

Fabio Ferrari

Studio sulla rigidità costituzionale

Dalle *Chartes* francesi
al *Political Constitutionalism*

Premio **2018** migliore proposta per le discipline giuspubblicistiche

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

Vincitori del Concorso per la migliore proposta editoriale per le discipline giuspubblicistiche, promosso dalle Edizioni FrancoAngeli e dalla Collana Studi di Diritto Pubblico.

2012 – Antonella Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*

2013 – Chiara Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*

2014 – Renato Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*

2015 – Giuseppina Barcellona, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*

2016 – Federico Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*

2017 – Nadia La Femina, *Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento. Dalla tutela retroattiva al bilanciamento degli interessi*

2018 – Fabio Ferrari, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*

Per informazioni sul *Concorso* o sulle modalità di pubblicazione nella Collana scrivere a:

gorni@francoangeli.it

d.pubblicofrancoangeli@gmail.com

Fabio Ferrari

Studio sulla rigidità costituzionale

Dalle *Chartes* francesi
al *Political Constitutionalism*

Premio **2018** migliore proposta per le discipline giuspubblicistiche

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Il volume è stato pubblicato con un contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli studi di Verona.

Copyright © 2019 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Introduzione	pag.	9
1. Impostazione del tema	»	9
2. Rigidità, conflitto e diritto scritto nelle costituzioni ‘brevi’ e ‘lunghe’	»	12
1. Forma di governo e rigidità costituzionale: le <i>Chartes</i> francesi del 1814 e del 1830	»	21
1. Perché la forma di governo?	»	21
2. Tra modelli e realtà	»	21
3. La <i>Charte</i> del 1814	»	24
4. La centralità del Re nella forma di governo	»	28
5. Quale e quanta rigidità?	»	38
5.1. La costruzione – <i>viva vox</i> – del ‘modello’	»	41
5.2. <i>Segue</i> : conferme e apparenti contraddizioni	»	48
5.3. La crepa ‘strutturale’ del modello	»	52
6. Profili di continuità nella <i>Charte</i> del 1830	»	53
7. L’impossibile compromesso	»	62
2. <i>Original intent</i> e rigidità del patto nell’evoluzione dello Statuto albertino	»	67
1. Premessa	»	67
2. L’ <i>original intent</i>	»	69
3. Il cambio di prospettiva: dall’onnipotenza parlamentare all’Assemblea costituente	»	78
3.1. Gli interessi fondamentali	»	82
3.2. La componente di rigidità del patto nella diacronia	»	88
4. Il presunto avvento della monarchia parlamentare	»	93
5. La conferma del (claudicante) patto	»	100
3. Quando il conflitto abita <i>altrove</i>: rigidità costituzionale, fonti atipiche, controlimiti	»	109
1. L’art. 138 Cost. e il ‘suo’ conflitto: il modello originario	»	109
2. Patti Lateranensi e Costituzione	»	112

2.1. La (ir)rappresentabilità dell'interesse religioso e le ricadute sul sistema delle fonti	pag.	115
3. Integrazione europea e Costituzione	»	120
3.1. Identità sovranazionale e controlimiti	»	122
3.2. Alla prova dei fatti: un <i>rule of law</i> 'primordiale'	»	128
3.3. <i>Segue</i> : « <i>rule of law</i> » e Corte di giustizia	»	134
4. Atipicità delle fonti (e dei conflitti): la rigidità attraverso i principi supremi	»	138
5. L' <i>eco</i> del conflitto: una prima conclusione. E un prologo	»	142
4. <i>Political constitutionalism</i> e rigidità costituzionale: l'eco del conflitto	»	147
1. Perché il <i>political constitutionalism</i> ?	»	147
2. Premessa. Corte suprema e « <i>We, the people</i> »	»	148
3. E le minoranze? «Una questione di sensibilità»	»	156
3.1. Archiviare Ulisse?	»	159
3.2. Archiviare Ulisse, riabilitare Procuste	»	160
4. Uno sguardo alle origini	»	166
4.1. Art. V: significati e ragioni della revisione costituzionale	»	166
4.2. <i>Segue</i> : Madison e la 'tirannia' della maggioranza	»	171
4.3. Eterni dissidi, qualche certezza: il <i>judicial review of legislation</i>	»	178
4.4. <i>Segue</i> : il <i>Bill of Rights</i>	»	186
5. <i>Political constitutionalism</i> e rigidità costituzionale: l' <i>eco</i> del conflitto	»	189
Conclusioni	»	195
Bibliografia	»	203

a Sofia

*per il piccolo tratto che ha già percorso
ancor più, per quelli che verranno*

Nella realizzazione di questo lavoro ho potuto contare sulle riflessioni, sui consigli e sulle critiche di Roberto Bin: la guida di un tale Maestro è stata per me un autentico privilegio.

In questi anni non mi è inoltre mai mancato il sostegno di Maurizio Pedrazza Gorlero, dal quale ho imparato e ricevuto in misura ben maggiore di quanto il più fortunato degli allievi avrebbe potuto desiderare.

