



IL “NON NORMATO” COSTITUZIONALE E LE SUE SPECIE*

ANTONIO RUGGERI**

SOMMARIO: 1. Lacune, originarie e sopravvenute, e vuoti costituzionali. – 2. Le specie di vuoti, con particolare riguardo a quelli conseguenti al riconoscimento del valore del pluralismo e dei “nuovi” diritti fondamentali. – 3. La revisione dell’art. 9 Cost.: aggiornamento di un principio fondamentale preesistente o nuovo principio fondamentale? – 4. La micidiale questione teorica relativa alla verifica della estensione delle lacune ed alla misurazione delle innovazioni richieste per colmarle, sì da ricongiungere in modo congruo forma e materia costituzionale, in atto sempre più discoste e tendenti ad allontanarsi ulteriormente l’una dall’altra. – 5. Il silenzio costituzionale del potere costituente, ovverosia i casi, non infrequenti, in cui l’avvento di quest’ultimo non si accompagna alla formale rimozione della Carta previgente ed alla sua sostituzione con una nuova.

1. Lacune, originarie e sopravvenute, e vuoti costituzionali

Ciò che la Costituzione non dice (il “non normato”), a volte o meglio in alcune sue specie, non è meno eloquente di ciò che dice e, perciò, riveste un complessivo significato non inferiore a quello che è proprio di quanto è espressamente enunciato.

Viene, dunque, qui in rilievo una micidiale questione di teoria della Costituzione riguardante la struttura di quest’ultima, per com’è fatta, per come può essere fatta, infine per come dev’esserlo.

È chiaro che nessuno può dare ordini al Costituente, imponendogli di dire ovvero di non dire certe cose, per quanto sia fuor di dubbio che lo stesso risenta di certi condizionamenti che gli vengono dal contesto nel quale opera. La Costituzione nondimeno esprime una *vis* normativa varia, in ragione delle condizioni oggettive in cui

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista. Intervento alla Giornata di studi in onore di Vittorio Angiolini su *Questioni vecchie e nuove di diritto costituzionale*, Milano 30 settembre 2022.

Sono particolarmente lieto di dedicare questo scritto a Vittorio Angiolini, studioso colto e raffinato, persona dalle straordinarie qualità umane, amico carissimo.

** Professore emerito di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Messina.

matura la sua formazione e, con essa, la confezione della struttura nomologica dei suoi enunciati, a seconda cioè che sia fatta a maglie ora più ed ora meno larghe, mostrandosi pertanto in grado di esibire gradi diversi di intensità prescrittiva, e – ciò che più conta – a seconda dell’attitudine posseduta dai contenuti degli enunciati stessi a farsi accettare (e, di conseguenza, osservare) da coloro cui s’indirizzano. Il dover essere costituzionale, ad ogni buon conto, si coglie ed apprezza al piano della solidità complessiva dell’impianto dell’edificio costituzionale, quale appare alla luce del disegno raffigurato nella Carta, il che equivale poi, nei fatti, all’armonica composizione delle sue linee interne ed alla ragionevolezza complessiva del dettato.

D’altro canto, se è innegabile che la Costituzione *ut sic* non può andare incontro a sanzione per eventuali, irragionevoli carenze da essa esibite¹, non perciò viene meno il dover essere costituzionale la cui consistenza è avvalorata da taluni indici che ne danno riscontro. In particolare, esso ridonda e si riflette immediatamente nel dover essere del legislatore di revisione costituzionale cui è fatto obbligo di attivarsi al fine di colmare le lacune del dettato della Carta, sopravvenute od originarie che siano, facendovi luogo – si badi – persino con riferimento ai principi fondamentali che, secondo quanto si vedrà meglio a momenti, non si situano in una zona franca esente da qualsivoglia innovazione.

È bene, nondimeno, tenere distinto il piano del dover essere da quello delle sanzioni per il suo mancato adempimento: l’una cosa infatti – è ormai provato² – non viene meno sol perché non in tutto adeguate o, magari, palesemente insufficienti sono le seconde. Ad ogni buon conto, non si vede perché mai non possano valere anche per il legislatore costituzionale e di revisione costituzionale gli esiti teorico-ricostruttivi ormai acquisiti con riguardo alle omissioni del legislatore comune, con la nota distinzione in seno ad esse fatta a seconda che si presentino come *assolute* ovvero *relative*³: le une – secondo una risalente veduta – irrimediabili in sede di sindacato di costituzionalità, le altre invece, sia pure entro certi limiti, suscettibili di interventi di ricucitura del tessuto legislativo per mano del giudice costituzionale⁴. Una distinzione, questa, che peraltro, nelle più recenti esperienze della giustizia costituzionale, tende essa pure a... *relativizzarsi*, ove si consideri la sempre più vistosa tendenza alla espansione del ruolo

¹ Inimmaginabile è, ovviamente, la eventualità di un annullamento da parte del tribunale costituzionale di norme della Costituzione, il sindacato – come si sa – potendosi spiegare unicamente su atti espressivi di potere costituito, quali le leggi costituzionali, non già sulla genuina espressione del potere costituente. Cosa diversa è che delle norme suddette si abbia l’abrogazione o la modifica in genere con le procedure di cui all’art. 138; ciò che può appunto aversi unicamente in quanto autorizzato e disciplinato dalla stessa Costituzione.

² Si è finemente osservato [M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, spec. 5] che la mancata previsione di sanzioni riguardanti i rapporti tra gli organi supremi dell’ordinamento, peraltro ampiamente avvalorata dal diritto e dall’esperienza costituzionale, è logicamente necessaria, dal momento che “questo fatto, per paradossale che ciò possa apparire, è una conseguenza della ragion d’essere della coercibilità”.

³ Riferimenti in L. CASSETTI e A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, Torino, 2019, nonché nei contributi che sono in G. FAMIGLIETTI e S. ROMBOLI (a cura di), *Giustizia costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020*, Querétaro, México, 2021, parte III.

⁴ Deve, nondimeno, realisticamente ammettersi essere alquanto remota l’eventualità di pronunzie manipolative di leggi costituzionali malfatte. In generale, infatti, la Corte potrebbe avere remore a caducare atti di forma costituzionale, tanto più poi laddove siano venuti alla luce con i più larghi consensi in seno alle forze politiche di opposti schieramenti. Nulla, ad ogni buon conto, osta a che ciò si abbia.

del tribunale costituzionale, di cui è indice particolarmente eloquente il temperamento (e, in taluni casi, il sostanziale abbandono) del limite delle “rime obbligate”, ancora fino a pochi anni addietro considerato invalicabile⁵. È, poi, pur vero che il rispetto della discrezionalità del legislatore, dalla Consulta fatto ora espandere ed ora contrarre a fisarmonica senza che peraltro ne sia sempre chiara la ragione⁶, appare essere qualitativamente, prima ancora che quantitativamente, diverso a seconda che valga per il legislatore comune ovvero per quello costituzionale⁷.

