



Ulla Maria Bortignon

(dottore di ricerca in Filosofia del Diritto nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano)

Per una teoria relazionale della rigidità costituzionale

SOMMARIO: 1. L’emergere di una nuova esigenza – 2. Lo sviluppo della teoria relazionale – 3. La rigidità come concetto graduabile.

1 - L’emergere di una nuova esigenza

La nozione di rigidità costituzionale richiama alla mente un’immagine metaforica, come, del resto, anche la nozione complementare di flessibilità. Chiunque voglia occuparsi di questo argomento sarà tenuto a dare una qualche definizione del termine “rigidità” o, perlomeno, a scegliere fra i molteplici, e talvolta confliggenti, significati che i costituzionalisti di solito attribuiscono al termine.

Un’indagine condotta sfogliando la letteratura dei giuristi positivi ci permette di rinvenire diversi indici di rigidità: la presenza di una procedura di revisione aggravata rispetto al procedimento legislativo ordinario, la stesura di un testo scritto, l’unità documentale, la superiorità del testo costituzionale nella gerarchia delle fonti, la previsione di un controllo di costituzionalità preventivo o successivo, o, ancora, un sindacato di legittimità espletato a livello diffuso. E un tale elenco non ha nemmeno carattere esaustivo, ma è soltanto esemplificativo.

I giuristi positivi hanno spesso tentato di dare delle mere definizioni della rigidità. Tuttavia, una volta effettuata una pur doverosa opera di cognizione lessicale ci si accorge che molti problemi non possono essere risolti con una mera definizione. Bisogna anche considerare come l’approccio del giurista positivo, influenzato dalle differenze degli ordinamenti di cui si occupa, possa essere unilaterale, e privilegiare un solo aspetto per volta della rigidità, pervenendo a una definizione dogmatica e isolata del singolo termine, senza dare un’adeguata ricostruzione sistematica della rigidità costituzionale.

Vorrei pertanto compiere un esperimento mentale consistente nel “ripensare la rigidità costituzionale”, e, ridelineare, innanzitutto, gli aspetti, le categorie, i concetti usati da chi mi ha preceduto nel trattare questo argomento.



D'altra parte, soprattutto un teorico (quale è chi scrive), ma non solo, intenzionato ad effettuare una ricostruzione della rigidità costituzionale, deve fare i conti, più che con una singola definizione isolata del termine "rigidità", con un complesso istituto di diritto vigente, ossia con una sorta di microsistema in grado di regolare i rapporti tra norme primarie e superprimarie all'interno della gerarchia delle fonti dell'ordinamento, con riflessi derivanti anche dall'attività interpretativa delle corti.

In fondo, neppure lo studioso di diritto pubblico può limitarsi a cogliere questo o quell'aspetto particolare ricavabile da una definizione isolata, ma è auspicabile che anch'egli si ponga l'obiettivo di elaborare una dottrina complessa che tenga conto dei diversi aspetti della rigidità in interazione tra loro e delle finalità al raggiungimento delle quali le procedure di controllo e di modifica costituzionale sono preordinate. Più specificamente, non ha senso chiedersi soltanto se la rigidità consti, per esempio, solo o soprattutto di una procedura aggravata per la modifica di determinate norme, oppure solo o soprattutto di una superiorità nella gerarchia delle fonti o, infine, solo o soprattutto della presenza di un sindacato di legittimità espletato in modo diffuso o accentratato, ad opera di una corte costituzionale. È infatti evidente che, superando ogni riduzionismo, tutti questi aspetti dovranno essere tenuti presenti nel loro complesso, sia pure assegnando un peso diverso a questo o a quel singolo elemento. E questo vale tanto per il teorico del diritto quanto per il giurista positivo che vogliano giungere a una ricostruzione adeguata della rigidità.

In ogni caso, è chiaro che le esplicazioni della rigidità non possono limitarsi a trattare delle norme costituzionali, prese singolarmente o nel loro insieme; esse mettono necessariamente in gioco una qualche teoria del rapporto tra le norme costituzionali e le norme ordinarie e l'attività esegetica posta in essere dai diversi operatori del diritto. In altre parole, per esempio, il giurista italiano interessato alla rigidità della nostra Carta deve andare ben oltre la lettera dell'art. 138 Cost., pur essendo tenuto a ricostruire e a tenere in considerazione il sistema delle fonti.

Inoltre, qualora si sia spinti dall'intento di effettuare una classificazione dei "tipi" di costituzione che distingua tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili tout court, l'aggettivo "rigido" potrebbe essere considerato un predicato classificatorio, ovvero un predicato che, come "caldo" o "freddo", colloca semplicemente un oggetto in una classe. Tuttavia, è opportuno che lo studioso oltrepassi questa facciata ingannevole e analizzi il concetto di rigidità nelle diverse graduazioni e sfumature con le quali esso si presenta.



A tale fine, come tenterò di sviluppare in questo scritto, ritengo che occorra tentare un approccio di tipo non solo relazionale ma anche gradualistico nei confronti dei vari aspetti coinvolti dalla rigidità costituzionale, andando oltre l'intento di dare una pura e semplice definizione di essa.

Per esemplificare: il passaggio da un sistema elettorale proporzionale a uno maggioritario, rendendo più facile il raggiungimento di una maggioranza assoluta in Parlamento, non ha certo alcuna ricaduta sui singoli e diversi concetti, significati o indici di rigidità proposti dai giuristi positivi, ovvero sulle definizioni che di essa sono state date, ma esso modifica il funzionamento dell'istituto così com'è configurato nell'ordinamento italiano, in direzione di una minore resistenza al cambiamento, ovvero, di una minore rigidità costituzionale.

Si può dire infatti che la rigidità costituzionale è una variabile dipendente della composizione del Parlamento. E questa, a sua volta, è una variabile dipendente anche del sistema elettorale. In un parlamento eletto con sistema proporzionale, e pertanto relativamente frammentato, la maggioranza assoluta dei componenti può già essere un traguardo lontano: occorre infatti che la maggioranza di governo sia ben compatta al suo interno e che non si verifichino assenze.

Per quanto concerne il caso italiano, nonostante i costituenti abbiano scelto di non costituzionalizzare il sistema elettorale proporzionale, la Costituzione, in molti suoi aspetti, presuppone l'esistenza di un sistema elettorale a base proporzionale. Ed è evidente che ogni modifica alla legge elettorale non può non avere conseguenze sulla rigidità della Costituzione.