INTRODUZIONE

1. Impostazione del tema

Si è soliti identificare la rigidità costituzionale con la presenza di alcune particolari caratteristiche all'interno di una Carta fondamentale: un procedimento aggravato di revisione costituzionale secondo la dottrina maggioritaria¹; la natura scritta di una costituzione, la sua capacità di rivelarsi «incommensurabile» rispetto alle altre fonti, la presenza in essa delle norme riguardanti la forma di Stato e di governo secondo una minoritaria, autorevole, diversa interpretazione².

Entrambi gli orientamenti riconoscono altresì alla rigidità diverse gradazioni, le quali si manifestano sotto forma di attenuazioni e aggravamenti del concetto: tanto in ambito nazionale, quanto in quello *lato sensu* comparato, il pluralismo politico e istituzionale delle odierne società complica il sistema delle fonti, parcellizzandolo fino a lambire il rischio casistico; si incide così sui modi – necessariamente plurali – con i quali l'ordinamento tenta di garantire la superiorità normativa della propria norma fondamentale³. Queste gradazioni della rigidità, tuttavia, sono lette pur sempre come variazioni del medesimo tema di partenza, il quale è appunto il tratto distintivo sopra accennato: il procedimento aggravato per gli uni, la costituzione scritta con quelle peculiarità per gli altri.

¹ Quanto alla dottrina italiana, il credito assunto dalla tesi in esame è esplicitato in tutte le opere enciclopediche sul tema: *ex pluribus* A. PIZZORUSSO, *art. 138*, in G. Branca (cur.) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1981, p. 703; S. M. CICONETTI, *Revisione costituzionale*, *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 135; V. ANGIOLINI, *Revisione costituzionale*, *Dig. pub.*, XIII, Torino 1997, p. 307. Non diversamente la dottrina comparata: J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, *Giur. cost.* 1994, pp. 3314; H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, London 2014, p. 9; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris 2015, sec. III, § 2.

² Si tratta della nota tesi di A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 2002, per un'introduzione alla quale pp. 1-18.

³ Abbondantemente sul punto M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e gradazioni*, Torino 1997, p. 163 ss.

La causa della rigidità rimane cioè la stessa: a variare, semmai, è il *quantum* del concetto.

Una conferma di questo la si rintraccia nelle analisi relative allo Statuto albertino e, più in generale, ad alcune esperienze del costituzionalismo dell'Ottocento: quelle Costituzioni sono classificate rigide o flessibili sempre in relazione alla presenza o all'assenza delle caratteristiche sopra citate, a ribadire un'idea monolitica, fissa, statica di rigidità⁴. Lo stesso si può dire per un'esperienza costituzionale ancor più risalente, quella statunitense: pur essendo nata su presupposti storici e costituzionali assai differenti rispetto a quelli europei del secondo dopoguerra, viene solitamente identificata come l'archetipo del *comune* concetto di rigidità costituzionale⁵.

In questo lavoro si vorrebbe tentare un approccio diverso.

L'analisi è condotta sposando la prospettiva *pattizia*: un patto rappresenta l'esito di un conflitto, presupponendolo logicamente⁶; poiché, però, i conflitti di interessi che animano le Costituzioni sono suscettibili di mutamento, la concreta protezione della rigidità costituzionale non può essere garantita mediante un unico strumento. Posto infatti un concetto unico e sempre valido, *in astratto*, di rigidità costituzionale – la protezione giuridica della costituzione rispetto alle altre fonti – la concreta custodia di questo assunto deve poter variare a seconda del *tipo* di *conflitto* sottostante che pretende di insidiare il rango costituzionale: questo, perlomeno, è quanto si proverà ad argomentare.

Un'analisi così impostata della rigidità tende, dunque, ad integrare lo studio delle fonti del diritto con quello della rappresentanza: non certo per sacrificare le prime in nome della seconda, bensì per provare ad illustrare come esse esprimano il fondamentale perimetro di un tema – la rigidità – comprensibile però se letto *anche* in relazione ai conflitti esistenti tra le diverse istanze che rivendicano riconoscimento istituzionale⁷.

In gioco non sembra certo esservi una disputa sulla definizione formale del concetto, ma qualcosa di ben più importante: la preservazione della prescrittività della costituzione.

⁴ Cfr. Cap. I e II.

⁵ Quantomeno a partire dalla concettualizzazione del tema ad opera di: J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid Constitutions)*, 1901) tr. it. R. Niro, Milano 1998, pp. 54-55.

⁶ «Vi è conflitto quando una persona o un gruppo avanza pretese di segno negativo nei confronti di altre persone o gruppi, pretese che qualora venissero soddisfatte, danneggerebbero l'interesse altrui cioè l'altrui probabilità di raggiungere una situazione desiderabile»: C. TILLY, *Conflitto, Enc. sci. soc.*, Roma 1992, p. 259.

⁷ In una prospettiva più generale, il peso esercitato dalla rappresentanza politica nell'interpretazione costituzionale è sottolineato da G. U. RESCIGNO, *Interpretazione e costituzione, Dir. pub.* 2011, p. 25 ss.

