



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. I

(ESTRATTO)

QUIRINO CAMERLENGO

**LA SOSTENIBILITÀ COSTITUZIONALE:
PROFILI TEORICI E SCENARI APPLICATIVI**

19 GENNAIO 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Quirino Camerlengo
La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi*

ABSTRACT: *In this essay the author aims to explore a concept often evoked in legal papers, but not yet focused, namely “constitutional sustainability”. A theoretical reconstruction will be proposed starting from some concrete cases. The thesis is based on the idea of the Constitution as an act that supports a complex regulatory structure built to implement the fundamental principles. These fundamental principles nourish the “social vocation” of the Constitution, to be understood as the ability to contribute significantly to the transformations of society. The Constitution is not only a limit to power, but also an incentive and guide to power. So, we will try to demonstrate that an act or behaviour, even if it is legitimate, can prove to be constitutionally unsustainable.*

SOMMARIO: 1. Una ricognizione nella dottrina costituzionalistica. – 2. Un approccio empirico: alcuni casi dai quali partire. – 3. Sull’insufficienza del giudizio di legittimità in presenza di una Costituzione che oltre a limitare, orienta il potere. – 4. La Costituzione come *higher law*. La Costituzione come *fundamental law*. – 5. I principi fondamentali e il senso della “vocazione sociale” delle moderne Costituzioni. – 6. Caratteri della struttura eretta dalla legge fondamentale e deviazione dai principi come insostenibilità costituzionale. – 7. Sintesi e applicazione del modello teorico ai casi descritti in apertura. – 8. Chi è il “custode” della sostenibilità costituzionale? Una mano tesa al *popular constitutionalism* e al *political constitutionalism*.

1. Una ricognizione nella dottrina costituzionalistica

Nel ricostruire il quadro dei rapporti tra legge statale e legge regionale, Andrea Morrone rifugge dalla tentazione di collocarlo all’interno di una rigida cornice precostituita. Piuttosto, egli indugia sulla «necessaria “sostenibilità costituzionale” di un’organizzazione pluralistica complessa», anche alla luce della dimensione finanziaria e delle profonde differenze di sviluppo economico e di integrazione¹. Anche Elena Vivaldi, a proposito della disciplina delle prestazioni associate ai diritti sociali, parla di diversità costituzionalmente sostenibili tra normative regionali². E sempre in tema di decentramento politico la *devolution* scozzese è stata interpretata da Alessandro Torre come l’antitesi storica e costituzionale dell’Unione (o meglio si direbbe la sua antitesi costituzionalmente sostenibile, oltre la quale si trovano solamente le ipotesi federalistiche o perfino la totale separazione)³.

Sul versante dei diritti fondamentali, Simone Penasa, in tema di obblighi vaccinali, si è prefisso l’obiettivo di «individuare alcuni elementi di carattere teorico-generale utili a definire una “mappa” in grado di orientare il legislatore nella definizione di un quadro normativo “sostenibile” dal punto di vista costituzionale, nei limiti di un sistema fondato sulla assenza di gerarchie predeterminate tra diritti e principi costituzionali e sulla naturale dinamicità dei contesti sociali, culturali e scientifici nei quali i contenuti costituzionali trovano attuazione»⁴. Non dissimile il punto di vista prescelto da Lucia Busatta: «l’avvenuta sistematizzazione dei principi che permeano la relazione di cura nei suoi diversi scenari consente, così, di valutare, a circa un anno di distanza dall’entrata in vigore della legge, il grado di sostenibilità delle nuove norme, a livello giuridico e nella cornice organizzativa del Sistema sanitario, con particolare riguardo alla dimensione etico-assiologica, alla prospettiva allocativa e alla



¹ Così A. MORRONE, *Lo Stato regionale e l’attuazione dopo la riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, f. 2, 9. Non dissimile Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, in *Le Regioni*, 2021, 63.

² Cfr. E. VIVALDI, *Garanzia dei diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, in E. Rossi (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2009, 281 ss.

³ A. TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?* in *Rivista AIC*, 2013, f. 2, 11.

⁴ S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018, 49. In un altro scritto lo stesso A., *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCEOnLine*, 2020, f. 3, 3309, enuncia «l’obiettivo di individuare un bilanciamento costituzionalmente sostenibile tra funzione parlamentare e funzione giurisdizionale attraverso una concezione integrata e “ibrida” delle forme di produzione normativa».

loro complessiva tenuta costituzionale»⁵. Dal canto suo, Francesco Rigano, nell'interrogarsi circa le implicazioni associate all'apertura del pluralismo, si domanda quanto possa essere «costituzionalmente sostenibile la legislazione che (...) prefiguri strumenti di sostegno all'agire collettivo»⁶. Le problematiche attuative dell'art. 11 Cost. hanno indotto Roberto Borrello a interrogarsi sul controverso rapporto tra il principio del “ripudio della guerra” e la lotta globale al terrorismo di matrice islamica in termini di guerra “costituzionalmente sostenibile”⁷.

Ancora, in tema di sistema delle fonti, Marina Calamo Specchia, Alberto Lucarelli e Fiammetta Salmoni hanno chiarito, sin dall'apertura del loro saggio, che «la bussola concettuale che guida il lavoro è l'obiettivo di verificare la sostenibilità costituzionale di un complesso di norme ed atti amministrativi che hanno innovato il nostro ordinamento giuridico a partire dalla prima dichiarazione dello stato d'emergenza in data 31 gennaio 2020»⁸.

Questa è solo una selezione, che non aspira certo a coprire l'intera produzione scientifica rilevante sul punto, ma che nondimeno dimostra quanto diffusa e crescente sia il richiamo alla *sostenibilità costituzionale*⁹. L'ascendente esercitato dal Rapporto Brundtland della Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo (1987) è tangibile. Così come è palpabile l'impatto che nozioni moderne come “sviluppo sostenibile”, “sostenibilità ambientale”, e altre ancora, hanno prodotto in generale sul nostro modo di pensare e relazionarci a eventi e azioni che si proiettano nel futuro con uno straordinario carico di incertezza¹⁰.

Gli scritti dapprima richiamati, collocabili in un eterogeneo repertorio di letteratura giuridica, condividono questa empatia per una nozione apparentemente priva di una puntuale conformazione normativa. Essi, dunque, suscitano un interrogativo: cosa s'intende per “sostenibilità costituzionale”? Un tentativo di risposta lo ha dato, ad esempio, Agatino Lanzafame quando osservava, nello spazio di una nota, che «il concetto di sistema politico-istituzionale “costituzionalmente sostenibile”, allora, muove dal presupposto che le interazioni tra disposizioni costituzionali, legislazione elettorale, regole e regolarità del sistema partitico assicurino un giusto equilibrio tra i valori fondanti dello stato democratico-costituzionale, tale da garantire un livello di democrazia costante e preferibilmente crescente nel tempo. In quest'ottica, la sostenibilità costituzionale deve intendersi come una categoria che non si risolve in una verifica di compatibilità (nel tempo presente) delle singole disposizioni (ma anche di istituti e prassi) con il dettato costituzionale; al contrario tale concetto volge il proprio sguardo “naturalmente al futuro” e può essere utilizzato per valutare l'impatto che – in prospettiva – l'assetto politico-istituzionale di un ordinamento giuridico può avere in termini di erosione e/o di consolidamento dei principi costituzionali di riferimento»¹¹.

⁵ L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2019, f. 2, 97.

⁶ F. RIGANO, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in *Dir. cost.*, 2021, f. 2, 146.

⁷ V., infatti, R. BORRELLO, *La nozione di guerra costituzionalmente sostenibile e la vicenda dell'Isis*, in *Democrazia e sicurezza*, 2 aprile 2015, f. 1, 3 ss.

⁸ M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 2021, f. 1, 400.

⁹ V., anche, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 233; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, f. 2, 482; M. GIRAUDO, *Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le 'esternalità costituzionali'*, in *Media Laws*, 2021, f. 3, 14.

¹⁰ Si pensi all'Agenda 2030 dell'ONU recante per l'appunto i *Sustainable Development Goals*. Diversa è la questione relativa alla presenza in un testo costituzionale di clausole o norme o principi relativi appunto alla sostenibilità ambientale: v., ad esempio, L. KIRCHMAIR, *Enforcing Constitutional Sustainability Clauses in the Age of the Climate Crisis: Insights from Social Contract Theory on How to Take Account of Future Generations*, in *ICL Journal*, 2022, 1 ss. Si pensi, poi, al volume di W. KAHL, *Nachhaltigkeitsverfassung. Reformüberlegungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, che, denunciando una carenza di sostenibilità nella Costituzione tedesca, auspica tra l'altro l'introduzione di previsioni relative a test di sostenibilità nelle valutazioni di impatto normativo.

¹¹ A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 1, 15, n. 77.

Questo pregevole e suggestivo tentativo lascia impregiudicata la questione di fondo: come cultori del diritto costituzionale, noi siamo abituati a cimentarci con una categoria, quale quella della legittimità, che ci consente di valutare atti e comportamenti alla stregua di sicuri parametri normativi, quali quelli forniti dalla nostra Costituzione. Non compete a noi discutere di opportunità o convenienza o meritevolezza sul versante politico o culturale o sociale o persino economico. Per non tradire il nostro ruolo scientifico, abbiamo il dovere di circoscrivere il nostro campo d'azione allo spazio dominato dalle categorie giuridiche, lasciando semmai sullo sfondo riflessioni e considerazioni di altra natura. E, allora, cosa significa per noi ragionare di "sostenibilità costituzionale"? Che rapporto c'è con la "legittimità"? Siamo protagonisti e latori di un mero stratagemma retorico per ulteriormente corroborare le nostre tesi, rischiando però di indebolirle fatalmente aggrappandoci ad una categoria carente di una puntuale qualificazione teorica spendibile in ambito giuridico, o siamo al contrario mossi da una precisa volontà di attecchimento di un inedito concetto idoneo ad ampliare le nostre prospettive di studio?

Di primo acchito, la sostenibilità costituzionale sembra muoversi in una dimensione che separa lo spazio dominato dalle categorie giuridiche e il terreno in cui attecchisce e si sviluppa la dialettica politica. Quanto questa dimensione sia autonoma e distinta dalle altre due lo si cercherà di scoprire nelle prossime pagine. Questa ricognizione, però, dovrà sforzarsi di operare questo inquadramento all'interno della cornice tracciata dagli istituti giuridici per non determinare una indebita invasione di campo ad opera di chi tenterà questa analisi. Il rischio è che la sostenibilità costituzionale possa essere evocata per celare giudizi d'indole politica i quali esulano dai compiti scientifici assolti dagli studiosi del diritto costituzionale.

Ogni apprezzamento in termini di sostenibilità costituzionale non si risolve in una valutazione circa l'opportunità o la convenienza dell'oggetto di tale apprezzamento. Il concetto di sostenibilità costituzionale deve rimanere entro il perimetro tracciato dalle categorie giuridiche, sì da evitare che una valutazione della stessa trasmodi in un giudizio di carattere meramente politico. Pertanto, anche le conseguenze prodotte da un eventuale verdetto di insostenibilità costituzionale non possono che assumere rilevanza giuridica, sia pure in forme non necessariamente coincidenti con lo strumentario messo a disposizione del giudice delle leggi per sanzionare atti illegittimi.

Questo saggio, dunque, aspira a ricostruire una griglia teorica entro cui collocare il concetto di "sostenibilità costituzionale" affinché ogni sua evocazione sia sorretta da un attendibile fondamento di razionalità scientifica, così da renderlo praticabile in relazione a qualsiasi atto o comportamento rilevante per il diritto costituzionale.

Si cercherà di dimostrare che un atto o un comportamento (anche di natura omissiva), seppur ineccepibile dal punto di vista della legittimità, in quanto costituzionalmente insostenibile rischia di impedire alla Costituzione di svolgere compiutamente la propria funzione di *fondamento dinamico* di una struttura autenticamente preordinata all'inveramento dei suoi principi fondamentali.

2. Un approccio empirico: alcuni casi dai quali partire

Per tentare di mettere a fuoco l'immagine, ancora sgranata, della ipotizzata e ancora misteriosa "sostenibilità costituzionale", si può tentare un approccio empirico, immaginando casi nei quali questa categoria potrebbe assumere rilevanza.

I) Una ragazza di sedici anni, figlia di stranieri, nata in territorio italiano, dopo aver completato il ciclo della scuola dell'obbligo, chiede la cittadinanza italiana. La domanda viene rigettata ai sensi dell'art. 4, secondo comma, della legge n. 91 del 1992, non avendo la stessa raggiunto la maggiore età. Impugnato il provvedimento di rigetto dinanzi al giudice competente, questi solleva una questione di legittimità costituzionale nella parte in cui la predetta legge non riconosce la facoltà di chiedere la cittadinanza italiana una volta esaurito il percorso di studi finalizzato all'adempimento dell'obbligo scolastico. L'esito del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale appare scontato. La pronuncia additiva richiesta dal remittente non sarebbe a rime obbligate, atteso il silenzio serbato dalla

Costituzione in materia: rientra, dunque, nella discrezionalità del legislatore ordinario decidere se e come introdurre nella vigente disciplina lo *ius scholae* o altre modalità innovative di acquisto della cittadinanza italiana come lo *ius culturae*¹².

II) Il legislatore riduce il livello di tutela di un determinato diritto sociale, o riducendo le prestazioni ad esso associate o circoscrivendo la platea dei relativi beneficiari. Una volta instaurato un giudizio comune ad opera di una persona che si è vista negare un certo servizio in virtù di quella novella legislativa, la questione di incostituzionalità, sollevata in quel giudizio, verrebbe molto probabilmente rigettata in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale che, facendo leva sulla qualificazione dei diritti sociali come diritti condizionati (principio di gradualità), potrebbe ritenere legittimo, *recte* non illegittimo un intervento, seppur peggiorativo, ma determinato da una grave situazione di dissesto finanziario nei conti pubblici.

III) Il Parlamento indugia nella elezione di uno o più nuovi giudici della Corte costituzionale¹³. Così facendo, il Parlamento impedisce all'organo di giustizia costituzionale di funzionare con la composizione al completo, approssimandosi peraltro al *quorum* minimo sancito dall'art. 16, secondo comma, della legge n. 87 del 1953¹⁴.

IV) Prima Giorgio Napolitano e, successivamente, Sergio Mattarella sono stati rieletti alla carica di Presidente della Repubblica. Il silenzio della Costituzione sul punto è stato interpretato nel senso di ammettere questa possibilità. L'unica differenza sostanziale sta nel fatto che il primo, a differenza del secondo, aveva dichiarato esplicitamente la propria volontà di accettare sotto condizione per così dire risolutiva, alla stregua di un mandato a termine¹⁵.

V) In tema di riforme costituzionali si ripresenta periodicamente la proposta di superamento dell'attuale regime parlamentare per accogliere un sistema presidenziale o semipresidenziale. La proposta di legge costituzionale, presentata alle Camere nel giugno del 2018 da "Fratelli d'Italia", poi respinta nel maggio del 2022¹⁶, è stata riesumata dallo stesso gruppo parlamentare quale passaggio fondamentale della legislatura appena inaugurata.

Il senso di questa selezione di casi (uno immaginato, un altro generalizzato, altri specifici) può essere colto cercando i tratti comuni, al fine di collocarli nel cuore della riflessione che si sta cercando di imbastire in queste pagine.

Innanzitutto, i casi qui considerati si muovono tutti entro i confini della legittimità. Più precisamente:

(I) come anticipato, in materia di acquisto della cittadinanza italiana, in difetto di esplicite previsioni costituzionali il legislatore ordinario gode di un'ampia discrezionalità¹⁷. Sicché, la mancata

¹² Cfr. la proposta di legge A.C. 105 e abb., recante modifiche alla legge in oggetto ([dossier del 29 giugno 2022](#)). Questa proposta prevede che acquista la cittadinanza italiana il minore straniero, che sia nato in Italia o vi abbia fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età, che risieda legalmente in Italia, qualora abbia frequentato regolarmente, ai sensi della normativa vigente, per almeno cinque anni nel territorio nazionale uno o più cicli scolastici presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale idonei al conseguimento di una qualifica professionale. Nel caso in cui la frequenza riguardi la scuola primaria, è necessario aver concluso positivamente il corso medesimo.

¹³ È accaduto nella nota vicenda conclusasi con l'elezione dei Professori Ugo De Siervo e Romano Vaccarella dopo un'attesa lunga circa due anni, dal 21 novembre 2000 al 24 aprile 2002, dal termine del mandato del Presidente Cesare Mirabelli e del Vice-Presidente Francesco Guizzi. V. la ricostruzione di L. GIANNITI, *Cronache costituzionali italiane (febbraio- aprile 2002)*, in *Quad. cost.*, 2002, 640 s.

¹⁴ Al riguardo E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013⁴, 47, notano come nei primi mesi del 2002 per la prima volta sia stata rinviata la discussione di una delle cause in ruolo per il mancato raggiungimento di questo numero legale.

¹⁵ V. la sintesi esposta in Q. Camerlengo, [Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale](#), in questa *Rivista*, 2022/II, 41 s.

¹⁶ Atto Camera n. 716; Atto Senato n. 1489.

¹⁷ Tant'è vero che, come ha statuito la Corte costituzionale, il nostro ordinamento non contempla un diritto fondamentale all'acquisto della cittadinanza italiana: così [ord. n. 490 del 1988](#). V. G. Cordini, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1998, 259 ss., nonché M. Cuniberti, *Commento all'art. 22*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, 478 ss. Un approccio

previsione dello *ius scholae* o dello *ius culturae* non trasmoda in incostituzionalità. La scelta operata dal legislatore del 1992, e confermata negli anni successivi, resta entro il perimetro tracciato dalla legittimità costituzionale. Nessuna rima obbligata in effetti, diversamente da quanto accertato in passato in altri giudizi¹⁸;

(II) una volta rese chiare le motivazioni oggettive che potrebbero determinare una riduzione del livello effettivo di tutela di un diritto sociale e a meno che non se ne intacchi il nucleo essenziale, il legislatore ordinario ben può avvalersi del principio di gradualità per intervenire in senso peggiorativo¹⁹. Anche in questo esempio, la legittimità della decisione legislativa appare fuori discussione;

(III) ad essere illegittimità sarebbe una elezione alla Corte costituzionale di persone prive dei requisiti fissati dall'art. 135, secondo comma, Cost., non invece una inerzia del Parlamento in seduta comune seppur protratta per molto tempo²⁰. Di fronte ad una simile omissione, non sarebbe possibile esercitare alcun potere sostitutivo demandando ad altro collegio questa elezione, né si potrebbero adottare misure coercitive per obbligare i parlamentari ad esprimersi così da raggiungere le prescritte maggioranze;

(IV) una rielezione del Capo dello Stato si rivela legittima – e così è stato in assenza di reazioni di carattere giurisdizionale – al cospetto di un essenziale dettato costituzionale che lascia aperta questa eventualità²¹;

(V) una revisione costituzionale che introducesse una forma di governo diversa da quella attuale (in particolare, in senso presidenziale o semipresidenziale) potrebbe essere suscettibile di una declaratoria di illegittimità solo se in contrasto con i principi supremi che formano il nucleo forte (o

problematico a questo profilo è stato compiuto con efficacia da A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, spec. 38 ss.

¹⁸ Alludo alla [sent. n. 30 del 1983](#) con la quale la Corte dichiarò l'incostituzionalità della legge n. 555 del 1912 nella parte in cui non prevedeva che fosse cittadino italiano per nascita anche il figlio di madre cittadina. Nella stessa pronuncia si legge, altresì, che «la Corte è consapevole del travagliato iter che in sede parlamentare, nel corso di più legislature si è svolto e si svolge tuttora in tema di riforma delle leggi sulla cittadinanza e sul suo adeguamento alla Costituzione, agli accordi internazionali ed alle mutate condizioni di vita nella famiglia e fuori di essa. Pur tenuto conto della complessità della materia, essa ritiene tuttavia che sia quanto mai necessaria ed urgente una revisione organica dell'intera normativa sulla cittadinanza, revisione che tenga conto di tutti i collegamenti tra una nuova disciplina e le regole del diritto internazionale privato». V. anche la [sent. n. 258 del 2017](#): alla luce dei principi consacrati negli artt. 2, 3, secondo comma, e 38 Cost., l'art. 10 della legge n. 91 del 1992 è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità.

¹⁹ Sul diritto sociale come diritto condizionato dalle dinamiche di bilancio v., comunque, la sentenza n. 275 del 2016, secondo cui – in materia di trasporto scolastico dei disabili, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». In dottrina v., tra i molti, C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 548 ss.; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 39 s.; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, Il Mulino, 2013, 141 ss.; G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 35 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2016, f. 3, 9 ss.; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *i*, 2017, 73 ss.; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, Utet, 2018, spec. 101 ss.

²⁰ Al riguardo viene fatto notare da E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *op. cit.*, 47, come sia «proprio al Parlamento in seduta comune che si debbono sia il maggior numero di giudici eletti con ritardo sia la maggior consistenza dei ritardi medesimi» e ciò a causa del superamento di vecchie regole convenzionali sostituite da ripartizioni tra forze politiche sorrette da convenzioni mero stabili.

²¹ V. M. Volpi, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985, 502 ss., e L. Paladin, voce Presidente della Repubblica, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 178 ss. Cfr., di recente e molto opportunamente, V. Teotonico, *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in [Rivista AIC](#), 2022, f. 2, 60 ss.

nocciolo duro) del sistema costituzionale²². Non pare, tuttavia, che ad oggi siano state allegate argomentazioni convincenti al riguardo²³, e il tempo per farlo c'è stato visto che una simile innovazione sembra accomunare gran parte dei progetti, poi naufragati, che si sono susseguiti negli anni²⁴.

