



GIULIANO AMATO\*

## DALLE RIME “OBBLIGATE” ALLE RIME “POSSIBILI”\*\*

Grazie ai partecipanti e grazie più che a tutti a Fulco. Non è soltanto una banca dati, competitiva – come ho detto in passato - con le banche dati dell’Intelligenza artificiale. È una banca dati vivente, nel senso che, avvalendosi dei dati che la sua mente formidabile raccoglie, organizza eventi come questo, nei quali permette al passato e al presente delle nostre discipline di fondersi e confondersi. Senza di lui, oggi non saremmo qua.

Io devo svolgere solo un’introduzione e in essa non posso non partire dalla candidatura di Mortati alla Camera, dopo la Costituente, candidatura che la DC presentò, ma non sostenne, portando così alla sua bocciatura. Fu per lui una delusione cocente, come dimostra la corrispondenza seguita all’evento; eppure, per noi cultori del diritto costituzionale, fu un fondamentale passaggio positivo, che ci restituì il professore a tutto tondo e di sicuro facilitò la sua ricca produzione saggistica di interpretazione della Costituzione e l’avvio di quello che sarà il suo prodigioso manuale, rinnovatosi negli anni in successive edizioni, che andavano esaurite nell’anno stesso di pubblicazione. E se posso soffermarmi un attimo di questo, fatemi sottolineare una caratteristica basilare per cui quello di Mortati era ed è rimasto un manuale d’eccezione. I manuali hanno in genere una caratteristica: approfondiscono ciò che l’autore ha studiato di più e passano con delicata superficialità sul resto, che costituisce necessariamente parte di un manuale, ma che l’autore sa più o meno come i suoi lettori. Il mitico Amato-Barbera nacque su questa premessa, fu un manuale collettaneo dove ogni capitolo era scritto da uno specialista della relativa sub-materia. Ebbene, nel caso di Mortati non fu così, nel suo manuale si trovava tutto e tutto era trattato con gli adeguati approfondimenti. Questo lo si deve a lui, lo si deve a chi ha lavorato con lui. È stato ricordato giustamente Sergio Fois all’inizio; ma poi ci fu Vittoriana Carusi, una vera istituzione della Repubblica. Straordinario ciò che fece al fianco di Mortati, al fianco dello studioso e al fianco del giudice costituzionale, contribuendo a migliorare le

\* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato, Sapienza Università di Roma e Presidente emerito della Corte costituzionale della Repubblica italiana.

\*\* Relazione al Convegno *Mortati nella scienza costituzionalistica italiana ed europea*, prima giornata delle *Celebrazioni per il 40° anniversario della scomparsa di Costantino Mortati (1891-1985)*, promosse sotto l’Alto patronato del Presidente della Repubblica, 15 ottobre 2025, Sapienza - Università di Roma.

infrastrutture conoscitive sia del manuale, sia della Corte, dopo. Ricordando Mortati non si può non ricordare anche lei, che con lui viveva in una perfetta sintonia, percependo le questioni a cui lui via via si appassionava e mettendogliele in cottura per l'edizione successiva del manuale. Io ricordo di quei primi anni due questioni che con lui vivemmo assieme. Premetto che il mio rapporto con Mortati nacque nel 1964, quando diventai assistente in questa Facoltà e lui era già alla Corte, da quattro anni. Ma c'era Mario Galizia che era un ponte tra me, perché avevamo un'amicizia personale, la Facoltà, e Mortati. E fu attraverso di lui che io legai con Mortati, il che ci portò – io ero giovane, ero ragazzino – a condurre un paio di battaglie insieme, entrambe perdute.