Ciò premesso, si procederà in questo modo: il primo e il secondo capitolo si concentreranno sullo Statuto albertino e sui testi costituzionali che ne rappresentano il modello storico e giuridico, ossia le *Chartes* francesi del 1814 e del 1830. Si è già accennato a come tali Costituzioni siano di norma giudicate completamente flessibili o totalmente rigide. Esiste un diverso modo di analizzarne la presunta rigidità-flessibilità? In quel contesto storico, la mancanza di un procedimento di revisione costituzionale è essenziale al fine di determinarne la natura? Può forse essere utile guardare allo sviluppo della forma di governo, stante il patto fondamentale sull'asse Corona-Camera dei deputati 'borghese' dal quale quelle Costituzioni nacquero? A questo proposito, l'eventuale rilevanza di tale patto come si coniuga con il presunto avvento della monarchia parlamentare?

Il terzo capitolo, colti i risultati dei precedenti, proverà a virare verso l'oggi. Esistono degli interessi la cui rappresentanza non abita il Parlamento: i conflitti che li animano si svolgono al di fuori dei confini delle Assemblee, e i loro stessi contenuti sembrano non del tutto sovrapponibili rispetto a quelli, tradizionali, della dialettica parlamentare repubblicana; a quest'ultima rimane 'solo' il compito di dare forma legislativa a norme pattuite altrove. Esemplari appaiono le fonti (atipiche) derivanti dai rapporti con lo Stato del Vaticano e con l'Unione Europea. Innanzi a questi nuovi e diversi conflitti, la norma di rango costituzionale protegge la rigidità? A questo fine è forse necessario guardare altrove e cercare strumenti diversi, come per esempio i principi supremi? L'atipicità di talune fonti, oltre ad esprimere la nota scissione, offre qualche ulteriore riflessione sulla natura del conflitto sottostante (e così, a cascata, sul modo in cui quest'ultimo – una volta formalizzato in fonte – incide sulla rigidità)?

Il quarto capitolo, infine, guarderà alla Costituzione statunitense, la quale appare estremamente interessante sotto diversi profili: anzitutto, rappresenta il modello archetipo di rigidità costituzionale; in secondo luogo, la sua lunghissima vigenza consente di testare la tenuta dell' 'originaria' rigidità innanzi ai mutamenti sociali e istituzionali imposti dalla diacronia e dunque, secondo quanto sopra precisato, all'evolversi dei conflitti. Peraltro, proprio in seno a quell'ordinamento (ma non solo), esiste un'autorevole dottrina costituzionale, denominata *political* (o *popular*) *constitutionalism*, che mette radicalmente in discussione la legittimità stessa dei due istituti cardine della rigidità: la fonte costituzionale a protezione dei diritti fondamentali e il *judicial review of legislation* da parte della Corte suprema. Una tale proposta argomentativa come si coniuga con la Costituzione rigida per antonomasia? Che tipo di percezione del 'conflitto', e del ruolo stesso di una Costituzione, è possibile cogliere muovendo da questi presupposti? In che modo i nodi storici-costituzionali del testo 1787 possono influire sulla 'lettura' odierna della rigidità costituzionale statunitense?

Questo, in sintesi, il quadro.

Prima di affrontarlo, però, sembra opportuno introdurlo con una breve riflessione su un tema classico del diritto costituzionale, che appare perfettamente in grado di configurare lo scenario entro il quale si intende svolgere questo studio sulla rigidità.

2. Rigidità, conflitto e diritto scritto nelle costituzioni ‘brevi’ e ‘lunghe’*

Nella letteratura costituzionale è comune la classificazione delle costituzioni in ‘brevi’ e ‘lunghe’⁸: tale distinzione, ben lungi da servire un fine meramente didattico, se osservata in contropunto rappresenta una possibile chiave di lettura del rapporto tra conflitto e rigidità costituzionale all’interno dell’evoluzione delle costituzioni.

Si è soliti affermare che il fenomeno dell’aumento della lunghezza del testo costituzionale, rintracciabile – con l’antesignana Costituzione di Weimar⁹ – indicativamente nelle Carte redatte tra il primo e il secondo dopoguerra mondiale, rappresenta la trasposizione al massimo livello normativo di interessi sociali ritenuti, ora, meritevoli di essere affiancati alle istanze provenienti dal mondo liberale, caratteristiche delle Costituzioni del XIX secolo¹⁰: così, testi protesi a disciplinare l’organizzazione dei rapporti costituzionali tra gli organi dello Stato, e ad una proclamazione «essenziale»¹¹ dei diritti e delle libertà fondamentali, cedono il passo a precetti ben più corposi nel numero, oltre che diversi

* Un primo segmento di questo paragrafo è stato anticipato in F. FERRARI, Another brick in the wall? *Il difficile dialogo costituzionale con l’immagine del Cristo crocifisso*, Riv. AIC 2018, pp. 21-22.

⁸ V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 115 ss.; S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)*, Dig. pub., Torino 1989, pp. 301-303; quanto alla manualistica, ex pluribus L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, pp. 20-21.

⁹ Sul carattere compromissorio della Costituzione di Weimar C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione (Verfassungslehre, 1928)*, tr. it. A. Caracciolo, Milano 1984, per esempio pp. 162-163; C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Firenze 1946, p. 7 ss.; sul ruolo ‘storico’ esercitato da questa Costituzione nel tentativo di dare una prima positivizzazione ai diritti sociali A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, Enc. giur. 1988, cit., pp. 3-6.

