmitt. L’opera schmittiana d’altro canto era celebre e letta tra i cultori del diritto pubblico dell’epoca. Contrariamente a quanto è stato detto²⁹, Schmitt fu anche citato espressamente nei lavori dei *Parlamentarischer Rat*; anche se ciò avvenne in modo polemico³⁰, la circostanza mette in luce come le sue tesi fossero ben note ai costituenti di Bonn. In questa sede è possibile solo fare notare due elementi. Il primo è che, come chiarissimo dalle parole di Süsterhenn, i costituenti tedeschi volevano rompere non tanto e non solo con il passato totalitario, ma anche con la tradizione del positivismo giuridico. L’idea di una costituzione ancorata nel diritto di natura non può che postulare la presenza di contenuti indisponibili a

²⁴ La questione è già stata posta ed è assai controversa. Cfr. per tutti: V. NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, 2015, pp. 116 ss. Neumann conclude che la dottrina di Schmitt sia stata il presupposto teorico fondamentale dell’art. 79 III GG.

²⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, pp. 18 ss.

²⁶ ID., *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932, p. 50. In italiano: C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018, p. 81.

²⁷ A questa polemica è dedicato in sostanza tutto il secondo capitolo dell’opera, *I tre legislatori straordinari della Costituzione di Weimar*.

²⁸ Così NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, cit., p. 117.

²⁹ Come, ad esempio, da Neumann (cfr. *ibidem*).

³⁰ Lo menziona Süsterhenn nel suo intervento al *Plenum* dell’8 settembre 1948 (cfr. *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. IX. Plenum*, München, 1996, p. 67). Süsterhenn parla della necessità di una giustizia costituzionale e dice di non temere quel rischio di una “giustizia politica” denunciato da Schmitt nel suo celebre *Custode della Costituzione*. Non senza ironia Süsterhenn si riferisce a Schmitt chiamandolo «l’omonimo con due ‘t’ del collega Carlo Schmid». L’idea di affidare al *Bundesverfassungsgericht* il ruolo di “custode della Costituzione” è contenuta anche nella relazione finale del *Verfassungskonvent* di Herrenchiemsee: cfr. *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. II. Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, München, 1981, p. 554.

qualsivoglia legislatore o istituzione umana – e non c'è bisogno di richiamarsi a Schmitt per questo. Pur rimanendo al di fuori dell'ottica giusnaturalistica, il problema era in qualche modo auto-evidente all'occhio del giurista: anche in Italia era stato posto alla Costituente. Il primo a segnalarlo fu Calamandrei durante la discussione del progetto dei 75, il 4 marzo 1947³¹, né si può credere che Calamandrei si fosse ispirato a Schmitt! In secondo luogo, Schmitt polemizzava sì con la contraddittorietà della Costituzione di Weimar, ma era una polemica del tutto fuori fuoco dal punto di vista del successivo costituzionalismo del dopoguerra³². Schmitt non espresse mai la posizione per cui il catalogo di diritti fondamentali di Weimar dovesse essere sottratto alla revisione costituzionale o che esso rappresentasse un limite sostanziale per il legislatore costituzionale³³. Schmitt, se mai, fece sue le posizioni della “democrazia militante” giustificando la legittimità di provvedimenti avverso partiti “anticostituzionali”³⁴. Per non parlare poi delle posizioni di Schmitt in materia di giustizia costituzionale, che trovano nel disegno del *Grundgesetz* il loro opposto speculare.

5. *Art. 79, comma 3, GG, art. 44, comma 3, B-VG e art. 139 Cost.: diversi spartiti per una stessa musica?* – Resta da mettere meglio in luce quale sia il significato pratico di una “clausola di eternità”. Essa, come visto, non serve veramente a eternare alcunché, né riuscirà da sola a evitare che in un qualche futuro i principi cui si riferisce possano perdere di normatività³⁵. Né serve a chiarire che esiste un nucleo di “principi supremi”, dato che esso può essere pure desunto in via interpretativa in assenza di un'apposita clausola. Primo significato pratico della “clausola di eternità” pare quello di consentire all'organo di giustizia costituzionale di scrutinare la legittimità costituzionale di leggi costituzionali e di revisione costituzionale. È questa l'applicazione concreta (sebbene limitata a pochissimi casi) che si è avuta delle “clausole di eternità”. In questo, due norme costituzionali tanto diverse, se non apparentemente speculari, come l'art. 44, comma 3, della Costituzione austriaca e l'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca, producono in realtà effetti simili. Difatti, la Corte costituzionale austriaca ha da tempo affermato che una legge costituzionale “ordinaria” contraria ai principi supremi (in Austria noti come *Bauprinzipien*) risulta costituzionalmente illegittima in quanto non approvata con l'apposito procedimento previsto per la *Gesamtänderung*³⁶. Si potrebbe obiettare allora che una “clausola di eternità” si distingue per il fatto di individuare in modo puntuale i principi supremi sottratti a revisione costituzionale. Senonché, come notato dalla dottrina più attenta, i contorni dei principi individuati dall'art. 79, comma 3, GG sono tutt'altro che netti ed è in ultima analisi l'opera interpretativa del Tribunale