La prima fu quella sulla *dissenting opinion*. Vi ricordate? C'è un volumetto a cura proprio di Mortati del 1964 che la promuove. Io, fresco di America, ero allora convintissimo che ci volesse (convinzione della quale più tardi sono stato assai meno convinto, vedendo nella *dissenting opinion* più il palcoscenico del giudice con la tentazione della prima donna che non uno strumento utile a favorire la dinamica delle opinioni all'interno della Corte, perché, secondo me, finisce per irrigidirle). Fatto sta che facemmo questo volumetto insieme e avemmo la risposta che si dava a quel tempo: che una Istituzione che si stava affermando e che era un'Istituzione non politica, dalla presenza della *dissenting opinion* avrebbe avuto una perdita di prestigio, di autorevolezza. Che è quel tipo di motivazione che uno non ama, come se il dissenso in quanto tale faccia male alla democrazia. Insomma, anche se riferita alle istituzioni non politiche, c'era qualcosa di precostituzionale in questo tipo di risposta, ma questa risposta avemmo.

L'altra fu relativa alle norme primarie contenute in atti formalmente non legislativi dell'ordinamento pre-costituzionale. Io avevo scritto il mio primo libro su norme primarie e secondarie, e avevo messo in evidenza la difficoltà che spesso si ha a distinguere sul piano processuale e formale gli atti destinati a contenere norme primarie e quelli destinati a contenere norme secondarie. Non c'è dubbio che il Regio decreto di cui ancora abbondava la legislazione italiana degli anni Sessanta era una fonte delle une e delle altre. Con Mortati puntammo l'occhio sul regolamento carcerario, nel quale c'erano norme primarie. Non avevamo il minimo dubbio che ci fossero norme primarie e quindi sostenemmo che almeno per il lavoro della Corte costituzionale sulle normative anteriori alla Costituzione, il profilo formale dovesse cedere al profilo sostanziale e quindi consentire la declaratoria di illegittimità di norme primarie incostituzionali, come quelle che ravvisavamo nel regolamento carcerario. Perdemmo anche questa, perché la Corte della quale lui ormai faceva parte, sostenne che i criteri formali, relativi dunque non al contenuto, ma all'atto erano irrinunciabili e quindi qualsiasi questione sul regolamento carcerario era inammissibile. Ma la questione non sparì per questo, trovò spazio nel manuale, testimonianza permanente di tutto ciò che veniva accadendo, di rilievo, nella nostra disciplina. E questa è la prima delle tre cose che mi ripromettevo in questa sede di ricordare di lui.

La seconda e la terza riguardano la Costituzione. Qui dobbiamo risalire al Mortati della Costituente e al ruolo che qui giocò nel far capire ai suoi stessi colleghi la differenza fra la

Costituzione cornice della ristretta democrazia liberale e la Costituzione programma della democrazia dei più, la democrazia del XX secolo. La prima stabiliva principi che lasciava alla legge svolgere, dava perciò legittimità a voci, che nella costituzione, nello statuto, non avevano un vincolo. Diversa la Costituzione dei molti, che parla di ostacoli all'eguaglianza da rimuovere, che riconosce ma anche promuove diritti, che si attua insomma nel tempo. Ma se questa Costituzione è programmatica, è normativa? Come minimo Kelsen viene utilizzato per sostenere che non lo è; e ricordatevi il conflitto che ci fu tra Mortati e Calamandrei su questo. E meno male che vinse Mortati, altrimenti avrebbe avuto ragione la Cassazione degli anni Cinquanta, secondo la quale le norme programmatiche della Costituzione non erano in realtà norme immediatamente applicabili. C'è un famoso ordine del giorno di Calamandrei e altri, in cui Calamandrei chiede che proprio le norme sui diritti vengano trasferite in un Preambolo. Ora, chi vuol bene a Calamandrei – e io sono tra questi – tende a dire che la ragione per cui lui voleva il Preambolo era quella di dare ai principi fondanti della Costituzione, che erano poi quelli attinenti ai diritti, una sorta di valore superiore rispetto alla Costituzione, così come fu per la dichiarazione dei diritti post-rivoluzionaria francese, che non a caso non fa parte delle Costituzioni post-rivoluzionarie, ma viene evocata nel Preambolo delle medesime. A Mortati questo non piace, dice: ma se le mettiamo nel preambolo perdono forza, non sono più norme costituzionali. Mentre – questo il suo argomento – non era in alcun modo contrario al significato che la norma deve avere il fatto che fosse proiettata verso il futuro; che imponesse un *fare* e non soltanto un *non fare* delle cose che sono vietate, insomma, un fare delle cose che vanno costruite. L'ordine del giorno fortunatamente non fu votato e alla fine l'Assemblea confortò l'opinione di Mortati. Questa è stata a mio avviso una battaglia decisiva per consentire poi tutto quello che è accaduto, a partire dalla sentenza n. 1 del 1956 della Corte che affermò fondamentalmente due cose. Primo, che nei confronti della legislazione pre-costituzionale prevale la illegittimità sull'abrogazione e quindi c'è la giurisdizione unica della Corte che dice “sì” o “no” ed evita le possibili contraddizioni delle disapplicazioni dall'uno o dall'altro per accertata abrogazione; e la seconda fa valere l'articolo 13 Cost., e dichiara illegittimo nella sua quasi totale interezza all'articolo 113 del testo unico di Pubblica sicurezza perché contrasta con una norma sui diritti. È bello che, oltre allo stesso Mortati, ci fosse anche Calamandrei a sostenere questa tesi. C'è in questo un importante significato, c'è il ruolo cruciale che ha avuto Mortati nell'imporre un significato di Costituzione a cui noi non eravamo abituati. In effetti, non dimentichiamoci che la nostra stessa categoria, per sopravvivere negli anni Trenta, si era molto rifugiata nel formalismo giuridico che non la aiutava certo a sintonizzarsi con ciò che pure si cominciò a fare e che si ritenne necessario fare nella nuova Italia repubblicana. E questo mi porta al terzo e ultimo punto che volevo qui mettere in evidenza, quello riguardante la Costituzione in senso materiale.