¹⁰ Ex pluribus: V. CRISAFULLI, *La costituzione*, cit., pp. 116-119; ancora, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, pp. 20-56; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998, pp. 63-67; R. BIN, *Stato di diritto*, Enc. dir., Ann. IV, cit., pp. 1153-1155.; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in Id. – D. Zolo (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp. 151-170. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005, pp. 213-217.

Un’importante precisazione terminologica sui concetti di rappresentanza politica e rappresentanza d’interessi la offre N. BOBBIO, *Rappresentanza e interessi*, in G. Pasquino (cur.), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari 1988, p. 11.

¹¹ S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine..., cit., p. 301.*

nella qualità¹²; con essi si tentano di aumentare gli oneri dello Stato verso la comunità politica da un lato e la protezione dei diritti fondamentali – individuali e associativi – dei cittadini dall’altro.

In questo modo, si traduce a livello costituzionale il passaggio da Stato «monoclasse» a Stato «pluriclasse»¹³: all’affermazione dell’eguaglianza formale, debitamente protetta dalla limitazione del censo e dalla conseguente inaccessibilità alle istituzioni rappresentative ad una parte cospicua di popolazione¹⁴, si sostituisce l’onere gravoso di realizzare l’eguaglianza sostanziale.

Il carattere compromissorio delle costituzioni soprattutto del secondo dopoguerra produce l’aumento del testo che le esprime, essendo ben numerosi gli elementi di conflitto per i quali si richiede una sintesi tra i diversi interessi da cristallizzare nella norma¹⁵. A garanzia del punto di equilibrio individuato, le Carte vengono protette dalla rigidità costituzionale, la quale si manifesta sotto un doppio profilo: dal punto di vista delle fonti del diritto, si prevede un procedimento aggravato – rispetto a quello legislativo ordinario – per la modifica delle norme di rango costituzionale, di modo che le minoranze non siano completamente estromesse dalla re-scrittura delle regole fondamentali; dal punto di vista giurisdizionale, si affida ad un ‘giudice delle leggi’ la protezione della costituzione, imponendo a quest’ultimo di dichiarare nullo l’atto adottato in conflitto con la forma o la sostanza costituzionale¹⁶.

Inizia così a delinarsi il rapporto esistente tra conflitto, rigidità costituzionale e testo scritto¹⁷: l’eterogeneità degli interessi rappresentati nel momento

¹² Su questo R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi. (cur.), *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli 2009, pp. 41-46.

¹³ Sono le note espressioni utilizzate da M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986, p. 35 ss. Per una diversa impostazione sul punto G. BONGNETTI, *Osservazioni conclusive: «Brüder, nicht diese töne...»*, in N. Zanon – F. Biondi (cur.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, p. 275 ss.

¹⁴ Sul rapporto tra conflitto sociale e assetto costituzionale nel passaggio tra XIX e XX sec. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, *Quad. cost.* 2007, p. 11 ss.; ancora, G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in L. Chieffi (cur.), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino 2006, pp. 62-63 e M. DOGLIANI, *L’idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra otto e novecento*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, I, Milano 1999, p. 570 ss.; C. MORTATI, *art. 1*, in G. Branca (cur.) *Comm. Cost.*, cit., pp. 9-11.

¹⁵ Sul punto, coinvolgendo anche il tema dell’elasticità del testo costituzionale M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità*, cit., p. 35.

¹⁶ Sul fondamentale concetto di rigidità costituzionale e sulla sua ‘protezione’ normativa M. PEDRAZZA GORLERO, *Il patto costituzionale*, Padova 2012, pp. 236-242.

¹⁷ Come è noto, l’argomento della ‘written constitution’ è centrale nella riflessione del giudice Marshall circa la superiorità normativa della costituzione statunitense rispetto alla legge or-

costituente impone di preservare la Carta contro l'eventuale pretesa eversiva – cioè monistica – delle singole maggioranze; il rispetto dell'alterità sociale è protetto dalla rigidità costituzionale¹⁸, mentre sullo sfondo, quale garanzia ultima, si collocano i principi supremi, non modificabili nemmeno con apposita procedura di revisione costituzionale¹⁹.

Lo scenario, così sommariamente descritto nei tratti fondamentali, è assai noto. Tuttavia, risulta interessante spostarsi di poco in avanti rispetto alla stagione costituzionale del secondo dopoguerra mondiale per constatare come il fenomeno trovi ulteriori conferme sia nel momento costituente, sia – per certi aspetti soprattutto – nella revisione e 'manutenzione' costituzionale²⁰. Costituzioni sempre più lunghe disciplinano interessi nuovi²¹, sconosciuti alle Carte della precedente generazione, le quali peraltro tendono a recuperare l'omissione con apposite revisioni costituzionali: la tutela costituzionale dell'ambiente, ignorata originariamente in diverse Carte costituzionali, è recepita nelle nuove costituzioni e spesso integrata nelle precedenti²²; lo stesso si può dire per i

dinaria in *Madison v. Marbury* – 1803: «*Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is voids*»), www.law.cornell.edu.

In dottrina, la relazione tra scrittura e rigidità costituzionale, pur all'interno di ricostruzioni molto difformi, è variamente affermata; tra gli altri si vedano P. BARILE, *La revisione della costituzione*, II.2, in P. Calamandrei – P. Levi (cur.), *Commentario*, cit., p. 446; G. FLORIDIA, 'Costituzione': il nome e le cose, in P. Comanducci – R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto*, Torino 1994, pp. 141-142; A. PACE, *Potere*, cit., p. 278.