³¹ Cfr. Assemblea Costituente, *Discussioni*, cit., p. 1754.

³² In questo senso anche: GÄRDITZ, *Verfassungsidetität und Schutz der Verfassung*, cit., pp. 436 ss.

³³ Così anche DREIER, *Art. 79 III*, cit., Rn. 3. *Contra*: NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, cit., p. 117.

³⁴ Sull'idea tedesca di democrazia militante e le sue origini concettuali: GATTI, *La democrazia che si difende*, cit., pp. 104 ss.

³⁵ Si legga, con i relativi riferimenti: HAIN, *Art. 79, Abs. 3*, cit., Rn. 33 s. (p. 2554).

³⁶ Cfr. A. GAMPER, *Das Argument der letzten Instanz*, Wien, 2023, pp. 173 ss.

costituzionale a risultare decisiva³⁷. Lo stesso risultato pratico lo abbiamo nell'ordinamento italiano, in cui la "clausola di eternità" c'è e riguarda esclusivamente la forma repubblicana, e in cui tuttavia i limiti alla revisione costituzionale postulati da giurisprudenza e dottrina sono assai più ampi³⁸. D'altra parte, Mortati notava che assume un rilievo secondario se il limite alla revisione costituzionale sia espressamente formulato o solo implicitamente deducibile dall'insieme delle norme costituzionali³⁹ e sminuiva la differenza tra costituzioni che prevedono un procedimento di "revisione totale" e quelle che invece non lo prevedono⁴⁰. Dovrebbe quindi far riflettere che tre ordinamenti costituzionali in cui sono state adottate soluzioni teoriche del tutto diverse tra di loro (uno, quello tedesco, con "clausola di eternità"; uno, quello italiano, senza "clausola di eternità"⁴¹, e uno, quello austriaco, con una "anti-clausola di eternità") sono giunti a soluzioni pratiche in sostanza affini.

6. *Dall'eternità all'identità*. – Se il significato pratico dell'art. 79, comma 3, GG può risultare dunque sfuggente, il significato simbolico è invece innegabile. La "clausola di eternità" costituisce indubbiamente la proclamazione dei più solenni valori costituzionali, il cui rispetto sta alla base dello stesso patto sociale che regge l'ordinamento. Essa costituisce il *credo dello Stato* (ma non il *credo di Stato*, anche se, grazie alla *Drittwirkung*, i valori possono irradiarsi anche ai rapporti tra privati), ciò che ormai ha preso il nome più laico di "identità costituzionale"⁴². Ciò in quanto, come affermato dal Tribunale costituzionale nel celebre *Lissabon-Urteil*, «la costituzione dei tedeschi possiede [...] un fondamento universale che non può essere mutato dal diritto positivo» (BVerfGE 123, 267, 344). E così come la religione, anche la costituzione ha i suoi dogmi e perfino i suoi misteri trinitari. I valori costituzionali "dogmatici" racchiusi nella formula «ordinamento fondamentale di libertà e democrazia» (*freiheitliche und demokratische Grundordnung* – cfr. Art. 21, comma 2, GG) sono stati intesi come sotto-insieme degli oggetti contenuti nella "clausola di eternità" e compendati dal Tribunale costituzionale federale in tre super-principi: dignità umana, democrazia e Stato di diritto⁴³. Da questo punto di vista appare forse un po' enfatica la

³⁷ Cfr. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., pp. 46 ss.

³⁸ Data l'ampiezza del tema si rinvia, per una panoramica completa e ragionata, a FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., *passim*.

³⁹ C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, p. 17.

⁴⁰ ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1967, p. 974 (si fa riferimento all'art. 119 della Costituzione svizzera).

⁴¹ O forse con una "clausola di eternità" minimale (art. 139 Cost.).

