



2024 FASCICOLO II

Antonio Ruggeri

**I parametri costituzionali sfuggenti e le forme del loro inveroamento
nell'esperienza, a mezzo di consuetudini culturali
di riconoscimento del loro significato**

6 maggio 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



ANTONIO RUGGERI

**I parametri costituzionali sfuggenti e le forme del loro inveroamento
nell'esperienza, a mezzo di consuetudini culturali
di riconoscimento del loro significato ***

SOMMARIO: 1. La opacità o vera e propria oscurità concettuale di alcuni enunciati costituzionali e la loro riconoscibilità solo *ex post* o *in vivo*, per l'uso che in concreto se ne fa, specie laddove si formino *consuetudini culturali* di riconoscimento dei loro significati. – 2. La varia ampiezza della struttura nomologica degli enunciati costituzionali, perlopiù fatti a maglie larghe (o larghissime), talvolta però anche assai fitte e persino stringenti, e la differenza che si ha tra di essa e l'ambiguità concettuale degli enunciati stessi (gli esempi, particolarmente istruttivi, delle "attività di interesse generale" svolte dai cittadini dietro impulso degli enti territoriali e della "inviolabilità" dei diritti fondamentali). – 3. Gli opposti si equivalgono? A proposito dei parametri costituzionali ovvi e, *proprio per ciò*, incomprensibili e quelli chiari, fatti tuttavia oggetto di vistose torsioni nell'esperienza, in forza di *consuetudini culturali* di riconoscimento del loro (erroneo) significato, idonee a resistere anche per lungo tempo, fino a quando non vengano a formazione altre consuetudini di segno opposto ovvero modifiche di vario segno del dettato della Carta (l'esempio della controfirma ministeriale sugli atti sostanzialmente presidenziali). – 4. La scissione tra gli esiti consegnati dalla teoria delle fonti e quelli raggiungibili al piano della teoria della interpretazione, e il ruolo ancora una volta particolarmente rilevante giocato da radicate ricognizioni semantiche operate dall'amministrazione. – 5. Il diritto vivente di matrice giurisprudenziale, le tecniche decisorie di cui si avvale per affermarsi, gli effetti. – 6. Il rilievo dei materiali offerti dall'esperienza, nelle sue varie espressioni, e la loro capacità di riconformazione semantica degli enunciati che vi fanno esplicito o implicito richiamo, per il tramite di consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale (con particolare riguardo ai fatti di sentimento ed al loro rilievo costituzionale, specie al servizio della dignità della persona umana). – 7. Le lacune, il "non normato" costituzionale e la micidiale questione teorica se sia più grave ciò che indebitamente manca nella Carta ovvero ciò che c'è ma è espresso in termini sfuggenti. – 8. Una succinta notazione finale, a riguardo dei maggiori inconvenienti discendenti dal carattere opaco ovvero reticente del linguaggio costituzionale.

ABSTRACT: *The contribution, after having clarified that the conceptual opacity of the rules is different from their structural scope, which is sometimes broad or very broad and sometimes dense and even stringent, notes that, in order to establish whether some normative provisions of the Constitution present a formulation elusive, it is necessary to*

*



refer to the indications that come from experience, especially to the cultural habits of recognizing its nature and meaning. At the opposite pole there are the evident provisions and those which are sufficiently clear, but which are subject to serious changes in the reconstruction of their meaning. The speech then focuses on the crucial importance played, to a non-negligible extent, by judges, especially where their orientations are consolidated in living law. Finally, the author wonders whether the case in which the existence of constitutional gaps or disciplines formulated in conceptually elusive terms is demonstrated to be more serious, noting in particular the major drawbacks deriving from the opaque or reticent character of the constitutional language.

1. *La opacità o vera e propria oscurità concettuale di alcuni enunciati costituzionali e la loro riconoscibilità solo ex post o in vivo, per l'uso che in concreto se ne fa, specie laddove si formino consuetudini culturali di riconoscimento dei loro significati*

È ormai provato che gli enunciati normativi sono dotati di una struttura fatta a maglie ora più ed ora meno larghe, mostrandosi perciò in grado di esprimere una parimenti varia intensità prescrittiva. Così è pure, dunque, per gli enunciati costituzionali, ai quali soltanto si riferiscono le succinte notazioni qui svolte. Proprio di essi, anzi, si è molte volte rilevata la vaghezza e talvolta la vera e propria oscurità concettuale. Occorre, tuttavia, subito chiedersi come di ciò possa aversi riscontro, a chi competa farvi luogo, quale il parametro o i parametri teorici alla cui luce si renda possibile “misurare” – se così può dirsi – il “grado” di precisione o, all’opposto, di ambiguità concettuale di un enunciato. Un accertamento questo – è bene che se ne abbia subito avvertenza – che prende forma su un terreno sommamente scivoloso, ove si convenga che la verifica della opacità degli enunciati in genere e costituzionali in ispecie è essa stessa... *opaca*, salvo che si attivino strumenti idonei a fare al suo interno chiarezza, secondo quanto si preciserà a momenti.

Ora, a me pare che, al fine di stabilire se si sia, o no, in presenza di un enunciato siffatto, non si possa far altro che constatare ciò che materialmente accade, verificare cioè se si diano (e fino a che punto si diano) divergenze interpretative ora più ed ora meno marcate e vistose tra gli interpreti, studiosi od operatori che siano, in ispecie se gli stessi qualifichino come incerta o, addirittura, sommamente incerta la ricognizione semantica cui fanno di volta in volta luogo, presentandola comunque come preferibile rispetto ad altre ipotesi ricostruttive astrattamente configurabili. Il riconoscimento dell’ambiguità, dunque, al fine di potersi fregiare del titolo della oggettività, non può che aversi – sempre – *ex post, in vivo*, mai *prima* o *in vitro: ex ante*, può infatti darsene una qualificazione meramente soggettiva, come tale opinabile, nel mentre è solo dalla quantità dei riscontri convergenti nella medesima qualificazione che possono trarsi conclusioni in qualche modo attendibili.



Si danno, ad ogni buon conto, come si sa, sedi istituzionali particolarmente accreditate allo scopo. Ad es., la circostanza per cui il legislatore si fa carico di dare l'interpretazione "autentica" – com'è usualmente chiamata – di un disposto legislativo dapprima adottato testimonia *per tabulas* il carattere ambiguo di quest'ultimo, risultante da pratiche applicative oscillanti che sovente apertamente lo dichiarino, fermo ovviamente restando il caso che anche il nuovo enunciato prodotto a finalità d'"interpretazione" può andare (e talvolta va) incontro ad esiti ricostruttivi di vario segno.

Similmente è da dire anche per gli accertamenti operati presso altre sedi, quali quelle in cui si amministra la giustizia comune. Non è, infatti, da escludere che decisioni in queste adottate che racchiudono l'interpretazione di un dato enunciato ricevano poi seguiti variamente orientati, senza che ancora una volta si riesca a fare finalmente chiarezza in merito al "vero" significato di questo o quell'enunciato. Ad ogni buon conto, non v'è dubbio che alcune sedi si considerino particolarmente qualificate allo scopo e riescano quindi a fissare dei punti fermi dai quali la pratica giuridica, in ciascuna delle sue articolate espressioni, possa saldamente tenersi.

Così, non di rado (e ancora di recente) si è assistito a pronunzie della Consulta che hanno accertato la oscurità di un testo di legge, caducandolo¹. Di contro, dichiarazioni di oscurità di un enunciato costituzionale non se ne hanno; e la cosa ha una sua pronta spiegazione, dal momento che delegittimando la Carta, la Corte a conti fatti delegittimerebbe anche... *se stessa*. È pur vero, poi, che discorrere di disposizioni normative oscure parrebbe essere una *contradictio in adiecto*, giusta la premessa secondo cui ciascuna di esse ha (e non può non avere), per sua indeclinabile vocazione, natura significante². Diciamo, dunque, meglio che, in una circostanza siffatta, si è, in realtà, in presenza di una "non disposizione", come tale affetta da radicale nullità-inesistenza, rilevabile dal *quisque de populo* e, a rigore, non

¹ V., ad es., il caso di cui a [Corte cost. n. 110 del 2023](#), ampiamente annotata [ben dieci i commenti *on line*, riportati da questa [Rivista](#) in testa alla decisione; *adde*, tra gli altri, G. DONATO - C. LOTTA, *L'irragionevolezza della «radicale oscurità» legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, 1/2023, 165 ss.; T.F. GIUPPONI, *La legge "chiaramente oscura" e il giudizio di legittimità costituzionale, tra ragionevolezza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 3/2023, 1232 ss., e, nella stessa *Rivista*, E. SANTORELLI, *La Corte e il sindacato sulle leggi radicalmente oscure*. In *obscuris non fit interpretatio*, 1242 ss.; G.U. RESCIGNO, *Se una legge è radicalmente oscura. (Annotazioni suggerite dalla sentenza costituzionale n. 110/2023)*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 880 ss.; sulla oscurità delle leggi, in termini generali, non si può poi non citare almeno M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma - Bari 2010]; nella pronunzia suddetta, disposti "radicalmente oscuri" sono ritenuti affetti dal vizio di ragionevolezza, come tali soggetti ad annullamento (ma v. quanto se ne dice dubito di seguito nel testo). Non è, nondimeno, chiaro cosa s'intenda per "radicale oscurità", posto che quest'ultima o si ha o non si ha; cosa diversa è che alcuni disposti restino – per dir così – in penombra, ovverosia si presentino – piace qui dire – come opachi e sfuggenti.

² Doveroso qui il riferimento alla magistrale lezione teorica di V. CRISAFULLI a riguardo della distinzione tra disposizione e norma [tra gli altri suoi scritti, v., almeno, le ormai classiche voci *Atto normativo* e *Disposizione (e norma)*, per l'*Enc. dir.*, rispettivamente, IV (1959) e XIII (1964), 195 ss.].



soggetta neppure alla sanzione dell'annullamento da parte del giudice³. Enunciati siffatti sono (o, meglio, *dovrebbero* essere), pertanto, da qualificare come *anticostituzionali*, più che *incostituzionali*⁴, con la conseguenza che le questioni di costituzionalità che li hanno ad oggetto dovrebbero considerarsi inammissibili (e, anzi, manifestamente inammissibili), non potendosi degli stessi fare alcun uso, neppure quello del loro assoggettamento al sindacato della Corte che presupporrebbe che un qualche significato al testo di legge o atto equiparato possa comunque darsi e se ne sospetti l'incompatibilità rispetto alla Carta.

Senza, comunque, indugiare ora sulla questione di ordine processuale appena accennata, resta il fatto che i riscontri operati presso alcune sedi istituzionali, tra le quali la Consulta, hanno un indubbio valore, universalmente riconosciuto, e risultano pertanto dotati di una vigorosa capacità di orientamento delle pratiche giuridiche a venire.

Non disponiamo, purtroppo, di dati certi per ciò che attiene ai seguiti fedeli ed a quelli infedeli delle decisioni adottate dal nostro tribunale costituzionale. Anni addietro una sensibile dottrina aveva avviato una indagine a tal fine relativa al versante giurisdizionale⁵ che oggi, grazie agli strumenti offerti dalla scienza e dalla tecnologia, potrebbe essere con profitto portata avanti. Rimane, tuttavia, insoluta pur sempre la questione di fondo relativa a come distinguere in modo certo gli uni seguiti dagli altri. E, ancora una volta, la conclusione non può che essere quella sopra indicata: fare la conta sul campo e vedere quali siano le vie maggiormente battute dalla pratica giuridica; il che poi è lo stesso che verificare se si siano, o no, formate delle autentiche *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – che in sede applicativa si facciano valere in modo stabile ed uniforme nel tempo. Il retto significato di un enunciato è, dunque, a conti fatti, quello che riesce a coagulare attorno a sé i più larghi consensi, affermandosi quindi nella pratica giuridica e mostrandosi dotato dell'attitudine a trasmettersi nel tempo.