Anche qui, come per Calamandrei e il Preambolo, non dobbiamo farci guidare dai sentimenti, dall'affetto che proviamo per il vecchio maestro. La costituzione in senso materiale, ci piaccia o no, nasce in correlazione con il regime totalitario fascista, con il ruolo superiore del Partito nazionale fascista quale supremo definitorie dei principi che guidano la

vita della Nazione. Per di più la costituzione di allora –lo abbiamo già ricordato- era una costituzione flessibile, variamente modificata e aggiornata dalle leggi del Regime. Ma non c'è il minimo dubbio che è questo ciò di cui Mortati parla inizialmente. E chi non l'ha letta, legga l'introduzione di Gustavo Zagrebelsky alla ripubblicazione del volume che Paolo Grossi fece nei Materiali per la storia del pensiero giuridico moderno. Lì Gustavo mette molto bene in evidenza questo legame genetico con la supremazia del partito. E qui, senza ironia, credo che in Cina ancora la capiscano benissimo questa impostazione. Del resto, non a caso l'interpretazione della Costituzione cinese ancora oggi proviene prima da un organo di partito che non da un organo dello Stato. Questo non significa però che di costituzione in senso materiale si possa parlare solo negli ordinamenti totalitari a partito unico. Al contrario, il concetto è perfettamente trasportabile, *mutatis mutandis*, negli ordinamenti pluralisti, cosa che lo stesso Mortati è venuto facendo. L'articolo 49 basterebbe da solo, in realtà, a darne conto, ma la costituzione in senso materiale diventa qualcosa di più, qualcosa che investe l'interpretazione della Costituzione programma nel tempo, tenendo conto dell'evoluzione culturale e sociale della nostra società. Qui, non c'è dubbio, sorgono problemi di cui dobbiamo essere consapevoli: chi ha da essere l'interprete di questa evoluzione? La stessa Corte Costituzionale o non piuttosto il Parlamento?

