

QUESTIONI DI CONFINE**

BOUNDARY ISSUES

Sommario: 1. Produzione politica e produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali. - 2. Modi di produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali. - 3. La produzione politica delle norme costituzionali: consensualità e conflitto. - 4. Debolezza culturale, inadeguatezza tecnica e nocumento sistemico delle revisioni costituzionali nel tempo presente.

1. Produzione politica e produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali

Per ragioni derivanti dallo stato attuale degli sviluppi ordinamentali – si potrebbe perciò dire: secondo un punto di vista storico-evolutivo – ha ripreso centralità l'esigenza di riconoscere la linea di demarcazione tra produzione politica e produzione giurisprudenziale, a più livelli, delle norme costituzionali, intendendosi per produzione politica quella che si compie, nelle forme prescritte, per opera degli organi collocati nel circuito della rappresentanza politica, e dunque in posizione di responsabilità politica, e per produzione giurisprudenziale quella che è commessa a organi esterni a tale circuito, in posizione di rappresentanza di tipo istituzionale nell'ordinamento¹.

* Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Relazione introduttiva al Seminario AIC "La produzione delle norme costituzionali", Napoli, 24 maggio 2024.

¹ Tra popolo e giudici vi è un rapporto di rappresentanza giuridica, nel senso che i giudici agiscono nella *contemplatio domini* (V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* [1954], in ID, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, 166), compiendo «operazioni per la realizzazione di uno scopo altrui» (S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza* [1929], in ID, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, 166), sul fondamento della Costituzione, che stabilisce i limiti e i modi di esercizio della sovranità popolare (questo approccio è riproposto da G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studi*, Padova, 19-21 giugno 2003, a

Siffatta linea di demarcazione – mobile per proprio statuto – è anche un punto di tensione permanente per i caratteri strutturali dei fattori che determinano la capacità conformativa della produzione normativa politica, derivante anche dalla qualità della legislazione, e dalla propensione espansiva dei giudici, della Corte costituzionale in ispecie, nell'impostazione analitica e ricostruttiva che si può proporre.

Si tratta di una stipulazione concettuale mite, che non intende imporsi come normativa, ma solo dichiarare l'approccio e chiarire il linguaggio, nella consapevolezza della circostanza che di diritto "politico" si è parlato con riferimento alle norme prodotte dalla Corte costituzionale, secondo una distinzione interna alla sua giurisprudenza, quando essa sia così strutturata e si generi secondo modalità tali da condurre il giudice ad assumere poteri di indirizzo politico. Del che si è molto dibattuto con riferimento alla fortunata ricostruzione che coglie nella Corte una duplice irrisolta natura, tecnica e politica, non interamente tecnica e non interamente politica², largamente accolta, ma anche considerata per smentirne l'innocenza descrittiva con riferimento alle norme sul processo costituzionale³.

Meglio dunque mantenersi su un terreno più saldo e meno controverso, essendo il dato più certo, ed epistemologicamente più utile da rilevare, che vi sono decisioni della Corte qualificabili come «normative»⁴, nella specie normative di rango costituzionale. E l'intensità dell'intervento può essere tale da condurre la Corte, non tanto a integrare, quanto a esaurire l'esercizio della potestà di indirizzo politico⁵. Ma, secondo il significato qui (debolmente) stipulato, pur sempre di diritto giurisprudenziale si tratta: di diritto realizzato con sentenze «anomale»⁶,

cura di L. Carlassare, www.libreriauniversitaria.it). Siffatto tipo di rappresentanza ha caratteri specifici: manca un atto di investitura nella rappresentanza; non v'è una responsabilità del rappresentante nei confronti del rappresentato che sia possibile far valere in sede giuridica. Ciò sta a significare che il rapporto rappresentativo dei giudici nei confronti del popolo non è assimilabile alla rappresentanza politica, poiché il rappresentato, «il popolo», assume identità diversa rispetto a quella propria di quest'ultima: il «popolo» in nome del quale è amministrata la giustizia è un'entità assai meno definita nelle modalità di manifestazione della volontà, è piuttosto un «intangibile centro vivificante» (E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago 1952, trad. it. *La nuova scienza politica*, Torino 1968, 101). «Il popolo» che opera come corpo elettorale è rappresentato dai soggetti che esso abilita con un atto di investitura e che sottopone a controllo (almeno) alla scadenza del rapporto; «il popolo» rappresentato dai giudici è assunto come il fattore di permanenza e di unità dell'ordinamento, da «rendere presente» nelle sedi di esercizio del potere. In un assetto costituzionale democratico, tra i «due corpi» vi dev'essere una relazione per la quale il primo è il formante dell'azione dei rappresentanti del secondo, attraverso il circuito di produzione della legge (così è nell'art. 101 della Costituzione, ove il principio della relazione rappresentativa tra popolo e giudici si tiene contestualmente con il principio della soggezione dei giudici alla legge). L'alterazione di questo circuito relazionale – per la traslazione della *legis-latio* nelle sedi della giurisdizione ovvero della *iuris-dictio* nelle sedi della rappresentanza politica – produce una distorsione sistemica, rispettivamente verso un assetto incentrato sulla prevalenza del principio aristocratico o verso un assetto incentrato sul dominio assoluto della maggioranza.

² E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna 1996. Consonante, G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, p. 963 s., il quale, esaminando le vicende della disciplina e della pratica del contraddittorio innanzi alla Corte, rileva che «... la differenza tra sfera generale del politico e sfera particolare del giurisdizionale perde nettezza nel processo costituzionale, sino a sfumare nel più comprensivo concetto di *tutela razionale di interessi collettivi*. La Corte non opera come soggetto politico, ma neppure come organo giurisdizionale ... I confini estremi di questo campo d'azione, *democratico, ma non rappresentativo*, sono rispettivamente il legame al testo della Costituzione e la novità assoluta dell'intervento normativo di attuazione del principio costituzionale».

³ L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli 2012, spec. p. 368.

⁴ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981.

⁵ Ivi, p. 1719.

⁶ Ivi, p. 1685.

che possono essere tutte raccolte nella generale categoria delle decisioni «interpretative», cioè di quelle per le quali – afferma Crisafulli, trovando la condivisione di Silvestri⁷ – «l'interpretazione (che è momento imprescindibile e dunque sempre presente in tutte le decisioni della Corte) svolge un ruolo essenziale e determinante: non è più un semplice motivo, ma entra a far parte, come un momento costitutivo e condizionante, del deciso. Il quale avrebbe potuto essere opposto, ove l'interpretazione avesse condotto a risultati diversi»⁸.

Ciò dispensa da quelle tassonomie da entomologi, irte di sub-distinzioni, alle quali non corrispondono davvero «concetti diversi»⁹.