In realtà, in seno al “non normato” costituzionale occorre, preliminarmente distinguere, le *lacune* dai *vuoti* costituzionali⁸. Mi rendo conto che i termini ora adoperati non sono del tutto felici; confesso, però, di non essere riuscito a trovarne di altri maggiormente appropriati.

Il secondo – per come io lo vedo – è infatti neutro, potendo in sé comprendere ogni specie di “non detto”⁹. Diversamente dal primo termine, evocativo di ciò che è indebito e intollerabile, il secondo rimanda a silenzi non irragionevoli ed anzi – come si chiarirà a momenti – perfettamente coerenti con l’impianto complessivo della legge fondamentale della Repubblica.

⁵ Su questa nota vicenda, ad oggi in corso e dagli imprevedibili sviluppi, v., *ex plurimis*, S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, spec. 264 ss., e, dello stesso, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, spec. 197 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 282 ss., spec. 293.; M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 58 ss.; nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 1001 ss., e, se si vuole, i miei *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 325 ss., spec. 329 ss., e *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022.

D’altronde, la Corte ha più volte (e ancora di recente) indirizzato moniti severi al legislatore, dichiarandosi pronta, per il caso che lo stesso dovesse seguire a restare sordo alle sollecitazioni ricevute, a prenderne il posto pur laddove le misure allo scopo richieste dovessero presentarsi espressive di discrezionale apprezzamento [v., di recente, R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 43 ss.].

⁶ Nel secondo senso è la giurisprudenza sulle “rime” suddette, nel primo le pronunzie di rigetto che fanno specifico richiamo alla discrezionalità in parola (tra le altre e di recente, le decisioni nn. 171, 176 e 177 del 2022).

⁷ Quest’aspetto della questione è, in realtà, largamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina che, discorrendo della discrezionalità del legislatore, implicitamente ovvero esplicitamente si riferisce al solo legislatore comune.

⁸ Introduco qui una bipartizione di cui non facevo parola nel mio *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, nel quale adoperavo in modo omnicomprensivo il primo termine. Allo studio dei silenzi della Costituzione si è particolarmente dedicato Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2/2014, 267 ss.

⁹ La Costituzione, nondimeno, non rimane mai per intero muta, quanto meno in relazione alle esperienze che maturano in sede processuale, laddove norme di legge comune (e di altri atti ancora) possono ugualmente soggiacere a sindacato di validità alla luce del parametro della ragionevolezza: autentico “principio architettonico del sistema”, come lo ha qualificato una sensibile dottrina (L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005).

Si diceva un momento fa che le lacune possono presentarsi come originarie ovvero sopravvenute. Queste ultime possono, poi, essere di due specie, a seconda che manchi, del tutto o in parte, una disciplina costituzionale di beni o interessi di primario rilievo venuti ad emersione in un tempo successivo a quello della redazione della Carta ovvero – e il punto è di particolare interesse – che si assista ad innovazioni della Carta stessa a finalità indebitamente riduttiva, di modo che i beni o interessi in parola, dapprima provvisti di “copertura” costituzionale, vengono in un successivo momento a restarne sguarniti. Come dire, insomma, che il “non normato” costituzionale può conseguire altresì ad un... *normato costituzionale* irragionevole, per il modo con cui si pone in rapporto con i principi fondamentali nel loro fare “sistema”.

Le lacune, a conti fatti, possono avere (ed effettivamente hanno), specie laddove protratte nel tempo, costi anche particolarmente elevati tanto per i diritti fondamentali quanto per la funzionalità del sistema, a seconda che ricadano nella parte sostantiva ovvero in quella organizzativa della Carta. Possono persino – come si è accennato – investire gli stessi principi fondamentali, con effetti imprevedibili idonei a diffondersi per l’intero edificio costituzionale¹⁰.

¹⁰ Quest’ultima eventualità è scartata *a priori* ovvero non è presa in considerazione da una nutrita schiera di studiosi, muovendo dall’assunto, seppur a volte non esplicitato, della “sacralità” (e, perciò, della perfezione) dell’atto in cui si specchia nel modo più genuino ed immediato l’immagine del potere costituente, in ispecie appunto della sua più qualificante espressione: i principi fondamentali. L’onnipotenza del Costituente si converte *ipso facto* nella intangibilità dei principi suddetti, suscettibili di essere travolti unicamente in modo forzoso, per mano appunto di un nuovo potere costituente.

Questa risalente costruzione teorica è stata, tuttavia, rimessa in discussione su più fronti. Per un verso, un’accreditata dottrina si è dichiarata dell’idea che quella di potere costituente sarebbe una nozione ormai datata, “esaurita” (così, tra gli altri, M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale*, in E. RIPEPE e R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 7 ss.), confondendosi tuttavia – a me pare – in tal modo un desiderio o, diciamo pure, un sentimento largamente diffuso ed intensamente avvertito con una realtà che a volte sa essere impietosa e crudele, obbligando ad un doloroso risveglio. La particolarmente sofferta ed inquietante invasione dell’Ucraina da parte della Russia avvalorava piuttosto l’idea che i diritti fondamentali nel vecchio continente seguitano ad essere esposti ad attacchi e minacce e che, pertanto, non possono considerarsi al sicuro neppure in Paesi nei quali parrebbero presentarsi fortemente radicati nel terreno sociale ed ordinamentale. È chiaro infatti che, dove non v’è pace – un “bene assoluto”, come ho ritenuto ancora di recente di qualificarlo [ne *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta OnLine*, 27 febbraio 2022; cfr. ora, utilmente, T. GRECO, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *Il Mulino*, 2/2022, 205 ss.] –, non può esservi godimento pieno dei diritti né fisiologico svolgimento della vita sociale ed istituzionale in genere.

