



Rivista N°: 3/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 03/07/2023

AUTORE: Quirino Camerlengo*

LO SPAZIO COSTITUZIONALE: UN INQUADRAMENTO TEORICO

CONSTITUTIONAL SPACE: A THEORETICAL FRAMEWORK

Sommario: 1. Tesi da dimostrare. – 2. Senso e funzione di una costituzione. – 3. Il sistema costituzionale. – 4. La materia costituzionale. – 5. Domanda e offerta di costituzione. – 6. L'energia nel sistema. – 7. L'equilibrio del sistema. – 7.1. Elasticità di domanda e offerta. – 8. Possibili risvolti applicativi. – 9. Riflessione finale.

1. Tesi da dimostrare.

La costituzione formale non esaurisce, monopolizzandola, la *funzione* assegnata alla “legge fondamentale”, che è quella di tutelare i diritti di libertà in una architettura istituzionale retta dal principio della separazione dei poteri. Questa funzione è assolta da un *sistema costituzionale*, tale perché include una pluralità di elementi eterogenei che, in armonia tra loro, formano una *struttura* in equilibrio e intrinsecamente coerente.

Questo sistema vive in un luogo qualificabile come *spazio costituzionale*, essendo aperta ad elementi che possono in esso trovare una collocazione o posizione.

Lo spazio costituzionale è occupato da materia ed energia.

La *materia costituzionale* include situazioni giuridiche soggettive, rapporti e fatti accomunati dalla condivisa attitudine a recepire la condizione di *equilibrio* raggiunta nel punto in cui s'incontrano *domanda* e *offerta* di costituzione.

Questa materia ha una “massa” che definisce il comportamento dinamico degli elementi in essa racchiusi quando sono esposti all'influenza esercitata da forze esterne. Tali forze sono alimentate da *energia*, la cui fonte principale e qualificante è la *coscienza sociale*.

* Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

2. Senso e funzione di una costituzione.

Il concetto di “costituzione” è tutt’altro che univoco.

A suo tempo Antonino Spadaro ha offerto una ricca panoramica delle accezioni che sono state formulate nel corso degli anni¹. Il dato più rilevante che affiora da questa preziosa ricognizione è l’intima connessione tra la nozione di costituzione e lo sfondo filosofico o ideologico che accoglie e ospita tale istituto: la costituzione assume significato e portata operativa alla luce delle ragioni ideali che ne hanno sorretto la nascita e la conseguente consacrazione.

Qual è la *funzione* assegnata alla costituzione dall’ordinamento giuridico? Quali sono le aspettative maturate in seno alla comunità circa il ruolo assegnato a questa fonte? Su questo decisivo profilo, come testimoniato dall’attualità del dibattito dottrinale², non vi è unanimità di vedute, anche perché dalla risoluzione di tale dilemma dipende la definizione di tante e spinose questioni ancora aperte, a cominciare dal rapporto tra la costituzione stessa e la discrezionalità del legislatore ordinario³. Citando una fortunata opera di Cass Sunstein, «a cosa servono le costituzioni?» è un interrogativo al quale non si è data (ancora) una risposta definitiva⁴.

Occorre provare ad intercettare il minimo comune denominatore delle diverse concezioni di “costituzione”.

Nel 1787 i *Framers* americani redassero una carta costituzionale per definire la forma di governo federale e per dettare i criteri generali di allocazione delle funzioni tra il livello federale e i singoli Stati⁵. Ma è con l’art. 16 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* di due anni dopo che si assiste ad un primo, solenne tentativo di racchiudere in una formula ufficiale il senso ultimo della costituzione. Da essa ci si attende una precisa prestazione: presidiare i diritti fondamentali costruendo una struttura istituzionale fondata sulla separazione dei

¹ Cfr., infatti, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 3 ss. V., naturalmente, C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 139 ss.

² Mi riferisco al confronto tra R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 11 ss., G. BOGNETTI, *Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, *ivi*, 2008, pp. 5 ss., e O. CHESSA, *Cos’è la Costituzione? La vita del testo*, *ivi*, pp. 41 ss. V. anche A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (appunti di dottrina dello Stato)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 2, pp. 1 ss.

³ Questione che poi si riverbera sul senso stesso della “giustizia costituzionale” su cui si è soffermato O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014.

⁴ 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, p. 333, per il quale «le costituzioni democratiche non sono dei meri pezzi di carta, ma strumenti pratici, destinati a risolvere i problemi che possono facilmente sorgere nella vita politica ordinaria di una nazione».

⁵ Questo è senza dubbio vero, come si evince dal peso assunto da «*The Federalist*», ma è altrettanto indiscutibile, come ha finemente osservato G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I) La Costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 27, che la Costituzione federale nacque «per effetto di una poderosa reazione delle classi dirigenti americane davanti al pericolo che il grande ideale liberale non riuscisse a saldarsi col destino di una grande nazione, capace di provvedere al suo futuro, e finisse così per ripiegarsi intristendo e per tramontare».

poteri. I rivoluzionari francesi afferrarono così il significato essenziale della costituzione, restituendo una rappresentazione ideale di Costituzione⁶.

Non sono certo mancate reazioni critiche verso questa pretesa di condensare in una formula magica la funzione primaria della costituzione, a cominciare da Jeremy Bentham che bollò l'art. 16 come una «very obscure clause»⁷. È però possibile ridimensionare queste obiezioni ipotizzando che i redattori dell'enunciato qui evocato abbiano in realtà espletato un'opera di ricognizione di una idea che era già affiorata e coltivata nel tempo, come testimonia la plurisecolare esperienza inglese (dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215 all'*Habeas Corpus Act* del 1679, per arrivare al *Bill of Rights* del 1689). In altre parole, i rivoluzionari francesi non hanno «creato» l'idea di costituzione, avendola in verità «dichiarata», ufficializzandone il pieno e convinto accesso nell'ordinamento giuridico. Che poi non fosse stata sin da subito intesa come «legge fondamentale», preordinata a tutte le altre espressioni del potere legislativo, è un altro discorso. A questo risultato si approdò nell'Europa continentale più di un secolo dopo rispetto alla Corte suprema di *Chief Justice Marshall*⁸. Ciò non attenua la portata deflagrante del riconoscimento di un atto normativo in grado di limitare il potere allo scopo di evitare la perpetuazione di quegli abusi che avevano costellato i tormentati rapporti tra l'autorità e i consociati per tutto l'*Ancien régime*. I moti rivoluzionari d'Oltralpe spalancarono la porta al costituzionalismo, quale filosofia del potere limitato dai e per i diritti fondamentali⁹.

Certamente, l'ontologica connessione tra costituzione e (tutela dei) diritti fondamentali si è evoluta nel tempo, assumendo sembianze innovative rispetto agli albori del costituzionalismo. Non solo il novero dei diritti di libertà si è arricchito, ma con il riconoscimento dei diritti sociali lo stesso paradigma dell'eguaglianza ha imboccato un irreversibile processo di trasformazione in senso inclusivo e solidale¹⁰. Sicché, la «garantie des droits» è stata declinata in una modalità idonea a ridimensionare il divario tra l'astratta titolarità degli stessi (universalmente riconosciuta, ma solo «sulla carta») e l'effettivo godimento degli stessi (aperto a tutti a

⁶ Cfr. J.E. LANE, *Constitutions and Political Theory*, Manchester- New York, Manchester University Press, 1996, p. 244, secondo cui la tutela dei diritti e la separazione dei poteri sono «the two core elements of constitutionalism». L'evocato art. 16 enumera, secondo R. CHAPUS, *Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 199, «les conditions de l'existence d'une constitution».

⁷ V., infatti, J. BENTHAM, *Anarchical Fallacies; Being An Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution*, in *The Works of Jeremy Bentham*, II, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, pp. 520 s.

⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁹ Più precisamente, il costituzionalismo (C.H. MCLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (NY), Cornell University press, 1947) altro non è che «quel processo, lungo e faticoso, attraverso cui nel corso dei secoli si è andata affermando questa rivoluzionaria idea della fissazione in Costituzione dei limiti, delle modalità e delle condizioni di esercizio del potere politico, nel rispetto, e per il rispetto, dei diritti della persona, nonché per il perseguimento di determinati valori superiori rispetto alla contingenza di chi, di volta in volta, detiene il potere»: C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 8. Sulla dimensione etica del costituzionalismo v. F. POLITI, *Costituzionalismo e comparazione giuridica ovvero della dimensione storico-culturale dell'esperienza giuridica*, in *Lo Stato*, 2020, pp. 545 ss.

¹⁰ V., per tutti, A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in questa *Rivista*, 2021, 4, pp. 17 ss.

condizione di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono all'accesso ai relativi beni essenziali)¹¹.

Nel contempo, la stessa "divisione dei poteri" ha subito una trasformazione che ne ha significativamente edulcorato l'originale rigore geometrico¹². Non una inflessibile allocazione dei poteri presso istituzioni destinate a non intralciarsi, quanto piuttosto un *modus operandi* sempre più improntato al principio di leale collaborazione¹³. Il che dimostra come l'originaria intuizione sottesa alla fortuna di questo principio non sia una acquisizione valida una volta per tutte, ben prestandosi il medesimo ad adattamenti e correttivi idonei a garantirne la vitalità al cospetto delle profonde trasformazioni che hanno investito, su ampia scala, gli assetti istituzionali¹⁴.

Con tutte queste cautele e precisazioni, il minimo comun denominatore delle molteplici e variegate accezioni di "costituzione" può rinvenirsi proprio nella formula del 1789 aggiornata, nella sua estensione e caratterizzazione sostanziale, alla luce degli sviluppi del costituzionalismo: la sua funzione è, dunque, quella di garantire la pacifica convivenza tra potere e diritti (e, dunque, tra autorità e società) attraverso la razionalizzazione del primo¹⁵. In una costituzione, così, coesistono armoniosamente (enunciazione e garanzia dei) diritti e (limitazione e orientamento dei) dei poteri¹⁶.

3. Il sistema costituzionale.

Comunemente si ragiona di "ordinamento costituzionale" quando s'intende descrivere la ricca complessità dei fenomeni associati alla vitalità di una costituzione. In questo ordinamento la carta costituzionale è il pilastro di una struttura composita che unisce elementi di varia natura e scaturigine.

In un recentissimo saggio, Antonio Ruggeri ha suggerito e patrocinato un diverso (ma non antitetico) modo di definire questa complessità, evocando la nozione di "sistema"¹⁷. E lo ha fatto – se non ho frainteso – per restituire alla comunità scientifica una analisi delle condi-

¹¹ Diffusamente B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984.

¹² Come notò G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 61, «l'idea della separazione dei poteri è talmente entrata in circolazione che a volte non ci si rende conto della sua presenza». Cfr., quindi, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 13 ss.

¹³ Cfr. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, pp. 1 ss.

¹⁴ Propone una rilettura critica del modello nordamericano B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 2000, 113, pp. 633 ss., il quale, al termine della sua analisi, osserva infatti come «the separation of powers is a good idea, but there is no reason to suppose that the classical writers have exhausted its goodness».