In realtà, il fenomeno delle sentenze normative è un dato che va accolto nella sua storicità. Della possibilità di dare a esso coerente fondamento teorico si è sempre dubitato, adducendo a riprova ricostruzioni più o meno compiute. Oggi i temi di fondo coi quali si misura questa possibilità tornano nel dibattito, a partire dalla distinzione, originariamente crisafulliana, tra disposizione e norma (sulla quale incombe la sommessa, ma potenzialmente letale nell'economia del discorso, domanda posta da Giuliano Amato sulla scia dell'insegnamento di Carlo Lavagna: se la distinzione tra proposizione normativa e norma possa essere ritenuta responsabile del creazionismo giudiziale¹⁰). Solo che essi tornano in un contesto di minore limpidezza, per una certa estenuazione di concetti stratificati, qualche eccessiva propensione ai paradossi e alla giustapposizione di materiali teorici eterogenei e di piani diversi e di diversi approcci: il piano teorico generale, quello filosofico-giuridico, quello teorico-giuridico; l'approccio ermeneutico, da Chaïm Perelman a Jaques Lacan a Umberto Eco; quello empirico, da Martin Heidegger a Hans-Georg Gadamer, risalendo, per linee grosse, fino a John Locke; incrociando un *pot-pourri* di tecniche dell'argomentazione. *Tout confondu sans pitié pour le lecteur*, salvo il lettore affascinato da queste ibridazioni, *monstre délicat – hypocrite lecteur*, riconosciuto dall'ibridatore come *son semblable, son frère*, in picciola confraternita compatta.

Torna perfino la polemica – da tempo considerata e da considerarsi priva di oggetto – contro un meccanicismo giudiziale, spacciato per cognitivismo, che non esiste più (seppure sia mai esistito), costruito per farne un facile obiettivo polemico ricostruito ad arte.

Ragioni per le quali tornerebbe utile dichiarare le proprie premesse metodologiche. Così faceva Gaetano Silvestri, ancora in quell'aureo saggio del 1981 sulle sentenze normative, aderendo al metodo topico di Konrad Hesse, con riferimento ai caratteri specifici del processo di concretizzazione dei principi costituzionali, metodo consistente «nel valutare diversi punti di vista in un ambito normativamente vincolato, soppesando i pro e i contro delle opinioni possibili per giungere a una decisione chiara e convincente», con lo scopo – soggiunge Silvestri – di arrivare, secondo un ragionamento aristotelico, non a una conclusione necessariamente vera, ma a una conclusione «che sia la meno opinabile tra quelle che potevano trarsi dai principi»¹¹.

⁷ *Ibidem*.

⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, IV ed., Padova 1976, p. 360.

⁹ *Ivi*, p. 358.

¹⁰ G. AMATO, *Contributo*, in F. MODUGNO, A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli 2021, XXIV.

¹¹ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., p. 1706.

Il che costituisce – ed è un gran pregio – una chiara base di discussione su due questioni fondamentali: identificare la linea di demarcazione tra creazione del diritto e determinazione dei significati di ciò che è diritto; stabilire le connotazioni specifiche dell'interpretazione costituzionale.

Sul primo punto: considerato che l'attività interpretativa è sempre in qualche modo e in qualche misura creativa, essa dovrebbe essere in grado di definire le condizioni di possibilità dell'agire di un altro attore¹². Dunque, seguendo questo approccio, il dato legislativo pone le condizioni di possibilità che vincolano il giudice, che vanno identificate sul piano empirico, e quando questo si muove oltre tali condizioni crea *ex nihilo*. A tale costruzione è stato opposto che il vincolo per il giudice nasce anche da altri fattori, diversi dal testo del precetto, i quali vincolano – cioè sono possibilità dell'agire dei consociati e anche del legislatore, sicché l'interpretazione non dovrebbe essere mai considerata creazione da parte di alcuno, ma sempre collaborazione¹³. Tuttavia, ciò non inficia il modulo logico qui proposto: il giudice non può spingersi oltre le condizioni di possibilità stabilite dal legislatore, per non travalicare in creazione.

Quanto alla seconda questione – quali siano le connotazioni specifiche dell'interpretazione costituzionale – si è affermato, in ragione della peculiare struttura deontica delle norme prodotte in quest'ambito, che essa sia «attività assolutamente intuitiva e non razionale del giudice», giacché investe valori, non norme¹⁴: posizione estrema, tema centrale. Silvestri lo considera nei termini della disposizione senza contenuto normativo¹⁵, conducendosi ad assumere nell'interpretazione il profilo teleologico.

In realtà, sembra si possa dire che, se nella Costituzione è centrale il rapporto tra principi e valori, la questione qui posta in termini generali rimane strutturalmente identica: se la gerarchia assiologica, pur sempre derivante dalla gerarchia materiale tra Costituzione e legge, debba essere costruita in base al dato positivo definito dal testo oppure debba essere affidata a una sede sapienziale aristocratica, ove ci si possa spingere soggettivisticamente oltre le condizioni di possibilità del dato positivo.

La questione delle sentenze normative va considerata sul piano storico, si diceva: non si può non concordare in proposito con la tesi di Gustavo Zagrebelsky, espressa nella prima edizione del suo *Giustizia costituzionale*, ove affermava che la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde «a una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente»¹⁶.

Mentre, sul piano teorico, questa «congiuntura» è sottoposta a critica da una lettura in chiave cognitivista della costruzione di Ernst Zitelmann¹⁷ filtrata da Donato Donati¹⁸ e nella

¹² Così M. LUCIANI, *Interpretazione conforme, ad vocem*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, p. 423.

¹³ F. CERRONE, *In margine a un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Diritto e Società*, n. 4, 2018, p. 567, sulle orme di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), I, Milano 1990.

¹⁴ A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli 2001, p. 226.

¹⁵ G. SILVESTRI, op. cit., p. 1697.

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna 1977, p. 340.

¹⁷ F. CERRONE, op. cit., p. 604. Su Betti e Zitelmann, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011, pp. 29 ss.

¹⁸ F. CERRONE, op. cit., p. 607.

considerazione della lettura fattane da Norberto Bobbio¹⁹, circa l'esistenza di una norma generale negativa o esclusiva, in forza della quale le norme particolari di condotta non possono essere applicate ad altri comportamenti non previsti da tali norme particolari. Dunque, il giudice non può trascendere il dettato legislativo per decidere secondo equità²⁰.

2. Modi di produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali

Su queste basi, si può affrontare il cimento della identificazione della linea di contatto tra la produzione giurisprudenziale e la produzione politica del diritto costituzionale (che è anche valutare il "rendimento" del procedimento di revisione).

Quando, dunque, la Corte travalica «le condizioni di possibilità» del dato normativo-costituzionale?

Silvestri ritiene che ciò avvenga con le «sentenze direttive», che cioè stabilivano direttive inderogabili dal legislatore, tutte dotate delle caratteristiche della norma costituzionale, anche dal punto di vista della forza passiva. Si tratta di decisioni che operano una scelta «tra interessi o, se si preferisce, tra valori diversi e da queste scelte viene escluso il Parlamento»²¹.

Forse, alla luce della lunga esperienza poi intervenuta, è possibile distinguere due ambiti di produzione giurisprudenziale del diritto costituzionale: creazione di nuovi principi o regole di diritto costituzionale materiale; creazione di norme sulla posizione della Corte nel sistema, in modificazione del modello di giurisdizione costituzionale definito dal diritto politico.

Sul primo versante, è possibile distinguere casi di asserita inadeguatezza-incompletezza del quadro normativo costituzionale, derivante dall'inerzia del legislatore politico costituzionale, fino a far parlare di «lacune»²².

Vi è dunque integrazione in sede giurisprudenziale del quadro dei principi o integrazione del parametro.