³ Così nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 10 s., laddove si distingue il caso delle disposizioni *irrazionali* (oscuri, appunto) da quello delle disposizioni *irragionevoli*, provviste di significato, ancorché inaccettabile, e come tali soggette a possibile annullamento.

⁴ Riprendo qui termini che possono vedersi in A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss. e che appaiono, in buona sostanza, equivalenti a quelli d'invalidità *in senso forte* ovvero *in senso debole*, l'una causa di nullità-inesistenza, l'altra di annullamento, preferiti da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

⁵ Mi riferisco, in particolare, ad alcuni studi di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un'indagine sul "seguito" delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 685 ss., e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 200 ss.; più di recente, v. lo studio in chiave comparata di G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2023.

Quanto, poi, ai seguiti sul versante legislativo e, in generale, per le reazioni parlamentari alle decisioni della Corte, riferimenti, ora, in G. RIZZONI, *Il seguito in Parlamento delle sentenze della Corte costituzionale. Tendenze recenti e prospettive evolutive*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 845 ss.



Due cose vanno, nondimeno, al riguardo tenute presenti.

La prima è che il criterio appena indicato rileva solo per ciò che attiene alla *esistenza* del significato, non già – è appena il caso di precisare – per ciò che concerne la sua *validità*. Le consuetudini culturali di cui si è sopra discusso hanno dunque riguardo unicamente a *ciò che è*, non già a ciò che risulta conforme a parametri positivi verso i quali lo stesso è tenuto a mostrarsi rispettoso.

La seconda è che nulla esclude che anche consuetudini interpretative largamente condivise e profondamente radicate nell'esperienza possano andare incontro ad aggiustamenti e persino a sostanziali correzioni o integrazioni, tali dunque da portare all'affermarsi di nuove consuetudini culturali che man mano si affermino a discapito delle prime.

Per strano che possa per più versi sembrare, è ancora da chiarire come nasca e si trasformi una consuetudine sociale, dunque anche una consuetudine giuridica o – come qui si viene dicendo – una meramente culturale; in ispecie, non è chiaro come si possa stabilire senza soverchie incertezze il momento in cui se ne ha la venuta alla luce ovvero la trasformazione in parola. Le consuetudini, infatti, non vanno, per loro natura, incontro ad una brusca “abrogazione”, quale invece – com'è noto – si ha per gli atti di produzione giuridica. È, nondimeno, provata la consistente e a volte formidabile capacità generativa di sensi degli enunciati, più ancora poi di quelli costituzionali: non a caso, d'altronde, si è fatto notare da un'accreditata dottrina che la Costituzione è costantemente in “moto” o – il che è praticamente lo stesso – è soggetta ad una “evoluzione” che non ha mai fine⁶. Può, nondimeno, accadere (ed è normale che accada) che, mutando gli enunciati, mutino anche i significati, a volte dandosene interpretazioni dal chiaro ed univoco orientamento, altre di contro – ed è il caso qui specificamente interessante – reciprocamente divergenti, che testimoniano dunque il carattere opaco ed appannato delle nuove disposizioni: della qual cosa può, nondimeno, aversi conferma – come si viene dicendo – solo *ex post*, per il modo con cui le disposizioni stesse sono intese e fatte valere nella pratica giuridica. Può, poi, parimenti darsi il caso che, senza alcun mutamento esteriore degli enunciati, ugualmente vengano sol tempo ad affermarsi, dapprima cautamente e man mano viepiù vigorosamente, nuove consuetudini culturali in ordine al loro significato. I mutamenti di contesto sono, infatti, assai spesso non meno influenti di quanto lo siano quelli che si hanno per effetto dell'avvicendamento degli enunciati nel tempo. Gli usi sociali, insomma, si evolvono perlopiù

⁶ Nel primo senso, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1° marzo 2013; nel secondo, 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 *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; dello stesso, v., inoltre, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9/2018, 17 settembre 2018.



in modo graduale; e graduale – come si è venuti dicendo – è la formazione di quelli aventi natura culturale concernenti le ricognizioni semantiche degli enunciati stessi.

2. La varia ampiezza della struttura nomologica degli enunciati costituzionali, perlopiù fatti a maglie larghe (o larghissime), talvolta però anche assai fitte e persino stringenti, e la differenza che si ha tra di essa e l'ambiguità concettuale degli enunciati stessi (gli esempi, particolarmente istruttivi, delle "attività di interesse generale" svolte dai cittadini dietro impulso degli enti territoriali e della "inviolabilità" dei diritti fondamentali)

Si faceva poc'anzi notare che gli enunciati costituzionali risultano dotati di una struttura nomologica dalle maglie più larghe di quelle che si riscontrano nelle leggi comuni e, più ancora, in atti sottostanti di normazione. Ciò che si ha di norma ma non sempre. Il tessuto costituzionale risulta, infatti, composto da maglie a volte larghissime per ampiezza, altre di contro assai minute, persino in una misura maggiore di quella che è dato rinvenire in capo a molte leggi comuni. La stessa Carta ed altre fonti di rango costituzionale, peraltro, prefigurano – come si sa – la esistenza di leggi dalla struttura considerevolmente ampia, quali quelle che contengono i "principi e criteri direttivi" cui il Governo è tenuto a conformarsi in esercizio delle deleghe ricevute dalle Camere *ex art. 76 Cost.*⁷ ovvero le "norme fondamentali delle riforme economico-sociali" della Repubblica, cui vanno soggette le leggi regionali di potestà c.d. piena o esclusiva⁸, o le altre che stabiliscono i "principi fondamentali" relativi a materie di potestà ripartita, in relazione alle quali – si faccia caso – si rinviene una qualifica identica a quella con cui è espresso il "nucleo duro" della Costituzione⁹. E, poiché è sicuro che al sintagma espressivo dei principi vadano assegnati significati assai diversi a seconda della fonte che se ne faccia portatrice, se ne ha la conferma

⁷ L'esperienza, nondimeno, insegna che la formula si è prestata e seguita a prestarsi a molti usi anche reciprocamente in considerevole misura differenziati, peraltro il più delle volte avallati dalla giurisprudenza. La qual cosa parrebbe dare conferma della sua opacità concettuale ovvero della naturale refrattarietà a farsi mettere a fuoco come si conviene. Il vero è, però, che, in ragione del fatto che titolare della funzione legislativa è (e resta) il Parlamento, si è preferito non ingessare in uno *standard* monotipico le potenzialità espressive della formula, offrendole piuttosto l'opportunità di farsi valere secondo occasionali convenienze, malgrado – si faccia caso – ciò possa talvolta comportare il costo di una torsione evidente dell'idea stessa di "delega" che parrebbe evocare uno scenario in cui – ferme appunto alcune indicazioni di larga massima somministrate dal delegante – sia poi il delegato ad operare per conto del primo. La circostanza per cui non di rado la legge di delega chiede che alcuni suoi disposti siano riprodotti negli atti delegati è la conferma che la delega stessa può non essere in tutto e per tutto "piena", quale cioè il nome che porta dà ad intendere.

⁸ Anche tale formula, peraltro, è stata (ed è) intesa in molti modi, al pari di quella cui si fa subito di seguito cenno nel testo.

⁹ Quanto a quest'ultimo, per tutti, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006.



del fatto che la medesima etichetta può riferirsi, come in effetti si riferisce, a “cose” profondamente diverse a seconda dei luoghi positivi in cui se ne abbia riscontro.

L'esempio da ultimo addotto è assai istruttivo ai fini dell'analisi che si va ora facendo. È sufficiente tenere a mente la varietà delle accezioni riferite alla formula che racchiude il limite in parola cui è soggetta l'autonomia regionale per avere subito conferma dell'ampiezza del ventaglio che anche statuizioni di leggi comuni racchiudono in sé e sono idonee a dispiegare per le esigenze della pratica giuridica. È poi noto che le leggi statali di cui ora si discorre sovente racchiudono in sé disposizioni anche assai puntuali, persino di estremo dettaglio, a volte forzatamente qualificate come esse pure espressive di “principi fondamentali” o, come che sia, strumentali per l'affermazione di questi ultimi. Sta di fatto che principi e regole, per ricorrere ad etichette di comune riscontro, seppur connotate da eccessivo schematismo (specie ove si riconosca che il passaggio dall'una all'altra specie di norma non è brusco bensì graduale), si rinvengono in seno alla Carta come in leggi comuni; ed è chiaro che, per effetto del diverso linguaggio di cui queste o quella si avvalgono, varia l'intensità prescrittiva dell'enunciato che se ne fa portatore¹⁰.

Disposti della Carta puntuali si rinvengono, in ispecie, nella parte organizzativa¹¹; non fanno tuttavia difetto anche nella parte sostantiva¹² e persino tra i principi fondamentali¹³. Di gran lunga prevalenti sono, tuttavia, gli enunciati che, con diversa gradazione, si discostano dal modello della “regola” puntuale dotandosi di una struttura idonea a dischiudersi a ventaglio ed a disporsi ad esiti interpretativi anche marcatamente differenziati.

Occorre, al riguardo, prestare attenzione a tenere distinto il caso dell'ambiguità concettuale degli enunciati da quello dell'ampiezza dei campi materiali sui quali gli stessi sono in grado di distendersi. L'una cosa non sempre coincide con l'altra o in essa interamente si risolve.

¹⁰ Del linguaggio costituzionale si è, ancora di recente, discusso in molti luoghi: tra gli altri, v. B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss. V., poi, i contributi al convegno AIC svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023. Nella dottrina anteriore, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 103 ss., e AA.Vv., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016.

¹¹ ... tra i quali sono da annoverare quelli che indicano il numero dei membri di un organo, la sua durata in carica, ecc.

¹² Un esempio per tutti: il termine previsto per la convalida da parte del giudice dei provvedimenti limitativi della libertà personale.

¹³ Part., il disposto che dà la descrizione della bandiera, sul quale v. M. LUCIANI, *Costituzione italiana: art. 12*, Carocci, Roma 2028, e, ora, M. ROSSETTI, *La bandiera*, in AA.Vv., *La Costituzione vivente*, a cura di L. Delli Priscoli, Giuffrè Francis Levebvre, Milano 2023, 335 ss.



Un esempio particolarmente istruttivo al riguardo è offerto dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost. Per un verso, infatti, rimane nel vago il concetto di "attività di interesse generale" suscettibili di essere svolte per autonoma iniziativa dei cittadini, sia *uti singuli* che associati, dietro impulso degli enti territoriali (Stato compreso); e vago parimenti è il significato concreto del ruolo da questi allo scopo esercitato ("favoriscono"). Per un altro verso, la base su cui il coinvolgimento dei privati ha luogo è maggiormente nitida, pur potendo essa pure presentarsi in varie forme, essendo data dal principio di sussidiarietà, accreditato da plurime esperienze che ne testimoniano i modi di essere e di operare.

Un altro esempio ancora può vedersi nell'area tematica coperta dai "diritti inviolabili", di cui si fa parola nell'art. 2 della Carta, che appare essere particolarmente estesa, tant'è che si è fatto (e si seguita senza sosta a fare) luogo alla "invenzione" a getto continuo di nuovi diritti fondamentali. Il concetto in sé di "inviolabilità" non si presenta, tuttavia, così ambiguo come ad una prima impressione parrebbe: i diritti in parola, infatti, non possono non essere "riconosciuti" (nell'accezione propria del termine, evocativa di ciò che preesiste alla sua positivizzazione) dall'ordinamento e vanno sotto ogni forma ed in ogni caso salvaguardati, fermo restando che le insidie agli stessi possono essere le più varie: si abbiano, dunque, da parte di questo o quel potere, pubblico o privato che sia e che si manifesti in modo palese ovvero occulto; e parimenti varie sono, dunque, le forme della tutela.