Per un altro verso, poi, la tesi della irriducibilità per via legale dei principi fondamentali è stata da tempo criticamente rivista da un’autorevole dottrina, a cui opinione sarebbero escluse le sole revisioni costituzionali in genere a finalità di “restaurazione” (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1183 ss., spec. 1206). A me pare, però, che ci si possa spingere ancora oltre, nel senso che le innovazioni costituzionali in genere si giustifichino non soltanto laddove sia esclusa la finalità suddetta ma risulti al contempo sufficientemente provata l’attitudine delle nuove norme a servire ancora meglio i valori fondamentali cui dà voce la Carta, al punto che gli stessi principi potrebbero sollecitare il loro stesso aggiornamento, pur sempre ovviamente nel segno della continuità evolutiva ed in vista della loro ulteriore espansione, in tal modo implicitamente ammettendo la esistenza di lacune al loro interno bisognose di essere opportunamente colmate [così, nel mio *I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra*

È pur vero, tuttavia, che molte lacune sono abilmente camuffate e non portate allo scoperto grazie ad interpretazioni “sananti”, integrative e correttive, poste in essere dagli operatori e risultanti da modifiche tacite messe in atto dagli organi d’indirizzo politico ovvero da letture e riletture del dettato costituzionale somministrate dai giudici, in ispecie dalla Corte costituzionale¹¹.

Ovviamente, è pure da mettere in conto che si abbiano aggiornamenti semantici continui del dettato costituzionale per via d’interpretazione¹². Non è agevole, per vero, distinguere questi ultimi dai casi d’interpretazione *abrogans* o, come che sia, innovativa della sostanza normativa racchiusa negli enunciati¹³, tanto più poi laddove il linguaggio costituzionale si presenta a maglie larghe o larghissime e – si convenga – appare essere opaco ed incerto, avvalendosi di concetti largamente indeterminati¹⁴. Malgrado l’acclarata duttilità strutturale dei disposti costituzionali (in ispecie, appunto, di quelli

interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 473 ss.].

¹¹ Delle modifiche in parola si discute – come si sa – *ab antiquo*; e la circostanza per cui i riflettori sulle stesse non si siano mai spenti è la più attendibile testimonianza del loro incessante rinnovamento [riferimenti, di recente, in S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in U. ADAMO - R. CARIDÀ - A. LOLLO - A. MORELLI - V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, 231 ss.; A. MANGIA - R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 40 ss.].

¹² È stato rilevato da un’accreditata dottrina che l’interpretazione non può mai offrirsi in soccorso delle lacune al fine di *colmarle* (in senso proprio), dal momento che delle prime si ha riscontro all’esito del processo ermeneutico. Dunque, il loro ripianamento non può che aversi a mezzo della produzione di nuovo diritto, a finalità integrativa appunto (R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 234 s.). Tesi, questa, a mia opinione essenzialmente o, per dir meglio, tendenzialmente esatta, con le avvertenze però che sono al riguardo fatte nel mio *Lacune costituzionali*, cit., 8 s., in nt. 20.

¹³ Non pochi – come si sa – sono i casi di imprecisioni e vere e proprie inesattezze espressive della Carta che hanno obbligato gli interpreti a rischiose acrobazie teorico-ricostruttive, tradottesi in corpose correzioni dell’originario dettato. Due soli esempi per tutti: il riferimento ai cittadini nell’art. 3, esteso – perlomeno per taluni campi di esperienza – anche ai non cittadini, e la modifica del termine “proponenti” con “competenti”, di cui all’art. 89, in tema di controfirma ministeriale, quanto meno a stare alla lettura ormai invalsa, anche se a mia opinione la dizione originaria avrebbe meritato di essere mantenuta [ragguagli, volendo, nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell’organizzazione costituzionale*, Napoli, 2009, 693 ss., nonché in *Forum di Quaderni costituzionali*; cfr., di recente, M. TERZI, *Contributo allo studio della controfirma governativa all’atto presidenziale di promulgazione della legge*, in *Nomos*, 1/2020, e F. FERRARI, *Tra poteri e responsabilità. Prerogative presidenziali e controfirma ministeriale*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 388 ss.].

¹⁴ Naturalmente, essi si rinvengono non soltanto nella Carta ma, praticamente, dove più dove meno, nella maggior parte dei documenti normativi, nei quali abbondano le clausole generali ed enunciati in genere connotati da ambiguità espressiva [sulle clausole in parola, quali si presentano nei vari rami del diritto, v., di recente, R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2021; quanto, poi, ai problemi del linguaggio degli atti giuridici in genere e della Costituzione in ispecie, v., part., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1989, 229 ss., e P. Caretti e R. Romboli (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa 2016. Sul linguaggio costituzionale, inoltre, B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 142 ss. e, pure *ivi*, da ultimo, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 110 ss.].

espressivi di principi fondamentali e, seppur in parte, di quelli relativi alla parte sostantiva della Carta¹⁵), si dà nondimeno pur sempre una soglia invalicabile, varia dall'uno all'altro disposto, oltre la quale l'interpretazione, malgrado le formidabili risorse di cui è dotata, non può spingersi, se non col costo del sostanziale rifacimento del dettato. La Costituzione, insomma, è attraversata – com'è stato efficacemente detto – da un “moto” inarrestabile, ovvero appare essere, più e prima ancora che un *atto*, un *processo*¹⁶, che nella conversione in relazione ai casi della vita del *diritto costituzionale vigente in vivente* si rinnova e rigenera semanticamente senza sosta: non senza limiti intrinseci, tuttavia.

Di qui, appunto, la esistenza di lacune di cui si ha riscontro ogni qual volta porzioni del campo costituzionale rimangano prive di “copertura” per via interpretativa e, allo stesso tempo, restino non colmate a mezzo del solo strumento utile allo scopo, la legge costituzionale.

2. Le specie di vuoti, con particolare riguardo a quelli conseguenti al riconoscimento del valore del pluralismo e dei “nuovi” diritti fondamentali

I vuoti costituzionali possono, poi, essere essenzialmente di due specie, riferendosi ora ad esperienze sociali in genere (nella loro più larga accezione) davanti alle quali il diritto (anche ovvero solo costituzionale¹⁷) rimane indifferente ed ora invece assumendo una qualità positiva, in lineare svolgimento di alcune indicazioni risultanti dagli stessi principi fondamentali.

Si pensi, in particolare, agli spazi, non poco consistenti, rimessi all'autodeterminazione di singoli e formazioni sociali, quale proiezione immediata e diretta del valore del pluralismo, in ciascuna delle sue più salienti espressioni ed in tutte assieme¹⁸. Viene da dire al riguardo che è la stessa Costituzione, per ciò che dice (specie nei suoi principi fondamentali), a stabilire ciò che... *non può dire*, venendo altrimenti a contraddire se stessa.