Tra le decisioni individuate in dottrina, si possono segnalare le sentenze che hanno ritenuto possibile ridefinire il riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni²³ e le sentenze che hanno introdotto il concetto di sospensione delle garanzie costituzionali²⁴. Sul secondo versante, le sentenze che hanno ascripto la natura di parametro di legittimità costituzionale alle disposizioni delle CEDU come interpretate dalla Corte EDU²⁵.

¹⁹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, pp. 148 ss.

²⁰ Altri ritiene che questa regola non sia norma, ma principio generale negativo, inferendone un campo maggiore per l'interprete: F. CERRONE, op. cit., p. 610.

²¹ G. SILVESTRI, op. cit., p. 1719.

²² A. RUGGERI, *I parametri costituzionali sfuggenti e le forme del loro inveroamento nell'esperienza, a mezzo di consuetudini culturali di riconoscimento del loro significato*, in *Consulta Online*, 6 maggio 2024, p. 517 ss. In tema, E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni del giudice costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2007, p. 155 ss.; A. SPADARO, *Innovazione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2, p. 112 ss.

²³ E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2007, p. 170, segnalano la sent. 11-19 novembre 1987, n. 399.

²⁴ Cfr., per esempio, sent. 5-24 maggio 1979, n. 29, con riferimento a «cause di forza maggiore» e sent. 6 maggio-7 luglio 2001, n. 240, con riferimento a uno «stato di emergenza pandemica».

²⁵ Sentt. n. 348 e n. 349 del 2007.

Ma la creazione di nuovi principi può anche intervenire, non nell'area lasciata libera dal legislatore politico costituzionale, ma in tensione diretta con questo, sospinta fino al conflitto.

Si considerino le sentt. n. 254 e n. 255 del 1992²⁶, e, in fase successiva, la connessa sent. n. 361 del 1998²⁷: al cospetto del nuovo Codice di procedura penale, dei principi, in esso affermati in attuazione degli artt. 24 e 111 Cost., di oralità e dunque di acquisizione della prova nel contraddittorio paritario tra le parti processuali, la Corte costituzionale rinviene, riconosce esistente, di fatto crea un principio di “non dispersione dei mezzi di prova”, che può dirsi nuovo, in quanto non inferibile da alcuno dei disposti costituzionali richiamati. Nelle decisioni in discorso, invero, non solo non si rinvencono interpretazioni, tantomeno dimostrazioni, ma neppure riconoscibili argomentazioni a sostegno dell'assertività apodittica delle conclusioni. Si potrebbe, cioè, dire, sul punto, che, nell'involucro giurisprudenziale, v'è il contenuto modellato come enunciato creativo di norme.

È in reazione a tanto che il legislatore costituzionale politico interviene, con la legge cost. n. 2 del 1999, a modificare l'art. 111 Cost., introducendo in esso i primi cinque commi, norme in parte di conformazione codicistica, in parte più propriamente qualificabili come principi, che espungono dal sistema il principio creato in sede giurisprudenziale: nello schema proposto da Silvestri, si potrebbe parlare di abrogazione di norma costituzionale di indirizzo.

Un analogo modulo di relazione tra produzione politica e produzione giurisprudenziale delle norme costituzionali si può ravvisare nella vicenda della legislazione sulle autonomie territoriali, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta dello scorso secolo: una legislazione ordinaria “razionalizzatrice” – a partire dalla legge n. 59 del 1997 – intende affermare nuovi principi nell'organizzazione dei rapporti centro-periferia, in parte ritenuti impliciti nella Costituzione, cioè non tradotti in enunciati ma enucleabili con sicurezza in chiave logico-sistemica – *in primis* il principio di sussidiarietà – in parte vistosamente discosti dal contesto disegnato dal Titolo V della Parte II. Quando si prefigura un intervento demolitorio della Corte costituzionale, la revisione ampia di questa parte della Costituzione, con la legge n. 3 del 2001, vale a “mettere in sicurezza” la riforma realizzata con la legislazione ordinaria. La Corte è innanzi alla prima grande manifestazione di normazione metacronica, cioè di quella normazione che rovescia la corretta sequenza temporale: l'intervento legislativo ordinario, per come è conformato e per il tipo di innovazioni che introduce, dovrebbe essere preceduto da una modificazione costituzionale; ma il decisore politico vuole produrre immediatamente il fatto riformatore, riservandosi di modificare successivamente la Costituzione, sanando la ferita, inflitta per proiettare un'immagine di alta performatività in uno scenario fattuale che la falsifica sistematicamente²⁸.

Ora, innanzi alla particolarmente bassa qualità tecnica della revisione del 2001, la Corte ha agio di sovrapporre un suo quadro di principi a quello enunciato, con qualche vaghezza e qualche contraddizione, dal legislatore costituzionale politico. Al principio di sussidiarietà centrifuga, la Corte sostituisce il principio di sussidiarietà centripeta, stabilendo che la

²⁶ Sentt. 2-13 novembre 1992, n. 254; 18 maggio-3 giugno 1992, n. 255.

²⁷ Sent. 26 ottobre-2 novembre 1998, n. 361.

²⁸ Sulla complessiva vicenda di quegli anni, sia consentito rinviare a S. STAIANO, *Costituzione italiana*: art. 5, Roma 2017, pp. 78 ss.

spettanza della competenza amministrativa attrae verso lo Stato le competenze legislative, e, in un circuito potenzialmente letale per l'autonomia come sedimentata in oltre un trentennio di evoluzione normativa, ritiene dislocate al centro le competenze amministrative, in forza della creazione di flessibilità centripeta²⁹.

Quanto all'intervento sulle lacune, la Corte scrive il diritto intertemporale, in carenza di norme transitorie nella legge cost. n. 3 del 2001. E lo fa ancora in chiave centralistica, salvando l'efficacia, non solo del diritto statale vigente, secondo un *principio di continuità normativa*³⁰, ma anche la perdurante competenza normativa dello Stato, fino alla dotazione, da parte delle Regioni, di un apparato idoneo, quando siano in gioco «valori costituzionali incompressibili», secondo un *principio di continuità istituzionale*³¹.

Quanto alla produzione giurisprudenziale di norme costituzionali incidenti sulla posizione della Corte nel sistema, si possono considerare le decisioni che creano nuove ipotesi di inammissibilità del referendum abrogativo, nuove rispetto a quelle enunciate dall'art. 75 Cost., dalle quali discende il potenziamento della specifica competenza della Corte contemplata dall'art. 2 della legge cost. n. 1 del 1953³².

Ma la più intensa modificazione delle norme che conformano il modello di giurisdizione costituzionale definito dalla legge cost. n. 1 del 1948 deriva dalle decisioni della Corte che hanno ammesso l'accesso delle controversie concernenti le leggi elettorali. Con la sentenza n. 1 del 2014³³, la Corte costituzionale, giudicando ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un giudizio di accertamento della violazione del diritto di elettorato garantito dall'art. 48 Cost., ha disarticolato il modello dell'incidentalità, pretermettendo la necessaria diversità di *petita* del giudizio *a quo* e del giudizio davanti alla Corte e perciò dell'autonomo svolgimento del primo rispetto a quest'ultimo³⁴. L'orientamento è stato tralaticciamente confermato con la sent. n. 35 del 2017³⁵. In sostanza, si tratta di un accesso diretto, che rende necessario alla Corte pronunciarsi, con sentenze altamente manipolative,

²⁹ A tali esiti conduce la sent. 25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303.

