

Sommario: 1. Una lunga premessa ad una serie di questioni complesse. Itinerario e scopo della ricerca. - 2. Testo costituzionale e tempo. L'esperienza costituzionale italiana tra rotture con il passato e proiezione al futuro. - 3. Le modifiche tacite della Costituzione. Una fenomenologia ampia e differenziata. - 3.1. Modifiche tacite ed interpretazione costituzionale: una sovrapposizione concettuale? - 4.1. Sul più risalente dibattito intorno alle modifiche tacite: la controversa ammissibilità di leggi costituzionali recanti modifiche implicite del testo costituzionale. - 4.2. La "revisione anomala" della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione. - 4.3. Modifiche tacite e limite del testo: le revisioni costituzionali "per reazione". - 4.4. Di alcune "palesi" modifiche tacite della Costituzione. - 5. Provando a definire in positivo, e non per esclusione, le modifiche tacite della Costituzione. - 5.1. Una sintetica panoramica su alcuni luoghi della Costituzione interessati da modifiche tacite. - 6. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali tra limite del testo costituzionale, attuazione normativa e giurisprudenza interna ed europea.

1. Una lunga premessa ad una serie di questioni complesse. Itinerario e scopo della ricerca

Il titolo della relazione che mi è stata assegnata, richiamando la concezione del testo come limite, rinvia ad una serie di questioni di straordinaria complessità e ampiezza, a cominciare da quella della peculiare natura di un testo normativo, quale quello costituzionale, fino ad investire il cruciale problema della legittimità di modifiche tacite o inesprese dello stesso. Il timore a lungo avvertito, al cospetto di esse, è stato quello di perdersi in un labirinto, nel quale la molteplicità delle problematiche da affrontare avrebbe reso ardua l'individuazione della via d'uscita.

La paura e l'ansia bloccano, è noto; e per molti è esperienza ricorrente. Eppure nessun essere vivente può bloccare il tempo. Vita e tempo scorrono assieme e inevitabilmente insieme vanno apprezzati nella loro complessità. All'interno di questo percorso si potranno individuare episodi, momenti anche estremamente significativi (si pensi al punto di inizio o di fine), ma questa loro significanza sarà tale solo perché non isolata, ma collocata all'interno di un processo¹ più ampio, ineluttabilmente dinamico².

¹ La molteplicità dei significati della parola "costituzione" costituisce l'incipit di una moltitudine di studi di diritto costituzionale. Per tutti, v. G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 11, secondo il quale la parola "costituzione" è polisensa; quando la si adopera per definire quel particolare atto normativo, ricco di contenuti politici e che si colloca al vertice di un ordinamento giuridico, si richiama anche quanto è sotteso al verbo "costituire", alludendo così ad un processo storico non esauribile. Riprendendo una suggestione di R. ORESTANO, *Il metabolismo dei giuristi*, in "Diritto". *Incontro e scontri*, Bologna, 1981, 723 ss., lo stesso A. evidenzia che ogni Costituzione, quale risultante specifica del costituzionalismo, costituisce l'esito di un processo metabolico, nel quale i materiali originari immessi dalle forze sociali vengono trasformati in varie tappe che comprendono fasi anaboliche e cataboliche, senza però che il prodotto finale annulli traccia di questi elementi materiali e culturali (13).

V. anche A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, 2006, 1633, (e pure ID., *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss., per il quale la Costituzione non può essere intesa come «un atto (puntuale nel tempo)», ma come un «processo (storico) attraverso il quale si mantengono in un difficile ma necessario equilibrio istanze di conservazione e di aggiornamento.