Maggiori difficoltà pone, invece, l'idea della "fondamentalità" dei diritti¹⁴: un concetto, questo, che non va confuso con il primo. Come si è, infatti, tentato di mostrare altrove, i diritti cui la Carta intende dar voce sono "inviolabili" *proprio perché* "fondamentali". Il nodo, dunque, si avvolge attorno a questa nozione. Se però si conviene che i diritti in discorso sono bisogni elementari della persona umana senza il cui appagamento l'esistenza non sarebbe – come vuole la Carta – "libera e dignitosa"¹⁵, se ne ha che il modo più sicuro (o – se si preferisce – meno insicuro) per far luogo alla loro identificazione – come si è tentato di argomentare in altri luoghi di riflessione scientifica – è quello di far capo a *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale; e le consuetudini in genere, culturali o giuridiche che siano, rimandano a pratiche sociali costanti e ripetute nel tempo il cui riscontro dà luogo a minori incertezze di quelle che sovente si hanno laddove si tratti di assegnare il retto significato ad un enunciato normativo. Anche al piano costituzionale, peraltro, un sano diritto non scritto si mostra a volte foriero di maggiori certezze di diritto e per i diritti di un diritto mal scritto; e purtroppo anche la progettazione

¹⁴ Se ne tratta nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in [Diritti Comparati](#), 3/2023, 17 novembre 2023, 135 ss., da cui possono, volendo, aversi maggiori ragguagli.

¹⁵ È appena il caso qui di rilevare di passaggio che la formula presente nell'art. 36 della Carta ha un valore che si porta oltre l'ambito, pure di primario rilievo, del lavoro e della sua retribuzione, riguardando un modo complessivo di essere e di operare della persona umana, in ciascuna delle sue vicende di vita ed in tutte assieme.



costituzionale in cantiere – mi riferisco ora, in ispecie, al disegno di legge di revisione volto alla introduzione del c.d. premierato elettivo – ne dà eloquente testimonianza¹⁶.

La “fondamentalità”, poi, risolvendosi nella “inviolabilità”, è gravida di implicazioni a plurimi piani di esperienza, esprimendosi in forme parimenti varie e di primario rilievo. Così, ad es., al piano delle dinamiche della normazione, le leggi che danno il “riconoscimento” di nuovi diritti fondamentali, una volta che ne sia acclarata la natura (appunto, a mezzo delle consuetudini culturali in parola), resistono in via di principio a tentativi di modifica e più ancora di rimozione “secca” che ridondino in una incisione dei diritti stessi e persino nel loro sostanziale svuotamento. Si è detto: *in via di principio*; è pur vero, infatti, che possono darsi congiunture tali da rendere inevitabile quest’esito, quali quelle che risultano connotate da emergenze imprevedibili e devastanti, come potrebbe un domani aversi a causa di una inaspettata aggressione militare o come si è di recente avuto per effetto della pandemia da covid-19 che ha obbligato il personale sanitario a far luogo a scelte tragiche, specie per l’aspetto della precedenza da accordare alle persone malate nei reparti di terapia intensiva, a motivo della limitatezza dei posti disponibili. Dovendosi, ad ogni buon conto, distinguere le situazioni segnate da un fisiologico svolgimento delle dinamiche ordinarie da quelle che si hanno in condizioni eccezionali, se ne ha che s’inverte naturalmente la presunzione che sta a base delle vicende della normazione nel tempo, le modifiche *in peius* delle discipline che danno il riconoscimento dei diritti, vecchi o nuovi che siano, assumendosi nel tempo ordinario come viziate, salva naturalmente la prova del contrario; e questa – come si è venuti dicendo – può aversi solo previa dimostrazione della eccezionalità del contesto in cui è confezionata la disciplina sopravveniente. Insomma, è pur sempre per il tramite del canone della ragionevolezza, nella sua forma tipica e qualificante della congruità della norma al “fatto” e della sua rispondenza ai valori nel loro fare “sistema”, che si può (e deve) dare la qualificazione della validità ovvero della invalidità delle novità legislative venute alla luce¹⁷.

3. Gli opposti si equivalgono? A proposito dei parametri costituzionali ovvi e, proprio per ciò, incomprensibili e quelli chiari, fatti tuttavia oggetto di vistose torsioni nell’esperienza, in forza di consuetudini culturali di riconoscimento del loro (erroneo) significato, idonee a resistere anche per lungo tempo, fino a quando non vengano a formazione altre consuetudini di segno opposto ovvero modifiche di vario segno del dettato della Carta (l’esempio della controfirma ministeriale sugli atti sostanziali presidenziali)

¹⁶ Un’autentica alluvione di critiche di vario segno ha investito il disegno in parola alle quali, nondimeno, non può qui riservarsi alcun cenno.

¹⁷ Sul sindacato secondo ragionevolezza, le sue espressioni, gli effetti v., volendo, quanto se ne dice in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 143 ss. e 154 ss. In termini generali, di recente, v. R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.



Si è veduto che non pochi parametri costituzionali esibiscono una vistosa opacità concettuale, specie laddove ospitano concetti-valvola, come tali provvisti di straordinaria duttilità strutturale, facendosi in essi utilizzo di termini ambigui e talora persino oscuri: parametri, insomma, sfuggenti, refrattari ad ogni definizione sicura ed incontrovertibile.

Al corno opposto si dispongono, poi, gli enunciati che parrebbero essere connotati da ovvietà concettuale e che, però, *proprio per ciò*, a prima lettura risultano essi pure... *incomprensibili*, quanto meno a tener fermo l'assunto per cui, se un disposto positivo si ha, è perché deve servire a qualcosa e, di conseguenza, non può farsene a meno. Così, però, non è (o, meglio, non *sembra* essere), ad es., con riguardo all'art. 117, comma 1, per la parte in cui la Costituzione prescrive il rispetto di... *se stessa*, oltre che degli obblighi "comunitari" (*rectius*, ormai "eurounitari"¹⁸), di già provvisti secondo l'opinione corrente di "copertura" da parte dell'art. 11¹⁹, e di quelli internazionali, laddove discendenti da norme generalmente riconosciute²⁰ ovvero dai trattati di cui si fa parola nell'art. 10, per le une come per gli altri il riferimento risultando chiaramente ridondante. La vera novità – com'è stato prontamente segnalato, con una certa preoccupazione, da un'accreditata dottrina²¹ – si ha, com'è noto, in relazione alle norme internazionali pattizie, giusta la tesi comunemente accolta in dottrina e giurisprudenza secondo cui le stesse non disporrebbero della "copertura" in via mediata loro offerta dal primo comma dell'art. 10.

Il punto è assai interessante ai fini dell'analisi che si va ora facendo.

La tesi della inderogabilità dei trattati da parte delle leggi comuni è stata – come si sa – patrocinata da una dottrina assai autorevole ma – come pure è noto – non è riuscita a farsi

¹⁸ Mi piace qui fare, ancora una volta, utilizzo di una etichetta che ho coniato ormai molti anni addietro e che vedo anche da altri ripresa.

¹⁹ ... nei cui riguardi, dunque, la novità iscritta con la revisione del 2001 nulla aggiunge, fermo restando che la "copertura" di cui all'art. 11 resta, ad ogni buon conto, necessaria in relazione ad eventuali leggi costituzionali che si dimostrino essere incompatibili con le norme dell'Unione, quanto meno a stare alla tesi corrente secondo cui i principi di base dell'ordinamento resistono a qualsivoglia innovazione *in peius* apportata da parte di atti espressivi di potere costituito, seppur appunto di forma costituzionale: un esito teorico, questo, che nondimeno richiede, a mia opinione, non poche precisazioni, di cui nondimeno è altra la sede, specie ove si convenga a riguardo del fatto che un atto di normazione – quale che ne sia la forma e il grado – può, allo stesso tempo, mostrarsi incompatibile con un principio fondamentale e servente nei riguardi di un altro o di altri, con la conseguenza che la questione non può che essere risolta in applicazione dello schema usuale del "bilanciamento", in ragione delle complessive esigenze del caso riconsiderate alla luce dei valori e delle loro mobili combinazioni, in vista del conseguimento dell'obiettivo della massima affermazione possibile della Costituzione come "sistema".

²⁰ Anche per quest'aspetto possono valere le considerazioni appena svolte in merito al richiamo agli impegni sovranazionali, il disposto di cui all'art. 117 avendo una funzione di mera esplicitazione nei riguardi del disposto iscritto nel primo comma dell'art. 10, nondimeno necessario in relazione ad eventuali leggi costituzionali non rispettose delle norme internazionali non scritte; e qui pure, dunque, valgono le succinte notazioni svolte nella nota precedente.

²¹ M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.



largo e ad imporsi nella pratica giuridica, salvo isolati dissensi²². Con il linguaggio a me familiare, può dirsi che ad una pur iniziale incertezza in ordine al retto significato dell'enunciato costituzionale sopra richiamato è presto subentrata un'autentica *consuetudine culturale* di riconoscimento della sua "vera" natura che ha portato a circoscrivere i confini dell'area materiale dallo stesso riguardata, del suo raggio d'azione, insomma, alle sole norme non pattizie, fatte salve le deroghe al riguardo dalla stessa Carta stabilite²³. L'opacità concettuale del disposto si è, pertanto, prontamente dissolta e lo stesso è apparso alla comunità degli studiosi ed operatori di una cristallina chiarezza. Decisiva si è, dunque, dimostrata la lettera dell'enunciato²⁴ al fine del conseguimento dell'esito ricostruttivo patrocinato dalla quasi totalità degli interpreti. La stessa, tuttavia, ove non si fosse attorno ad essa coagulato un larghissimo consenso, non sarebbe bastata allo scopo. Si danno, infatti, altri enunciati che, *secundum verba*, parrebbero non lasciare alcun dubbio in merito al loro significato che tuttavia sono, ancora al presente, fatti oggetto di una ricognizione semantica chiaramente debordante dagli argini linguistici in essi segnati, seguitando nondimeno a farsi valere nel modo forzoso con cui sono comunemente intesi. Fintantoché, insomma, resistono antiche e consolidate consuetudini culturali, seppur – come si viene dicendo – obiettivamente distorsive del dettato costituzionale, non v'è rimedio che valga.

Si consideri, ad es., la vicenda della controfirma ministeriale.

Vi ho fatto, ancora di recente, cenno in altra occasione e non indugiero pertanto ora nel descriverla minutamente²⁵. Mi limito solo a rammentare che la sostituzione, a mia opinione inopinata, del termine "proponenti" con "competenti" non avrebbe potuto affermarsi qualora fosse rimasta priva dei più diffusi e larghi consensi, ovverosia del sostegno venutole da una consuetudine culturale in tal senso avvalorata da una pratica giuridica uniforme e costante nel tempo. Non è perciò per mero accidente che, mostrandosi ad oggi incrollabile l'*usus* in parola, l'unico modo per rimuoverlo sia ritenuto da chi ne ha appunto patrocinato il superamento (il sen. Pera che ha a tal fine presentato un emendamento al disegno di legge Meloni sul premierato, fatto quindi proprio dalla Prima Commissione del Senato) quello di

²² È infatti rimasta recessiva – com'è noto – la tesi, finemente argomentata da R. Quadri, che portava all'esito della "copertura" costituzionale altresì a beneficio delle norme internazionali aventi natura pattizia, tesi che, nondimeno, al di là del contrario dato testuale risultante dal primo comma dell'art. 10, risultava contraddetta altresì dal comma immediatamente seguente per la parte in cui riserva la "copertura" stessa unicamente ai trattati concernenti la condizione giuridica dello straniero in Italia.

²³ Così, in aggiunta alla previsione di cui all'art. 10, comma 2, per ciò che concerne gli accordi con la Chiesa e, per una dottrina che ha tuttavia riscosso poco credito, anche le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica.

²⁴ ... unitamente a quella del comma immediatamente seguente che, giusta la tesi di R. Quadri, risulterebbe – come si è veduto – ridondante.