³⁰ Sent. 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 13.

³¹ Sentt. 8 luglio-21 luglio 2004, n. 255 e n. 256.

³² È noto che a segnare la svolta è la sent. 17 gennaio-2 febbraio 1978, n. 16.

³³ Sent. 4 dicembre 2013-13 gennaio 2014, n. 1.

³⁴ A rimanere del tutto irrisolto è il nodo dell'incidentalità come «autonomo svolgimento» del giudizio *a quo*, che la Corte aveva sempre messo univocamente a fondamento della rilevanza (sent. 9-13 febbraio 2009, n. 38; sent. 24 ottobre-7 novembre 2002, n. 437). Con la sent. n. 1 del 2014, invece, la Corte, per ritenere «non implausibile» la motivazione sulla rilevanza prodotta dal remittente, afferma che al giudice costituzionale resta solo da valutare se «sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi», anche allo scopo «di scongiurare la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo su taluni atti legislativi», cioè di eliminare «zone franche» dal giudizio di legittimità costituzionale: ove è evidente che all'argomentazione giuridica si sovrappone una valutazione assiologica circa l'indesiderabilità di aree della decisione politico-legislativa non pervase dal controllo di legittimità costituzionale. Fatto sta che la «dimostrazione» della diversità dei *petita* nel giudizio *a quo*, che è di accertamento, e nel giudizio innanzi alla Corte è, in tutta evidenza, apoditticamente assertiva. Sia consentito rinviare, sul tema, a S. STAIANO, *La vicenda del giudizio incidentale sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 30 maggio 2014.

³⁵ Sent. 25 gennaio-9 febbraio 2017, n. 35. Sulla continuità di questa con la precedente sentenza n. 1 del 2014, M. LUCIANI, Bis in Idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1. Nel caso della sent. n. 35 del 2017, l'incidentalità non è solo indimostrata (la Corte, nella sostanza, fa rinvio al precedente della sentenza n. 1 del 2014, ripetendo tralaticciamente alcuni *topoi* argomentativi), ma impossibile, giacché la Corte si pronuncia su legge elettorale non ancora applicata.

dunque di tipo normativo, sulla legittimità della legge elettorale. E il legislatore politico che vorrà (in qualche misura, dovrà) porre di nuovo mano alla legge elettorale, almeno per rimettere in asse il sistema, poiché la Corte agisce pur sempre con limitata capacità di incidere sul testo, senza cioè potersi spingere oltre la tecnica del “ritaglio”, la quale non garantisce perfetta coerenza, ma solo formale applicabilità, sarà vincolato a osservare le “tavole dei principi” fissati dalla Corte medesima circa la conformazione della formula elettorale, pena incorrere in nuove dichiarazioni di illegittimità costituzionale, una volta rotto l’argine dell’incidentalità.

L’effetto, collaterale ma potente, derivante dalla distorsione del modello di giurisdizione costituzionale cui la Corte si induce sotto l’impulso delle richiamate istanze sostanzialistiche, è quello di fare di essa un nuovo formante soggettivo della forma di governo.

La lacerazione sistemica cui ciò avrebbe condotto fu percepita assai tempestivamente da Costantino Mortati, il quale avvertì, già al tempo delle leggi di “riforma agraria”, negli anni Cinquanta del secolo scorso, della distorsione del modello dell’incidentalità derivante dall’ammissione del giudizio di costituzionalità derivante da eccezioni proposte nel corso di giudizi di accertamento, e si orientò problematicamente all’ammissibilità solo perché si trattava di assicurare tutela avverso leggi-provvedimento, il cui utilizzo per delega parlamentare da parte del Governo era, a sua volta, distorsivo del lineare rapporto tra previsioni legislative normative e provvedimenti formalmente amministrativi, invitando tuttavia a considerare la vicenda una deviazione da limitare, una parentesi accettabile solo per il premere di fatti irresistibili³⁶.

3. La produzione politica delle norme costituzionali: consensualità e conflitto

Dai descritti casi di formazione giurisprudenziale delle norme costituzionali, è stato possibile inferire alcuni punti di tensione diretta tra essa e interventi di revisione politica della Costituzione.

Ma le relazioni tra sistema politico e produzione in varie forme delle norme costituzionali possono essere utilmente inquadrare nella vicenda storica (tracciando in premessa una linea di demarcazione tra revisione della Costituzione e attuazione, secondo il procedimento disegnato dall’art 138 Cost., nei campi di riserva di legge costituzionale, e precisando che qui ci si riferisce solo alla prima).

Quanto al modello costituzionale di produzione politica delle norme costituzionali, non sembra si possa ritenere che la garanzia delle minoranze sia la funzione primaria perseguita. Anzi, una volta scelta la strada di irrigidire formalmente le norme costituzionali, e ritenuta non prescindibile, a tal fine, la previsione di maggioranze qualificate estese, come tecnica deliberativa congruente con quelle esigenze, i costituenti si interrogarono su una «soluzione di buon senso»³⁷, idonea a impedire eccessi di ruolo delle minoranze, pervenendo alla possibilità di

³⁶ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, p. 149 ss.

³⁷ Così Tomaso Perassi, in AC, seduta plenaria del 3 dicembre 1947, CCCXVII, 4322 s.: «...Si tratta, dunque, di contemperare questi due concetti: da un lato la rigidità della Costituzione, e dall’altro, la sua non immutabilità. Questi due criteri determinano il problema legislativo che dobbiamo ora risolvere. Si tratta, cioè, di inserire nella Costituzione una norma che regoli il procedimento di formazione delle leggi costituzionali ... Quale può essere

determinare la revisione costituzionale anche a maggioranza assoluta, in caso di mancato conseguimento delle maggioranze dei due terzi, chiamando in causa eventualmente il corpo elettorale attraverso un referendum confermativo senza un quorum di validità. In tal modo, il peso attribuito alla minoranza parlamentare, anche nel suo rapporto con gli elettori, non si sarebbe mai tradotto in un potere di veto: né in sede di deliberazione da parte delle Camere, per la possibilità di deliberare con la sola maggioranza assoluta, né nella consultazione referendaria, per l'impossibilità di impedire un risultato favorevole alla revisione facendo appello all'astensione dal voto (pratica ostativa potenzialmente molto efficace, come dimostra l'esperienza del referendum abrogativo).

Nella logica del costituente, per le disposizioni costituzionali, nella parte suscettibile di revisione, viene prefigurato un procedimento modificativo per il cui aggravamento è ritenuta non rinunciabile la soluzione tecnica della maggioranza qualificata, ma il cui effetto collaterale implicato – la garanzia delle minoranze parlamentari – deve essere moderato, affinché non travalichi in eccesso di ruolo di queste³⁸. Quanto alla parte della Costituzione che, attenendo ai fondamenti inviolabili, non è tangibile in alcuna forma legale, l'esigenza di tutela delle minoranze parlamentari è, ovviamente, fuori quadro, trattandosi di questione estranea al campo di incidenza delle procedure ordinate dal diritto. E, invero, l'art. 131 del progetto di Costituzione (poi art. 139) viene disegnato come un argine puramente concettuale alla revisione, poiché la determinazione in concreto dei campi di immutabilità assoluta viene affidata all'interpretazione degli elastici disposti di principio posti a garanzia dei diritti fondamentali.