¹⁸ «La Costituzione serve perché è contraddittoria nelle sue affermazioni di principio; ed è rigida perché ogni componente politica che l'ha sottoscritta ha scelto quali interessi includervi al fine di sottrarli alla decisione della maggioranza politica, cui spetta *pro tempore* di amministrare i conflitti interni alla società», R. BIN, *Ordine*, cit., p. 44, corsivi originali.

«In concreto, sembra quasi certo che la nuova Costituzione italiana sarà del tipo rigido, allo scopo di porre le conquiste democratiche raggiunte nel corso della lotta contro il fascismo, che si sarà riusciti a consacrare in articoli costituzionali, al riparo di eventuali colpi di mano di improvvise maggioranze reazionarie»: V. CRISAFULLI, *La Costituzione non ostacolo ma guida per le conquiste democratiche, Vie nuove*, 1946, n. 7, ora in S. Bartole – R. Bin (cur.), *Vezio Crisafulli. Politica e costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955)*, Milano 2018, p. 107.

¹⁹ Sul tema cfr. Cap. III.

²⁰ Su questo, ampiamente, F. PALERMO, *La 'manutenzione costituzionale': alla ricerca di una funzione*, in Id. (cur.), *La 'manutenzione costituzionale'*, Padova 2007, pp. 1-18.

²¹ «Si moltiplicano gli interventi di revisione 'minima', quasi contingente, che sottraggono progressivamente alle Costituzioni la qualità di documenti intangibili e immutabili, aggiornandole a un ritmo incalzante e rendendole sempre più lunghe e dettagliate. Il consolidamento dei 'valori' fondamentali rende le Costituzioni più 'tecniche' e meno 'politiche', spostando l'attenzione dal piano ideologico a quello delle regole, attraverso processi di revisione costituzionale più mirati e parziali», *ult. op. cit.*, p. 4. Sul punto, altresì, la riflessione di A. RUGGERI, *Teorie e «usi» della Costituzione, Quad. cost.* 2007, p. 526, n. 22.

²² Alcune significative vicende costituzionali concernenti il tema dell'ambiente sono rintracciabili in D. Amirante (cur.), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano

‘nuovi diritti’ quali l’identità genetica²³, la tutela dei dati personali virtuali²⁴, la garanzia dei cosiddetti ‘consumatori’²⁵, etc.

Adottando una prospettiva «irenica»²⁶ si potrebbe affermare che tali codificazioni rappresentano meri riconoscimenti formali di interessi che, proprio mediante la loro costituzionalizzazione, dimostrano il generale consenso di cui godono; questa tesi può avere delle ragioni, ma nel complesso non appare condivisibile: al contrario, la garanzia offerta dalla trasposizione costituzionale sembra, secondo la prospettiva che qui si sposa, rispondere alla percezione sociale di una insufficiente protezione di taluni interessi²⁷; la norma, a maggior ragione se collocata al vertice gerarchico delle fonti del diritto, inverte l’esito di un ulteriore compromesso tra istanze eterogenee, tanto nel momento costituente, quanto in quello della revisione²⁸. Fermo restando, vale

2000. Nel saggio di apertura del curatore, *Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato*, si afferma: «Trattando di Costituzioni ‘ambientali’, che contengono cioè *ab origine* una disciplina specifica ed organica sull’ambiente, si dovrà guardare necessariamente a testi relativamente giovani, in quanto l’interesse per l’ambiente, soprattutto nella normativa costituzionale, si è sviluppato solo verso la fine del novecento, grosso modo intorno agli anni ‘70. Per motivi storici, quindi, le Costituzioni emanate precedentemente a tale periodo difficilmente conterranno norme relativa all’ambiente», pp. 25-26. Nel momento costituente l’ambiente è stato costituzionalizzato, per esempio, dalla Carta spagnola del 1978 (art. 45) e da quella portoghese del 1976 (art. 66); attraverso la procedura di revisione costituzionale si è inserita una clausola espressa sul tema, tra le altre, nella Costituzione della Repubblica federale tedesca (art. 20a, 1994), in quella belga (art. 23, 1994) e, attraverso la *Charte de l’environnement adossée à la Constitution*, 2004, in quella francese. Si veda, inoltre, l’art. 37 della Carta di Nizza.

La costituzionalizzazione dei beni della ‘Terra’, nello specifico, è un tratto distintivo del costituzionalismo andino: S. BAGNI, *L’armonia tra il sé, l’altro e il cosmo come norma la costituzionalizzazione della cultura tradizionale nei paesi andini e in prospettiva comparata*, in *Governare la paura, Int. Journ. Innov. Sust. Develop.* 2013, p. 220 ss.

²³ Art. 26 Cost. portoghese, art. 5 Cost. greca.

²⁴ Art. 35 Cost. portoghese, art. 9A Cost. greca, art. 10 Cost. finlandese, art. 13 Cost. elvetica, art. 8 Carta di Nizza.

²⁵ Art. 60 Cost. portoghese, art. 38 Carta di Nizza.

²⁶ Si prende qui a prestito l’acuta immagine criticamente offerta da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *Giur. cost.* 2006, p. 1668.