¹⁵ Tendenzialmente maggiore è, infatti, la duttilità in parola con riguardo agli enunciati della prima rispetto a quelli della seconda parte della Costituzione: per i primi, nondimeno, solo per ciò che concerne la nozione dei diritti ivi riconosciuti e, dunque, l'estensione dell'area materiale da essi “coperta”, non già quanto alle procedure stabilite per la loro limitazione (si pensi, ad es., ai termini fissati per la convalida dei provvedimenti restrittivi della libertà personale).

¹⁶ La prima qualifica si deve – come si sa – a M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013; per la seconda, v. principalmente A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1998, 343 ss.

¹⁷ Occorre infatti tenere separato il caso di esperienze o vicende della vita sociale davanti alle quali il diritto in ogni sua espressione rimane indifferente (il saluto tra amici o conoscenti che s'incontrino per strada, vestire in un certo modo piuttosto che in un altro, ecc.) da quello in cui esse sono prive di rilievo per il diritto costituzionale, non già però per le discipline apprestate da fonti subcostituzionali in genere. Non si dimentichi, poi, che ciò che è ritenuto non meritevole di disciplina, sia pure *per essentialia*, dalla Costituzione o da fonte costituzionale in genere in un ordinamento dato potrebbe invece essere diversamente considerato in un altro.

¹⁸ Su ciò, la fondamentale riflessione teorica di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995.

Dunque, indebite le lacune, possibili invece e persino necessitati i vuoti. Ma, qual è il parametro alla luce del quale può farsi luogo al riconoscimento delle une e degli altri e, perciò, alla loro qualificazione?

La questione ha speciale rilievo per la parte sostantiva della Carta (e, prima ancora, per i principi fondamentali), se si considera che la parte organizzativa, per essenziale che sia al pari di quella, si pone nei riguardi di essa in funzione servente. Così è, d'altronde, per i due elementi di cui si compone l'idea di Costituzione, secondo la mirabile (per sintesi ed efficacia espressiva) formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, la separazione dei poteri rinvenendo la propria ragion d'essere nel suo porsi a garanzia delle libertà fondamentali, il cui riconoscimento costituisce il primo tratto identificante la Costituzione stessa.

Ragionare di lacune, originarie o successive che siano, della parte sostantiva in parola equivale, in buona sostanza, ad ammettere che non di tutti i diritti fondamentali si abbia esplicito riscontro nella legge fondamentale dell'ordinamento¹⁹. Possono poi aversi lacune meno gravi di questa, laddove cioè il riscontro stesso si abbia ma risulti inadeguato rispetto ad un contesto ormai sensibilmente diverso da quello in cui è maturata la redazione della Carta. Com'è chiaro, però, maggiormente vistoso e grave è il caso che non si faccia parola alcuna di diritti dalla *communis opinio* ormai considerati “fondamentali”, nella ristretta e propria accezione del termine.

Su quest'esito – a quanto pare – conviene una nutrita schiera di studiosi, col fatto stesso di invocare a “copertura” dei nuovi diritti l'art. 2 della Carta, una volta rivelatisi infruttuosi o, come che sia, insicuri i tentativi fatti di saldarli ai diritti nominativamente indicati (e, segnatamente, all'art. 13)²⁰. L'art. 2, insomma, è l'ultima spiaggia alla quale può approdare l'ansiosa e non di rado sofferta ricerca di “copertura” a beneficio di taluni bisogni impellenti, comunemente qualificati come diritti fondamentali: una sorta di *deus ex machina*, nelle sue concrete movenze, che cala dal cielo per disbrigare una matassa aggrovigliata dagli uomini e che questi ultimi non sanno più come dipanare.

È opportuno, al riguardo, rammentare che “nuovi” non sono da intendere quei diritti già avvertiti durante la stagione costituente senza che, tuttavia, se ne sia avuta esplicita traccia nella Carta. Un ragionamento siffatto – al di là di ogni riserva che pone circa il suo fondamento²¹ – meriterebbe attenzione unicamente laddove punto obbligato

¹⁹ In astratto, la questione parrebbe porsi altresì sul versante dei doveri; di fatto, però, si tende a lasciare nell'ombra il quesito relativo all'ammissibilità e complessiva consistenza di “nuovi” doveri inderogabili, evidentemente per la ragione che non se ne avverte praticamente il bisogno. Non si trascuri, tuttavia, la formidabile capacità di escursione di campo del dovere di fedeltà alla Repubblica, in grado dunque di attrarre a sé prestazioni inusitate di solidarietà sia *inter privatos* che nei riguardi della Repubblica nell'insieme degli enti di cui si compone (a riguardo delle proiezioni del dovere in parola e della sua attitudine a distendersi in ogni ambito materiale di esperienza, riferimenti possono aversi dagli studi di A. MORELLI, del quale v., almeno, in forma organica, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013).

²⁰ Un paradosso insuperabile si annida, tuttavia, in siffatta comune credenza: la qualifica come “nuovi” dei diritti in parola equivale, infatti, a conferma del loro mancato riconoscimento nella Carta; allo stesso tempo, però, si reputa che già al presente essi ugualmente godano di “copertura” costituzionale (appunto, nell'art. 2) e che essa non sia da meno di quella vantata dai diritti espressamente nominati.

²¹ Pronta è, invero, l'obiezione che la mancata previsione nella Carta di bisogni sociali pure avvertiti al tempo della redazione della stessa può considerarsi indicativo del fatto che non se n'è inteso riconoscere la qualità di veri e propri diritti di rango costituzionale ovvero di diritti *tout court*.

di riferimento per l’interpretazione costituzionale si consideri essere l’*original intent*: un criterio, questo, che però è stato – come si sa –fortemente (e giustamente) ridimensionato dalla giurisprudenza costituzionale, di sicuro comunque non ritenuto risolutivo al fine della corretta ricognizione dei significati degli enunciati costituzionali²².

Insomma, possiamo (e dobbiamo) ammettere che possano darsi diritti autenticamente nuovi, in tutto e per tutto sconosciuti al Costituente, anche perché sovente legati ad uno sviluppo scientifico e tecnologico avutosi in un tempo successivo²³: diritti che, malgrado siano ormai da tempo diffusamente ed intensamente avvertiti come tali in seno al corpo sociale, sono rimasti tuttavia privi di una pur sommaria (*per essentialia*) disciplina costituzionale.

Ma – è da chiedersi – da dove viene la conferma della esistenza dei diritti in parola e della conseguente loro mancata “copertura” costituzionale? Ebbene, l’indice maggiormente attendibile al riguardo è dato da alcune *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – facendo capo alle quali si rende possibile, senza soverchie incertezze (proprio a motivo del forte radicamento posseduto nel corpo sociale), far luogo al riconoscimento dei bisogni elementari dell’uomo – ché tali sono *in nuce* i diritti fondamentali²⁴ – il cui appagamento è, pressoché universalmente, avvertito come necessario per un’esistenza libera e dignitosa²⁵.