Si può perciò trarre dal dibattito costituente la ricostruzione della disciplina dell'art. 138 come un modulo a schema aperto, saldamente ancorato alla tecnica dell'aggravamento del procedimento legislativo parlamentare (nei limiti segnati dalla rigidità assoluta dei principi supremi), ma alcune delle cui implicazioni sono destinate ad assumere variabile significato in

questa norma? Il mio emendamento [interamente sostitutivo dell'originario art. 130, e che sarebbe risultato pressoché interamente corrispondente al testo definitivo dell'art. 138] non tocca nessuna parte sostanziale del testo elaborato dalla Commissione dei Settantacinque. Questo testo è ispirato ad un criterio di ragionevolezza ... cioè che la Costituzione deve essere rigida, ma non immutabile, inflessibile. Non si può concepire la Costituzione come una lastra di vetro; occorre che sia un metallo duro, ma un metallo plasmabile. Si tratta, dunque, di trovare una formula che contemperi queste due esigenze ... Infine, nell'ultimo comma, che è uguale a quello del testo della Commissione, si stabiliscono i casi in cui su una legge costituzionale non è ammesso il Referendum facoltativo ... Questo comma, che potrebbe eventualmente diventare, dal punto di vista formale, un inciso del precedente, viene a porre un limite ragionevole alla facoltà di chiedere il referendum e quindi alla messa in moto di una macchina notevolmente pesante, quale è quella della votazione popolare. Anche qui, sotto questa formula, c'è un'idea di buon senso. Quando, secondo il procedimento abbastanza complicato che è previsto, una legge costituzionale è stata votata dalle due Camere e ciascuna di queste l'abbia approvata a maggioranza dei due terzi dei suoi membri, si può fondatamente presumere che si è di fronte a una legge costituzionale che risponde a esigenze sentite dalla maggioranza del Paese. Quindi sembra inutile condizionare la perfezione di una tale legge all'eventualità del referendum ...».

³⁸ Il timore di un eccesso di ruolo delle minoranze parlamentari nel procedimento modificativo della Costituzione può spiegare l'abbandono dell'originaria proposta di Paolo Rossi (in AC, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, 15 gennaio 1947): lo scioglimento delle Camere che avessero deliberato la revisione e la necessità di una nuova deliberazione da parte delle nuove Camere avrebbero consentito all'opposizione di esercitare il suo diritto maggiore – quello di operare per divenire maggioranza – nel quadro di un confronto elettorale che si sarebbe potuto incentrare (e probabilmente si sarebbe incentrato) proprio sul tema della proposta di revisione, dovendo poi trovare esito nella sede parlamentare. L'opposizione, garantita con lo strumento dello scioglimento, avrebbe trovato di nuovo nel Parlamento la sede in cui far valere le proprie posizioni, sulla base di una verifica del consenso, ovvero per contrastare vittoriosamente la proposta di revisione, nel caso di nuova composizione politica delle Camere a parti invertite.

chiave dinamica, sotto l'influenza contingente del processo storico-istituzionale: tra tali elementi variabili va posta la garanzia per le minoranze parlamentari derivante dalla necessità di approvazione a maggioranza qualificata. Ne deriva che l'approvazione della legge di revisione a maggioranza ristretta non può essere ritenuta, in sé, come un'applicazione estrema e non desiderabile dello schema costituzionale; ma non è neppure una modalità perfettamente alternativa a quella dell'approvazione a maggioranza qualificata. L'armonia con il tessuto costituzionale di ciascuna delle forme consentite dalla lettera dell'art. 138 è, invece, funzione di altre variabili, da isolare secondo logica sistemica: rendimento delle formule elettorali, fase storicamente determinata della forma di governo, specifico assetto partitico, dimensione della revisione (puntuale, parziale, organica).

In tempi di consensualità nelle revisioni costituzionali, orientate ad aggiustamenti del sistema nel segno della razionalizzazione, il ricorso al referendum è puramente potenziale, preferendosi non procedere sulla strada della revisione quando non vi sia maggioranza ampia e quando il disegno di legge di revisione non ottiene la maggioranza dei due terzi, per circostanze non legate a logiche di schieramento o addirittura casuali, non viene prodotta la richiesta di referendum³⁹.

È invece in tempi di crisi sistemica perdurante – la quale tocca anzitutto l'assetto dei partiti, e la forma di governo in quanto determinata dal formante partitico – che si dispiegano in fatto tutte le potenzialità del modello di revisione disegnato dall'art. 138 Cost. Ed esse o vengono ritenute d'intralcio a un processo trasformativo non eludibile e improcrastinabile, talvolta in chiave tendenzialmente eversiva (come avvenne con il messaggio del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991⁴⁰, col quale si proponeva di modificare anzitutto l'art. 138 Cost., al fine di rendere obbligatorio il referendum, in chiave spiccatamente plebiscitaria), talaltra prefigurando procedimenti in deroga, come con l'istituzione delle Commissioni bicamerali nel 1993 e nel 1997⁴¹, modellati sulle contingenti combinazioni politico-parlamentari indotte anche da nuove formule elettorali⁴².

³⁹ Così è per la revisione dell'art. 48 con la legge cost. n. 1 del 2000 e degli artt. 56 e 57 con la legge cost. n. 1 del 2001.

⁴⁰ Cfr. Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991, *Sulle riforme istituzionali e sulle procedure idonee a realizzarle*, a norma dell'art. 87 comma 2 Cost., in *Giur. cost.*, 1992, 3374 ss. e spec. 3381.

⁴¹ Legge cost. 6 agosto 1993, n. 1, regolativa dei procedimenti nella prima Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, e poi legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, intesa a costituire una Commissione bicamerale per l'elaborazione di "progetto" di revisione della Parte II della Costituzione. Le due vicende di "tentata riforma" avevano comune matrice politico-culturale: il convincimento della necessità di una revisione costituzionale ampia, per superare quella che veniva ritenuta una crisi di sistema, per compiere la quale fosse necessario un procedimento derogatorio, sottratto alle lentezze e alle farragini dell'art. 138 Cost. e applicato una sola volta, in ragione delle straordinarie necessità del momento, tale dunque da non degradare il rango gerarchico delle norme costituzionali prodotte, suscettibili di essere poi a loro volta modificate con il procedimento di revisione previsto a regime. La semplificazione del procedimento in deroga – previsione della sola maggioranza assoluta nella seconda deliberazione e contingentamento dei tempi nella Commissione bicamerale, l'esclusione delle questioni pregiudiziali, sospensive e di non passaggio agli articoli in Commissione e in Assemblea, la generalizzazione del voto palese – sarebbe stata bilanciata dalla previsione di un indefettibile richiamo al popolo, da un referendum confermativo necessario.

⁴² Peraltro, le soluzioni normative omogenee si collocavano, nel 1993 e nel 1997, in due contesti politico-partitici diversi. Nel 1993, la semplificazione del procedimento di revisione costituzionale si poneva un obiettivo

Ma in questi casi l'obiettivo riformatore fallisce, poiché le procedure "in deroga" non vengono messe in opera nei tempi prescritti. La vicenda può essere così riassunta: non si riesce a costruire un nuovo modulo consensuale – nuovo rispetto della costante messa in opera dell'art. 138 Cost. nella ricerca mai derogata della maggioranza ampia – incentrato su un procedimento "semplificato" e sul referendum necessario.