² Sul concetto di tempo è d'obbligo il richiamo almeno al pensiero di G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, trad. it. di E. De Negri, Firenze, 1960; ID., *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, trad. it. di B. Croce [1907], Roma-Bari, 2002; e di M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, [1927], trad. it. di P. Chiodi, a cura di F. Volpi, Milano, 2005. Per un'efficace

Anche la Costituzione può essere assimilata, come ogni esperienza umana, ad un «organismo vivente, sempre in movimento come la vita stessa»³ e, pertanto, la prospettiva più appropriata per affrontare sistematicamente e tentare di inquadrare il complesso tema assegnatomi può essere quella di esaminare l'ordinamento costituzionale nel tempo⁴, inteso come processo storico nel quale si consumano evoluzioni sociali, ideologiche, politiche, economiche, culturali e, non di meno, sviluppi normativi⁵. Una simile tematizzazione impegna ad indagare non solo il rapporto tra testo costituzionale e tempo – un rapporto questo, almeno *prima facie*, antagonistico (se si attribuisce al testo un funzione di cristallizzazione, di conferimento di staticità) –, ma spinge altresì a valutare l'incessante relazionarsi di altre componenti testuali e materiali dell'ordinamento costituzionale con il tempo, nelle sue declinazioni di passato, presente e futuro.

Sottostante a tale intendimento vi è pertanto una precisa concezione dell'ordinamento costituzionale che merita d'essere sin d'ora esplicitata: si fa qui riferimento all'ordinamento costituzionale, piuttosto che alla Costituzione, per denotare che esso ha una struttura complessa, che consta di più dimensioni⁶, più elementi, testuali e non testuali⁷, ciascuno di estremo rilievo, ma, da solo o isolatamente inteso, incapace di restituire l'immagine di comunità politica, ordinata perché fondata (costituita) su valori e interessi comuni (ordinanti), da preservare e attuare nel tempo, e per questo in continuo movimento. Atteso quindi che nell'ordinamento costituzionale va ricompreso il testo della Costituzione, ma pure «ciò che gli sta attorno (un “contesto”) e anche ciò che viene prima (un “pre-testo”)»⁸, si vuole verificare quali relazioni si intrattengono tra le sue varie componenti e quale sia l'effetto conformativo su ciascuna di essere prodotto dalla dinamica relazionale⁹.

ricostruzione sintetica della speculazione filosofica sul tempo, nell'ottica delle ricadute sul piano propriamente giuridico-costituzionale, si veda A. LONGO, *Tempo Interpretazione Costituzione. I. Premesse teoriche*, Napoli, 2013, 26 ss.

³ È proprio questa la definizione di Costituzione offerta K. LOEWENSTEIN, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1961, e richiamata da T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, [1978], in *Opere*, I, Milano, 2000, 491. In termini sostanzialmente analoghi, O. KIRCHHEIMER, *Il problema della Costituzione*, [1928], in *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di A. Bolaffi, Bari, 1982; P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. Luciani (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, 99, per il quale la Costituzione è «forma plasmata, che si sviluppa vivendo».

⁴ Sulla rilevanza (anche) nel diritto costituzionale del fattore e della dimensione temporale (tempo del/nel diritto), v. almeno S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, [1954], in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 79 ss.; T. MARTINES, *op. ult. cit.*, 477 ss.; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 527 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009; S. AGRIFOGLIO, *Tempo e diritto, tempo e diritti*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Tempo e diritto*, Napoli, 2010, 49 ss.; A. LONGO, *Tempo Interpretazione Costituzione*, cit., 45 ss.

⁵ Sul diritto come prodotto del tempo storico, G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, [1955], trad. it., Milano, 1998.

⁶ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, 267-8.

⁷ Sul testo costituzionale come componente (e non “altro”) rispetto ad una realtà complessa, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, C. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”?*, Milano, 2013, 35 e in *RivistaAic.it*, 1/2013.

⁸ A. RUGGERI, *Teorie e «usi» della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 521. Similmente A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 352 ss.

⁹ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 522-3: tra materiali normativi e materiali fattuali si intrattiene un flusso ininterrotto di dare e avere, «al punto che la struttura degli uni e degli altri viene a trovarsi soggetta a continue incisive riconformazioni».