¹⁵ Fondamentale L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I) Teoria del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2012², pp. 859 ss.

¹⁶ Sul punto M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, Cedam, 1985, pp. 497 ss.

¹⁷ Cfr., infatti, A. RUGGERI, *La Costituzione come "sistema" e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 1, pp. 457 ss. V., anche, Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 48 ss.

zioni necessarie affinché le innovazioni alle regole della Costituzione (dominio del potere costituente), poste in essere dalle regole costituzionali (dominio del potere costituito), possano considerarsi legittime e, comunque, non tali da determinare una rottura della Costituzione stessa¹⁸. La conclusione di questo approccio teorico è la seguente: la Costituzione «si fa ed incessantemente rinnova quale “sistema” di beni della vita meritevoli di tutela e di canoni di organizzazione preposti al loro servizio. Da quest’angolo visuale, tanto le pratiche di produzione giuridica quanto quelle interpretative esprimono (e devono esprimere) una naturale, indisponibile vocazione sistematica che dai valori fondamentali dell’ordinamento riceve costantemente luce ed orientamento»¹⁹.

Facendo tesoro di questa intuizione, un sistema può essere definito come la combinazione organica di elementi eterogenei, la cui coesione interattiva e dinamica è preordinata al conseguimento di determinati obiettivi²⁰. La convergenza verso finalità condivise alimenta ed esalta questa attitudine ad interagire secondo schemi tendenzialmente razionali e ordinati, come tali riproducibili nel tempo²¹.

In verità, la qualificazione del contesto normativo qui considerato come “sistema” segue, e non precede, la consacrazione del diritto costituzionale. La distribuzione del materiale costituzionale tra più fonti (atti e fatti), tale da – come si è detto – sgretolare l’esclusività della costituzione formale, ha indotto a ricercare un assetto complessivo provvisto di ordine e intrinseca coerenza, allo scopo di evitare gli squilibri e le inefficienze imputabili ad una simile varietà²². La ricerca del sistema asseconda un oggettivo anelito di equilibrio e armonia in vista del corretto funzionamento dell’impianto normativo così ricostruito.

La configurazione dell’ordinamento costituzionale come “sistema” riflette e, nel contempo, recepisce il processo di graduale erosione del monopolio un tempo vantato dalla co-

¹⁸ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 460, fa riferimento, infatti, alla «condizione necessaria al fine della sopravvivenza stessa della Costituzione, del suo incessante rinnovamento e della vera e propria rigenerazione in ragione delle mutazioni sopravvenute nel contesto in cui essa s’inscrive ed opera, assicurandosi in tal modo (e allo stesso tempo) l’integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo».

¹⁹ *Id.*, p. 486.

²⁰ Cfr. L. VON BERTALANFFY, *General System Theory*, New York, Braziller, 1968, trad. it., *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, Milano, Mondadori, 1971, spec. p. 97, il sistema è «un complesso di elementi interagenti». Sul sistema come interconnessione organica tra le parti di una struttura complessa v. U. ECO, *La struttura assente. Introduzione alla ricerca semiologica*, Milano, Bompiani, 1968, pp. 256 ss.

²¹ Cfr. A.D. HALL, R.E. FAGEN, *Definition of System*, in *General Systems*, 1956, 1, p. 18.

²² Usano riferirsi al “sistema costituzionale”, tra gli altri, G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, p. 121, e V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 285 ss. Quando ci si riferisce ad un segmento dell’apparato istituzionale, previsto e regolato nei suoi principi fondamentali dalla legge fondamentale, il termine “sistema” intende definire proprio quell’ambito organizzativo per denotarne l’intrinseca coerenza: così per N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2019⁵. Quanto alla Corte costituzionale, sin dalla risalente sentenza n. 38 del 1957 (soppressione dell’Alta Corte per la Regione siciliana), è estremamente ricorrente il riferimento esplicito al “sistema costituzionale”. È ben vero che non sempre l’uso di tale espressione riflette le ragioni qui esposte: ad esempio, nella sentenza n. 245 del 2022 si fa riferimento al «sistema costituzionale delle fonti normative» in tema di decretazione d’urgenza. Nondimeno, anche in pronunce che hanno fatto storia l’evocazione di tale sistema pare alludere ad una percezione poliedrica della struttura normativa in parola: si pensi alla sentenza n. 7 del 1996 (caso Mancuso) e alla sentenza n. 1 del 2013 (intercettazioni a carico del Presidente della Repubblica). A volte il sistema costituzionale sembra più richiamare l’architettura istituzionale apicale dello Stato: così la sentenza n. 133 del 2018 (richiamata dalla sentenza n. 241 del 2022), in tema di insindacabilità parlamentare.

stituzione formale in questo ambito di rapporti giuridici. Non poteva essere più chiaro, al riguardo, Sergio Bartole quando ha scritto che «la Costituzione che oggi utilizziamo è fatta di disposizioni scritte, delle relative scelte ermeneutiche, dei regolamenti parlamentari e delle leggi ordinarie che hanno concretato le scelte delle assemblee legislative, delle elaborazioni concettuali che vi si sono sovrapposte, delle convenzioni e prassi poste in essere dagli organi governanti, della giurisprudenza spesso additiva e certamente innovativa della Corte costituzionale»²³. Altrettanto illuminante è Gustavo Zagrebelsky quando osserva che «il diritto costituzionale è un insieme di materiali di costruzione ma la costruzione in concreto non è l'opera della costituzione in quanto tale ma di una politica costituzionale che si applica alle possibili combinazioni di quei materiali»²⁴.

In questo ambito, il complesso delle regole destinate ad operare quali schemi di qualificazione normativa entro cui sussumere i casi della vita costituzionalmente rilevanti è un insieme sistematico composito e variegato. Non solo gli enunciati contenuti nella Carta costituzionale, come interpretati e applicati, ma anche: a) i regolamenti parlamentari, espressione normativa dell'autonomia riconosciuta alle istituzioni della rappresentanza politica, tenuto conto anche della loro peculiare collocazione nel sistema delle fonti (dimensione formale)²⁵ e della loro attitudine a incidere in modo decisivo sulle dinamiche della forma di governo (dimensione sostanziale)²⁶; b) consuetudini, convenzioni, regole di correttezza, quali espressione della capacità degli attori istituzionali di condividere (spesso tacitamente) modelli vincolanti di condotta improntati ad uno schema cooperativo²⁷; c) alcune leggi ordinarie che, per la loro vocazione ordinamentale sul versante costituzionale, mal si prestando ad essere considerate semplicemente il frutto di decisioni assunte dalla maggioranza secondo un dato indirizzo politico. Si pensi, ad esempio, alla legge n. 400 del 1988, recante la «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri»²⁸, o anche alle Preleggi

²³ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 445.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 8 s.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 2014.

²⁶ Cfr., in particolare, T. MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, Pavia, Tip. del libro, 1952; G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1986; L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 28 ss.; M. AIROLDI, *I regolamenti delle assemblee legislative*, Torino, Giappichelli, 2012.

²⁷ Cfr., senza ambizione di completezza, G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1992; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, Giappichelli, 2003; M. PIAZZA, *Consuetudine e diritto costituzionale scritto. Dalla teoria generale all'ordinamento italiano*, Roma, Aracne, 2008; P. CARNEVALE, *L'inconsueta consuetudine. Riflessioni sull'uso della consuetudine costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021; M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, pp. 161 ss.; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

²⁸ Quanto alle posizioni dottrinali inclini a riconoscere alla legge n. 400 del 1988 una specifica e tangibile primazia rispetto ad altre e successive discipline legislative si rinvia a N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi*, 2017, 3, spec. p. 14. Ha ridimensionato la rilevanza costituzionale della legge n. 400 del 1988 P. CIARLO, *La legge sulla presidenza del consiglio e l'evoluzione della forma di governo*, in *Foro it.*, 1989, V, p. 312, quando ha sostenuto

se e nella misura in cui si consideri di rilevanza costituzionale il sistema delle fonti del diritto (e non potrebbe essere diversamente sol che si ponga mente all'impatto delle relative configurazioni sui diritti fondamentali, con particolare riferimento alla riserva di legge)²⁹.

Ciò non significa creare le condizioni per una estensione illimitata del novero degli atti (o fatti) normativi abilitati a produrre regole materialmente costituzionali. Diversamente avrebbe fondamento la tesi a suo tempo propugnata da Bryce, come efficacemente ricostruita da Omar Chessa: «qualsiasi atto legislativo può contenere norme in materia costituzionale e può conseguentemente modificare, derogare, abrogare, sostituire, ecc., norme previgenti in materia costituzionale, la costituzione flessibile è una costituzione polidocumentale: cioè non è racchiusa in un unico documento (adottato in forme solenni e modificabile secondo forme peculiari, diverse da quelle ordinarie), ma è “diffusa” nella legislazione ordinaria, spezzettata in più atti legislativi, talvolta mescolata a precetti che nulla hanno a che fare con la materia che è propria della regolazione costituzionale»³⁰.

L'intrinseca complessità del sistema qui considerato si riverbera sul suo oggetto, vale a dire su quella “materia costituzionale” che ostinatamente sfugge ad ogni tentativo di identificazione puntuale.

4. La materia costituzionale.

In generale, il termine “materia” individua un'entità munita di una propria consistenza fisica, provvista di peso e di inerzia, capace di adeguarsi a una forma. Nella fisica classica è materia qualsiasi oggetto con una massa e che occupi spazio: è la sostanza di cui gli oggetti fisici sono composti, e come tale è diversa dalla “energia” che è ascrivibile al contributo dei campi di forze.

che questa legge, «senza incidere in profondità sulla disciplina delle relazioni politiche, si limita, dunque, a razionalizzare, nel solco dell'esistente, alcuni aspetti dell'attività di governo e ad organizzare la presidenza del consiglio». Subito dopo, però, lo stesso A. ammette che «questo intervento, pur nella sua parzialità, non appare trascurabile soprattutto se si considera l'immobilismo che su tali tematiche ha caratterizzato l'esperienza repubblicana». Forse anche la legge n. 87 del 1953 potrebbe ascrivere al novero delle leggi (formalmente) ordinarie, ma (sostanzialmente) di rilievo (o dignità) costituzionale: v. G.L. CONTI, *La legge 87/1953 nel sistema delle fonti sulla giustizia costituzionale dopo settanta anni dalla sua entrata in vigore*, nel sito del “Gruppo di Pisa”, 2023.

²⁹ Una volta considerato «un punto fermo che il tema delle fonti faccia parte integrante del diritto costituzionale», L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 27, cita proprio le Preleggi tra gli atti che nel tempo hanno svolto una funzione centrale in argomento. Lo stesso Paladin ricorda come, vigente lo Statuto albertino, D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico* (1910), in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1966, p. 29, avesse dato per pacifica la “competenza costituzionalistica” su tutta la materia delle fonti. Sulle Preleggi come fonte di «principi generali» (il che non è sufficiente a qualificarle di rilievo sostanzialmente costituzionale, ma è comunque un riconoscimento sulla posizione forte assunta da tale legge in tema di fonti del diritto), v., tra le più recenti, la sentenza n. 54 del 2022 della Corte costituzionale. Sulla distinzione tra livello primario (art. 14 Preleggi) e livello costituzionale (art. 24 Cost.) del divieto di analogia in materia penale, v., però, la sentenza n. 98 del 2021.