Si apre così una nuova fase, in discontinuità radicale sia nel raffronto con l'esperienza storica delle revisioni sia con riguardo ai tentativi di individuare forme derogatorie più consone al mutato contesto politico-partitico: il conflitto politico contingente viene trasferito senza mediazioni sul piano delle leggi di revisione, come atto della maggioranza di governo.

Ne consegue la mutazione dello strumento referendario: sia la maggioranza che sostiene la revisione sia la minoranza parlamentare che vi si oppone dichiarano l'intento di provocare la consultazione referendaria e ne adottano l'iniziativa, ascrivendo a essa un significato precipuamente plebiscitario.

Tale mutamento di funzione dell'istituto referendario previsto dall'art. 138 Cost. si è compiuto piuttosto debolmente nel corso della vicenda conducente alla legge cost. n. 3 del 2001 (di revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, primo caso di approvazione della revisione costituzionale a maggioranza ristretta nella vicenda repubblicana), per l'affievolirsi dei motivi del conflitto, in ragione dell'inframmezzarsi delle elezioni politiche generali tra deliberazione parlamentare e consultazione referendaria, avendo condotto il risultato elettorale al ribaltamento delle posizioni maggioranza-opposizione: la vecchia maggioranza, che aveva inteso adoperare lo strumento della revisione per contenere il successo di forze "antisistema", di cui si poteva prevedere l'espansione, disinnescando la *issue* fondamentale del loro programma politico, una volta sconfitta, perde interesse alla sorte della innovazione costituzionale fino ad allora proposta e sostenuta; la nuova maggioranza sortita dalle elezioni, composta da forze diversamente orientate quanto alla revisione approvata dal Parlamento, essendo, per un parte, appagata dalla revisione attuata, lontana dalle opzioni assai più radicali sostenute da taluno dei partner di governo, e per un'altra parte orientata proprio al radicalismo temuto dalla prima, convinta di poter modificare nuovamente il testo in sede parlamentare, pervenendo a esiti dirompenti. Ne deriva una campagna per il referendum confermativo tra le più blandamente combattute nell'intera storia repubblicana, con un esito favorevole accolto senza esultanza e senza rammarico (quali disfunzioni – che pochi seppero preconizzare – quella revisione avrebbe prodotto sarebbe risultato progressivamente chiaro, anche in forza della pedagogia istituzionale della Corte, esercitata attraverso sentenze demolitorie o

lineare e diretto: semplificare la decisione, renderla possibile alle condizioni date di frammentazione partitica e di estenuata quanto improduttiva ricerca di convergenze tanto larghe da poter fondare riforme istituzionali maggiori. Nel 1997, invece, l'obiettivo si mostrava più specifico, ritagliato sul nuovo scenario. La deroga al procedimento prescritto dall'art. 138 Cost. obbediva all'esigenza di modellare la sequenza sulle contingenti combinazioni politico-parlamentari. L'applicazione delle nuove formule elettorali (previste dalle leggi nn. 276 e 277 del 1993) aveva attribuito allo schieramento vincente una maggioranza ancora relativamente ristretta e si manifestava un forte potere di condizionamento delle forze minori già nella fase di composizione delle coalizioni: essendo i partiti maggiori intorno ai quali si coagulavano le alleanze alternative di consistenza numerica non distante, l'adesione di forze minori, con seguito elettorale limitato o territorialmente concentrato, era decisiva per la vittoria, e veniva scambiata con l'attribuzione delle candidature nei collegi uninominali "sicuri". La frammentazione degli schieramenti parlamentari che ne risultava rendeva difficile la revisione costituzionale nelle forme dell'art. 138 Cost.

manipolative, e quali esiti potenzialmente dirompenti la sua applicazione possa ancora produrre è nell'incandescenza dell'esperienza odierna).

La mutazione plebiscitaria del referendum si è invece assai ben consolidata nelle vicende delle revisioni ampie proposte per la Parte II della Costituzione al fine, in una prima fase, di affermare una democrazia "di investitura", con una rimarchevole concentrazione di potere monocratico nell'Esecutivo, vicenda svoltasi sul finire della XIV legislatura⁴³; e poi di intervenire, a scopi dichiarati di "razionalizzazione" del bicameralismo e di rafforzamento della posizione del Governo, e, nell'ambito di questo, del Presidente del Consiglio, nella XVII legislatura⁴⁴.

In entrambi i casi, il referendum "plebiscitario" ha avuto esito negativo.

Nella legislatura in corso, è egualmente all'esame del Parlamento un disegno di revisione costituzionale di iniziativa governativa⁴⁵, del quale si prospetta l'approvazione a maggioranza ristretta, in presenza di relazioni politico-parlamentari altamente conflittuali, e la prospettiva, ancora una volta, dell'impiego in chiave plebiscitaria dello strumento referendario, per iniziativa sia della maggioranza proponente sia della minoranza che si oppone: le cronache narrano della messa a punto, con largo anticipo, di macchine organizzative per la raccolta delle firme e di un primo terreno di scontro sulla rimeditazione della possibilità di sottoscrizione su piattaforma, utilizzata di recente per proporre l'abrogazione della legge n. 86 del 2024, sul regionalismo differenziato, altra riforma controversa, ma di rango ordinario (cui ha fatto seguito un rallentamento "tattico" del procedimento parlamentare).

Il che corrisponde all'attuale assetto del sistema dei partiti, connotati – in diversa misura, variabile nel tempo, ma pur sempre rimarchevole – da mentalità e pratiche politiche populiste. Queste non sono compatibili con quei modi di applicazione dell'art. 138 Cost. secondo condivisione e compromesso realizzati in una prima lunga fase della storia repubblicana.

Ora, siffatte modalità di produzione politica delle norme costituzionali si sono mostrate intrinsecamente disfunzionali, sia quando sono andate a esito, per la scadente qualità del prodotto (tal è il caso della richiamata legge cost. n. 3 del 2001); sia quando non sono state in grado di vincere il "plebiscito" referendario, poiché hanno suscitato aspettative e aperto fratture nel contesto sociale e nelle sedi della rappresentanza, mostrando l'inadeguatezza del decisore politico a risolvere le disfunzioni agitate come problema. È questa una delle ragioni della legittimazione "di contesto" alla produzione giurisprudenziale del diritto costituzionale.

⁴³ Disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa, recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione», approvato in via definitiva con la maggioranza assoluta dal Senato col n. 2544-D, il 16 novembre 2005, sottoposto a referendum il 25 e 26 giugno 2006, con esito negativo.

⁴⁴ Disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa, recante: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», approvato in via definitiva dalla Camera col n. 2613-D, il 12 aprile 2016, sottoposto a referendum il 4 dicembre 2016, con esito negativo.

⁴⁵ Disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa, recante «Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica», presentato al Senato col n. 935, approvato in prima lettura il 18 giugno 2024, trasmesso alla Camera il 4 luglio 2024, ove ha assunto il n. 1921.

