



L'ELASTICITÀ DELLE COSTITUZIONI RIGIDE *

di Giuliano Amato **

SOMMARIO: 1. Un ossimoro apparente. — 2. Le ragioni interne dell'elasticità. — 3. I limiti esterni all'elasticità.

1. Un ossimoro apparente

Parlare della “elasticità delle costituzioni rigide” significa cimentarsi con quello che all'apparenza è un ossimoro. Eppure, è proprio su di esso che si misurano i temi prioritari di questo stesso incontro di studio, dalla messa a fuoco dei principi supremi al rapporto sempre rinnovantesi fra legislatori ed organi di giurisdizione costituzionale nell'interpretazione della Costituzione.

Di elasticità – e con significati in parte diversi da quello su cui porrò io l'accento in questa sede – si parlava ovviamente di più a proposito dello Statuto albertino. È celebre lo scritto di Luigi Rossi sulla elasticità delle norme statutarie ¹. Ma quando Augusto Barbera nel suo ultimo lavoro per l'Enciclopedia del Diritto sulla Costituzione italiana parla di un testo con “virtualità multiple” ², e quando un altro “giovane” costituzionalista come Cesare Pinelli parla di Diritto costituzionale come “diritto per principi” ³, in realtà aprono esattamente al mio tema.

Un tema che — considerato “in campo lungo” — porta a constatare che una medesima costituzione è interpretata oggi in modo da far risultare “legittimo” ciò che in precedenza era stato ritenuto “illegittimo”, ovvero, all'opposto, in modo da far risultare “illegittimo” oggi ciò che era stato ritenuto “legittimo” prima.

* Relazione al Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015. Gli Atti completi, contenenti tutti gli interventi presentati al Convegno, saranno pubblicati all'interno della Collana “Quaderni di Nomos” per i tipi della casa editrice Giuffrè.

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma “La Sapienza”. Giudice della Corte Costituzionale.

¹ V. L. Rossi, *La “elasticità” dello Statuto italiano*, in *Studi in onore di Santi Romano*, 1, Padova, Cedam, 1940, pp. 70 ss.

² V. A. Barbera, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 263-358, spec. p. 264 e pp. 354 ss.

³ Ex multis: C. Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel Diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; Id., *La Costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell' Età Repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; Id., *Diritto e Storia costituzionale*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 1/2001, pp. 17-19.

Come è possibile che questo accada in assenza di revisione ⁴ ? Gli esempi, per quanto riguarda la nostra Costituzione, li troviamo sia sul fronte delle libertà e dei diritti e doveri dei cittadini, sia su quello dell'organizzazione costituzionale.

L'esempio più noto di legittimo che diventa illegittimo nella nostra storia costituzionale è quello del reato di adulterio (soltanto) femminile. Quando se ne era occupata nel 1961, la Corte Costituzionale aveva ritenuto legittima la disparità di trattamento fra i coniugi (il marito era punito solo per concubinato con pubblico scandalo), in quanto l'adulterio pur occasionale della moglie feriva l'unità familiare e la stessa famiglia più di quanto non facesse quello del marito (Sent. n. 64 del 23-28 novembre 1961). Sette anni dopo, preso anche atto – così essa scrisse – dei mutamenti intervenuti nel contesto storico-sociale italiano, la Corte ritenne che era proprio la discriminazione a ferire l'unità familiare e dichiarò illegittima la punizione dell'adulterio femminile, di cui ai commi primo e secondo dell'art. 559 del codice penale (Sent. n. 126 del 16-19 dicembre 1968).

Uscendo momentaneamente dal nostro orizzonte interno, merita ricordare a questo punto il caso forse più clamoroso di *revirement* giurisprudenziale in una chiave simile, che è quello della Corte Suprema statunitense in tema di matrimonio omosessuale, intervenuto il 26 giugno 2015 (Sentenza Obergefell v. Hodges). In tale occasione la Corte ha dichiarato illegittime le leggi dei singoli Stati membri che non riconoscevano tale matrimonio, ritenendole contrarie al principio di eguaglianza federale. Per la prima volta, perciò, il diritto di sposarsi diventava diritto federale ed era, per Costituzione, eguale per tutti.

Ritorno al nostro ordinamento e ricordo una decisione della nostra Corte – stesa dall'allora giudice Enzo Cheli, relatore in questo nostro incontro – in materia organizzativa. È la sentenza che dichiarò illegittima la reiterazione dei decreti-legge, corrispondente ad una prassi costituzionale in precedenza pacifica ed ora ritenuta contraria all'art. 77 della Costituzione ⁵. Più di recente la Corte ha anche ricavato da tale articolo che nel convertire un decreto legge il Parlamento esercita un potere legislativo a contenuti limitati, diverso da quello più ampio di cui dispone quando discute e delibera disegni di legge ⁶.