Bisogna, inoltre, aggiungere che una qualsivoglia teoria della rigidità, non è mai neutrale, perché essa è fatalmente condizionata dalle preoccupazioni più o meno intensamente garantistiche di chi la elabora. Si prenda ad esempio l'indagine di Alessandro Pace,¹ il quale ambirebbe ad elevare il garantismo al massimo livello. Com'è noto, quest'autore individua una superiorità "naturale" delle costituzioni scritte sulle leggi ordinarie, e definisce la rigidità come immodificabilità della costituzione da parte delle fonti "inferiori". Secondo tale autore, il documento nel quale sono contenute ancorché non esclusivamente e non esaustivamente le norme identificanti la forma di Stato e di

¹ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002; A. PACE, *In difesa della naturale rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995; A. PACE, *La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993.



governo prescelta costituisce giuridicamente un *unicum*, il quale essendo “incommensurabile” rispetto agli atti di legislazione ordinaria, non può da questi essere modificato, in nessuna sua parte, a meno che espressamente la costituzione stessa non autorizzi in tal senso il legislatore ordinario.

Per la medesima ragione sostanziale, il silenzio della costituzione in ordine al procedimento da seguire per la revisione non ne muta il regime di immodificabilità e nulla aggiunge alla naturale immodificabilità della costituzione da parte delle leggi ordinarie.

Unico criterio, secondo Pace, è quello di considerare rigida, in via di principio, qualsiasi costituzione purché scritta e anche nel caso in cui nel testo costituzionale non siano previste clausole relative al procedimento di revisione.

Questa tesi, su cui si ritornerà in seguito, può ricordare, fatte le dovute distinzioni, la situazione che sussisteva negli Stati Uniti prima della famosa decisione *Marbury v. Madison* del 1803 con la quale è stata attribuita pratica efficacia alla rigidità costituzionale. In effetti, il Chief Justice Marshall si richiamò all'esistenza di una *written constitution* - oltre tutto in un ambiente giuridico anglosassone, non lo si dimentichi - per affermare, per ciò stesso, la superiorità della carta costituzionale statunitense.

Certo la domanda maliziosa da porre (anche se è impossibile rispondervi) è se con tale sentenza venne riconosciuta una “rigidità” già esistente, dovuta alla scrittura del testo costituzionale, o se sia stata creata una rigidità che prima non esisteva, e che senza tale pronuncia non sarebbe mai esistita, riconducendola sì alla scrittura, ma ponendo in realtà in essere una mossa, per così dire, ideologica.

Vale tuttavia rilevare che una costituzione scritta che si ponga come “superiore”, ma che non preveda possibilità di modifiche o le escluda esplicitamente è, bensì, “iperrigida” da un punto di vista giuridico, ma assai fragile, dal punto di vista politico. Infatti, una costituzione assolutamente immodificabile pretenderebbe dal legislatore ordinario una prestazione politicamente impossibile: l'eterna conformità a una costituzione che - per quanto aperta a diverse interpretazioni possano essere le sue disposizioni - non potrà non incontrare a un dato momento un punto di rottura. Ma allora anche il nostro Statuto Albertino era una costituzione rigida, analogamente a quella americana, prima della famosa sentenza? E, soprattutto, che cosa rende veramente tale una costituzione rigida? Se non è la presenza di una procedura aggravata di revisione, è l'esistenza di determinate disposizioni fondamentali, o la loro interpretazione? E che cosa ne sarebbe stato della nostra costituzione “rigida” se non si fosse mai



istituita la Corte costituzionale e/o fosse passata la linea della Corte di Cassazione che distingueva tra (poche) norme costituzionali precettive e norme costituzionali programmatiche?

D'altra parte, oltre all'esistenza di un giudice delle leggi, bisogna anche vedere come quest'ultimo operi. I risultati interpretativi possono essere numerosissimi, da un sindacato meramente negativo fino a giungere alle note sentenze additive e più ardитamente manipolative. È, d'altro canto, innegabile che, una volta che una disposizione, o un insieme di disposizioni, quale che sia la loro importanza, siano state emanate, restino di fatto esposte alle mutevoli interpretazioni di soggetti più o meno autorevoli. Anche il legislatore costituzionale, una volta detta l'ultima parola, non può più intervenire con un'interpretazione autentica, salvo, naturalmente, attivare procedure molto complesse. Questo fenomeno, inoltre, assume tanto maggior rilievo quanto più si consideri la circostanza che i principi costituzionali sono tipicamente aperti e fluidi e tale considerazione, d'altra parte, si collega in modo molto stringente alla tesi che la rigidità va analizzata non solo come una caratteristica dei testi e/o delle norme che essi esprimono, ma anche, a livello sistematico, come un microsistema nel quale vigono rapporti gerarchici al quale fanno capo determinate tecniche di controllo.

2 - Lo sviluppo della teoria relazionale

Da un lato, come abbiamo accennato, la prospettiva relazionale si pone come una ricostruzione dei rapporti gerarchici tra le norme superiori e quelle inferiori. Dall'altro, tale accostamento ci consente di tener pienamente conto della classica dicotomia di Crisafulli che oppone la disposizione, anche del massimo livello, alla norma quale risulta dall'attività interpretativa di molteplici organi (per esempio la Corte Costituzionale, il legislatore ordinario, i giudici, ecc.) e della dottrina.

Un altro aspetto che va messo in luce è che ogni emendamento alla costituzione, per quanto possa riferirsi a una singola disposizione o a parte di essa, per quanto quindi parziale e perfettamente rientrante nelle competenze del legislatore costituzionale, ha sempre un'incidenza profonda su quel delicato equilibrio politico-costituzionale instaurato al momento dell'approvazione del testo nella sua interezza. Nessuna modifica costituzionale è infatti di poca portata, perché l'effetto che essa può avere è comunque rilevante e deve essere oggetto di considerazione. Va infatti ridimensionato l'atteggiamento di quanti distinguono tra modifiche di grande rilievo (quelle riguardanti i



principi, ad esempio) e mutamenti, per così dire, minori (quelli relativi alle procedure, ad esempio). In particolare, è a mio avviso innegabile che una qualsiasi modifica della parte procedurale della nostra Carta, per esempio la composizione della Corte costituzionale, finirebbe con il coinvolgere necessariamente anche la prima parte dedicata ai diritti sostanziali.

Solo tenendo conto di tali prospettive, si è in grado di affrontare in tutta la sua complessità il tema della rigidità costituzionale².