Un altro profilo trasversale è rappresentato dalla incontestabile rilevanza politica degli atti e comportamenti qui contemplati. Infatti:

(I) il dibattito sulla introduzione, nell'ordinamento italiano, di meccanismi diversi e più inclusivi di acquisto della cittadinanza ha impegnato le forze politiche in un braccio di ferro che, al momento, ha generato soltanto una situazione di stallo. Modelli innovativi come lo *ius scholae* e lo *ius culturae* hanno contribuito a dividere ulteriormente le forze politiche su tematiche più ampie come la gestione dei flussi migratori. L'adesione o meno ad un meccanismo più accogliente rispetto allo *ius sanguinis* riflette una diversa visione ideologica della società e del rapporto con lo straniero²⁵;

(II) il colore politico della maggioranza di governo può essere decisivo nell'azione complessiva di erogazione delle prestazioni connesse ai diritti sociali. L'attenzione verso le ragioni dell'equilibrio di bilancio, oltre ad essere alimentata da previsioni costituzionali sufficientemente perentorie al riguardo (si allude all'art. 81, ovviamente), può essere condizionata dalla sensibilità politica verso il complicato rapporto tra l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica e le finalità eminentemente sociali, di lotta e contrasto alla povertà, incarnate proprio nei diritti sociali e nelle conseguenti prestazioni. La decisione sui diritti sociali tende a divenire il più delle volte una decisione eminentemente politica²⁶;

(III) un Parlamento che non riesce ad eleggere uno o più giudici costituzionali non è altro che un organo collegiale in cui le divisioni politiche si sono rilevate così profonde e laceranti da precludere il raggiungimento del richiesto *quorum* deliberativo. In effetti, la selezione dei giudici costituzionali di matrice parlamentare è fortemente intrisa di politicità, a dispetto della ricerca di una immagine "a-politica" dell'organo di giustizia costituzionale²⁷. La problematica negoziazione tra i gruppi parlamentari, nonostante l'avvenuto consolidamento di regole convenzionali di allocazione di tali incarichi, risente parecchio del clima politico e la ricerca di una sintesi finisce coll'essere condizionata in maniera decisiva dai rapporti di forza tra i partiti e dall'idea che questi hanno del ruolo assegnato al giudice delle leggi;

IV) le rielezioni dapprima rievocate hanno trovato un terreno fecondo nell'arena politica che, nonostante l'importanza cruciale di questo frangente istituzionale, ha perpetuato le proprie dinamiche dialettiche e conflittuali. Dietro queste rielezioni c'è stata o una contingente, seppur intensa, criticità politica nel cercare un nuovo Capo dello Stato (Napolitano), oppure la volontà di mantenere una continuità altrettanto politica in un momento in cui altre decisioni (ad esempio, l'elezione al Quirinale dell'allora Presidente del Consiglio Mario Draghi) avrebbero dischiuso scenari non del tutto graditi,

²² Quanto alla sottoponibilità a scrutinio di costituzionalità delle leggi adottate ai sensi dell'art. 138 Cost. v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 119. Sul nucleo duro v. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, 68 ss., e, più diffusamente, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, spec. 63 ss.

²³ E, in effetti, A. SPADARO, *Dal "revisionismo" a buon mercato al "misoneismo" camuffato*, nel sito telematico dell'[AIC](#), nella sezione *La lettera* (12/2022), dissente «da una revisione della nostra "forma di governo" in senso presidenziale o semi-presidenziale, comunque in astratto legittima».

²⁴ Attuale è la riflessione di N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1891 ss.

²⁵ Si pensi all'intervista rilasciata dall'allora Ministro dell'Interno On. Minniti all'[Avvenire](#) (8 ottobre 2017): egli affermò che «una società che non aspetta il 18esimo anno d'età per riconoscere a un giovane nato in Italia e che si è formato qui la cittadinanza sia una società più solida e meno debole».

²⁶ V., soprattutto, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.

²⁷ V., rispettivamente, G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2019, f. 2, 152 ss., e G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2005, 273 ss.

se non persino avversati, quanto alla guida dell'esecutivo e alla persistenza stessa della già flebile maggioranza, così eterogenea e intrinsecamente incerta e precaria;

V) quasi sempre le riforme costituzionali messe in cantiere rispecchiano gli orientamenti politici dei rispettivi promotori. Benché vengano spesso accompagnate da dichiarazioni per così dire "neutre", circa la presunta improcrastinabilità di modifiche resesi necessarie da una architettura istituzionale giudicate obsoleta e inefficiente, tali riforme sono parte integrante di un preciso programma politico, quale occasione per imporre una certa visione delle istituzioni e della stessa Costituzione. E, dunque, le riflessioni che germogliano intorno ad una data proposta di revisione sono il più delle volte pervase da elementi politici, più che valutate dal punto di vista del diritto, in questo caso coincidente con i già citati principi supremi.

Riassumendo. Gli atti e i comportamenti dapprima considerati si muovono entro la cornice di legittimità disegnata dalle norme costituzionali e, nel contempo, assumo rilievo sul versante del confronto politico. Stando così le cose, l'interesse del cultore del diritto costituzionale dovrebbe scemare sino a dissolversi, lasciando ogni indagine agli studiosi di altre discipline, a cominciare dalla scienza politica.

Senonché, la pur indefettibile soggezione al metodo del costituzionalista non impedisce di percepire una netta sensazione di disagio, di dubbio, di incompiutezza, come se la sola prospettiva di studio illuminata dal concetto di legittimità si rivelasse angusta e, come tale, non idonea a cogliere la complessità globale dei fenomeni presi in considerazione. La tentazione di lasciare la guida ai politologi o agli altri studiosi degli accadimenti istituzionali sembra così cedere timidamente il passo ad uno sguardo più ampio, in un certo senso più curioso, nella consapevolezza che quella sensazione di disorientamento meriti uno sforzo proteso a scavare in profondità, nella convinzione che proprio nelle fondamenta della struttura costituzionale si possano recuperare elementi congeniali ad una lettura per molti versi inedita, quale appunto quella della sostenibilità costituzionale.

Se un individuo entra in un appartamento contro la volontà degli occupanti, è indiscutibile che si tratti di un comportamento illegittimo (*recte*, illecito), in quanto chiaramente *contra ius*. Se in quello stesso appartamento, che ha le dimensioni di un monolocale, vivono stipate dieci persone, nessun dubbio sul piano della legittimità/liceità, ma si possono certamente avanzare delle riserve, non tanto sul piano della opportunità di una simile convivenza, quanto ancor prima sul versante della idoneità strutturale di quell'immobile a garantire una esistenza libera e dignitosa ad un numero così elevato di persone.

Tornando agli accadimenti istituzionali che ci sono serviti per collocare pragmaticamente la riflessione teorica qui proposta, e dunque per dimostrare che anche il costituzionalista, pur dominato dal criterio della legittimità (in quanto ontologicamente materiale giuridico), può spaziare oltre senza rinunciare alla propria missione scientifica, un ottimo esempio può essere tratto dalle recenti considerazioni svolte da Enzo Cheli sulla riforma costituzionale fortemente voluta dal centrodestra, e in particolare da "Fratelli d'Italia". L'indiscussa autorevolezza e la profondità della riflessione suggeriscono di riportare testualmente i passaggi che, a questo fine, appaiono più significativi. Nel valutare complessivamente questa proposta, Cheli precisa che il suo ragionamento critico «non conduce di necessità ad escludere che l'Italia, in condizioni diverse da quelle attuali, possa adottare in futuro una forma di governo ispirata ad un modello presidenziale o semipresidenziale. Conduce, invece, ad escludere con ragionevole certezza che sia questo il momento per operare un passaggio di questa portata attraverso un "salto di corsia" dal modello parlamentare che abbiamo sinora utilizzato ad un modello semipresidenziale»²⁸. Cheli prosegue osservando che «oggi stiamo attraversando una fase istituzionale in cui il sistema politico, per il distacco che lo ha allontanato dal tessuto sociale, ha raggiunto un livello di fragilità e volatilità tale da rendere molto rischiosa l'eventualità di un suo passaggio dentro le forme di un modello di stampo presidenziale: modello che per sua natura risulta più divisivo e meno aperto alle intese del modello parlamentare. In fasi di questo tipo, per non trasformare la fragilità in rottura del tessuto istituzionale, le riforme, oltre che ben calibrate, devono

²⁸ E. CHELI, *Perché dico no al presidenzialismo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2022, f. 3, 60.

evitare di indebolire il quadro delle garanzie, tanto più se le stesse si colleghino ad un sistema di *checks and balances* come il nostro, che nel complesso ha ben funzionato consentendo alla costituzione di esprimere sinora un livello molto elevato di resilienza»²⁹. A questo punto, lo stesso Cheli offre al lettore un punto di vista particolare, ricco di implicazioni: «la conseguenza è che il problema maggiore che oggi dobbiamo affrontare sul terreno costituzionale riguarda non tanto quella “governabilità” che si è inseguita a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, quanto un profilo molto più impegnativo e radicale quale è la stessa “sostenibilità” del nostro tessuto democratico. La costituzione del 1948, in ragione del suo impianto garantista, del suo governo parlamentare e dei suoi efficaci poteri di controllo, ha assicurato sinora questa “sostenibilità” nonostante i progressivi smottamenti del sistema politico sottostante. Per questo tutto induce a pensare che la costituzione vada oggi difesa ancor più che in passato e che la forma di governo parlamentare di cui disponiamo, ancorché migliorata, non vada abbandonata»³⁰.

Cheli non contesta esplicitamente la illegittimità di questa riforma. Non pare, infatti, siano evocati i principi supremi racchiusi nel nucleo duro del sistema costituzionale. Nel contempo, non pare neppure che lo stesso Cheli si limiti ad una riflessione tutta protesa a stigmatizzare l'inopportunità politica del progetto di revisione. Piuttosto, sono allegare argomentazioni di sistema che – come si è visto – ruotano proprio intorno al concetto di sostenibilità. È vero che Cheli si riferisce espressamente alla democrazia, e non alla costituzione, ma è altrettanto indiscutibile che accedendo a questo versante di analisi, il criterio della legittimità resta sullo sfondo, così come la dimensione politica non appare predominante. La sostenibilità della democrazia, che si ritiene compromessa dal progettato abbandono della forma di governo parlamentare, s'intreccia con la tenuta stessa dell'impianto costituzionale, visto che è proprio la struttura eretta dai principi e dalle disposizioni della carta fondamentale a reggere il principio democratico e a consentirne la compiuta e coerente vitalità. Non è certo questa la sede per esplorare la complessa relazione tra costituzione e democrazia³¹. Nondimeno, quando si allude ad una sostenibilità democratica messa in discussione da un assetto di governo con caratteristiche così distanti dal parlamentarismo, si allude anche alla sostenibilità della costituzione quale atto e processo che indirizza la vita democratica verso il suo compimento quale presupposto per la sopravvivenza e il progresso di una società pluralista, laica, partecipativa, inclusiva, solidale, illuminata dal principio di eguaglianza nella sua duplice dimensione formale e sostanziale. Dunque, lamentare un attentato alla sostenibilità della democrazia significa anche paventare un rischio per la stessa solidità della struttura costituzionale, del quale viene messa in discussione la capacità di reggere stabilmente proprio il sistema democratico retto innanzitutto dal supremo canone di legittimazione della sovranità popolare.

Prima di procedere oltre, consideriamo la nota vicenda della mancata nomina a ministro dell'economia di Paolo Savona³². Il veto opposto dal Presidente Mattarella ha alimentato dubbi circa la sua legittimità costituzionale, tanto da fomentare azzardate ipotesi di messa in stato d'accusa³³. Nondimeno, il seguito della vicenda ha fornito elementi decisivi circa la legittimità di un simile comportamento. Nel contempo, questo accadimento è stato pienamente assorbito nella discussione politica, non essendo mancate voci di dissenso che si sono insinuate in un confronto tra forze politiche

²⁹ *Id.*, 61.

³⁰ *Id.*, 62 (enfasi aggiunta).

³¹ Su cui, in particolare, F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2019, e A. SPADARO, *Kelsen versus Kelsen: Democracy or Constitutional Democracy?* in *Italian Journal of Public Law*, 2021, 329 ss.

³² V. la [Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il Professore Giuseppe Conte](#) del 27 maggio 2018.

³³ V., infatti, G.U. RESCIGNO, *Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion pratica*, 2019, 283, il quale ricorda che «nel breve periodo intercorrente tra la notizia pubblica che Mattarella poneva il veto contro la nomina di Savona con conseguente ritiro dell'incarico e il compromesso per cui Savona poteva diventare ministro in un altro ministero (con la conseguenza che il primo incarico che aveva rinunciato si ripresentava accettando questa volta la nomina) incombeva contro il Presidente della Repubblica la minaccia pubblicamente espressa da uno dei due capi della coalizione di incriminarlo per attentato alla Costituzione e insieme la decisione di chiamare il popolo nelle piazze contro il Presidente».

già sufficientemente aspro. Ma è possibile risolvere questo caso in termini di comportamento legittimo anche se idoneo a suscitare dubbi di opportunità politica? È costituzionalmente sostenibile un siffatto veto presidenziale? E se lo è, lo è forse perché può considerarsi costituzionalmente insostenibile la nomina di una personalità che, con le sue reiterate dichiarazioni pubbliche denotanti una marcata avversione vero il processo di integrazione europea, avrebbe ostacolato il pieno coinvolgimento della Repubblica italiana proprio in questo processo?³⁴

3. *Sull'insufficienza del giudizio di legittimità in presenza di una Costituzione che oltre a limitare, orienta il potere.*

La Costituzione non è solo l'atto normativo che domina la scala gerarchica delle fonti del diritto, ma è anche *la base di una struttura destinata a funzionare in modo coerente rispetto ai suoi principi fondamentali*. Questa dimensione strutturale consente una ragionevole approssimazione al concetto di sostenibilità costituzionale.

Quando si valuta un atto sul piano della sua sostenibilità costituzionale, sospettando che non lo sia, si pensa ad una decisione legittima, ossia conforme al dettato costituzionale. Se quell'atto fosse illegittimo, verrebbe assorbito anche il giudizio di sostenibilità costituzionale in quanto per definizione un atto così viziato precluderebbe in radice alla Costituzione di operare nel senso strutturale dappima indicato. Un atto legittimo, però, potrebbe nondimeno ostacolare questa vocazione strutturale della Costituzione. Si può acquisire legittimamente un appartamento, ma non è detto che se ne faccia poi un uso coerente con la sua attitudine a favorire il pieno sviluppo della personalità e il godimento di un'esistenza libera e dignitosa.

È proprio questa la tesi che s'intende dimostrare: sino a che punto si può "usare" la Costituzione senza "abusarne"? Sino a che punto può spingersi una interazione con il dettato costituzionale che, pur svolta lungo i binari della legittimità, potrebbe nondimeno metterne in discussione la stabilità e la capacità di reggere l'intera struttura edificata intorno ai suoi principi fondamentali? Sino a che punto si può "stressare" la legge fondamentale senza violarla?

È intuibile quanto la posizione di un simile dilemma impegni la riflessione intorno al senso ultimo di una "costituzione", al suo ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico e la sua funzione rispetto alle più ampie relazioni sociali.

Con l'avvento del costituzionalismo liberale, alla Costituzione è stato attribuito il compito di arginare il potere ai fini della tutela dei diritti fondamentali: la Costituzione come limite al potere, ossia ad una condizione di supremazia che, in passato, aveva favorito ingerenze arbitrarie nella sfera giuridica dei consociati ad opera di autorità senza controllo legale³⁵.

La maturazione del costituzionalismo, intervenuta soprattutto verso la metà del Novecento, ha assecondato una inedita visione della legge fondamentale il cui ruolo si è arricchito di una ulteriore

³⁴ In argomento v. E. CHELI, *Natura giuridica del potere di nomina dei ministri*, in *Quad. cost.*, 2018, 671; A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al «populismo sovranista»*, in AA. VV., *Dal «contratto di governo» alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 17 ss.; A. RANDAZZO, «Viene anche lui, no, lui no». *Il ruolo del Presidente della Repubblica alla prova del «caso Savona»*, *ivi*, 125 ss.; P. COSTANZO, *Contributo al dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, 995 ss.; M. FERRARA, *L'influenza presidenziale sull'indirizzo estero nel settennato Mattarella. Una retrospettiva*, in *Quad. cost.*, 2021, 895 s. Critico V. ONIDA, *In regime parlamentare la scelta dei ministri fa parte dell'indirizzo politico del Governo*, in *Quad. cost.*, 2018, 674.

³⁵ Cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 146: «la funzione propria della costituzione, da cui trae la sua preminenza, è di condizionare la validità delle varie attività dello Stato». Dal canto suo V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 8, ricorda come le moderne costituzioni siano state scritte «per fissare limiti al potere di chi comanda, per definire le condizioni e i modi in cui l'autorità deve essere esercitata (...) e per fissare i diritti dei soggetti nei confronti dell'autorità, che non può legalmente violarli».

funzione, quale quella di *orientare l'esercizio* stesso del potere, a cominciare da quello legislativo³⁶. Il potere è preordinato a garantire la pace e l'ordine nei rapporti intersoggettivi. È, dunque, uno strumento per governare il conflitto sociale. Il liberalismo aveva devoluto questo compito alle istituzioni attraverso le quali si esprimeva il monopolio statale nell'uso della forza: polizia ed esercito. I successivi sviluppi del costituzionalismo hanno, invece, immesso il conflitto sociale nel «“giardino” delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite»³⁷. Così, il problema non è solo limitare il potere, ma stimolarne e indirizzarne le concrete esplicazioni verso i pilastri intorno ai quali costruire un edificio stabile entro cui collocare quel conflitto sociale: conflitto che non è solo un problema di ordine pubblico, ma anche una questione di coerenza rispetto ai valori primari destinati ad aggregare le diverse anime del pluralismo democratico e sociale. In questa inedita veste, la Costituzione appare agire, come ha intuito Cass Sunstein, quale «strategia di assunzione di impegni per il futuro»³⁸: non semplicemente una limitazione al potere che si manifesta nel quotidiano governando il presente, ma una prospettiva di obiettivi proiettati nel tempo che appunto impegnano le istituzioni nella loro complessa opera di attuazione. E questo impegno si articola intorno ai principi che più di altri testimoniano e incarnano l'attitudine della Costituzione ad agire come motore di cambiamento sociale.

L'enunciazione di norme di principio idonee a condizionare e, spesso, a vincolare la discrezionalità del legislatore, talvolta riduttivamente accolte come mere norme programmatiche, attesta e nel contempo testimonia l'avvenuta consacrazione di un modello costituzionale in grado di assecondare la svolta interventista dello Stato, non più passivo spettatore delle dinamiche comunitarie, ma protagonista esso stesso del cambiamento sociale attraverso il suo atto più qualificante, vale a dire proprio la Costituzione³⁹. In fondo, questi principi non sono altro che la trasposizione giuridica delle concezioni ideali invalse nel tessuto sociale, quali rappresentazioni essenziali di una struttura sociale autenticamente preordinata a garantire non solo il pacifico svolgimento delle relazioni intersoggettive, ma anche il benessere generale e la coesione pur in seno ad una comunità intrinsecamente composita e variegata.

Questa evoluzione del senso ultimo ascritto alla Costituzione non può rimanere senza conseguenze sul piano dei suoi rapporti con il potere.

Una Costituzione costruita quale atto normativo volto a frenare e contenere il potere nelle sue molteplici modalità di espressione è una costituzione che, per affermare la propria primazia all'interno dell'ordinamento giuridico, non può che avvalersi delle potenzialità insite nel criterio gerarchico. Una legge che viola la legge fondamentale è dichiarata incostituzionale. Un atto che lede la sfera di attribuzioni di un altro potere dello Stato è annullato. L'inosservanza della Costituzione è sanzionata secondo lo schema costruito intorno al concetto di *legittimità*. Le leggi e le altre manifestazioni di potere incompatibili con la Costituzione sono illegittime, sostanziandosi nella trasgressione di una o più norme giuridiche di rango superiore⁴⁰. La giustizia costituzionale si esprime proprio nell'alveo tracciato dal concetto di legittimità⁴¹. Il “custode della costituzione” è posto a

³⁶ Imprescindibile la lettura di A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 53 ss.

³⁷ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?* in *Quad. cost.*, 2007, 16.

³⁸ C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, New York, Oxford University Press, 2001, trad. it., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 136 ss.

³⁹ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 15 ss., nonché O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2014, spec. 297 ss.

⁴⁰ Sulla possibilità di estendere il concetto di legittimità anche agli atti normativi (e non solo ai comportamenti umani) v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 47 ss.

⁴¹ In uno dei più accreditati manuali di giustizia costituzionale si legge che «le leggi sono incostituzionali quando contrastano con specifiche norme della costituzione che assumono la funzione di parametri della loro validità. Si può dire che l'invalidità della legge in quanto incostituzionalità dipende dall'inconciliabilità con “un'altra legge”. L'incostituzionalità è un'avventura tra leggi, l'una misura dell'altra. La giustizia costituzionale è l'arbitro di quest'avventura». Sicché, «l'eventuale contrasto che emerga dal raffronto sarà eliminato, armonizzando il termine più debole (la legge) con quello più forte (la costituzione) quando è possibile, o eliminando in radice il più debole, quando è

presidio della legittimità costituzionale, sia esso uno specifico organo giudiziario, secondo la teoria propugnata da Hans Kelsen, o sia esso il Capo dello Stato quale garante della decisione politica fondamentale, stando all'intuizione di Carl Schmitt⁴².

Dal punto di vista operativo, il giudizio di legittimità si risolve in un confronto tra uno o più norme costituzionali, in guisa di parametri o *standard*, e una manifestazione di potere (una norma giuridica di matrice legislativa o una determinazione assunta da un potere dello Stato, o persino una omissione dello stesso) che si assume quale oggetto del sindacato devoluto al giudice costituzionale. La violazione del parametro trasmoda in illegittimità, con conseguente caducazione dell'atto censurato o impugnato.

Anche una visione per così dire "positiva" della Costituzione (come impulso e guida) non esclude l'operatività del modello appena riassunto. Una norma legislativa che dovesse frustrare o persino disattendere un principio costituzionale, precludendo il conseguimento dell'obiettivo in esso racchiuso, avrebbe la medesima sorte in termini di declaratoria di illegittimità. Nondimeno, l'accesso ad una concezione propositiva (e non meramente limitativa o preclusiva) della costituzione si rivela in grado di illuminare un inedito orizzonte funzionale, quale quello per l'appunto della *sostenibilità costituzionale*.

Il seguente esempio potrà già delineare un abbozzo del ragionamento che si tenterà di costruire in prosieguo di trattazione.

Si consideri il principio di eguaglianza, nella sua duplice dimensione formale e sostanziale.