²⁵ V., dunque, il mio [La controfirma ministeriale e il gioco dell'oca, ovverosia quando si modifica la Costituzione per tornare... all'originario dettato \(nota minima su una vicenda anomala\)](#), in questa [Rivista, 2024/I](#), 446 ss.



riscrivere di sana pianta l'enunciato, sgravando della controfirma alcuni atti sostanzialmente presidenziali, nominativamente indicati²⁶. Si tratta di una novità – si è detto altrove²⁷ – assai opportuna sol che si ponga mente ai rischi ai quali va incontro l'attività di garanzia esercitata dal Capo dello Stato per il fatto che gli atti che ne sono espressione richiedono al fine di venire alla luce la “cooperazione” di uno dei massimi decisori politici, il Governo. È vero – si è altresì rilevato – che anche quest'ultimo potrebbe subire indebite interferenze nell'esercizio dell'attività sua propria da parte del garante, così dunque innaturalmente commutatosi a sua volta in decisore politico (anzi, nel massimo decisore politico). L'ordinamento, ad ogni buon conto, non poteva (e non può) fare a meno della firma del Presidente della Repubblica sugli atti del Governo, proprio perché gravidi di valenza politica e, laddove non soggetti al previo controllo dello stesso Presidente, suscettibili di dar vita a guasti incalcolabili, forse persino irrimediabili. D'altronde, l'ordinamento stesso non resta comunque sguarnito di garanzie avverso gli eventuali illeciti presidenziali, ora azionandosi il rimedio *soft* del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato ed ora ricorrendosi, in casi estremi, allo strumento *hard* della messa in stato di accusa.

È, poi, chiaro che le consuetudini culturali maggiormente salde ed idonee a dissolvere la coltre di nebbia che avvolge taluni concetti costituzionali sono non già quelle che rimangono allo stato fluido in seno al corpo sociale, pur emergendo alla bisogna e riuscendo comunque a lasciare un segno nelle pratiche di diritto, bensì quelle che si radicano a fondo in queste ultime, rendendosi quindi palesi a mezzo dell'esercizio delle pubbliche funzioni. L'ordinamento dispone, infatti, di una risorsa preziosa cui attingere allo scopo; ed è data dal c.d. “diritto vivente”, in ciascuna delle sue forme espressive e, più ancora, in tutte assieme, per i modi con cui variamente si saldano e danno mutuo alimento e sostegno.

È per questa via, dunque, che ottiene la sua più persuasiva risposta il micidiale quesito teorico relativo a chi e come far luogo senza soverchie incertezze interpretative alla messa a punto dei concetti che, a prima vista, appaiono essere appannati e sfuggenti o, addirittura, oscuri.

Non si nega, ovviamente, che possano darsi letture devianti dal solco tracciato dal diritto vivente. L'ordinamento, per l'assetto che ha inteso dare a se stesso, offre, ad es., l'opportunità al singolo operatore di giustizia di discostarsi da interpretazioni anche assai risalenti ed accreditate, come pure – si è appena veduto dalla vicenda relativa alla controfirma sopra accennata – dà modo al legislatore di introdurre novità normative dirompenti rispetto a pratiche giuridiche non più controverse, seppur inizialmente fatte oggetto di divergenti orientamenti, e via dicendo. Non v'è dubbio, tuttavia, che chi si dispone

²⁶ Non si fa, tuttavia, menzione, nella versione 3 dell'emendamento suddetto dello scioglimento anticipato delle Camere, che invece figura (o, meglio, dobbiamo ormai dire: figurava) nella versione 2, forse per il fatto che ad oggi un'accreditata dottrina lo annovera tra gli atti c.d. *duumvirali*.

²⁷ Ancora nel mio scritto da ultimo richiamato.



lungo una via dapprima frequentemente battuta si muove sul piano, senza particolare fatica, a differenza di chi invece intende opporsi a consuetudini interpretative largamente diffuse, obbligato dunque a percorrere una via in salita. La partita – com'è chiaro – si gioca tutta sul terreno della motivazione delle scelte compiute e degli atti che le racchiudono. Occorre, nondimeno, avere la consapevolezza che, senza l'accettazione diffusa (e, in un ordinamento autenticamente democratico, convinta) da parte dei destinatari degli atti espressivi di pubblico potere e, in generale, della comunità che ne viene a conoscenza, assai elevato è il rischio che gli atti stessi restino privi di effetto ovvero siano fatti oggetto di torsioni interpretative in sede di applicazione: il rischio, insomma, è che non si formino nuove consuetudini culturali di riconoscimento della loro validità sostanziale, mettendosi di conseguenza in moto meccanismi di resistenza pur dotati di varia capacità oppositiva.

4. La scissione tra gli esiti consegnati dalla teoria delle fonti e quelli raggiungibili al piano della teoria della interpretazione, e il ruolo ancora una volta particolarmente rilevante giocato da radicate ricognizioni semantiche operate dall'amministrazione

Tutte le pubbliche funzioni possono (e *devono*), dunque, produrre uno sforzo congiunto al fine di fare chiarezza attorno agli enunciati costituzionali concettualmente appannati. D'altronde, è un dato di tutta evidenza quello per cui laddove anche una ruota piccola di un ingranaggio complesso dovesse arrestarsi sarebbe fatale l'esito dell'inceppamento dello stesso. In particolare, una disciplina di matrice legislativa resta priva di senso alcuno laddove non seguita e portata opportunamente ad effetto da un diritto vivente sia amministrativo che giurisprudenziale.

Un'avvertita dottrina, già quasi un secolo addietro, ha prospettato una ricostruzione degli atti espressivi delle pubbliche funzioni dirompente nei riguardi della piramide kelseniana, seppur dichiaratamente dalla stessa ispirata²⁸. Di lì in avanti, dunque, si è reso necessario tenere distinta la ricostruzione degli atti *al piano della teoria delle fonti*, laddove per vero la dottrina kelseniana mantiene ancora al presente un fascino innegabile, testimoniato appunto dalle larghe applicazioni ad oggi fatte del principio della gerarchia in sede di composizione delle fonti in sistema²⁹, dalla ricostruzione degli atti stessi *al piano della teoria della*

²⁸ Il riferimento è, chiaramente, ad A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke Verlag, Leipzig - Wien 1929, che non ha taciuto il suo debito di gratitudine nei riguardi dell'insegnamento del Maestro praghese.

²⁹ ... seppur affiancato – secondo la più raffinata ricostruzione teorica – dal canone della competenza che, nondimeno, come si è fatto notare dalla più avvertita dottrina, si alimenta parassitariamente dalla gerarchia, di cui costituisce, a mia opinione al pari dei restanti criteri ordinatori (e, segnatamente, di quello cronologico), una peculiare forma espressiva (su tutto ciò, ragguagli, volendo, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, cit., spec. 54 ss.).



interpretazione, al quale ha specificamente attecchito lo schema finemente messo a punto dal Maestro danese della *durchgehende Korrelation* tra gli atti stessi (*rectius*, tra le loro norme).

In più luoghi di riflessione scientifica ho manifestato, pur con personali svolgimenti teorici, adesione a quest'ultimo modo di vedere le cose. È sufficiente, d'altronde, tenere a mente un dato elementare, di palmare evidenza; ed è che, anche a tener ferma l'immagine piramidale consegnataci dalla teoria delle fonti, certo si è che non di rado atti di rango inferiore rispetto ad altri si dimostrano in grado di esercitare una sostanziale influenza al fine della messa a punto semantica di questi ultimi, in applicazione dunque della formidabile intuizione russiana sopra richiamata. È chiaro che varia la "misura" – se così può dirsi – di siffatta incidenza; e nessuno schema di formale fattura può darne in modo congruo la rappresentazione. Tutto dipende sempre da una pluralità di fattori e dalla varietà dei materiali fattuali e normativi evocati in campo dal caso, oltre che ovviamente dalle capacità dell'operatore di volta in volta chiamato a definire il caso stesso. Ed è parimenti chiaro che quanto più concettualmente opaco dovesse apparire il parametro, tanto più significativo potrebbe essere (ed effettivamente è) il ruolo giocato dall'atto o dagli atti che ad esso si raccordano. Usualmente si qualifica come servente il ruolo stesso laddove si concreti in un'opera di specificazione-attuazione (in senso lato) offerta al parametro in parola³⁰; nei fatti, a volte è esattamente il contrario, assistendosi ad un'autentica dominanza, seppur meramente culturale e non positiva, dell'atto inferiore nei riguardi del superiore. Torno, però, qui a dire: a che serve discorrere di una gerarchia delle fonti quando la stessa è addirittura ribaltata su se stessa, nel momento in cui, grazie alla mediazione offerta dalla interpretazione, si pone mano alla ricostruzione delle norme ed al modo con cui, in relazione ad una vicenda data, esse fanno "sistema" e sono portate ad effetto?

Non poche volte, d'altronde, si è in presenza di leggi che restano in vigore per un considerevole lasso di tempo, per quanto per vero ormai la tendenza sia nel verso del loro frequente rinnovo, senza che, ad ogni buon conto, costituiscano oggetto di controversie in ordine alla loro validità o – ciò che è qui di specifico interesse – al loro significato. Leggi che, raccordandosi a questo o quell'enunciato costituzionale, concorrono per la loro parte alla sua messa a punto semantica, tant'è che non sembri un azzardo discorrere di una loro funzione d'interpretazione "quasi autentica" dell'enunciato stesso che, dunque, nei fatti cessa di porsi davvero quale "parametro" della validità e della stessa interpretazione delle leggi in parola.

L'esperienza è, nondimeno, al suo interno assai più varia e composita di come risulti dalla schematica raffigurazione appena datane, vuoi per il fatto che sovente i materiali normativi evocati in campo sono plurimi e di plurima estrazione, aggiungendosi sempre più di

³⁰ Sul bisogno di fare chiarezza attorno al concetto di "attuazione" costituzionale, v., volendo, quanto se ne dice nel mio *Attuazione e mutamento costituzionale: concetti ad oggi bisognosi di chiarificazione*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 3161 ss.



frequente a quelli di produzione interna altri aventi origine esterna, specie con riguardo alle vicende concernenti i diritti fondamentali e alle forme della loro tutela, e vuoi ancora per il rilievo posseduto da fattori di contesto, tra i quali quelli legati alle emergenze per un verso, allo sviluppo scientifico e tecnologico per un altro.

Non si trascuri, poi, il peso, per indeterminabile che oggettivamente sia, esercitato da pratiche amministrative che hanno sovente la loro fonte ispiratrice (a volte, persino determinante) in atti il più delle volte invisibili al di fuori delle sedi in cui le pratiche stesse prendono forma e che nondimeno risultano dotati di una formidabile capacità d'incidenza per ciò che attiene alla connotazione complessiva delle pratiche in parola. Mi riferisco – com'è chiaro – soprattutto alle circolari, specie a quelle a finalità interpretativa delle leggi, che con la loro stessa esistenza testimoniano in modo eloquente come la *forza normativa sostanzialmente intesa* possa addirittura crescere man mano che si scende lungo la scala gerarchica, fino ad incontrare gli atti tradizionalmente qualificati come “interni” e che però sono talora idonei a produrre effetti esterni all'amministrazione, e che si dimostri varia a seconda dei contesti in cui si abbia la messa a punto dei significati degli enunciati, diversa appunto essendone la forza in seno all'amministrazione ovvero fuori di essa.

5. *Il diritto vivente di matrice giurisprudenziale, le tecniche decisorie di cui si avvale per affermarsi, gli effetti*

Un considerevole rilievo, nondimeno, riveste il diritto vivente di matrice giurisprudenziale, specificamente apprezzabile sul terreno sul quale maturano le esperienze concernenti i diritti fondamentali³¹, ferma ad ogni buon conto restando l'avvertenza dietro fatta secondo cui il diritto vivente perlopiù si afferma – come dire? – in modo silente, non già laddove si abbiano controversie ora più ed ora meno accese portate alla cognizione dei giudici.

Sul diritto vivente in parola, nondimeno, vanno fatte alcune avvertenze³².

La prima è che esso andrebbe declinato al plurale, dovendosi infatti distinguere quello che prende forma presso le aule in cui si amministra la giustizia comune dall'altro cui dà vita la giurisprudenza costituzionale e così pure per altre specie d'indirizzi forgiati dai giudici, quali ad es. quelli che si hanno per mano dell'una ovvero dell'altra Corte europea. Allo stesso tempo, però, in cui gli indirizzi in parola possono (e devono) essere tenuti distinti, va

³¹ Sul credito datovi nella più recente giurisprudenza costituzionale, indicazioni in B. SBORO, *Il «diritto vivente» nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 381 ss. Lo studio più organico della nostra dottrina resta, ad ogni buon conto, quello di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994.