Rilevante è il caso degli stati membri dell'Unione europea, e interessante è come tale istituzione sia permanentemente soggetta a una serie di mutamenti, tanto che si è dubitato se essa non sia divenuta, o stia per divenire, uno Stato federale dotato di una forma di sovranità simile a quella propria dei singoli stati membri. Certo, le modifiche introdotte ai trattati istitutivi dell'Unione europea con il trattato di Lisbona non eliminano affatto la possibilità che, nell'ambito delle competenze ad essa trasferite dagli stati membri, l'Unione possa già ora operare, mediante i suoi organi (e mediante quelli degli stati membri), in modo direttamente vincolante per le persone fisiche o giuridiche e comportare notevoli difficoltà per quanto concerne la rigidità delle disposizioni presenti nei singoli regimi costituzionali. È evidente infatti che l'apertura degli ordinamenti costituzionali alla normativa dell'Unione Europea complica la situazione nel senso che le diverse norme devono integrarsi in una interpretazione sistematica e onnicomprensiva, dando luogo a trasformazioni che interessano il

² È interessante riproporre in questa sede la distinzione, effettuata da alcuni nostri costituzionalisti o dagli studiosi di diritto costituzionale di altri paesi, tra un senso formale e uno sostanziale della rigidità, a seconda che si ancori la rigidità sull'esistenza di procedure e di particolari sindacati di costituzionalità o invece la si leghi all'esistenza di un nucleo di principi fondamentali per tutto l'ordinamento. Con la rigidità formale si farebbe, quindi, riferimento a quell'insieme di istituti giuridici diretti a condizionare la modificazione della costituzione, allo scopo di preservarne la superiorità. La rigidità sostanziale, invece, verrebbe a coincidere con quella parte della costituzione che risulta immodificabile, nel senso che, se anch'essa fosse revisionata secondo le procedure previste, lo sarebbe in via illegale e la modifica si imporrebbe unicamente in forza del principio di effettività. Tale visione, la cui base giuridica non è per nulla chiara e convincente, nonostante le sue motivazioni politico-ideologiche siano trasparenti, conduce all'idea di un nucleo essenziale e intangibile, sottratto anche al potere di revisione costituzionale, C. LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, ed. Ricerche, Roma, 1964, pp. 85 e ss. Nel caso dell'ordinamento israeliano, per esempio, pur in assenza, ancora attualmente, di un documento costituzionale denominato tale è stato svolto, da parte della Corte Suprema, un sindacato di legittimità puramente formale-procedurale delle leggi ordinarie emanate dal potere legislativo, rispetto alle cosiddette *Basic Laws* emanate dal potere costituente, e solo nell'ultimo decennio tale controllo è avvenuto anche a livello sostanziale.



conto nazionale e soprnazionale. Non si dimentichi che l'adesione di ciascun Paese Membro all'Unione è stata spesso la maggiore innovazione dell'ordine costituzionale nazionale, di frequente non realizzata con procedure di revisione costituzionale, ma attraverso la legislazione ordinaria, le decisioni delle corti costituzionali e l'attività interpretativa in genere³.

A tal riguardo si pone la questione: si può considerare un minor grado di resistenza delle norme costituzionali ai precetti comunitari o le norme di ciascuna costituzione rigida devono prevalere sopra tutto, anche sopra tali precetti, vanificandoli? È infatti importante interrogarsi sempre più sull'incidenza del diritto dell'Unione Europea sui sistemi nazionali e sulla possibilità di un sindacato di tale diritto in relazione alla compatibilità con le norme costituzionali. È noto come in Italia la Corte costituzionale si sia appellata con la sentenza n. 1146 del 1988, la sentenza Baldassarre,⁴ ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona umana, ultimo baluardo anche di fronte al primato del diritto comunitario e all'applicabilità diretta dei regolamenti comunitari. Questo a conferma dell'attendibilità della tesi circa la

³ Si ricordano inoltre i referendum per la ratifica del Trattato di Lisbona. Con notevole ritardo rispetto alle previsioni originarie, il Trattato di Lisbona è finalmente entrato in vigore, consacrando un obiettivo perseguito con ostinazione dalle Istituzioni europee. Concepito per far ripartire il processo di integrazione, dopo l'arresto traumatico provocato dalla bocciatura della Costituzione europea nei referendum francese ed olandese del 2005, ha riprodotto sostanzialmente il contenuto di quest'ultima, eliminando i riferimenti costituzionali. Ciò ha però richiesto una modifica della Costituzione francese e non ha comunque impedito che anche il nuovo Trattato fosse sanzionato da una consultazione referendaria negativa, questa volta ad opera dei cittadini irlandesi; che i Presidenti della Repubblica polacca e della Repubblica ceca si rifiutassero a lungo di firmarne la ratifica; che la Corte costituzionale tedesca, pur sancendo la compatibilità del Trattato con la Costituzione federale, rilevasse la sostanziale mancanza di legittimazione democratica delle istituzioni europee, subordinando ad un aumento di quest'ultima ulteriori avanzamenti del processo di integrazione. Nonostante tutto, passando attraverso un nuovo referendum irlandese, che si è tenuto senza mettere in discussione il processo di ratifica in corso, quest'ultimo ha potuto compiersi, consegnando il Trattato ai cittadini europei. Cfr. D. DEL GAIZO, *Trattato di Lisbona e metodo comunitario: il nodo da sciogliere*, in *Federalismi.it – Rivista telematica*, Anno VII, n. 23 del 2 dicembre 2009.

⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 15 dicembre 1988, redattore A. Baldassarre. La Corte costituzionale ha riconosciuto con chiarezza e vigore che la nostra costituzione contiene "principi, che pur non essendo espressamente menzionati tra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana", e che sul rispetto di questi principi anche da parte del legislatore costituzionale la Corte deve vegliare. In essa si legge ancora: "La costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovertiti nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali".



prospettabilità di una rigidità di tipo sostanziale, che nulla abbia a che vedere con la presenza di una procedura di revisione aggravata, ma che sia il prodotto dell'attività esegetica sul testo costituzionale.

Queste discussioni s'intavolano parallelamente a quelle concernenti la possibilità di rivedere la stessa disposizione che fissa la procedura, o, comunque, i meccanismi di revisione; e a quelle riguardanti la presenza di disposizioni fondamentali immodificabili contenute nei testi costituzionali. Non sono certo problemi semplici o di poco conto e, in ogni caso, non possono essere affrontati su un terreno meramente positivo: essi, infatti, presuppongono rilevanti impegni teorici e filosofici.

Spesso gli ostacoli al cambiamento dipendono da una sorta di "costituzionalismo etico"⁵, che risuona di echi giusnaturalistici, oppure sono individuati rifacendosi alla ben nota teoria della cd. "costituzione materiale"⁶.

Anche un'indagine intorno alla presenza di limiti alla revisione costituzionale porta ad individuare un nucleo di "principi supremi", assolutamente intangibili anche con l'eventuale uso del procedimento di revisione. In caso di violazione di tali principi, risulterebbe infatti lesa l'identità (sostanziale) della stessa costituzione.

Si fa, dunque, da più parti strada la tesi secondo la quale, per usare le parole di Schmitt esisterebbe una "materia intrinsecamente costituzionale"⁷ o, in altre parole, una "sostanza" della rigidità. Si può, a tale riguardo, considerare il fatto che l'esistenza di principi fondamentali che non possono essere modificati né intaccati da leggi di revisione costituzionale nulla aggiunge e nulla toglie ai presidi formali offerti dall'ordinamento per garantire la rigidità. Tant'è che possono essere individuati in qualunque ordinamento, indipendentemente dall'efficacia di tali presidi⁸.