Si deve quindi ulteriormente rimarcare che la premessa da cui ci si muove, nell'inquadrare l'ordinamento costituzionale nel tempo, è la continua e necessaria relazione tra elementi testuali e non testuali, o altrimenti dicendo, l'inestricabile relazione tra diritto e fatto, in forza della quale si intende verificare quando e come gli uni possano condizionare gli altri, e viceversa, riconoscendo così la compartecipazione di entrambe le componenti alla conformazione complessiva dell'ordinamento costituzionale. In questo senso, si accoglie l'ammonimento di M. LUCIANI, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale «“Una”, (...) è la realtà che possediamo e di essa anche i testi normativi, primo fra tutti quello costituzionale, fanno parte». Sulla base di tale premessa, questa autorevole dottrina ha delineato solo le forme e direzioni del moto della costituzione, che implicano la tendenza all'adattamento delle costituzioni all'evoluzione dei fatti, avvertendo che la nozione di moto della costituzione da Lui sviluppata è «assai diversa da quella di “trasformazione costituzionale”

L'ordinamento costituzionale, come esperienza "vivente" di una comunità politica, è incessantemente attraversato da una duplice esigenza, tanto quella della stabilità, quanto quella del moto¹⁰, parimenti irrinunciabili e assunti in relazione dialettica¹¹. Così come il moto non può risolversi in distruzione, annullamento, dei tratti identitari di un ordinamento dato, pena non già la fine della storia, ma l'avvio di un nuovo capitolo della stessa¹²; analogamente la stabilità, esprimendo un'esigenza di persistenza e permanenza dell'essenza di un ordinamento, non può per questo convertirsi in una cristallizzazione dei valori supremi su cui si fonda l'ordinamento costituzionale. Questi ultimi ne rappresentano il patrimonio genetico, che, però, lungi dal bloccare il moto dell'ordinamento, ne assecondano il fluire, contenendolo entro determinati confini, in quanto anche detti valori devono poter "vivere" attraverso il loro l'inveramento continuo e protratto nel tempo.

Questa è la cornice entro la quale si ritiene di poter inquadrare le complesse tematiche evocate nel titolo di questa relazione. L'obiettivo precipuo che ci si prefigge, nel compiere una ricerca sulle dinamiche che attraversano l'ordinamento costituzionale, è quello di verificare in che senso il testo di una Costituzione possa fungere da limite per quelle modifiche che, secondo una terminologia invalsa, ma non proprio pacifica, vengono definite "tacite"¹³ e se la c.d. interpretazione creativa possa essere ricondotta ad esse.

Chiarito il fine della ricerca, va rimarcato che essa non intende restituire una compiuta disamina di tutte le forme di evoluzione di un ordinamento costituzionale, obiettivo ambizioso, ma certamente non perseguibile in questa sede. Che vi sia la necessità di elaborare una dottrina del moto delle costituzioni¹⁴ non si dubita affatto e, infatti, in un'importante opera¹⁵, che ha costituito la traccia fondamentale di questo lavoro, l'Autore ha denunciato una vistosa carenza nella scienza del diritto costituzionale italiano, ritenendola ancora sprovvista dell'attrezzatura necessaria per cogliere e sistemare le trasformazioni intervenute nell'ordinamento costituzionale al di fuori dell'art. 138 Cost. e questo in quanto essa è stata per lo più guidata da una visione statica e non dinamica dell'ordinamento¹⁶. Invero, non si può neppure negare, come certamente non fa l'Autore appena

(*Verfassungswandlung*) della quale ha tanto discusso la dottrina di lingua tedesca della prima metà del secolo passato interrogandosi soprattutto sul rapporto tra fatto e diritto, tra efficacia e validità (...). Questa diversa nozione allude – come osservato a suo tempo da Hsü Dau-Lin – alla "incongruenza tra le norme costituzionali da un lato e la realtà costituzionale dall'altro" e con questo presuppone che esista una "realtà" che sia "altro" dal testo costituzionale e rispetto alla quale esso possa e debba raffrontarsi».