Quando una norma legislativa è censurata per aver discriminato situazioni omogenee (o anche per aver riservato il medesimo trattamento giuridico a situazioni in realtà diverse), la violazione del principio di eguaglianza formale verrà sancita e dichiarata secondo il modello tradizionale della legittimità: la norma è espunta dall'ordinamento in quanto incostituzionale.

Anche la violazione del principio di eguaglianza sostanziale potrebbe culminare nella stessa declaratoria di illegittimità, come nel caso di norme che impediscono alle istituzioni repubblicane di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale indicati nel secondo comma dell'art. 3 Cost. Nondimeno, questo stesso principio, affermatosi con l'ampliamento dell'orizzonte costituzionale un tempo saldamente ancorato ai dettami del liberalismo, ha contribuito a rivedere la fisionomia complessiva (sia dal punto di vista strutturale, che in termini funzionali) dei poteri dello Stato, a cominciare da quello legislativo. E questa trasformazione suggerisce, per le ragioni che verranno di qui a poco esposte, di non limitarsi a osservare il rapporto tra costituzione e leggi nei soli termini imposti dal giudizio di legittimità. Così, una norma legislativa, destinata ad impattare nei rapporti socioeconomici (dunque, proprio nel terreno in cui l'eguaglianza sostanziale è destinata ontologicamente ad attecchire e a svilupparsi), potrebbe anche superare indenne il sindacato di costituzionalità e, nondimeno, rivelarsi costituzionalmente insostenibile⁴³. Ciò non significa proiettare questo principio al di fuori dell'orbita tracciata dal diritto costituzionale, quanto piuttosto mantenere integra questa collocazione sfruttando al meglio le sue intrinseche potenzialità⁴⁴.

impossibile armonizzarlo»: così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I) Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, Il Mulino, 2018², 185 e, rispettivamente, 187.

⁴² V., rispettivamente, H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in *Die Justiz*, 1930-1931, 576 ss., e C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161 ss.

⁴³ Forse non è un caso se, contrariamente al primo comma, il secondo comma dell'art. 3 ha operato raramente quale parametro di legittimità, rendendo così poco "giustiziabile" la dimensione sostanziale dell'eguaglianza. Invero, come ha sottolineato G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, 103, il secondo comma dell'art. 3 «ha avuto scarsissimo rilievo in quanto tale (...) e quasi sempre travestito nei panni del primo comma» V., sul punto, Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 95 ss. V., però, già L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli. I) Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, 299 ss. V. anche A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2001, 99 ss.

⁴⁴ Ha efficacemente scritto A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, 2021, f. 4, 40, che «il secondo comma dell'art. 3 non è una norma potenzialmente al di sopra e al di fuori del modello costituzionale (...), ma un elemento del sistema, chiamato a convivere e a mantenere un rapporto di coerenza

Si pensi ancora ai diritti sociali, che del principio di eguaglianza sostanziale sono gli strumenti privilegiati di invero. E si pensi soprattutto al loro riconoscimento come diritti “condizionati”. Ebbene, una riduzione di questo tasso di protezione potrebbe anche sfuggire ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, proprio sfruttando al massimo questa qualificazione. Purtuttavia, questa stessa misura potrebbe alimentare dubbi ragionevoli circa la sua sostenibilità costituzionale. Così ragionando, la “condizionalità” dei diritti sociali, che ne rappresenta nel contempo il tratto qualificante e l’elemento di vulnerabilità, potrebbe essere riletta con uno sguardo diverso da quello della legittimità. Se poi si pensa che i diritti sociali hanno segnato il superamento della prospettiva angusta tracciata dal pensiero liberale per suggellare l’avvento di un nuovo modo di intendere e di concepire la Costituzione, è proprio su di essi che si potrebbe, anzi si dovrebbe (per essere coerenti con questa transizione) sperimentare un nuovo approccio, non circoscritto alle sole valutazioni di legittimità, ma esteso anche a considerazioni di sostenibilità.

4. *La Costituzione come higher law. La Costituzione come fundamental law.*

La differenza tra legittimità e sostenibilità può essere colta prendendo le mosse da altrettante diverse concezioni della Costituzione quanto alla sua posizione nell’ordinamento giuridico.

Si ragiona di “legittimità” quando si pensa alla costituzione come fonte del diritto che legittima le altre fonti a produrre norme giuridiche⁴⁵. Considerata la supremazia vantata nel sistema, le norme giuridiche prodotte dalle predette fonti non possono contraddire la Costituzione. Sicché, una norma di rango primario è legittima se non genera una antinomia con la fonte superprimaria. Dunque, la legittimità costituzionale è quella condizione di equilibrio del diritto positivo che riflette la proiezione verticale del sistema delle fonti, alla stregua del criterio gerarchico.

Si ragiona di “sostenibilità” quando si pensa alla Costituzione come atto normativo che sorregge l’intero ordinamento giuridico: la Costituzione, per l’appunto, come atto normativo fondamentale, nel senso che ha gettato le basi destinate a sopportare il peso dell’ordinamento.

Come si può notare, queste due diverse percezioni illuminano differenti e complementari ruoli della Costituzione: la dimensione della legittimità riposa sull’idea della Costituzione quale fonte del diritto che condiziona la validità di tutte le altre fonti ad essa subordinate al requisito del pieno rispetto delle previsioni in essa enunciate; la dimensione della sostenibilità valorizza la collocazione della Costituzione alla base dell’ordinamento, quale presupposto e scaturigine del medesimo.

Quando si polarizza l’attenzione sulla supremazia della Costituzione, quale norma sovraordinata a tutte le altre espressioni di potere normativo, e si percorre la strada tracciata dalla legittimità per definire il rapporto tra le fonti collocate su piani diversi si accede alla prospettiva illuminata dalla Corte suprema degli Stati Uniti sin da *Marbury v. Madison*: «the constitution is (...) a superior, paramount law»⁴⁶. La kelseniana costruzione a gradi (*Stufenbau*) offre, dal canto suo, una razionale impostazione teorica al modello basato sulla legittimità. Quando una norma regola la produzione di diritto ad opera di un’altra la norma, la prima è fondamento di validità della seconda. Il rapporto tra le due norme è da Kelsen raffigurato «con l’immagine spaziale dell’ordinamento superiore e inferiore. La norma che determina la produzione è la più alta e quella prodotta nella forma stabilita è la più

(sia pure da una posizione che non esito a definire qualitativamente primaria, e quindi in un bilanciamento che è stato correttamente definito “ineguale” con una serie di altri contenuti, che riguardano complessivamente le ragioni e i diritti dell’economia privata, e le esigenze di equilibrio finanziario».

⁴⁵ Così scrive E.S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1929, 42, 3, 409: «in the American written Constitution, higher law at last attained a form which made possible the attribution to it of an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating from the sovereign people». V. anche B. ACKERMAN, *Higher Lawmaking*, in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 63.

⁴⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), dove la Corte suprema precisa che «certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void».

bassa. L'ordinamento giuridico non è pertanto un sistema di norme giuridiche di egual gerarchia (...), ma è un ordinamento a gradi, composto di differenti strati di norme giuridiche»⁴⁷. Dunque, al di sotto del presupposto della *Grundnorm* «il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla costituzione»⁴⁸.

Dal canto suo, la “fondamentalità” della Costituzione, nei termini dapprima descritti, è stata bene messa in luce da Gustavo Zagrebelsky⁴⁹. La Costituzione registra il pluralismo quale tratto qualificante gli odierni Stati costituzionali. Le differenze debbono essere ricomposte «in una qualche unità di grado superiore». Se questa era la funzione ascrivita alle costituzioni percepite quali atti sovrani, «della costituzione del nostro tempo non si può dire la stessa cosa: essa non opera al di sopra, ma nelle fondamenta dell'ordinamento giuridico; essa apre, non chiude, la competizione, per così dire, distribuendo le carte e regolando le procedure affinché il confronto e la concorrenza si svolgano correttamente». Dunque, la Costituzione «sta alla base; è, come si dice, “norma fondamentale”. Deve porre i principi: principi, nel senso di punti da cui si principia, a partire dai quali le componenti della società possono legittimamente muovere per trovare soddisfazione nella legge». Stando così le cose, «la *sovranità* della legge è stata sostituita dalla *fondamentalità* della Costituzione. Pensare alla costituzione come “un grado in più di diritto” sovrapposto al diritto legislativo significa proporre un'idea monarchico-gerarchica della Costituzione, contraddittoria rispetto al tempo democratico-pluralista odierno». Stando al di sotto della vita politica, la costituzione è «norma sottana»⁵⁰.

Non credo che l'Autore di questa lucida e intrigante ricostruzione avesse in mente proprio l'idea della sostenibilità costituzionale quando ha discettato di fondamentalità. In effetti, il modello della legittimità non è superato accedendo alla tesi della “Costituzione sottana”. Nondimeno, l'enfasi rivolta a questa dimensione della Costituzione, che nel pensiero di Zagrebelsky appare dominante nell'attuale epoca pervasa dal principio pluralista, può aiutarci a rivelare un volto della Costituzione congeniale alla riflessione teorica qui esposta. Si può senz'altro legittimare anche “dal basso” le diverse forme di invero della potestà normativa ulteriore rispetto alla Costituzione, ma le si può anche assegnare il compito di sostenere una struttura complessa e articolata con le conseguenze che si cercheranno di trarre più avanti.

5. I principi fondamentali e il senso della “vocazione sociale” delle moderne Costituzioni.

Invero, la distinzione tra legittimità e sostenibilità riflette anche un diverso modo di intendere la struttura all'interno della quale la Costituzione dispiega la propria “supremazia” ovvero “fondamentalità”.

L'accoglimento del modello della legittimità ci induce a osservare la dimensione statica e dinamica della struttura di riferimento come un complesso organico di elementi eterogenei che aspira all'equilibrio. Il criterio della legittimità opera in funzione della composizione delle antinomie che possono materializzarsi nel rapporto tra le fonti del diritto. Una norma è valida se non contraddice un precetto posto da una fonte di rango superiore. Quando la Corte costituzionale pronuncia una sentenza

⁴⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, 105.

⁴⁸ *Ibidem*. In H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, 118, il principio di legittimità è declinato come riconoscimento della permanenza della validità di una norma giuridica sino a quando essa non sia resa invalida «nel modo determinato dall'ordinamento giuridico stesso».

⁴⁹ Le citazioni che seguiranno sono tutte tratte da G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 143 s.

⁵⁰ Già a suo tempo C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 21, definì “oscura” l'espressione «costituzione sovrana», dal momento che «più propriamente, può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è semplicemente vigente». Più avanti lo stesso A. considerò una finzione la configurazione di un “sovrano” sistema costituzionale che «in nessun luogo può essere violato o soltanto influenzato per motivi e necessità dell'esistenza politica».

di rigetto si ha la negazione, in quel caso, di una antinomia, nel senso che la norma censurata non contraddice il parametro di legittimità. All'opposto, una decisione di accoglimento certifica la violazione del dettato costituzionale ad opera di una norma posta da una fonte primaria, dunque una antinomia, che viene cancellata attraverso la rimozione della regola illegittima. Insomma, la legittimità riflette e recepisce un bisogno vitale per il diritto positivo, quale quello di operare come un vero e proprio "sistema normativo". E per farlo, atteso il pluralismo delle fonti del diritto, deve poter contare non tanto sulla assenza di antinomie, quanto piuttosto su criteri certi di risoluzione delle stesse⁵¹.

In questa struttura, la Costituzione esprime appieno la propria natura di fondamento di legittimità delle fonti ad essa subordinate e offre al suo "custode" gli standard di giudizio alla stregua dei quali comporre le eventuali antinomie con gli atti normativi primari.

Una struttura, come quella appena descritta, che confida sui criteri di composizione delle antinomie quale presidio di stabilità, coerenza ed equilibrio, affida innanzitutto alla Costituzione il compito di limitare il potere affinché non siano lesi i diritti fondamentali. Una contraddizione tra la fonte superprimaria e una fonte primaria può anche investire rapporti e situazioni non direttamente collegate ai predetti diritti: si pensi al contenzioso tra Stato e Regioni⁵². Nondimeno, se si pensa al compito assegnato alla costituzione sin dal 1789 e se si pensa che il "primo" potere che potrebbe attentare alla integrità dei diritti fondamentali è proprio quello legislativo, (trattandosi di potere nelle mani della maggioranza), allora è chiaro che la risoluzione di una antinomia, quale quella in esame, è funzionale ad assicurare «la garantie des droits»⁵³. Non è solo una questione di coerenza interna al sistema, ma ancor prima di integrità di quelle posizioni giuridiche soggettive che rappresentano il punto di incontro tra le aspirazioni autoritative delle istituzioni pubbliche e le pretese di libertà vantate dai consociati. È, dunque, questa una struttura che assorbe i tratti qualificanti il costituzionalismo di matrice liberale, che esalta cioè la centralità della Costituzione come limite al potere.

Consideriamo ora la prospettiva illuminata dal concetto di sostenibilità, ancorato alla immagine della Costituzione come *fundamental law*.

La struttura che ha alla base la Costituzione non è semplicemente l'immagine riflessa e capovolta dello *Stufenbau*. Invero, questa struttura asseconda la vocazione della stessa Costituzione a stimolare e a guidare innanzitutto l'attività di produzione normativa devoluta alle altre fonti del diritto, a cominciare dalla legge ordinaria del Parlamento. Sia chiaro. La Costituzione non ha alcuna pretesa di assorbire l'intera produzione normativa affidando al legislatore ordinario un ruolo di mera attuazione. Esiste anche uno "spazio costituzionale neutro" dove il legislatore può esprimere compiutamente la propria discrezionalità⁵⁴. Il ragionamento qui proposto afferisce a quei segmenti della materia costituzionale dove si avverte tangibilmente la vocazione sociale della Costituzione, quale motore di cambiamento sociale.

Nella costruzione a gradi, il cui vertice è occupato dalla Costituzione, ciò che rileva è il *rispetto* della fonte superprimaria. Le fonti ad essa subordinate non possono violarne le disposizioni. La comparazione tra il contenuto precettivo del parametro e quello dell'oggetto di una eventuale questione di incostituzionalità è l'operazione finalizzata a constatare la sussistenza o meno di una antinomia. La condizione di equilibrio garantita dal "rispetto" è soddisfatta grazie alla coerenza interna alla struttura normativa di riferimento, declinata come non contraddizione tra i suoi molteplici e variegati elementi. È questa l'essenza del *judicial review of legislation* e, dunque, di un controllo

⁵¹ Illuminante L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 71 ss.

⁵² Su cui, di recente, B. LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022.

⁵³ In alcuni casi anche in un giudizio instaurato per dirimere un conflitto tra Stato e Regioni possono assumere rilievo i diritti fondamentali, e non solo la distribuzione delle rispettive attribuzioni, come dimostra, ad esempio, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 2019, 131 ss.

⁵⁴ V. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022⁷, 133.

giudiziario sulla costituzionalità delle leggi. Il giudice costituzionale non potrebbe che giudicare in base a criteri di legittimità⁵⁵.

Quando, invece, si pensa alla struttura normativa che scaturisce dalla base costituzionale, *vale a dire da ciò che sostiene quella stessa struttura*, assume rilevanza più che il “rispetto” (nei termini suindicati) il processo di *inveramento* dei principi enunciati dalla legge fondamentale.

L’inveramento è qualcosa di più della mera attuazione del dettato costituzionale. Con il termine “inveramento” si allude all’attitudine dei principi costituzionali di incidere autenticamente nella struttura qui considerata determinando di riflesso un mutamento nel tessuto sociale coerente con le concezioni ideali in essi racchiuse⁵⁶. Inverare significa raggiungere la verità. E per “verità costituzionale” si può intendere la reale conformazione dell’assetto sociale ai principi fondamentali. La condizione di equilibrio garantita dall’“inveramento” è soddisfatta ogni qual volta i principi costituzionali riescono a dispiegare un reale effetto sugli assetti comunitari. Si badi bene. La Costituzione non intende certo soffocare il libero dinamismo sociale, né inibirne o forzarne gli sviluppi. Essa, piuttosto, ambisce a correggere, a stimolare, a prospettare possibili orizzonti, talora a promettere rivoluzioni che le sole forze sociali non sarebbero in grado di attuare autonomamente⁵⁷. La vocazione sociale della Costituzione, per l’appunto, che si esprime soprattutto quando c’è in gioco la dignità della persona⁵⁸.

Per cogliere appieno la differenza tra queste due concezioni basate sul rispetto e sull’inveramento, può apparire utile ragionare di “domanda di Costituzione”⁵⁹.

Il processo costituente, che giustappunto culmina nell’adozione di una Costituzione, è sempre stimolato, in maniera più o meno vistosa a seconda delle concrete circostanze storiche, da una richiesta impellente di norme fondamentali proveniente dalla società. Non solo le Costituzioni votate da una apposita assemblea, ma persino quelle concesse da un sovrano più o meno illuminato sono il frutto di una sollecitazione maturata e coltivata in seno alla comunità. L’insieme dei consociati, pur divisi da differenti posizioni ideologiche o culturali o sociali, esprime la necessità di dotarsi di un complesso organico di principi e norme in grado di presidiare i diritti fondamentali generando una architettura istituzionale fondata sul principio della separazione dei poteri. La Costituzione non è calata dall’alto, ma è il risultato di un’interazione, spesso conflittuale, tra società e autorità, tra chi vive di libertà e chi si avvale del potere. E questa relazione costante alimenta la legittimazione della Costituzione ad operare quale atto normativo fondamentale. Invero, «le costituzioni democratiche traggono la loro forza dalla società che in esse si esprime. Se la società, oltre che democratica, è pluralista, questa forza sarà un incontro, un punto di equilibrio»⁶⁰.

⁵⁵ V. H. KELSEN, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of Politics*, 1942, 183 ss. Cfr. pure M. CAPPELLETTI, J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 1966, 79, 6, 1207: «the doctrine of judicial supremacy (...) gives the courts the power and the obligation to declare invalid all law that is incompatible with the constitution».

⁵⁶ Così, infatti, Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, cit. 825.

⁵⁷ Mi riferisco chiaramente a Piero Calamandrei quando ci illumina sul senso dell’introduzione, nella trama costituzionale, dell’allora inedito principio di eguaglianza sostanziale. «Più che il punto d’arrivo di una rivoluzione già compiuta», la consacrazione della dimensione sostanziale dell’eguaglianza rappresenta «il punto di partenza di una rivoluzione (o di una evoluzione) che si mette in cammino»: P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1946, XLI s. Invero, «per compensare le forze di sinistra della rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella costituzione una rivoluzione promessa»: ID., *Introduzione storica sulla Costituente*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, G. Barbera, 1950, CXXXV.

⁵⁸ Come ha opportunamente sottolineato A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 1 ss.

⁵⁹ In tal senso F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1986⁴, 8 s., ripresa da Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, 58 ss., e ulteriormente affinata e arricchita da A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 18. Cfr. altresì R. DICKMANN, *Costituzione e contesto*, in *Dir. soc.*, 2010, 50. S’interroga sulle tante “domande” di Costituzione sopravvenute all’opera di codificazione svolta dalla Costituente A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007, 42 ss.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 150.

Questa domanda di Costituzione mira senza dubbio a edificare una struttura normativa in cui la legittima produzione giuridica sia condizionata da una fonte superiore che definisca innanzitutto organi e regole procedurali. La costruzione a gradi è senza dubbio la risposta a questa domanda, atteso che la Costituzione è destinata ad operare quale presupposto di legittimità delle fonti ad essa subordinate. Tuttavia, la domanda di Costituzione si esprime anche (e soprattutto, se si pensa ai più recenti sviluppi del costituzionalismo) attraverso la ricerca e la conseguente consacrazione di principi fondamentali idonei ad imprimere una svolta al processo di trasformazione sociale.

L'avvento di una nuova concezione della Costituzione, qualitativamente più ricca rispetto a quella forgiata dal pensiero liberale, ha reso la stessa ancor più permeabile alle istanze sostanziali provenienti dal tessuto sociale di riferimento. Queste istanze, mediate dall'azione dei movimenti politici coinvolti nei diversi processi costituenti, si sono tradotte nella prospettazione di concezioni ideali della società verso cui tendere per edificare una società più giusta in termini di eguaglianza, pluralismo, solidarietà, senza con ciò rinnegare o mortificare il retaggio dell'esperienza liberale del primo costituzionalismo. Queste concezioni ideali sono state a loro volta trasfuse in principi giuridici, divenendo materiale normativo come tale idoneo ad impegnare non solo politicamente le istituzioni preposte all'inveramento del dettato costituzionale⁶¹.

Sostiene Massimo Luciani che «la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente *non c'è* in Costituzione un *disegno di società*, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di transizione ad una società futura *che però non è regolata in Costituzione*, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del *processo* di trasformazione che le forze politiche e sociali debbono innescare per “rimuovere gli ostacoli” di cui parla il secondo comma dell'art. 3»⁶². È certo, comunque, che ogni Costituzione, se vuole davvero segnare una rottura polemica rispetto al passato, non può che assurgere a strumento normativo privilegiato per concorrere, in modo decisivo, ad erigere un assetto sociale diverso da quello che ospitò la sua nascita. Questa trasformazione potrà aver luogo proprio assecondando quei principi fondamentali che, essendo la traduzione giuridica delle concezioni ideali assurte a valori comunitari, mirano proprio a far registrare un progresso, un miglioramento in seno alla società. Le concezioni ideali rispecchiano l'attitudine del genere umano ad assecondare un anelito di «costante progresso verso il meglio»⁶³. Come annotò Kant, la Rivoluzione francese, nel cui terreno germoglio l'idea primigenia di costituzione, si concretizzò uno stato d'animo sensibile «a ciò che è ideale»⁶⁴.

Proprio la percezione di ciò che può considerarsi “ideale” aiuta a cogliere la differenza tra le due strutture appena descritte.

La Costituzione “*higher law*” posta al vertice della struttura piramidale, quale *presidio di legittimità*, mira a soddisfare l'idea di un sistema normativo intrinsecamente coerente, capace di reagire ad eventuali contraddizioni tra le sue molteplici ed eterogenee componenti. Solo così il diritto positivo potrà assolvere alla propria funzione di ordine e pace nelle relazioni intersoggettive.

La Costituzione “*fundamental law*” posta alla base di una struttura costruita intorno a principi fondamentali, quale *garanzia di sostenibilità*, aspira a favorire un processo di cambiamento sociale orientato verso il compiuto inveramento delle concezioni ideali trasfuse proprio in quei principi. Solo così il diritto positivo potrà contribuire al progresso e al benessere comune.