La complessità di queste interazioni perviene a modificare i contorni della rigidità costituzionale, in quanto superiorità e garanzia, contribuendo a far riflettere sull'efficacia o ancora sull'accettabilità

⁵ Il termine polemico è di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 7^a ed., 2002, p. 216.

⁶ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998 (1940).

⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. italiana di Antonio Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984.

⁸ Si pone, inoltre, una questione di vaghezza e genericità delle norme scritte costituzionali, nonché di possibile derivazione di norme costituzionali implicite, che, per quanto non potrà essere considerata in questa sede, è sicuramente rilevante riguardo a queste tematiche. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, e C. LUZZATI, 1984 ovvero *l'indifferenza dei principi*, in *Rassegna forense*, XXXIX, 2, 2006, pp. 917 e ss.



teorica o politica di tale istituto e su una possibile forza di esso che si riveli illusoria a tal punto da renderlo ormai una roccaforte espugnabile, come la famosa fortezza di Singapore⁹.

Infatti le norme che da un punto di vista materiale sono superiori ad un certo livello non sono contraddistinte dall'aspetto procedurale della rigidità. Addirittura, se viene preso in considerazione anche il controllo di costituzionalità come parte integrante del fenomeno giuridico della rigidità, va affermato che anche i principi supremi, il nucleo intangibile, è rigido, anzi più rigido di tutto il resto, se è vero che è normalmente ammesso che esso serva da parametro di legittimità costituzionale nei confronti di qualunque disposizione normativa¹⁰.

Va rilevato inoltre che la superiorità di cui si tratta è spesso accompagnata, oltre tutto, dall'elaborazione di una teoria giustificatrice della stessa superiorità gerarchica della Costituzione sulle altre leggi. Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, si è giunti ad introdurre gradualmente un procedimento originale di elaborazione della Costituzione per giustificare, durante il periodo della rivoluzione, la speciale prerogativa di cui godeva la Costituzione medesima. Le prime Costituzioni degli Stati e gli Articoli di Confederazione vennero scritti e adottati dalle assemblee e dagli organi legislativi che erano in carica in quel momento. Questo procedimento di approvazione venne però sottoposto a critiche nella misura in cui non vi era distinzione tra la Costituzione e le leggi ordinarie poiché in entrambe le ipotesi veniva utilizzato il medesimo procedimento di approvazione. L'innovazione americana per ovviare a queste critiche fu allora rappresentata dall'istituzione di un'Assemblea costituente e dal seguire la concezione che il popolo nella sua interezza, attraverso lo strumento della ratifica popolare, fosse esso stesso autore della costituzione. L'istituzione di un'Assemblea costituente era in stretta connessione con la dottrina secondo la quale il popolo è l'unico sovrano nella forma di governo americana.

La vicenda storica di una brusca frattura con il passato non può allora non essere rilevante, e con essa la teoria che ad essa si accompagna. Infatti alle origini delle costituzioni moderne si ritrova

⁹ M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Ridimensionamento pratico di una contrapposizione teorica: rigidità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987; M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.

¹⁰ Bisogna poi considerare che se le costituzioni sanciscono la propria intangibilità e perpetuità ammettendo di regola solo modifiche parziali e marginali, tali comunque da non snaturare i caratteri e gli istituti fondamentali dell'ordinamento, questo s'intreccia con l'ulteriore problematica della rivoluzione giuridica, che merita in questa sede solo un breve cenno.



spesso un atto popolare che miri a porre per iscritto le regole del sistema di governo, in seguito ad una brusca frattura con il passato. Del resto, questa potrebbe senz'altro essere una ragione per motivare la situazione creatasi nel Regno Unito, nel cui ordinamento, a ben vedere, non si è mai verificato un rilevante momento di frattura riconosciuto.¹¹ Si può infatti ragionevolmente sostenere che in Inghilterra non c'è una costituzione scritta perché non c'è stata una vera e propria rivoluzione. Forse il modello del Regno Unito è un modello costituzionale ideale in cui la difesa delle istituzioni viene esercitata dagli stessi organi costituzionali e dallo stesso popolo, pur in assenza di un documento denominato costituzione, o quantomeno di una costituzione scritta.

Tuttavia, come anticipato, il teorico, che voglia effettuare una ricostruzione adeguata della rigidità costituzionale, non si accontenta e vuole fare i conti, più che con una singola definizione di un'essenza di "rigidità", con l'istituto della rigidità costituzionale, e prendere in considerazione aspetti-condizioni e aspetti-conseguenze della rigidità, perseguiendo un approccio di tipo non solo relazionale ma anche, per taluni di questi aspetti, gradualistico, ai fini di una visione sistematica della rigidità costituzionale.

La rigidità della costituzione va pertanto intesa a un livello sistematico e vanno individuati i tipi di relazioni che si instaurano tra i diversi fattori. Lo stesso James Bryce mi pare suggerire tale approccio: infatti, è stata proprio una nuova attenzione riposta sull'aspetto relazionale che ha permesso allo studioso irlandese di superare la classificazione tradizionale delle costituzioni basata sullo *ius scriptum* e lo *ius non scriptum*, giudicandola approssimativa e non appagante, in quanto: "in tutte le costituzioni scritte c'è e ci deve essere (...) una parte lasciata agli usi, mentre in quelle cd. non scritte è forte la tendenza a considerare praticamente vincolante la *traduzione* scritta di una consuetudine o di un precedente; il che rende quella traduzione scritta quasi equivalente ad una legge approvata formalmente. Né deve essere dimenticato che le costituzioni non scritte, sebbene trovino la loro fonte nella consuetudine, includono sempre alcune leggi formali"¹².

Questo passo porta a un interessante dilemma: forse, in qualche senso, una costituzione flessibile *par excellence* è più rigida di molte costituzioni scritte, considerate rigide.

¹¹ C. H. MC ILWAIN, *Constitutionalism ancient and modern*, Cornell University Press, New York, 1947; K. C. WHEARE, *Modern constitutions*, Oxford University Press, 2^a ed., 1967.

¹² J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, trad. italiana di R. Niro, Giuffrè, Milano, 1998, p. 148.



In proposito è stato anzi osservato come sia più arduo modificare una costituzione non scritta, ma che si basi su consuetudini estremamente radicate, che non una costituzione scritta, e come in tal senso la consuetudine possa talvolta risultare più garantista di qualunque forma di diritto scritto. La consuetudine si forma in tempi molto più lunghi: non bastano a mutarla i pochi mesi necessari a porre in essere una procedura di revisione, perché per il mutamento di una consuetudine è necessaria la ripetizione costante, nel corso di un tempo assai lungo, di un comportamento ritenuto giuridicamente vincolante, con un largo accoglimento nella coscienza popolare. Questo ovviamente se si esclude che il diritto scritto possa mutare ad nutum il diritto non scritto¹³.