³⁰ O. CHESSA, *La legge di Bryceland. Saggio sulle costituzioni rigide e flessibili e sulla sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 779.

In ambito giuridico, la materia indica un complesso organico di situazioni, rapporti o fatti che condividono comuni elementi essenziali, rilevanti dal punto di vista oggettivo o finalistico³¹. Nel sistema costituzionale, si tende a parlare di “materia” alludendo agli oggetti regolati innanzitutto (ma non solo) dalla Costituzione formale³².

In verità, non è così facile afferrare la “materia costituzionale”. Scrive Riccardo Guastini che «i confini della materia costituzionale non sono per nulla nitidi», come dimostra la comparazione tra testi costituzionali³³. Sarebbe agevole liquidare o aggirare il problema riconoscendo che è materia costituzionale ciò che è positivamente regolato da una costituzione³⁴. Tuttavia, come ha fatto ben notare Antonino Spadaro, è proprio la ricerca di un modello ideale di sistema costituzionale a suggerire un approccio più critico al tema: in questo modo la materia in parola cesserebbe «di essere una scatola vuota in grado di comprendere tutto (e il contrario di tutto) secondo un approccio iperrelativistico che, a causa della inevitabile e giusta “diversità” dei singoli ordinamenti costituzionali positivi, nega la necessaria “omogeneità” minima di tali ordinamenti in un tipo (o idealtipo) con caratteristiche – giuridiche, non solo politiche! – comuni sue proprie»³⁵.

Perché interrogarsi sulla “materia costituzionale”? E come?

Si profilano due distinti approcci. Innanzitutto quello descrittivo, che è tipico di chi, studiando i sistemi costituzionali, intende dar conto degli ambiti interessati da questo tipo di regolamentazione giuridica. Accedendo a questo punto di vista, non vi sarebbero soverchie difficoltà nell’ammettere che è materia costituzionale tutto ciò che, in un dato momento storico e in un certo ordinamento, è regolato innanzitutto dalla Costituzione formale. A fini didattici o

³¹ Per un inquadramento generale si rinvia a F. BENELLI, *La smaterializzazione delle materie. Problemi teorici e applicativi nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006.

³² V., in generale, G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Dir. giur.*, 1948, pp. 41 ss.; C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e “altre” leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 189 ss.; A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. pp. 24 ss.

³³ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 268. Scettico è F. MODUGNO, voce *Costituzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, pp. 5 ss., a detta del quale una materia costituzionale «come entità statica ed oggettiva o come sfera di competenza non esiste», dal momento che nel rendere possibile l’esistenza dello Stato, la Costituzione non può non configurarne in un dato modo «le strutture e (...) i lineamenti caratteristici». Non la pensò così F. PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione* (1951), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, Giappichelli, 1965, p. 66, quando scrisse che «non è difficile stabilire quale sia codesta materia». V., altresì, A. RUGGERI, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in A. Lovato (a cura di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 299 ss.

³⁴ Per V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1970², p. 90, la materia in oggetto è quella «regolata dalla costituzione formale». Non dissimile la posizione di G.G. FLORIDIA, «*Costituzione: il nome e le cose*», in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto – 1994*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 140, secondo cui la delimitazione della suddetta materia riflette sempre «una valutazione del costituente storico, o comunque un’oggettiva determinazione, su ciò che in un dato ordinamento ha, formalmente, valore costituzionale».

³⁵ 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, p. 377.

divulgativi, questo approccio potrebbe rivelarsi più che sufficiente³⁶. Tuttavia, una ricerca così impostata non riuscirebbe a catturare la «fluidità dell'argomento»³⁷, finendo col sottostimare l'impatto che (innanzitutto, ma non solo) il fattore politico assume, nei singoli ordinamenti, nei processi decisionali che conducono alla perimetrazione concreta della materia in questione. Come rilevò Carl Schmitt, «i motivi per cui determinate statuizioni legislative sono scritte proprio in una "costituzione" e non in una legge ordinaria dipendono da considerazioni politiche e dalle combinazioni delle coalizioni partitiche»³⁸.

Nella ricerca di «ce qui est vraiment constitutionnel»³⁹ si potrebbe, dunque, ipotizzare anche un approccio di tipo prescrittivo, vale a dire quello proteso verso l'individuazione non di ciò che è, bensì di ciò che *deve essere* materia costituzionale. Un simile approccio riflette il convincimento (di natura filosofica o politica) che vi sia un modello universale minimo di "costituzione" al quale i singoli ordinamenti, se decidono di aderirvi, non possono che uniformarsi, per una ragione di legittimazione ultima della costituzione stessa, per non sentirsi "contestare" che il testo denominato formalmente "costituzione" *in verità* non sia affatto una Costituzione nel senso proprio e condiviso del costituzionalismo⁴⁰.

Si noti che la questione non è affatto formale o di mera denominazione. Nel momento in cui si afferma che un determinato "oggetto" sia "materia costituzionale", ne consegue un ridimensionamento vistoso della discrezionalità del legislatore ordinario e, dunque, del potere decisionale che in una democrazia spetta alle forze politiche di maggioranza. Più forte è la capacità di attrazione di tale materia, in base ad una qualche formula universale, tanto più numerosi saranno i fatti della vita attirati nell'orbita tracciata dal sistema costituzionale, sino ad arrivare ad una sorta di "costituzione totale" capace di abbracciare l'intero mondo giuridico anche solo esprimendosi per principi. Una dilatazione, questa, che per tante ragioni appare

³⁶ L'approccio descrittivo è diretto a cogliere, come ha osservato R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 12 s., il «contenuto caratteristico» delle costituzioni, vale a dire ciò che è generalmente («in der Regel») in queste fonti normative: così G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1900, trad. it., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 93, per il quale la costituzione enuncia i principi che «designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, ed inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale».

³⁷ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 92.

³⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 25. V., anche V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, Soc. ed. Foro italiano, 1959, p. 474, e A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Soc. ed. Foro italiano, 1984, p. 519.

³⁹ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, I, Paris, Didier, 1836, p. 140.

⁴⁰ Si rammenta, al riguardo, che C. MORTATI, *op. cit.*, p. 169, si occupò della problematica questione circa l'assegnazione di natura sostanzialmente costituzionale ad enunciati della legge fondamentale estranei alla «materia tipica, veramente propria della costituzione». Com'è noto, la materia "intrinsecamente" costituzionale per Kelsen è quella che abbraccia modi e forme di produzione del diritto positivo: V., infatti, H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, pp. 126 s., per il quale mentre la costituzione formale è il documento solenne suscettibile di modifica solo mediante una procedura aggravata, la costituzione in senso materiale enuncia le regole che disciplinano la creazione delle norme legislative generali, con la precisazione – qui rilevante – che «materie che, per una qualsiasi ragione, siano considerate particolarmente importanti, vengono sovente regolate da leggi costituzionali anziché da leggi ordinarie».

da scartare⁴¹. E se una legge di revisione costituzionale inserisse nel testo della legge fondamentale un istituto palesemente estraneo alla materia costituzionale così idealizzata? La Corte costituzionale potrebbe accogliere una eventuale eccezione di illegittimità? A suo tempo, Livio Paladin esortò a non «enfaticizzare o estendere troppo la “materia costituzionale”, per non correre il rischio di trattare della costituzione in termini volgari, scambiando la contingente cronaca politica con gli eventi costituzionalmente significativi»⁴².

I due ipotizzati approcci scontano limiti insuperabili: il primo (dimensione dell'essere) finisce coll'essere rigidamente formalista; il secondo (dimensione del dover essere) rischia di essere o inutile o improprio in quanto destinato a riconoscere una precettività al modello teorico che non ha e non può obiettivamente avere.

Ebbene, si cercherà di dimostrare che la “materia costituzionale” è definita dalla interazione dialettica tra domanda e offerta di “costituzione”. *È materia costituzionale ciò che la società vuole che sia riconosciuta come tale, a condizione che tale sollecitazione sia recepita e assecondata dalle istituzioni preposte alla vitalità del sistema costituzionale.*

5. Domanda e offerta di costituzione.

La società esprime aspettative connesse al soddisfacimento di interessi che si reputano cruciali per la sopravvivenza del patto con le istituzioni posto a fondamento dell'ordinamento statale⁴³. Questi interessi assumono peso costituzionale se dimostrano di avere la forza sufficiente per persuadere il Parlamento o l'organo di giustizia costituzionale o persino le giurisdizioni comuni⁴⁴ a riconoscere quel carattere di “fondamentalità” che ne sancisce la piena appartenenza allo spazio costituzionale. E questo accade sia nei processi costituenti *tout court*, sia al cospetto di una Costituzione vigente e, dunque, vivente. Senza trascurare la circostanza, di non poco conto, che, come osservò Georges Burdeau, «la raison et l'expérience confirment pleinement» che alcuni fatti siano materia costituzionale per loro natura: la ragione del costituzionalismo, ricostruibile grazie all'intreccio di elementi di diversa scaturigine (sociale, culturale, politica e via dicendo), come asseverata da una pratica costante nel tempo, dimostra quanto alcuni “oggetti”, alcune “entità”, siano divenuti indefettibili ingredienti della ricetta costituzionale.

Una costituzione, *ogni* costituzione non è mai stata il frutto di una decisione “calata dall'alto”, neppure nel caso delle costituzioni ottriate. I sovrani illuminati che hanno concesso ai loro sudditi le sollecitate carte costituzionali e le assemblee, variamente denominate, che hanno gestito i processi costituenti del secolo scorso, non hanno fatto altro che assecondatare

⁴¹ Sostiene, infatti, A. RUGGERI, *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 534, che «l'idea di una Costituzione “totale”, che dica *tutto su... tutto* ovvero che stabilisca un “programma” compiutamente delineato nei suoi tratti essenziali, ancorché bisognoso di essere variamente integrato e svolto, non può essere accolta». Anche R. BIFULCO, *Costituzione*, in U. Pomarici (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 151, ha sottolineato «la necessità del distacco dal mito dell'onnipotenza regolativa della Costituzione».

⁴² L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 127.

⁴³ Quanto al peso assunto dagli interessi nella definizione della materia in oggetto cfr. A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 370.

⁴⁴ Si pensi al caso Englaro: Cassazione civile, sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748.

una precisa, imperiosa, improcrastinabile *domanda di costituzione*⁴⁵. Il soggetto costituente ha svolto un'opera di ricognizione della materia costituzionale, come immaginata e promossa dalla società: nessuna "creazione" del sistema costituzionale, ma la "dichiarazione" di qualcosa che è affiorato dal tessuto sociale e che ha per l'appunto alimentato la domanda di costituzione.

Certamente, questa tesi presta il fianco ad una obiezione difficile da confutare: la società è un organismo così complesso, variegato, mutevole, spesso caotico, da ostacolare, se non persino precludere, ogni tentativo di ascrivere alla stessa una volontà sufficientemente organica e chiara da stimolare una domanda di costituzione altrettanto compatta e univoca.

