

**MASTER IN ISTITUZIONI PARLAMENTARI EUROPEE "MARIO
GALIZIA" PER CONSULENTI D'ASSEMBLEA**

UNIVERSITÀ DI ROMA "LA SAPIENZA"



**Fondazione
Paolo Galizia - Storia e Libertà**

T. E. FROSINI

Potere costituente e sovranità popolare

Roma - Sala del Cenacolo di Vicolo Valdina
Camera dei deputati

POTERE COSTITUENTE E SOVRANITÀ POPOLARE

di Tommaso Edoardo Frosini

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Vicende di teoria e storia costituzionale. — 3. Dalla “coscienza costituente” alla coscienza costituzionale. — 4. Una nota elogiativa della sovranità (e del potere costituente). — 5. Classificare i procedimenti costituenti. — 6. *Referendum* e potere costituente. — 7. Una nota conclusiva.

1. Premessa

Dai suoi inizi fino a oggi, il concetto di potere costituente si accompagna, anzi vorrei dire si unisce, a quello di sovranità popolare: si tratta di un connubio concettuale che mi pare difficilmente possa essere sciolto. Certo, il tema “potere costituente e sovranità popolare” per essere svolto distintamente in tutta la sua estensione teoretica, necessita di un certo grado di approfondimento e analiticità ricostruttiva, che qui non mi è davvero possibile fare. Si pensi, soltanto al dibattito dottrinario, che si è sviluppato nel Novecento, da Schmitt a Mortati, da Friedrich a Elster fino a Böckenförde, solo per fare alcuni esempi (di cui, comunque, in parte tratterò); e poi, il tema non può non essere affrontato secondo una prospettiva storico-politica-istituzionale e comparatistica. Sebbene proprio per quest’ultima prospettiva, ovvero quella comparata, si deve confermare quanto già affermato da Jon Elster, secondo cui «lo studio comparato

dei processi costituenti è praticamente inesistente [...] È una lacuna sconcertante»¹. Consapevole di questo riscontro, debbo quindi procedere per *flashes*. Prima di avviarmi però, faccio mia, anche come una sorta di dichiarazione di intenti, un'affermazione di Gerhard Leibholz: «ogni democrazia presuppone che il popolo sia sovrano, vale a dire che tutto il potere derivi dal popolo, e che il popolo sia soggetto e portatore del potere costituente»². Certo, non è un atto di fede, né un imperativo categorico, ma rimane, piaccia oppure no, il punto di partenza della discussione, dal quale, credo, non si possa prescindere.

2. Vicende di teoria e storia costituzionale

Provo inizialmente a esporre per sommi capi alcuni profili del problema, sotto l'angolatura della teoria e storia costituzionale.

Il primo profilo non può che partire dalla teoria dell'abate Emmanuel-Joseph Sieyès sul *pouvoir constituant* della nazione³, quale soggetto del potere costituente: nazione da intendersi come popolo, e quindi come unità capace di agire politicamente. Pertanto, deve essere riconosciuto al popolo, come a un soggetto umano, il potere di disporre sulla formazione dell'ordine politico-sociale. Sieyès, con la sua teoria sulla forza creatrice della costituzione, vuole contrapporre al potere di dominio del re il libero e illimitato potere di decisione politica del popolo. Sviluppando, in tal modo, il concetto di potere costituente entro una teoria democratica della costituzione e in un contesto di forma di stato repubblicana. Certo, la teoria dell'abate Sieyès venne discussa, criticata ovvero

¹ Così, J. Elster, *Argomentare e negoziare*, tr. it., Milano 1993, 9-10.

² G. Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia*, ed. it. a cura di S. Forti con intr. di P. Rescigno, Milano 1989, 314, il quale aggiunge «Il popolo, in quanto fonte determinante del potere politico, deve prendere le decisioni politiche supreme e le decisioni relative alla giustizia o autonomamente o attraverso istanze rappresentative, legittimate regolarmente dal popolo, e limitate nelle loro competenze. Il popolo è sovrano quando esso, entro una comunità politica, è l'istanza decisionale suprema ultima ed universale».

³ E. J. Sieyès, *Che cosa è il terzo Stato?*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, t. I, vol. 1, Milano 1993.

condivisa. Non posso dare conto qui di quel dibattito che si svolse nella Francia rivoluzionaria di fine Settecento⁴: basterà però citare il nome di Antoine Barnave e il suo discorso del 31 agosto 1791 sulle Convenzioni nazionali, nel quale si afferma che il potere costituente, nella sua permanente pienezza, appartiene al popolo sovrano ma deve essere riservato a situazioni eccezionali estremamente rare, perché il suo esercizio può attentare alle «due cose di cui i popoli generosi e civilizzati non possono fare a meno: l'una è la tranquillità, l'altra è la libertà»⁵. E si può altresì citare il nome di Marie-Jean marchese di Condorcet, in numerosi scritti e discorsi in particolare nell'*Exposition des principes et des motifs du plan de la Constitution* (1792), dove si afferma che il popolo, sebbene deleghi, riserva a sé stesso l'esercizio di almeno tre diritti: diritto di veto o iniziativa per tutte le leggi; diritto di chiedere la revisione della costituzione e il diritto assoluto di accettare o rifiutare la costituzione tramite un *referendum* costituzionale. Si aggiunga la proposta, sempre del Condorcet, di rivedere con frequenza, almeno ogni vent'anni, la costituzione per il tramite di un'apposita convenzione. Tesi, come noto, convintamente avanzata dall'altra parte dell'Oceano, e in quello stesso periodo storico, da Thomas Jefferson. E che trovò forma di codificazione nella costituzione francese del 24 giugno 1793: "*Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e modificare la sua Costituzione*". Tema niente affatto da sottovalutare quello dell'autonomia costituzionale delle generazioni, che si rivela nel paradosso secondo cui «ciascuna generazione vuol essere libera di legare i suoi successori mentre non vuole farsi legare dai suoi predecessori»⁶.

Fin qui, succintamente, alcuni nomi e alcune teorie che hanno maggiormente caratterizzato il dibattito sul potere costituente (e sovranità popolare) nella Francia rivoluzionaria. E che comunque, in tale congerie storica, devono essere contestualizzati.