Di certo, la dicotomia rigido-flessibile vede sottesa una grande fede illuministica nella legislazione e nella codificazione, la quale può però anche denotare un sintomo di impotenza di fronte a mutamenti, rispetto ai quali divengono determinanti soprattutto le consuetudini, strettamente correlate a un principio di effettività.

A mio avviso, se proprio volessimo operare una scelta circa la ricostruzione della rigidità costituzionale effettuata dalla dottrina e più adeguata, andrebbe indicata la definizione di rigidità come superiorità gerarchica della fonte scritta sulla legislazione ordinaria, e in questo mi avvicino alla tesi di Alessandro Pace.

Tuttavia vale rilevare che Bryce denomina flessibili quelle costituzioni, che, essendo costituite da leggi e consuetudini, sono modificabili da tali atti e fatti; e rigide¹⁴ quelle che sono invece

¹³ D'altra parte, la categoria delle costituzioni flessibili com'è ora concepita dalla dottrina costituzionalistica è spesso eterogenea. Considerando il caso dell'Inghilterra, possiamo rilevare che in quel paese è mancata una "drammatizzazione", se così si può dire, dell'idea di costituzione. Si è piuttosto affermata in modo progressivo e complesso una materia costituzionale.

¹⁴ La ricerca di termini necessariamente metaforici, adatti a descrivere questi due tipi di costituzione ha condotto all'uso del binomio "rigido-flessibile", ma, afferma Bryce, non sarebbe stato improprio neanche l'uso di "mobile-immobile" (*moving-stationary*) o di "fluido-solido" (*solid-fluid*). J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies and History and Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1901, p. 153.



legittimamente immodificabili dal legislatore ordinario¹⁵. “Il punto essenziale è che, negli Stati dotati di costituzioni del tipo più moderno, quella legge superiore o fondamentale che è denominata costituzione si

¹⁵ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, cit., p. 150. Secondo me, i termini “scritto” – “non scritto” permettono infatti solo una distinzione superficiale ignorandone una più essenziale, che Bryce richiama, in seguito all’osservazione delle costituzioni in generale, del passato e del suo presente, e alla scoperta del fatto che esse sono conformi all’uno o all’altro di due “tipi” principali. Infatti, alcune costituzioni sono formazioni progressive spontanee, asimmetriche sia nella forma che nei contenuti, e consistono in una varietà di atti o accordi assunti in tempi diversi, scaturenti talora da fonti differenti, frammisti a regole consuetudinarie le quali trovano il loro fondamento soltanto nella tradizione e nel precedente, ma dei quali in pratica si ritiene abbiano uguale autorità. Altre costituzioni sono frutto di un lavoro consapevole, ovvero sono il risultato di uno sforzo intenzionale dello Stato di fissare, una volta per tutte, un corpo di disposizioni coerenti in conformità del quale il sistema politico (“government”) dovrà essere istituito ed esercitato. Queste ultime costituzioni sono di solito contenute in un documento solennemente approvato, la cui forma e il cui titolo lo distinguono dalle leggi ordinarie. La distinzione corrisponde approssimativamente a quella tracciata, in Inghilterra, e in America tra *common law* e *statute law*, o alla distinzione propria del diritto romano tra *ius* e *lex*. Poiché tale criterio, tuttavia, non permette ancora di tracciare una chiara linea di demarcazione, è preferibile, secondo Bryce, ricorrere a un’ulteriore scansione che ponga proprio l’accento sulla “relazione che ogni costituzione ha con le leggi ordinarie dello Stato e con l’autorità ordinaria che approva quelle leggi”.

Si noterà allora che un tipo di costituzioni - e si includono tutte quelle che, dice Bryce, appartengono al tipo più antico o di *common law* - è collocato sullo stesso piano delle altre leggi del paese, sia che quelle leggi esistano solo nella forma di formal atti legislativi, sia che esistano nella forma scritta di decisioni che definiscano o confermino una consuetudine. Tali costituzioni provengono dalla stessa autorità che emana leggi ordinarie e sono promulgate e abrogate alla stessa maniera delle leggi ordinarie. In tali casi il termine “costituzione” non sta a indicare niente altro che tutte quelle leggi scritte e consuetudini del Paese, le quali determinino la forma e l’assetto del suo sistema politico. E diventa oltre tutto pure difficile stabilire per ciascuna legge se essa sia o no parte della costituzione politica del Paese. Le costituzioni del secondo tipo, invece, - la maggior parte delle quali appartengono a quel che Bryce definisce il tipo più recente o statutario - si trovano ad un livello superiore delle leggi del Paese che regolano. Il documento (o i documenti) in cui una simile costituzione è contenuta promana da una fonte differente da quella da cui provengono le altre leggi, può essere abrogato in una maniera diversa ed esercita una forza superiore. È approvato non dall’autorità legislativa ordinaria, ma da alcuni soggetti o enti dotati di competenza speciale. Se è suscettibile di revisione, sottolinea ancora Bryce, esso può essere modificato solo da quell’autorità o da quel particolare soggetto o ente. Quando una delle sue disposizioni contrasta con una disposizione di una legge ordinaria, la prima prevale e la legge ordinaria deve cedere il passo. Queste le caratteristiche, politiche e giuridiche, che distinguono i due tipi di costituzione: solo così i criteri giuridici generali da applicare per effettuare una distinzione tra costituzioni sono, a parere dello studioso irlandese, chiari e ben definiti.



colloca al di sopra delle leggi ordinarie e non può essere modificata dall'autorità legislativa ordinaria”¹⁶.

Queste osservazioni di Bryce permettono allora di sostenere che con probabilità proprio il punto fondamentale dell'elaborazione dello studioso irlandese sia l'aver sottolineato l'aspetto relazionale insito nella rigidità costituzionale.

Il microsistema della rigidità può essere individuato attraverso tre tipi di relazioni che idealmente dovrebbero coesistere. Come si vedrà in seguito, ritengo si possano individuare tre tipi di relazioni, tra le quali rilevo innanzitutto a) la relazione di superiorità tra la fonte costituzionale e la legislazione ordinaria; b) la relazione di controllo posta in essere dalla giurisdizione costituzionale, e infine c) la relazione esegetica che si instaura tra il testo costituzionale e le interpretazioni di esso che sono state date nel corso del tempo da diversi soggetti.