²⁷ Ulteriori conferme, sul piano teorico, del rapporto esistente tra eterogeneità degli interessi e relativo bisogno di ‘codificazione’ (in senso lato) dei diritti si possono rintracciare in R. A. DAHL, *La democrazia procedurale*, *Riv. it. scienc. pol.* 1979, in particolare pp. 27-35; quanto a talune vicende dei Paesi dell’Unione Europa in E. CECCHERINI, *I diritti umani e la tutela delle minoranze. Introduzione*, in E. Palici Di Suni Prat (cur.), *Diritto costituzionale dei paesi dell’Unione Europea*, Padova 2011, pp. 213-234. Più in generale, sul rapporto tra diritto e conflitto G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010, *passim* e per una sintesi pp. 122-123.

²⁸ A questo proposito, particolarmente significativa appare l’esperienza portoghese: la Costituzione attuale, entrata in vigore nel 1976, rappresenta un caso emblematico di Costituzione iper compromissoria, da cui la notevole lunghezza del testo costituzionale. Sulla natura ‘conflittuale’ di tale testo si legga J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*,

solo la pena di precisarlo, che la costituzionalizzazione dei diritti, nel tentare di sedare il conflitto sociale che ne è alla base, sposta l'*attrito* a livello normativo e interpretativo: in particolare, imponendo alle forze politiche che conquistano la maggioranza di fissare il punto di bilanciamento tra *tutti* i diritti, tradizionali e 'nuovi'²⁹.

Dopo tutto, come è stato autorevolmente insegnato, il concetto di «limite» è insito in quello di diritto³⁰.

Su queste basi, sembra quasi potersi avvalorare l'idea di un rapporto di 'proporzionalità diretta' tra la lunghezza delle costituzioni e la varietà del conflitto sociale che esse sono chiamate a disciplinare: le citate costituzioni di recente generazione presentano un corpo normativo estremamente ampio per rispondere alla moltitudine – qualitativa e quantitativa – di interessi che rivendicano tutela al massimo livello normativo³¹; le costituzioni precedenti sono spesso 'costrette' ad integrare *ex post* la fisiologica omissione, recependo nel momento della revisione ciò che all'interno della vicenda costituente non appariva meri-

Coimbra 2014, pp. 218-219: «*Globalmente considerados, os compromissos constitucionais possibilitaram un projecto constitucional que tem servido para resolver razoavelmente os problemas suscitados pelo pluralismo político, pela complexidade social e pela decmoracia conflitual. É este carácter dinâmico que está na dos sucessivos compromissos obtidos em sede de revisão*». Ancora, D. STRAZZARI, *La 'manutenzione costituzionale' in Portogallo*, in F. Palermo (cur.), *La manutenzione*, cit., p. 285 ss.

²⁹ Sui quali, però (e in generale sui diritti 'a somma zero'), R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, p. 33 ss.; sugli effetti del bilanciamento, A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in A. D'Atena (cur.), *Studi in onore di P. Grossi*, Milano 2012, p. 1123.

In generale, sulle conseguenze conflittuali del riconoscimento di nuovi diritti, secondo l'interpretazione *aperta* dell'art. 2 Cost., A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova 2003, soprattutto p. 27.

Il tema, ovviamente, è ben noto anche sull'altra sponda dell'oceano; M. TRIBE, *A constitution we are amending: in defense of a restrained judicial role*, *Harvard LR* 1983, p. 439, n. 29.

³⁰ C. cost. 1/1956; sulla diversa struttura di libertà e diritti G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 9; ancora, R. BIN, *Critica*, cit., p. 9 ss.

³¹ «Lo svolgimento storico ha condotto ad ampliare sempre più il numero degli articoli inseriti nella costituzione, fino ad arrivare ai 315 di quella indiana: il che è dovuto in parte alla complessità dei rapporti da regolare, in relazione alla particolare struttura sociale e politica dello Stato, come è il caso dell'India, nonché all'accrescimento dei compiti statali (...), così C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., p. 145. L'A., peraltro, aggiunge: «(...) ma ancora ed in parte all'illusione di trovare in garanzie di carattere formale un surrogato di quelle sostanziali che fanno difetto negli ambienti nei quali mancano sufficienti tradizioni di libertà». Sull'inflazione e sull'ipertrofia legislative come fenomeni generali e tipici delle società contemporanee si veda D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto* in P. Costa – D. Zolo (cur.), *Lo Stato*, cit., pp. 59-61. In generale sul tema, ancora, D. S. LUTZ, *Toward a theory of constitution amendment*, *The Am. pol. scien. rev.* 1994, pp. 234-236.

tevole di disciplina costituzionale: non essendo, a quel tempo, oggetto di conflitto³². Si assiste così alla scrittura di costituzioni le quali, volendo proseguire la distinzione iniziale, si potrebbero prosaicamente definire ‘lunghissime’, o ‘molto lunghe’, con ricadute immediate sul piano della rigidità costituzionale: ciò, dato il fisiologico aumento delle istanze sia sottratte alla disponibilità della contingente maggioranza, sia a quest’ultima affidate per una regolazione ‘bilanciata’.