⁴ Su cui, v. il vol. di R. Martucci, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna 2001.

⁵ A. Barnave, *Potere costituente e revisione costituzionale*, a cura di R. Martucci, Manduria 1996, 11 (per la cit.).

⁶ Così, J. Elster, *Ulisse e le sirene*, ed. it. a cura di P. Garbolino, Bologna 1983, 163.

Nel secolo successivo, ovvero verso la metà dell'Ottocento, va senz'altro ricordato il nome e l'azione politica di Giuseppe Mazzini⁷: il quale dà vita a un'Assemblea costituente, eletta a suffragio universale diretto e composta da duecento deputati, che elabora e approva la Costituzione della Repubblica Romana, che si fonda sul principio, di cui all'art. I, che *“La sovranità è per diritto eterno nel popolo. Il popolo dello Stato Romano è costituito in repubblica democratica”*. Emerge un duplice significato di popolo, uno di impronta politico-giuridica, l'altro di impronta sociale-culturale, e per entrambi va stabilita una equazione non rigida ma dialettica, riconducibile altresì alla dottrina di Mazzini, secondo cui vi è un popolo, ma si vive nel popolo, inteso come individuo, famiglia, associazione.

Della Costituzione della Repubblica romana, risulta poi interessante il procedimento di revisione costituzionale, in particolare l'articolo 64, che recita: *“L'Assemblea delibera per due volte sulla domanda all'intervallo di due mesi. Opinando l'Assemblea per la riforma alla maggioranza di due terzi, vengono convocati i comizi generali, onde eleggere i rappresentanti per la costituente, in ragione di uno ogni 15 mila abitanti”*. Sebbene fu una costituzione inattuata, infatti il giorno dopo la sua approvazione le truppe francesi restituirono Roma al Papato, è rilevante sul piano della teoria del potere costituente esercitato per il tramite della sovranità popolare⁸. Anche in questo caso, come in quello francese, Mazzini e i suoi seguaci fondano il connubio costituente/sovranità popolare come generatore dell'idea e dell'azione repubblicana. Anzi, per proclamare la Repubblica ci vuole il voto del popolo sovrano – e quindi a suffragio universale diretto – che legittima un'Assemblea costituente, a cui viene attribuito il mandato a scrivere e approvare una Costituzione che sia repubblicana. Una vicenda costituzionale, che si ripeterà, certamente con dei distinguo, esattamente un secolo dopo in Italia, stavolta unita e laica.

⁷ G. Mazzini, *Opere*, 2 voll. a cura di L. Salvatorelli, terza ed., Milano 1967.

⁸ V. il testo della Costituzione nel vol. *Le Costituzioni inattuate*, a cura di G. Negri e S. Simoni, Roma, 1990; sul punto, v. M. Ferri, *Costituente e Costituzione nella Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e Società*, n. 1, 1989.

Altri due rapidi esempi di storia costituzionale: la nascita della Costituzione degli Stati Uniti d'America, frutto di una Convenzione costituente, con quell'*incipit*: "*We the People*" con cui si apre il testo costituzionale, così indicando che è il popolo americano nella sua interezza che ha "*decretato e stabilito questa Costituzione per gli Stati Uniti d'America*"; e che, come ha ben spiegato Ackerman⁹, esprime la sovranità che il popolo statunitense detiene ed esercita, anche al fine di affermare i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Anche la costituzione come "idea di legge superiore" è debitrice dell'affermarsi del principio della sovranità popolare e costituente del popolo. Come scrive Edward S. Corwin, «Oggigiorno è invalsa l'opinione di attribuire sia la *legittimità* sia la *supremazia* della costituzione – e l'una cosa, in realtà, non è che l'opposta faccia dell'altra – esclusivamente alla circostanza che, secondo la precisa espressione che vi troviamo usata, essa venne "decretata dal popolo degli Stati Uniti". In tale proposizione, i concetti enunciati sono due: uno è la concezione "positiva" della legge, intesa nell'accezione comunemente usata per indicare determinati comandi espressi da un legislatore, vale a dire una serie di manifestazioni della volontà umana; l'altro concetto è quello che la fonte suprema di tali comandi non possa che essere il "popolo", inteso appunto quale più alta incarnazione della volontà umana»¹⁰. In America, il richiamo alla sovranità popolare indica tre cose: «in primo luogo, la mera indipendenza delle colonie, *superiorem non recognoscentes*, in secondo luogo, serve a legittimare – in modo diverso dall'Europa – il potere delle classi politiche attraverso un *compact* o un *trust* e, in terzo luogo, a riconoscere al popolo un potere ultimo, quello costituente»¹¹. Aggiungo, un popolo repubblicano di un repubblicanesimo politico ma non etico, ovvero legale ma non spirituale. Si può allora concludere, che la «sovranità popolare rappresenta uno degli elementi

⁹ Il riferimento è a B. Ackerman, *We the People. The Foundation*, vol. I, Cambridge 1991.

¹⁰ Così, E. S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, a cura di S. Rosso Mazzinghi, Vicenza s.d., 20.

¹¹ Così, N. Matteucci, *La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo*, in *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, a cura di T. Bonazzi, Bologna 1988, 34.

fondanti del costituzionalismo americano»¹², che è caratterizzato, dato significativo, dal liberalismo prima ancora che dalla democrazia, ma che si è poi sviluppato nella cd. *dualist democracy*, in cui la sovranità popolare viene a essere parte integrante della democrazia liberale¹³.