Come premesso, occorre innanzitutto porsi in una prospettiva svincolata dal dato positivo di un qualsiasi ordinamento giuridico particolare, per ridurre il rischio di un approccio unilaterale. Una tale unilateralità potrebbe anche costituire il riflesso di una normatività nascosta, resta però il fatto che molte delle definizioni correnti tentano quasi sempre di scovare il tratto essenziale della rigidità vuoi nella procedura aggravata di revisione, vuoi nella scrittura, vuoi nella gerarchia delle fonti, o ancora nella presenza di un controllo di costituzionalità, perdendo di vista la complessità del fenomeno, che può emergere soltanto da un esame sistematico.

Rileva allora la maggiore libertà del teorico che permette di lavorare su di un piano metagiurisprudenziale e prendere in considerazione la rigidità come microsistema.

Innanzitutto va precisato che, sebbene l'aggettivo “rigido” possa venire interpretato come un predicato non graduabile, il teorico avvertito dovrà andare oltre questa facciata ingannevole e considerare come il predicato rigidità non possa essere individuato in modo soddisfacente solo come concetto classificatorio, ovvero come uno strumento impiegato per collocare un oggetto in una determinata classe e per formulare generalizzazioni tali per cui si rappresenta una caratteristica che ogni cosa di un dominio considerato deve possedere oppure no.

I concetti classificatori, se hanno un significato preciso, hanno il vantaggio di contribuire a suddividere un dominio in due classi distinte da una linea di demarcazione, che nel mio caso potrebbe essere il confine tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili. Una tale

¹⁶ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, cit., p. 217.



distinzione potrebbe però rivelarsi poco utile nel nostro caso, se si considera che la classe delle costituzioni ritenute flessibili contempla a tutt'oggi pochissimi elementi.¹⁷

3 - La rigidità come concetto graduabile

Per esaminare la nozione di cui mi occupo bisogna recuperarne tutta la complessità. A tal scopo risulta quanto mai opportuno, da un punto di vista scientifico ed euristico, sostituire i concetti classificatori di "rigidità" e "flessibilità" con altri, idonei per la rappresentazione di caratteristiche graduabili. Al posto dell' "o ... oppure" o del "tutto-o-niente", che contraddistingue le nozioni classificatorie, questi altri concetti sono dosabili in un "più" e in un "meno" e grazie a tali strumenti è allora permesso passare da casi in cui la caratteristica rappresentata è quasi totalmente assente a casi nei quali la medesima è assai accentuata. Lo studio della rigidità come concetto quantitativo assicura allora a questa analisi una maggiore sottigliezza descrittiva e permette di chiedersi se sia il caso discutere di un quantum di rigidità di fronte a ogni documento costituzionale.

La sostituzione dei concetti categorici con i concetti comparativi prima, e poi con i concetti quantitativi, non può che costituire un progresso¹⁸. I concetti comparativi sono più proficui, non solo perché colgono gradazioni tra i fenomeni, ma anche perché conducono a considerare un procedimento più o meno aggravato, o un sindacato più o meno rigoroso, e quindi, in definitiva, a valutare una maggiore o minore rigidità.

D'altra parte, i concetti comparativi (con le loro misure ordinali) sono utili anche perché possono essere una fase intermedia verso lo sviluppo dei concetti quantitativi (con le loro misure cardinali¹⁹, soprattutto per quanto concerne determinati tipi di scienze²⁰. Accade

¹⁷ Cfr. le altre possibili classificazioni proposte da **K. C. WHEARE**, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1967, (1951).

¹⁸ **C. G. HEMPEL**, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, trad. italiana di A. Pasquinelli, Feltrinelli, Milano, 1970, p. 69.

¹⁹ **F. E. OPPENHEIM**, *Dimensioni della libertà*, trad. italiana di A. Pasquinelli, Feltrinelli, Milano, 1964, p. 198. Vedi anche **R. CARNAP**, *I fondamenti filosofici della fisica*, trad. italiana di C. Mangione, Il Saggiatore, Milano, 1971, pp. 73 e ss.

²⁰ **F. E. OPPENHEIM**, *Concetti Politici. Una ricostruzione*, trad. italiana di S. Lombardo, il Mulino, Bologna, 1985, p. 94. È, d'altronde, la stessa difficoltà di trovare "nicchie ben precise" a permettere di progredire dalla classificazione (che contrappone un netto sì ad un netto no) alle comparazioni (che costituiscono rapporti di più o meno) e alle quantificazioni (che costituiscono vere e proprie scale di misura).



molto spesso che in un determinato settore, prima che possano essere introdotti i concetti quantitativi, siano introducibili i concetti comparativi, che nella descrizione, nella previsione e nella spiegazione risultano strumenti molto più utili e proficui dei semplici concetti classificatori.

È noto come, mentre un concetto classificatorio come “caldo” o “freddo” colloca semplicemente un oggetto in una classe, un concetto comparativo come “più caldo” o “più freddo”, ci dice in termini di più e di meno in quale relazione un oggetto stia con un altro oggetto. Molto prima che la scienza sviluppasse il concetto della temperatura, che può essere misurata, era possibile dire: “Questo oggetto è più caldo di quello”²¹. Pertanto si può affermare che i concetti comparativi costituiscono il primo passo verso quelli quantitativi dal momento che a ogni “concetto quantitativo” corrisponde una coppia di concetti comparativi. Per esemplificare, i concetti di meno pesante e di ugualmente pesante portano facilmente ad un concetto di peso che può essere misurato ed espresso tramite numeri.

Il concetto quantitativo si sviluppa in realtà già al di fuori del concetto di misurazione e la scienza dapprima ha sviluppato un concetto di tal genere e solo in un secondo momento ha cercato i modi per misurarlo, tant'è che solo quando furono inventati i termometri il concetto di temperatura ha assunto un significato preciso.

Secondo Carnap, da un certo punto di vista, non c'è nulla che non sia, in linea di principio, misurabile. Una prima fase consiste nel determinare regole comparative e poi, se possibile, regole quantitative²². In ogni caso, la misurabilità potrebbe pur sempre costituire un ideale regolativo, anche quando non si è in grado di raggiungerla.

Per la rigidità occorre muoversi con cautela dal momento che non è facile immaginare una scala, né è possibile la costruzione di una sorta di grande “termometro” della rigidità. Questo soprattutto perché la rigidità è una combinazione di molteplici fattori, mentre sappiamo che la misurabilità implica la presenza di un unico criterio il quale possa variare quantitativamente secondo una progressione, una scala. Il problema è quindi concettuale, in quanto per la rigidità costituzionale non è facile immaginare come si possano unificare i criteri. È possibile però, intanto, considerare tutti i diversi significati di rigidità e

²¹ R. CARNAP, *I fondamenti filosofici*, cit., p. 74.

