

F. Ferrari,* Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle *Chartes* francesi al *political constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano 2019, pp. 1- 236 (Premio 2018 miglior proposta per le discipline giuspubblicistiche)

La tesi fondamentale di questo lavoro può essere articolata lungo tre direttive:

(I) è il conflitto originario da cui sorge ogni singola Costituzione a plasmare la tecnica di rigidità finalizzata a proteggerla.

(II) Il concreto operare della rigidità, dunque, è potenzialmente variabile non solo in relazione al singolo testo costituzionale preso in esame, ma anche ai diversi e nuovi conflitti che la medesima Costituzione affronta durante la sua vigenza.

(III) Aggiornare la rigidità, e quindi le tecniche di protezione della Costituzione, è pertanto necessario al fine di garantirne la prescrittività, ma può avere un costo in termini di coerenza complessiva del sistema. Taluni elementi strutturali di una costituzione, infine, consentono di coltivare quantomeno il dubbio sulla effettiva possibilità di un tale mutamento.

(I)

La rigidità costituzionale può forse essere descritta, in astratto, come un concetto fisso: la superiorità giuridica della costituzione rispetto alle fonti inferiori. O almeno è così che compare nelle analisi di teoria generale delle costituzioni.

In concreto, però, la tecnica attraverso cui perseguire questo obiettivo cambia in relazione alla costituzione presa in esame: per essere più precisi, in conformità al conflitto fondamentale da cui la singola Carta sorge. La costituzione, difatti, origina di norma da una contrapposizione, positivizzando attraverso il proprio testo un patto mediante il quale superarla: è proprio la soluzione di questo conflitto originario a configurare la forma concreta di rigidità.

Così, la Costituzione repubblicana può senz'altro essere considerata rigida grazie al procedimento aggravato di revisione costituzionale, essendo esso una risposta giuridica coerente con il conflitto sociale da cui nacque il testo del 1948. Tuttavia, giudicare rigide o flessibili altre esperienze costituzionali – come le *Chartes* francesi o lo Statuto albertino – in base alla presenza o assenza del medesimo 'aggravamento' appare quantomeno discutibile: ne risulterebbe, cioè, un'analisi eccessivamente retrospettiva, poco attenta a considerare le peculiarità costituzionali di vicende ben diverse rispetto a quella repubblicana, nelle quali difforme fu il conflitto originario, e dunque inevitabilmente diverso si rivelò lo strumento attraverso cui proteggere il patto.

Lo stesso procedimento aggravato di revisione, a ben guardare, può svelare significati eterogenei. L'art. V della Costituzione statunitense, solitamente descritto come archetipo di rigidità sia sotto il profilo storico, sia per la radicale complessità del procedimento di revisione, nacque in realtà su presupposti opposti: garantire una modifica del testo fondamentale più semplice – verrebbe da dire più *flessibile* – rispetto all'insuperabile unanimità richiesta dagli articoli della Confederazione, consentendo così di correggere in futuro i difetti della Costituzione elaborata dai *framers* nel 1787.

(II)

Questa prima tesi impone una domanda: se è il conflitto originario a plasmare il senso della rigidità e le tecniche elaborate per proteggerla, cosa accade quando la costituzione, nel passare del tempo, si trova ad affrontare nuovi e diversi conflitti rispetto a quello da cui sorge?

A questo proposito, proprio le esperienze costituzionali delle *Chartes* e dello Statuto si rivelano fondamentali. Si trattava di 'Costituzioni' flessibili, ma con una componente

granitica di rigidità costituzionale: il patto tra Corona e Camera monoclasse dei deputati espresso nel procedimento legislativo condiviso, finalizzato a risolvere il conflitto tra Re e borghesia, e non di rado protetto dalla stessa giurisdizione. In ottemperanza a quell'accordo tutto poteva essere modificato, tranne il ruolo attivo di entrambi i soggetti nella produzione normativa (scritta e, soprattutto per lo Statuto albertino, 'consuetudinaria'). La tenuta di questa rigidità fu dunque legata *in primis* agli equilibri della forma di governo, la quale proprio per garantire quella componente di rigidità non sfociò mai in monarchia parlamentare, rimanendo sempre una monarchia costituzionale: pazzia, appunto.