³² Riprendo ora, con ulteriori svolgimenti, gli esiti di uno studio che vado facendo da tempo, i cui primi esiti possono vedersi nel mio *Note introduttive ad uno studio dei rapporti tra Costituzione vigente e Costituzione vivente*, in Dirittifondamentali.it, 1/2024, 19 aprile 2024, 385 ss.



riconosciuto che tra gli stessi si svolge un flusso ininterrotto e viepiù copioso di mutua alimentazione che ha, appunto, sul terreno su cui maturano le vicende dei diritti fondamentali la sua più saliente, seppur non sempre nitidamente visibile, espressione. E, invero, va tenuto presente che il c.d. “dialogo” tra le Corti – etichetta che tengo qui, ancora una volta, a precisare essere impropria, seppur ormai largamente diffusa e diciamo pure sorretta essa pure da una *consuetudine culturale* di riconoscimento della sua validità – conosce molte forme, alcune aventi rilievo istituzionale³³, altre invece rimaste allo stato fluido, come tali non sempre di agevole percezione, quali appunto si hanno laddove l’una Corte mostri di risentire dell’influenza venuta da parte di altre Corti.

Se ne ha che, pur laddove gli ordinamenti siano visti come reciprocamente separati, l’integrazione culturale è un dato oggettivo innegabile, pur presentandosi in forme o gradi diversi per intensità e complessiva consistenza.

La seconda avvertenza è che non può trascurarsi il ruolo esercitato al fine della determinazione della “misura” dell’incidenza culturale dell’uno sull’altro indirizzato dalle tecniche decisorie messe in atto dagli operatori di giustizia. Anche da esse, dunque, dipende l’efficacia – se così può dirsi – dell’attività volta a porre rimedio alla opacità del dettato costituzionale. Ogni medaglia ha, tuttavia, come si sa, il suo rovescio; e l’efficacia stessa può, non di rado, richiedere il pagamento del costo di una significativa, ancorché non sempre appariscente, torsione dei ruoli istituzionali e, dunque, della innaturale conversione dei garanti in decisori politici.

Se n’è detto molte volte e non giova ora insistere ulteriormente a rimarcare il punto. È doveroso, nondimeno, riconoscere che la radice da cui siffatte pratiche di giustizia non rispettose del modello costituzionale si alimentano è, appunto, data – come si viene dicendo – da indicazioni concettualmente incerte e talora, per vero, sfuggenti diffuse nella Carta. La qual cosa – piaccia o no – si traduce nei fatti in una sorta di *decostituzionalizzazione della Costituzione*, ovvero sia nello scadimento della *vis* normativa della legge fondamentale della Repubblica, a tutto vantaggio – come si è veduto e va ora ulteriormente ribadito – soprattutto delle regolarità della politica, specie le più vigorose e pressanti.

Tra le tecniche decisorie cui va assegnato uno speciale rilievo occorre qui fare richiamo soprattutto delle seguenti che, a motivo della loro notorietà, mi limito ora solo ad elencare senza aggiungere alcun approfondimento argomentativo per ciò che attiene alla loro operatività. La prima è data dalla interpretazione conforme a Costituzione, com’è ormai usualmente chiamata³⁴, che, allo stesso tempo in cui si appunta sui testi di legge

³³ Così, in ispecie, per ciò che attiene al “dialogo” conseguente all’attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione e, per gli ordinamenti che lo conoscono, all’altro strumento del parere richiesto alla Corte di Strasburgo in applicazione del prot. 16 allegato alla CEDU, da noi purtroppo non recepito.

³⁴ Nella ormai incontenibile lett. sul tema, v., almeno, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione*



consentendone la messa a punto semantica, si traduce in indicazioni preziose altresì a riguardo della stessa interpretazione costituzionale e che non poche volte, ribaltandosi su se stessa, si traduce, a conti fatti, in un adattamento interpretativo della Costituzione alla legge.

La seconda si ha laddove l'operatore di giustizia comune reputi di non poter far luogo all'interpretazione in parola e porti una questione di costituzionalità alla Consulta. Per quanto quest'ultima tenga – come si sa – a distinguere il caso delle questioni di validità da quello delle questioni d'interpretazione, non può negarsi come per effetto della sua chiamata in campo il giudice delle leggi abbia modo di precisare il “vero” significato sia dei disposti di legge che (e soprattutto) dei disposti costituzionali. Ad ogni buon conto, il ruolo del giudice comune – com'è stato acclarato da una nutrita schiera di studiosi, seppur con varietà di toni e di argomenti – non è affatto di secondario rilievo, vuoi a motivo del fatto che la questione di costituzionalità è impostata dallo stesso giudice, anche se non di rado rimessa a punto dalla Corte, e vuoi altresì perché compete pur sempre alle sedi in cui si amministra la giustizia comune di portare ad effetto le decisioni della Corte stessa; e l'attività di “esecuzione” (in senso lato) non si traduce molte volte in una meccanica applicazione del verdetto da quest'ultima emesso, che piuttosto talora richiede di essere specificato ed attuato a mezzo di operazioni imbevute di un tasso significativo di discrezionale apprezzamento³⁵.

Le esperienze della giustizia costituzionale sono particolarmente istruttive a riguardo dei modi con cui lungo il canale che collega i giudici comuni alla Corte vengono messi a punto i concetti costituzionali: a volte (forse, per vero, il più delle volte), riuscendosi a fare chiarezza, altre volte invece assistendosi a punti di vista che rimangono, anche in misura significativa, divergenti. Nel “gioco” che incessantemente si svolge tra giudici e Corte non è appropriato discorrere di un ruolo dominante di questa su quelli, o viceversa, ciascuna sede istituzionale

dei poteri nella riflessione costituzionalistica, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”*, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in Rivista del Gruppo di Pisa, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss., e, per i più salienti svolgimenti della giurisprudenza costituzionale, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., 247 ss.

³⁵ Sui limiti ai quali va in generale incontro l'attività d'interpretazione dei giudici e il mutuo condizionamento che se ne ha per effetto del “dialogo” tra le Corti, di recente, v. G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 459 ss.



avendo, secondo modello, una parte sua propria da rappresentare sulla scena; e sono parti – com'è chiaro – reciprocamente complementari, bisognose di prendere forma al meglio a pena dell'insuccesso della recita. Non si discute, ad ogni buon conto, la forza persuasiva che è propria delle ricognizioni semantiche racchiuse nei verdetti della Consulta, conseguente all'autorevolezza dell'organo.

Si tenga al riguardo conto della circostanza per cui la stessa Corte delle leggi è chiamata a far luogo ad *interpretazioni della Costituzione costituzionalmente orientate*, dovendosi intendere il significato degli enunciati sia della prima che della seconda parte alla luce di quelli espressivi dei principi fondamentali come pure di questi ultimi nel loro mutuo, incessante alimento semantico e tutti assieme – come si è poc'anzi rammentato – alla luce delle indicazioni venute da fonti sottostanti (a partire, ovviamente, dalle leggi), oltre che in forza di suggestioni venute dal contesto in cui le pratiche interpretative s'inscrivono e sono portate ad effetto.

È pur vero, poi, che – come qui pure si è segnalato – sono proprio gli enunciati che danno voce ai valori fondamentali dell'ordinamento i più afflitti da talune vistose incertezze semantiche.

Ciò non toglie, ad ogni buon conto, la chiarezza del vincolo di scopo dagli stessi discendente: innanzi tutto, dai principi fondamentali considerati nel loro insieme, nel loro fare "sistema" appunto più ancora che *uti singuli*, nel segno appunto della tendenziale, ottimale salvaguardia della persona umana, e, quindi, dei singoli disposti.

Ad es., non v'è dubbio che gli enunciati del Titolo V debbano essere letti alla luce del *Grundwert* della promozione dell'autonomia – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto –, pur sempre ovviamente nella cornice della unità-indivisibilità dell'ordinamento; e ciò, proprio per il fatto che, promuovendosi l'autonomia, si offrono opportunità maggiori a taluni bisogni largamente diffusi nel corpo sociale di poter essere salvaguardati al meglio, in ragione dei peculiari contesti territoriali in cui vengono ad emersione e reclamano tutela³⁶.

Nel dubbio occorre, dunque, accordare la preferenza alle ricognizioni semantiche che portano ad esiti ricostruttivi che si dimostrino essere in minor misura penalizzanti per l'autonomia stessa e, anzi, idonei a darle modo di esprimersi e farsi valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive date.

³⁶ Gli enti territoriali, peraltro, hanno dato prova di poter concorrere all'appagamento dei diritti (v., ad es., la corposa ricerca curata da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014), anche se per vero molto di più e di meglio avrebbe potuto farsi qualora, per un verso, si fossero portati maggiormente a frutto gli strumenti di cui gli enti stessi dispongono e, per un altro verso, lo Stato e, nei rapporti con gli enti minori, la stessa Regione avessero concesso spazi ancora più estesi entro i quali far valere l'autonomia, in scrupolosa applicazione del principio di sussidiarietà.



6. *Il rilievo dei materiali offerti dall'esperienza, nelle sue varie espressioni, e la loro capacità di riconformazione semantica degli enunciati che vi fanno esplicito o implicito richiamo, per il tramite di consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale (con particolare riguardo ai fatti di sentimento ed al loro rilievo costituzionale, specie al servizio della dignità della persona umana)*

L'esempio da ultimo addotto è particolarmente istruttivo a riguardo dell'incidenza, per vero assai marcata, esercitata dal "fatto" (nella sua più larga accezione) in ordine alla messa a punto dei parametri costituzionali, specie proprio di quelli maggiormente opachi e sfuggenti.

Non intendo, ovviamente, qui ripercorrere l'intera vicenda dell'autonomia degli enti territoriali in genere e delle Regioni in ispecie, sulla quale ho peraltro avuto modo, ancora di recente, di soffermarmi in altra sede³⁷. Mi limito solo a rammentare che il vero punto di riferimento al fine della determinazione della linea di confine, per sua natura mobile ed essa pure... *evanescente*, tra le competenze di Stato e Regione è data dalla *natura degli interessi*, per com'è qualificata in prima battuta dai decisori politici e, in seconda, dalla Corte costituzionale, ferma nondimeno restando l'avvertenza dietro fatta per cui gli stessi verdetti di quest'ultima richiedono poi non di rado di essere ulteriormente specificati dagli organi dell'esecuzione.

Ora, il criterio della natura degli interessi è, a sua volta, impalpabile e vago, anzi sovente sommamente vago; la qual cosa nei fatti si traduce in una mediocre *vis* prescrittiva degli enunciati della Carta a tutto vantaggio delle qualificazioni prospettate, in prima battuta, dai decisori politici e, soprattutto, in seconda, laddove adita, dalla Corte.

Sta di fatto che la trama a maglie larghe e talora larghissime con cui è fatto il tessuto costituzionale dà modo alle regolarità della politica e dello stesso giudice delle leggi di potersi affermare senza troppi intralci. D'altronde, può anche non piacere ma non è stato ad oggi inventato un criterio maggiormente adeguato di quello apprestato dal ricorso alle etichette sia per individuare i confini dei campi materiali coltivabili, rispettivamente, dalle leggi di Stato e Regione e sia pure per ciò che attiene ai limiti cui le stesse vanno soggette (e, perciò, con specifico riguardo alla potestà ripartita, ai modi con cui le leggi di entrambi gli enti si dispongono a coltivare i medesimi campi, sommamente sfuggente – come si è ripetutamente osservato e qui pure si è accennato – essendo la determinazione del confine tra i principi, in ispecie tra quelli che propriamente possono fregiarsi del titolo di "fondamentali", la cui posizione e di spettanza dello Stato, e le regole di produzione regionale).

Una volta di più, considerevole è l'apporto venuto, per un verso, dalla normazione subcostituzionale, persino da quella che risulta dalle stesse leggi portate alla cognizione della

³⁷ V., dunque, volendo, il mio *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in [Diritti Regionali](#), 1/2024, 18 aprile 2024, 172 ss.