Chiudo con due rapidi esempi, che non hanno bisogno di essere supportati da ricostruzioni e argomentazioni, tenuto conto della loro diffusione nel dibattito scientifico. Uno, è quello riferito alla Costituzione della Repubblica di Weimar, che nasce su volontà costituente e che radica il concetto di sovranità popolare nella codificazione costituzionale dell'art. 1, laddove afferma che "*il potere statale emana dal popolo*". Una concezione della sovranità che voleva essere, innanzitutto, la risposta istituzionale al problema dell'avvento della moderna e dinamica società di massa: una società che si esprimeva in forma pluralistica e che sollecitava il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali (quali anche sociali) del cittadino. Si può ben dire che la concezione della sovranità risorge proprio con la Costituzione di Weimar e attraverso le opere degli studiosi del "laboratorio Weimar" (oltre a Kelsen e Schmitt: Smend, Preuss, Triepel, Fraenkel, Kirchheimer). Risorge perché si innerva in quella dialettica di relativizzazione e assolutizzazione, che aveva fortemente contraddistinto la storia dell'idea di sovranità in un senso o nell'altro. Nella Costituzione democratica di Weimar, infatti, venne affermato che "la sovranità emana dal popolo", facendo così perdere alla sovranità quella sua tipica configurazione di potere proveniente dall'alto e facendole piuttosto assumere, nel contesto di uno Stato fondato su di un ordinamento democratico e pluralista, la caratteristica di una legittimità scaturente dal basso. L'interpretazione e poi l'applicazione materiale delle norme costituzionali (si pensi all'art. 48, che prevedeva l'emanazione di *Reichsgebiete-Verordnungen* presidenziali) hanno invece finito col piegarsi alla forza della sovranità intesa come decisione forte e assoluta: questo è stato reso possibile a

¹² Cfr. S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, ed. it., Bologna 2003, 49.

¹³ V. B. Ackerman, *We the People. Transformations*, vol. II, Cambridge, 1998.

causa della dissoluzione della democrazia liberale tedesca frantumata dal vento del totalitarismo, che soffiava sempre più forte già nell'Europa degli anni Trenta¹⁴, e che seppe piegare l'idea pluralista di sovranità a favore di quella originaria, intesa cioè come decisione forte e assoluta assunta da un unico soggetto titolare del potere.

C'è poi l'esperienza italiana: dove la Costituzione come patto fra cittadini, come legame tra le forze sociali, come prima vera e autentica prova di democrazia, nasce il 2 giugno 1946. Quel giorno, infatti, i cittadini, per la prima volta veramente a suffragio universale, e quindi anche con le donne elettrici, si assumono la responsabilità di una duplice scelta che sarà determinante per il divenire della Costituzione. Con il *referendum* istituzionale decidono la forma di Stato; con l'elezione dell'Assemblea costituente scelgono a chi affidare la scrittura e l'approvazione della Costituzione. Un contemporaneo e convergente esercizio della democrazia diretta e della democrazia rappresentativa, che valorizza al massimo il principio della sovranità popolare¹⁵. In particolare, il *referendum* istituzionale ha compiuto, come è stato scritto in termini condivisibili, «la prima e fondamentale scelta del “potere costituente” in azione, cioè la prima importante decisione sulla nuova costituzione. [...] oltre a svolgere le tipiche funzioni legittimanti proprie di un *referendum* costituente, è stato anche un *referendum* d'indirizzo costituzionale»¹⁶.

È per volontà del corpo elettorale che si attribuiva mandato a 556 persone della responsabilità a scrivere le nuove regole per una nuova Italia. Con il solo vincolo giuridico di prevedere un Presidente della Repubblica, in luogo di un Monarca, ma senza sapere come articolare l'ordito costituzionale entro il quale declinare diritti e libertà, poteri e garanzie. E senza nemmeno potersi avvalere di precedenti storici di potere costituente, né tantomeno di esperienze comparate

¹⁴ Cfr. G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di stato autoritaria*, ed. it. a cura di F. Lanchester, Milano 1996.

¹⁵ Sia consentito rinviare a T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997.

¹⁶ Cfr. A. Baldassarre, *Il “referendum” costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2, 1994, 250.

da emulare. Una condizione di incertezza che rappresentò un vantaggio, anche perché i costituenti poterono lavorare sotto il “velo d’ignoranza”¹⁷.

Mi preme però mettere da subito in evidenza un aspetto, che emerge anche da quanto finora accennato, e che credo meriti attenzione. E cioè, che nel binomio potere costituente/sovranità popolare deve entrare un altro concetto, e cioè quello di Repubblica, anche al fine di contestualizzare al meglio lo sviluppo costituzionale. Mi sembra che le teorie e le storie costituzionali finora sia pure brevemente accennate rappresentino una conferma, sul senso e sul valore della Repubblica nella dialettica fra potere costituente e sovranità popolare. Anche perché l’affermarsi del principio di sovranità popolare è consequenziale a quello di Repubblica: non c’è sovranità popolare senza Repubblica così come non ci può essere Repubblica senza sovranità popolare (nessuno nega che in Gran Bretagna e in Spagna, per esempio, il popolo esercita la sua sovranità, ma questa, almeno formalmente, appartiene al monarca quale sovrano unico)¹⁸.

3. Dalla “coscienza costituente” alla coscienza costituzionale

Nel volume di Costantino Mortati, di cui ricorrono i settanta anni dalla pubblicazione, nella *prefazione* si legge della «“coscienza costituente” del popolo»: bellissima definizione, che più avanti esplicita quando afferma che «*in fondo il valore sostanziale della costituente [...] è di natura spirituale, è in quel “sovraeccitamento della vitalità popolare”, in quello stato d’animo di “audace fiducia in sé e nel futuro”, di cui parlava il Mazzini*»¹⁹.

Si introduce così un significato che definirei quasi emozionale dell’esercizio del potere costituente, che deve altresì consistere nella assunzione del valore e del

¹⁷ Sul processo costituente italiano, v. i numerosi scritti di Enzo Cheli, ora in buona parte raccolti nel vol. *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di M. Manetti, Modena 2015, 17-118.

¹⁸ Secondo la nota impostazione del problema datane da R. Bendix, *Re o popolo. Il potere e il mandato di governare*, pref. di A. Martinelli, Milano 1980.

¹⁹ C. Mortati, *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma 1945, VI.

senso della costituente nell'opinione comune; pertanto, scrive ancora Mortati, «*la preparazione alla costituente deve mirare a rendere chiara all'opinione comune la meta da raggiungere ed i mezzi per conseguirla, a predisporre i congegni più idonei perché tale opinione emerga con nettezza ed imponga ai rappresentanti dell'assemblea i suoi imperativi*»²⁰.