²² R. CARNAP, *I fondamenti filosofici*, cit., p. 130. “Quando assegniamo numeri ai fenomeni non vi è alcun modo di sapere se essi sono i numeri giusti. Noi stabiliamo semplicemente delle regole che specificano in che modo debbano essere assegnati i numeri”.



differenziare entro i casi che si presentano indiscriminatamente se si fa uso di una data classificazione. Anche se da più parti è stato affermato che si è giunti a una individuazione di concetto quantitativo di rigidità, non si può comunque sostenere che vi siano strumenti attualmente a disposizione per pervenire ad una misurazione. Si finirebbe per trattare l'argomento in senso troppo metaforico senza veri e propri strumenti concettuali a disposizione.

Una costituzione potrebbe, tuttavia, possedere più rigidità totale di un'altra quando, giudicando in base alla caratteristica più importante, essa è più rigida, anche se in base ad una componente diversa, ma meno rilevante, è dotata di minore rigidità rispetto ad un'altra²³. Come si dovrebbe valutare, per esempio, il caso in cui il procedimento di revisione di una costituzione sia nell'insieme più aggravato in un ordinamento piuttosto che in un altro, nel quale però vige, a differenza del primo, un sistema di giustizia comprendente un controllo accentrativo di legittimità costituzionale? Su questo terreno, potrebbe sembrare più rigida una costituzione con un sistema di giustizia costituzionale accentrativo, di quella di un ordinamento con un sistema a controllo diffuso.

È chiaro che una misurazione con una varietà non unificabile di parametri dà luogo a una serie di gravi problemi. Ma occorre anche ricordare, come ho anticipato, che secondo l'epistemologia è possibile sviluppare un concetto quantitativo anche se non si è ancora in possesso degli strumenti per misurarla, e che, pertanto, il concetto quantitativo si sviluppa indipendentemente dal concetto di misurazione²⁴. Come si vede, sono i singoli criteri di rigidità a poter eventualmente essere oggetto di misurazione mentre emerge in maniera evidente che non può essere misurata la combinazione degli stessi. Insomma, la questione è tutta concettuale: senza unificazione dei parametri non si può arrivare a pensare che un giorno verrà inventato un "termometro" così sensibile da misurare la rigidità dell'ordinamento.

Del resto, poiché la classificazione comporta sempre l'individuazione di una combinazione di caratteri che l'oggetto del dominio considerato deve possedere o no per poter essere incluso in una data classe, la distribuzione delle varie costituzioni tra classi come "costituzioni pietrificate", "costituzioni parzialmente rigide", ecc., obbligherebbe a un accertamento su ciascuna di tali caratteristiche,

²³ Cfr. l'esempio relativo al concetto di "libertà" di F. E. OPPENHEIM, in *Dimensioni*, cit., p. 226.

²⁴ R. CARNAP, *I fondamenti filosofici*, cit., p. 92.



quando invece il grado di un aspetto della rigidità può essere rilevato considerando un'unica proprietà delle costituzioni prese in esame. Una definizione non classificatoria ammette una gamma continua di possibili valori di rigidità, esprimibili secondo una scala crescente. Come detto, però, e tengo a sottolinearlo, non tutti gli indici di rigidità rilevati possono essere graduati, ma possono esserlo sicuramente alcuni tra quelli formali, tra i quali gli aggravamenti procedurali.

Occorre allora prendere in considerazione il fatto che gli strumenti ai quali la procedura di revisione fa riferimento sono a loro volta entità variabili. Con riferimento ad essi, possiamo confrontare tra loro costituzioni con procedure di revisione più o meno aggravate, e difficili da attivare, ma non riusciamo a pervenire ad una vera e propria misurazione della rigidità.

Un confronto simile a quello tra costituzioni può essere effettuato anche tra parti della stessa costituzione. Per quanto concerne il caso italiano, ricordo come, nella già menzionata sentenza del 1988 n. 1146, il giudice delle leggi ha statuito che la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale, o da altre leggi costituzionali, e che sono limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quali la forma repubblicana (art. 139 Cost.), e i principi che appartengono in ogni caso all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Un eventuale esonero delle leggi costituzionali dal sindacato di costituzionalità, farebbe considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore. E con uguale nettezza abbiamo visto che la Corte ha desunto da questo principio la propria competenza a sindacare le leggi di revisione in quanto non è possibile negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale²⁵.

È del resto nota la difficoltà di ottenere un giudizio di legittimità sul punto. Infatti, nella costituzione italiana non sarebbe possibile, per la competenza attribuita alla Corte costituzionale, sottoporre a quest'ultima una questione di legittimità costituzionale in relazione ai principi coessenziali e al regime, in quanto ciò comporterebbe una questione politica e non una questione di legittimità costituzionale. Di

²⁵ Sorge a questo punto il ben noto problema di chi custodisce i custodi. Interessanti spunti a riguardo in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.



fronte a tale nucleo di principi supremi possiamo allora rilevare un maggior grado di difficoltà nel porre in essere un mutamento. I vari aspetti posti in evidenza dalle definizioni, si limitano a trattare delle norme costituzionali, prese singolarmente o nel loro insieme, e non mettono in gioco una qualche spiegazione della relazione tra le norme costituzionali stesse e le norme della legislazione ordinaria, tra i testi scritti e il sindacato di legittimità costituzionale e l'attività di interpretazione dei diversi soggetti.

Quello di rigidità è invece un concetto adoperato per esprimere relazioni, ovvero è una ricostruzione che considera il concetto come "relazione tra cose, non cose o proprietà di cose"²⁶.

Vi è, infatti, compatibilità tra i concetti relazionali e quelli utilizzati per descrivere proprietà (o attributi). Semplicemente la discussione si svolge su di un altro piano: da una rigidità a una sola dimensione, misurabile anche se non quantificabile, a una rigidità multidimensionale, che, per definizione, non è misurabile, perché sono molti e differenti i parametri.

È lo stesso James Bryce a suggerire tale approccio nel momento in cui afferma che un criterio di individuazione dei tipi di costituzione può rintracciarsi nella relazione che ogni costituzione ha con le leggi ordinarie e con l'autorità ordinaria che approva quelle leggi²⁷. Le costituzioni che egli indica come flessibili sono infatti modificabili dal legislatore ordinario; quelle che egli indica come rigide sono leggi "superiori" rispetto alla legislazione ordinaria. Se una costituzione può dirsi superiore in quanto non è modificabile dal legislatore ordinario, significa che essa contiene precetti (di contenuto formale o sostanziale) rivolti al legislatore ordinario, che quest'ultimo non deve conseguentemente violare. La superiorità della costituzione è, in altre parole, un concetto relazionale nel senso che in tanto la superiorità della costituzione sul legislatore formalmente sussiste, in quanto la prima disponga alcunché a carico del secondo. E sussiste anche effettivamente, e non solo formalmente, se il legislatore rispetta i precetti ad esso rivolti.