Cosa accadde quando, nel tempo, un nuovo soggetto sociale, diverso dalla borghesia, rivendicò rappresentanza politica, mutando la natura del conflitto originario? Il sistema politico-costituzionale della *Charte* del 1830 esplose: la monarchia fu travolta dai moti rivoluzionari, e attraverso questi si inaugurò un regime repubblicano basato non più sul suffragio censitario, ma universale. Lo Statuto, al contrario, implose, pretendendo di sedare con uno strumento ormai anacronistico – il 'mero' patto sull'asse Re e Camera non più monoclasse – un conflitto di tutt'altra portata qualitativa e dimensione quantitativa.

Anche la Costituzione repubblicana, però, deve affrontare conflitti non del tutto sovrapponibili con quello che storicamente ne ha animato il nucleo centrale (ossia la legittimazione del conflitto sociale entro il Parlamento, disciplinato da una fonte gerarchicamente sovraordinata e dal sindacato materiale di costituzionalità): si pensi, per esempio, ai rapporti con il diritto dell'Unione europea e, in misura più sfumata, dello Stato del Vaticano.

Le fonti UE, è noto, nell'ambito di propria competenza prevalgono anche su fonti costituzionali: ciò significa che l'unico strumento di difesa interna, nell'eventualità di un conflitto, è dato dai *controlimiti*. Si tratta di una dottrina di grande pregio: da maneggiare senz'altro con prudenza, ma idonea a rappresentare la tecnica con la quale l'ordinamento protegge la *rigidità* della Costituzione – del suo nucleo essenziale – da conflitti innanzi ai quali rischierebbe di rimanere, diversamente, vulnerabile. Dottrina e giurisprudenza costituzionale, in questo modo, hanno elaborato un fondamentale strumento di garanzia della rigidità: 'evoluto' rispetto a quello originario e così capace di adattarsi al mutamento dei nuovi conflitti da affrontare.

Dopo tutto, l'art. 138 Cost. tutela la Costituzione anzitutto da fonti ordinarie tipiche, ma innanzi ad alcune *atipiche* la questione è più complessa. Già il diritto pattuito con lo Stato del Vaticano produce un primo stemperamento dell'art. 138 Cost.: se è vero che quest'ultimo non perde affatto la competenza a disciplinare i rapporti tra i due Stati sovrani (art. 7.2 Cost.), è altresì vero che una mera legge ordinaria concordataria (atipica, esecutiva dei Patti) esprime la stessa forza passiva della disciplina costituzionale, avendo come unico parametro esattamente i controlimiti. A meno di un recesso della Repubblica dall'Unione europea, o di un mutamento complessivo dei rapporti costituzionali con l'UE, si è visto come con il diritto sovranazionale la questione sia ancora più radicale. Da qui l'importanza dei controlimiti, nonché la loro strutturale idoneità ad inverare una forma 'aggiornata' di rigidità costituzionale.

Proprio la natura atipica delle fonti che potenzialmente insidiano la rigidità della Costituzione induce, sul punto qui in esame, un'ultima riflessione. L'atipicità, per talune delle fonti così definite, non sembra esprimere solo la nota scissione tra forma ed efficacia, ma anche l'atipicità del conflitto, da intendersi come diversità rispetto al conflitto sociale 'originario': limitandosi ai casi trattati, le relative fonti sono accomunate da un conflitto che si svolge altrove rispetto al Parlamento, e da un contenuto 'valoriale' che non sembra del tutto sovrapponibile ai principi ispiratori della Carta repubblicana.

Una legge atipica, anche ove le si riconosca una forza passiva di rango costituzionale, rimane però pur sempre una legge ordinaria. Nei suoi confronti la rigidità deve dunque essere fatta valere: i controlimiti sembrano rappresentare esattamente lo strumento idoneo a tal fine.