Questa riserva avrebbe pregio se si immaginasse una "domanda" dai contenuti analiticamente dettagliati, tale da abbracciare le tante facce che compongono il prisma costituzionale. In realtà, questa domanda ha portato all'attenzione dei costituenti non tanto le specifiche soluzioni normative da adottare in tema di diritti fondamentali e di organizzazione costituzionale, quanto quelle concezioni ideali che, in guisa di "valori", hanno definito l'intelaiatura assiologica entro cui collocare il sistema costituzionale. Concezioni, queste, che nell'invocare un assetto ragionevolmente desiderabile dei rapporti sociali, sono state poi tradotte proprio in quei principi fondamentali che fungono da pilastri e fondamenta del sistema stesso⁴⁶. Anche una società plurale, pervasa da differenze di varia natura, è in grado di riconoscersi ed esprimere alcune, basilari concezioni ideali sui grandi temi che investono la stessa sopravvivenza del legame comunitario e che condizionano la tenuta del tessuto sociale in una dimensione proiettata nel tempo. Quanti sono stati coinvolti in questi processi costituenti hanno assolto al compito di intercettare queste concezioni ideali, oggetto di domanda di costituzione, per poi codificarle in principi e regole a cominciare dalla redigenda carta costituzionale. Nei processi costituenti più recenti l'intermediazione dei partiti presenti nelle relative assemblee si è rivelata decisiva, ma mai scollata dal contesto sociale di riferimento. Nessun cordone ombelicale fu reciso: la rappresentanza dei movimenti presenti nell'organo costituente non si è esaurita al momento dell'elezione, ma ha continuamente alimentato l'interazione dialettica con il materiale valoriale che ha sorretto la domanda di costituzione.

Recentemente, Raffaele Romanelli ha ricostruito il contesto socioculturale che ha fatto da scenario ai lavori dell'Assemblea costituente. Egli osserva che «i costituenti si riunirono avendo alle spalle antifascismo e Resistenza, ma un bagaglio di idee variegato e non sempre chiaro per ciò che riguardava i temi che erano chiamati a discutere»⁴⁷. Non fu poco, e ciò conferma quanto sostenuto in precedenza. Antifascismo e Resistenza fornirono all'Assemblea costituente proprio quelle concezioni ideali di democrazia, pluralismo, eguaglianza, libertà, solidarietà che alimentarono il fuoco della lotta contro il regime di Mussolini, e che ispirarono la guerra di liberazione dall'oppressore nazista. Ha scritto Claudio Pavone che la Resistenza non

⁴⁵ Di domanda di costituzione parla F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1986⁴, pp. 8 s. V., analogamente, A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in questa *Rivista*, 2016, 2, p. 18. Di «nuove domande» poste dai mutamenti sociali intervenuti dopo il 1948 parla A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 42 ss.

⁴⁶ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *ConsultaOnLine*, 2022, 2, pp. 634 ss.

⁴⁷ R. ROMANELLI, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Bari-Roma, Laterza, 2023, p. 5.

offri ai lavori dell'Assemblea «un coerente e chiaro progetto istituzionale», fornendo piuttosto «più valori che norme»⁴⁸. Appunto: i valori come concezioni ideali che hanno assunto una configurazione pienamente giuridica grazie alla loro trasposizione in principi fondamentali. Ha ragione Livio Paladin quando nota come «i lavori costituenti partirono da zero»⁴⁹. O, meglio, non ha torto se con questa constatazione s'intende alludere al fatto, inoppugnabile, che i 556 componenti l'Assemblea costituente non avevano un progetto da cui prendere le mosse per articolare la Costituzione *in fieri*. In verità, essi non partirono dal nulla. I traguardi della agognata palingenesi sociale erano ben chiari agli occhi della società italiana uscita mortificata e lacerata da vent'anni di dittatura: una comunità più coesa, fraterna, empatica, capace di accogliere i più fragili, di promuovere l'autonomia anche delle formazioni sociali, di vivere la partecipazione democratica come forma di aristotelico inveroimento della persona calata in un contesto fatto di rapporti e di confronto con il prossimo. Una società libera dalla schiavitù del pensiero unico, affrancata dalla strumentalizzazione della persona per pretese finalità superiori dello Stato, desiderosa di proiettarsi lungo un cammino di rinascita finalmente degno di una comunità aperta e inclusiva. Madri e padri Costituenti receperono, ciascuna e ciascuno secondo le rispettive sensibilità politiche e culturali, questo anelito di riscatto democratico, e tessero una trama costituzionale congeniale all'effettivo inveroimento dei principi che, in guisa di vesti normative delle concezioni ideali, avrebbero mutato profondamente il volto della neonata Repubblica.

Questa tesi non è contraddetta dal rilievo formulato da Enzo Cheli, quando nota, in quel consesso, «il vuoto di una tradizione culturale nazionale maturata intorno ai problemi della "strategia delle istituzioni"»⁵⁰. I nostri *Framers* si confrontarono, anche duramente, sulla misura dei principi da implementare nella nuova struttura costituzionale, ma non sulla loro indefettibilità ai fini della rivoluzione repubblicana. E ancora più accesa fu l'interazione dialettica sulle specifiche forme da dare all'assetto organizzativo apicale in via di costruzione. Ha colto nel segno Giuseppe Maranini, evocato da Romanelli, quando ricorda che «il lavoro costruttivo dell'assemblea non trovava un punto di appoggio neppure in un sistema di idee giuridiche largamente ricevuto e pertanto tale da costituire di per sé un impulso politico, una componente politica»⁵¹. Appunto. La domanda di costituzione ha portato nel dibattito costituente le linee guida, gli indirizzi ispiratori, in una parola i valori, lasciando ai protagonisti del relativo processo decisionale il compito di tradurre questo materiale assiologico in un testo davvero in grado di operare quale rottura polemica rispetto al passato fascista⁵².

⁴⁸ C. PAVONE, *Intervento alla tavola rotonda*, in M. De Nicolò (a cura di), *Costituente, costituzione, riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 199.

⁴⁹ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 46.

⁵⁰ E. CHELI, *Il problema storico della costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Bari-Roma, Laterza, 1974, p. 201.

⁵¹ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, Firenze, Vallecchi, 1967, p. 316 (ma con la precisazione formale di R. ROMANELLI, *op. cit.*, p. 6, nt. 8).

⁵² In effetti, lo studio condotto dallo stesso R. ROMANELLI, *op. cit.*, pp. 7 ss., ha preso le mosse da questa premessa: «per indagare le matrici del manufatto costituzionale, prima di considerare il suo retroterra giuridico-costituzionale è bene soffermarsi sui valori e le suggestioni del tempo, sulla cultura delle principali correnti politiche, considerando sia la cultura politica diffusa nell'opinione pubblica, sia quella degli ambienti colti della produzione accademica». V. anche L. ELIA, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in Aa.Vv., *I sistemi delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 47 ss.

Dunque, le costituzioni formali sono l'apice di un percorso che ha visto protagonisti non solo i membri della Costituente, ma anche e soprattutto le forze individuali e collettive che hanno popolato e reso vitale la società dell'epoca: il dibattito costituzionale ha avuto luogo «in un clima politico e sociale quale quello dell'immediato dopoguerra, vibrante per le tensioni ideali e per i fermenti di rinnovamento»⁵³. Una forza, questa, sprigionata già in seno al Comitato di liberazione nazionale⁵⁴. Illuminante Dossetti quando rammenta che «i costituenti percepivano un consenso e un'attesa sociali che hanno favorito e reso possibile il risultato»⁵⁵. Sicché, come ha notato Ernesto Bettinelli, la Costituente «rappresenta non solo un evento istituzionale, ma l'ultima tappa di un percorso di maturazione e ricostruzione collettiva»⁵⁶: un tragitto in cui la società ha giocato un ruolo chiave, prioritario rispetto all'attività di mediazione svolta dagli attori istituzionali e dai movimenti politici.

Veniamo, ora, al versante dell'offerta di costituzione.

Un sovrano illuminato che concede una costituzione non è un demiurgo che librandosi al di sopra degli accadimenti mondani esprime il proprio carisma taumaturgico generando dal nulla un inedito universo normativo. Le costituzioni ottriate dell'Ottocento si collocarono nella scia di un movimento rivoluzionario che aveva reso pressoché obbligata la strada della “concessione” di tali atti. Chi ha offerto la costituzione non ha fatto altro che assecondare e appagare una domanda impellente di ridefinizione del patto tra potere e libertà⁵⁷.

La stretta connessione tra domanda e offerta è ancor più tangibile nei processi costituenti del secolo successivo, dove gli artefici delle carte costituzionali furono organi collegiali a diretta investitura popolare. Incarnando il principio della rappresentanza politica in ambiente democratico, tali organi ricevettero un mandato quanto meno preciso nei suoi lineamenti generali. Rispetto alle costituzioni *octroyées*, le carte del Novecento recano impresso il sigillo della sovranità popolare quale matrice politica e ordinamentale della domanda di costituzione. In un processo costituente c'è sempre una laboriosa opera di mediazione tra forze sociali e forze politico-istituzionali. Tuttavia, se il monarca ottocentesco aveva mediato tra i regnicoli e sé stesso, le assemblee costituenti hanno mediato tra la società pluralista e uno Stato da ricomporre su inedite fondamenta.

Peraltro, la mediazione degli attori istituzionali (partiti rappresentati nelle assemblee costituenti o nei parlamenti; organi giurisdizionali, specie se investiti della funzione di *judicial review of legislation*) è sì necessaria, ma non preponderante, quanto meno nei termini illustrati da Gustavo Zagrebelsky: «le costituzioni derivano certo da determinate forze politiche e sociali

⁵³ C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Bari, Laterza, 1974, p. 410.

⁵⁴ Cfr. P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 82 ss.

⁵⁵ Citazione tratta da U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 111 s., che richiama G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, Reggio Emilia, S. Lorenzo, 1995.

⁵⁶ E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Milano, Rizzoli, 2006, p. 11.

⁵⁷ Illuminante al riguardo l'interpretazione offerta da C. GHISALBERTI, *op. cit.*, p. 29: benché lo Statuto albertino recasse, nel preambolo, la formula secondo cui il monarca aveva donato la costituzione in virtù di «certa scienza e regia autorità», nondimeno «l'elemento liberale più consapevole e più avanzato riteneva la costituzione non già un dono elargito dal sovrano, ma una convenzione o un patto tra questo e la nazione i cui diritti preesistevano alla concessione».

concrete, storicamente determinate, ma non sono un mezzo attraverso il quale tali forze possano pretendere, esse stesse, di “costituzionalizzarsi”, cioè di rendersi insostituibili, assegnandosi un plusvalore e un privilegio rispetto ad altre forze concorrenziali»⁵⁸. Non uno strumento di lotta politica, quindi, ma uno spazio aperto, plurale e, perciò, inclusivo, dove la domanda di costituzione diviene un passaggio indispensabile.