4. Debolezza culturale, inadeguatezza tecnica e nocumento sistemico delle revisioni costituzionali nel tempo presente

Ancora una volta, nell'impossibilità di rinnovare il compromesso costituzionale fondativo sul piano di riforme ampie idonee a restituire funzionalità alla forma di governo, liberando il dibattito dalle strettoie delle cattive ideologie (non visioni generali, ma ipostasi fuorvianti), per prospettare, con «sincerità»⁴⁶, una rigorosa corrispondenza tra fini dichiarati e mezzi prefigurati, le parti politiche ricercano riforme largamente condivise – talvolta approvate perfino per determinazione pressoché unanime – sul piano degli enunciati qualificati dalla Costituzione come principi fondamentali, mettendo pericolosamente mano a essi con revisioni disutili e incomprensione dei problemi che si produrranno. E con la conseguenza, per eterogenesi, di ampliare ulteriormente il campo di creatività della Corte costituzionale.

Così è avvenuto con la legge costituzionale n. 1 del 2022, la quale, novellando l'art. 9 della Costituzione con l'introduzione di un terzo comma – e, in connessione, l'art. 41, introducendo la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata ai fini ambientali, oltre che sociali – richiama il valore ambiente come oggetto di tutela, allo stesso titolo di altre due entità, alle quali sono state ascritte definizioni nell'ambito di discipline riconducibili alle scienze naturali: gli ecosistemi e la biodiversità. I primi, universi di organismi viventi di vario tipo adattati a convivere in un contesto, dei quali conviene conservare l'equilibrio, pena la distruzione; la seconda, un modo d'essere, una qualità degli ecosistemi, che consiste nella elevata pluralità di specie presente in ciascuno di essi, ovvero una qualità dell'ambiente naturale complessivamente considerato, quando in esso sia presente una elevata pluralità di ecosistemi.

Ora, si potrebbe ritenere che la novella costituzionale sia meramente ricognitiva, dando formulazione testuale a quanto venuto in essere in decenni di giurisprudenza costituzionale. E questa sarebbe soluzione di basso impatto: il risultato massimo, desiderabile o non secondo il criterio di ciascuno degli osservatori, potrebbe essere un irrigidimento, una ipostasi di quanto prodotto in sede giurisprudenziale.

Ma potrebbe essere pure che, come assumono gli autori, quella introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 2022 debba considerarsi una spettacolare innovazione, un mutamento radicale del quadro delle tutele ambientali.

In tal caso, l'innovazione testuale andrebbe presa sul serio, applicando le regole dell'interpretazione e sciogliendo nodi intricati: se paesaggio e ambiente, alla luce del sedimentato giurisprudenziale, siano da considerarsi una endiadi ovvero se, costituendo una coppia concettuale con termini distinti, possano dar luogo a giudizi di bilanciamento o di prevalenza; che rapporto vi sia tra ecosistemi e ambiente, se cioè vi siano ecosistemi non riconducibili al concetto di ambiente, o vi siano ambienti non qualificabili come ecosistemi, sicché ambienti ed ecosistemi debbano essere oggetto di autonoma tutela costituzionale, o se il concetto di ecosistema sia una specificazione del concetto di ambiente, in tal caso significando una connotazione dell'ambiente che consenta di misurare il grado di conseguita o conseguibile protezione;

⁴⁶ Sincerità come valore nei rapporti interistituzionali, in una delle possibili accezioni del lemma. In tema, M. LUCIANI, *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 4, dicembre 2010, p. 575 ss.

se la biodiversità sia un valore costituzionale alla luce del quale svolgere un giudizio di immediata conformità-difformità della legislazione vigente ovvero sia un programma costituzionale che tolleri un'attuazione ispirata a progressività.

E valesse la seconda ipotesi, e l'innovazione fosse appunto presa sul serio, tutti questi nodi finirebbero davanti alla Corte, la quale comincerebbe daccapo la sua opera di razionalizzazione (e di formazione giurisprudenziale del diritto), con la difficoltà aggiuntiva di dover adoperare concetti che vengono dal mondo delle scienze naturali – biologia, ecologia, etologia, ecc. – nel quale v'è inevitabile e virtuosa diversità e variabilità di approcci e di valutazioni, al cospetto di un diverso mondo, quello della produzione di norme giuridiche, che aspira alla stabilità (se non alla certezza, non tutti ritenendo la certezza un valore o un esito desiderabili).

Egual, ma ancor più difficile, sorte è lecito attendersi per la disposizione che ha accolto, nello stesso nuovo art. 9, il riferimento «anche» all'«interesse delle future generazioni»: nel contesto dato, l'«interesse» è posizione giuridicamente non qualificata, attribuire senso normativo alla quale, ammesso lo si possa fare sensatamente, spetterà al legislatore ordinario, e in ultima istanza, ancora una volta, alla Corte costituzionale. Quell'«anche» attenuativo, in particolare, dischiude un mondo di sovrapposizioni di lessico giuridico e retoriche a sostegno – e a distorsione – dell'argomentazione. Il generico riferimento all'interesse, infatti, è il pallido riflesso della difficile questione della definizione dei diritti delle generazioni future come limite giuridico delle scelte incidenti sullo sviluppo economico e sugli equilibri ambientali, oggetto di una discussione annosa, che trova la sua prima emersione nel Rapporto Brundtland⁴⁷, e nell'idea di un diritto dell'ambiente «orientato al futuro». L'insuperato problema in cui incorre la tesi è nella identificazione dei soggetti che se ne debbano riconoscere titolari, messi in tensione con diritti delle «generazioni presenti». Invero, il soggetto «generazioni future», se lo si concepisca come meramente potenziale, cioè come di là da venire quando viene adottata la decisione normativa incidente sull'ambiente – mentre su ben altro piano si colloca la questione delle diverse fasce generazionali oggi coesistenti, i cui componenti possono essere senza sforzo ritenuti titolari di diritti e di interessi giuridicamente qualificati, e per i quali è semmai problema di responsabilità nelle sedi della decisione normativa, quando vi sia limitazione, per l'età, all'accesso al circuito rappresentativo: si pensi alle politiche previdenziali e, in generale, alle prestazioni di *welfare* – è indeterminato e indeterminabile nella sua identità, nei suoi bisogni, nei suoi interessi⁴⁸. Identità, interessi, bisogni, che possono essere solo arbitrariamente immaginati dai decisori politici di oggi, i quali, sempre arbitrariamente, potranno costruire uno schema di contemperamento dei propri diritti con quelli presuntivi delle generazioni future: che in queste condizioni si possa parlare di bilanciamento è pura fallacia.

In realtà, alla fine, si è solo ottenuta una integrazione spuria del linguaggio dei diritti, ma senza aver risolto alcun problema teorico e senza costruire una convincente dogmatica, in particolare equivocando il concetto di «diritto senza soggetto», costruito, attingendo a ben

⁴⁷ United Nations, *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development, 1987.

⁴⁸ Né, nella specie, si può operare per *fiction*, ostandovi la mancanza di una entità attualmente esistente cui riferirsi: cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2008, p. 148 ss.

altre risorse culturali, quale posizione attribuita a una entità bensì non qualificabile né come persona fisica né come persona giuridica, ma tuttavia esistente, cioè non meramente potenziale e immaginaria⁴⁹. Allo stato, invece, il concetto di “diritti delle generazioni future” continua a trovare validamente campo in un orizzonte di filosofia morale, mentre ne manca una specifica definizione giuridica epistemologicamente utile.