¹⁰ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 32: «la prospettiva che le costituzioni abbracciano non è quella della statica. (...) 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». In tal senso, anche F. RIMOLI, *Identità e metamorfosi. Qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale*, in Id., *Democrazia, Pluralismo e laicità*, Napoli, 2013, 3-4.

¹¹ F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, [1821], trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, 1999, 375: «La costituzione dev'essere in sé e per sé il terreno stabile, valido, sul quale sta il potere legislativo, ed essa pertanto non deve soltanto esser fatta. La costituzione dunque è, ma in pari modo essenzialmente *diviene*, cioè progredisce nella formazione. Questo progredire è una modificazione, che non è visibile e non ha la forma della modificazione».

¹² Nuovo capitolo nel senso di discontinuo, nei tratti essenziali, rispetto a quello precedente.

¹³ Per una panoramica sulla "mutevole" terminologia delle modifiche tacite, F. CAVALLO, *Lemmi del mutamento costituzionale informale: glossario di riscontro bibliografico*, in *DPCE*, 2009, 1892 ss.

¹⁴ Per la quale vedi M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., *passim*, ma con le precisazioni riportate nella nota n. 9.

¹⁵ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, in cui sono riportati moltissimi episodi verificatisi nel corso dell'esperienza repubblicana, episodi, a proposito dei quali, in alcuni casi, secondo l'A. è più corretto parlare di trasformazioni, piuttosto che di interpretazioni della Costituzione, anche se pure le seconde, specie se innovative o forzate, aprono la strada alle prime.

¹⁶ IDEM, 15-16 e 409.

richiamato, l'esistenza una vastissima e autorevolissima letteratura¹⁷, la quale si è cimentata nell'individuazione e costruzione concettuale delle forme mediante le quali si compiono i processi di trasformazione di un ordinamento costituzionale. Già solo inoltrarsi nel terreno della terminologia utilizzata da questi studiosi, significa ritrovarsi al cospetto di una vistosa *querelle* terminologica, che ovviamente non è mai meramente terminologica¹⁸. Sorvolando, non proprio a cuor leggero, sulle difficoltà e gli errori in cui si può incappare nel passaggio da un idioma all'altro, muovendosi non senza difficoltà tra categorie proprie di diverse scienze, ci si imbatte in espressioni come trasformazione, transizione, mutamento, variazione, revisione, riforma – per limitarsi a quelle più ricorrenti – a loro volta oggetto di diversa “decodificazione” a seconda dell'oggetto cui sono riferite.

Non minori difficoltà si incontrano nel tentativo di tracciare almeno un confine tra quelle evoluzioni che si compiono all'interno di un ordinamento giuridico dato e quelle che ne determinano l'irrimediabile estinzione, provando cioè a distinguere le cosiddette trasformazioni *nell'*ordinamento costituzionale (infrastemiche) dalle trasformazioni *dell'*ordinamento costituzionale (extrasistemiche)¹⁹.

In effetti, non si è potuto che tirare un sospiro di sollievo al cospetto dell'affermazione di un'autorevole dottrina²⁰, la quale ha invitato a non enfatizzare oltremodo il tema delle trasformazioni costituzionali, specie se esso è affrontato, come nella prospettiva dallo stesso delineata e qui accolta, che concepisce l'ordinamento costituzionale come organismo vitale, in continuo movimento come la base materiale lo alimenta, e quale unità composita che non si esaurisce nel testo costituzionale, ma comprende anche altri materiali normativi (testuali e fattuali), nonché rapporti sociali in senso ampio, ciascuno sicuramente condizionato dal testo costituzionale, ma non di meno capace di condizionarlo.