6. L'energia nel sistema.

L'energia di un sistema è prodotta dall'interazione tra i suoi elementi costitutivi. Lo stesso vale per il sistema costituzionale: si pensi all'energia profusa dalle consuetudini o alle convenzioni che hanno avuto la “forza” di colmare lacune della Costituzione formale⁵⁹ o dai regolamenti parlamentari che sviluppano i principi costituzionali dettando norme applicabili in quel contesto istituzionale⁶⁰. Questa interazione genera rapporti di integrazione oppure di saldatura funzionale, e talora anche di evoluzione in senso derogatorio rispetto agli enunciati costituzionali, come nel caso dei mutamenti taciti⁶¹.

Perché queste interazioni producono “energia”? Come tradurre tale energia in termini giuridicamente apprezzabili?

Il sistema costituzionale è tutt'altro che una entità statica e immobile. È piuttosto un organismo vivente, vale a dire una struttura dinamica, preordinata al funzionamento nel tempo e nello spazio sia delle garanzie che presidiano i diritti fondamentali, sia dell'impianto istituzionale di vertice. Il sistema in parola non è semplicemente uno schema rigido entro cui collocare atti e fatti costituzionalmente rilevanti (funzione di garanzia o di limite), ma è anche una struttura che anima, muove, stimola, indirizza gli oggetti della materia costituzionale (funzione di impulso o di promozione). Rispetto a tali oggetti il sistema costituzionale raccoglie e incanala le molteplici relazioni “di forza” tra i suoi elementi, assicurandosi così la propria funzionalità e operatività. L'energia così sprigionata previene il decadimento del sistema, alimentandone piuttosto l'attitudine a offrire soluzioni e risposte ai tanti e variegati problemi che possono addensarsi nello spazio costituzionale⁶².

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 191 s.

⁵⁹ Su cui Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, pp. 269 ss., e A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, pp. 1 ss.

⁶⁰ Cfr. G.L. CONTI, *Regolamenti parlamentari e trasformazione della Costituzione nel superamento del bicameralismo paritario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 3, pp. 1 ss., nonché E. CATELANI, *Manutenzione dei regolamenti parlamentari come strumento di inizio di una mediazione politica*, in *Costituzionalismo*, 2017, 2, pp. 25 ss.

⁶¹ Su cui F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le modificazioni tacite della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno di insegnamento*, IV, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 315 ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1959; C. DE CESARE, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rass. parl.*, 2010, pp. 121 ss.; A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2018, pp. 1 ss.; A. MANGIA, *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Dir. cost.*, 2020, pp. 75 ss.; M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 521 ss.

⁶² V., soprattutto, B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, in *Harvard Law Review*, 2007, 120 (7), pp. 1737 ss.

Non deve stupire o addirittura turbare la percezione del diritto (espresso nel sistema costituzionale) come spazio in cui si produce energia⁶³. La forza prescrittiva delle norme giuridiche è senza dubbio espressione di energia, quale capacità di conformare i contegni umani talvolta anche forzando processi volitivi di segno contrario. Le stesse antinomie (reali o apparenti) tra le fonti propagano energia nel sistema nel momento in cui costringono l'interprete ad azionare i criteri di composizione o ad attivare le necessarie operazioni ermeneutiche. Una previsione costituzionale attuata dal legislatore ordinario trasmette alla norma di rango primario la necessaria forza, in termini di legittimità, ad operare quale fattore di creazione di diritto positivo, così come, al contrario, la deviazione dai binari tracciati dalla Costituzione pone le condizioni affinché la stessa giurisprudenza costituzionale possa somministrare energia al sistema imboccando itinerari interpretativi anche evolutivi.

Queste relazioni di energia impegnano atti e comportamenti che si manifestano sul versante dell'offerta di costituzione. Senonché, il sistema costituzionale si alimenta della forza vitale prodotta dall'interazione con la domanda di costituzione e, dunque, con elementi di origine sociale. Tra questi, una "fonte di energia" che ha destato interesse crescente è la coscienza sociale.

Con un ragionevole grado di approssimazione, la coscienza sociale può essere definita come un complesso variegato di convincimenti, tradizioni, ideali, orientamenti che innervano il tessuto sociale conferendo allo stesso la capacità di intercettare, comprendere, apprezzare i fatti che si materializzano nell'esperienza comunitaria, affinché il futuro di quel sodalizio non sia determinato dall'aleatorietà del caso⁶⁴.

Pur nella sua problematica inafferrabilità, la coscienza sociale si colloca a pieno titolo nel processo circolare alimentato dall'energia prodotta dalla domanda di costituzione, concorrendo anch'essa a rafforzare questo flusso di forza preordinato alla conservazione e, nel contempo, alla vitalità dell'equilibrio del sistema costituzionale. Per un certo verso, la coscienza sociale nutre e sospinge questa domanda, attribuendo ad essa la capacità di orientarne i contenuti in una direzione accessibile allo sguardo delle istituzioni preordinate a governare il sistema costituzionale. Basti pensare all'incidenza, tangibile seppur controversa, della coscienza sociale nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁶⁵. Non è da escludere che la stessa Corte, quando dialoga con la coscienza sociale, possa restituire alla comunità tutta una serie di interpretazioni, spunti, visioni, idonei a stimolare essa stessa il cambiamento sociale

⁶³ Discute di «autonoma energia del diritto» N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*, Macerata, Eum, 2008, p. 73.

⁶⁴ Durkheim definì la coscienza collettiva come «l'insieme delle credenze e dei sentimenti comuni alla media dei membri di una stessa società»: É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1893, trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, p. 101. Cfr., al riguardo, F. PALLANTE, *All'origine dell'istituzionalismo giuridico: la concezione del diritto in Emile Durkheim*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 310, n. 33.

⁶⁵ In tema I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino, Giappichelli, 2012; N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in questa *Rivista*, 2017, 4, pp. 1 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, pp. 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 377 ss.

e, con esso, la domanda di costituzione. Un andamento circolare, questo, che dimostra l'intrinseca dinamicità di un processo costituente che non si è arrestato con il varo della Carta costituzionale.

L'ambizione alla "eternità" di un sistema costituzionale sta proprio in questo, come ha efficacemente osservato Massimo Luciani: «le costituzioni – vichianamente, potremmo dire – sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione *ad aeternitatem* delle costituzioni implica l'accettazione della prospettiva dinamica, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare. In altri termini: le costituzioni, sebbene manifestino una naturale inerzia, sono comunque destinate al moto»⁶⁶.

7. L'equilibrio del sistema.

Ogni sistema si regge su di un determinato *equilibrio*, quale condizione in corrispondenza della quale dominano l'armonia e la coerenza (i.e. non contraddizione) tra i suoi elementi costitutivi. Lo spazio costituzionale non può prescindere, pena la sua instabilità, innanzitutto da uno stato di quiete tra forze contrapposte (le libertà coltivate nella società, i poteri esercitati dallo Stato) al fine precipuo di assicurare la sopravvivenza nel tempo della comunità (equilibrio statico). Ciò non toglie, tuttavia, che questo spazio accolga al proprio interno variazioni, movimenti, anche scossoni che, grazie anche alla ragionevole elasticità degli enunciati costituzionali, ne garantiscono la motilità (equilibrio dinamico)⁶⁷.

Così, *il sistema in parola raggiunge la propria condizione di equilibrio nel punto in cui si incontrano la domanda e l'offerta di costituzione.*

La domanda abbraccia tutte le sollecitazioni, istanze, bisogni, aspirazioni che cercano nel sistema costituzionale un esplicito riconoscimento sotto forma di posizioni giuridiche soggettive e rapporti provvisti giustappunto di forza costituzionale: in breve, che cercano di assurgere a oggetti della materia costituzionale. L'offerta rispecchia la disponibilità delle istituzioni ad agire sulla materia costituzionale, ampliandola o restringendola.

Le *unità di decisione costituzionale* sono gli attori che operano sul versante della domanda e su quello dell'offerta⁶⁸.

Sul versante della domanda operano persone e formazioni sociali che, attraverso i molteplici e variegati canali di comunicazione e interazione, hanno modo di agire rendendosi portatori di messaggi intercettabili e riconoscibili.

Dal canto suo l'offerta di costituzione riflette la disponibilità delle istituzioni preposte al funzionamento del sistema costituzionale a cogliere, interpretare e tradurre in principi e regole gli stimoli prodotti dalla domanda.

⁶⁶ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in questa *Rivista*, 2013, 1, p. 1.

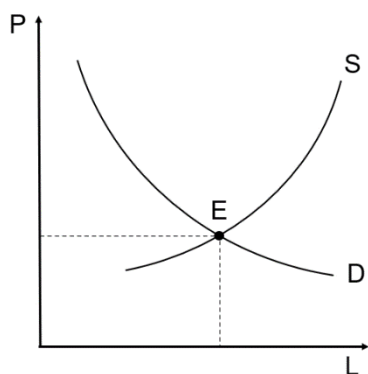
⁶⁷ In tema L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶⁸ Per analogia con le scienze economiche: v., al riguardo, O. LANGE, *The Scope and Method of Economics*, in *Review of Economic Studies*, 1945-46, pp. 19 ss., trad. it., *Oggetto e metodo*, in M. Talamona (a cura di), *Tendenze e prospettive dell'economia politica*, I, Milano, Cisalpino Goliardica, 1989, p. 25.

Sul versante dell'offerta, quindi, operano le istituzioni pubbliche che, a cominciare dagli organi apicali della Repubblica, sono legittimate ad alimentare il processo costituente intrapreso con il varo dalla carta fondamentale e continuato nella concreta evoluzione delle dinamiche costituzionali.

Per rappresentare graficamente domanda e offerta di costituzione, si può costruire un piano cartesiano in cui collocare sull'asse delle ascisse le libertà e sull'asse delle ordinate i poteri (fig. 1).

Figura 1



Questa scelta non è irrazionale, dal momento che il sistema costituzionale, come si è detto, nasce e si sviluppa proprio in virtù di questa interazione dialettica tra potere e libertà, tra autorità e società, tra lo Stato e i consociati. Secondo il contrattualismo, al *pactum societatis*, che ha dato vita alla società, segue il *pactum subiectionis*, che fonda la sovranità dello Stato attraverso la cessione, da parte degli individui, di quote di libertà per ottenere in cambio pace e ordine⁶⁹.

In via preliminare, occorre precisare che lo schema che si propone riposa sull'elemento della *percezione*. È una questione di percezione del rapporto tra potere (P) e libertà (L), sia sul versante della domanda, che su quello dell'offerta.

La domanda di costituzione (D) è raffigurabile come la quantità di sistema costituzionale che le persone e le formazioni sociali si attendono di ricevere in base alla interazione tra potere e libertà (pendenza negativa). Sicché, quanta più libertà è richiesta, tanto minore sarà il potere atteso. La storia dell'umanità insegna che, *dal punto di vista delle persone*, quanta più libertà si reclama, tanto minori dovranno essere i poteri autoritativi esercitati dalle istituzioni.