Siamo al cospetto di due distinte, seppur complementari, visioni dell'ordinamento giuridico: la prima, retta dal principio di legittimità, rispecchia un anelito di ordine e razionalità, così che le norme

⁶¹ Cfr., volendo, Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, 779 ss. Sulla costituzione come «trionfo di un ideale» v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022²³, 121.

⁶² M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 129 s. Sulla costituzione come «programma di una nuova società» v. E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Milano, Rizzoli, 2006, 10.

⁶³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 48 s.

⁶⁴ I. KANT, *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei*, in *Der Streit der Fakultäten*, 1798, trad. it., *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, 219.

giuridiche possano legittimamente regolare i comportamenti umani in modo univoco e, dunque, non contraddittorio; la seconda, retta dal principio di sostenibilità, riflette una considerazione degli istituti giuridici come motori di trasformazione sociale. Chiaramente, questa è una distinzione tendenziale, non rigida, nel senso che anche il criterio di legittimità può contribuire a rendere “migliore” la società, visto che grazie ad esso leggi “ingiuste” volute dalla sola maggioranza possono essere espunte dall’ordinamento quali espressioni di un cattivo esercizio della potestà legislativa. Nondimeno, questa distinzione, pur con tutti i suoi limiti, aiuta a svelare la portata del concetto di “sostenibilità costituzionale” come categoria che concorre a promuovere appieno le potenzialità, di ordine e di sviluppo, della legge fondamentale⁶⁵.

Storicamente, questa attitudine delle categorie giuridiche risultò inibita o fortemente frenata dal dominio del pensiero liberale, interessato a mantenere ben ferma la separazione tra società e Stato. Ogni cambiamento sociale sarebbe stato il frutto di spontanee dinamiche comunitarie, essendo il compito delle istituzioni pubbliche circoscritto alla definizione delle “regole del gioco” e allo svolgimento di poche funzioni preordinate alla sopravvivenza e alla stabilità del patto sociale.

In molti Paesi, il superamento di questa prospettiva ha reso variabile il confine tra società e Stato, rendendo la prima permeabile agli stimoli, alle sollecitazioni, ai condizionamenti, persino alle determinazioni assunte dagli organi del secondo. Ferma restando l’ontologica capacità della società di tracciare il proprio cammino grazie alla interazione quotidiana delle sue componenti (individuali e collettive), lo Stato ha rivendicato un ruolo più incisivo, ricavandolo proprio dai nuovi principi costituzionali volti a consacrare questa inedita versione interventista del potere. Siffatti principi, pur assecondando questa vocazione sociale, definiscono nel contempo anche il confine che il potere non può oltrepassare pena la frustrazione della vitalità sociale.

Sicché, la struttura sostenuta dalla Costituzione sarà in grado di concorrere al cambiamento sociale nella misura definita dai principi fondamentali, il cui inveramento complessivo non può misurarsi soltanto col pure indefettibile rispetto del principio di legittimità.

6. Caratteri della struttura eretta dalla legge fondamentale e deviazione dai principi come insostenibilità costituzionale.

Quando la violazione di un principio trasmoda in illegittimità e quando la deviazione da uno stesso principio assume rilievo in termini di insostenibilità costituzionale? Detto in altri termini, è possibile immaginare una deviazione da un principio costituzionale che non sia configurabile come vizio di illegittimità quanto piuttosto come sintomo di insostenibilità costituzionale?

In via preliminare, occorre cogliere le caratteristiche qualificanti la struttura che la Costituzione, attraverso i suoi principi fondamentali, sorregge.

I principi costituzionali sono destinati a sorreggere una *struttura* composta, in cui si intrecciano molteplici elementi a partire dal materiale normativo: fonti del diritto, statuizioni giurisprudenziali, prassi. La Costituzione mira a presidiare i diritti fondamentali di fronte a possibili abusi ad opera delle istituzioni titolari del potere. Questo compito non può essere assolto in solitudine, richiedendo in realtà una interazione costante tra la stessa Costituzione e i tanti atti, variamente denominati e qualificati, che concorrono al suo compiuto inveramento.

⁶⁵ A questo punto soccorre un’importante precisazione. Diversamente dalla teoria istituzionale – penso soprattutto a L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, Paris, Fontemoing, 1923, 116 ss. – nell’edificio teorico qui eretto la struttura sociale (quale entità di fatto animata dai rapporti di forza fra i gruppi sociali) non è collocata al di fuori del diritto. La tesi qui patrocinata valorizza l’interazione, vicendevole e costante, tra società e istituzioni giuridiche, dove il diritto rileva anche come prodotto sociale e la società come realtà incisa dal diritto e condizionata dallo stesso nella sua evoluzione. Forse, si può registrare una qualche analogia con M. HAURIOU, *L’institution et le droit statutaire*, in *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, Eduard Privat, 1906, 134 ss., incline a riconoscere alla società i caratteri della giuridicità. V., poi, Santi ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1917. La costituzione come intreccio tra dimensione normativa e dimensione fattuale fu descritta da R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Duncker-Humblot, 1928.

Questa struttura mira a consolidare la *coesione sociale* intesa quanto meno come pacifico e ordinato svolgimento delle relazioni comunitarie in vista del benessere comune, e, ciò nonostante, le pur fisiologiche differenze tra consociati e tra formazioni sociali⁶⁶. La protezione dei diritti fondamentali non è, nell'odierno costituzionalismo, una questione meramente individuale. Essa rileva anche e soprattutto nella dimensione comunitaria in cui si muove il singolo consociato. Le relazioni tra titolari di diritti fondamentali, ben potendo questi confliggere tra loro, sono il banco di prova di questa coesione, che a sua volta è la condizione primaria per garantire la sopravvivenza del patto sociale.

Ogni struttura riposa su di un determinato equilibrio. Diversamente, sarebbe esposta al rischio costante di tradire le aspettative di quanti confidano in essa come luogo in cui praticare relazioni intersoggettive pacifiche e ragionevolmente ordinate. L'indefettibile *equilibrio* di questa struttura è preordinato innanzitutto a garantire la *conservazione* e, dunque, la perpetuazione nel tempo della società. La società si affida anche alle istituzioni giuridiche per scongiurare il rischio di un *bellum omnium contra omnes*, capace solo di far valere la legge del più forte.

Come tale la struttura stessa deve rivelarsi idonea, grazie alla forza portante dei predetti principi, a *sopportare* le tante e variegate sollecitazioni provenienti dal tessuto sociale, sempre esposto al rischio di lacerazioni e contraddizioni. Essa, cioè, deve dimostrare una importante *capacità di carico* e, dunque, di *recupero* rispetto alle oscillazioni provocate da queste pressioni, dimostrando *resilienza* e *attitudine alla rigenerazione*.

Infine, oltre a garantire la stabilità statica della struttura, questo equilibrio deve assicurare anche la capacità di assecondare i movimenti innovativi protesi verso un complessivo miglioramento in termini di progresso e di utilità individuali e condivise, dimostrando così un *dinamismo* che renda vitale quella stessa struttura.

Ora, è chiaro che tutto ciò che si riveli in grado di spezzare questo equilibrio, di inficiare le descritte qualità della struttura sorretta dalla Costituzione quale legge fondamentale, finisce con l'attentare alla sua stabilità e dinamicità, con conseguente *deviazione* dai principi costituzionali: una deviazione, questa declinabile come *insostenibilità costituzionale*.

Per verificare quando queste tensioni si risolvono in atti o comportamenti illegittimi e quando essi, sempre al cospetto dei suddetti principi, si rivelano costituzionalmente insostenibili, appare necessario indugiare sulle due dimensioni (strutturale e funzionale) di una norma di principio. Nella sua dimensione strutturale (a) il principio definisce, attraverso l'enunciazione delle linee generali (o direttive), l'intelaiatura di una data disciplina giuridica⁶⁷. Nella sua dimensione funzionale (b) il principio enuncia l'obiettivo da raggiungere, lasciando alle future attività di produzione normativa il compito di scegliere i mezzi per il raggiungimento di quello scopo⁶⁸.

(a) Il principio, oltre a gettare le fondamenta (anche in chiave di legittimità, ma non solo) di una futura disciplina normativa, ne pone gli elementi costitutivi, vale a dire i pilastri destinati a fissare l'ossatura di quella data regolamentazione⁶⁹. E così facendo, ne definiscono l'identità specifica. Il

⁶⁶ V., più diffusamente, Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2015, f. 2, 1 ss. Cfr., inoltre, C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁶⁷ Che è come dire che mentre la regola fornisce, primariamente al giudice, lo schema di qualificazione normativa entro cui sussumere lo specifico caso della vita giuridicamente vincolante (secondo la logica del tutto-o-niente), il principio «fornisce un argomento in favore di una particolare soluzione ma non la determina»: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010, 158. Sui principi come norme senza fattispecie normativa predeterminata e a prescrizione generica v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 148 ss. Sull'eccedenza di contenuto deontologico dei principi v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, 310 ss.

⁶⁸ Giova rammentare come ancora per R. DWORKIN, *op. cit.*, 129 ss., i principi servono a colmare lacune ricorrendo all'analogia oppure a consentire la selezione della norma "corretta" tra quelle enucleabili dalla stessa disposizione.

⁶⁹ Gli «orientamenti generali», come li definisce G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I) Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, 107. Sull'attitudine orientativa dei principi non sono mancate perplessità e visioni riduttive: si pensi a E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1957, 43 s., il quale parlò di «proclamazioni di principio di carattere (...) apostolico, che rappresentano poco più che degli atti di fede e di speranza nell'avvenire del nostro ordinamento, ispirate senza dubbio ai più nobili ideali, ma essenzialmente antistoriche

principio traccia il disegno generale di un complesso multiforme di norme giuridiche destinate a regolare una data materia. Spetterà poi alle istituzioni chiamate a fissare le “regole” (vale a dire gli schemi di qualificazione normativo entro cui sussumere i concreti casi della vita giuridicamente rilevanti) completare la struttura rendendola pienamente funzionante e operativa (abitabile, se parlassimo di un edificio). In questo senso si può parlare di principi come «qualificazioni di beni (o di mali) tramite aggettivi che indicano, per così dire, un loro *status* giuridico»⁷⁰.

(b) Il principio individua, nella sua proiezione funzionale, un fine da raggiungere⁷¹. Il legislatore ordinario, di conseguenza, gode di discrezionalità nella scelta dei mezzi per conseguire quell’obiettivo. Una volta scelto ragionevolmente il mezzo, nessun dubbio si potrebbe sollevare circa la legittimità di quella determinazione.

Ebbene, sul piano della sostenibilità costituzionale vale la stessa conclusione? Su questo secondo versante, è sufficiente ragionare di relazione tra fine e mezzo, oppure è indispensabile proiettare lo sguardo oltre, cercando di cogliere qualcosa di più complesso come lo “spirito” del principio costituzionale?

Per “spirito” s’intende la vocazione propria del principio di concorrere a modellare, insieme agli altri principi, una struttura complessa affinché possano inverarsi, nella loro sinergica combinazione, le concezioni ideali che hanno trovato sbocco nel processo costituente. Insomma, quando ci si riferisce alla sostenibilità costituzionale le due dimensioni (strutturale e funzionale) si intrecciano convergendo in una proiezione osmotica che infonde energia, vitalità, armonia e senso sostanziale all’edificio normativo eretto dai principi costituzionali⁷².

Quando si accede alla prospettiva illuminata dalla sostenibilità costituzionale, il principio non rileva nella sua “individualità”, vale a dire come norma generale con una propria e specifica portata materiale. E anche quando sono evocati due o più principi, essi non formano un unico “parametro” scaturito dalla mera somma dei pezzi che lo compongono. Piuttosto, ragionando di sostenibilità costituzionale il principio (da solo o insieme agli altri) assume rilievo quale componente di una struttura organica retta da una interconnessione così intima e stretta da determinare il venir meno (o, quanto meno, il sostanziale affievolimento) delle specificità intrinseche dei suoi elementi. Così, ci caliamo in una costruzione autonoma rispetto ai suoi elementi costitutivi, tale da assorbirne le caratteristiche strutturali ma solo per esprimere una propria capacità di garantirne l’equilibrio, promuoverne lo sviluppo e favorirne la costante rigenerazione. Non somma, ma sintesi di tali caratteri, in modo da generare una struttura reticolare la cui stabilità e la cui dinamicità sono garantiti dalle interazioni reciproche dei diversi elementi, disposti in un ordine congeniale all’inveramento delle concezioni ideali racchiuse nei principi costituzionali.

Quanto appena sostenuto appare coerente con le riflessioni svolte in precedenza in merito agli sviluppi del costituzionalismo. Come argine al potere, un principio può ben esprimere la propria forza contenitiva nella sua singolarità, dal momento che erige un confine che il singolo atto comportamento, a pena di illegittimità, non può travalicare. Come stimolo al potere, affinché si compia il disegno tratteggiato dalla Costituzione, il principio esprime meglio le proprie potenzialità di impulso e indirizzo cedendo alla corrispondente struttura reticolare quanto di innovativo e costruttivo esso racchiude in sé.

Si pensi, ad esempio, ancora una volta al principio di eguaglianza sostanziale. Esso pone le basi sulle quali erigere una struttura complessa preordinata al pieno sviluppo della personalità e alla

dal punto di vista prettamente (o grettamente) positivo». Una posizione, questa, come nota puntualmente M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, 143, imputabile ad una funzione conservatrice, resta a favorire quindi l’attecchimento subitaneo dei nuovi ideali democratici.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 221.

⁷¹ Così R. GUASTINI, *op. cit.*, 77.

⁷² V., soprattutto, V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in *Scritti per il decennale della Costituzione*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 99 ss. Dubbi in merito alla praticabilità di questa strada sono stati espressi, ad esempio, da M. OLIVETTI, *Lo “spirito della Costituzione”: un concetto giuridicamente inutile*, in *Giur. cost.*, 2004, 38 s. Viceversa, si avvalgono di tale concetto, tra gli altri, A. MANZELLA, *La Costituzione vivente*, in *Nuova antologia*, 2009, 1 ss., e G.E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 2014, f. 1, 1 ss.

effettiva partecipazione alla vita comunitaria nonostante gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono ad un effettivo ed eguale godimento dei diritti fondamentali. Le diverse discipline normative che hanno contribuito ad erigere e ad alimentare lo Stato sociale non hanno fatto altro che svilupparsi all'interno di una trama definita da quel principio e dalle interpretazioni di senso ad esso attribuite: l'eguaglianza sostanziale come eguaglianza delle opportunità o nei punti di partenza. Ogni singola tessera del variegato mosaico che ha dato vita, conferendone una forma precisa, allo Stato sociale è stata inserita all'interno della cornice fissata da quel principio, trovando una collocazione armonica e congruente rispetto a tutti gli altri pezzi.

L'insostenibilità costituzionale sollecita una valutazione del singolo atto o comportamento non tanto in relazione ad uno specifico principio o anche a più principi "sommati" tra loro (dimensione solipsistica del criterio di legittimità), quanto alla stregua della sua attitudine ad impedire alla Costituzione, considerata globalmente, di realizzare la propria vocazione di motore di cambiamento sociale assecondando la domanda proveniente dal tessuto comunitario. La deviazione dai principi, intesi nella loro vitale combinazione, rileva come elusione della forza riparatrice della Costituzione, da intendersi come aspirazione a curare le tante contraddizioni e tensioni che, in ogni tempo, si animano all'interno delle relazioni sociali al fine di raggiungere una ragionevole e condivisa condizione di equilibrio e di coesione senza con ciò soffocare il pluralismo e la dialettica tra le differenze.

Quando, nel 1961, la Corte costituzionale giudicò l'art. 559 cod. pen. sull'adulterio femminile, non ravvisò alcuna illegittimità. L'evocato principio di eguaglianza formale impone – come puntualizza la Corte – una discriminazione legislativa di situazioni differenti, che siano tali secondo la coscienza sociale⁷³. Dunque, «l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale». Il tradimento della moglie è apparso «alla prevalente opinione», una «offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito». Si è, dunque, al cospetto «di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento. Del resto, nel disporre un siffatto trattamento, il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico». Quanto al parallelo principio della parità dei coniugi in seno alla famiglia, la stessa Corte afferma che esso «è da ritenersi positivamente stabilito nell'ordinamento; né perde di contenuto a causa delle limitazioni che la legge può apportarvi, se queste, come è prescritto, siano mantenute nell'ambito della garanzia della unità familiare. Trattasi, evidentemente, di una eccezione al principio e che nel senso di una eccezione va interpretata; ma ciò non toglie che i limiti siano preveduti e che il concetto dell'unità familiare sia sufficiente a determinarne la portata»⁷⁴.

Entro il perimetro tracciato dal giudizio di legittimità la censurata disposizione ha superato indenne lo scrutinio della Corte, la quale, però, proprio in chiusura osserva che «con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica. Che poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica

⁷³ Questo «principio, diretto evidentemente ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse: esigenza inderogabile di logica legislativa che qualche costituzione moderna ha addirittura espressamente dichiarata»: [sentenza n. 64 del 1961](#). Sulla pronuncia v., soprattutto, C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in *Giur. cost.*, 1961, 1230 ss.

⁷⁴ Nella stessa pronuncia la Corte osserva che «per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia»: diminuzione della reputazione nell'ambito sociale; turbamento psichico per i figli; rischio di ingresso nella famiglia «di prole non appartenente al marito».

legislativa, non di legittimità costituzionale». Appunto, una questione di merito politico in quanto tale sottratto al sindacato del giudice delle leggi.

Una domanda: all'indomani della pubblicazione di tale decisione, avremmo potuto denunciare l'insostenibilità costituzionale di tale disposizione? In effetti, essa pregiudica, in questo specifico contesto, la capacità della Costituzione di determinare o, quanto meno, di stimolare con forza un radicale cambiamento nella atavica concezione patriarcale della famiglia, tutta protesa ad enfatizzare il ruolo centrale e dominante del marito. La società dell'epoca, anche se la Corte del 1961 non pare essersene accorta, formulò esattamente questa domanda di Costituzione, essendo quel modello di famiglia il retaggio di una concezione anacronistica delle relazioni familiari del tutto inconciliabile non solo con il principio di eguaglianza formale, ma anche con tutti gli altri principi fondamentali sui quali si regge la struttura costituzionale: l'eguaglianza sostanziale, visto che lo stato di soggezione della moglie-madre rappresenta senza dubbio uno di quegli ostacoli presi di mira dal secondo comma dell'art. 3 Cost.; il principio personalista, essendo in gioco proprio la dignità della donna innanzitutto in ambito familiare, con ripercussioni evidenti anche all'esterno; il principio lavorista, visto che questa centralità incontrastata del marito rischia seriamente di precludere alla donna di accedere ad una occupazione pur senza trascurare i doveri enunciati nell'art. 30 Cost.; persino il principio democratico, nella sua dimensione partecipativa e pluralista, può rivelarsi contraddetto da una norma che rende la donna una cittadina priva di quella reputazione sociale che possa renderla protagonista della vita democratica del Paese. Se poi si pensa a quanto abbia inciso il fattore religioso nella codificazione di un simile divario, allora anche il principio supremo di laicità potrebbe uscirne vulnerato.

Insomma, l'art. 559 cit., pur immune dai contestati vizi di illegittimità, ben poteva considerarsi costituzionalmente insostenibile, in quanto attentava alla capacità della Costituzione di reggere una struttura normativa autenticamente volta all'inveramento dei principi fondamentali, unitariamente considerati, preordinati a favorire la consacrazione di un modello familiare rispondente alla domanda di rinnovamento proveniente dalla società.

Il *revirement* si realizzò, com'è noto, con la [sentenza n. 126 del 1968](#): «il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia».

La transizione dal rigetto all'accoglimento non è stata segnata solo sul versante dei parametri evocati dalle autorità rimettenti, ma ancor di più proprio sulla "capacità di ascolto" della Corte costituzionale rispetto alle sollecitazioni provenienti dalla società⁷⁵. Facendo leva sul canone dell'eguaglianza formale, nel 1961 la Corte ritenne di intercettare nella società dell'epoca elementi sufficienti a dimostrare che le due posizioni soggettive poste a confronto (quella del marito e quella della moglie) fossero *di fatto* diverse, così da giustificare la lamentata disparità di trattamento giuridico. Sette anni dopo, abbandonando la prospettiva illuminata dal principio di cui all'art. 3, primo comma Cost., la Corte ha indirizzato il proprio sindacato lungo il sentiero illuminato dal principio di parità tra coniugi *ex art. 29 Cost.*, ma non per modificare il punto di vista, quanto per consentire alla costituzione di esprimere appieno le proprie potenzialità di rinnovamento sociale con particolare riferimento agli equilibri domestici. In breve, mentre l'eguaglianza formale aveva legittimato una norma che a sua volta aveva assecondato una posizione sociale che la Corte ritenne dominante, il principio di parità coniugale ha imposto un ripensamento di quella posizione. Nel 1961 si ribadì la

⁷⁵ Come efficacemente si esprime V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, 377 ss.

forza conservatrice della costituzione, laddove nel 1968 se ne valorizzò l'attitudine progressista, quale motore di cambiamento sociale.

Ebbene, cosa favorì questo rovesciamento di prospettiva se non il tacito riconoscimento della "insostenibilità costituzionale" di una norma, pur (dichiarata) non illegittima, che si era rivelata in grado di frustrare le attitudini di rinnovamento, di rigenerazione, di autocorrezione, di resilienza rispetto a tradizioni ormai superate, di una Costituzione che stimola e guida il cambiamento? L'unità familiare, la parità coniugale, i vicendevoli vincoli di solidarietà e responsabilità, di cura reciproca, sono tutti elementi calati nella struttura costituzionale complessivamente considerata quale corpo organico di norme e istituti scaturiti da una comune base di pilastri fondamentali, dove la percezione solipsistica di un principio finisce con l'inibire a quella struttura un funzionamento coerente come atto normativo che vive dentro la società, per la società⁷⁶.