Quella che Mortati chiamava la “coscienza costituente” deve poi svilupparsi, quale logica conseguenza vorrei dire, nella “coscienza costituzionale”: in cui la comunità cui si appartiene possiede una struttura, un'autonomia, una validità di diritto, fondate sulla adesione dei cittadini a una obbligazione politica, che è quella definita e stabilita nella carta costituzionale. “Obbligazione politica” da intendersi nell'accezione della dottrina inglese, che implica l'idea del dovere morale di obbedienza del cittadino allo stato, e l'idea dello stato come realizzazione del “bene comune” (*common good*), quale principio della libertà²¹. Ecco perché spetta allo stato rimuovere gli ostacoli, che impediscono il libero sviluppo della personalità verso una più ricca partecipazione alla vita della comunità. Io credo che questo sia il lascito dei costituenti, cioè quello dopo avere interiorizzato una “coscienza costituente”, avere saputo iniziare a formare una “coscienza costituzionale”: attraverso i valori, i principi e le norme della Costituzione. Facendo cioè sprigionare dal testo, quale mera codificazione, e quindi altro e oltre le sole regole giuridiche, un ordine sociale modellato dai fini e dai valori delle forze politiche, sociali e culturali pluralisticamente rappresentate e che nella Costituzione si riconoscono²².

Coscienza costituzionale vuol dire anche esercizio della sovranità popolare entro il perimetro della costituzione. Il principio di sovranità popolare innerva l'intero ordinamento costituzionale e non si esaurisce affatto nel solo momento elettorale del voto per la rappresentanza parlamentare. La sovranità popolare, pertanto, è

²⁰ *Ibidem*, VII.

²¹ Il riferimento è a T. H. Green, *L'obbligazione politica*, intr. V. Frosini, Catania 1973; su cui, v. A. Jellamo, *Interpretazione del bene comune. Saggio su Thomas H. Green*, Milano 1993.

²² Sul punto, le chiare ed efficaci pagine di A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano 2015, 267 ss.

da ritenersi un principio cardine delle democrazie liberali contemporanee in quanto su di esso vengono a fondarsi tutte le forme di partecipazione della cittadinanza, intendendo con esse non solo il voto ma anche i diritti fondamentali e libertà costituzionali. Infatti, la sovranità non può esaurirsi nella rappresentatività: certo, le elezioni costituiscono un momento essenziale in una democrazia, ma rappresentano altresì soltanto uno degli esiti emergenti del processo di formazione della volontà popolare, la quale trova nel momento elettorale un suo spontaneo sbocco, ma si nutre nel suo contenuto delle libertà e dei diritti con i quali il cittadino è il sovrano di sé stesso e nel loro esercizio si manifesta un'espressione permanente di sovranità popolare. È questa una visione che consente di concepire il popolo come sovrano *nella* Costituzione, in quanto unico destinatario della stessa, attraverso una forma di pluralismo costituzionale, dove il popolo - come singolo o come gruppo organizzato - assume un ruolo centrale all'interno del sistema costituzionale. Quindi, il contenuto della sovranità popolare è dato dall'insieme delle situazioni giuridiche costituzionali, che i cittadini sono competenti a esercitare singolarmente o in forma associata. Si ritiene che questo sia il modo storicamente adeguato al nostro tempo di riproporre il principio della sovranità popolare²³. Sul punto, mi piace qui riportare le chiare affermazioni di un autorevole studioso: «la sovranità non può essere assunta come predicato del potere del popolo se non è immanente all'effettivo potere decisionale dei singoli cittadini; se non le corrisponde pienezza di posizione riconosciuta a ciascuno nella "polis"; se essa non si trasforma in statuto dei governati e non comprende il diritto di questi di apparire nell'"agorà" e di prendere parte alle decisioni che li riguardano; se, in una parola, essa è disposta ad appagarsi di deleghe, ad esaurirsi nella completa alienazione e non rivendica una riserva intangibile di decisione diretta a favore di ciascuno

²³ Ribadisco qui una tesi già sostenuta in T. E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, cit. e di recente ripresa in T. E. Frosini, *In Praise of Sovereignty*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 17, 2013, 213 ss.

come parte integrante del sistema di libertà nella democrazia moderna, come diritto fondamentale accanto agli altri diritti fondamentali»²⁴.

4. Una nota elogiativa della sovranità (e del potere costituente)

A proposito di sovranità, mi sia consentito svolgere una breve nota a favore della stessa, anche con riferimento al potere costituente. È merito di un insigne studioso avere, di recente, svolto un vigoroso *Elogio della sovranità politica* in polemica con tutti quegli studiosi «che si liberano della storia della sovranità come principio riducibile a potente arbitrio, nemico del diritto, e mostrano nei suoi confronti una sorta di repulsione, soddisfatti ora per intravederne e poterne celebrare quella che appare la sua irreversibile morte [...] i sostenitori di questa tesi [...] riducono l'immenso significato storico che esso ha avuto; svalutano e magari "condannano" (col piglio di pubblici ministeri) lo spazio di storia estremamente ampio che esso ha creato, la complessità dei principii che ha introdotto, la ricchezza di cultura e di idee che ha stimolato»²⁵. Si ritiene che esista solo il costituzionalismo dei diritti, in grado di purificare la politica normativizzandola; «si pretende che l'indisponibilità dei diritti si sottragga ad ogni formalizzazione dello spazio prodotto dalla decisione politica. Diritti che volteggiano per l'aria, più astratti di ogni giusnaturalismo del passato»²⁶. Parole forti, che debbono però indurre a una accorta riflessione.

Coloro i quali criticano in termini distruttivi il concetto di sovranità, e il suo utilizzo nelle democrazie odierne, trascinano nella critica anche il concetto di potere costituente, quale concetto a rischio di politica, dunque di arbitrio, e pertanto da rigettare in ogni sua possibile forma di autonomia, che oscilla pericolosamente tra il fatto e il diritto. «Una certa nobile guerra che, però, avendo

²⁴ C. Mezzanotte, *Referendum e legislazione*, relazione al convegno AIC "Democrazia maggioritaria e Referendum", Siena, 3-4 dicembre 1993, 8 (del *paper*).