Si potrebbe anche trattare di un anello intermedio, di un termine sistematico che serve a designare una correlazione sistematica tra una pluralità disgiuntiva di fatti condizionanti e una pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche: per questo, un termine di tal tipo non è suscettibile di definizione diretta, e la domanda "che cos'è la rigidità?" può avere risposte che non rientrano in una o più definizioni. Si

²⁶ F. E. OPPENHEIM, *Dimensioni*, cit., p. 20.

²⁷ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, cit., p. 150.



potrebbe così far uso di una tecnica di presentazione con la quale elencare in una serie di regole i fatti che “creano la rigidità”, e in un’altra serie le conseguenze giuridiche che la rigidità implica²⁸.

Con la mia indagine ho infatti inizialmente tentato di rispondere al quesito se per parlare di costituzione rigida occorra essere in presenza di un documento scritto, e se quindi la scrittura sia una condizione della rigidità. Infatti, il mio proposito, come anticipato, non è tanto di definire la rigidità, ma di analizzare la combinazione dei vari fattori ad un livello sistematico. Tant’è che sembra oltre tutto irrilevante capire anche che cosa sia la superiorità, e se essa si ponga in un rapporto di sinonimia con la rigidità²⁹.

Le norme che da un punto di vista materiale sono superiori ad un certo livello non sono contraddistinte dall’aspetto procedurale della rigidità. Mentre, se viene preso in considerazione anche il controllo di costituzionalità come parte integrante del fenomeno giuridico della rigidità, va affermato che anche i principi supremi, il nucleo intangibile, è rigido, anzi più rigido di tutto il resto, se è vero che è normalmente ammesso che esso serva da parametro di legittimità costituzionale nei confronti di qualunque disposizione normativa.

Resta da dire che, tuttavia, nemmeno l’istituzione di un controllo di costituzionalità permette di affermare l’esistenza di una gerarchia tra la costituzione e la legge: vi è solo una gerarchia tra norme emanate dall’organo di controllo e quelle che sono sottoposte a tale controllo. La situazione non è allora diversa da quella di fronte alla quale ci troviamo in assenza di controllo di costituzionalità. Che esista o no un organo di controllo della costituzionalità, la costituzione non sarebbe dunque superiore alle leggi e agli altri atti dei poteri pubblici. Ogni diverso modo di affrontare il problema, potrebbe essere dovuto al fatto di ragionare sulla base di un postulato della superiorità della costituzione scritta - e, in generale, sul postulato della gerarchia delle norme – e ricerca le conseguenze che l’esistenza di tale gerarchia può avere per il fenomeno dell’interpretazione.

È vero che numerose costituzioni scritte affermano la propria superiorità, sia direttamente, sia indirettamente, mediante l’istituzione di procedure speciali di revisione, ma l’autoqualificazione non è sufficiente e induce a circolarità.

²⁸ A. ROSS, *Tù-tù*, in *Harvard Law Review*, LXX, 1957.

²⁹ A. PACE, *Potere costituente*, cit.; A. PACE, *In difesa della naturale*, cit.; A. PACE, *La “naturale” rigidità*, cit.



Addirittura, al contrario, ci si può spingere alle estreme conseguenze nel senso che anche nell'ipotesi di assenza di un controllo di costituzionalità non vi sia una superiorità costituzionale.

Di conseguenza ci si può anche domandare se occorre un organo che dichiari l'incostituzionalità perché una costituzione possa dirsi superiore. Se così fosse, il silenzio di una costituzione sull'esistenza di un organo di controllo, escluderebbe la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi, e qualora le leggi non venissero dichiarate incostituzionali, verrebbe meno la superiorità della costituzione.

Non va poi dimenticata la tesi che ricollega la rigidità alla sindacabilità giurisdizionale delle leggi, ed evidenzia lo stretto legame che intercorre tra l'ideologia dello stato sociale a costituzione rigida e l'idea di giustizia costituzionale. È evidente che la rigidità della costituzione è posta a garanzia della medesima, ma la garanzia è del tutto insufficiente senza un istituto che la renda operante, cioè senza un congegno che in qualche modo garantisca la garanzia.

Il significato giuridico-politico della giustizia costituzionale potrebbe risiedere infatti nel fatto che una costituzione priva della garanzia dell'annullamento degli atti non è completamente obbligatoria. Qualunque legge o atto giuridico generale avrebbe forza giuridica superiore a quella di una tale costituzione, alla quale essi sono tuttavia subordinati e dalla quale traggono validità. Per dirla con Ferrajoli, "la norma sul controllo di costituzionalità e quella sulla revisione costituzionale non sono il significato di rigidità costituzionale, ma rispettivamente la garanzia della rigidità e la norma di riconoscimento del grado di rigidità di una costituzione"³⁰.

Del resto, si è visto che in nessun sistema l'organo di controllo è il solo interprete della costituzione. Bisogna ricordare infatti che in tutti i sistemi numerosi atti infra-costituzionali sfuggono al controllo del giudice, e perciò sono gli autori di tali atti che interpretano la costituzione. In questo senso, negli ordinamenti giuridici non vi sarebbero gerarchie normative preesistenti all'interpretazione e le gerarchie tra norme, quando pure sussistono, sono conseguenza dell'interpretazione. Le stesse relazioni gerarchiche tra norme sarebbero quindi frutto dell'attività interpretativa (in particolare del giudice costituzionale se è presente). Se anche la gerarchia può essere annoverata tra le conseguenze della rigidità costituzionale non resta che affermare che solo l'interpretazione è una vera e propria condizione necessaria della rigidità di una costituzione, e che pertanto si potrebbe

³⁰ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma, 2^a ed., 1999, p. 54, nota 60.



forse meglio trattare di un “sistema costituzionale rigido”, risultante dall’attività interpretativa del più ristretto testo costituzionale stesso.

Rilevato che la predisposizione di un’unica scala della rigidità non è possibile data la molteplicità dei fattori che interagiscono e la varietà di essi, va confermata la natura complessa della rigidità costituzionale, e il fatto che non ha senso limitarsi a cogliere tramite l’uso di definizioni, singoli aspetti particolari di volta in volta: è evidente che tutti i fattori vanno tenuti in considerazione, quelli procedurali, giurisdizionali, interpretativi, politici e sociali, se si vuole ottenere una ricostruzione adeguata dell’istituto.

La consapevolezza dell’esistenza di vari fattori incidenti su tale istituto, induce a concludere che la rigidità costituzionale non è che il risultato variabile di una combinazione di elementi, e che un’indagine sull’accettabilità teorica di questa o quella ricostruzione della rigidità va condotta prendendo in considerazione i tre aspetti relazionali da me indicati, ossia la superiorità gerarchica, il controllo di costituzionalità, e il rapporto con gli interpreti. Al contrario, bisogna evitare ogni frettolosa riduzione della rigidità a un aspetto unilaterale e prendere coscienza del fatto che l’istituto in questione necessita di un’analisi sistematica che mantenga vivi i legami con un contesto di diritto positivo.