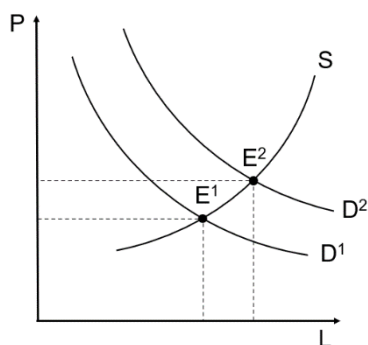
⁶⁹ Come insegna G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 275, «per riprendere antiche e venerabili concezioni, si può dire che la Costituzione fissa il *pactum societatis*, con il quale ci si accorda sulle condizioni dello stare insieme, nel reciproco rispetto che protegge dal conflitto estremo, cioè della guerra, negazione della politica. Sulla base di questo primo accordo, può essere stipulato il *pactum subiectionis*, con il quale ci si promette reciprocamente di ubbidire – di assoggettarsi – alle decisioni del governo legittimo, cioè del potere della maggioranza che agisce secondo le regole e nel rispetto dei principi contenuti nel *pactum societatis*».

L'offerta di costituzione (S) è, a sua volta, raffigurabile come la quantità di sistema costituzionale che le istituzioni sono disposte a costruire e garantire in base alla interazione, anche in questo caso, tra potere e libertà (pendenza positiva). Sicché, quanta più libertà le istituzioni sono disposte a riconoscere e presidiare, tanto maggiore sarà il potere da prevedere come contropartita. È bene precisare questo passaggio. Si pensi ai diritti sociali. Il loro riconoscimento ha determinato un arricchimento delle libertà riconosciute dal sistema costituzionale: non solo quelle "negative" della tradizione liberale, ma anche quelle "positive" di impronta socialdemocratica. A questo ampliamento dello spettro delle situazioni giuridiche soggettive munite di rilevanza costituzionale ha fatto riscontro una significativa dilatazione dell'apparato istituzionale, con conseguente incremento delle funzioni assegnate ai pubblici poteri. La società invoca il riconoscimento di pretese per rimediare ai fallimenti del mercato, e ciò in nome del principio di eguaglianza sostanziale, e le istituzioni rispondono creando nuovi apparati con nuove attribuzioni, il cui prezzo però è un incremento della "presenza" (potere) dello Stato. Lo stesso vale per i diritti di libertà di prima generazione: le istituzioni sono disposte ad incrementare l'offerta di libertà a condizione di accrescere i poteri in funzione di garanzia, ma anche di limitazione, per evitare che un diritto fondamentale diventi "tiranno" a danno degli altri.

Il punto di equilibrio (E), che definisce la quantità di sistema costituzionale migliore secondo l'interazione tra le unità di decisione costituzionale, può mutare nel tempo a seconda delle variazioni che, in concreto, possono interessare le due curve, o da sole o contemporaneamente.

Una domanda di costituzione può aumentare nei termini di un ampliamento delle libertà, ma se l'offerta rimane immutata ne consegue anche un allargamento della dimensione del potere (fig. 2). Come dire che le istituzioni sono disposte ad assecondare questa variazione mettendo sul piatto un incremento delle posizioni di potere. Come si è detto, ciò è storicamente accaduto con l'avvento dello Stato sociale, contraddistinto da un arricchimento delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio accompagnato da una espansione dell'organizzazione statale⁷⁰.

Figura 2

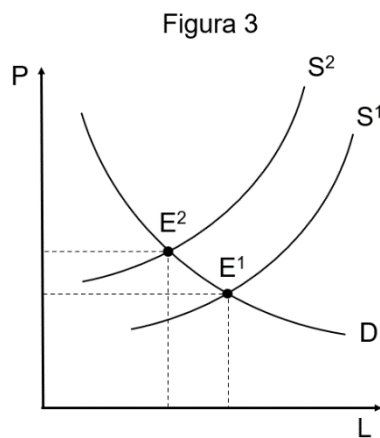


⁷⁰ Sempre attuale E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im wandel*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1964, trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. pp. 31 ss. V., di recente, C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2021.

Improbabile appare la direzione opposta, vale a dire quella della contrazione della domanda di costituzione a offerta ferma: invero, ciò significherebbe una rinuncia da parte della comunità di libertà (o porzioni di libertà) magari consolidate da tempo. L'avvento di un regime progressivamente sempre più dispotico e autoritario potrebbe essere letto come volontà della (maggioranza della) società di affidarsi ad un centro di potere forte per risolvere in modo efficiente problematiche economiche e sociali che la democrazia non riesce a gestire in modo efficace⁷¹.

Uno spostamento in avanti della curva dell'offerta, a domanda invariata, comporta un beneficio in termini di libertà cui segue una riduzione del peso assunto dal potere. Verosimilmente, ciò può accadere quando le istituzioni hanno raggiunto un livello di consapevolezza e di maturità tali da accettare esse stesse un loro ridimensionamento a favore di una ripresa della dimensione di libertà propria delle relazioni sociali. La *deregulation* potrebbe essere letta in questi termini⁷².

La contrazione, invece, dell'offerta (determinata da istituzioni intenzionate ad aumentare il proprio potere: fig. 3), fa registrare un aumento del potere a scapito delle libertà. Per non determinare una riduzione sul piano delle libertà tale contrazione dovrebbe essere controbilanciata da un opposto slancio in avanti della domanda di costituzione, da intendersi come reazione della comunità preordinata a riequilibrare la relazione tra potere e libertà.



Domanda e offerta, ovviamente, possono spostarsi nella medesima direzione determinando un nuovo equilibrio. È quanto accaduto con la riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 del 2022. Ad una sollecitazione di riconoscimento costituzionale del bene “ambiente” (che avrebbe determinato un arricchimento del ventaglio dei diritti fondamentali) ha risposto il Parlamento con una revisione che ha toccato il cuore del sistema costituzionale. Quanto questo spostamento dell'equilibrio si tradurrà in un correlativo incremento di “potere” non è possibile

⁷¹ Cfr. almeno P. FARNETI, *La crisi della democrazia italiana e l'avvento del fascismo: 1919-1922*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1975, 5(1), pp. 45 ss.

⁷² Assetto, questo, propugnato dai pensatori più coerenti del neoliberalismo, tra tutti B. LEONI, *Freedom and the Law*, New York, Nostrand, 1961, trad. it., *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 1995

dirlo ora con sicurezza: ciò dipenderà da come in concreto le istituzioni pubbliche interpreteranno tale riforma in termini di legittimazione a porre in essere discipline più rigorose o a prevedere poteri conformativi più penetranti⁷³.

7.1. Elasticità di domanda e offerta.

La dinamicità del sistema costituzionale, così come raffigurato, è alimentata dall'energia che lo pervade. Un sistema costituzionale ottimale è quello in cui le unità di decisione si coordinano tra di loro interagendo dialetticamente, senza condizionamenti ad opera di fattori esogeni.

Sul versante della domanda, il grado di elasticità della stessa dipende da molteplici variabili a cominciare dalla già evocata coscienza sociale. Quest'ultima, in effetti, genera delle aspettative su quantità e qualità delle libertà fondamentali, sia in una dimensione individuale, sia sul piano delle forme collettive di esercizio.

La coscienza sociale è un prodotto della società. Quest'ultima abbraccia individui più o meno consapevoli della loro identità collettiva, la quale non integra le rispettive identità individuali⁷⁴. Dall'agire sociale si passa alla relazione sociale, frutto della interazione, anche conflittuale, tra i consociati⁷⁵. Questa rete di rapporti genera «un sistema complesso le cui parti cooperano per produrre stabilità»⁷⁶. Questa dinamica aggregativa è alimentata e orientata anche dall'agire comunicativo⁷⁷, che in una società del rischio rende tutto più fluido, inafferrabile, liquido⁷⁸.

A generare energia sempre sul versante della domanda è l'opinione pubblica, autentico elemento costitutivo di un sistema democratico⁷⁹. Invero, essa svolge 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»⁸⁰. Come tale, è una indefettibile modalità espressiva della sovranità popolare: in effetti, «un sovrano vuoto, un sovrano che non sa e non dice, è un sovrano da nulla, un re di coppe»⁸¹.

⁷³ V., tra i tanti, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, 3, pp. 285 ss., nonché R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, pp. 1 ss.;

⁷⁴ Cfr. L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, Torino, Utet, 1983, p. 620.

⁷⁵ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1921, trad. it., *Economia e società*, 2 voll., Milano, Edizioni di Comunità, 1961. Sulla dimensione conflittuale si rinvia a P. BIRNBAUM, *Conflitti*, in R. Boudon (a cura di), *Trattato di sociologia*, Bologna, Il Mulino, 1996, 199 ss. (trad. it. di *Traité de sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992).

⁷⁶ A. GIDDENS, *Sociology*, Cambridge, Polity Press, 2001, trad. it., *Fondamenti di sociologia*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 26.

⁷⁷ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft (Habil.)*, Neuwied, Hermann Luchterhand, 1962, trad. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, Laterza, 1971.

⁷⁸ V. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000.

⁷⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori riuniti, 1991, pp. 72 s.

⁸⁰ N. MATTEUCCI, voce *Opinione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2014, p. 638.

⁸¹ G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 166.

I processi culturali assumono un rilievo fondamentale su questo crinale, fornendo alle unità di decisione costituzionale che operano sul piano della domanda conoscenze, spunti di riflessione, sguardo critico, competenze da mettere al servizio di una puntuale sollecitazione in termini di richiesta di una risposta normativa al più alto livello. Come insegna Peter Häberle, «la Costituzione non [è] solo un'opera di regole, ma anche espressione di uno stadio di sviluppo culturale, strumento di auto-rappresentazione culturale del popolo, specchio del suo patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze»⁸². La coscienza sociale è essa stessa permeata di elementi culturali sotto forma di tradizioni, pensieri e visioni che infondono sostanza dialettica nei rapporti comunitari.

Sul versante dell'offerta assumono rilievo, quali fattori che ne determinano il grado di elasticità, innanzitutto i concreti rapporti di forza tra i diversi attori, sia come competitori politici, sia come soggetti presenti nelle istituzioni⁸³. La percezione del senso e della misura di un sistema costituzionale dipende tanto dal retroterra culturale e ideologico di ogni soggetto politico, quanto dalla effettiva interazione dialettica tra le diverse posizioni, com'è facile intuire in occasione, ad esempio, di riforme costituzionali o pure di pronunce della Corte costituzionale che attirano l'attenzione, spesso critica, degli attori politici.

Non meno rilevante è, poi, la capacità reale dei meccanismi di rappresentanza e di partecipazione di garantire un effettivo dialogo con la società, così da creare le condizioni per la ricognizione e la conseguente elaborazione delle sollecitazioni provenienti da quest'ultima. Sandro Staiano ha osservato che «le dinamiche della rappresentanza, nella molteplicità delle sue manifestazioni, sono invece l'indicatore più sensibile della fase in cui versano quelle relazioni tra attori del processo storico che vengono lette riconducendole alla categoria della "forma di Stato"; anche e soprattutto quando la fase è di crisi»⁸⁴. Fenomeni diffusi come il populismo, il sentimento anticasta, l'assenteismo elettorale, il deficit di partecipazione non sono altro che sintomi di una crisi del rappresentato che può avere delle ripercussioni di non poco conto anche nel determinare l'andamento non solo della curva della domanda, ma anche di quello dell'offerta⁸⁵. Invero, lo scetticismo e il disincanto verso le istituzioni rappresentative inducono queste ultime ad assumere atteggiamenti autoreferenziali, come tali poco congeniali ad uno scambio interattivo con la dimensione sociale.