Questa sorta di linea di tendenza storica-costituzionale, che così descritta pare inesorabilmente protesa ad aumentare, passando da una stagione all’altra del costituzionalismo, gli interessi a vario titolo meritevoli della massima protezione giuridica, deve *però* essere ben fotografata: non solo per le inevitabili, conflittuali ricadute a livello ermeneutico³³, ma anche per la presenza di realtà istituzionali le quali, sebbene espressive di un benefico ed irrinunciabile pluralismo³⁴, sembrano costituzionalmente imporre una compressione delle opzioni politiche adottabili a livello nazionale; in particolare, delle politiche economiche³⁵.

Rimandando al proseguo del lavoro l’approfondimento di questi nodi, il quadro tratteggiato appare per il momento sufficiente a sottolineare un aspetto: la centralità del processo di scrittura nel diritto (anche³⁶) costituzionale, nonché la sua intima relazione con la rigidità.

³² È molto importante, anche per lo sviluppo successivo del lavoro, introdurre una precisazione sociologica in tema di conflitto: quest’ultimo può essere «non comunitario» (e dunque incidere radicalmente le basi della convivenza civile) o «comunitario» (inidoneo cioè a causare una rottura definitiva). Su questi aspetti L. A. COSER, *Le funzioni del conflitto sociale* (*The Functions of social conflict*, 1956), tr. it. P. Demartis, Milano 1967, pp. 82-90. La distinzione, segnala l’A., origina da Aristotele e percorre l’intero pensiero occidentale; il lessico proposto si deve in realtà a George Simpson, il quale segue su questa linea Robert MacIver. Si avrà modo di tornare sul punto nel Cap. IV, in tema di *political constitutionalism*. In generale, la fine analisi di M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova 2013, soprattutto pp. 68-75.

³³ Cfr. nn. 29-30.

³⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, *L’ordine frattale delle fonti del diritto*, Padova 2012, p. 13 ss.

³⁵ A questo proposito, si pensi all’Unione europea (su cui R. BIN, *Critica*, cit., p. 74 ss.): mentre lo Stato *costituzionale* di diritto si erige sull’esplicito accoglimento anche di istanze alternative rispetto a quelle liberali, la genesi della Comunità sembra tracciare una rotta diversa, quasi opposta. Il conflitto da cui sorge ispesisce i valori del mercato comune come fondamento pattizio della nuova istituzione, e su di essi costruisce la propria struttura ‘politica’ (in realtà tecnocratica). L’evoluzione pretoria dei diritti guidata dalla Corte di giustizia, e del pari l’attribuzione alla Carta di Nizza del valore giuridico degli attuali Trattati, stemperano solo in parte questa originaria frizione. Così, *limitatamente* al profilo che qui interessa, il punto di approdo faticosamente raggiunto dallo Stato costituzionale per effetto del suffragio universale risulta quasi anestetizzato, almeno in uno dei suoi più importanti svolgimenti: ciò, sia dall’imposizione ‘costituzionale’ di una specifica dottrina economica codificata *ex art.* 3.3 TUE, sia dall’architettura complessiva delle istituzioni sovranazionali. Più nel dettaglio, cfr. Cap. III.

³⁶ Pur con le peculiarità tipiche di ciascuna esperienza, il rapporto tra diritto scritto e conflitto – l’uso del primo come strumento di risoluzione del secondo, attraverso la ‘fissità’ del patto – ricorre con una certa frequenza nella storia giuridica occidentale. Per limitarsi a qualche esempio, si pensi alla vicenda delle XII tavole nell’esperienza romana (su cui A. GUARINO, *Profilo storico*

Il rilievo, a ben guardare, non può certo sorprendere, essendo stato più volte affermato come la vicenda del moderno costituzionalismo sia profondamente legata alla redazione scritta delle costituzioni³⁷, risultando determinante sia per la solennità formale attribuita alla redazione, sia per il disegno razionale e onnicomprensivo di progettazione della società politica che ne è alla base³⁸.

A questo punto, però, una domanda: quale conflitto è possibile individuare nella base sociale sottostante le Carte del diciannovesimo secolo?

L'immagine della società monoclasse, perfettamente esplicativa della realtà entro la quale fu concessa la Carta costituzionale del Regno sabauda nel 1848, sembra negare in radice l'idea di un conflitto, non essendovi – a quel tempo –

delle fonti del diritto romano, Catania 1944, pp. 19-25), o ai *Libri feudorum* nel Medioevo (su cui G. ROSSI, *Oberto Dall'Orto 'multarum legum doctus auctoritate' e le origini della feudistica*, in G. Constable – G. Cracco – H. Keller – D. Quaglioni (cur.), *Il secolo XII: la 'renovatio' dell'Europa cristiana*, Bologna 2003, in particolare p. 357).

Dal punto di vista concettuale, questo ruolo della legge scritta è un pilastro sia nel di pensiero di T. HOBBS, *Leviathan*, Milano 2001, pp. 432-434, sia di M. WEBER, *Economia e società. Sociologia del diritto*, III (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), tr. it. G. Giordano, Torino 2000, pp. 163-166; per quest'ultimo, in particolare, «gli interessati alla codificazione sono naturalmente quegli strati che hanno in passato maggiormente sofferto della mancanza di norme univocamente stabilite e universalmente accessibili, e quindi adatte al controllo dell'amministrazione della giustizia (...) la 'sicurezza giuridica' risultante dalla codificazione soddisfa già un forte interesse politico. Tutte le innovazioni politiche favoriscono perciò le codificazioni».