²⁵ Così, B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli 2015, 5.

²⁶ *Ibidem*, 23.

spinto oltre ogni limite i propri obiettivi, si ritrova infine in difficoltà con se stessa, perché si accorge di avere contribuito alla crisi della politica, per alcuni un duro risveglio»²⁷. E che comunque lascia inevasa una domanda: «se toglia l'autonomia del potere costituente chi regge il significato del potere costituito?»²⁸.

E allora, ha ragione chi ha scritto, che «ritorna attuale l'esigenza di ripensare senza strumentalismi e pregiudizi a quella straordinaria novità che nella storia plurisecolare del costituzionalismo ha rappresentato l'invenzione del potere costituente del popolo [...] Quel "terribile" potere, se non ci ferma ai dogmi formalistici del positivismo giuridico e del normativismo, può essere declinato come un potere altamente trasparente, formale e ordinante. Consono e coerente con l'"eterna" istanza garantista che anima il costituzionalismo»²⁹.

Questo è il punto: senza potere costituente del popolo nessuna costituzione può diventare legittima, nessuna democrazia può essere pensata e organizzata. La costituzione non nasce come Minerva dalla testa di Giove, deve avere dietro sé (e, per certi versi, anche davanti a sé) un processo storico-politico, e quindi deve avere per presupposto un atto costituente derivato dalla volontà del popolo-nazione. La Costituzione, è stato detto, «deriva il suo diritto di validità e la sua particolare qualità giuridica [...] da una grandezza ad essa *preesistente*, che si presenta come specifica autorità o potenza. A partire dalla Rivoluzione francese questa grandezza viene denominata potere costituente»³⁰. Anche Böckenförde, che è l'autore appena citato, parla di "*coscienza giuridica forte*", che deve esserci in un popolo che si attivi come potere costituente, che «porta in sé uno "spirito" che può prendere forma – ed effettivamente anche la prende – in istituzioni, regole e procedure. Mancando ciò, nessun postulato, per quanto ben fondato, può

²⁷ *Ibidem*, 7.

²⁸ *Ibidem*, 24.

²⁹ Così, A. Cantaro, *Costituzionalismo versus potere costituente?* In *Democrazia e diritto*, n. 4-94/1-95, 145.

³⁰ E. W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo*, ora in *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, ed. it. a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano 2006, 114.

essere causa della validità di qualcosa che nel popolo, o nella nazione, non vive come spirito autonomo»³¹.

Sul concetto di potere costituente, e quello a esso affiancato di sovranità popolare, aleggia il fantasma di Carl Schmitt. Si ha come l'impressione che di questi due concetti, altamente rappresentativi del diritto costituzionale e del costituzionalismo, si debba invocare abiura per scacciare il fantasma del "terribile" Carl Schmitt. Il quale sarà stato, secondo la tagliente definizione di Alberto Predieri "un nazista senza coraggio"³², ma non gli si può certo negare la raffinatezza e profondità delle teorie costituzionali e non solo. E la sua presenza, ancora oggi molto significativa nel dibattito scientifico³³, che va ben oltre lo *Zeitgeist*, dimostra comunque che non si possono non fare i conti con Carl Schmitt³⁴: sul potere costituente e la sovranità popolare così come sul *nomos* della terra e le categorie del politico. E quindi lo si cita ma tendenzialmente *contra*, anche per non essere attratti o, peggio, identificati, con la sua *Weltanschauung*. Il punto è colto molto bene da Biagio de Giovanni, il quale così scrive: «Dunque, il potere costituente (del popolo) muore con la morte della vecchia Europa. Muore con l'esaurimento della prospettiva schmittiana alla quale il giurista la lega in modo pressoché esclusivo, ancora una volta Schmitt che domina un secolo, messo al centro dai continuatori e dai denigratori, pietra dello scandalo o pietra di paragone. [...] Questa impostazione rende del tutto arbitraria l'idea di un rapporto esclusivo tra irrazionalismo+Schmitt e l'idea di potere

³¹ *Ibidem*, 141.

³² Il riferimento è ai volumi di A. Predieri, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, 2 voll., Firenze 1998; ma v. altresì Y.C. Zarka, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt. La giustificazione delle leggi di Norimberga del 15 settembre 1935*, ed. it. a cura di S. Regazzoni, Genova 2005.

³³ Bati segnalare come ancora nel finale di questo anno (2015) sono stati pubblicati due libri in italiano di Carl Schmitt, che si vanno ad aggiungere ai già numerosi. Mi riferisco a: *Imperium. Conversazioni con Klaus Figge e Dieter Groh 1971*, Macerata 2015 e *Stato, grande spazio, nomos*, a cura di G. Maschke, Milano 2015.

³⁴ In un breve articolo, animato da uno spirito volutamente provocatorio, mi sono domandato se *Serve ancora il pensiero di Carl Schmitt?* (in www.confronticostituzionali.eu, dicembre 2013); tale articolo ha suscitato un interessante dibattito, sempre sullo stesso sito online prima citato, con contributi di Alessandro Morelli, Salvatore Prisco, Augusto Barbera e Massimo Luciani.