2. Le ragioni interne dell'elasticità

Come spieghiamo una così vistosa elasticità delle disposizioni costituzionali? La spiegazione “principe” è quella della “zona grigia” ricordata da Fulco Lanchester, e cioè del Diritto Costituzionale come una zona di confine fra diritto e politica ⁷. Che tale sia il Diritto

⁴ Ex multis: F. Modugno, *Revisione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese (a cura di), V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5184 ss.; Id., *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 615-629; A. Zei, *Riscrivere la Costituzione: riflessioni sui limiti alla revisione costituzionale in Austria in margine al mandato assegnato alla Convenzione costituzionale*, in “Nomos”, n. 2/2003, pp. 129-168.

⁵ V. Sent. n. 360 del 17-24 ottobre 1996, argomento esposto ai punti IV e V delle considerazioni in diritto. A riguardo si v. inoltre la Sent. n. 29 del 12-27 gennaio 1995.

⁶ V. Sent. n. 22 del 16-22 febbraio 2012

⁷ V. F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuristi nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.152.

Costituzionale lo pensava ancora negli anni '70 uno dei nostri maestri più insigni, Massimo Severo Giannini, che ne scriveva come di una disciplina di “incerta” definizione ⁸.

Non so se l'essere sul confine fra diritto e politica renda davvero incerta la definizione della nostra disciplina. Certo si è che essa ha a che fare con il potere politico e non c'è dubbio che neppure la rigidità della Costituzione può evitare che il potere stesso sia una sorta di anguilla, che si muove nella vasca disegnata dalle disposizioni costituzionali. Che di questo si tratti l'ha spiegato proprio Dieter Grimm in una sua voce sul rapporto tra Politica e Diritto che scrisse anni fa per l'Enciclopedia delle Scienze sociali della Treccani ⁹. In essa racconta tutta la vicenda storica del rapporto tra politica e diritto e qui la sintetizzo:

a) prima, quando l'affrancamento dello Stato dalla legittimazione superiore non si era ancora compiuto, la politica asseriva d'essere subordinata al diritto, e il diritto – scrive Grimm – «non era oggetto di decisione, ma di conoscenza» ¹⁰. Non essendo perciò il Diritto una produzione degli organi politici – i quali avevano il compito di tutelarlo, non di crearlo – ogni “riforma” rappresentava in realtà l'accertamento del diritto “come era”, e risaliva perciò ad una normativa pre-esistente;

b) dopo, con l'auto-legittimazione dello Stato e la scoperta della sovranità – il “superiorem non recognoscens” che si manifesta non soltanto nei rapporti esterni, ma anche nella produzione normativa – il potere politico è svincolato e viene a porsi al di sopra del diritto. Perché ne è la fonte originaria;

c) saranno le rivoluzioni di fine Settecento a trasformarlo in anguilla. Esse lo vogliono vincolare, non vogliono più che “quod principi placuit” abbia vigore di legge. Ma quando del potere si saranno impadroniti i promotori e i figli delle rivoluzioni, vorranno anche mantenergli una sua sfera di libertà.

Questo “dilemma” diventa la Costituzione; è la Costituzione che stabilisce i vincoli, ma la Costituzione non può fare a meno di prendere atto - e lo scrivemmo tutti nei nostri libri - che il potere politico anche con la Costituzione rigida è libero nel fine. Che è l'anguilla che conserva le sue caratteristiche originarie.

Questo genera tutta una vicenda che noi cerchiamo di confinare nello spazio dell'organizzazione costituzionale e in particolare nella sfera di insindacabile autonomia degli organi costituzionali e dei loro *interna corporis*. Ma dove quella sfera arrivi è sempre più un problema; come problema è la libertà dei fini che il legislatore può perseguire e i vincoli che sugli stessi fini e sui modi incontra nella Costituzione.

Il che ci porta sull'altro versante, quello delle libertà, dei diritti, delle garanzie costituzionali per i cittadini, dove è frequente il ricorso della Costituzione ai concetti indeterminati; e dove

⁸ Così nel suo “*Diritto pubblico dell'Economia*”, pubblicato nel 1977 da Il Mulino, dove riprendeva una sua vecchia tesi: “*Senonché non sempre per un ramo del diritto è sorta e può sorgere un'apposita disciplina, una 'scienza del diritto'. Talvolta ciò avviene per ragioni d'imperfezione dottrinale, o in quanto l'elaborazione scientifica non riesce a porre in luce i profili giuridici di istituti della vita associata, com'è il caso del diritto costituzionale*» M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quad. fior.*, 2, 1973, p. 182; si v. inoltre Id., *Postilla 73*, ivi, p. 273.

⁹ D. Grimm, voce *Diritto e politica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1993, pp. 113-119.