²² Su *Originalismo e Costituzione* v., ora, il dibattito ospitato dal sito AIC www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²³ Se ne ha riscontro – come si sa – soprattutto nelle esperienze di biodiritto, particolarmente in quelle d’inizio e fine-vita (ragguagli, nella ormai sterminata lett., negli studi monografici di S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d’inizio-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Roma, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, quanto alle esperienze della prima specie e, per quelle della seconda, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021).

²⁴ Su cosa debba intendersi per “diritto fondamentale” e quali siano gli indici maggiormente sicuri per aversene il concreto riconoscimento, v., almeno, V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017; F. RIGANO - M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, 2 ed., Milano, 2022, spec. 63 ss., e M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, 2 ed., Torino, 2022, 129 ss. Dei *Diritti umani* V. ANGIOLINI ha trattato da par suo in un agile ma succoso saggio monografico venuto alla luce nel 2012 per i tipi della Giappichelli di Torino.

²⁵ Questo è, a mia opinione, il modo giusto d’intendere e qualificare ciò che è *in nuce* un diritto fondamentale, secondo quanto si è tentato di argomentare nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da*

Le lacune appaiono, dunque, vistose nel momento in cui il *pressing* che viene dal corpo sociale per il loro ripianamento si fa insopportabile, sì da indurre quindi gli operatori ad attivarsi per dar voce alle istanze maggiormente diffuse e sentite.

3. La revisione dell’art. 9 Cost.: aggiornamento di un principio fondamentale preesistente o nuovo principio fondamentale?

Di qui, in primo luogo, i tentativi posti in essere per via interpretativa, che tuttavia comportano non di rado indebite dilatazioni semantiche degli enunciati, anche di quelli provvisti della massima duttilità e strutturale capienza. Quand’anche, poi, i tentativi stessi vadano a buon fine, traducendosi in esiti ricostruttivi largamente condivisi, si avverte talora ugualmente il bisogno della loro “razionalizzazione” positiva. È ciò che appunto si è avuto con la revisione dell’art. 9 (e dell’art. 41) della Carta, con i riferimenti fatti alla salvaguardia dell’ambiente e dell’ecosistema ed alla tutela degli animali. Riferimenti preziosi ai nostri fini, anche in relazione alla questione teorica di cruciale rilievo riguardante la posizione di nuovi principi fondamentali, che è cosa ben diversa dal mero aggiornamento, anche con le opportune integrazioni, di quelli preesistenti²⁶.

Questa seconda opzione parrebbe, invero, essere avvalorata dalla circostanza per cui il *novum* costituzionale è stato messo in coda all’art. 9, non essendosi fatto luogo all’aggiunta di un art. 9-*bis* o, volendo prolungare il catalogo dei principi fondamentali, 12-*bis*. Tuttavia, il dato sistematico, per rilevante che sia, non risulta decisivo; ciò che conta davvero è la sostanza degli enunciati, le loro *norme* appunto. L’elemento sistematico di rilievo è, piuttosto, costituito dall’inserimento delle nuove norme nel catalogo ristretto dei principi fondamentali. È qui il vero salto di qualità rispetto al passato; dell’ambiente e dell’ecosistema, infatti, si è fatta parola – come si sa – già in sede di riscrittura del Titolo V nel 2001²⁷, per quanto non è chi non veda la differenza

chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela, in V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., 337 ss.

²⁶ Raguagli sul punto di cruciale rilievo, volendo, nel mio *I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, cit., 473 ss.

²⁷ ... mentre il riferimento alla tutela degli animali costituisce – com’è noto – una novità assoluta per la Carta, così come lo è quello all’interesse delle generazioni future che, per ciò solo, rimarca i doveri gravanti sulla generazione presente, proprio al fine di assicurare un futuro a coloro che verranno dopo di noi: doveri che dunque – se ci si pensa – si pongono quale proiezione immediata e diretta di quel dovere di fedeltà alla Repubblica che lega in un unico, comune destino non soltanto coloro che oggi compongono la comunità statale ma questi stessi, sia *uti singuli* che appunto nel loro fare comunità, con coloro che di quest’ultima faranno parte domani.

Ad ogni buon conto, al di là della opportunità di discorrere di veri e propri diritti vantati dalle generazioni a venire, quel che è certo – a me pare – è che grava sulla generazione presente il dovere di spendersi fin dove possibile per dar modo all’ordinamento di potersi trasmettere integro nel tempo, con ciò stesso dunque assicurandosi condizioni di vita accettabili per i posteri [sul significato che è da assegnare al riferimento alle generazioni future e le implicazioni che possono aversene, v., *ex plurimis*, F. MUCCI, *Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell’ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente*, in *Diritti fondamentali*, 1/2022, 447 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2022, 20 ss.; R. BIFULCO, *Primitissime riflessioni*

che passa tra un riferimento fatto in sede di riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed uno invece elevato alla dignità di principio fondamentale, come tale idoneo a pervadere l'intero ordinamento, attraendo a sé ed orientando l'azione dei pubblici poteri in genere così come dei privati e dell'intera collettività.

È inoltre da tener conto del fatto che il legislatore di revisione costituzionale, consapevole del rilievo posseduto dalle novità che si accingeva ad introdurre, testimoniato appunto dalla *sedes materiae* prescelta per il loro inserimento, non ha, verosimilmente, voluto spingersi troppo oltre, fino al punto di aggiungere un nuovo articolo ai dodici iscritti dalla mano del Costituente, intendendo così rendere meno forte l'impatto delle novità stesse nei riguardi del quadro preesistente. Per questo verso (e fermo il carattere sostanziale delle innovazioni apportate alla Carta), viene dunque ulteriormente rimarcata la continuità evolutiva dell'ordinamento costituzionale, fuggendo i timori che ogni possibile incisione del testo nella sua più qualificante espressione in senso assiologico-sostanziale, i principi fondamentali, si ponga sempre, in tesi, nel segno della rottura costituzionale²⁸.

Sta di fatto, però, che, laddove l'enunciato normativo dovesse considerarsi, seppur in parte, espressivo di un nuovo, *autenticamente nuovo*, principio fondamentale, dovrebbe concludersi nel senso che esso racchiuda in sé una struttura internamente articolata e composita, dalla duplice natura, ponendosi a un tempo, per un verso, quale mero aggiornamento del principio preesistente e, per un altro verso, quale portatore di un nuovo principio.