costituente, per cui, pur senza dichiararlo in questa forma, aboliamo una categoria elaborata nei secoli moderni perché, per dirla in un modo riassuntivo che però tocca l'essenziale, uno dei grandi giuristi del XX secolo, erede dell'“irrazionalismo”, ha legato la sovranità all'eccezione. Francamente, pur considerando Carl Schmitt uno dei grandi pensatori (non solo giurista) del '900, mi pare eccessivo»³⁵. Ancora Biagio de Giovanni, con affermazione pienamente condivisibile: «Il tema è dunque il potere costituente, abolirlo significa liberarsi del fantasma schmittiano, ma non rischia di cadere qualcosa d'altro con esso? Non solo cade Schmitt, ma con lui cadono personaggi che non si possono certo fra loro confondere, cade Rousseau e cade Tocqueville, cadono le visioni *politiche* della democrazia, diverse e lontane fra loro, ma vicine nell'impossibilità di frapporre ostacoli nel rapporto tra politica e democrazia: Tocqueville contro Guizot, all'origine moderna del problema»³⁶. Credo che una precisazione vada fatta, anche per non incorrere in un equivoco interpretativo: ho voluto evidenziare la figura di Carl Schmitt perché su di essa, e sulle sue teorie, si sono affissate le maggiori critiche di coloro i quali tendono a ridurre la portata del principio di sovranità popolare e potere costituente. Certo, non è una “lotta contro Carl Schmitt”, ma è pur vero che nei suoi confronti si muovono le critiche più affilate, identificando in lui il maggior teorico di una certa idea di sovranità popolare e potere costituente (del popolo)³⁷. Talvolta la foga critica porta però, o almeno questa è l'impressione che si avverte, a volere fare di Schmitt l'unico depositario di teorie costituzionali da rigettare, quasi fossero portatrici di autoritarismo e negazione della democrazia. Il che, invece, è tutto da dimostrare.

³⁵ B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, cit. 225 e 227.

³⁶ *Ibidem*, 246-247.

³⁷ A principiarsi dall'affermazione: «il potere costituente vero e proprio [...] non può essere trasferito, alienato, assorbito o consumato. Per quanto possibile esso è sempre presente e si pone accanto e al di sopra di ogni costituzione da esso derivata e di ogni disposizione legislativa costituzionale vigente nell'ambito di questa costituzione», C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, ed. it. a cura di A. Caracciolo, Milano 1984, 130.

Qui mi fermo, consapevole che questi discorsi, che discutono teorie costituzionali, avrebbero bisogno di adeguati approfondimenti con tanti argomenti e ragionamenti, che in questa sede non mi è certo possibile fare ³⁸.

5. Classificare i procedimenti costituenti

Dalle teorie all'effettività. E quindi, vengo ora a svolgere un (veloce) esercizio di classificazione relativamente al processo o procedimento costituente, per poi analizzare nello specifico il rapporto con la sovranità popolare: pur consapevole che le forme di svolgimento del potere costituente non sono prevedibili e, pertanto, poco inclini a essere classificate.

Chiarisco, che intendo per procedimento costituente quel complesso di attività poste in essere per l'instaurazione di un nuovo Stato e nella specifica funzione, che è quella di dar vita a nuova Costituzione intorno a cui si viene a ordinare lo Stato. In tal senso, c'è chi, come Costantino Mortati, ha voluto valorizzare il ruolo dei partiti politici, quali soggetti in grado di differenziare l'unità indistinta del popolo, che fanno altresì emergere parti indistinte fra loro in competizione, riconducendo poi gli interessi frazionali e particolari a progetti di lungo periodo, di interesse qualificabile come collettivo. Tale attività di composizione di funzioni si determina il processo costituente, da intendersi altresì come procedimento di definizioni dei caratteri autentici e originali del regime, attraverso la plurisoggettività dei protagonisti del cambiamento ³⁹. E lo stesso Mortati, poi, sviluppa un fitto svolgimento e componimento dei modi di manifestazione, natura e fondamento del potere costituente, individuando e descrivendo i criteri di

³⁸ Di un certo interesse e di una certa estensione teorica è il vol. di A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Varese 1992.

³⁹ Si fa riferimento a C. Mortati, *La costituente*, cit.; sul punto, v. M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di P. Pombeni, Bologna 1992, 74.

classificazione del potere costituente, che debbono basarsi in una combinazione sia dell'elemento formale che di quello materiale ⁴⁰.

Ci si può avvalere della suddivisione per fasi del procedimento costituente, riferibile alla teoria di Jon Elster ⁴¹, dove a ogni fase del procedimento è ravvisabile una particolare connotazione del concetto di legittimità il quale, in ultima istanza, dovrà poi informare il documento prodotto dal processo costituente. Certo, il potere costituente segue sempre i percorsi della legittimazione, anche quando viene esercitato secondo procedimenti di legalità costituzionale. Da qui la *legittimazione ascendente*, riferita alla Assemblea costituente e al suo formarsi in modo legittimo; poi la *legittimazione procedurale*, e quindi le modalità di decisione assunte in seno all'Assemblea, che non debbono essere percepite come non democratiche; infine, la *legittimazione discendente* in quanto una costituzione ratificata dal voto popolare potrà avanzare con più forza la pretesa di incarnare la volontà popolare ⁴². Le tre fasi sopra descritte, rispondono al tendenziale schema "classico" di procedimento costituente: *l'iniziativa*, ovvero la decisione preliminare di adottare una nuova Costituzione; *la preparazione*, che viene svolta da un organo provvisorio; *la deliberazione*, che porta all'adozione finale del nuovo testo costituzionale per il tramite del voto popolare. Il procedimento si caratterizza per seguire i percorsi della legittimazione.

Ci si può, poi, avvalere della classificazione, svolta da Giuseppe de Vergottini ⁴³, dei procedimenti costituenti in relazione alle diverse modalità di formazione delle costituzioni, che si declinano vuoi sulla base della derivazione dell'iniziativa costituente, e quindi procedimenti *esterni* (tra i numerosi esempi, vedi il caso della Legge fondamentale tedesca del 1949 o della costituzione del Giappone nel

⁴⁰ C. Mortati, *op. cit.*, 11 ss. Espone la teoria mortatiana, G.P. Calabrò, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Cosenza 1997.

⁴¹ Cfr. J. Elster, *Argomentare e negoziare*, cit.

⁴² J. Elster, *op. cit.*, e, in maniera più specifica, Id., *Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*, in *Public Administration*, LXXI, 1993, 169-217.

⁴³ Cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova 2013, 247 ss.