⁴² A tal proposito parla appunto (in modo critico) di una "sacralizzazione costituzionale" (*Verfassungssakralisierung*): H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München, 2009, pp. 98 ss.; sull'ampio tema dell'identità costituzionale si rinvia per tutti all'estesa trattazione fatta di recente in lingua tedesca da Klaus Ferdinand Gärditz: GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., *passim*; in italiano si fa invece rinvio a P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3, pp. 197 ss. (in part. pp. 200 ss.).

⁴³ Si legga la sentenza NPD del 2017: BVerfGE 144, 20. Il Tribunale chiarisce che la *freiheitliche und demokratische Grundordnung* è cosa distinta dai limiti materiali alla revisione costituzionale, ma nella

conclusione di quanti vedono nell'art. 79, comma 3, GG una «vittoria del positivismo moderno»⁴⁴. Certo, i limiti materiali alla revisione costituzionale sono sottratti da quell'aura di mistica ineffabilità in cui Schmitt involgeva il concetto di “costituzione”, ma le linee di confine sono molto sfumate e in ultima analisi rimesse all'interpretazione dei giudici costituzionali⁴⁵ (e qui le parole di Mortati del 1945 si rivelano oggi fatidiche), cosicché ciò che è stato cacciato dalla porta, torna dalla finestra. Si pensi solo all'indefinitezza del concetto di “dignità umana”⁴⁶, che può potenzialmente prestarsi, a seconda di come viene inteso, ai più svariati e confliggenti argomenti sulle questioni eticamente sensibili. Ma anche il principio democratico, in apparenza di più facile definizione, può essere declinato in modo più o meno ampio. Un esempio può essere a tal proposito illuminante. Nella già citata sentenza NPD del 2017 il Tribunale costituzionale aveva chiarito che parte irrinunciabile del principio democratico è rappresentata dalla posizione paritaria con cui tutti i cittadini possono partecipare al processo politico (Rn. 543)⁴⁷. Sette anni dopo, il Tribunale si è dovuto pronunciare sull'esclusione dal finanziamento pubblico dello stesso partito che aveva già rifiutato di sciogliere⁴⁸, stavolta sulla base di una revisione costituzionale approvata nel 2017 che istituiva un apposito procedimento per l'esclusione dei partiti dal finanziamento pubblico. Questa sentenza costituisce uno dei rari casi in cui l'art. 79, comma 3, GG è stato impiegato come parametro di legittimità costituzionale (finora l'esempio principale era costituito dal celebre *Abhörurteil* del 1970⁴⁹). Quel che qui interessa è che il Tribunale, scrutinata la legittimità costituzionale della legge di revisione costituzionale alla luce dei “principi supremi” contenuti nella c.d. “clausola di eternità”, ha rilevato che essa non contrastava con il principio democratico, nonostante l'evidente pregiudizio del principio delle pari opportunità dei partiti. L'*escamotage* usato dal Tribunale per evitare di contraddirsi è l'argomento per il quale il principio democratico include sì il principio delle pari opportunità per i partiti politici, ma soltanto con riferimento ai partiti che riconoscono e rispettano i principi democratici fondamentali.

Da queste poche battute si può intuire come quello dell'identità costituzionale sia un terreno assai sdruciolevole. Richiamandosi all'identità

sua argomentazione (cfr. Rn. 537) dà a intendere che i contenuti dell'ordinamento fondamentale siano un sottoinsieme di quelli dell'art. 79, comma 3. Su ciò sia consentito il rinvio a: E. CATERINA, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, XX, 1, pp. 239 ss.

⁴⁴ Così GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 437.

⁴⁵ In questo senso si legga FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., p. 50.

⁴⁶ Su cui: M. BALDUS, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, Berlin, 2016.

⁴⁷ Il principio delle pari opportunità dei partiti politici è stato inoltre riconosciuto come parte integrante de «l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia» nella sentenza SRP del 1952 (BVerfGE 2, 1, 13).

⁴⁸ BVerfG, *Urteil des Zweiten Senats vom 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19 -*, Rn. 1-510.