Ora, a voler rappresentare in modo fedele e compiuto il quadro positivo risultante dalla innovazione in parola, verrebbe da dire che essa si ponga quale il prodotto del tutto inusuale di un fatto... *semicostituente*: una categoria teorica, questa, nondimeno, inimmaginabile alla luce delle più solide ed accreditate ricostruzioni ereditate dal passato che – come si sa – conoscono unicamente l'alternativa “secca” tra i fatti di continuità e quelli di discontinuità costituzionale.

Ad ogni buon conto, ciò che al tirar delle somme davvero ed unicamente importa è, da un canto, la rispondenza di ogni nuovo enunciato a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale e, per un altro verso, la sua idoneità a saldarsi armonicamente ai vecchi, a fare cioè “sistema” con essi e, anzi, a concorrere alla loro ulteriore affermazione, *magis ut valeant*.

intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente, paper, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022; nella stessa Rivista, R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, 13/2022, 187 ss.; D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, 15/2022, 121 ss.; G. SOBRINO, *Le generazioni future “entrano” nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 139 ss.; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, spec. § 3.2; G. MONTEDORO, *Paesaggio, ambiente territorio: il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 22 giugno 2022. V., inoltre gli scritti che sono in *Biolaw Journal*, 2/2022, e T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2022, 1 ss.].

²⁸ Ciò che – come si è dietro accennato, richiamando la tesi patrocinata da G. Silvestri – non è, o meglio non è necessariamente, tanto più che, con specifico riguardo alla innovazione costituzionale ora in esame, la stessa non si pone a finalità di “restaurazione” del regime illiberale preesistente alla nascita della Carta repubblicana.

Da questo angolo visuale, resta confermata la comune opinione secondo cui i principi fondamentali si pongono (o, meglio, *possono* porsi) a limite delle innovazioni costituzionali; aggiungo: *quand’anche investano gli stessi principi fondamentali*, salvo – come si è veduto – che le stesse si giustifichino (e persino impongano) nell’intento di assicurare l’ottimale radicamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei vecchi principi nel corpo sociale e nell’ordinamento.

4. *La micidiale questione teorica relativa alla verifica della estensione delle lacune ed alla misurazione delle innovazioni richieste per colmarle, sì da ricongiungere in modo congruo forma e materia costituzionale, in atto sempre più discoste e tendenti ad allontanarsi ulteriormente l’una dall’altra*

Si dà, poi, un problema di ardua soluzione teorica; ed è quello relativo alla verifica della estensione delle lacune o – il che è praticamente lo stesso – della misura delle innovazioni richieste per colmarle.

È chiaro che queste ultime, laddove riguardino i principi fondamentali, hanno da essere ancora più contenute per estensione del linguaggio ma maggiormente profonde per capacità di scavo nel terreno costituzionale di quelle concernenti l’una o l’altra delle parti di cui si compone la Carta.

In altri luoghi di riflessione scientifica mi sono già dichiarato della opportunità di dotare la Carta stessa di ulteriori disposti di quelli in atto presenti, allo scopo di renderla maggiormente attrezzata ed idonea a contrastare efficacemente alcune espressioni del potere politico devianti, in modo ora più ed ora meno vistoso, dal solco costituzionale. *Alla malizia del potere occorre insomma rispondere con la malizia della Costituzione*²⁹, quale si coglie ed apprezza dotando i principi fondamentali, nella loro originaria stesura come pure nella nuova, di un “fascio di regole essenziali”³⁰, sì da darvi – per quanto possibile – un minimo svolgimento normativo nella stessa Carta novellata, in attesa dei loro opportuni e ben più corposi svolgimenti che dovranno aversi in altre sedi, a partire da quella legislativa³¹.

Ribadisco, dunque, in questa sede il mio fermo convincimento a riguardo del bisogno di ricongiungere forma e materia costituzionale, quanto meno con riferimento ai casi sicuri, di oggetti cioè ricadenti al centro del campo costituzionale siccome afferenti ai diritti fondamentali, l’autentico cuore pulsante della Costituzione nella sua accezione ereditata dalla tradizione liberale³².

²⁹ In questi termini mi sono espresso nel mio *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Politica del diritto*, 1990, 371 ss.

³⁰ Così, nel mio *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, 65 ss. (e 66 per il riferimento testuale).

³¹ Riprendo – come si vede –, per quest’ultimo aspetto, la nota indicazione teorica di un’accreditata dottrina che discorre della legge quale sviluppo *ordinario* e *necessario* della Costituzione (F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I e II, Milano 1970).

³² Per vero, non è dato stabilire con sia pur relativa certezza dove si situano i confini della materia costituzionale, specie nel tempo presente segnato, ormai da anni, da una marcata espansione della stessa

Laddove ciò non si abbia, come invero non si è avuto (e non si ha)³³ – al di là del richiamo sopra fatto alle novità introdotte negli artt. 9 e 41 –, si rendono palesi talune torsioni di ordine istituzionale che quindi proiettano i loro effetti nocivi a carico della comunità.

Assumendo, dunque, a punto emblematico di riferimento i diritti fondamentali, la loro disciplina, anche a prima battuta, si è talora avuta a mezzo di leggi comuni che ne hanno dato il riconoscimento, altre volte invece *omisso medio* dalla giurisprudenza, ad ogni livello istituzionale in cui si dispiega e in ciascuna delle sue articolazioni (quale giurisprudenza comune, costituzionale, sovranazionale).

Ora, la regolazione data con leggi ordinarie (ed atti equipollenti) ha mostrato limiti evidenti di rendimento: basti solo pensare, con riferimento alle esperienze d’inizio-vita, ai non pochi né lievi difetti di costruzione esibiti dalla legge 40 del 2004, di certo non per mero accidente fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale³⁴.

Non si trascuri, poi, per altro verso, il rischio che il silenzio della Costituzione, anche in relazione a bisogni elementari diffusamente avvertiti, da un canto, possa alimentare (come ha, invero, alimentato) letture ipercreative della stessa, sollecitando così gli interpreti a far dire alla Carta ciò che essa obiettivamente non dice, e, da un altro canto, spiani la via per discipline con leggi comuni onnipervasive, restando pertanto soffocato quel “pluralismo di fatto” che lo studioso da noi oggi onorato ha a cuore di salvaguardare³⁵.