Ora, questa logica revisionista, messa in opera su basi tanto fragili, nel conseguimento di maggioranze la cui ampiezza è funzione del grado di nebulosità del quadro concettuale evocato e dell'indistinzione degli obiettivi ordinamentali perseguiti, non è innocua. Come non è innocua l'introduzione in Costituzione, quasi all'unanimità, della previsione di quelli che sono considerati nuovi valori, non implicati, in tesi, da quelli già presenti nel testo, non fosse altro che per l'effetto di banalizzazione della rigidità costituzionale, e per l'asimmetria nella portata del contenuto deontico di quanto introdotto a raffronto con il preesistente (tanto può dirsi dell'introduzione nell'art. 33 Cost., con la legge costituzionale n. 1 del 2023, del comma 7: «La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme»).

Non è innocua perché si risolve, in ultima istanza, in un vistoso arretramento della decisione politica assunta nelle sedi della rappresentanza quanto alla produzione delle norme costituzionali e quanto ai bilanciamenti tra valori e interessi costituzionalmente fondati, e in una reciproca estesa presa di campo della giurisdizione, specie costituzionale, la quale, per effetto e facendo richiamo alle vistose carenze e inadeguatezze del decisore politico, potrà riempire il vuoto dotandosi di potenti retoriche di legittimazione.

⁴⁹ Il riferimento che si fa talvolta alla ricostruzione di Riccardo Orestano, per sostenere che il caso dei “diritti delle generazioni future” sia riconducibile alla categoria teorica del “diritti senza soggetto”, è disorganico e privo di fondamento. Orestano critica la pretesa – risalente alla pandettistica, ma che ha innervato sia la teoria dei diritti pubblici soggettivi sia le correnti critiche nei confronti di questa – da una parte, di affermare un concetto di diritto soggettivo valido universalmente, dall'altra, per converso, di «postulare l'esigenza che tutti debbano avere un qualche proprio concetto di diritto soggettivo, cioè che ogni ordinamento e ogni scienza abbiano necessariamente fatto ricorso *mutatis mutandis* a un simile modo di considerare le situazioni giuridiche, con i suoi presupposti e le sue conseguenze»; soprattutto «dobbiamo guardarci» – soggiunge – «dal ritenere che per ogni ordinamento sia dato – o sia possibile stabilire – un concetto di diritto soggettivo, il cui impiego, per di più, sia analogo, in estensione e rigore, a quello che dal XVIII secolo ai nostri giorni hanno reso a noi abituale il giusnaturalismo, la Pandettistica tedesca e larghe correnti della scienza giuridica moderna ...»: R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, n. 11, 1960, p. 191. Ciò vuol dire che alla definizione di certe situazioni giuridiche e a una regolamentazione oggettiva e a una soluzione pratica si può pervenire anche «indipendentemente dall'impiego di un qualsiasi concetto di diritto soggettivo e dello stesso concetto di “soggetto”» (ivi, 192). Orestano cita «numerose situazioni» in cui non si ritrova «un vero e proprio “soggetto di diritto”, né persona fisica né persona giuridica», che sono contemplate, regolate, tutelate, rese elementi operati nell'ordinamento: «esempio macroscopico» i partiti politici, ma anche le altre associazioni non riconosciute coi loro fondi comuni, i condomini, le società di persone con il relativo patrimonio, i fondi previdenziali, le aziende, il fallimento e molti dei cosiddetti soggetti passivi delle imposte dirette. Ma, se questo è vero, non si vede perché, quanto alla necessità del rapporto con l'ambiente ci si ostini a costruire la categoria impossibile dei diritti delle generazioni future, invece di qualificare agevolmente, tenendo appunto conto dell'elaborazione di Orestano, la situazione giuridica in discorso come responsabilità-doverosità della generazione presente. E, seguendo l'indicazione dello stesso Orestano (op. cit., p. 193), non si rinunci a forzare dentro il rigido contenitore del diritto soggettivo costituzionalmente protetto una realtà che deborda irrimediabilmente da esso, e non si opti per «un'indagine induttiva: partendo cioè dall'analisi dei numerosi dati normativi, attraverso una successiva, graduale decantazione e sistemazione logica (classificazione) di questi dati, complessivamente considerati» (C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici*, Padova 1953, p. 4).

Al cospetto di tali fenomeni, il grande compito storico per il decisore politico è rendersi capace di affrontare la crisi del sistema delle fonti, in quello che è probabilmente un tempo di profonde trasformazioni, producendo diritto adeguato ad addomesticare la complessità.

Ma si tratta di un compito assai difficile. In esso il decisore politico può fallire, poiché opera a sua volta in un altro ambito di crisi, la crisi del sistema rappresentativo alle prese con l'incremento e la frammentazione delle istanze sociali soprattutto in epoca di risorse decrescenti e di aggravamento della diseguaglianza, cui conseguono instabilità e sofferenza dei sistemi democratici, esposti alla regressione. In tale ambito, si è consumata la trasformazione della forma partito, pressoché generalizzata, non più corrispondente alle tradizionali linee di demarcazione tra schieramenti, segnata dal dominio monopolistico e unidimensionale del rapporto elettori-partito e dalla "privatizzazione" del rapporto partito-eletti, in uno slittamento dell'assetto politico verso il populismo in senso proprio, inteso cioè come unificazione del popolo sotto un *leader*, polarizzazione e semplificazione della pluralità degli interessi, tendenza alla dissoluzione in chiave autoritaria della divisione dei poteri, in particolare con la dislocazione di questi verso l'Esecutivo, ma, più in generale, con lo scolorirsi della linea di demarcazione tra comando politico in tutte le sue forme, da una parte, e controlli dall'altra.

In sintesi, con riferimento più specifico al nostro tema, il decisore politico legittimato nel circuito della rappresentanza, incapace di tenere saldo il campo della produzione legislativa sotto la pressione della produzione giurisprudenziale del diritto, può indursi a pervadere le sedi della giurisdizione, anche e soprattutto quella della giurisdizione costituzionale, "catturando" la Corte attraverso l'immissione in essa di componenti in stretta congruenza con una parte politica. Ciò è di sicuro avvenuto per la Corte suprema degli Stati Uniti. È assai più difficile che accada in Italia: per la composizione mista della Corte; per l'ampiezza delle maggioranze richieste nell'elezione della componente parlamentare che sinora ha fatto, di massima, argine a derive verso eccessi di adesione dei singoli giudici alle aspettative di segmenti ristretti del loro corpo elettorale; non da ultimo, per una cultura dell'indipendenza affermata nell'azione spiccatamente collegiale della Corte (sicché occorrerebbe prevenire e contrastare ogni violazione del segreto della camera di consiglio e avere contezza dalla particolare inopportunità di introdurre in Italia, in questa fase storica, l'istituto dell'opinione dissenziente).

Tuttavia, la potenza dissolutiva della forma di Stato proveniente da estesi fenomeni di commistione tra decisione politica rappresentativa e decisione giurisdizionale, tra rappresentanza politica e rappresentanza istituzionale, specie nella produzione delle norme costituzionali, invitano a tenere sotto stretta sorveglianza i confini. E a considerare quanto sia urgente un recupero di qualità della legislazione, condizione prima per ricostituire un ordine ormai troppo logorato, a garanzia delle libertà e a fondamento dei doveri.