⁴⁹ BVerfGE 30, 1; su cui in italiano: FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 48 ss. Altre note pronunce in cui l'art. 79, comma 3, è stato impiegato come parametro sono il *Bodenreformurteil* del 1991 (BVerfGE 84, 90) e la sentenza del 3 marzo 2004 (BVerfGE 109, 279 - *Großer Lauschangriff*).

costituzionale si vuole evitare la rivoluzione legalizzata, senza tuttavia precludere il mutamento costituzionale. Eppure, ogni rivoluzione mira a un mutamento costituzionale⁵⁰ e ogni mutamento costituzionale è una rivoluzione in piccolo. L'identità deve rimanere, o la costituzione non è più; lo Stato può invece rimanere, e il suo destino è disgiunto da quello della sua costituzione.

7. *La “clausola d’eternità” come briglia dell’integrazione europea.* – Questa idea dell’identità costituzionale ha varcato i confini della Germania e si è estesa allo spazio costituzionale europeo, e non solo nel senso che altre corti costituzionali (come la nostra) ne hanno tratto ispirazione. Come noto, il Tribunale costituzionale federale, facendo leva sull’art. 79, comma 3, GG ha posto precisi limiti all’integrazione europea. Difatti, la stragrande maggioranza di pronunce costituzionali tedesche in cui è venuto in rilievo il contenuto dell’art. 79, comma 3, GG avevano ad oggetto disposizioni dell’ordinamento della UE. Al 2022, secondo il conto fatto da Klaus Ferdinand Gärditz⁵¹, il Tribunale costituzionale si era cimentato con la “clausola d’eternità” in 31 decisioni; di queste ben 25 erano successive al Trattato di Maastricht e 18 si riferivano all’ordinamento europeo. L’identità costituzionale non può infatti venire meno neppure ad opera del legislatore europeo e il Tribunale costituzionale, con la sentenza sul Trattato di Lisbona (BVerfGE 123, 267) si è arrogato il compito di svolgere l’*Identitätskontrolle*: «il *Bundesverfassungsgericht* controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell’identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell’art. 23 comma 1 per. 3 in combinazione con art. 79 comma 3 Legge fondamentale»⁵². Con questa stessa sentenza il Tribunale costituzionale ha tra l’altro escluso che sia compatibile con l’art. 79, comma 3, GG la trasformazione della Repubblica federale in uno Stato federato membro di una federazione europea (BVerfGE 123, 267, 347 s.)⁵³. Anche il controllo *ultra vires*, parimenti rivendicato dal Tribunale costituzionale, si fonda sull’art. 79, comma 3, GG⁵⁴. Così, la “clausola d’eternità” ha assunto una nuova funzione pratica: quella di imbrigliare l’integrazione

⁵⁰ Così G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin, 1906, p. 3.

⁵¹ GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 450 (nel conto sono solo incluse le decisioni dei Senati).

⁵² Dal *Leitsatz* n. 4 della sentenza, nella traduzione fatta da J. Luther per il Servizio Studi della Corte costituzionale (online al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_senenza.pdf, data ultima consultazione 19.02.2025)

⁵³ Si legga in particolare il Rn. 228: «L’integrazione presuppone una volontà di gestione comune e l’accettazione di una formazione autonoma della volontà nella comunità. L’integrazione in una comunità della libertà, tuttavia, non pretende né una subordinazione sottratta ai limiti e al controllo del diritto costituzionale, né una rinuncia alla propria identità. La Legge fondamentale non autorizza gli organi attivi della Germania a rinunciare al diritto di autodeterminazione del popolo tedesco nella forma della sovranità internazionale della Germania, entrando in uno stato federale. Questo passo, implicando il trasferimento della sovranità a un nuovo soggetto di legittimazione, è riservato esclusivamente a una dichiarazione immediata di volontà del popolo tedesco» (traduzione di J. Luther).

⁵⁴ Cfr. ad. es. BVerfGE 123, 267, 349 ss.

europea contenendola nei limiti tracciati dai principi supremi della costituzione nazionale (sull'assunto che gli Stati membri rimangono "signori dei trattati").