È doveroso, nondimeno, avvertire che una maggiore, seppur pur sempre misurata, disciplina costituzionale non è affatto detto che riesca sempre a centrare l’obiettivo di porre un argine adeguato all’arbitrio interpretativo o all’esuberanza del legislatore comune. Aggiungere parole agli enunciati preesistenti potrebbe, all’inverso, dare nuovo fiato a manipolazioni, ora più ed ora meno vistose, della sostanza normativa, nei riguardi dell’originario dettato come pure del nuovo.

Il gioco però vale – a me pare – la classica candela. Le garanzie più efficaci avverso i rischi ora paventati sono, infatti, date, sul piano formale-procedimentale, dalla procedura aggravata richiesta per la formazione degli atti costituzionali (che

[ragguagli sul punto, volendo, nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017; cfr. A. SPADARO, in più scritti, tra i quali v., almeno, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, e Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, cit., spec. 275 ss.]. È fuor di dubbio, nondimeno, che alcuni oggetti vi appartengano, in forza di una nobile e risalente tradizione storico-politica, che ha quindi avuto la sua immediata e naturale proiezione nella teoria costituzionale. Così è, appunto, per i diritti fondamentali, il cui riconoscimento non può dunque che aversi ad opera della Costituzione e, in genere, di documenti *materialmente* (o – come preferisce dire la giurisprudenza – *tipicamente*) costituzionali, le Carte dei diritti.

³³ Si potrebbe astrattamente opporre che l’inerzia del legislatore costituzionale si debba alla insussistenza di quelle *consuetudini culturali*, di cui si è venuti dicendo. L’obiezione, tuttavia, sarebbe chiaramente strumentale, perlomeno con riguardo a bisogni largamente diffusi e fatti oggetto di aspettative di tutela intensamente avvertite in seno al corpo sociale, che seguitino tuttavia a restare privi della disciplina congeniale alla loro natura materialmente costituzionale.

³⁴ Riferimenti negli scritti al riguardo dietro richiamati.

³⁵ È questo, infatti, come si sa, il *fil rouge* che tiene unita la densa trama concettuale di cui si compone l’opera monografica di V. ANGIOLINI sopra già richiamata.

naturalmente induce a cautela e ad una maggiore ponderazione di quelle che connotano la formazione delle leggi comuni) e, sul piano sostanziale, dalle maggiori probabilità che negli atti stessi le consuetudini culturali suddette si rispecchino fedelmente. D'altronde, la contrapposizione in Parlamento delle forze politiche in relazione al riconoscimento costituzionale di un nuovo diritto fondamentale si porrebbe quale indizio particolarmente attendibile della incompiuta formazione delle consuetudini suddette, salvo tuttavia il caso della inettitudine dei rappresentanti a dar voce a bisogni largamente sentiti in seno al corpo sociale.

Qual è, ad ogni buon conto, il frutto, a parer mio insapore (per non dire avvelenato...), offertoci dalla ormai pluridecennale scissione riscontratasi tra forma e materia costituzionale, segnatamente con riguardo al riconoscimento dei nuovi diritti ed alla loro iniziale regolazione? Ebbene, è sotto gli occhi di tutti: disponiamo, infatti, ormai da anni di plurime e convergenti testimonianze offerte da discipline normative sovente improvvisate e raffazzonate³⁶, da conseguenti divisioni marcate tra gli interpreti, non di rado obbligati ad un problematico e sofferto lavoro di ricucitura della trama normativa in più punti sfilacciata e carente, da complessive incertezze degli operatori come pure dei cittadini, gravemente disorientati dalla babele delle interpretazioni prospettate degli enunciati, ove si dimostrino (e – come si sa – è fenomeno ricorrente) in sensibile misura divergenti e persino frontalmente contrastanti tra di loro, oltre tutto comportando il costo di alimentare la sfiducia e il vero e proprio discredito nei riguardi degli operatori istituzionali.

Se la prima normazione di rango costituzionale non è data con legge parimenti costituzionale, assai spesso si affermano – come si diceva – letture della Carta che richiamano alla mente l'immagine dello struzzo che, per non vedere il pericolo incombente, ficca la testa sotto terra. Si assiste, cioè, al fenomeno, a mia opinione foriero di guasti non lievi, della “metamorfosi dei principi in regole” – come ho ritenuto di chiamarlo altrove³⁷ – che disvela, a un tempo, una carenza ed una torsione istituzionale: del legislatore costituzionale la prima, dei giudici la seconda, tanto più evidente poi laddove ulteriori lacune siano esibite dalla stessa legislazione comune. Ciò che, dunque, obbliga gli stessi giudici a porre in essere un'attività innaturalmente sussidiaria³⁸, sovente accompagnata dalla invenzione di inusuali tecniche decisorie, in disprezzo delle regole che governano le dinamiche processuali³⁹ e che peraltro – come si accennava poc'anzi – non sempre si guadagna riconoscenza ed apprezzamento da parte della pubblica opinione.

³⁶ La legge 40, sopra richiamata, ne è emblematicamente indicativa; ma, naturalmente, molti altri esempi potrebbero farsi nel medesimo senso.

³⁷ ... nel mio *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, cit., 79.

³⁸ La sussidiarietà in parola appare, pertanto, essere non di rado duplice: nei riguardi della disciplina costituzionale in prima battuta e, in seconda, di quella comune [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2022, 25 ss., spec. 36 ss.].

³⁹ Con specifico riguardo agli scostamenti dai canoni processuali riguardanti i giudizi di costituzionalità, operati dallo stesso giudice costituzionale, può vedersi, se si vuole, il mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 325 ss.

5. Il silenzio costituzionale del potere costituente, ovvero sia i casi, non infrequenti, in cui l'avvento di quest'ultimo non si accompagna alla formale rimozione della Carta previgente ed alla sua sostituzione con una nuova

L'ultimo punto che desidero toccare riguarda il silenzio costituzionale del potere costituente, con esso intendendo non già riferirmi ai profili sopra presi rapidamente in esame con riguardo alle lacune ed ai vuoti costituzionali bensì al mancato rifacimento della struttura portante della Costituzione previgente in occasione dell'affermazione del potere stesso.

Di quest'ultimo non mi occupo ora *ex professo*, anche al fine di non debordare dai confini del campo assegnatomi⁴⁰. Mi limito solo a muovere da un dato di fatto innegabile, avvalorato peraltro dalle vicende storiche maturate nel nostro Paese, costituito dalla mancata rimozione della Costituzione per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente e dalla sua sostituzione con altra nella quale quest'ultimo riversi, traducendole in enunciati normativi, i connotati maggiormente salienti del suo credo e della sua azione politica. Da noi, come si sa, lo statuto albertino non è mai stato messo ufficialmente da canto, pur dopo il varo delle leggi “fascistissime”, se non a far data dalla entrata in vigore della Carta repubblicana⁴¹.