(III)

La rigidità costituzionale, dunque, è una tecnica di protezione della costituzione, che per svolgere appieno la propria funzione *deve* concretamente variare a seconda del conflitto sottostante, perlomeno quando quest'ultimo rischi di rendere obsolete le ordinarie forme di protezione. Non solo diverse costituzioni prevedono diverse forme di garanzia della rigidità, ma entro la stessa Carta fondamentale, causa il naturale passare del tempo, può essere necessario rileggere e riconfigurare i modi attraverso cui farne valere la superiorità.

Posto che le costituzioni, generalmente, ambiscono a durare in eterno, vi sono però dei limiti strutturali oltre i quali l'adattamento della rigidità al mutare dei conflitti si rivela impraticabile?

Quando si analizzano vicende costituzionali concluse (*Chartes* e Statuto albertino), interrogarsi sulla loro capacità di adattarsi al tempo risulta quasi pleonastico: più interessante, però, è riflettere sulle cause del loro infelice esito. Un elemento che accomuna queste diverse esperienze è la difficoltà di superare l'impianto iniziale mantenendo, però, la centralità dei soggetti che lo determinarono.

Si può dunque ipotizzare che oculate e tempestive riforme costituzionali, peraltro suggerite – soprattutto in Italia – dall'attenta dottrina del tempo, avrebbero evitato un tale nefasto evolversi, consentendo aggiornamenti temperati e razionali dei sistemi costituzionali. Però, non può lasciare indifferenti una constatazione di Antonetti, in cui si sottolinea che non sembrano essere esistiti passaggi 'pacifici' da monarchia costituzionale a parlamentare, essendo ciò avvenuto sempre con rotture violente. Elementi strutturali di quelle costituzioni non avrebbero 'ontologicamente' consentito mutamenti radicali, poiché ciò avrebbe significato il ridimensionamento delle prerogative costituzionali di uno dei (o di entrambi i) soggetti del patto, al fine di riconoscere le istanze della nuova alterità. Certo, tutto questo a meno di un ritiro 'spontaneo' delle parti in causa, come avvenne – ma con conseguenze disastrose sull'impianto costituzionale – con il Parlamento statutario.

Esistono però esperienze diverse, che proprio sulla capacità di perpetuarsi cristallizzano uno dei propri tratti caratteristici: su tutte, la Costituzione statunitense. Anche in questo caso, comunque, il rapporto tra origine, mutamento e rigidità appare tutt'altro che indolore.

Una Costituzione nata per risolvere i nodi della separazione dei poteri si ritrova oggi nella condizione di dover assegnare a una o più delle proprie istituzioni il compito di tutelare i diritti fondamentali: tema sconosciuto al testo del 1787, ma improcrastinabile nell'attualità. Poiché, però, né l'aggravamento della procedura *ex art. V Cost.*, né – con tutta probabilità – la Corte Suprema furono concepiti per quel fine, assegnare loro questa responsabilità pone drammaticamente il problema della legittimità di una tale scelta.

Il *political constitutionalism* intercetta in pieno questo nodo, mettendo radicalmente in discussione il titolo giuridico sia della Costituzione come fonte, sia della Corte Suprema come organo, a custodire e definire il significato dei diritti fondamentali; da quella prospettiva, spetterebbe solo al Parlamento sovrano, e alla legge ordinaria che ne è la massima espressione, operare in tal senso. Un tale 'rifiuto' di ciò che tradizionalmente appare come il fondamento della rigidità costituzionale può rivelarsi quasi scioccante per la cultura costituzionale europea; non si possono, però, ignorare i diversi presupposti da cui nacque la Costituzione del 1787, né lo scopo ben difforme in origine assegnato alla revisione costituzionale: non certo proteggere i diritti fondamentali, ma consentire

cambiamenti 'semplici' della Costituzione, permettendo così future correzioni ai connaturati errori di progettazione dei *framers*.