1946), in cui cioè l'iniziativa costituente si manifesta in atti di Stati diversi rispetto a quelli cui la Costituzione è destinata; procedimenti *internazionalmente guidati* (come in Namibia nel 1982-1990 e in Cambogia nel 1989-1993 e poi in Bosnia-Erzegovina negli anni 1991-1995 e più di recente in Iraq nel 2004-2006 e in Kosovo nel 2001-2008), frutto di accordi costituenti fra diversi Stati, ovvero organizzazioni internazionali, in cui partecipano anche gli Stati direttamente interessati al varo della nuova Costituzione; infine, procedimenti *interni*, vuoi sulla base delle modalità di sviluppo del procedimento stesso, con riferimento ai procedimenti *monarchici, democratici e autocratici*.

Mi soffermo sui procedimenti di carattere democratico, che sono poi quelli che investono direttamente il principio di sovranità popolare, in quanto derivano da un'attività diretta del popolo, quale legittimo titolare del potere costituente. Qui si può ben svolgere un'ulteriore classificazione, con riferimento alle modalità di manifestazione del potere costituente: e quindi, se avviene nell'ambito di Convenzioni o Assemblee costituenti, e quindi elette allo scopo specifico di approvare una costituzione; ovvero attraverso *referendum preconstituenti*, e quindi consultazioni popolari finalizzate alla scelta di un'opzione istituzionale, di una separazione di un territorio (come nel caso della indipendenza di Lituania, Lettonia, Estonia e Georgia nel 1991) o di una proposta di elezione di un'Assemblea costituente (come in Italia nel 1946 o in Norvegia nel 1905 e più volte in Grecia da ultimo nel 1974); altrimenti *referendum costituenti*, che sono connessi alla ratifica di un testo di costituzione già definito (come in Francia più volte da ultimo nel 1958 o in Spagna nel 1978 e, tra gli altri, anche il Marocco nel 2011)⁴⁴. Altra cosa è il *plebiscito*, di cui parla Carl Schmitt, come una votazione, e quindi la decisione generale del popolo (*Volksentscheid*) di darsi una costituzione «può essere dimostrata solo dal fatto e non dall'osservanza di un procedimento normativamente disciplinato [...]. La volontà costituente del popolo si manifesta in

⁴⁴ La classificazione dei *referendum* in preconstituenti e costituenti la ricavo da G. de Vergottini, *op.cit.*, 258 ss.

*un sì o no fondamentale ed assume in tal modo la decisione politica, che fissa il contenuto della costituzione»*⁴⁵.

Recenti esperienze costituenti, a cavaliere tra la fine del Novecento e inizio del Duemila, derogano rispetto alla classificazione di cui finora si è dato conto: per esempio il Venezuela (nel 1999), dove sono gli organi del precedente ordinamento costituzionale che decidono di convocare un'Assemblea costituente; o altrimenti in Bolivia (nel 2001), dove si è addirittura rigettato, perché ritenuto illegittimo, un progetto di legge che istitutiva un'Assemblea costituente, sulla base della legittimazione, quale unica modalità di riforma, del solo potere di revisione previsto dalla costituzione. Ancora, in Sudafrica (nel 1991), dove gli stessi organi già costituiti avviano un processo di negoziazione articolata con i soggetti politici fino ad allora esclusi o sottorappresentati; oppure in Ungheria (nel 1990), dove gli organi del vecchio regime si rilegittimano sulla base di una nuova legge elettorale e attraverso procedure di revisione costituzionale danno vita a una nuova costituzione, che comunque sottopongono a un *referendum* consultivo. Così pure in Estonia (nel 1992), che si caratterizza anche per il ricorso all'istituto del *referendum costituente*, sia per l'indipendenza della repubblica sia per l'approvazione della costituzione. Segnando così, nelle esperienze dei recenti processi costituenti delle democrazie della cd. terza ondata, la valorizzazione della volontà popolare quale impulso costituente e quale arbitro del destino del nuovo testo costituzionale⁴⁶.

⁴⁵ Così, C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 119 e 120. Ulteriori riflessioni in punto di democrazia diretta, C. Schmitt, *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*, ed. it. a cura di M. Alessio, Milano 2001, 27-86.

⁴⁶ Sui modi di formazioni delle costituzioni dei paesi nel testo ricordati, e altri, v. *Facets and practices of State-building*, ed. by J. Raue and P. Sutter, Leiden-Boston 2009; *How Constitution Change. A comparative study*, ed. by D. Oliver and C. Fusaro, Oxford 2011. Con particolare riguardo all'esperienza dell'Europa dell'est, v. altresì il contributo di A. Rinella, *Nuovi processi costituenti a confronto*, in *Gnosis*, n. 4, 2009.

6. *Referendum* e potere costituente

Il *referendum* è l'istituto su cui si salda in maniera più forte il legame fra potere costituente e sovranità popolare, specie quale atto ratificatore della nuova costituzione, che in tal modo garantisce alla costituzione stessa una sorta di plusvalore di legittimazione. Che agisce e interagisce come atto indiscutibilmente formale, sebbene si manifesta sul versante della legittimazione «che parla attraverso la legalità, nel senso [...] che il consenso sulle procedure “legali” è talmente alto da permettere che di queste ultime possa servirsi anche il “potere costituente”»⁴⁷.

Come senz'altro nel caso del voto popolare a maggioranza favorevole alla ratifica, e quindi all'approvazione e all'entrata in vigore della costituzione; ma che può ben avere una forza “costituente negativa”, per così dire, anche laddove il popolo si esprimesse contro la ratifica (si pensi alla IV Repubblica francese del 1946). Anzi, proprio in questo ultimo caso, e cioè di diniego, il *referendum*, quale atto imputabile per intero alla sovranità popolare, diventa una fonte sovraordinata a quella costituente, perché dal suo esito dipende il dispiegarsi costituzionale dell'esercizio costituente. Aggiungo: le procedure che prevedono il *referendum* approvativo del testo costituzionale, frutto dell'esercizio del potere costituente, per esempio in Assemblee dotate di mandato costituente, individuano nella sovranità popolare il principio fondamentale e fondante, e quindi gli riservano il potere di decidere anche *contra costituente*, e cioè di vanificare l'esercizio di un potere pensato e attuato come illimitato ma che è suscettibile di essere sacrificato sull'altare del principio democratico della sovranità popolare. Forse questo è un aspetto che merita attenzione: il potere costituente non è davvero libero, illimitato e privo di regole, perché può essere, laddove previsto, soggetto al controllo da parte di chi lo ha generato, ovvero dal popolo, per il tramite del *referendum*, attraverso il quale si può approvare la nuova costituzione ma parimenti respingerla, finendo così con lo “sfiduciare” il potere costituente e