Posto che sul lato dell'offerta operano anche i giudici costituzionali, le cui pronunce si collocano a pieno titolo entro lo spazio costituzionale, anche la sensibilità politica dei membri

⁸² P. HÄBERLE, *Una prima lezione di «diritto costituzionale»*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 169.

⁸³ Tra i molti v. S. STAIANO, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti. Relazione introduttiva*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, 2020, 13(1).

⁸⁴ S. STAIANO, *Rappresentanza*, in questa *Rivista*, 2017, 3, p. 40. Di sicuro interesse F. POLITI, *Democrazia rappresentativa "versus" democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, pp. 518 ss.

⁸⁵ Su questa tematica v. 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, pp. 109 ss., nonché E. CATELANI, *Ruolo delle costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un'introduzione*, in questa *Rivista*, 2019, 3, pp. 1 ss., dove si sottolinea come tale crisi sia stata «provocata dal tramonto dei partiti politici e dalla incapacità di comprendere in termini costituzionali i nuovi *cleavage* della rappresentanza, indotti in particolare dal passaggio della contrapposizione destra/sinistra a quella sovranismo/europeismo» (p. 2).

della Corte può avere un peso nella dinamica concreta dell'offerta di costituzione⁸⁶. L'adesione ad un complesso organico di valori, che non è certamente preclusa a chi riveste tale funzione, può essere determinante nella risoluzione delle questioni di legittimità, specie in quei frangenti in cui si mettono in discussione precedenti statuizioni giurisprudenziali.

In una condizione ottimale – come si è anticipato – le unità di decisione costituzionale si coordinano spontaneamente, così da destare quella stessa “meraviglia” che indusse Adam Smith a ragionare in termini di “mano invisibile”⁸⁷. Questa azione coordinata, tuttavia, talora (e sempre più) è chiamata a fare i conti con fattori esogeni al sistema che, in guise differenti, riescono a condizionare gli stessi movimenti delle due curve.

In un mondo globalizzato⁸⁸, il fattore economico ha assunto sembianze alquanto differenti rispetto all'idea che i nostri Costituenti abbracciarono quando scrissero gli artt. 41 e seguenti. Le ragioni del sistema produttivo e commerciale, anche su vasta scala, hanno eroso progressivamente l'essenza stessa della sovranità nazionale, imponendosi quali variabili decisive nella configurazione degli assetti dinamici anche in campo istituzionale⁸⁹. Domanda e offerta di costituzione riflettono sempre più le sollecitazioni provenienti dal mercato, soprattutto in termini di minore presenza dello Stato e di correlativo ampliamento delle libertà economiche. Il quadro diviene ancora più complesso e fluido se si pensa agli sviluppi del processo di integrazione europea, che hanno inciso anche sul nostro tessuto costituzionale⁹⁰. A chiudere il cerchio concorre l'azione sempre più penetrante di organismi sovranazionali operanti sul piano economico, senza trascurare le agenzie di *rating* le cui analisi impattano sensibilmente sul crinale delle decisioni istituzionali, con ricadute sulla stessa percezione che i consociati hanno delle loro libertà, sempre più percepite e apprezzate alla stregua del loro valore economico⁹¹.

Tutte le forze che, in vario modo e a diverso titolo, producono energie nello spazio costituzionale incidendo sulla domanda o sull'offerta o su entrambe, rischiano di attentare alla stabilità del sistema costituzionale. Quest'ultimo, in effetti, mira magari non all'eternità, quanto meno alla capacità di preservare nel tempo la pace e la giustizia dei rapporti sociali nonostante le molteplici e variegate occasioni di turbolenza e di tensione: un sistema duraturo, idoneo a promuovere favorire l'alternanza politica senza essere da essa travolta a colpi di maggioranza.

La stabilità è, quindi, assicurata dal nucleo forte (o nocciolo duro) del sistema costituzionale, che include i principi fondamentali, vale a dire quei «principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costitu-

⁸⁶ Cfr., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 35 ss.

⁸⁷ V. S. ZAMAGNI, *Economia politica*, Roma, Nuova Italia Scientifica, 1987, p. 99.

⁸⁸ Si rinvia a U. BECK, *Was ist Globalisierung?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1997, trad. it., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999, e a Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, trad. it., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma, Laterza, 1999.

⁸⁹ Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 124 ss.

⁹⁰ Oltre alla riforma dell'art. 81 Cost., si pensi a quanto l'idea di mercato invalsa a livello europeo abbia inciso nella interpretazione della nostra “costituzione economica”: v., infatti, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 ss.

⁹¹ V. G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 87 ss.

zionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»⁹². A suo tempo Michele Scudiero non ebbe esitazione ad affermare che «il nucleo duro della Costituzione va difeso contro l'erosione capillare delle violazioni da atti illegittimi non meno che dagli attentati dichiaratamente eversivi, dai tentativi di modifiche essenziali mascherate nel ricorso alle forme predisposte per l'opera di fisiologico aggiornamento dei disposti costituzionali»⁹³.

Calando il nucleo duro nella costruzione teorica qui proposta, si può affermare che i suddetti principi, nella loro sinergica combinazione e nella loro irriducibile saldatura, definiscono il perimetro entro il quale può oscillare il punto di equilibrio dato dalla intersezione tra domanda e offerta di costituzione. Tanto la richiesta sociale di materia costituzionale, quanto la lavorazione della stessa ad opera degli attori istituzionali non possono spingersi sino a determinare la fissione del nucleo forte, che determinerebbe una disintegrazione della materia e la deflagrazione irreversibile del sistema costituzionale.

8. Possibili risvolti applicativi.

Lo spazio costituzionale è un luogo dell'ordinamento giuridico in cui si instaurano e si sviluppano rapporti strettamente connessi al patto fondamentale che regge la Repubblica. In questo luogo si godono diritti, si adempiono doveri, si esercitano poteri, si organizzano strutture che, alla luce della loro condivisa attitudine a conservare e a promuovere quel patto, riempiono di contenuto la materia costituzionale. Questa interazione tra i diversi elementi costitutivi sprigiona una energia che determina l'andamento e il confronto tra domanda e offerta di costituzione. L'equilibrio del sistema è raggiunto quando le aspettative di libertà e di potere, coltivate dalle unità di decisione costituzionale, coincidono. Questo equilibrio, oltre a garantire la stabilità del sistema, consente comunque variazioni dinamiche delle curve di domanda e offerta, entro il perimetro tracciato dai principi supremi dell'ordinamento.

Per saggiare l'utilità pratica di questo approccio teorico, saranno di seguito richiamate alcune questioni cruciali di diritto costituzionale.

l) La consacrazione pretoria di nuovi diritti fondamentali è stata avallata da quanti scorrono nell'art. 2 Cost. i caratteri di una norma a fattispecie aperta, come tale permeabile *sc et simpliciter* all'evoluzione della coscienza sociale. A questa posizione teorica si muovono molteplici obiezioni accomunate, pur nella varietà di argomentazioni addotte, dalla enfattizzazione dei rischi associati al suo accoglimento: forzatura del testo costituzionale, incertezza del diritto,

⁹² Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988. In argomento P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015.

⁹³ M. SCUDIERO, *Conclusioni*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni* (atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005), Torino, Giappichelli, 2006, p. 988.

ulteriori limitazioni alla discrezionalità del legislatore ordinario, emersione di nuovi e corrispondenti doveri a carico dei consociati⁹⁴. Insomma, si paventa il rischio di assecondare acriticamente ogni pretesa di questa natura, favorendo così la celebrazione di veri e propri diritti insaziabili⁹⁵. Tutt'al più, il citato art. 2 potrebbe legittimare interpretazioni estensive degli enunciati costituzionali idonee a sfruttarne al massimo le potenzialità espressive⁹⁶.

Il riconoscimento di un nuovo diritto incide sul punto di equilibrio del sistema costituzionale. In questo spazio, la capacità concreta di una istanza di protezione dipende dall'interazione tra domanda e offerta. Una richiesta di questo tenore ha tante probabilità di successo quanto più forte è la coscienza sociale che la sorregge. Si badi bene: questa forza non dipende dal dato quantitativo. Invero, anche una esigua minoranza può alimentare il sentimento comune, quando la specifica sollecitazione ha una impellenza tale da persuadere le unità di decisione costituzionale che operano sul versante dell'offerta ad assecondare una simile esigenza. Questo è il punto: una richiesta di nuovo diritto può centrare il bersaglio se le istituzioni, alla luce dei loro concreti rapporti di forza in un determinato frangente storico, dimostrano apertura ed empatia in tal senso.

L'approccio teorico qui propugnato dimostra come non vi siano modelli interpretativi validi sempre e comunque. L'equilibrio è dinamico, e di volta in volta ci si deve interrogare sulle variabili che agiscono sulle due curve.

La Corte costituzionale non ha mai agito a prescindere dalla sollecitazione, più o meno avvertibile, proveniente dalla società. Nello spazio costituzionale la Corte ha intercettato questa domanda alimentata dall'energia della coscienza sociale, offrendo una risposta che ha determinato uno spostamento del punto di equilibrio, avendo però cura di non destabilizzare il sistema spingendolo oltre il limite superato il quale si finirebbe coll'assecondare qualsiasi anelito di libertà. Un'attività interpretativa né creativa, né meramente ricognitiva o dichiarativa, ma *dialettica* rispetto alla interazione tra domanda e offerta di costituzione⁹⁷.

L'apertura al dialogo da parte delle istituzioni riflette la percezione che le stesse hanno del *quantum* di libertà che si è disposti concretamente ad offrire, cioè a riconoscere e a garantire. L'ingresso di un nuovo diritto fondamentale deve essere misurato alla stregua della sua attitudine ad incidere sull'equilibrio del sistema. Tanto per fare qualche esempio, se si riconosce come fondamentale il diritto alla reputazione, ad esserne condizionata è la libertà di ma-

⁹⁴ Per una efficace sintesi v. E. ROSSI, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, pp. 46 s. V. altresì P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2022⁵, pp. 145 ss., cui si rinvia anche per una aggiornata rassegna giurisprudenziale.

⁹⁵ Come ha eccepito M.A. GLENDON, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, p. 79, «human rights Declarations run the risk of becoming bulletin boards where one or another interest group manages to post its new favorite right». Sulle origini di questa qualificazione v. A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 1996-1997, 70, pp. 417 ss.

⁹⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 ss.

⁹⁷ Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.

nifestazione del pensiero, con un incremento dei poteri anche sanzionatori attivabili per presidiare il primo⁹⁸. Lo stesso vale per il diritto alla riservatezza, che potrebbe avere ripercussioni su altre posizioni giuridiche soggettive altrettanto fondamentali⁹⁹.