¹⁷ Ci limitiamo qui a segnalare solo i grandi “classici” sul tema e, con riferimento alla letteratura straniera, soltanto alcune principali opere elaborate nell'esperienza tedesca (soprattutto nel “laboratorio” weimariano) e in quella statunitense: F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 315 ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 189 ss.; A. RUGGERI, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 2005, 451 ss.; G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906, trad. it. (parziale) di M. Carducci, *Mutamento e riforma costituzionale*, Lecce-Cavallio, 2004; P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, [1911], trad. it., Torino, 1914; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, [1932], trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, 140 ss.; HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin u. Leipzig, 1932; H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, (1934), trad. it., Napoli, 1988; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, [1928], trad. it. di F. Fiore e J. Luther, Milano, 1988; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, 603 ss. (§15. *Note sul concetto di mutamento costituzionale*). H.L. MCBAI, *The Living constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law*, New York, 1927; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, 2010; B. ACKERMAN, *We the People. II. Transformations*, Cambridge-London, 1998.

¹⁸ Sul «demone classificatore» e sullo speciale talento dei giuristi nel complicare anche i temi più lineari, v. M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 308. In relazione alla difficile distinzione tra consuetudini, convenzioni, usi, regole di correttezza o di galateo costituzionale o di mero rispetto del precedente, l'A. propone di unificare sotto la sigla della «prassi» le diverse categorie plasmate dall'elaborazione concettuale dei giuristi, ma, come noto, si tratta di un'opinione non condivisa nella sterminata letteratura dedicata a questi temi.

¹⁹ Cfr. A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in Id. (a cura di), *Le “trasformazioni” costituzionali nell'età della transizione*, Torino, 2000, 101 ss.; e nello stesso volume, A. RUGGERI, *Introduzione*, 4. Similmente, V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *RivistaAic.it*, n.3/2014, 15 ss., il quale invita comunque ad una certa cautela nel distinguere tra transizioni *nel* regime e transizioni *di* regime e nel definire l'effetto e il grado di mutamento da esse determinato.

²⁰ A. BARBERA, *op. cit.*, 351.

Nella consapevolezza di tutte le difficoltà dapprima riferite, la presente ricerca – inevitabilmente parziale e aperta a futuri svolgimenti – si dipanerà attraverso i seguenti passaggi: in primo luogo (§ 2), ci si soffermerà sul senso precipuo della scrittura di un testo normativo quale quello costituzionale, verificando in concreto come le Carte costituzionali italiane, a partire dall'unificazione nazionale, si siano “posizionate” nei riguardi delle diverse dimensioni della temporalità (passato, presente, futuro).

In seconda battuta, appurato che la scrittura di una Carta costituzionale, quale quella repubblicana, recante una specifica disciplina per la propria modifica, presidiata altresì da limiti, ha inteso assicurare tanto la stabilità quanto il moto nell'ordinamento costituzionale, ci si inoltrerà in un terreno più minato e sdruciolevole: quello delle modifiche tacite (§ 3). A tal riguardo, non solo ci si dovrà interrogare sulla legittimità o meno di modifiche realizzabili in forma diversa dalla revisione del testo della Carta costituzionale, ma si dovrà tentare di definire “in positivo”, e non solo per esclusione, queste forme “altre” di modificazione. Questo frammento del discorso non potrà essere sviluppato prendendo le mosse da una prospettiva teorico-generale, ma andrà costruito attraverso l'analisi di vicende concrete (§ 4), per poi da lì risalire verso l'orizzonte teorico; risalita che, invero, si rivelerà particolarmente faticosa (§ 5).

Dopo una sintetica panoramica su alcuni «luoghi»²¹ dell'ordinamento nei quali la dottrina ha ravvisato modifiche tacite della Carta costituzionale – forma di governo²², diritto parlamentare²³; diritto regionale; strumenti di normazione primaria²⁴; rapporti con ordinamenti e fonti “esterne” – l'attenzione verrà focalizzata sui diritti costituzionali (§ 6), per affrontare una questione classica del dibattito costituzionalistico: la configurabilità di diritti nuovi rispetto a quelli esplicitati nel testo costituzionale, compiuta anche mediante il richiamo a Carte internazionali dei diritti (e alla relativa giurisprudenza).