Leggere l'incitamento di Washington agli Stati federati al fine di ratificare la Costituzione 'rigida' per antonomasia, e trovarvi l'identico argomento usato da Cavour per convincere i liberali ad accettare il 'flessibile' Statuto albertino (appunto, la semplicità con cui sarebbe stato possibile correggere la Costituzione) esprime con eloquenza quanto la lettura della rigidità/flessibilità disancorata dal senso del conflitto originario possa essere forviante. Non si tratta affatto di ristabilire supposte verità storico-costituzionali, ma di comprendere come i nodi dell'origine condizionino la prescrittività attuale della Costituzione: gli enormi problemi di legittimità che stanno investendo la Corte suprema, e con essa la stessa costituzionalizzazione dei diritti, sembrano lì apposta per ricordarlo.

Dopo tutto, non è necessario guardare oltreoceano o ad un lontano passato per avvertire quanto taluni elementi strutturali – originari – possano condizionare un ordinamento.

Parte della letteratura ha ripetutamente messo in luce come l'*imprinting* liberista dell'entità sovranazionale appaia, ancor oggi, restio ad una completa dissoluzione, confinando la concreta tutela dei diritti fondamentali in uno spazio ben presidiato dalle tipiche quattro libertà del mercato. Certo, rispetto all'UE non si può parlare di un problema di rigidità costituzionale in senso stretto, tecnico per così dire: ciò non impedisce però di cogliere le analogie, e di constatare quanto il 'nucleo duro' di quell'ordinamento appaia ancora oggi ben ancorato al proprio conflitto originario, che proprio sulla costruzione di un 'tecnocratico' mercato comune – strutturalmente insensibile alla tutela dei diritti fondamentali – tracciò il perimetro sul quale fondare il patto della nascente Comunità.

Ma il legame con la rigidità, dalla prospettiva interna, appare ancor più eloquente.

Il dato che emerge da quel segmento di storia costituzionale europea qui preso in esame – dalla Restaurazione alla Repubblica – è il ruolo giocato dai diritti sociali, e con essi dal principio di eguaglianza sostanziale, nella costruzione della rigidità del testo del 1948. Senza questi elementi sarebbe arduo comprendere sia il significato della revisione costituzionale come 'aggravamento' del procedimento di adozione di una legge ordinaria, sia il sindacato materiale di costituzionalità della Corte costituzionale.

Tuttavia, se la benefica apertura della nostra Costituzione all'Unione europea si traduce, sulla base di precise dottrine economiche, proprio in una negazione di quella stessa dimensione sociale della politica faticosamente conquistata con lo Stato costituzionale di diritto, il rischio non può che essere scontato: ad essere minacciata è esattamente la rigidità costituzionale. Il fatto che in questo contesto la sua tenuta dipenda da uno strumento 'nuovo' – i controlimiti – non può rappresentare un fattore di disturbo nella comprensione della reale posta in palio.

Da ultimo: non esiste solo il piano giurisdizionale; caricare sulla Corte costituzionale l'intero peso della protezione del nucleo fondamentale della Costituzione è pericoloso. Spetterebbe, *in primis*, alla politica rinvigorire l'eterogeneità dei principi del patto costituzionale, e con essa la loro dimensione sociale e il principio di eguaglianza sostanziale: non certo per sovvertire le salutari istanze liberali, ma per temperarle. È vero che ogni costituzione sembra avere degli elementi strutturali che ne proteggono il significato originale, ma si è constatato che esistono anche i ritiri 'spontanei', o peggio ancora 'inconsapevoli', dei soggetti del patto. E innanzi a forze politiche che sembrano rinunciare a rappresentare il conflitto sociale in Parlamento, nemmeno il tratto genetico incarnato dall'art. 3.2 Cost. può sopravvivere autonomamente.

Certo, risulta in qualche modo paradossale che l'apice della giuridicità di una Costituzione – la sua rigidità – dipenda anche da un massiccio impegno della politica, e

dalla benefica contrapposizione tra diverse istanze che una democrazia *costituzionale* necessariamente presuppone.

Ma si tratta di un controsenso solo apparente: per comprenderlo appieno, basterebbe fermarsi ad ascoltare l'eco del conflitto da cui sorge la nostra Costituzione.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università di Verona - fabio.ferrari@univr.it