7. Sintesi e applicazione del modello teorico ai casi descritti in apertura.

La categoria della sostenibilità costituzionale riposa sulla considerazione della Costituzione quale base che sorregge una composita struttura normativa preordinata all'inveramento dei suoi principi. Dal canto loro, tali principi sono la trasposizione giuridica delle concezioni ideali invalse nel tessuto sociale, quali rappresentazioni di assetti ottimali delle relazioni comunitarie. In questo senso la Costituzione, che rileva non solo come atto ma anche come processo dinamico⁷⁷, non fa che assecondare la domanda di costituzione proveniente dalla società: una domanda, anch'essa, dinamica, che si rigenera costantemente alla luce dell'evoluzione concreta dei rapporti sociali.

Questo processo di inveramento dei principi costituzionali non si risolve in una loro mera attuazione, ma si realizza attraverso un impatto effettivo sulle dinamiche sociali, così che la struttura che si regge sulla costituzione possa davvero concorrere al cambiamento sociale in vista di un generale miglioramento delle condizioni in cui versano i consociati: questa può essere definita la vocazione sociale della Costituzione.

Se questa è l'ambizione coltivata e vissuta dalla Costituzione, allora la sola prospettiva illuminata dal criterio di legittimità ne abbraccia solo in parte le potenzialità complessive.

Il processo di inveramento esige l'azione dei poteri chiamati ad attualizzare le virtualità della Costituzione. Non è escluso che in questo processo si possano verificare deviazioni dai suddetti principi le quali, in guisa di vere e proprie antinomie, determinano una reazione sanzionatoria sotto forma di declaratoria di illegittimità costituzionale. Senonché, è proprio l'intrinseca complessità dell'opera di inveramento dei principi costituzionali a suggerire uno sguardo che si proietti oltre questa dimensione, così che gli atti e i comportamenti rilevanti in questo processo siano ponderati e valutati non solo alla stregua della loro puntuale corrispondenza o meno alla portata precettiva dei principi in parola, ma anche in relazione alla loro attitudine a consentire o, al contrario, a frustrare o inibire la vocazione sociale della Costituzione. Per evitare che questo apprezzamento si risolva in considerazioni d'indole politica (opportunità, convenienza), il perimetro delle valutazioni diverse da quelle di legittimità non può che essere tracciato da materiale normativo, quali sono i principi in oggetto. Questi principi, però, non assumeranno la veste di parametri di legittimità con i quali confrontare atti e comportamenti sospettati di incostituzionalità, quanto la portata di elementi racchiusi in una struttura reticolare che, nella sua organica autonomia, aspira a garantire equilibrio, resilienza rispetto alle sollecitazioni esogene, capacità di rigenerazione, attitudine a stimolare l'evoluzione dei rapporti sociali.

⁷⁶ Cfr. L. CARLASSARE, *Una scelta politica della Corte: la depenalizzazione della relazione adulterina e del concubinato*, in *Giur. cost.*, 1969, 2659 ss.

⁷⁷ V., infatti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.

Può, dunque, considerarsi *costituzionalmente sostenibile* un atto o un comportamento il cui impatto complessivo possa essere assorbito dalla struttura costituzionale senza che ne sia pregiudicata la capacità di incidere sulle dinamiche sociali secondo una visione coerente con i principi fondamentali intesi nella loro interazione reticolare. All'opposto, può ritenersi *costituzionalmente insostenibile* un atto o comportamento che, seppur immune da vizi di legittimità, determini una tensione nella o una pressione sulla costituzione tale da inibirne o vanificarne l'attitudine a sorreggere una struttura composita autenticamente funzionale al cambiamento sociale.

La sostenibilità costituzionale o meno di un atto o comportamento può essere descritta anche su di un altro piano. La struttura normativa eretta dalla Costituzione, in quanto insieme organico di elementi eterogenei organizzati per il conseguimento degli obiettivi racchiusi nei principi, dispone di *energia*, vale a dire della capacità di "compiere lavoro" anche solo allo stato potenziale. Si è detto più volte, infatti, che questa struttura mira a cooperare al cambiamento sociale, talvolta indirizzandolo, affinché si possano inverare le concezioni ideali trasfuse nei principi costituzionali. È proprio questa azione costante e vitale che si può definire "lavoro", e la corrispondente "capacità" non è che l'attitudine di questa struttura ad operare concretamente e dinamicamente in questa direzione. La Costituzione non è un'opera scultorea da venerare e, dunque, da osservare con devozione e soggezione: essa è soprattutto un meccanismo complesso i cui ingranaggi sono disposti in modo tale da produrre energia in vista di una ricomposizione del tessuto sociale che sia congeniale proprio a quel processo di inveramento. Alla Costituzione si affida anche il compito di ricucire quelle ferite che altrimenti lacererebbero il già fragile tessuto sociale, sfiandandolo ed esponendolo al rischio di un precoce deterioramento. Sicché, attraverso l'interazione con le tante variabili che entrano in contatto con la struttura, si genera un flusso netto di energia, che ne garantisce l'equilibrio.

Ebbene, può considerarsi costituzionalmente insostenibile un atto o un comportamento che determini, ove non rimosso o corretto, una irrimediabile perdita delle utilità prodotte grazie a questo flusso di energia, generando una sorta di situazione entropica idonea a compromettere l'equilibrio complessivo della struttura.

Torniamo al caso, già evocato, dell'adulterio femminile.

Il giudizio basato sulla legittimità costituzionale ci spinge a vedere soltanto il presente, sfruttando al massimo l'energia che la struttura in oggetto è oggi in grado di produrre in termini però soltanto di ordine e armonia tra le sue varie componenti.

Il giudizio basato sulla sostenibilità costituzionale ci impone, invece, di guardare al domani, riflettendo sul costo che in termini di energia grava sulla struttura in quanto entità proiettata nel tempo.

Sicché, un atto o un comportamento pur legittimo potrebbe sfruttare eccessivamente il potenziale energetico della struttura, lasciando riserve insufficienti per affrontare le future sfide. Per "salvare" l'art. 559 la Corte costituzionale del 1961 ha attinto ad una quantità straordinaria di energia, arrivando a sfruttare al massimo il principio di eguaglianza formale, ma in una direzione opposta rispetto alle finalità di cambiamento sociale sottese ai principi, o meglio a tutti i principi costituzionali globalmente considerati. È stato sufficiente dimostrare la differenza tra le situazioni poste a confronto per negare l'avvenuta violazione di quel principio. Così decidendo, però, la Corte dell'epoca ha rischiato di inibire gli sviluppi futuri dell'ordinamento proprio sul versante familiare, con un effetto entropico capace di frustrare l'enorme potenziale energetico – in termini di vocazione sociale della Costituzione – di questa stessa struttura. Questo rischio è venuto meno quando, sette anni dopo, la Corte, avendo intercettato l'insostenibilità costituzionale dell'art. 559, ne ha sancito l'illegittimità alla stregua di una visione complessiva di quei principi, a cominciare da quello enunciato nell'art. 29 Cost., che avrebbero dovuto promuovere il cambiamento sociale attraverso l'emancipazione dall'arcaico modello patriarcale della famiglia. Un superamento, questo, suggellato qualche anno dopo con la riforma proprio del diritto di famiglia. Grazie a questo *revirement*, la Corte ha inibito il disordine entropico ripristinando l'equilibrio, così che i futuri destinatari delle garanzie allestite dalla costituzione potessero beneficiare appieno dell'energia riformatrice prodotta e alimentata dalla struttura eretta dalla costituzione.

Proviamo, ora, ad applicare questi profili teorici ai casi esaminati all'inizio di questo articolo.

I) L'omessa previsione dello *ius scholae* o dello *ius culturae* quale modalità di acquisto della cittadinanza come si è detto supererebbe indenne uno scrutinio di legittimità costituzionale. Collocando, però, la questione nello spazio solcato dalla teorizzata categoria della sostenibilità costituzionale, la riflessione sul punto potrebbe rivelarsi ben più problematica e complessa.

La struttura normativa eretta dalla costituzione mira, attraverso la combinazione dei suoi principi fondamentali, a promuovere lo sviluppo della società in una direzione congeniale ad una piena valorizzazione della persona quale essere unico e infungibile, dotato di pari dignità sociale, eguale nei diritti ed eguale nelle opportunità di pieno sviluppo della personalità e di effettiva partecipazione alla vita comunitaria, capace di farsi portatore di quella diversità che alimenta il pluralismo senza inibire la coesione sociale, anche attraverso comportamenti solidali verso il prossimo. Se questo è l'obiettivo ambizioso perseguito dalla predetta struttura, è chiaro che la sola distribuzione dei diritti fondamentali alla stregua, magari, del titolo di legittimazione rappresentato dallo *status civitatis* non valorizza appieno le più ampie potenzialità dei principi costituzionali unitariamente considerati nella loro interazione sistematica⁷⁸. La struttura normativa sorretta dalla Costituzione quale *fundamental law* immagina e prefigura quanto meno una società inclusiva, aperta, dove la persona rileva in tutta la sua complessità e pienezza di aspirazioni, inclinazione, attitudini, capacità⁷⁹. L'avvento della globalizzazione, che ha alimentato flussi migratori mai visti in passato, ha imposto un ripensamento delle relazioni sociali. Forse un tempo la cittadinanza era davvero l'elemento di coesione all'interno della comunità, trasmettendo una precisa identità ai consociati accomunati da un condiviso cammino esistenziale pur nella diversità delle singole esperienze personali. Oggi, la stessa cittadinanza, per come pensata e tradotta nel diritto positivo, rischia di inibire il processo inclusivo sollecitato e guidato dai principi costituzionali. Una persona, oggi più che in passato, è membro della società non tanto in quanto titolare di diritti politici esercitabili grazie a quello *status*, quanto piuttosto come persona che intrattiene quotidianamente relazioni qualificanti con gli altri consociati, a prescindere dall'appartenenza ad un popolo piuttosto che ad un altro⁸⁰. Il minore non cittadino frequenta le scuole italiane, svolge attività sportive, è coinvolto in altre attività culturali e formative. Il fatto di non poter gareggiare con i colori della nazionale italiana in quanto ancora privi di cittadinanza è un evento che attenta alle ambizioni inclusive coltivate dalla nostra costituzione, se si pensa a quanto sia importante per un minore una partecipazione di questo tipo rispetto ad altre che lo vedono ancora sostanzialmente estraneo (alludo alla partecipazione politica tramite l'esercizio del diritto di voto)⁸¹.

⁷⁸ Sulla rilevanza centrale del principio di pari dignità sociale nella considerazione complessiva dei non cittadini v. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, 275 ss., dove si propugna l'idea che la cittadinanza deve essere ripensata non più come presupposto per i diritti fondamentali ma come conclusione di un processo di effettivo riconoscimento e godimento degli stessi.

⁷⁹ A suo tempo E. BETTINELLI, *I 'diritti essenziali' (involabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, 44, invocò «una ristrutturazione dell'ordinamento giuridico in funzione della persona, non come idea, ma quale *soggetto fisico comunque rilevante e ovunque situato*, quando rivendichi magari solo esibendo la propria insopportabile condizione di vita, i propri diritti 'essenziali' (diritti dell'uomo)». Non dissimile l'acuta riflessione di A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva de diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, 37, dove osserva come la nostra Costituzione, «ispirandosi al principio della massima inclusione della *persona umana* (ponendosi l'obiettivo di valorizzare la superiorità assiologica della dignità umana), sembra abbandonare l'idea della cittadinanza-appartenenza, sposando quella della cittadinanza-partecipazione». Sull'importanza di legami non meramente formali, quali quelli oggi percepiti come base dell'acquisto della cittadinanza italiana, insiste M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, in A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'eguaglianza formale*, Milano, Franco Angeli, 2017, spec. 86 ss. Ed è proprio la condivisione minima di un patrimonio comune a sollecitare le considerazioni di V. ANTONELLI, *Cittadinanza e inclusione sociale*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2012, 81 ss.

⁸⁰ V., diffusamente, D. KOCHENOV, *Citizenship*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2019, trad. it., *Cittadinanza*, Bologna, Il Mulino, 2020, spec. 31 ss.

⁸¹ Cfr. la perbenevole riflessione svolta sul punto da A. RAUTI, *op. cit.*, 203 ss.

La nostra Corte costituzionale non è insensibile a questo processo di integrazione dei non cittadini «nella realtà socio-politica»⁸². Nella importante decisione sull'ammissione degli stranieri nel sistema del servizio civile nazionale, questo Collegio ha statuito che «l'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»⁸³. Di fronte ad un'attività in cui si intrecciano i diritti di autorealizzazione individuale e i doveri di solidarietà la cittadinanza diviene recessiva⁸⁴.

Stando così le cose, vi sono buoni e ragionevoli argomenti per dimostrare che, sicuramente oggi ma ancora di più domani, la mancata previsione di modalità di acquisto della cittadinanza italiana più favorevoli rispetto alla situazione attuale, pur legittima alla luce della ampia discrezionalità di cui gode il legislatore ordinario, può considerarsi costituzionalmente insostenibile, giacché contrastante con l'aspirazione della struttura normativa eretta dalla Costituzione di inverare nella loro globalità i principi costituzionali di eguaglianza, anche sostanziale, di pari dignità sociale, di partecipazione, di solidarietà, di inclusione e coesione sociale⁸⁵.

II) La più insidiosa arma brandita contro i diritti sociali è senza dubbio quella finanziaria. È ben vero che talora contro la permanenza di interventi pubblici “costosi” si allegano motivazioni di ordine etico, culturale, ideologico in senso lato⁸⁶. Nondimeno, quando si tratta di intraprendere percorsi di contenimento della spesa pubblica, magari sulla spinta di fattori esogeni (l'andamento dell'economia, le pressioni delle istituzioni europee), è proprio il “costo” dei diritti sociali ad indirizzare i relativi tagli. Essendo gli stessi strutturalmente connessi a prestazioni positive poste in essere direttamente o indirettamente da pubbliche istituzioni, il tasso di protezione è sempre stato riconnesso alle disponibilità di cassa. Tutto ciò ha consentito variazioni e ricalibramenti nel tempo, ogni volta adducendo ristrettezze economiche con le quali, è proprio il caso di dirlo, fare i conti.

Il dominio assoluto della dimensione finanziaria ha, però, fatto sparire o, quanto meno, ha messo nell'ombra l'autentica vocazione inclusiva, solidale, egualitaria, di tali posizioni giuridiche soggettive. Non una concessione elargita da uno Stato benefattore e magnanimo, ma l'espressione paradigmatica dello sforzo di inverare i principi fondamentali che hanno definito il nostro come un vero e proprio Stato sociale, proteso nello sforzo di eliminare o ridimensionare fortemente il divario tra l'astratta titolarità (eguaglianza formale) e l'effettivo godimento (eguaglianza sostanziale) dei diritti fondamentali⁸⁷. Un obiettivo, questo intimamente connesso alla valorizzazione della persona nei termini dapprima esposti, a cominciare dalla garanzia di concrete opportunità e occasioni di pieno

⁸² Così nella citata [sent. n. 30 del 1983](#).

⁸³ [Sent. n. 119 del 2015](#).

⁸⁴ V. anche la [sent. n. 172 del 1999](#), dove la Corte parla di «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri».

⁸⁵ Si condivide quanto ha scritto M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, 514, per il quale, nella prospettiva inclusiva accolta dai principi costituzionali, “cittadino” «non è tanto chi è definito come tale dalla legge dello stato, ma chi di fatto partecipa attivamente alla vita economica, sociale e politica della comunità in cui vive». L'adesione ai valori posti alla base di un ordinamento politico fonda, per G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 433, la cittadinanza costituzionale. V. anche S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](#), 2015, f. 3, 1 ss.

⁸⁶ Basti pensare alla posizione assunta dalla maggioranza di centrodestra nei confronti del reddito di cittadinanza. «Per come è stato pensato e realizzato, il reddito di cittadinanza ha rappresentato una sconfitta per chi era in grado di fare la sua parte per l'Italia, oltre che per se stesso e per la sua famiglia»: così le dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio On. Giorgia Meloni del 25 ottobre 2022, consultabili nel [sito](#) telematico del Governo.

⁸⁷ Come ha notato A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 3, lo Stato sociale «è la risposta politico-costituzionale alla crescente e obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto, a quanto sembra difficilmente eludibile, sia degli squilibri di potere comportati dal libero gioco delle forze sociali e dell'incertezza insita nei meccanismi spontanei di mercato (...), sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali». V., pure, F. RIMOLI, voce *Stato sociale*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 2004, 1 ss.

sviluppo della personalità (l'individuo *uti singulus*) e di effettiva partecipazione sociale (la persona *uti socius*)⁸⁸.

Stando così le cose, ogni riduzione (soggettiva o quantitativa) del livello di protezione di un dato diritto sociale, anche se idonea a uscire indenne da un giudizio di legittimità informato al principio di gradualità (i diritti sociali come diritti condizionati), può ben prestarsi ad una riflessione di più ampio respiro giuridico proprio sul versante della sostenibilità costituzionale. Per quanto indirizzata ad uno specifico diritto sociale, una misura restrittiva che faccia segnare un passo indietro nel tasso di tutela di quel diritto va considerata alla stregua della struttura normativa retta dalla Costituzione, che si attende da tutti i poteri dello Stato, a cominciare da quello legislativo, ogni sforzo perché si inveri il disegno di giustizia e di equità sociale tracciato dai principi costituzionali. Ciò non toglie che azioni di riduzione siano consentite, specie di fronte a incessanti pressioni esogene provenienti dalla dimensione sovranazionale o persino dal mondo dell'economia. Nondimeno, la sostenibilità costituzionale di tali misure impone una prudenza tale da ridurre i relativi tagli ad *extremae rationes*, a determinazioni strettamente necessarie rispetto alle quali non si riesce ad immaginare una soluzione diversa. Dunque, anche in questo caso, ferma restando la non illegittimità, vi sono buone e solide ragioni per operare una riflessione sul piano della sostenibilità costituzionale.

In verità, è proprio il criterio generale della sostenibilità ad aver spesso accompagnato il percorso evolutivo (o involutivo?) dei diritti sociali. È stato molto chiaro sul punto Antonino Spadaro quando ha scritto che «il concetto di sostenibilità economica è correlato a quello di fattibilità pratica; a sua volta quello di fattibilità rende non astratta l'istanza del cittadino di esigibilità, la quale infine è la premessa della vera giuridicità di tali diritti, ossia della loro giustiziabilità. In pratica, se non basta la mera declamazione dei diritti sociali, nemmeno è sufficiente supporre di avere all'inizio e in astratto la disponibilità economica per soddisfarli (sostenibilità); occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti “nel tempo” delle normative che intendono adottare – c.d. analisi dell'impatto economico del diritto – senza le quali non v'è una reale fattibilità pratica. Dalla soddisfazione di tale complesso requisito (fattibilità *ex ante* ed *ex post*) e da un buon *drafting* legislativo – ossia dalla chiarezza delle procedure con cui il cittadino può far valere la propria situazione giuridica attiva – dipende l'esigibilità e, quindi, la giustiziabilità, dei diritti sociali»⁸⁹. I diritti sociali hanno da sempre sopportato il peso della “sostenibilità”, nonostante la confutazione del divario da sempre evocato, sul versante finanziario, tra queste posizioni giuridiche soggettive e i celebratissimi diritti inviolabili della tradizione liberale⁹⁰.

Ebbene, è proprio una sottovalutazione delle potenzialità inclusive e riformatrici della struttura eretta dai principi fondamentali a vocazione sociale a determinare questa correlazione tra sostenibilità (presupposto) e diritti sociali (oggetto). Una coerente lettura della nostra *fundamental law* dovrebbe, al contrario, condurre ad un rovesciamento di questa relazione, considerando finalmente i diritti sociali quali presupposto per la sostenibilità costituzionale di ogni intervento da parte dei pubblici poteri idoneo ad incidere, specie se *in peius*, sull'esistenza libera e dignitosa dei consociati⁹¹.

⁸⁸ Come si evince dalla lettura di due importanti trattazioni monografiche: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999, e D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003.

⁸⁹ A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 4, 7.

⁹⁰ Alludo chiaramente alla nota analisi condotta da S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why the Liberty Depends on Taxes*, New York-London, Norton, 1999, trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000. V., al riguardo, M. AINIS, *La libertà perduta*, Bari-Roma, Laterza, 2003, 15 s.

⁹¹ È ciò che sostiene, ad esempio, M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 163: «opportuno insistere sullo scarto rinvenibile fra le due prospettive: nella concezione liberale standard, i diritti sociali intervengono esternamente come riconoscimento di interessi che vengono determinati dentro la società stessa. Tale concezione è compatibile, ad esempio, con politiche di austerità in quanto occorre prima gestire la riproduzione della società e solo in un secondo momento, a seconda della ricchezza prodotta, pensare a rendere effettive quelle aspirazioni alle quali verrebbero ricondotti i diritti sociali. Occorre, invece, ribaltare la relazione fra scarsità e diritti sociali. È la materialità dei diritti sociali a rendere questi ultimi dispositivi normativi atti a mobilitare ed organizzare il conflitto politico sugli equilibri sociali e quindi a designare il perimetro entro il quale si discute di come gestire la scarsità. Infatti, la delimitazione

Verrebbero meno i tanti luoghi comuni che avviliscono la portata egualitaria di tali diritti⁹². La mitigazione della portata indebolente del principio di gradualità, cui fa da corollario la discutibile connotazione condizionata di tali diritti, potrebbe essere un buon passo in avanti sul piano dell'apprezzamento della sostenibilità costituzionale di tutti gli interventi posti in essere in questo ambito. Ma per farlo occorre recuperare una visione globale dei principi fondamentali che reggono la struttura normativa più volte evocata, così da sfruttare al meglio le ricche potenzialità associate a questa percezione sinergica⁹³.

Ora, prima di procedere all'analisi degli altri casi, soccorre una precisazione.