³⁷ Su questo, *ex pluribus*, C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 28-32, ragionando della costituzione in senso formale, nega alla mera scrittura della Carta carattere sufficiente per la determinazione del 'concetto' di Costituzione, ma ne riconosce il ruolo storico all'interno della vicenda del costituzionalismo; ivi si veda anche p. 62 ss.; G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto e dello Stato (Allgemeine Staatslehre)*, 1900), tr. it. M. Petrozziello, Milano 1949, pp. 95-98; S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, p. 35; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., in particolare pp. 140-147; C. GHISALBERTI, *Costituzione (Premessa storica)*, *Enc. dir.*, XI, cit., pp. 137-138; S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine...)*, cit., in particolare pp. 289-303. Sul confronto tra una concezione 'antica' e 'moderna' di Costituzione C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno (Constitutionalism: Ancient and Modern)*, 1947), tr. it. V. de Caprariis, Bologna 1990 e, in particolare per quel che qui interessa, la riflessione dell'A. sulle tesi di Bolingbroke e di Paine, p. 27 ss.

Riconosce l'importanza della scrittura nella storia costituzionale, pur sottolineando che la distinzione tra diritto scritto e non scritto non deve essere esagerata A. RUGGERI, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012, pp. 10-15.

³⁸ Sul doppio valore della redazione per iscritto C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., p. 143; S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine...)*, cit., p. 293. Sull'anelito costituente quale elemento di rottura rispetto alle esperienze costituzionali 'pre-moderne' S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, pp. 156-157 e C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 62-63 e 75.

Sul potere costituente come fonte della costituzione e sul carattere 'preesistente' e 'originario' della nazione E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il terzo Stato? (Qu'est-ce que le Tiers État?)*, 1789), tr. it. G. Troisi Spagnoli, in Id. (cur.), *Scritti editi / Joseph-Emmanuel Sieyès*, Milano 1993, p. 255-258. Chi scrive ha provato a trattare il tema in F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale*, *Giur. cost.* 2014, p. 4901 ss.

alterità rispetto alla borghesia. Ne deriverebbe, da un lato, l'assenza di rigidità, posto che quest'ultima, proprio seguendo l'impostazione che si è qui adottata, implica una eterogeneità di interessi necessariamente sottratti alla maggioranza contingente; dall'altro, la sconfessione del rapporto tra scrittura del diritto e rigidità costituzionale: lo Statuto albertino, in accordo con la tesi dominante, sarebbe stato *in toto* flessibile.

Vi è però un'obiezione: la natura monoclasse della società statutaria (e dell'equivalente francese nei primi decenni dell'Ottocento) non pregiudica la possibilità di individuare un conflitto; al contrario, pare difficile comprendere quelle vicende costituzionali prescindendo dalla contesa che le ha scaturite, quella tra Corona e borghesia.

Esattamente questo conflitto sembra porsi alla base della Costituzione ottriatra del 1848 e di altre ad essa storicamente e concettualmente analoghe. Ed è proprio dall'analisi di quel conflitto che andrà ora indagata la *componente* di rigidità delle Carte. Una costituzione 'breve' è pur sempre una costituzione.

Ho già avuto modo di dedicare un pensiero particolare ai Maestri che mi hanno accompagnato lungo questa ricerca. Ci sono però anche altre persone che sento il bisogno di ringraziare.

Anzitutto Francesco Palermo, per aver ispirato con uno dei suoi scritti (in tema di 'manutenzione' costituzionale) parte dell'impostazione che ho provato a seguire: spero non suo malgrado.

Decisivo è stato inoltre il confronto con Roberto Martucci, il cui magistero di storico delle costituzioni mi ha consentito di navigare con più serenità in acque assai tempestose. Sempre in chiave storica, fondamentale si è rivelata l'esperienza a Strasburgo, presso il centro di ricerca '*L'Europe en mutation: histoire, droit, économie et identités culturelles*': ai collaboratori dell'Istituto, parimenti un grazie.

Quanto a FrancoAngeli, la mia riconoscenza va ai Direttori della collana '*Studi di diritto pubblico*', per aver accolto questo lavoro; non di meno, a Tommaso Gorni, la cui competenza mi ha accompagnato con grande professionalità e rara cortesia.

Da ultimo, una breve annotazione più personale: in questi anni ho lavorato fianco a fianco, e spesso gomito a gomito, con altre e altri giovani colleghe e colleghi. Per quanto vissuto assieme, spero che il legame umano e l'affetto che coltivo nei loro confronti riescano a trascendere queste poche righe.

A tale proposito, c'è una persona che un sarcastico destino mi ha affiancato, sull'indimenticabile asse Verona-Trento-Verona, fin dagli esami per il dottorato, e con la quale ho condiviso per intero il mio percorso accademico. Nonostante il tono dolosamente semiserio delle nostre conversazioni, in taluni frangenti siamo perfino riusciti a dialogare su tematiche di inequivocabile rigore scientifico: deve essersi senz'altro trattato di un errore. A Marco Bassini, dunque, dedico la più dotta e amata delle citazioni cinematografiche: amico e collega... «impareggiabile».