Corte (ancora una riprova – come si vede – della circolarità di rossiana memoria, di cui si faceva poc'anzi parola), e, per un altro verso, da fattori di contesto, tra i quali, in specie, le emergenze e, con riguardo a talune questioni, gli sviluppi della scienza e della tecnologia.

Non è, poi, di poco conto la circostanza per cui alcuni elementi o materiali che hanno rilievo nel corso di talune vicende processuali sono, a loro volta, concettualmente incerti³⁸; ed è singolare la tecnica retorico-argomentativa in forza della quale la Corte motiva la soluzione patrocinata facendo appello appunto a siffatti elementi, a loro volta – come si viene dicendo – soggetti a manipolazioni semantiche rilevanti, seppur non sempre vistose³⁹.

La cosa ricorda il *deus ex machina* che nelle antiche tragedie calava dal cielo per dipanare una matassa aggrovigliata dagli uomini e che questi si dimostravano non essere più in grado di sciogliere. Solo che a volte i fattori extranormativi hanno una loro precisa identità e risultano pertanto difficilmente manovrabili, altre volte di contro si presentano – come si viene dicendo – appunto sfuggenti.

Si consideri, ad es., il rilievo posseduto dalla c.d. coscienza sociale nelle pratiche giuridiche in genere e in quelle processuali in specie⁴⁰.

Qui, si tocca, ancora una volta, con mano il peso posseduto da talune consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale. Nessuno ormai più si considera turbato nel vedere una persona di sesso femminile fare il bagno d'estate in bikini, laddove un tempo in siffatto frangente il *vulnus* al buon costume era pressoché universalmente riconosciuto: netto e chiaro, dunque, il mutamento della coscienza in parola col tempo e nitide le diverse immagini della stessa da quest'ultimo consegnateci. L'esempio è, poi, particolarmente istruttivo, dal momento che evoca in campo due concetti – quello di coscienza sociale e di buon costume –, dovendosi pertanto stabilire come l'una apprezzi il secondo; e si tratta – com'è chiaro – di

³⁸ Uno speciale rilievo è – come si sa – dato ai “casi straordinari di necessità e d'urgenza”, verificandosi i quali si giustifica il ricorso allo strumento del decreto-legge. Non è, d'altronde, per mero accidente che, facendosi leva sulla strutturale vaghezza della formula costituzionale, per un verso, si sia assistito ad una produzione alluvionale a mezzo dello strumento in parola e, per un altro verso, alla “copertura” generosamente offertagli dalla giurisprudenza costituzionale che pure – è parimenti noto – ha in qualche modo tentato di porvi un argine, specie sanzionando l'uso reiterato dello strumento e la “evidente mancanza” dei presupposti in parola.

Ora, è chiaro che, nei casi maggiormente eclatanti (appunto, in quelli del palese difetto dei presupposti stessi), il riferimento costituzionale viene ad emersione con sufficiente chiarezza; torna, però, presto nell'ombra, confermandosi in via generale come opaco e sfuggente.

³⁹ Sui modi con cui la Corte fa uso della motivazione a sostegno delle proprie decisioni, v., part., AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

⁴⁰ Riferimenti ed indicazioni, con specifico riguardo alla giurisprudenza costituzionale, ora, in A. SPADARO, [! confini della Corte: dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”](#), in questa [Rivista](#), 2024/I, spec. 476 ss., che si sofferma specificamente sulle differenze esistenti tra la coscienza in parola e l'opinione pubblica: “solida, chiara e tendenzialmente stabile” quella, “sfuggente, ambigua ed instabile” questa.



concetti entrambi col tempo cangianti e, nondimeno, bisognosi di essere messi a fuoco come si conviene. Ciò che, una volta di più, può farsi appuntando l'attenzione sulle consuetudini culturali idonee a darne il riconoscimento.

A questo punto dello studio sarebbe di considerevole interesse trattare del rilievo che hanno, in via generale, i fatti nei giudizi di costituzionalità⁴¹, in specie – per ciò che è maggiormente pertinente all'analisi che si va ora compiendo – i fatti di sentimento, non solo nei giudizi davanti alla Corte ma, in genere, nel corso delle vicende processuali⁴². È un tema che giudico affascinante e che, pertanto, mi riprometto di riprendere – spero – tra non molto in una sede ad esso specificamente dedicata. È, comunque, di oggettivo riscontro la circostanza per cui non fa nella Carta difetto il richiamo a concetti impalpabili, quale quello di “onore”, specificamente gravante sui cittadini cui sia demandato l'esercizio di pubbliche funzioni, nel mentre si richiede intima adesione alla Repubblica per effetto del riferimento al dovere di fedeltà che, nella sua più densa e qualificante accezione, rimanda ai valori fondamentali su cui la Repubblica stessa si regge, considerati nella loro totalità significativa⁴³: un concetto, questo di fedeltà, gravido di implicazioni a largo raggio e dotato di formidabili potenzialità espressive, alcune delle quali a mia opinione ad oggi non in tutto esplorate e il cui rilievo – si faccia caso – è tale da indurre l'autore dell'enunciato ad accordargli la precedenza rispetto alla stessa osservanza della Costituzione e delle leggi.

Il vero è che la trama dell'intero articolato della Carta è ispirata a sentimenti che hanno nel valore della solidarietà la loro più saliente forma espressiva⁴⁴, specie laddove lo stesso si

⁴¹ Spunti ricostruttivi meritevoli di considerazione possono, di recente, vedersi in A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 115 ss.

⁴² Sui fatti in parola, sopra tutti, v. A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Id.*, *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1985, 539 ss., e, più di recente, P. SPAZIANI, *Diritto e sentimento: le ragioni di un ritorno al principio di effettività*, in *Giustizia Insieme*, 6 maggio 2020.

⁴³ Sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato “laico”*, Jovene, Napoli 1986, e A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

⁴⁴ Sul valore in parola, nelle sue plurime manifestazioni, anche in ragione delle sedi istituzionali in cui si fa valere, v., tra gli altri e di recente, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli 2023; F. LUCHERINI, *La solidarietà come fondamento relazionale dei diritti sociali. L'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 943 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *I doveri di solidarietà*, in *AA.VV.*, *La Costituzione vivente*, cit., 79 ss., e C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 14 marzo 2024, 188 ss. Inoltre, i contributi che sono nel fasc. monografico dedicato al tema *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti, in *Diritti Comparati, Special Issue V* (2024), nonché, con specifico riguardo alla dimensione sovranazionale, P. MENGOZZI, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna University Press, Bologna 2022, e C. MASSAROTTI, *Il principio di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Astrid*, 6/2024, 22 aprile 2024.



commuti in fraternità e si faccia valere a beneficio delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte⁴⁵.

Il tema dei rapporti tra amore e diritto ha poi, ancora di recente, opportunamente attratto l'attenzione di accreditati studiosi⁴⁶ ma – come si diceva – in realtà trasuda da ogni poro del corpo costituzionale, rendendosi nondimeno particolarmente palese, a mo' della punta di un *iceberg*, in alcuni punti della trama suddetta.

Si pensi solo, per restare all'ambito della comunità familiare, al rilievo, ad oggi per vero non a pieno colto e portato ad effetto, della eguaglianza morale e non solo giuridica tra i coniugi⁴⁷ o al significato, per vero pregnante, che va attribuito al termine "educare" adoperato a riguardo dei rapporti tra genitori e figli, secondo modello segnati a fondo, in modo indelebile, da una corrente di amore che – come soleva dire mio padre – è, per sua indeclinabile vocazione, maggiormente copiosa nel verso "discendente".

Non si trascurino, poi, le espressioni spontanee di solidarietà, laddove la stessa cioè prende forma non già perché prescritta dall'ordinamento ma, puramente e semplicemente, perché dettata da un impulso irrefrenabile dell'animo di alcune persone che ne hanno fatto un'autentica ragione di vita dedicandosi ad opere di volontariato di particolare significato e rilievo. A trarre vantaggio, poi, delle prestazioni dettate da solidarietà è, in primo luogo, la dignità delle persone che ne beneficiano, in ispecie di coloro che – come si diceva – sono, per ragioni varie, maggiormente vulnerabili ed esposti.

La dignità, secondo una ricostruzione altrove prospettata, è da considerare il parametro dei parametri, per il fatto di essere un valore "superconstituzionale"⁴⁸; e, però, proprio per ciò,

⁴⁵ In tema, v., almeno, gli studi di F. PIZZOLATO, tra i quali *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012, nonché AA.VV., *The Role of Fraternity in Law. A comparative Legal Approach*, a cura di A. Cosseddu, Routledge - Giappichelli, Torino 2021.

⁴⁶ Dopo F. GAZZONI, *Amore e diritto, ovvero sia i diritti dell'amore*, ESI, Napoli 1994, v., part., A. CORDIANO, *Diritto d'amore e responsabilità civile*, in [Giustizia Insieme](#), 5 aprile 2024 e, nella stessa [Rivista](#), R.C. CONTI, *Diritto, biodiritto e amore*, 15 aprile 2024; M. BIANCA, *Diritti d'amore e rapporti familiari*, 22 aprile 2024, e G. LUCCIOLI, *Il diritto d'amore in una prospettiva multidisciplinare*, 30 aprile 2024.

⁴⁷ Su di che richiamo qui un risalente ma ad oggi prezioso scritto di G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza "morale" dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss. V., inoltre, utilmente, P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza "morale" dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna - Roma, 1976, 1 ss.; F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss. Più di recente, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano 2016, 145 ss. Un chiaro quadro di sintesi del complessivo assetto dell'istituto familiare corredato da spunti ricostruttivi di particolare interesse può, infine, vedersi in M.E. LA TORRE, *I diritti della famiglia, matrimonio e divorzio*, in AA.VV., *La Costituzione vivente*, cit., 627 ss., spec. 644 ss.

⁴⁸ In questi termini se ne discorre in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss. e, già, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.



è a molti apparsa concettualmente sfuggente, refrattaria ad una sua puntuale definizione. È probabile che ciò si debba al fatto che – come si legge ne *Il piccolo principe* – “l’essenziale è invisibile agli occhi”. È nondimeno fuor di dubbio che, giusta la premessa secondo cui l’intera Carta ha nella persona umana come valore la sua ragion d’essere⁴⁹, la dignità che della persona stessa è il cuore pulsante si distende per l’intero campo costituzionale, seppur in alcune sue parti in modo maggiormente marcato ed evidente rispetto ad altre. È chiaro, ad es., che i disposti concernenti il riconoscimento dei diritti fondamentali ne sono illuminati in modo ancora più intenso di altri, quali quelli di organizzazione, che direttamente hanno oggetto diverso⁵⁰. Se, però, si considera che l’organizzazione stessa è in funzione della salvaguardia dei diritti, si ha subito conferma del fatto che anche gli enunciati della seconda parte della Carta restano pur sempre legati al (ed impressionati dal) valore in parola e che, pertanto, alcune formule in essi contenute, laddove appaiano concettualmente appannate, vanno incontro ad un vincolo teleologico in ordine alla loro ricognizione semantica, richiedendo di essere intese e fatte valere in modo tale da dimostrarsi comunque funzionali alla massima affermazione possibile del valore stesso.

È, dunque, alla luce di questa impostazione metodica che vanno sciolti i dubbi concernenti il retto significato di alcuni termini costituzionali ed apprestate le indicazioni idonee a risolvere alcune tra le più discusse questioni specificamente riguardanti la condizione di alcune persone, specie le più bisognose.