Le altre tre esemplificazioni descritte in apertura condividono il medesimo tratto distintivo: si tratta, cioè, di casi nei quali rileva non tanto, e non direttamente, la dimensione individuale correlata a situazioni giuridiche soggettive, quanto l'architettura istituzionale definita dalle previsioni costituzionali. La struttura normativa eretta dalla costituzione non abbraccia soltanto principi, regole e istituti preordinati al cambiamento sociale: essa, infatti, prefigura un assetto organizzativo, informato al principio della separazione dei poteri, che certamente è destinato a rendere "funzionante" il sistema costituzione, ma che è anche diretto a rendere tale sistema "funzionale" alla vocazione sociale della costituzione stessa. Le scelte fatte sul piano della articolazione degli organi costituzionali, in ordine alla loro struttura e alle loro reciproche interazioni, non sono state dettate da ragioni di mera funzionalità istituzionale, riflettendo in realtà la volontà di rendere questi organi davvero serventi rispetto alle finalità essenziali della costituzione, a cominciare dalla tutela dei diritti fondamentali. Si pensi al celebrato e sempre attuale art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789⁹⁴: la garanzia dei diritti è abbinata al principio della separazione dei poteri, nel senso che questo principio fondamentale è posto al servizio della finalità ontologica della costituzione. Non si tratta, dunque, di due distinte enunciazioni collocate nel medesimo enunciato, l'una rilevante nei rapporti tra Stato e consociati, l'altra afferente all'impianto istituzionale dove si materializzano i rapporti tra gli organi apicali dello Stato. Separando i poteri si creano le condizioni per una migliore protezione dei diritti fondamentali, che – come dimostrato dalla storia – risulta inibita da una concentrazione dei poteri stessi in capo ad un solo organo, per di più monocratico.

Pertanto, il tema della sostenibilità costituzionale può ben investire anche le dinamiche delle relazioni tra gli organi costituzionali, con riferimento soprattutto (ma non solo) alla forma di governo, nel senso che una deviazione dai binari tracciati dalle disposizioni costituzionali, pur restando entro i confini della legittimità (la duttilità relativa della costituzione lo consente), può suscitare dubbi sulla sostenibilità costituzionale di atti e comportamenti quivi rilevanti. La trattazione che seguirà chiarirà meglio questo passaggio.

III) Il ritardo nella elezione parlamentare di uno o più giudici costituzionali non può essere sanzionato sul versante della legittimità. Nondimeno, è agevole constatare la gravità di questa inerzia, gravità però che si può tradurre in insostenibilità costituzionale proprio per legittimare, anche dal punto di vista giuridico-istituzionale, azioni e comportamenti particolarmente incisivi, come si vedrà

della scarsità è la posta in gioco del conflitto sulle risorse da destinare ai diritti sociali. Pertanto, risulta insostenibile che sia una scarsità determinata pre-politicamente a dettare quali e quanti siano i margini di protezione dei diritti sociali. In quest'ottica, la scarsità di risorse non influisce sulla definizione del loro status. Al contrario, si tratta di riconoscere che la dimensione politica dei diritti sociali non può che portare con sé elementi di riflessività».

⁹² V., infatti, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2016, 495 ss. Cfr., pure, E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 2004, 733 ss.

⁹³ Sarebbe, quindi, costituzionalmente coerente seguire l'insegnamento di A. RUGGERI, [Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" \(notazioni di metodo\)](#), in questa *Rivista*, 2015/II, 553, sull'importanza del principio costituzionale di solidarietà: «se solo si fosse finalmente messo a punto un organico programma di giustizia sociale, volto ad una complessiva redistribuzione della ricchezza, unitamente alla lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione, in vista del recupero di un minimo etico in seno al tessuto sociale, molti degli ostacoli che ad oggi impediscono un effettivo e sostanziale appagamento dei diritti sociali potrebbero considerarsi rimossi e spianata, perciò, la via per un armonico sviluppo della persona umana».

⁹⁴ «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

più avanti. In effetti, non appare sufficiente la rassicurazione secondo cui, ai sensi della vigente normativa, perché la Corte possa deliberare basta non scendere sotto la quota undici su quindici. Ogni componente l'organo di giustizia costituzionale riflette una precisa scelta dell'Assemblea costituente, quale quella di dar vita ad un "custode" della costituzione che, lungi dall'essere espressione del solo potere giudiziario, riuscisse a contemperare la dimensione più propriamente giuridica con quella politica⁹⁵. Il giudizio sulle leggi (ma lo stesso potrebbe dirsi, *mutatis mutandis*, anche per le altre funzioni) non si concretizza nel solo raffronto tra due norme giuridiche, una in guisa di parametro, l'altra quale oggetto del sindacato di legittimità. Il confronto avviene tra due atti (anche) politici e, dunque, lo stesso giudizio di legittimità non è immune da condizionamenti, più o meno vistosi, del fattore politico⁹⁶. Si badi bene: non si sta alludendo a posizioni faziose o partigiane, connesse cioè ai partiti che animano la vita democratica del Paese. Piuttosto, si pensa alla politica come il luogo di confronto tra visioni ideali, tra concezioni della realtà sociale secondo orientamenti anche di natura culturale o filosofica. Come ha infatti osservato Zagrebelsky, «la Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza»⁹⁷. Tutto ciò avviene e prende forma in un contesto in cui l'indipendenza dei custodi è saldamente ancorata ai principi costituzionali⁹⁸.

Tipicamente, i giudici di estrazione parlamentare portano in quel consesso una significativa sensibilità (o, persino, empatia) politica circa le questioni da trattare, che ben si armonizza con la percezione più spiccatamente tecnico-giuridica che contraddistingue gli altri componenti, specie quelli provenienti dalle supreme magistrature⁹⁹. La mancanza anche di un solo giudice di matrice parlamentare incide su questo equilibrio tra prospettive diverse, ma tutte degne di pesare allo stesso modo nello scrutinio di costituzionalità e anche negli altri giudizi, primo tra tutti quello per la risoluzione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. La presenza di tutti i giudici eletti dal Parlamento in seduta comune è, così, indispensabile affinché i principi messi di volta in volta in discussione da atti legislativi sospettati di incostituzionalità possano davvero esprimere la loro forza sinergica quali moti di cambiamento sociale verso il compimento delle concezioni ideali in essi racchiuse. I principi, che di questa struttura sono i pilastri e nel contempo le direttive di sviluppo dinamico, necessitano, in vista del loro compiuto inveramento, di un confronto dialettico costante tra elementi eterogenei: materiale normativo, prassi giurisprudenziale, ma anche orientamenti politici, fattori culturali, dunque tutti elementi che consentono, nel loro insieme, di rendere vitale il costante confronto tra domanda e offerta di costituzione. Come si è detto, la domanda proveniente dalla società, l'offerta posta in essere dalle istituzioni. E la presenza di giudici con un più elevato quoziente di politicità (per la loro professione, per la loro storia personale, per la scelta fatta su di essi dalle forze politiche presenti in Parlamento) è l'ingrediente indispensabile affinché la struttura eretta dalla costituzione possa esprimersi in modo coerente con il disegno complessivo di progresso sociale abbozzato dai suoi principi.

Ebbene, di fronte al protrarsi di un ritardo nella elezione parlamentare, di fronte alla impossibilità di adire la stessa Corte costituzionale per far valere una violazione che in realtà non può essere sanzionata da questo organo, il Capo dello Stato ben potrebbe innanzitutto minacciare, o meglio, mettere sull'avviso gli interessati circa la possibilità di uno scioglimento anticipato delle Camere attesa proprio l'insostenibilità costituzionale di una simile negligenza, per le ragioni dapprima esposte¹⁰⁰.

⁹⁵ In effetti, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 57, fa notare come i ritardi del Parlamento in seduta comune siano «dannosi per l'equilibrato funzionamento dell'organo».

⁹⁶ V., sul punto, G. LANEVE, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I) Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2014, 212 ss.

⁹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 39.

⁹⁸ V., infatti, l'ottima ricostruzione di A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

⁹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 73.

¹⁰⁰ V., sul punto, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 50.

IV) Anche una fattispecie istituzionale apparentemente irrilevante sul piano della vocazione sociale della Costituzione, come la rielezione del Presidente della Repubblica, in realtà si presta ad essere inquadrata entro la cornice tracciata dal concetto di sostenibilità costituzionale.

Il primo comma dell'art. 85 Cost. lascia impregiudicata la questione, e il relativo silenzio non può certamente interpretarsi *de plano* come divieto di una conferma in questa carica. La legittimità della rielezione, quindi, appare indubbia, restando invece aperta la questione dell'inquadramento di una simile eventualità quale segno dell'affermazione di una regola consuetudinaria o solo convenzionale¹⁰¹.

La proposta teoria della sostenibilità costituzionale dischiude una prospettiva inedita nella considerazione di tale accadimento istituzionale¹⁰².

Come si accennava in precedenza, la forma di governo non è mai una mera scelta di ingegneria costituzionale, quanto piuttosto è il frutto di una precisa filosofia o visione complessiva della struttura di cui quel modello è solo una delle tante parti. E per di più il sistema dei rapporti tra gli organi apicali della Repubblica, che qualifica quella forma di governo, è servente rispetto a finalità più ampie, e non fine a sé stesso o comunque congeniale ad una semplice distribuzione del potere tra organi che rivendicano un ruolo centrale nella vita costituzionale. Un sistema parlamentare come il nostro ha a suo tempo assecondato una domanda di Costituzione che, sul versante istituzionale, sollecitava l'implementazione di soluzioni organizzative orientate verso la riaffermazione vigorosa del principio democratico nella sua dimensione pluralistica e partecipativa. Il modello parlamentare è stato accolto come la risposta ad un bisogno di coinvolgimento inclusivo di tutte le forze non solo politiche, ma anche sociali e culturali, che avevano combattuto e sconfitto il fascismo. La relazione fiduciaria – che è la nota qualificante tale forma di governo – è stata costruita intorno ad una energica istanza di valorizzazione del Parlamento, quale sede privilegiata della rappresentanza politica e quale spazio di invero della sovranità popolare, senza con questo ridurre l'esecutivo ad una mera struttura ancillare. Il dialogo costante tra le Camere e il Governo è stato, quindi, percepito (e tradotto in disposizioni costituzionali provviste di una ragionevole elasticità) come presupposto per un funzionamento delle istituzioni repubblicane autenticamente orientato ad assecondare la vocazione sociale della nostra costituzione. Un'altra e diversa opzione avrebbe determinato un diverso equilibrio, tale da indirizzare il cambiamento sociale in direzioni divergenti, anche solo in parte, da quelle prefigurate dai principi costituzionali. Il parlamentarismo recepisce e, prima ancora, rispecchia un'idea di società dove il pluralismo, l'eguaglianza, la solidarietà, la ricerca della giustizia sociale, la cura della persona sollecitano la definizione di un assetto istituzionale che sia davvero in grado di recepire e assecondare questi valori. Così, la scelta della attuale forma di governo non è stata una scelta neutrale o semplicemente tecnica, bensì di valore, in quanto finalizzata al compimento di un ideale, di una visione politica, di un equilibrio in grado di dar voce a tutte le istanze che si animano nella trama delle relazioni comunitarie e che aspirano ad essere rappresentate nella sede in cui si assumono le determinazioni vitali per il progresso della società, ossia il Parlamento.

¹⁰¹ Per A. RUGGERI, *La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovvero il crepuscolo della politica e della Repubblica*, in questa *Rivista*, Editoriale del 31 gennaio 2022, 1, siamo in presenza di una «consuetudine costituzionale in progress, da molti studiosi temuta, e, allo stesso tempo, la scelta migliore e la peggiore che potesse esser fatta». Non così I. NICOTRA, *La finestra chiusa sulla rielezione, un porto sicuro nella tempesta dell'instabilità politica*, in *federalismi.it*, 2022, f. 5, 3.

¹⁰² La riflessione che si propone qui di seguito non avrebbe ragion d'essere se si accedesse a quanto sostenuto da M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica della forma di governo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, f. 2, 11: «la rielezione non costituisce uno strappo istituzionale, così come non può esserlo nessuna scelta che sia rispettosa della Costituzione e si muova entro il patrimonio di alternative ch'essa conferisce alla politica. La rielezione non ha pavimentato la strada dell'ora auspicato ora temuto affermarsi di un regime semipresidenzialista, perché d'esso difetta il presupposto (l'iperlegittimazione assicurata dal voto popolare) e difettano gli strumenti (i poteri anche di governo che sono conferiti al Presidente francese, per stare all'esempio più consolidato di semipresidenzialismo). La rielezione non legittima il riletto a crearsi un suo "partito del Presidente" più di quanto a tale passo non legittimi l'eletto».

In questo assetto istituzionale il Presidente della Repubblica svolge una funzione di equilibrio, di stimolo, di ricerca costante di collaborazione, di moderazione¹⁰³. L'asserita e controversa connotazione "neutrale" dei suoi poteri va quanto meno declinata come equidistanza dai contesti decisionali dove si coltiva l'indirizzo politico. Quale rappresentante dell'unità nazionale, il Presidente è garante e nel contempo promotore di quella coesione sociale nemica dello sfilacciamento del tessuto sociale pluralista. Quale capo dello Stato il Presidente, ben lungi dal vantare una qualche posizione di supremazia gerarchica rispetto a tutti gli altri poteri, è l'istanza di collegamento tra i vari organi, chiamato a fare sintesi quando il confronto dialettico rischia di paralizzare il buon andamento delle istituzioni. Secondo una efficace immagine metaforica di Massimo Luciani, «poiché i fili dei quali il tessuto istituzionale della Repubblica si compone si possono aggrovigliare e poiché la matassa di quei fili può essere difficile da sbrogliare, c'è ben bisogno di un "capo" dal quale partire, di un punto estremo che sia fuori dal groviglio»¹⁰⁴. Questa complessa configurazione della carica presidenziale rende conto della sua irresponsabilità politica, così come giustifica tutta una serie di prerogative e garanzie che concorrono a proiettare il Capo dello Stato su di un'orbita diversa, anche se parallela, rispetto a quella in cui si anima la relazione fiduciaria tra Camere e Governo.

Ebbene, stando così le cose si potrebbero addurre anche ragionevoli (o, quanto meno, non manifestamente infondate) argomentazioni a favore della tesi della insostenibilità costituzionale della rielezione del Presidente della Repubblica. È proprio la sua condizione di magnetico coefficiente di equilibrio istituzionale, più che di garante¹⁰⁵, a suggerire un atteggiamento discretamente critico nei confronti di questa soluzione. La dissociazione tra potere e responsabilità, unitamente ad una diversa modalità di legittimazione, appare avallare l'idea di un organo *sui generis* coinvolto nell'azione complessiva di governo ma senza poteri sostanzialmente e materialmente decisionali. L'erogazione di prestazioni coerenti con il ruolo complessivo assegnato al Presidente della Repubblica esige una reale e riconoscibile alterità rispetto agli attori politici¹⁰⁶. La prospettiva di una possibile (in quanto non vietata e, dunque, legittima) rielezione potrebbe finire col generare di fatto un legame se non di dipendenza quanto meno di contiguità con le forze politiche tale da supportare una aspettativa che mal si concilia con i tratti essenziali di tale figura istituzionale. Può, così, considerarsi "insostenibile" la tesi secondo cui la mancata rielezione suonerebbe come una sorta di sanzione politica a carico di chi non è riuscito a conquistare la fiducia dei soggetti politici¹⁰⁷. Il compito del Capo dello Stato non è arrivare al cuore delle formazioni partitiche, dimostrando attitudine e inclinazione ad assecondare i loro desideri o aspettative, quanto quello di mantenere fede all'unico e autentico impegno, quale quello di concorrere a promuovere e supportare un corretto e sereno funzionamento delle istituzioni apicali della Repubblica.

Peraltro, il raddoppio della durata della carica, per la sua estensione temporale, estenderebbe in maniera ragguardevole la titolarità della carica di "Capo dello Stato", così da ridimensionare, almeno su questo aspetto, il necessario divario rispetto alla monarchia. La scelta del 2 giugno 1946 ha impresso una impronta indelebile al nostro Stato, come confermato dal divieto sancito dall'art. 139 Cost. In quel plebiscito si è manifestata una domanda di rottura vigorosa col passato, ma non solo per

¹⁰³ Una stimolante ricostruzione, anche in chiave critica, è quella offerta da M. LUCIANI, *La parabola della presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2014, f. 1, 1 ss.

¹⁰⁴ M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 2, 19.

¹⁰⁵ Sul Presidente della Repubblica come organo di garanzia, quest'ultima parallela a quella svolta dalla Corte costituzionale, v. S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, Giuffrè, 1950, 26 ss.; ID., voce *Garanzie costituzionali*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 507; G. D'ORAZIO, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale: i rapporti nel sistema e nella prassi*, in *Giur. cost.*, 1982, 1925 ss. *Contra* M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, spec. 18 ss.

¹⁰⁶ Così F. PETRANGELI, *Commento all'art. 85*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, Utet, 2006, 1665.

¹⁰⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Commento all'art. 85*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1979, 64, nonché M. VOLPI, *Considerazioni sulla rielegibilità del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1985, 520.

punire chi non aveva impedito la catastrofe, quanto piuttosto per dar vita ad un assetto ordinamentale più confacente ad un rinnovamento dell'assetto sociale secondo i principi di eguaglianza (soprattutto sostanziale), pluralismo, solidarietà, inclusione e coesione. Non che questi principi siano ignorati negli ordinamenti monarchici. Nondimeno, proprio questi ultimi conservano alcuni tratti tradizionali che ben poco hanno a che spartire con una struttura normativa, quale quella eretta dalla nostra Costituzione, che ambisce a far attecchire i semi dell'equità, della giustizia sociale, delle pari opportunità in termini di riscatto sociale, di partecipazione globale e inclusiva¹⁰⁸.

Sia chiaro. Con queste riflessioni non s'intende in alcun modo affermare che la rielezione, ove fatta, sia in antitesi con la vocazione sociale della nostra Costituzione che si esprime attraverso i citati principi fondamentali, né che un assetto istituzionale diverso da quello repubblicano sia incompatibile con gli ideali di giustizia ed equità sociale¹⁰⁹. S'intende piuttosto stimolare l'attenzione verso la possibilità che anche un episodio istituzionale come questo possa essere valutato sul piano della sua sostenibilità costituzionale alla luce della griglia teorica qui abbozzata. Anche perché quando il quadro politico si rileva frammentato e lacerato da una palpabile incomunicabilità tra i suoi protagonisti, la conferma dell'inquinamento può rivelarsi proprio la scelta più costituzionalmente sostenibile.

V) Come si è visto Enzo Cheli, nell'annotare criticamente la proposta di revisione dell'attuale forma di governo, insiste sul suo impatto negativo in termini di "sostenibilità" per la democrazia. Forse lo fa concentrando l'attenzione sulla dimensione politica, anzi partitica, come del resto ha fatto Sandro Staiano quando si è interrogato circa la "desiderabilità" di una riforma in senso presidenziale o semipresidenziale¹¹⁰. Attesa, però, l'intima connessione tra il modello democratico e la nostra legge fondamentale, non sarebbe difficile immaginare un impatto parimenti avverso in termini per l'appunto di sostenibilità costituzionale restando quindi entro i confini tracciati dal diritto.

Le riflessioni svolte *sub* IV) dovrebbero rivelarsi sufficienti al riguardo. A ciò vale la pena aggiungere che la strada verso il presidenzialismo o il semipresidenzialismo, lastricata dalle pietre dell'efficienza decisionale e rischiarata dalla luce della governabilità sicura e stabile, potrebbe condurre ad una rimodulazione dell'assetto sociale non del tutto in linea con i principi costituzionali globalmente considerati. Non è certo il caso di tessere ciecamente le lodi di un parlamentarismo, quale quello italiano, che ha senza dubbio mostrato ombre e incrinature. Nondimeno, non si può fare a meno di apprezzarne quanto meno la potenziale attitudine a favorire il dialogo inclusivo, il confronto critico tra diverse e opposte istanze, a costruire una rete di interazioni orientate verso il raggiungimento di soluzioni condivise, in un clima democratico favorevole alla cura verso i soggetti più fragili, non solo economicamente. La fiducia verso una concentrazione personale del potere, del timoniere che governa impartendo ordini e selezionando solipsisticamente il proprio *entourage*, se può essere considerata la risposta ad un impellente bisogno di governabilità e di efficienza decisionale, nondimeno rischia di inibire nel tempo le virtù dei principi che nutrono la vocazione sociale della nostra costituzione. Pertanto, non sarebbe azzardato interrogarsi su di una riforma che, pur legittima sino a quando non se ne dimostri l'incompatibilità con il nocciolo duro della costituzione, presta il fianco a non poche obiezioni in termini proprio di sostenibilità costituzionale.

8. Chi è il "custode" della sostenibilità costituzionale? Una mano tesa al popular constitutionalism e al political constitutionalism

Il custode della Costituzione, là dove ha attecchito il *judicial review of legislation*, è un organo giurisdizionale, sia pure con alcune specificità a cominciare dalla stessa composizione¹¹¹. Variamente

¹⁰⁸ Basti pensare al peso assunto dalla nobiltà nel Regno Unito, rappresentata nella Camera alta.

¹⁰⁹ La monarchica Svezia ha raggiunto traguardi straordinari sul versante del *Welfare State*.

¹¹⁰ S. STAIANO, *La rielezione del Presidente della Repubblica del gennaio 2022*, nel sito telematico dell'[AIC](#), nella sezione *La lettera* (2/2022).

¹¹¹ Cfr. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007.

denominato, questo custode non può che essere collocato nello spazio dominato dalla funzione giurisdizionale, per lo meno quando si parte dalla classica tripartizione dei poteri dello Stato. La legge sospettata d'incostituzionalità è sottoposta ad un giudizio, che non pochi qualificano come un "processo" con proprie regole procedurali destinate a garantire l'ordinato svolgimento dello scrutinio di legittimità¹¹².

Com'è noto, questa opzione ha suscitato riserve e obiezioni proprio sul versante della legittimazione del "giudice delle leggi" in quanto organo che, pur privo di una diretta investitura popolare, risulta, addirittura come "monopolista", autorizzato a contraddire la volontà espressa dall'organo democraticamente rappresentativo. Sin dai suoi albori, la giustizia costituzionale ha dovuto sostenere il peso di questa lamentata contraddizione, cercando di dimostrare la propria attitudine a vivere serenamente in ambiente democratico nonostante questo sospetto di difetto di legittimazione¹¹³. E non è stato sufficiente risolvere la questione semplicemente osservando che è la stessa Costituzione a "legittimare" l'organo di giustizia costituzionale. Se, poi, si pensa alla Costituzione degli Stati Uniti che tace sul punto, questo sospetto si rivela tutt'altro che peregrino.

Ebbene, negli ultimi tempi, ad interpretare questo ripensamento critico verso il controllo giudiziario di costituzionalità ci hanno pensato due correnti di pensiero sviluppatesi soprattutto in ordinamenti di matrice anglosassone, a cominciare proprio dagli Stati Uniti: il costituzionalismo popolare e il costituzionalismo politico.