In realtà, il potere costituente non manca di far sentire, forte e chiaro, il timbro della propria voce; lo fa, però, talora non già in modo fragoroso e nella forma appariscente del rifacimento della Costituzione, peraltro non necessariamente integrale bensì talora circoscritto a singoli enunciati e persino a pochi lemmi o, addirittura, ad uno solo⁴². Può tuttavia anche darsi il caso che neppure una virgola sia modificata del dettato della Carta, nel mentre l'azione eversiva dell'ordine costituzionale si abbia a mezzo di una studiata e capillare azione svolta ai livelli sottostanti, in esecuzione di un disegno coerentemente perseguito fino al conseguimento dell'obiettivo avuto di mira, segnando – per dir così – le basi sottostanti su cui si regge l'edificio costituzionale⁴³. È

⁴⁰ Spunti di ordine teorico-ricostruttivo di particolare interesse sono stati, non molto tempo addietro, offerti dallo studio di M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 266 ss.

⁴¹ Non si perda tuttavia di vista la circostanza per cui al tempo le leggi di “carattere” costituzionale – com'erano chiamate, con termine rimasto quindi nelle preleggi – non venivano alla luce con procedura aggravata.

⁴² Basti solo pensare, al riguardo, a cosa potrebbe da noi rappresentare la cancellazione della parola “democratica” nell'art. 1 della Carta, magari accompagnata da poche altre, ad essa conseguenti, innovazioni testuali.

⁴³ Di qui, poi, la distinzione, altrove prospettata (nel mio *Lacune costituzionali*, cit., 23 ss.), tra lacune costituzionali o, ad essere più precisi, di *forma costituzionale* e lacune di *ordinamento costituzionale*: le une – come si viene dicendo – testimoniate dal mancato ricorso allo strumento della legge costituzionale per il loro ripianamento, le altre invece insussistenti ogni qualvolta atti non formalmente costituzionali diano la regolazione della materia costituzionale [sulla nozione di ordinamento costituzionale molto importanti sono gli studi di A. BARBERA, part. *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2010, 311 ss., e *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 263 ss.].

infatti ormai provato che se, per un verso, la normazione subcostituzionale in genere⁴⁴ ha da poggiare sulla Costituzione, legittimandosi nei limiti in cui si dimostri ad essa conforme o, come che sia, con essa compatibile, per un altro verso, anche la Costituzione poggia sul diritto sottostante, non riuscendo a farsi valere laddove non sia da esso linearmente svolta ed appagata, specie nei valori fondamentali cui essa dà voce.

Insomma, la circolarità dell’esperienza giuridica, specie nelle sue espressioni normative e per il modo con cui prende forma nelle pratiche interpretative⁴⁵, dispone ormai di numerose e convergenti testimonianze, sì da non richiedere di certo ulteriori argomenti a suo sostegno.

Sta di fatto che, nel momento in cui il potere costituente rimane inerte e silente al piano costituzionale, preferendo piuttosto operare ai piani sottostanti al fine di potersi imporre, vistoso appare essere lo scarto tra costituzione formale e costituzione materiale: l’una immota e apparentemente integra, l’altra ormai da essa sensibilmente ed irriducibilmente discosta e naturalmente portata da se medesima ad allontanarsi sempre di più.

Si ha così conferma del fatto che la discontinuità costituzionale può aversi persino laddove non si assista ad alcuna innovazione costituzionale, così come, di rovescio, possono aversi modifiche dei principi fondamentali preesistenti e la stessa aggiunta di nuovi principi nel segno della continuità evolutiva, in funzione anzi della ulteriore affermazione della Costituzione come “sistema”⁴⁶.

I tratti esteriori, dunque, possiedono tutt’al più un valore meramente indiziario o presuntivo, di sicuro però non risolutivo e possono non di rado presentarsi fuorvianti ed ingannevoli. Di contro, il criterio in grado di condurre allo scopo ha (e non può non avere) natura assiologico-sostanziale e richiede che si assuma a punto di riferimento il patrimonio di valori fondamentali in nome dei quali in una data congiuntura storica non poco sofferta si è combattuta la battaglia per la edificazione del nuovo ordine costituzionale, del quale indice particolarmente attendibile è dato dal sistema dei principi fondamentali, nei quali i valori suddetti si specchiano nel modo più genuino e fedele.

Se ne ha che i principi fondamentali, al fine di essere colti a pieno ed apprezzati come si conviene nella loro essenza, naturalmente sollecitano di essere interpretati da una prospettiva storicamente orientata⁴⁷.

Allo stesso tempo, occorre dare il giusto rilievo al contesto in cui i principi stessi s’inscrivono e fanno valere, dal momento che ogni mutamento del primo non resta senza conseguenze sui secondi o, meglio, sulla loro interpretazione. Nessun enunciato

⁴⁴ Com’è chiaro, utilizzo qui il termine in un’accezione ben diversa da quella invalsa negli studi relativi alla condizione della CEDU in Italia, alla luce delle indicazioni risultanti dalle famose sentenze gemelle del 2007.

⁴⁵ Su di che richiamo qui solo la magistrale lezione teorica di A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien, 1929.

⁴⁶ Emblematica, al riguardo, la revisione dell’art. 9 (e dell’art. 41), cui si è poc’anzi fatto richiamo, che, lungi dall’impoverire il patrimonio assiologico consegnatoci in custodia dal Costituente, ne ha determinato – a me pare – l’ulteriore arricchimento.

⁴⁷ Così, nuovamente, nel mio *I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, cit.

più di quelli espressivi dei principi in parola esibisce la strutturale vocazione a caricarsi di sempre nuovi significati, senza nondimeno mai smarrire i vecchi, ai quali i nuovi perlopiù si aggiungono, non si sostituiscono. Gli enunciati stessi, insomma, appaiono essere come contenitori senza fondo, al cui interno trovano posto cose vecchie e cose nuove, che nondimeno non si mescolano tra di loro, offrendosi le une come le altre per gli usi sollecitati dai casi della vita e dalle loro complessive esigenze. È da questi usi che, a conti fatti, dipende la effettività della Costituzione che – come si è venuti dicendo – specificamente si rileva per il modo con cui si svolgono le più salienti vicende dei principi di base dell'ordinamento, con le infinite, reciproche combinazioni cui danno luogo nell'esperienza, al servizio della persona umana e in vista dell'ottimale funzionamento del sistema.