Così, per fare ora come di consueto solo un esempio tra i molti che potrebbero al riguardo addursi, la salvaguardia della dignità, forse più e prima ancora della vita, impone di dare accoglienza ai migranti irregolari e di darla come si deve, in forme appunto complessivamente rispettose della loro dignità, non già di riservare loro un trattamento disumano e degradante o, peggio, di respingerli o farli tornare nei luoghi di provenienza laddove si trovavano (e tornerebbero a trovarsi) esposti a rischi insopportabili ed a sofferenze indicibili. Lo impone ai componenti la comunità d’arrivo il dovere di solidarietà, in una delle sue più qualificanti espressioni, e ne può esigere l’adempimento ciascun essere

⁴⁹ Sul principio personalista – com’è usualmente chiamato – v., almeno, A. MORELLI, [Il principio personalista nell’era dei populismi](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 359 ss., e, dello stesso, [Persona e identità personale](#), in [Biolaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 19 dicembre 2019, 45 ss; inoltre, R. TREZZA, [La tutela della persona umana nell’era dell’intelligenza artificiale: rilievi critici](#), in [federalismi.it](#), 16/2022, 15 giugno 2022, 277 ss.; V. BALDINI, [La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico](#), in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 21 giugno 2023, 289 ss., e, se si vuole, il mio [Il principio personalista e le sue proiezioni](#), in [federalismi.it](#), 17/2013.

⁵⁰ Verrebbe da dire, con il Poeta, che “la gloria di colui che tutto move per l’universo penetra e risplende in una parte più e meno altrove”: così è, appunto, per la luce abbagliante della dignità e la sua capacità pervasiva dell’intero ordinamento.



umano che approda alle nostre coste in nome del primo dei diritti inviolabili di cui gode, quello appunto alla salvaguardia della dignità.

7. Le lacune, il “non normato” costituzionale e la micidiale questione teorica se sia più grave ciò che indebitamente manca nella Carta ovvero ciò che c’è ma è espresso in termini sfuggenti

Il riferimento alla centralità della persona umana torna prezioso al fine della corretta impostazione di alcune annose e spinose questioni, tra le quali – per ciò che è qui di particolare interesse – quella concernente la individuazione delle lacune di costruzione e, in genere, la ricognizione dei confini del “non normato” costituzionale, vale a dire di ciò di cui avrebbe dovuto (e, comunque, oggi dovrebbe) aversi riscontro nella Carta, bisognoso di essere comunque tenuto distinto da ciò di cui bene si è fatto (e si fa) a non dirsene, in quanto privo di rango costituzionale ovvero sia non afferente alla c.d. materia costituzionale, nella sua ristretta e propria accezione⁵¹.

Ora, l’ipotesi di sindacare in sede giurisdizionale⁵² l’operato dell’autore della Carta, per ciò che è detto così come per il non detto, parrebbe essere priva di senso alcuno, ove si muova dall’assunto del carattere onnipotente del potere costituente⁵³ e, specularmente, del carattere perfetto ed autosufficiente del suo prodotto più genuino ed immediato, la Costituzione. Il punto è, però, che, per un verso, la giurisprudenza costituzionale, quale *viva vox constitutionis*, ammette il carattere “parziale”, non “totale”, della Costituzione, in ispecie per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali, sollecitando ripetutamente gli

⁵¹ Su tutto ciò, maggiori ragguagli, se si vuole, nei miei *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016; *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, 12 dicembre 2017, e *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss.

⁵² Cosa diversa è che in sedi politiche o in dibattiti coinvolgenti la pubblica opinione si rilevi essere mal fatto questo o quel disposto costituzionale, patrocinandosene dunque la rimozione o la modifica.

⁵³ È pur vero, tuttavia, che alcuni studiosi si sono dichiarati dell’idea secondo cui quella di potere costituente sarebbe una nozione ormai storicamente esaurita (ragguagli in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.). Per un verso, però, essa risulta ampiamente smentita da fatti costituenti di cui seguita ad aversi diffuso riscontro, oltre che da eventi bellici, quali da ultimo quelli in Ucraina e nella striscia di Gaza, che parimenti preludono a profonde trasformazioni ordinamentali. Per un altro verso, anche ad accedere al punto di vista della dottrina in parola, resta comunque acclarata l’insindacabilità in sede giurisdizionale delle norme fondative dell’ordinamento.



operatori (e, segnatamente, i giudici) ad intenderla e farla valere alla luce delle indicazioni al riguardo offerte da altri documenti normativi espressamente qualificati ([sent. n. 269 del 2017](#) e succ.) come “tipicamente” (*rectius, materialmente*) costituzionali, le Carte dei diritti, considerati pertanto idonei ad alimentare ed a rigenerare semanticamente la legge fondamentale della Repubblica, così come circolarmente a farsi dare alimento da questa⁵⁴. Per un altro verso, la stessa Carta ammette la eventualità che possano darsi lacune originarie in genere, suscettibili dunque di essere colmate a mezzo delle procedure allo scopo predisposte dall’art. 138. Per un altro verso ancora, lacune costituzionali possono comunque venire ad emersione col tempo, risultando perciò investito della responsabilità di colmarle il potere costituito di revisione costituzionale e, dunque, in buona sostanza il personale politico che avrebbe dovuto (e dovrebbe) attivarsi in tal senso, restando invece molte volte insensatamente inerte⁵⁵.

Delle lacune in parola si ha traccia in ciascuna delle due parti in cui si articola il dettato costituzionale; gli stessi principi fondamentali, poi, potrebbero, a mio modo di vedere, essere opportunamente aggiornati, senza ovviamente che ne risulti reciso il filo della continuità

⁵⁴ Il riferimento è alla notissima [sent. n. 388 del 1999](#) e da altre ancora, tra le quali le [nn. 49 e 84 del 2021](#), [54](#), [145](#) e [198 del 2022](#). Fa notare A. MORRONE, *Positivismo giudiziario. Appunti a partire dalle c.d. omissioni legislative*, in *Quad. cost.*, 1/2024, 154, come, a giudizio della Corte costituzionale, la Costituzione costituisca “un ordine completo ed autosufficiente”, premurandosi tuttavia di precisare che essa venga nondimeno “integrata attraverso le *carte dei diritti*”. In realtà, le lacune – come si tenta qui di mostrare – restano ugualmente; e proprio il raffronto con Carte ancora più avanzate ed esplicite della nostra le disvelano con riguardo ai diritti stessi, fermo restando che le stesse Carte in parola possono, poi, col tempo mostrarsi lacunose, assoggettandosi pertanto docilmente al loro ininterrotto rinnovo semantico per mano dei giudici. Lacune, inoltre, si hanno in relazione all’organizzazione; e a darne conferma, così come peraltro si ha sul terreno della salvaguardia dei diritti, sono proprio le *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse ed a fondo radicate nel corpo sociale, di cui qui si viene dicendo.

⁵⁵ Sulle carenze complessivamente imputabili alle sedi in cui prende forma la rappresentanza politica, v., tra gli altri, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, [2/2019](#), 249 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in questa *Rivista*, [2021/II](#), 406 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss.; v., inoltre, i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2/2022, nonché quelli al convegno AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2024. Altri riferimenti, infine, in A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, e L. BUFFONI, *La forma della legge nel governo popolare*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2024, 26 aprile 2024.



evolutiva rispetto alla loro originaria funzione ed, anzi, allo scopo di dar modo all'essenza, assiologicamente pregnante, in essi racchiusa di farsi ancora di più e meglio valere alla luce dei mutamenti complessivi riscontratisi nel contesto in cui la Carta (e, con essa, l'intero ordinamento) s'inscrive. Anche le lacune, ad ogni buon conto, per essere acclamate rimandano naturalmente a *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate in seno al corpo sociale in ordine alla loro esistenza, come pure per ciò che attiene al merito delle soluzioni da adottare al fine di porvi rimedio.

Avuto, dunque, riferimento alla centralità della persona umana, la prima e più rilevante lacuna si riscontra in seno al catalogo dei diritti fondamentali che richiederebbe di essere opportunamente integrato, specie alla luce delle novità nel frattempo registratesi nella scienza e nella tecnologia⁵⁶. Fin qui – come si sa – ha posto rimedio alla lacuna in parola la

⁵⁶ Del ruolo crescente da esse giocato, con effetti di primario rilievo anche per il diritto e l'esperienza costituzionale, trattano, con vario orientamento, tra gli altri e di recente, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in Costituzionalismo.it, 1/2021, 12 maggio 2021, 132 ss.; AA.VV., *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà in memoria di Paolo Carrozza*, a cura di A. Lo Calzo - L. Pace - G. Serges - C. Siccardi - P. Villaschi, in Rivista del Gruppo di Pisa, 2/2021, Quad. n. 3, fasc. spec. monografico; AA.VV., *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2022; AA.VV., *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, a cura di P. Costanzo - P. Magarò - L. Trucco, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; AA.VV., *Diritti fondamentali e incidenza dei risultati provenienti dalla scienza: esperienze a confronto*, a cura di G. Campanelli, A. Lo Calzo e M. Ruiz Dorado, Pisa University Press, Pisa 2022; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2022; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 1/2022, 73 ss.; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; E. CASTORINA, *La scienza e la tecnica di fronte alla discrezionalità politica e amministrativa: principio di "non contraddizione" e diritto alla salute*, in AmbienteDiritto, 2/2023, 1 ss.; O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023), 410 ss., e, dello stesso, ora, *La forma quadrangolare della geometria del/i potere/i digitale/i e il passaggio ad un costituzionalismo digitale procedurale*, in *European Law Journal*, 14 agosto 2023, nonché *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?* in *Quad. cost.*, 3/2023, 569 ss.; nella stessa *Rivista*, C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, 569 ss.; AA.VV., *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2023; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*², Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2023; M. LADU - N. MACCABIANI, L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche, in questa *Rivista*, 2023/II, 415 ss.; AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. Di Carpegna Brivio e A. Sancino, Giappichelli, Torino 2023; V. CORNELI, *Sovranità tecnologica: intelligenza artificiale e valori costituzionali*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2/2023, 4 giugno 2023, 41 ss.; G. SICHERA, *Il rapporto tra scienza, decisore politico e opinione pubblica al tempo dell'emergenza pandemica: una ricostruzione fattuale e alcuni spunti di riflessione*, in Costituzionalismo.it, 1/2023, 7 luglio 2023, 69 ss.; v., inoltre, AA.VV., *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo della autorità indipendenti*, a cura di A. Simoncini, Giappichelli, Torino 2023; i contributi su *Diritti fondamentali e democrazia nel costituzionalismo digitale* che sono in La cittadinanza europea online, 2/2023; F. CIRILLO, [Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela](http://Neurodiritti: ambiguità della), in questa *Rivista*, 2023/II, 666 ss., e, dello stesso, *Neuroprivacy. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Giappichelli, Torino 2023; A. VENANZONI, *Dalla frontiera americana alla frontiera*



certosina opera di tessitura dei giudici che, nondimeno, per la sua vocazione casistica, ugualmente avrebbe bisogno – come vado dicendo da tempo – di alcune essenziali indicazioni nella Carta allo scopo opportunamente novellata, specie per ciò che attiene alle esperienze di biodiritto (e, segnatamente, a quelle d’inizio e fine-vita)⁵⁷.

elettronica: antiche e nuove libertà costituzionali nello spazio digitale, in *Pol. dir.*, 4/2023, 595 ss.; N. MINISCALCO, *Intelligenza artificiale in movimento. L’impatto sui diritti costituzionali della smart mobility*, Wolters Kluwer, Milano 2024. Ampie indicazioni possono poi aversi dai contributi al convegno su *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, svoltosi presso l’Università “Kore” di Enna dal 21 al 23 novembre 2023, i cui Atti, a cura di P. Bargiacchi e F. Vecchio, sono d’imminente pubblicazione nella [Collana di Consulta OnLine](#). Infine, volendo, v. anche i miei *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in questa [Rivista](#), 2022/1, 130 ss., e, con specifico riguardo al rapporto tra tecniche decisorie e diritti, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2023, 24 novembre 2023, 477 ss..