Proprio nello sforzo di individuare gli attori della sostenibilità costituzionale, si cercherà di dimostrare come la categoria studiata in queste pagine sia in grado di sdrammatizzare, innanzitutto, la contrapposizione tra il *legal constitutionalism*, incline a mantenere e a perpetuare nel tempo l'attuale sistema di giustizia costituzionale affidato ad organi giurisdizionali sia pure *sui generis*, e il *popular constitutionalism*, che, prendendo le mosse dalla dottrina hamiltoniana formulata nel *No. 78 dei Federalist papers*¹¹⁴, è incline ad assegnare al popolo la decisione ultima sulla costituzionalità o meno delle leggi¹¹⁵. E lo stesso vale per il *political constitutionalism*¹¹⁶.

Per Larry Kramer, che ha interpretato bene lo spirito del costituzionalismo popolare, il principale errore prodotto dalla moderna insistenza sulla supremazia giudiziaria «is the assumption not just that someone must have final authority to resolve routine constitutional conflicts, but that this someone must be a governmental agency»¹¹⁷.

¹¹² V., per tutti, F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2020, f. 4, 114 ss.

¹¹³ Ben noto fu l'intervento dell'On. Palmiro Togliatti in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947: «tutte queste norme sono state ispirate dal timore: si teme che domani vi possa essere una maggioranza, che sia espressione libera e diretta di quelle classi lavoratrici, le quali vogliono profondamente innovare la struttura politica, economica, sociale del Paese; e per questa eventualità si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere delle remore: di qui la pesantezza e lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli? Tutto questo, ripeto, è dettato da quel timore che ho detto».

¹¹⁴ «Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental».

¹¹⁵ Per questa ricostruzione v. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 201 ss.

¹¹⁶ V., innanzitutto, R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹¹⁷ L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004, 107. In ID., *Popular Constitutionalism*, in *California Law Review*, 2004, 94, 4, 959 ss., si sostiene che ciò che ha consentito l'affermazione del *legal constitutionalism* è stata la scrittura delle norme costituzionali. La Corte suprema, nel 1803, ha usurpato il potere di giudicare la costituzionalità delle leggi, privando il popolo di questo potere. Quali rimedi contro atti incostituzionali sono indicati il diritto di voto, le petizioni e la libertà di pensiero. Come *extrema ratio*, il diritto di resistenza. Kramer però non esclude il *judicial review*, purché i giudici, a cominciare dalla Corte suprema, riconoscano la supremazia del popolo, quale autorità più alta. In effetti, il confronto tra il pensiero classico riferito all'esperienza ateniese e le odierne teorie moderate del costituzionalismo popolare ha consentito a K. WERHAN,

Ancor più radicalmente Mark Tushnet propone di sottrarre la Costituzione dal complesso delle norme giuridiche che i giudici sono chiamati ad applicare nelle aule giudiziarie¹¹⁸. Questi identifica una Costituzione densa (*thick*), che si occupa dell'architettura istituzionale, e una Costituzione fluida (*thin*), sulle fondamentali garanzie di eguaglianza e di libertà. Entrambe sono tali da garantirsi da sé, senza la necessità di alcun *judicial review*. L'equilibrio presidiato dal sistema di *checks and balances* è garantito da incentivi sufficienti affinché gli organi costituzionali e i soggetti politici non violino la Costituzione. «La costituzione fluida, dunque, sarebbe veicolata organizzativamente dalla costituzione densa, e questa sarebbe al servizio di quella, sicché una volta riconosciuto che, in qualche modo, il documento costituzionale si garantisce da sé, grazie alle sue soluzioni organizzative in ordine alla distribuzione e al bilanciamento del potere, ne segue che anche i valori costituzionali fondamentali sarebbero indirettamente assicurati: tanto più che questi ultimi, oltre ad essere “portati” organizzativamente dalla costituzione densa, sarebbero altresì oggetto di attenzione costante da parte dello stesso popolo, essendo costitutivi della sua identità politica profonda»¹¹⁹. C'è, quindi, una esortazione a responsabilizzare il popolo quale protagonista della vita costituzionale: tutti sono chiamati a “creare” diritto costituzionale attraverso l'azione politica.

Dal canto suo, il costituzionalismo politico è incline a riconoscere l'ultima parola sulla (in)costituzionalità di una legge all'organo democraticamente rappresentativo¹²⁰. Spetta al potere legislativo dirimere il conflitto che verte sui diritti. I diritti non vanno violati, e su questo c'è unanimità di vedute, laddove il disaccordo riguarda il contenuto degli stessi e, dunque, il reciproco rapporto. Come ha notato Omar Chessa, l'obiettivo di questo approccio «è quello di provare che il controllo di costituzionalità delle leggi è *insostenibile* allorquando faccia uso di norme costituzionali sui diritti fondamentali»¹²¹, laddove è ammesso per i soli vizi procedimentali (i quali inficierebbero la «dignità della legislazione»¹²²).

Nonostante le indubbe criticità, specie sul versante operativo¹²³, le due eterodosse correnti di pensiero hanno il merito di aver innanzitutto messo in discussione quello che a molti è sempre apparso come un dogma o, quanto meno, una indefettibile condizione di stabilità e ordine, vale a dire l'esclusività del *judicial review* quale forma di “custodia” della Costituzione. Di conseguenza, essendo revocato in dubbio il monopolio del controllo giurisdizionale di legittimità, anche la stessa Costituzione si è vista ampliare le proprie modalità e occasioni di inveroamento. La Costituzione non è solo una “questione di legittimità”, nel senso che la sua vitalità non è circoscritta ai soli giudizi nei quali ne è messa a repentaglio la supremazia rispetto a tutti gli altri atti espressione di potere, a cominciare dalle leggi. La Costituzione è elemento di un processo complesso nel quale si intrecciano molteplici e variegati fattori, tutti protesi verso il compimento del disegno abbozzato dai suoi principi fondamentali. Lo scrutinio di costituzionalità è solo uno dei momenti in cui si sviluppa questo

Popular Constitutionalism, Ancient and Modern, in *U.C. Davis Law Review*, 2012, 46, 1, 65 ss., di dimostrare come la soluzione non sia quella della eliminazione del *judicial review*. Cfr. altresì R. POST, R. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, 2004, 92, 4, 1027 ss. Sull'originalismo, quale espressione di costituzionalismo popolare, v., ad esempio, L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, in *Notre Dame Law Review*, 2011, 87, 1, 253 ss.: in effetti, ancorare l'interpretazione costituzionale al significato proprio delle parole secondo l'intenzione dei *framers* coltivata all'epoca della redazione del testo significa implicitamente valorizzare il legame tra i costituenti e il popolo sovrano che li ha scelti.

¹¹⁸ M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1990. V. anche ID., *Popular Constitutionalism as Political Law*, in *Chicago-Trent Law Review*, 2006, 81, 991 ss.

¹¹⁹ O. CHessa, *op. ult. cit.*, 206.

¹²⁰ V., soprattutto, J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, 6, 1346 ss.

¹²¹ O. CHessa, *op. ult. cit.*, 227 (enfasi aggiunta).

¹²² J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, trad. it., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001, dove la regola della maggioranza è per l'appunto subordinata al rigoroso rispetto delle regole procedurali.

¹²³ V., ad esempio, E. CHEMERINSKY, *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*, in *University of Illinois Law Review*, 2004, 3, 673 ss. Cfr., altresì, M. GOLDONI, *Two Internal Critiques of Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 4, 926 ss.

processo, per di più un momento per così dire patologico dovendo il giudice delle leggi sanzionare atti incostituzionali. Sicché, spostare l'attenzione verso il soggetto sovrano (*popular constitutionalism*) o verso le istituzioni democraticamente rappresentative (*political constitutionalism*) significa precludere ad un arricchimento della platea degli attori chiamati ad alimentare e stimolare il diritto costituzionale vivente. Il popolo e le istituzioni democratiche, nel momento in cui "insorgono" contro un atto incostituzionale (o, meglio, reputato tale) non fanno valere soltanto un problema rilevante sul versante della legittimità, ma ancor più fanno valere concretamente il loro ruolo quali coprotagonisti del processo di inveroimento complessivo dei principi costituzionali.

Cosa insegnano, dunque, il costituzionalismo popolare e quello politico? Lo intuisce efficacemente ancora una volta Omar Chessà. Queste confutazioni al *judicial review of legislation* mostrano «come la costituzionalità complessiva dell'ordinamento dipenda da altro che non dalle prestazioni virtuose della giustizia costituzionale. Non ci può essere una salda ed effettiva garanzia della Costituzione a dispetto di quello che accade nella sfera magmatica, inquieta, della politica democratica. Un ordine costituzionale non può reggersi sulla dialettica tra una volontà politica (popolare e rappresentativa) che ignora e sistematicamente disattende gli impegni costituzionali e una giurisdizione che, come un "grillo parlante", richiama al rispetto dei doveri costituzionali, sanzionando gli atti che vanno in tutt'altra direzione»¹²⁴.

Queste correnti di pensiero proiettano la Costituzione oltre il campo dominato dalle dinamiche della legittimità e, così facendo, ampliano lo spettro dei soggetti chiamati a presidiare la legge fondamentale. Un analogo sforzo estensivo verrà svolto anche in questa sede.

a) Il divario tra legittimità e sostenibilità costituzionale non ha dimensioni tali da indurre a negare qualsiasi spazio al giudice delle leggi. Certamente, le teorizzate differenze spingono la Corte verso il confine che delimita il campo di esplicazione della sostenibilità costituzionale, ma qualche margine di azione permane.

Sarebbe, innanzitutto, incoerente rispetto alle suggestioni teoriche sin qui formulate attrarre la (in)sostenibilità costituzionale nell'orbita tracciata dal principio di ragionevolezza. In effetti, si sarebbe tentati di considerare questa dimensione patologica come una figura sintomatica di cattivo e, dunque, irragionevole esercizio della funzione legislativa, al pari di altri e consolidati indizi come la sproporzionalità, l'illogicità manifesta, la non congruità dei mezzi rispetto ai fini, la non strettamente necessaria privazione di utilità o vantaggi giuridicamente rilevanti. Invero, la ragionevolezza resta pur sempre un parametro di legittimità, sia pure idoneo a consentire alla Corte costituzionale di lambire la frontiera che, a fatica, separa la sfera del diritto da quella della politica.

Peraltro, riflettendo anche solo superficialmente sulla ragionevolezza affiora un elemento di criticità che potrebbe indebolire l'approccio teorico tentato in questa sede. È noto, infatti, come anche in ambito legislativo sia stata teorizzata la figura dell'eccesso di potere legislativo quale autonoma e specifica condizione patologica della legge. E ciò al fine di potenziare il sindacato di costituzionalità a fonte dell'invalidabile limite del merito politico.

Secondo la teoria della «funzionalizzazione», la legge è l'atto fondamentale di inveroimento del dettato costituzionale¹²⁵. È, in sostanza, lo strumento attraverso il quale i principi ed i valori racchiusi negli enunciati costituzionali possono trovare attuazione in precetti vincolanti i consociati. Stando così le cose, una qualsiasi deviazione dalle traiettorie tracciate dalla Carta fondamentale ridonderebbe in eccesso di potere legislativo¹²⁶.

Avverso tale tesi milita l'orientamento incline a considerare la funzione legislativa come attività libera nel fine. Il processo di integrazione politica, culminante nella legge, si esprime nello «spazio

¹²⁴ O. CHESÀ, *op. ult. cit.*, 274.

¹²⁵ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970, 616 ss.

¹²⁶ Dal canto loro, parlano di frode o abuso del legislatore V. ZANGARA, *Limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, 607 ss., e G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, II, Napoli, Jovene, 1962, 185 ss. Cfr., altresì, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 128.

vuoto di diritto costituzionale»¹²⁷. Salvi i casi in cui la Costituzione orienta teleologicamente il legislatore, di regola questi, diversamente dall'autorità amministrativa, definisce da sé gli obiettivi da raggiungere¹²⁸. Se mai si dovesse parlare di eccesso di potere, questo vizio potrebbe essere contestato soltanto alla legge che non persegue gli scopi fissati dalla Costituzione¹²⁹.

Quale posizione sia oggi dominante è difficile dirlo. È ben vero che l'affermazione del parametro della ragionevolezza, consentendo alla Corte di controllare in qualche modo la portata espansiva della discrezionalità del legislatore, sembra assolvere ad una funzione non dissimile da quella dell'eccesso di potere¹³⁰. Si è sostenuto che attraverso un uso penetrante della ragionevolezza la Corte costituzionale sia giunta a sindacare l'eccesso di potere legislativo¹³¹.

Nondimeno, la stessa Corte ha dimostrato non poche reticenze nell'accedere alla controversa figura dell'eccesso di potere legislativo. Dopo una risalente pronuncia che aveva escluso un autonomo vizio di eccesso di potere¹³², la Corte, a parte un cenno a presunte figure sintomatiche¹³³, ha riscontrato, a carico di una legge di interpretazione autentica, uno «sviamento strumentale»¹³⁴. Rimesso il tema ad un *obiter dictum*¹³⁵, il giudice delle leggi ha, poi, parlato di «uso distorto della discrezionalità»¹³⁶. Si rimane comunque entro il perimetro tracciato dalla ragionevolezza, piuttosto che riconoscere l'eccesso di potere legislativo come generale ed eclettico fattore patologico¹³⁷. Si rivela, dunque, persuasiva l'affermazione secondo cui «l'eccesso di potere legislativo – a differenza di ciò che può dirsi nel campo amministrativo – rappresenta una ipotesi non generale di vizio delle leggi, ipotizzabile solo nei casi in cui la costituzione preveda un fine, come vincolo interno della legislazione; nei campi e nei casi non pregiudicati da un compito costituzionale, le attività legislative (...) sono libere nel fine, pur con il limite, esterno, del rispetto della costituzione, limite inidoneo a trasformare qualitativamente l'attività legislativa da politica a discrezionale»¹³⁸.

Una legge costituzionalmente insostenibile, dunque, non è né (necessariamente) irragionevole, né tanto meno espressione di un eccesso (o, persino, di un “difetto”, come nell'ipotetica esemplificazione

¹²⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 159. V. pure A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, E.s.i., 1990, 13 ss., e A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 73.

¹²⁸ Cfr. G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.

¹²⁹ Così, tra gli altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova; Cedam, 1953, 180 ss., e L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1028 s. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 275 s., nega l'ammissibilità di un controllo sull'eccesso di potere in quanto esso determinerebbe una indebita valutazione dei motivi interiori della volizione legislativa.

¹³⁰ V., invero, C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, 184 ss., e A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795 ss. Cfr., altresì, A. LENER, *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi*, in *Foro it.*, 1982, I, 2693 ss., e A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss., e spec. 3730.

¹³¹ In questi termini F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, Ecig, 1992, 44. Cfr., pure, G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 653 ss.

¹³² Così si esprime la Corte costituzionale nella [sent. n. 66 del 1964](#), secondo cui l'attività legislativa deve «essere considerata libera nel fine, salvo i casi in cui un fine sia stato prestabilito da una norma costituzionale». V., sul punto, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 304 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II.1) L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative*, Padova, Cedam, 1984⁵, 367 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 61 ss. Cfr. anche la [sent. n. 37 del 1969](#). L'unica eccezione fu quella relativa a leggi adottate in presenza di riserve rinforzate di legge: al riguardo, si richiama il noto test elaborato con la [sent. n. 14 del 1964](#).

¹³³ Nella [sent. n. 53 del 1974](#), la Corte fa riferimento alla carenza di motivi logici o coerenti, nonché alla palese contraddizione con i presupposti.

¹³⁴ [Sent. n. 187 del 1981](#).

¹³⁵ Cfr. la [sent. n. 195 del 1982](#), su cui F. MODUGNO, *Ancora sulla mancata determinazione del thema decidendum e sull'«eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1982, 2090 ss.

¹³⁶ [Sent. n. 313 del 1995](#).

¹³⁷ Cfr. G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 387 ss.

¹³⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 130.

relativa alla cittadinanza) di potere legislativo. Essa è, piuttosto, la prova di come una struttura composita ed eterogenea, quale quella edificata sulla *fundamental law*, possa scricchiolare sotto il peso di determinazioni idonee a stressare (inibendo o deviando o frustrando) i principi fondamentali nella loro organica e vitale combinazione, impendendone l'inveramento in chiave riformatrice della compagine sociale.

Detto ciò, parrebbe più feconda e proficua un'altra strada da imboccare affinché la Corte possa fare un uso discreto della categoria qui teorizzata. Alludo alle sentenze monito.

Un efficace ritratto di questa tecnica decisoria è quello dipinto dalla Presidente Cartabia in occasione della relazione annuale. «Il terreno su cui si fa urgente la cooperazione da parte del legislatore è quello delle cosiddette “sentenze monito”. Accade frequentemente che nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale – siano esse di accoglimento, di rigetto o di inammissibilità – si incontrino espressioni che sollecitano il legislatore a intervenire su una determinata disciplina, allorché la Corte individui aspetti problematici che sfuggono alle sue possibilità di intervento e che richiedono invece un'azione da parte del legislatore. Di norma tali affermazioni sono denominate come “moniti” al legislatore, ma si tratta più propriamente di “inviti” rivolti al Governo e alle Camere in spirito cooperativo per porre rimedio a situazioni normative problematiche, obsolete, o comunque suscettibili di evolvere in un vero e proprio attrito con i principi costituzionali»¹³⁹.

La fragilità delle sentenze in parola sta proprio nella circostanza che, evocando lo spirito di collaborazione del legislatore ordinario, rischiano di restare inascoltate se giustappunto il destinatario non intende di fatto cooperare. Non solo. Se queste pronunce comunque riconoscono il vizio contestato, non basta appellarsi alla discrezionalità del legislatore che s'intende fare salva, per esimersi dal dovere di assumere la decisione conseguente, ossia la declaratoria di illegittimità. Suonano cristalline le parole di Zagrebelsky al riguardo: «si tratta di una formula (il monito), questa volta, non inventata dai commentatori ma utilizzata dalla stessa corte, che allude all'indicazione sostantiva delle linee alle quali la nuova disciplina legislativa deve uniformarsi. Indicazioni nelle quali non riesce facile distinguere ciò che attiene alla legittimità costituzionale della nuova disciplina legislativa e ciò che viceversa è conseguenza di meri consigli di opportunità. Normalmente si accentua il carattere “costituzionale” del monito, dicendo che esso vale a specificare le condizioni minime perché la nuova normativa possa ritenersi conforme alla Costituzione e sottintende la minaccia di trarre in futuro le debite conclusioni dal mancato seguito che tale monito avesse per avventura»¹⁴⁰. Una diffida, questa, ancor più esplicita nelle non tanto dissimili sentenze di incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata¹⁴¹.

Nelle due riportate citazioni affiorano tangibili punti di contatto con la categoria della sostenibilità costituzionale. Si parla, infatti, di “attrito” con i principi costituzionali e, dunque, non di vera e secca violazione degli stessi, così come si percepisce in queste decisioni la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra le valutazioni di ordine giuridico e gli apprezzamenti di mera opportunità politica.

Ebbene, queste criticità potrebbero essere cancellate o, quanto meno, fortemente ridimensionate evocando l'insostenibilità costituzionale di discipline che andrebbero il prima possibile riviste dal legislatore ordinario seguendo le indicazioni della Corte? Si pensi anche alle doppie pronunce: di nuovo, la Presidente Cartabia ha ricordato come «spesso i “moniti” danno luogo al fenomeno delle cd. “doppie pronunce”» nel senso che «in un primo momento la Corte indica al Parlamento i punti problematici che richiederebbero una modifica legislativa nell'ambito di una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all'esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando

¹³⁹ M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 13.

¹⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Foro it.*, 1981, V, 260.

¹⁴¹ Cfr., ad esempio, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 226 ss., che non mancano di esprimere considerazioni critiche per denunciare gli «aspetti fortemente discutibili» (p. 228) di questa tecnica decisoria.

gli strumenti normativi a propria disposizione»¹⁴². Questi “punti problematici” non sono forse il sintomo di una “insostenibilità costituzionale” che andrebbe rimossa?

Proviamo a ricordare alcuni casi significativi di pronunce monito, a cominciare proprio dalla decisione più nota, quale quella resa negli anni Settanta sul sistema radiotelevisivo. In quella pronuncia, la Corte fissa alcuni punti fermi destinati ad orientare la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta dei mezzi più adeguati in vista del conseguimento degli obiettivi dalla stessa enunciati¹⁴³. Non si trattava, forse, di un assetto normativo costituzionalmente insostenibile? E lo stesso potrebbe dirsi, sempre in questa materia, a proposito di una successiva pronuncia che “salva” la disciplina censurata soprattutto in relazione alla propria e dichiarata provvisorietà¹⁴⁴.

Più di recente, si pensi alla decisione con la quale la Corte ha dichiarato inammissibili, in quanto volte a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore ordinario, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ., che non consentono al nato nell’ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore. Il venir meno del legame tra la madre biologica e la madre intenzionale, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo tra questa e il minore, ha reso manifesta una lacuna del diritto quanto alla tutela da accordare ai minori. Di fronte a tale vuoto, la Corte riconosce che una propria decisione rischierebbe di produrre disarmonie nel sistema complessivamente considerato. Serve, pertanto, ancora una volta attirare su questa materia eticamente sensibile l’attenzione del legislatore, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana: sicché, «si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale (...). Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”». Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all’attenzione di questa Corte (...). Questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia»¹⁴⁵. Non sarebbe più tollerabile perché si tratta di una lacuna costituzionalmente insostenibile? Le modalità operative che il legislatore ordinario sarà chiamato a scegliere non dovranno limitarsi a ricondurre il quadro normativo entro i binari della legittimità, ben dovendo conformare la disciplina relativa a tali ipotesi allo “spirito” della Costituzione che, attraverso i principi fondamentali, aspira a ricostruire un assetto sociale in cui anche i bambini nati in queste condizioni possano contare davvero su di una pari dignità sociale e sul pieno riconoscimento di tutti i diritti costituzionali.

Questo nuovo approccio potrebbe rendere “costituzionalmente sostenibili” queste tecniche decisorie, quale ragionevole accomodamento tra la funzione di controllo rimessa alla Corte e la

¹⁴² M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 16. V., anche, V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l’ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, 2022, 497 ss.