¹⁰ *Idem*, p. 113.

c'è qualcosa che io ho imparato da un grande economista, Ronald Coase (1910-2013 — autore che i giuristi dell'“anti-trust” hanno modo di frequentare più di altri — il quale nel suo celebre scritto del 1960 sul problema dei costi sociali delle transazioni ¹¹ sottolinea la naturale incompletezza dei diritti, così come risultano definiti dalle leggi e ancor più dalle Costituzioni; con la conseguenza che è solo nella concretezza del loro confronto con diritti e interessi contrapposti che si definisce il loro stesso confine. Se così non fosse, sarebbero impensabili gli “usi rivali” e confliggenti dei medesimi diritti; perché — come nell'esempio descritto da Coase del “farmer” e del “cattle-raiser” [Ibidem, pp. 2 ss.] — ciascuno potrebbe arrivare al suo “confine” senza toccare l'altro; ma invece non è così.

Ed ecco allora il problema: il rapporto tra elasticità, rigidità, confini dell'interpretazione e spazio della revisione, è un rapporto che si gioca su questi terreni; ed è un rapporto in cui si trovano gli uni davanti agli altri i Parlamenti e gli organi di giurisdizione costituzionale, che affrontano, ciascuno a suo modo, le stesse domande.

C'è un istituto che — per la verità — in altri paesi ha cessato di esistere, ma che in Italia ancora c'è: l'autodichia. È legittimo che ci sia l'autodichia? E ammesso che essa sia legittima, fino a qual punto può arrivare? Fino a quale punto la Costituzione la consente e da qual punto in là la considera indebitamente limitativa dei diritti dei singoli e dello spazio non eludibile della funzione giudiziaria?

Problema quasi identico è quello dell'immunità parlamentare. Fin dove arriva nel coprire le opinioni e i voti espressi da un parlamentare? Da qual punto in là rimette, se non i voti, almeno le opinioni al sindacato giudiziario?

E spostandoci al terreno del processo politico legislativo, sul quale già è diventata illegittima la reiterazione dei decreti-legge, è prevedibile che lo stesso problema sia posto per i maxi-emendamenti senza e, ancor più, con fiducia? Con quali possibili esiti e su quali binari rintracciati nella Costituzione e ritenuti non valicabili neppure dall'anguilla?

3. I limiti esterni all'elasticità

L'elasticità negli esempi sin qui fatti è quella delle pareti che proteggono l'autonomia interna del potere politico. Diversamente si pone il problema quando in gioco ci sono le libertà e i diritti del cittadino e l'elasticità della Costituzione (misurata dalla Corte Costituzionale) viene messa alla prova dai bilanciamenti operati dal legislatore. Può il legislatore vietare il matrimonio omosessuale? Può punire il solo adulterio femminile? Può preservare i diritti della madre anonima sino al punto di ignorare totalmente i diritti all'identità e alla salute di suo figlio? (Paolo Grossi ha scritto la più recente sentenza della nostra Corte sul tema: Sent. n. 278 del 22-27 settembre 2013).

Sono queste le domande che più mi sento dentro da quando sono alla Corte, perché io alla Corte sono arrivato venendo proprio dalla politica. E sono tutte domande che conducono alla ricerca dei criteri che si debbono usare per misurare l'elasticità della Costituzione,

¹¹ V. R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *J. Law & Econ.*, 3, 1960, pp. 1-44.

rispettando da un lato la sua rigidità, dall'altro quella che viene definita la discrezionalità del legislatore (cioè dell'anguilla).

Il primo strumento di cui disponiamo ce lo insegnò Vezio Crisafulli quando divenne giudice costituzionale: le “rime obbligate” riguardo alle decisioni della Corte adottate con sentenze cosiddette manipolative¹². Data una questione risolta nel modo “B” dal legislatore, emerge nitidamente che la Costituzione offre un modo — e un modo solo — di risolverla, che è il modo “A”. Ecco le rime obbligate e qui, senza tema di errori o di invasioni di campo, possiamo dire al potere politico: hai sbagliato!

Il caso classico — da tutti conosciuto — è quello del vecchio codice di procedura penale, secondo il quale il giudice istruttore poteva compiere atti istruttori senza la presenza del difensore [ex-art. 299 del cd. “Codice Rocco”, novellato dal Codice procedura penale approvato con D.P.R. n. 447 del 22 settembre 1988, e successive modifiche]. Di fronte c'era l'articolo 24 della Costituzione che “a rime obbligate” imponeva invece la presenza del difensore in ogni stadio e grado del procedimento e comportava perciò la obbligatoria integrazione con tale presenza di ogni disposizione ordinaria che consentisse atti istruttori senza prevederla.