II) La riflessione appena sviluppata ci riporta al tema più ampio delle specificità o meno dell'interpretazione costituzionale¹⁰⁰.

Secondo gli originalisti l'interpretazione costituzionale non può mai prescindere dalla regola imperativa secondo cui «a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico»¹⁰¹. All'opposto, per i critici dell'originalismo l'interprete della Costituzione non può mai prescindere dalle trasformazioni sociali che, in misura più o meno tangibile, incidono sulla vitalità effettiva del sistema costituzionale¹⁰².

Ebbene, entrambe queste antitetiche asserzioni sono revocabili in dubbio proprio alla luce del modello teorico qui difeso.

Quando s'ipotizza una opzione ermeneutica idonea ad arricchire l'orizzonte sostanziale di una disposizione, sullo sfondo si affaccia una sollecitazione (domanda) rivolta a chi è in grado istituzionalmente di rispondere (offerta). Se gli originalisti tendenzialmente negano l'accesso a tali trasformazioni nell'attività interpretativa, coloro che abbracciano un diverso punto di vista forse rischiano di avallare aperture sin troppo ampie¹⁰³. Calando questo ragionamento nel presente modello teorico, si può notare come di fronte ad una sollecitazione di interpretazione evolutiva del dettato costituzionale l'originalismo tenda a valorizzare la dimensione del potere, muovendosi così lungo la curva dell'offerta, laddove i non originalisti mirano a enfatizzare la dimensione della libertà, collocandosi in tal modo sul versante della domanda. In entrambi i casi le relative curve sono sottoposte ad uno stress che rischia di compromettere l'equilibrio del sistema: dunque, una eccedenza di energia che espone lo spazio costituzionale ad una "perturbazione" fuori controllo.

Un'apertura discreta alla coscienza sociale può essere legittima se accompagnata da una equivalente spinta dell'offerta. L'approccio originalista chiude ogni dialogo con le unità di decisione costituzionale che operano sul versante della domanda. L'atteggiamento opposto spinge la domanda di costituzione ben oltre la capacità concreta delle istituzioni di assecondarne le sollecitazioni, a tal punto che queste ultime finiscono col ratificare il cambiamento

⁹⁸ Cfr. la sentenza n. 150 del 2021.

⁹⁹ Così sin dalla sentenza n. 38 del 1973. V., quindi, la sentenza n. 467 del 1991. In particolare, la sentenza n. 238 del 1996 ha riconosciuto che la dignità umana è «comprensiva del diritto alla riservatezza».

¹⁰⁰ Si pensi in particolare ai diversi punti di vista di R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 270 ss., e di G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 19 ss.

¹⁰¹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364.

¹⁰² Giova ricordare come *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), ha riaperto la *vexata quaestio* sull'interpretazione costituzionale, serrando i ranghi delle rispettive fazioni, gli originalisti e i progressisti. Alla lettera di Corrado Caruso, pubblicata nel sito dell'Associazione dei Costituzionalisti, hanno fatto seguito le riflessioni di L.P. Vanoni, N. Zanon, Q. Camerlengo, O. Chessa, M. D'Amico, G. Razzano, F. Pedrini, C. Valentini e C. Bologna: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>.

¹⁰³ Sulla nozione di originalismo si rinvia a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364.

sociale senza immettere, in questo confronto dialettico, alcun elemento critico. Nello spazio costituzionale una interpretazione ragionevolmente evolutiva deve soddisfare la condizione di equilibrio data da una interazione simmetrica tra domanda e offerta.

Si pensi anche alla controversa interpretazione “per valori”. Questa potrebbe essere rivisitata riconducendola nell’alveo di quelle concezioni ideali di matrice sociale che alimentano la domanda di costituzione¹⁰⁴. Tali valori sono, così, legittimati ad influenzare i percorsi esecutivi intrapresi nello spazio costituzionale se e nella misura in cui siano davvero espressivi di un sentimento comune così diffuso e consolidato da sollecitare oggettivamente le unità di decisione che operano sul piano dell’offerta ad intercettare questa domanda, senza preclusioni pregiudiziali, senza arroccamenti su miopi posizioni di potere. E la ricerca dell’equilibrio impegna responsabilmente gli interpreti qualificati del sistema costituzionale, chiamati ad ascoltare la domanda di costituzione senza anteporre artificiose e autoreferenziali soluzioni ermeneutiche¹⁰⁵.

III) Sul bilanciamento tra diritti fondamentali si discute da tempo¹⁰⁶.

È diffuso il convincimento che tale tecnica mira a raggiungere un punto di equilibrio¹⁰⁷. A questo proposito giustamente Roberto Bin nota come la Costituzione, attesa la propria struttura pluralista, non abbia fissato il «punto di equilibrio» tra i diritti da bilanciare¹⁰⁸. Non essendovi una soluzione univoca al riguardo, la ricerca di questo punto di equilibrio spetterebbe al legislatore politico, nei termini e con i limiti (innanzitutto quello di “tolleranza”) appena tratteggiati. Osserva Giorgio Pino che «l’espressione metaforica del “bilanciamento” o “ponderazione” evoca due idee distinte, entrambe presenti nella tecnica del bilanciamento giudiziale dei diritti: per un verso, l’idea di assegnare un peso a qualcosa, e per altro verso l’idea di mettere in equilibrio, di contemperare qualcosa con qualcos’altro»¹⁰⁹.

Dal canto suo, però, Riccardo Guastini ha sostenuto che all’esito dell’operazione di bilanciamento uno dei due diritti verrà sacrificato in favore dell’altro: altro che punto di equilibrio¹¹⁰.

La posizione da ultimo rievocata pecca, forse, di eccessivo rigore geometrico, sol che si pensi che un diritto fondamentale è una entità così complessa da suggerire un approccio meno euclideo, nel senso che un presunto sacrificio non è detto che faccia venir meno per intero l’ampio fascio di facoltà, pretese, garanzie che innervano quel diritto.

¹⁰⁴ In argomento, tra i tanti, G. BONGIOVANNI, *Dalla “dottrina della costituzione” alla “teoria dei valori”: la ricerca di un difficile equilibrio*, in *Dem. dir.*, 1997, pp. 73 ss.; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 231 ss.; A. LONGO, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, pp. 112 ss.

¹⁰⁵ Da ultimo M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2023, che invita ad una «equilibrata relazionalità» il giudice delle leggi e le altre istituzioni repubblicane.

¹⁰⁶ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2007, pp. 45 ss.

¹⁰⁷ Così, ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 11 ss.

¹⁰⁸ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 52.

¹⁰⁹ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, pp. 252.

¹¹⁰ R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 219.

Proprio per non trascurare questa complessità, il modello qui proposto suggerisce di cercare il punto di equilibrio in una prospettiva che valorizzi la *percezione* che le unità di decisione costituzionale hanno dei diritti in competizione nello spazio costituzionale, sia in una logica di soddisfacimento di bisogni primari calati nella loro concreta realtà sociale (domanda), sia in un'ottica istituzionale legata alle dinamiche del potere (offerta). Qualcosa di non troppo distante, quindi, dall'equilibrio riflessivo teorizzato da John Rawls: «è un equilibrio perché, alla fine, i nostri principi coincidono con i nostri giudizi; è riflessivo poiché sappiamo a quali principi si conformano i nostri giudizi, e conosciamo le premesse della loro derivazione»¹¹¹. La ricerca del bilanciamento viene così spostata dalla visuale astratta del confronto tra entità propriamente giuridiche, alla prospettiva concreta della interazione tra le aspettative sociali di tutela di determinate libertà (superiori rispetto a quelle vantate nei confronti di altre) e le aspettative istituzionali di dimensionamento del potere associate all'esito di quel bilanciamento.

Il bilanciamento riflette una tensione endogena della curva di domanda, visto che vi è una contraddizione tra distinte e divergenti istanze di protezione. Come incide questa antinomia sulla curva dell'offerta di costituzione? Prevale, senza inibire o soffocare drasticamente, la sollecitazione *di fatto* più “forte”, vale a dire quella che si rivela dotata di una maggiore capacità di penetrare nello spazio costituzionale quale elemento di ridefinizione dell'equilibrio: ciò perché, concretamente, esprime una più spiccata energia persuasiva nei confronti delle istituzioni deputate al bilanciamento (il legislatore in prima battuta; l'organo di giustizia costituzionale in caso di dissidio). E – ripeto – non è una questione quantitativa perché un sistema costituzionale, autenticamente proteso a presidiare le libertà, in un assetto pluralistico non può non dar voce alle minoranze.

9. Riflessione finale.

Certamente, un algoritmo per rendere ancor più tangibile l'impatto concreto di questo modello teorico sarebbe stato utile: una equazione come quella formulata da Einstein per descrivere la relazione tra l'energia e la massa di un sistema fisico.

Tuttavia, i fattori che si combinano in questo modello, che rimane pur sempre uno schema calato nel terreno solcato dalle categorie giuridiche, sono tali da ostacolare la ricerca e la costruzione di una formula in grado di esprimere “matematicamente” questa condizione di equilibrio. Diversamente dal prezzo e dalla quantità di un bene, potere e libertà (almeno in attesa degli sviluppi dell'intelligenza artificiale) restano grandezze non misurabili e non raffigurabili numericamente.

Nello spazio costituzionale l'energia che muove domanda e offerta di costituzione può essere intercettata anche attingendo all'armamentario proprio del diritto. La partecipazione e la pubblicità dei processi di decisione politica, grazie anche allo sviluppo delle tecnologie, sono fattori idonei a rendere tangibili la consistenza e i movimenti delle due curve qui teorizzate. Le

¹¹¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2019, pp. 40 s.

recenti riforme del giudizio di legittimità costituzionale possono aver dischiuso l'accesso a variabili capaci di condizionare la percezione che la Corte può avere delle trasformazioni sociali in atto: il "fatto" che penetra in questo spazio, grazie al ruolo svolto dagli *amici curiae* e in virtù di un rafforzamento dei poteri istruttori, può in concreto rappresentare il peso assunto dalla domanda di costituzione, sollecitando una inedita attenzione dell'organo giudicante verso dinamiche dalle quali non si può prescindere in questi giudizi.

La diuturna interazione dialettica tra domanda e offerta di costituzione insegna che il sistema costituzionale è sempre alla ricerca di un equilibrio tra forze che spesso si contrappongono producendo effetti destabilizzanti. La concreta capacità di tutte le unità di decisione costituzionale coinvolte in questo spazio di dialogare riconoscendo le rispettive istanze e sollecitazioni è la condizione indefettibile affinché il sistema stesso non collassi lasciando il vuoto. La preservazione dell'equilibrio del sistema, sia pure in un assetto dinamico, è compito di tutti coloro che agiscono in questo spazio, siano essi attori istituzionali o consociati e formazioni sociali. L'osservatore scientifico di queste dinamiche è chiamato a dare il proprio contributo offrendo punti di vista anche inediti, che senza forzare i consolidati modelli esplicativi, siano in grado di illuminare la straordinaria complessità dei fenomeni studiati.