¹⁴³ «La sottrazione del mezzo radiotelevisivo [alla riserva dello Stato, *ndr*] è legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obbiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obbiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici»: [sent. n. 225 del 1974](#).

¹⁴⁴ [Sent. n. 826 del 1988](#), su cui R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata)*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3950 ss.

¹⁴⁵ [Sent. n. 32 del 2021](#), su cui A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in questa *Rivista*, 2021/I, 221 ss.

discrezionalità del legislatore là dove non vi siano soluzioni univoche imposte dalla legge fondamentale¹⁴⁶.

b) Sul ruolo di “garante” della Costituzione assegnato al Capo dello Stato non sono mancate prese di posizione volte a rivedere criticamente questa qualificazione¹⁴⁷. Un dato è però incontrovertibile: il Presidente della Repubblica è protagonista del complesso e variegato processo di invero della Costituzione e dei suoi principi fondamentali. E lo è attraverso le proprie attribuzioni, nella misura in cui queste si armonizzano compiutamente nell’architettura istituzionale e sempre che si saldino ordinatamente con le funzioni ascritte agli altri organi costituzionali. Date queste minime e indefettibili condizioni, ben può il Presidente della Repubblica interpretare e applicare la sostenibilità costituzionale a supporto qualificato delle proprie determinazioni.

L’arricchimento del lessico istituzionale, grazie all’acquisizione della categoria qui teorizzata, potrebbe rafforzare l’autorevolezza dei messaggi presidenziali di cui all’art. 87, secondo comma, Cost., incrementandone anche le probabilità di successo¹⁴⁸.

Attraverso questo potere di esternazione formale il Presidente non può certo invalidare atti illegittimi, né tanto meno obbligare giuridicamente i destinatari ad assumere le richieste determinazioni. Per quanto sia ricorrente la qualificazione di tale potere come modalità di controllo¹⁴⁹, sembrano in esso difettare i tratti tipici di questa attività, a meno che non la si voglia connotare come azione di vigilanza volta a stimolare e in qualche misura anche ad indirizzare le istituzioni parlamentari. L’evocazione di una qualche “insostenibilità costituzionale” potrebbe perciò rivitalizzare i relativi messaggi conferendo loro una portata sostanziale più incisiva e persuasiva¹⁵⁰.

Rinviano una legge alle Camere il Presidente non sovrappone un proprio indirizzo politico a quello che ha ispirato e orientato la decisione parlamentare, né tanto meno anticipa lo scrutinio di costituzionalità devoluto al giudice delle leggi. Piuttosto, si tratta di una valutazione pur sempre di

¹⁴⁶ Così quella che si auspicava da taluni essere una eccezione potrà considerarsi una modalità tutto sommato praticabile in modo ordinario: cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quad. cost.*, 2019, 533.

¹⁴⁷ Per tutti, M. LUCIANI, *op. ult. cit.* Cfr. pure M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2002, 85 s. Sulle esternazioni formali come espressione di “garanzia” v. già S. GALEOTTI, B. PEZZINI, voce *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl. XI*, Torino, Utet, 1996, 482, nonché A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 189, cui si rinvia anche per la profonda ricognizione e analisi quivi svolta.

¹⁴⁸ In effetti, come ha puntualmente notato F. DIMORA, *Commento all’art. 87*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008, 778, «l’uso così poco frequente dei messaggi formali dipende anche in grande misura dalla pochissima considerazione che le forze politiche hanno riservato loro o dall’esito pressoché nullo di un atto che rischia così di esporre eccessivamente il Presidente della Repubblica, soprattutto quando tocca temi ritenuti di competenza degli organi rappresentativi». V. anche P. BISCARETTI DI RUFFIÀ, voce *Messaggio*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3. Cfr., diffusamente, M.C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milano, Giuffrè, 1986, e, più di recente,

¹⁴⁹ V., ad esempio, G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (appunti)*, in *Arch. giur.*, 1957, 28.

¹⁵⁰ D’altro canto, anche se non nominata l’insostenibilità costituzione pare affiorare in gran parte dei messaggi presidenziali sino ad oggi formulati: cfr. F. DIMORA, *op. e loc. ult. cit.* Come, tra l’altro, non ricordare [il messaggio del 17 settembre 1963](#) con il quale il Presidente Segni propose di sancire la non rieleggibilità del Capo dello Stato? Una fattispecie, questa su cui si è indugiato abbastanza in queste pagine: «la nostra Costituzione non ha creduto di stabilire la non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica, ma mi sembra opportuno che tale principio sia introdotto nella Costituzione, essendo il periodo sufficiente a garantire una continuità nell’azione dello Stato»: 6). Opportuno o costituzionalmente sostenibile? Come non rammentare, poi, [il messaggio del 26 giugno 1991](#), nel quale il Presidente Cossiga, sollecitando un ampio intervento riformatore del testo costituzionale, lamentò tra l’altro l’affermazione di convenzioni contrarie allo “spirito” della legge fondamentale: 7). In questo caso, ad essere “insostenibile” era – almeno nelle intenzioni dell’artefice di tale messaggio – la stessa architettura istituzionale rispetto proprio ai principi fondamentali a vocazione sociale, che avrebbero imposto un aggiornamento della stessa forma di governo. Cfr. V. ONIDA, *L’ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1992, 165 ss.

legittimità, ma svolta ad un livello superficiale, nel senso di consentire al Capo dello Stato di intercettare palesi e tangibili deviazioni rispetto al dettato costituzionale¹⁵¹.

Dichiarando costituzionalmente insostenibile una previsione legislativa licenziata dalle Camere il Presidente non travalicherebbe affatto i confini che circoscrivono questa attribuzione. Invero, una simile motivazione non trasmoderebbe in apprezzamenti di mera opportunità o convenienza secondo una certa visione politica, né tanto meno metterebbe in discussione il monopolio vantato dall'organo di giustizia costituzionale. Piuttosto, il Presidente concorrerebbe a favorire processi legislativi costituzionalmente sostenibili, prevenendo anomalie o torsioni rilevanti da questo punto di vista, interpretando il proprio ruolo di protagonista nella complessa opera di invero dei principi fondamentali a spiccata vocazione sociale¹⁵².

Quale *extrema ratio* il Presidente della Repubblica potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere adducendo proprio l'insostenibilità costituzionale di azioni o omissioni contestate alle istituzioni parlamentari¹⁵³. È il caso, dapprima analizzato, della mancata elezione dei giudici della Corte costituzionale a fronte di un'inerzia protratta nel tempo. Una simile motivazione potrebbe rendere inattaccabile la decisione del Capo dello Stato di fronte ad una omissione rispetto alla quale il meccanismo sanzionatorio basato sulla illegittimità non si rivelerebbe praticabile.

E un cambio di maggioranza "vistoso" rispetto all'esito della competizione elettorale? Il pensiero torna al 1994, quando l'inatteso dietrofront della Lega di Bossi determinò la crisi del primo esecutivo a guida Berlusconi. Non vi fu alcuno scioglimento, nonostante le pressioni del Presidente dimissionario. E il ribaltone così consumato alimentò un intenso dibattito anche in ambito scientifico¹⁵⁴. Il ruolo del Capo dello Stato si è rivelato decisivo, dando così ragione a quanti interpretano il sistema costituzionale nel senso di lasciare a tale organo l'ultima parola¹⁵⁵. Resta, comunque, sullo sfondo il dubbio che una deviazione sensibile rispetto all'itinerario tracciato dalle urne possa in qualche misura "stressare" il predetto sistema, specie ove si presti la dovuta (anche se non cieca) attenzione al principio della sovranità popolare nelle sue multiformi declinazioni e ricognizioni di senso sostanziale¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr., quanto alla manualistica, per tutti A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022⁵, 127. Per trattazioni organiche, anche alla luce dell'esperienza concreta, si rinvia a D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, I e II, Milano, Giuffrè, 2011; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011; G. GALAZZO, 'Sembra che in tale guisa non si ottemperi'. *Il rinvio presidenziale nell'esperienza repubblicana*, Milano, Franco Angeli, 2022. V., anche, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 1 ss., e D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, 2022, f. 1, 1 ss.

¹⁵² Tornando alle correnti di pensiero che hanno aperto questo paragrafo, sul ruolo del Presidente degli Stati Uniti quale interprete della Costituzione v. J. PURDY, *Presidential Popular Constitutionalism*, in *Fordham Law Review*, 2009, 77, 4, 1837 ss. Così pure D.L. FRANKLIN, *Popular Constitutionalism as Presidential Constitutionalism*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2006, 81, 3, 1069 ss.

¹⁵³ In argomento P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. I) Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, Giuffrè, 1984, e ID., *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. II) Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, nonché S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016.

¹⁵⁴ V., senza ambizione di completezza, le diverse posizioni assunte da E. BALBONI, *Scalfaro e la transizione: ha fatto quel che doveva*, in *Quad. cost.*, 1999, 390 ss., e da C. FUSARO, *Scalfaro e la transizione: non ha fatto quel che poteva*, *ivi*, 396 ss.

¹⁵⁵ V., ad esempio, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2011, f. 1, 6 s., dove afferma che il Presidente «ha poteri decisivi (si pensi allo scioglimento anticipato) la cui ampiezza e la cui incisività possono variare notevolmente in dipendenza della capacità/incapacità delle forze politiche di autoregolare il proprio avvicinarsi al Governo e nella maggioranza parlamentare». Invero, la Costituzione «ha voluto attribuire al Presidente della Repubblica tutti i poteri necessari per far sì che il sistema sia ben funzionante e per risolvere eventuali situazioni di crisi politica affinché non si trasformino in crisi costituzionali».

¹⁵⁶ Invero, secondo A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, 11, «il diritto costituzionale vivente dell'attuale forma di governo italiana non sembra ammettere la costituzione di un governo sostenuto da una maggioranza diversa da quella uscita dalle urne elettorali, salvo situazioni oggettivamente eccezionali. In tali contesti eccezionali (è il caso, per esempio, di uno stato di guerra, di un'emergenza terroristica, ma anche di una gravissima crisi economica globale) in effetti il Capo dello Stato

Per quanto ampia possa essere la portata applicativa della teorizzata categoria della sostenibilità costituzionale, forse non tutto il panorama degli accadimenti istituzionali può essere dalla stessa coperto, soprattutto – come nel caso di specie – in cui il fattore politico assume un ruolo assolutamente preponderante. È il ribaltone ad essere costituzionalmente insostenibile (così da giustificare uno scioglimento anticipato in ipotesi anche poco tempo dopo le elezioni) oppure è lo scioglimento stesso quando comunque le forze politiche presenti in Parlamento sarebbero in grado di dar vita ad una maggioranza di governo?

c) Quanto al Parlamento, organo in seno al quale si assumono tante determinazioni (e non solo legislative) idonee ad alimentare dubbi di (in)sostenibilità costituzionale, si può ipotizzare un arricchimento del ruolo già assegnato alla Commissione affari costituzionali, «cui spetta valutare, oltre alla conformità alla Costituzione, anche la coerenza con l'ordinamento»¹⁵⁷. Ciò comporterebbe, ovviamente, un ripensamento della prassi e, ancor prima, una reinterpretazione delle norme regolamentari¹⁵⁸.

d) E il popolo? Pur abbandonando l'idea di una visione organicista del soggetto titolare della sovranità, è possibile immaginare un ricorso popolare alla (in)sostenibilità costituzionale quale modalità democratica di presidio e inveroamento dei principi fondamentali?

La premessa più propizia al coinvolgimento non marginale del popolo nella pratica della sostenibilità costituzionale è quella che consente di ampliare la gamma dei soggetti legittimati a rendere vitale la Costituzione ed i suoi principi. Non più soltanto gli attori istituzionali che su diversi versanti assumono decisioni rilevanti da questo punto di vista, ma anche la stessa comunità qualificabile come popolo sovrano¹⁵⁹.

Diversamente dagli altri potenziali soggetti che possono essere coinvolti, nel caso del popolo è proprio la difficoltà di individuare canali adeguati ed efficaci di trasmissione della sostenibilità costituzionale. Non è un caso se gli stessi fautori del costituzionalismo popolare siano spesso presi di mira proprio per le tante carenze e contraddizioni che si possono rinvenire sul versante operativo¹⁶⁰.

E, così, lo strumento referendario o il diritto di petizione, e persino l'iniziativa legislativa, potrebbero consentire l'emersione di interpretazioni popolari della sostenibilità costituzionale¹⁶¹. Se non fosse che, per diverse ragioni e con differenti gradi di intensità, queste modalità di possibile inveroamento della categoria concettuale qui teorizzata rischiano di rivelarsi armi spuntate.

può costituire governi che potremmo definire di emergenza o di unità nazionale, più che “tecnici” in senso stretto: essi vedono sostanzialmente maggioranza e minoranze unite nel perseguimento di grandi finalità di risanamento e riforma, ove occorra anche del sistema istituzionale ed elettorale».

¹⁵⁷ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 194. Cfr. anche L. D'ANDREA, *La Commissione affari costituzionali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1992, 141 ss.; F. ZUCCHINI, *La Commissione affari costituzionali: gli effetti paralizzanti del mutamento*, in G. Capano, M. Giuliani (a cura di), *Parlamento e processo legislativo in Italia: continuità e mutamento*, Bologna, Il Mulino, 2001, 153 ss.; E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, Giuffrè, 2010, 110.

¹⁵⁸ Si ricordi che ai sensi dell'art. 75 reg. Camera, la Commissione affari costituzionali esprime parere «sugli aspetti di legittimità costituzionale del progetto di legge». Cfr. pure l'art. 40 reg. Senato.

¹⁵⁹ Ed è proprio questa l'ambizione coltivata dai teorici del costituzionalismo popolare. Sull'ampliamento della platea degli interpreti del dettato costituzionale v. D.S. REED, *Popular Constitutionalism: Towards Theory of State Constitutional Meanings*, in *Rutgers Law Journal*, 1999, 30, 4, 871 ss.: questo A. coglie «a process often open to non-judicial actors who vie strategically against one another in a political competition to advance their understandings of state constitutional meanings» (875). La sostenibilità costituzionale può in effetti presentarsi anche in una operazione ermeneutica condotta sul testo costituzionale.

¹⁶⁰ Si pensi, ad esempio, a T. DONNELLY, *Making Popular Constitutionalism Work*, in *Wisconsin Law Review*, 2012, 1, 159 ss., che, per replicare a tali obiezioni immagina un'agenda di ampio respiro sia di rinnovamento civico che di riforma istituzionale, focalizzata sui problemi di paralisi legislativa, di trinceramento incombente e di apatia del cittadino, specie a fronte di un apparato giudiziario estremamente attivo. L'A. propone un riesame pubblico delle decisioni giudiziarie sotto forma di *People's veto*.

¹⁶¹ Sulla legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato del Comitato promotore in quanto entità idonea «a dichiarare definitivamente la volontà della frazione del corpo elettorale titolare del potere di iniziativa referendaria», v. l'[ord. n. 172 del 2009](#).

Per scongiurare questo rischio, o quanto meno per contenerlo ragionevolmente, occorrerebbe nutrire tali meccanismi con l'ingrediente persuasivo potenzialmente più ricco e promettente, vale a dire l'opinione pubblica¹⁶².

L'opinione pubblica è uno dei pilastri della democrazia¹⁶³. È, invero, di «solare evidenza» quanto essa sia «il fondamento sostantivo e operativo» della democrazia. La sovranità popolare è il principio di legittimazione della democrazia, ma «un sovrano vuoto, un sovrano che non sa e non dice, è un sovrano da nulla, un re di coppe». Stando così le cose, la democrazia è tanto un governo «di opinione» (che cerca e chiede il consenso dell'opinione pubblica), quanto un governo «consentito» (cioè, fondato sul consenso)¹⁶⁴.

In quanto «opinione» essa si risolve nella formulazione di giudizi di valore, vale a dire apprezzamenti, riflessioni, prese di posizione in merito a fatti e comportamenti. In quanto «pubblica» l'opinione investe la comunità, la sfera quindi delle relazioni sociali, affrancandosi dalla mera dimensione individuale per raggiungere lo spazio della interazione tra consociati. Se la democrazia è valorizzazione del dubbio, e perciò luogo di scelte reversibili, l'opinione pubblica è il mezzo per esprimere questa incertezza, piuttosto che soffocarla. È, così, una virtù da assecondare per mitigare il rischio di decisioni frettolose, irragionevoli, sproporzionate, destinate quindi a sortire effetti pregiudizievoli non emendabili¹⁶⁵.

L'opinione pubblica assolve la «funzione di consentire a tutti i cittadini un'attiva partecipazione politica, mettendoli nelle condizioni di discutere e di manifestare le proprie opinioni sulle questioni di pubblico interesse»¹⁶⁶. È bello ricordare come già per Kant attraverso l'opinione pubblica si fa un «uso pubblico» della propria ragione¹⁶⁷. Questa è così posta al servizio della comunità, non certo per promuovere la prevalenza di un indirizzo filosofico o politico o semplicemente per fare sfoggio di erudizione. In questo modo, la ragione si rivolge tanto al popolo, al fine di stimolarne la partecipazione alla vita politica del Paese, quanto alle istituzioni di governo, allo scopo di indicare nuove strategie da intraprendere per una più efficiente gestione della cosa pubblica.

Per come ricostruita in precedenza, la sostenibilità costituzionale ben si presta ad essere acquisita nell'armamentario retorico degli artefici dell'opinione pubblica. La kantiana ragione può essere intesa come diffusione presso la comunità dei principi fondamentali della Costituzione. Il riconoscimento di valore a questa opera di divulgazione critica e dialettica è il viatico verso una matura applicazione del metodo partecipativo, grazie al quale i consociati sviluppano le rispettive personalità in ambiente democratico sia come singoli sia nelle diverse formazioni sociali che operano in questo ambito, a cominciare dai partiti e dai sindacati.

Tutto ciò non ci esime dal prefigurare una insidia che si annida dietro l'opinione pubblica quale veicolo della sostenibilità costituzionale. In difetto di certezze, se non quelle strettamente ancorate alla quintessenza dei principi fondamentali più volte evocati, questa formula potrebbe favorire atteggiamenti strumentali e prevaricatori ad opera di quella ristretta minoranza che, disponendo dei relativi mezzi finanziari e culturali, è di fatto in grado di plasmare a proprio piacimento le diverse definizioni sostanziali della sostenibilità costituzionale. Pensiamo al *cascade model* elaborato da Deutsch per descrivere il processo di formazione dell'opinione pubblica, che polarizza l'attenzione

¹⁶² Invero, revocando in dubbio la natura contromaggioritaria del *judicial review*, B. FRIEDMAN, *Mediated Popular Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 2003, 101, 8, 2596 ss. studia il nesso che avvince, alla luce degli studi sociologici condotti in materia, le decisioni del giudice costituzionale all'opinione pubblica, nel senso che normalmente le prime riflettono gli orientamenti popolari.

¹⁶³ Su come essa si concretizza a seconda del tipo di assetto democratico in cui si inserisce v. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori riuniti, 1991, 72 s.

¹⁶⁴ Tutte le citazioni sono state prese da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, 166.

¹⁶⁵ Questa riflessione scaturisce dal «combinato disposto filosofico» di due fondamentali contributi: G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, e S. VECA, *Dell'incertezza*, Milano, Feltrinelli, 1997.

¹⁶⁶ N. MATTEUCCI, voce *Opinione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2014, 638.

¹⁶⁷ I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1784, trad. it., *Risposte alla domanda: Che cos'è l'Illuminismo?* in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1963.

sull'eloquenza quale modalità narrativa e discorsiva a disposizione del ceto intellettuale dominante¹⁶⁸. I primi livelli di formazione del pensiero e, quindi, dell'opinione pubblica vedono protagonisti in questo modello i membri delle élites (politiche, economiche, sociali). Questa cerchia ristretta finisce col rivolgersi ad un «pubblico fantasma»¹⁶⁹, che passivamente assorbe valutazioni, invettive, narrazioni, senza restituire alcunché, al limite lasciando spazio soltanto a reazioni istintive, spesso colleriche. Il paventato rischio può essere circoscritto solo favorendo quelle che Sartori ha definito le «retroazioni di risalita»¹⁷⁰ che permeano un sistema di interazioni reciproche, ossia circolari, caratterizzanti un'autentica dinamica democratica dell'opinione pubblica.

Una matura attivazione dei canali dell'opinione pubblica, autenticamente informata al principio democratico, può saldare la sostenibilità costituzionale alla rappresentanza politica, sì che quest'ultima divenga essa stessa custode della *fundamental law*. E ciò è tanto più vero e urgente in un momento, quale quello attuale, in cui la crisi del rappresentato ha raggiunto livelli mai toccati in passato¹⁷¹. Burdeau distinse democrazia governata (quella che funziona e si manifesta tramite l'azione dei rappresentanti) e democrazia governante (il popolo che decide)¹⁷². Anche in un assetto politico che si riconosce nella rappresentanza la democrazia può divenire, di fatto, governante quando il popolo riesce, in misura consistente, a influenzare i processi decisionali. In questo caso, si assiste ad una «massimizzazione della sovranità del *demos*»¹⁷³.

Ebbene, quanto più forte ed incisiva si rivela l'opinione pubblica, tanto maggiore risulterà l'approssimazione alla democrazia governante pur in un ordinamento che ha preferito il modello della rappresentanza. E l'evocazione della sostenibilità costituzionale, quale inedita ma pur sempre qualificata modalità di valutazione delle diverse decisioni assunte dal potere politico, non può che puntellare questo processo di massimizzazione.

¹⁶⁸ Cfr. K.W. DEUTSCH, *The Analysis of International Relations*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1968, trad. it., *Le relazioni internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1970.

¹⁶⁹ W. LIPPMANN, *The Phantom Public*, New York, Transaction Publishers, 1925.

¹⁷⁰ G. SARTORI, *op. cit.*, 170.

¹⁷¹ Uno dei sintomi della attuale crisi del rappresentato è proprio la difficoltà di esprimere una opinione pubblica democraticamente efficiente: v., in particolare, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, 117 ss.

¹⁷² Cfr. G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, VI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956. V. anche, ID., *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, Office de Publicité, 1956, 30 ss.

¹⁷³ G. SARTORI, *op. cit.*, 196.