⁴⁷ Così, A. Baldassarre, *Il “referendum” costituzionale*, cit., 247.

annullare quando dallo stesso prodotto. Risulta decisiva, quindi, la ratifica popolare che, ripeto, può anche essere di rigetto, senza che ciò determini un dramma. Una costituzione risulta dal complesso incontro tra gruppi che avanzano un progetto costituzionale, delegati in tal senso dal voto elettorale nell'assemblea costituente, e il popolo che ne afferma l'effettività ovvero la validità attraverso una ratifica che traduce quel progetto in una costituzione, oppure decide di non volerla validare. Comunque, è questo atto di volontà popolare che esprime in concreto il potere costituente del popolo, che è quello non di *dare* una costituzione ma piuttosto di *darsi* una costituzione ⁴⁸.

Nella vicenda italiana, come noto, si è escluso il ricorso al *referendum* confermativo: sul punto, già Mortati nel volume del 1945, dopo avere sostenuto che in base ai principi e in mancanza di una delega esplicita ai costituenti, il testo deliberato dalla costituente avrebbe dovuto essere successivamente ratificato dal corpo elettorale, scrive e precisa che «*il seguire un procedimento diverso, così da dare alla pronuncia dell'organo assembleare valore definitivo potrebbe perciò essere giustificato solo da considerazioni di opportunità pratica, desunte dalla particolarità della situazione italiana, non certo da motivi di ordine teorico*».

E sempre con riferimento alla vicenda italiana, una battuta conclusiva sul *referendum* costituzionale (art. 138 cost.) e quello abrogativo (art. 75 cost.): il primo, pensato come oppositivo a disposizione delle minoranze è diventato anche confermativo per volere della maggioranza (vedi il *referendum* costituzionale del 2001), che in tal modo mira alla legittimazione della riforma ⁴⁹. È pur vero che siamo entro la cornice del potere costituito, ex art. 138 cost., ma è altrettanto vero che la forza legittimante del *referendum* a favore della revisione costituzionale altera la natura deliberativa rappresentativa del Parlamento. Per quanto riguarda il *referendum* abrogativo ex art. 75 cost. meriterebbe una dedicata riflessione con

⁴⁸ Sul punto, le chiare riflessioni di G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari 1997, 43.

⁴⁹ Per i termini della questione, v. S.P. Panunzio, *Riforma delle istituzioni e partecipazione popolare*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1992; da ultimo, riassuntivamente, G. Fontana, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli 2013.

riguardo alla sua capacità di emanare “bagliori costituenti”, di cui parlava Carlo Mezzanotte, il quale chiudeva così un suo apprezzato intervento: «Manca in Italia una tradizione di potere costituente e fatichiamo a riconoscerlo poiché esso non ha forme tipiche sotto le quali manifestarsi. Sembra avere trovato, in una consultazione popolare *ex art. 75 cost.*, il suo veicolo di apparizione. Se quel referendum si rivelerà realmente fondatore di democrazia e non d’altro (solo il tempo potrà dircelo), potremo anche noi affermare, come oggi è d’uso fra gli studiosi francesi, che il potere costituente è al servizio dei diritti e delle libertà pubbliche»⁵⁰.

7. Una nota conclusiva

Il richiamo al potere costituente che sia (anche) al servizio dei diritti e delle libertà pubbliche apre nuovi orizzonti di costituzionalismo. E ridimensiona la concezione di chi invece vuole il potere costituente ormai svuotato, ovvero esaurito proprio perché l’universalismo dei diritti rappresenterebbe, oggi e *für ewig*, l’unica vera e sola forma di costituzionalismo⁵¹. Da qui una indimostrata incompatibilità tra potere costituente e costituzionalismo dei diritti, nella convinzione, anche qui tutta da dimostrare, che l’indisponibilità dei diritti si sottragga a una qualsiasi formalizzazione dello spazio prodotto dalla decisione politica, proveniente dalla sovranità popolare. E invece, non basta il costituzionalismo dei diritti a esaurire la fisionomia delle democrazie; anzi, «proprio in epoca democratica, la politica che sgorga dal potere costituente, dalla sovranità, è decisiva. È essa che dà forma perfino ai diritti fondamentali, come

⁵⁰ Così, C. Mezzanotte, *Referendum e legislazione*, cit., 28.

⁵¹ Ho discusso dell’importanza dei diritti nel costituzionalismo, secondo un approccio liberale e quindi privo di esasperazioni, in T. E. Frosini, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli 2011.

diritti incardinati nell'ordinamento, non fluttuanti in uno spazio indefinito e senza forma»⁵².

Chiudo, con ulteriore richiamo al potere costituente⁵³: mi sembra difficilmente opinabile l'affermazione che in uno stato democratico, anzi di democrazia liberale, il popolo deve potere direttamente esprimere la sua volontà. È al popolo che spetta darsi una costituzione: al popolo come comunità di persone, libere e uguali, e non certo come astratta moltitudine. Se il principio fondamentale e fondante dell'ordinamento è quello democratico e liberale, allora le sue regole costituzionali è bene che trovino nell'espressione della libera e sovrana volontà popolare la loro affermazione e legittimazione. Questo non ritengo che sia "plebiscitarismo" – un termine vuoto di cui si dubita il suo preciso significato – penso piuttosto che sia più semplicemente democrazia.

⁵² B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, cit., 223.

⁵³ ... e con un'ulteriore citazione, che non vorrei altrimenti dimenticare di fare: è quella tratta da P. Barile, *Potere costituente*, in *Novissimo Digesto Italiano* vol. XIII, Torino 1966, 444, secondo il quale, il potere costituente «rientra nella categoria delle fonti di produzione del diritto obiettivo, in quanto fonte di produzione delle norme costituzionali».