8. *A mo' di conclusione: l'identità costituzionale come problema di diritto intergenerazionale.* – Se l'art. 79, comma 3, GG riguarda non tanto l'eternità, quanto l'identità costituzionale, dobbiamo allora concludere che esso non dovrebbe in realtà trovare posto nel fascicolo di una rivista dedicato al fattore temporale? Non è così: il tempo è estremamente rilevante in un discorso sull'art. 79, comma 3, GG. Non già nel senso, come sopra chiarito, che la c.d. *Ewigkeitsgarantie* affermi assurde pretese di a-temporalità normativa, ma in un'ottica diversa. Il divieto di revisione costituzionale rappresenterebbe, in un certo qual modo, il dominio legale di una generazione di defunti su quella dei viventi⁵⁵. Nella *constitutional theory* americana si parla a tal proposito del "problema della mano morta" (*dead hand problem*)⁵⁶ e si richiama il famoso passaggio di una lettera di Jefferson a Madison: «*I set out on this ground, which I suppose to be self-evident, 'that the earth belongs in usufruct to the living': that the dead have neither powers nor rights over it. [...] On similar ground it may be proved, that no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation*»⁵⁷. Analoghe tesi si ritrovano, come noto, in Thomas Paine («La vana presunzione di governare dalla tomba è la più ridicola e oltraggiosa di tutte le tirannidi») ⁵⁸, in Condorcet⁵⁹ e in Gian Domenico Romagnosi⁶⁰. Quello dell'identità costituzionale diventa quindi, in prospettiva temporale, un problema di democrazia intergenerazionale⁶¹, in quanto la c.d. "clausola di eternità" limita l'autodeterminazione dei viventi ed esclude la "reversibilità democratica"⁶² delle scelte costituzionali più importanti. È quindi, secondo questo modo di vedere, il passato che domina sul presente e, se vogliamo, lo tiene in ostaggio. Nella trama del costituzionalismo contemporaneo, e in particolare di quello tedesco, spunterebbe allora il filo di un principio molto arcaico e che oggi tutti noi respingiamo con forza, quello per cui le colpe dei padri (in Germania: orrori del nazionalsocialismo) ricadono sui figli (*sub specie*

⁵⁵ Tale posizione è stata sostenuta in Germania, con riferimento all'art. 79, comma 3, GG, da C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1972, pp. 108 ss.

⁵⁶ Cfr. ad es. J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA)-London, 1980, pp. 11 s.

⁵⁷ T. JEFFERSON, *Lettera a James Madison del 6 settembre 1789*, in *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, a cura di J. P. Boyd, Princeton, 1958, p. 392.

⁵⁸ T. PAINE, *I diritti dell'uomo*, Roma, 1978, p. 121.

⁵⁹ Cfr. G. MAGRIN, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano, 2001, pp. 110 ss.

⁶⁰ Cfr. G. ROMAGNOSI, *La scienza delle costituzioni*, Firenze, 1850, p. 600 («Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cangiare la sua costituzione. [...] Niuna generazione può assoggettare alle sue leggi le generazioni future. Tutte le leggi di diritto o di ordine pubblico, e tutte quelle che versano sopra oggetti che passano da una ad altra generazione sono rivocabili dalla generazione vivente»).

⁶¹ Parla di un problema di "legittimazione intertemporale": GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 447.

⁶² Su questo concetto, molto amato dalla dottrina tedesca, si legga il ponderoso volume di J. HOHNERLEIN, *Recht und demokratische Revisibilität*, Tübingen, 2020.

impossibilità di autodeterminarsi in relazione ad alcuni principi costituzionali supremi), secondo il detto veterotestamentario «I nostri padri peccarono e non sono più, noi portiamo la pena delle loro iniquità»⁶³.

In questa sede tale dilemma, su cui sono stati sparsi fiumi di inchiostro, può essere solo posto e non certo risolto⁶⁴. È però interessante notare come la questione assuma, nel particolare contesto italiano, tratti del tutto singolari. I nostri Costituenti, discutendo di quello che sarebbe divenuto l'art. 139 Cost., si posero espressamente il problema della democraticità della “pietrificazione costituzionale” della forma repubblicana e la conclusione a cui pervennero, e cioè che la forma repubblicana sarebbe comunque mutabile con una doppia revisione, è oggi per noi inaccettabile⁶⁵. Non sono dunque le generazioni passate a vincolarci, ma lo facciamo noi stessi dando un'interpretazione della Costituzione che i Costituenti avevano escluso.

⁶³ *Lamentazioni* (5,7).

⁶⁴ Fonda molto acutamente il valore dell'identità costituzionale nell'esigenza di una “autopreservazione minimale della democrazia” GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 448.

⁶⁵ Su questo si legga per tutti: VOLPE, *Art. 139*, cit., pp. 729 ss. La posizione di Calamandrei fu invece diversa (cfr. *ivi*, 732), come anche già ricordato sopra, ma quella di Calamandrei era una voce del tutto isolata e minoritaria. Si noti che l'idea di una doppia revisione per modificare la forma repubblicana avvicina la nostra costituzione all'impostazione austriaca.