Nel corso di questa disamina, si risconterà che la peculiare conformazione di molti enunciati costituzionali, specie di quelli recanti i principi fondamentali, e la loro dimensione diacronica restringono la possibilità di configurare vere e proprie modifiche tacite della Costituzione. Ciò però non equivale né a sostenere che non si siano mai realizzate – o quantomeno tentate – modifiche tacite integranti gli estremi di una illegittima violazione della Costituzione; né che l'ordinamento costituzionale non sia stato e sia tuttora attraversato da importanti evoluzioni, le quali si sostanziano in mutamenti sul piano ermeneutico e attuativo del disposto costituzionale. Quanto si dirà riguardo al poliedrico fenomeno delle modifiche tacite, costituirà la risultante di una più attenta, anche se

²¹ L'espressione è di N. GRASSO, *La cultura italiana di fronte ai mutamenti costituzionali informali*, in DPCE, 2009, 1767, il quale riporta anche una sintetica descrizione di questi luoghi, dei percorsi praticati per arrivarvi, nonché una essenziale bibliografia.

²² V. almeno M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2010.

²³ S. TOSI, *Le modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, cit.; e più di recente vedi anche C. DE CESARE, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rass. parl.*, 2010. È stato questo il terreno dapprima arato dalla dottrina italiana che si è dedicata al tema delle modificazioni tacite della Costituzione e le ragioni di ciò sono state, da ultimo, persuasivamente riportate da R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel “processo” di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, 2015, 123 ss., a cui si rinvia per la compiuta ricostruzione critica della letteratura sviluppata in questo ambito e per le attente considerazioni personali dell'Autore.

²⁴ *Ex multis*, Aa.Vv., *Trasformazioni della funzione legislativa, Volume I - “Vincoli” alla funzione legislativa*, Milano, 1999; *Volume II - Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000; *Volume III.1 - Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del Titolo V della II parte della Costituzione*, Milano, 2003.

complessa, delimitazione del concetto, che va compiuta onde scongiurare il rischio di un affievolimento della forza precettiva, fondante e ordinante della Costituzione.

2. Testo costituzionale e tempo. L'esperienza costituzionale italiana tra rotture con il passato e proiezione al futuro

Il primo passo da compiere per esaminare le dinamiche di un ordinamento costituzionale e per comprenderne la relazione con il fluire del tempo è quello di analizzare il senso ultimo e precipuo della formalizzazione di un testo costituzionale, *in primis* le ragioni della sua scrittura. È noto che tramite l'uso della scrittura²⁵ si aspiri a soddisfare il valore della certezza del diritto²⁶; a tal proposito, ci si può domandare se, per l'effettivo perseguimento di questo obiettivo e in vista anche della conciliazione della duplice esigenza di stabilità e moto, sottesa a qualsiasi ordinamento, il testo della Costituzione non debba assumere un peculiare rapporto con le diverse dimensioni della temporalità, con il passato, il presente e il futuro²⁷. Ciò costituisce, a mio avviso, la premessa indispensabile per poter poi riflettere sul testo come limite nei confronti di alcuni fenomeni di trasformazione che attraversano l'ordinamento costituzionale e per cercare di appurare l'eventuale "scarto", quanto a obiettivi perseguiti e garanzie apprestate, tra revisione testuale della Carta costituzionale e modifiche tacite.

Prima di ogni altra considerazione, va ribadito che nessun ordinamento costituzionale si risolve solo in un testo²⁸; del resto esistono pure ordinamenti privi di una Carta costituzionale, ma non per questo manchevoli di un ordinamento costituzionale. Eppure, non si può neppure «liquidare»²⁹ come un mero accidente o elemento di contorno il ricorso alla scrittura di un testo costituzionale, affermatosi storicamente quale tratto caratterizzante dell'ideologia garantista del costituzionalismo moderno. Il processo di «giuridicizzazione» dei rapporti costituzionali, compiuto mediante la scrittura, è stato mosso dalla necessità di segnare, di dare un segno visibile, del nuovo fondamento del potere sovrano e dall'esigenza, sempre più avvertita, di sottoporre il potere politico a vincoli e limitazioni che, per ragioni di certezza, andavano enunciati in forma espressa.