⁵⁷ Sulle esperienze in parola si ha da tempo un animato e fitto confronto che coinvolge, pur nella tipicità dei ruoli e delle responsabilità, studiosi ed operatori: solo per alcune, essenziali indicazioni e circoscrivendo ora il riferimento unicamente agli scritti di respiro monografico, v. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Aracne, Roma 2020; S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; 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*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, Milano - Udine 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Jovene, Napoli 2021, spec. 173 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino 2022; P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, ESI, Napoli 2022, e, dalla prospettiva del diritto penale, V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino 2019. Infine, in prospettiva bioetica, v., part., M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2018, spec. 777 ss., e L. D’AVACK, *Il progetto filiazione nell’era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*⁴, Giappichelli, Torino 2019. Quanto, poi, alle esperienze di fine-vita, v., almeno, C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Jovene, Napoli 2004; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020; P. FLORES D’ARCAIS, *Questione di vita o di morte*, Einaudi, Torino 2019; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia volontaria*, Utet, Torino 2020; G. VACCHIANO - F.V. TISO, *Il fine vita e la dignità del morire*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2022. Infine, in prospettiva penalistica, L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008.



Di conseguenza, occorre altresì apportare talune integrazioni alla parte organizzativa, specie dando voce a figure soggettive, quali le autorità indipendenti, che hanno col tempo esercitato un ruolo di primario rilievo anche a beneficio della persona umana, oltre che per una maggiore funzionalità di alcuni ingranaggi della macchina statale.

Si pone, a questo punto, il cruciale interrogativo se sia maggiormente grave una lacuna costituzionale ovvero ciò di cui nella Carta si parla ma in termini concettualmente sfuggenti.

Ebbene, se si conviene a riguardo del fatto che il linguaggio ha pur sempre una capacità evocativa di sensi, delimitando i confini dell'area materiale entro la quale gli stessi vanno ricercati, parrebbe che la risposta non possa che essere per il primo corno dell'alternativa. Per altro verso, è tuttavia da considerare che alcuni termini portano fatalmente all'esito dello squilibrio tra regole costituzionali e regolarità della politica ovvero, laddove ciò già si abbia, lo accentuano. È chiaro, infatti, che l'opacità concettuale gioca a beneficio di chi è politicamente forte e può pertanto imporre la propria lettura dell'enunciato a chi forte non è o non lo è nella stessa misura. Ugualmente, però, ne hanno vantaggio i garanti che possono essi pure far valere le loro ricognizioni semantiche degli enunciati che, nondimeno, al fine di potersi affermare e radicare nel tessuto sociale hanno pur sempre bisogno – come si è venuti dicendo – di essere accettate dai loro destinatari, di farsi insomma diritto vivente, il riconoscimento del quale, come sempre, non può dunque che aversi *ex post*, mai *durante o*, peggio, *prima*.

Sta di fatto che dello strumento della legge di revisione costituzionale non si è fatto (e seguita a non farsi) buon uso.

Rileva ora, chiaramente, non già il modo con cui è stata redatta la Carta, da molti – come si sa – addotta a modello imitato e da imitare anche in Paesi lontani dal nostro per tradizioni culturali e vicende storiche, per quanto – come si è veduto – essa pure esibisca talune lacune. Piuttosto, giova fermare l'attenzione sugli usi (e non usi...) fattisi delle procedure di cui all'art. 138, a mia opinione non sfruttate al meglio di sé; la qual cosa è, peraltro, avvalorata dagli esempi sopra addotti con riguardo sia alla prima che alla seconda parte della Carta (e – se ci si pensa – agli stessi principi fondamentali che avrebbero potuto essere fatti oggetto di discipline – si è detto altrove⁵⁸ – a finalità espansiva). Nell'inerzia del legislatore costituzionale non resta, a conti fatti, che sperare che l'appagamento di taluni bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti e comunemente intesi come espressivi di diritti fondamentali si abbia per mano del legislatore comune o, in presenza di acclamate carenze anche di quest'ultimo⁵⁹, dei giudici. Non si trascuri, poi, la circostanza per cui a volte sono

⁵⁸ ... nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), [2022/II](#), 473 ss.

⁵⁹ A riguardo dell'annosa questione delle omissioni del legislatore, usualmente distinte in assolute e relative, v., ora, le precisazioni che sono in F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, e A. MORRONE, *Positivismo giudiziario. Appunti a partire dalle c.d. omissioni*



vistosamente lacunose anche le leggi comuni che pure si accingono a dare a volte una sommaria (e, a dirla tutta, raffazzonata) disciplina di alcune materie. Ed è interessante notare come, in una congiuntura siffatta, si faccia da molti appello alla c.d applicazione diretta della Costituzione che, però, laddove si presenti essa pure ... *lacunosa*, può offrirsi unicamente con i suoi principi allo scopo, i quali a loro volta non sono – come si è veduto – esenti da opacità concettuale⁶⁰. Ad ogni buon conto, la deduzione dai principi delle regole buone per il caso è pur sempre – come si sa – un’operazione imbevuta di un tasso assai elevato di apprezzamento discrezionale; ed è un’operazione che, nondimeno, nella perdurante inerzia del legislatore, non può che prendere forma nelle sedi dell’applicazione, presso l’amministrazione dunque⁶¹ e/o i giudici; e non è un caso che si sia col tempo assistito ad un considerevole attivismo di questi ultimi, a volte venuto ad emersione con toni di particolare evidenza⁶², altre rimasto – come dire? – sotto traccia e, cionondimeno, ugualmente incisivo⁶³. Solo che la produzione di regole per il tramite dei principi è, in sé e per sé, attività di normazione, risolvendosi in un’*attuazione*, seppur ad effetti appunto circoscritti al caso, non già nella mera *applicazione* di norme preesistenti⁶⁴. Al tirar delle somme, non si può non

legislative, cit., 127 ss. Infine, in prospettiva comparata, AA.Vv., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, a cura di L. Casseti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019.

⁶⁰ In tema, da ultimo, E. SCODITTI, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa*, in *Questione Giustizia*, 29 aprile 2024.

⁶¹ ... specie a mezzo di quelle circolari interpretative cui si faceva poc’anzi cenno.

⁶² ... come, ad es., per effetto della conversione, a mia opinione non apprezzabile, delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria in quelle “possibili”, in nome del bisogno di dare comunque appagamento a bisogni diffusamente avvertiti in seno al corpo sociale, specie appunto laddove riconosciuti come espressivi di diritti fondamentali [su ciò, ora, G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Giappichelli, Torino 2024. Nella dottrina anteriore, sulle più salienti tendenze dei rapporti tra Corte e legislatore, tra gli altri, v., almeno, AA.Vv., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023; R. ROMBOLI, [Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri](#), in questa *Rivista*, 2023/III, 815 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2023; A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, spec. 297 ss.; P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, 1 ss. Quanto alle più marcate espressioni dell’attivismo della Corte, più di recente, v. E. CAVASINO, [La Corte mediatica e la Corte attivista: i nuovi volti della giustizia costituzionale italiana](#), in questa *Rivista*, 2024/I, 242 ss.].

⁶³ Mi riferisco ora, in ispecie, a talune espressioni della c.d. interpretazione conforme, a volte per vero spintasi oltre i confini segnati dalla lettera degli enunciati.

⁶⁴ Un’accreditata dottrina, nondimeno, ritiene che i giudici facciano comunque luogo ad applicazione del diritto [v., part., M. LUCIANI, in più luoghi, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale*



convenire che – quanto meno con riguardo ai casi qui specificamente esaminati – il grande Kelsen aveva ragione. Ma, con quali conseguenze?

8. *Una succinta notazione finale, a riguardo dei maggiori inconvenienti discendenti dal carattere opaco ovvero reticente del linguaggio costituzionale*

Un dato è, infatti, sicuro; ed è che, per effetto sia delle lacune costituzionali che delle formule opache e sfuggenti che si rinvergono in molti punti della trama costituzionale, viene a determinarsi una complessiva torsione degli equilibri istituzionali, avvalorata dal ruolo viepiù recessivo che in merito a questioni di cruciale rilievo giocano i decisori politici e dal conseguente sovraccarico di compiti e di responsabilità gravante su altri operatori, in ispecie sui giudici, chiamati ad un ruolo d'innaturale "supplenza" – com'è usualmente etichettato – nei riguardi degli organi della direzione politica, venendone pertanto a soffrire, in un sol colpo, la forma di governo parlamentare e il valore democratico, già solo per il fatto che alcune delle maggiori decisioni non sono assunte nella sede della rappresentanza politica o in sedi a questa comunque istituzionalmente collegate bensì in altre non legate neppure in via indiretta al corpo elettorale ed alla sua volontà⁶⁵.

Se ne ha, dunque, uno *stress* insopportabile per il principio della separazione dei poteri, viepiù accentuato laddove maggiormente vistosa risulti essere la opacità ovvero la reticenza del linguaggio costituzionale e, di conseguenza, mediocre l'intensità prescrittiva degli

e "massima attuazione della Costituzione", in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.].

⁶⁵ Si è altrove messo in dubbio che la forma di governo prescelta dal Costituente abbia, ancora al presente, davvero una propria... *forma* [così nel mio [Ha una forma la forma di governo?](#) in questa [Rivista](#), 2023/III, 771 ss.]: tesi avverso la quale si è fatto di recente notare da un'accreditata dottrina (M. LUCIANI, *L'evoluzione della democrazia costituzionale italiana*, in *Quad. cost.*, 1/2024, 234 in nt. 8), che ha da tempo al riguardo manifestato un diverso avviso, che essa parrebbe piuttosto avallare proprio la ricostruzione criticata per il fatto di appuntare specificamente l'attenzione sul ruolo esercitato dai partiti in ordine alla definizione delle attività politiche. Il punto è, però, che, senza sottostimare le trasformazioni col tempo intervenute nei partiti stessi e nei modi con cui essi incidono sulle dinamiche istituzionali, proprio nel passo del mio scritto sopra richiamato su cui si appuntano i rilievi critici di L., nonché nei successivi svolgimenti in esso presenti, si mettono in rilievo – spero, con sufficiente chiarezza – le torsioni sopravvenute nelle dinamiche istituzionali, rilevandosi ad es. l'incidenza esercitata da alcune espressioni della giustizia costituzionale a mio modo di vedere non in linea con il disegno della Carta che – piaccia o no (e credo che piaccia sia a L. che a me) – riserva esclusivamente al *tandem* Parlamento-Governo la direzione politica. Ebbene, sono proprio le torsioni istituzionali in parola, peraltro a loro volta legate alle dinamiche dei partiti, a confermare *per tabulas* – come qui pure si è tentato di mostrare – le trasformazioni patite non soltanto dalla forma di governo ma anche – ciò che maggiormente inquieta – dalla stessa forma di Stato, a mia opinione ormai problematicamente riconoscibile nei suoi tratti concreti maggiormente salienti alla luce del figurino costituzionale.



enunciati che se ne facciano portatori⁶⁶. Insomma, seppur senza intenzione, il carattere sfuggente dei parametri, in ispecie di alcuni, oggettivamente agevola quella confusione dei poteri che – come si è fatto in altri luoghi notare e qui pure si è venuti dicendo – appare incompatibile con l’idea stessa di Costituzione.

Allo stesso tempo – come si è veduto – risulta profondamente alterato il rapporto tra la Costituzione stessa e la legge (e la normazione in genere di rango subcostituzionale), la seconda non disponendosi in funzione servente della prima che, all’inverso, si piega docilmente a farsi da essa manipolare in forme astrattamente imprevedibili. Ed allora è, in conclusione, da chiedersi cosa ne sia della Costituzione e dello Stato costituzionale in uno scenario siffatto che, peraltro, tende viepiù a radicarsi in un’esperienza – a me pare – viepiù discosta dall’idea che se n’era nobilmente fatta il Costituente, pur non essendo riuscito a coltivarla in ogni punto del campo costituzionale come si conviene⁶⁷.

⁶⁶ Del principio in parola si è, ancora di recente, discusso in occasione dell’incontro di studio svoltosi a Siena il 14 marzo 2024 in ricordo di G. Grottanelli de’ Santi, dal titolo *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo*. Profitto dell’opportunità oggi offertami per segnalare che il 27 e 28 giugno si svolgerà a Messina un convegno su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*.

⁶⁷ Insiste, ancora da ultimo, sulla necessità che resti separata l’azione di chi detiene il potere politico dai “contropoteri” di garanzia A. SPADARO, [I confini della Corte: dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”](#), cit., spec. 473 ss.