Ci sono stati casi nei quali il testo della Costituzione era talmente netto e inequivoco da non lasciare spazio a giudizi e pregiudizi pure ancora presenti nella società. La Costituzione era entrata in vigore nel 1948 e nel 1960 era ancora vigente la vecchia normativa sui concorsi nel settore pubblico, che, fra l'altro, escludeva le donne dall'accesso alla carriera prefettizia (come pure alla magistratura). Evidentemente, l'urgenza di porre fine a una tale discriminazione non era stata percepita come tale in sede legislativa (del resto, anche alla Costituente c'era voluto non poco per sbarrare la strada a un emendamento che voleva subordinare l'accesso egualitario al criterio dell'idoneità, chiara trappola maschilista per poi poter sostenere che vi erano funzioni per le quali le donne non erano idonee). Ma ecco arrivare quella gran donna che ancora oggi è Rosa Oliva, presenta regolare domanda di partecipazione al concorso prefettizio, la domanda è respinta con l'esplicita motivazione che le donne non sono ammesse, lei impugna e riesce a ottenere il rinvio alla Corte Costituzionale. La Corte dichiara l'illegittimità ed è una decisione incontestata, frutto di un raffronto addirittura testuale fra Costituzione e legge. È forse meno immediato, ma è egualmente forte il fondamento costituzionale di una decisione che quasi contemporaneamente prendono Governo e Parlamento in tema di scuola media unica. La Costituente ne aveva discusso, ma, su impulso in particolare di Concetto Marchesi, aveva concluso che non era il caso di menzionarla, perché non era ancora arrivato il suo tempo, perché nell'immediato i figli dei ceti subalterni avrebbero trovato più facilmente lavoro con la preparazione tecnica delle scuole professionali. Ebbene, sul finire degli anni '50, prima al Ministro della Pubblica Istruzione Aldo Moro, poi al suo successore Luigi Gui appare incompatibile con il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione che ostacoli all'eguaglianza esistenti nella società siano non eliminati, ma ricalcati dall'ordinamento scolastico. E nasce la scuola media unica, come adempimento rispetto a una Costituzione,

che pure non ne parla. Pensate voi a quanto l'evoluzione culturale e sociale può aver inciso sull'interpretazione della nostra Carta fondamentale.

Più trasparente sarà il rilievo dell'evoluzione economico-sociale –ne farà infatti menzione la stessa Corte Costituzionale- nella ben nota sequenza di decisioni, la prima del 1961, la seconda del 1968, relative alla punizione penale del solo adulterio femminile. Nel 1961 la Corte disse che ciò era giustificato dalla maggior incidenza dell'adulterio della donna sull'unità familiare, nel 1968 sostenne, al contrario, che era proprio una tale discriminazione a violare l'unità familiare. Due diverse interpretazioni della medesima Costituzione formale dettate dall'evoluzione della Costituzione materiale, con la conseguenza di rendere illegittima una disposizione di legge inizialmente ritenuta compatibile.

Le cose si complicano quando l'interpretazione indotta dall'evoluzione culturale e sociale porta ad invalidazioni che non generano di per sé una opposta disciplina (l'adulterio non è più reato), ma vuoti legislativi, in cui permangono situazioni di incostituzionalità. È il tema, lato sensu, dell'omissione del legislatore, tema non a caso caro a Mortati, che è ben consapevole del suo rilievo in presenza di una Costituzione per più versi programma. Ma se non provvede subito a colmare il vuoto il Parlamento, può la Corte trasformarsi da legislatore negativo in legislatore positivo?

I casi più semplici di omissione del legislatore la Corte prese a risolverli con la dottrina delle “rime obbligate” di Vezio Crisafulli: la disposizione omissiva, in questi casi, è in realtà un ostacolo a quella che può ben essere una applicazione diretta della Costituzione; come accadeva per le tante disposizioni del vecchio codice di procedura penale, che consentivano al giudice istruttore di fare più atti in assenza del difensore, violando così l'art. 24. Qui, la disposizione omissiva, il vuoto, veniva direttamente riempito con la prescrizione costituzionale del difensore in ogni stato e grado del procedimento.

I casi meno semplici –quelli in cui residuavano omissioni riempibili in modi diversi- la Corte inizialmente li trattava con decisioni di inammissibilità oppure con additive di principio, con le quali l'illegittimità veniva dichiarata e al suo posto veniva immesso un principio destinato ad essere svolto dal legislatore. Ottimo sistema con un legislatore solerte, meno con un legislatore spesso disattento, perché a quel punto il principio si scaricava sui giudici, ai quali la Cassazione prese a dire: guardate che la vecchia disposizione non c'è più. Arrangiatevi a risolvere il caso con il principio. Con tutte le conseguenze del caso.