Anche la storia costituzionale d'Italia – o meglio, la progressiva formazione di questo Stato – è stata scandita dall'approvazione di più documenti costituzionali che muovevano dal soddisfacimento delle esigenze di certezza e razionalità dapprima evidenziate. Limitandoci a segnalare i due momenti più significativi (ma certamente non esclusivi) di questo processo, vanno presi in esame l'estensione al

²⁵ Il rilievo della scrittura per la storia dell'umanità è talmente evidente che convenzionalmente con il termine preistoria si definisce il periodo della storia umana che ha preceduto l'invenzione della scrittura. Non meno significativa, ai fini specifici qui presi in esame, è stata l'influenza della Riforma protestante e il ruolo da essa conferito alle "Scritture", metro per misurare il potere papale e allo stesso tempo strumento di razionalizzazione degli ordinamenti politici.

²⁶ Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, 8 ss.

Il tema della certezza del diritto è stato al centro dell'ultimo seminario organizzato dal Gruppo di Pisa, tenutosi a Brescia il 24 novembre 2017, su "Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto". Molte relazioni ivi tenute e delle quali si è tenuto conto in questo scritto sono in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2017.

²⁷ A tal fine, non si intende tematizzare il rapporto tra testo costituzionale e tempo facendo richiamo a dottrine della costituzione anche particolarmente accreditate, muovendo dunque dalla distinzione, variamente declinata, tra costituzione in senso formale e costituzione in senso materiale.

²⁸ Così anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, 127.

²⁹ Così S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 290, secondo il quale l'adozione delle costituzioni scritte è «un aspetto significante e imprescindibile del costituzionalismo settecentesco, nella misura in cui comporta la giuridicizzazione dei rapporti costituzionali nei termini di una delimitazione del potere arbitrario e della garanzia di un governo limitato».

Regno d'Italia, nel 1861, dello Statuto Albertino del 1848 e l'approvazione, da parte dell'Assemblea costituente, eletta il 2 giugno 1946, della Costituzione repubblicana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

Sebbene questi due passaggi, contrassegnati dalla scrittura di un testo costituzionale, siano stati letti da alcuni³⁰ nell'ottica della continuità dello Stato-istituzione, ma in quanto distinto dallo Stato-ordinamento, essi manifestano inequivocabilmente il formarsi di un nuovo ordine e, più precisamente, essi formalizzano una cesura rispetto al passato³¹; tuttavia, come vedremo, a questa comune posizione di entrambi i documenti rispetto al passato non corrisponde un analogo ed assimilabile posizionamento nei riguardi del presente e del futuro.

Per quanto concerne specificamente lo Statuto Albertino, si può affermare con plausibile certezza che quel documento costituzionale promanava da un'autorità, la Corona, preesistente rispetto ad esso³² e, di fatti, lo Statuto, come molte altre carte costituzioni degli Stati liberali ottocenteschi, viene comunemente annoverato tra le costituzioni concesse, ottriate; non per questo, però, se ne può trascurare il carattere documentale e, dunque, scritto.

In primo luogo, com'è stato diffusamente evidenziato, l'unilateralità della concessione di quell'atto da parte del sovrano si rivelava una finzione³³; nonostante l'enfasi riposta nel benevolo atto di concessione sovrana, lo Statuto aveva un'origine sostanzialmente pattizia³⁴: esso sanciva un compromesso tra la componente monarchica, oramai indebolita dai moti rivoluzionari, e la componente liberale borghese, sì vittoriosa, ma ancora incapace di sommare in sé la sovranità³⁵. In secondo luogo, quel patto veniva suggellato in un documento scritto, del quale si riconosceva esplicitamente la natura perpetua e irrevocabile e, come rilevato da una nota dottrina³⁶, la scrittura di quel documento assumeva la precipua funzione di conferire allo stesso valenza certa e incontestabile,

³⁰ Sulla continuità tra Regno di Sardegna e Regno d'Italia, S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1912 (ma *contra* V.E. ORLANDO, *Sulla formazione del Regno d'Italia*, in *Diritto pubblico generale. Scritti vari*, Milano, 1954, 311) e tra quest'ultimo e la Repubblica italiana (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, I. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 107 ss.).