Ulteriore strumento è la “manifesta irragionevolezza” della soluzione legislativa, che, in quanto tale, la rende semplicemente sbagliata e la sottrae alla altrimenti possibile adozione via revisione costituzionale (una via d'uscita — lo ricordo tra parentesi — sempre implicata dalle decisioni del Consiglio costituzionale francese, nell'esercizio del suo controllo preventivo sulle leggi).

Il “vero” problema sorge quando la decisione della Corte scaturisce da un bilanciamento diverso da quello insito nella legge impugnata, senza che vi siano rime obbligate e senza che il bilanciamento parlamentare sia imputabile di manifesta irragionevolezza. Ed è il caso forse più frequente.

Fino a qual punto si può arrivare nell'ammettere legislativamente la fecondazione eterologa? E fino a qual punto può arrivare la Corte nell'ammetterla, ove l'abbia vietata il legislatore? Recentemente è questo ciò che ha fatto la Corte, decidendo che la coppia infertile o sterile, per la quale il legislatore ha previsto la fecondazione omologa, non può essere privata della possibilità di avvalersi dell'eterologa, se questa è l'unico modo di realizzare la propria genitorialità [Sent. n. 164 del 10-18 giugno 2014]. Secondo la Corte, dunque, il bilanciamento realizzato dal legislatore, sfavorevole ad aprire quello che può diventare un vero mercato e per questa ragione totalmente contrario alla fecondazione eterologa, è troppo restrittivo e sacrifica il diritto alla genitorialità delle stesse coppie coperte dalle letture più prudenti e conservatrici dell'art. 29 della Costituzione. Dalla stessa Costituzione la Corte ritiene dunque di trarre un bilanciamento diverso.

Di sicuro un bilanciamento diverso da quello già adottato dal legislatore ha una forza particolarmente robusta, quando la Corte lo fa derivare da un “principio supremo” della Costituzione. Il che è accaduto in modo indiscusso con riferimento al principio di laicità dello Stato (Sent. 11-12 dicembre 1989, n. 203) o al diritto di difesa in giudizio (Sent. 22

¹² Si v. L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1983. Conferenza stampa del 26 gennaio 1984 del Presidente Leopoldo Elia*, pubblicazione disponibile on-line su: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_499.do.

ottobre 2014 n. 238). Ed indiscussa è anche l'affermazione della Corte secondo cui ai principi supremi sono subordinate le stesse leggi di revisione (Sent. 15-29 dicembre 1988, n. 1146). Ma quali, fra i tanti principi rintracciabili nella Costituzione, possano essere affiancati ai pochi sicuramente supremi è una domanda che non ha una risposta univoca. In Germania dottrina e giurisprudenza hanno dato fondamento a una gerarchizzazione di principi e valori costituzionali, che da noi non è invece intervenuta. È anche questa perciò materia di interpretazione, un'interpretazione soggetta al cambiamento dei tempi, alle mutevoli questioni poste dalla casistica, alle interazioni fra la nostra giurisprudenza e quella delle Corti sovranazionali, dalla quale siamo in vario modo vincolati. È appena il caso di ricordare che gli stessi contro-limiti li identifichiamo in principi che non possono non essere, proprio in quanto contro-limiti, supremi.

Insomma, il confine fra sindacato di costituzionalità e discrezionalità legislativa, nonché quello fra innovazioni consentite dall'elasticità della Costituzione e innovazioni realizzabili soltanto con leggi di revisione sono senz'ombra di dubbio una implicazione certa ed essenziale della rigidità. La loro messa a fuoco, però, ha molto spesso una problematicità che mette in gioco la professionalità, la responsabilità, il senso della misura di chi, in primis, ha il compito di provvedervi, vale a dire gli organi di giurisdizione costituzionale.

Conforta, nell'affrontare un compito tanto impegnativo, la serena fermezza con la quale ne scriveva proprio Mortati, affermando esplicitamente che la funzione della Corte non può incontrare ostacoli nel grado di innovazione introdotto dalla sua decisione, quando questa riposa su una accertata violazione della Costituzione. Con una limpidezza che ricorda quella del Chief Justice John Marshall in *Marbury v. Madison* (5 US 131, 1803), così concludeva il suo saggio “ *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*”¹³: “Il potere giurisdizionale non sconfinava dalla competenza sua propria, né si sostituisce al legislatore se fa applicazione del diritto vigente ai casi concreti secondo l'ordine gerarchico delle fonti, dando quindi preferenza alla Costituzione rispetto alla legge, tutte le volte che la prima, interpretata in armonia con l'intero sistema normativo, appare idonea ad orientare la decisione. E questa non assume carattere politico più di quello inerente ad ogni specie di attuazione del diritto”.

È ciò che dovremmo riuscire a fare, essendo sempre certi di non sconfinare.

¹³ V. C. Mortati, “ *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè 1972, vol. III, p. 923 e ss.