Ed è così che, più di recente, la Corte è passata dalle rime obbligate alle rime meramente possibili. Come? Nel 2018 si trovò davanti l'art.216 della legge fallimentare, a norma del quale chi sia condannato per bancarotta fraudolenta è anche soggetto alla pena accessoria del divieto di praticare attività di impresa per dieci anni. La disposizione parve alla Corte troppo rigida, incapace di tener conto della varietà dei casi concreti. Per converso, in altre parti della stessa legge fallimentare il legislatore aveva stabilito la medesima pena accessoria “fino a dieci anni”, lasciando al giudice l'apprezzamento del caso. Ebbene, disse la Corte, noi estendiamo alla stessa disposizione impugnata il “fino a”, libero- si intende- il legislatore di adottare una diversa disciplina quando e come vuole. Ma intanto il vuoto non c'è e noi lo abbiamo riempito non creando diritto, ma estendendo qui diritto esistente.

In altre situazioni, la Corte ha adottato altri espedienti per sollecitare l'intervento del legislatore a riempire i vuoti che altrimenti si creavano, compresi gli espedienti processuali (il rinvio dell'udienza di un anno); espedienti che nel caso dei benefici a favore dei condannati all'ergastolo per reati di mafia hanno funzionato, nel caso del suicidio assistito hanno lasciato alla Corte la responsabilità di decidere e di ricavare le norme del caso direttamente dai principi della Costituzione (col che, se rime erano, erano più obbligate che possibili).

. Non vorrei sembrarvi avventato, ma sono convinto che Mortati non avrebbe avuto dubbi sul fatto che si può passare dalle rime "obbligate" alle rime "possibili" pur di impedire ad una legislazione inadeguata di mantenere una situazione di incostituzionalità. Apparteneva alla categoria degli audaci, non alla categoria dei frenatori. Però credo anche che, come me, invidierebbe quegli ordinamenti –l'ordinamento tedesco per primo – nei quali sono continui i rapporti, formali e informali, fra corte costituzionale e parlamento, creando un clima intanto di comprensione non distorta di quanto accade di fronte alla prima, e poi di collaborazione nel mettere a punto la via di uscita. Non sempre funziona, rimangono sempre situazioni sospese, ma la cosa peggiore è quella che ha già cominciato ad accadere in più paesi europei, dove si è creato un autentico conflitto fra maggioranze politiche conservatrici e corti portatrici delle ragioni di tutela di nuovi diritti osteggiati da tali maggioranze. In situazioni del genere la collaborazione diventa impensabile e la legittimazione stessa delle corti viene messa in discussione, in base al principio, ritenuto supremo, della rappresentatività popolare: quei giudici non li ha eletti nessuno e quindi devono soggiacere alla volontà dei rappresentanti del popolo.

Non c'è nulla di simile in paesi come l'Italia e la Germania, ma qualche segnale, qualche campanello d'allarme c'è stato. Ciò mi porta ad una conclusione, che a me pare non evitabile. Stiamo attenti nell'interpretare l'evoluzione culturale e sociale e i cambiamenti che se ne derivano nella costituzione materiale. Certo ci sono i nuovi diritti e c'è l'estensione di vecchi diritti a chi non ne godeva. Ma c'è anche la reazione contro tutto questo, una reazione che, divenendo maggioritaria, ha le sue ragioni per proclamarsi interprete della costituzione materiale del tempo; e può pretendere di imporre una interpretazione conseguente della Costituzione formale.

Di qui, senza nulla negare di ciò che si è fatto, un invito alla prudenza, a non mettere a repentaglio la legittimazione della Corte. Chi ne fa parte, sa come si fa, sa come diventano incontestabili le argomentazioni fondate saldamente sulla Carta. Sa anche quando una inammissibilità in più e una soluzione a rime possibili in meno può divenire la migliore delle soluzioni, se si percepisce che in gioco può finire la legittimazione della Corte. Non voglio coprirmi qui con l'autorità di Mortati. Non ha vissuto queste situazioni e come avrebbe reagito è una domanda che rimane aperta.