³¹ G. FERRARA, *La Costituzione violata*, Roma, 2013, 6-7: «la costituzione è un atto rivoluzionario. (...) Il come è irrilevante. (...) quel che rivela l'emersione e l'esercizio del potere costituente è (...) la rottura dell'esistente giuspolitico, precludendo che possa perpetrarsi».

³² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 39-40: «La premessa storica delle monarchie costituzionali è l'avvenuta assunzione da parte del re della pienezza della potestà sovrana (...) la costituzione [della monarchia costituzionale] non creava essa stessa il potere politico: lo presupponeva già formato presso il monarca, ma lo sottoponeva a regole e limiti».

Sulla preminenza del Re sul Parlamento e sulla qualificazione del primo quale "autorità superiore" (e perciò costituente), J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, Milano, 1998, 37 e 51, ma rilievi critici in A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2ª ed. (riveduta e ampliata), Padova, 2002, 58 ss.

Secondo A. PIZZORUSSO, *Art. 138*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1981, 706 e 709, lo Statuto segnava un autovincolo del Re.

³³ C. GHISALBERTI, *Costituzione (premesse storiche)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 138.

³⁴ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 224 ss.

³⁵ E, in tal senso, non poco ha pesato anche la volontà di ambo le parti di disinnescare il potenziale percepito come distruttivo delle rivendicazioni democratiche e sociali sottese ai moti rivoluzionari

³⁶ A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, [1996], ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 10 ss.: la previsione di procedimenti legislativi aggravati rispetto a quello ordinario per la revisione della costituzione non costituiscono la causa della sua rigidità, quanto la garanzia di una superiorità derivante dalla scrittura e dalla mancata previsione di forme specifiche di modifica. Secondo Pace, l'unico criterio giuridico-formale in presenza del quale si può affermare che una costituzione rappresenti una istanza superiore rispetto alla legge ordinaria è la sua scrittura e pertanto la mancata previsione di forme (ordinarie o speciali) per la sua revisione vale a conferirle non già il carattere della rigidità, già desumibile dalla scrittura e dall'unidimensionalità, quanto quello della immodificabilità.

denotava la ferma volontà di fondare un nuovo ordine costituzionale, diverso da quello che lo aveva preceduto.

In sostanza, l'origine storico-politica dello Statuto Albertino, non dissimile da quella di altre Carte costituzionali ottocentesche, è stata profondamente legata alla scrittura, una caratteristica formale, questa, che, secondo l'autorevole dottrina dapprima richiamata, conferiva allo stesso carattere rigido, ritenuta qualità «naturale», anche se non essenziale, delle Costituzioni scritte. Tale affermazione non è stata condivisa dalla dottrina maggioritaria, la quale ha sempre qualificato lo Statuto come Costituzione flessibile e, in quanto tale, modificabile tramite legge ordinaria³⁷, ma, non per questo, è stato contestato il rilievo che la scrittura ha assunto nell'ambito di questo processo. In effetti, è diffusamente riconosciuto che proprio la garanzia di certezza, visibilità e misurabilità del potere sovrano assolta dalla scrittura³⁸ ha costituito una delle più cospicue eredità del costituzionalismo liberale, in cui sono confluiti i due filoni del costituzionalismo europeo, quello rivoluzionario³⁹ e quello della restaurazione⁴⁰. Le Carte costituzionali che sono scaturite da questo processo storico, anche quelle concesse dai sovrani e non soltanto quelle promananti Assemblee costituenti, ambivano, tramite la scrittura, a soddisfare prioritariamente un'esigenza di certezza, a suggellare, all'esito di una rivoluzione coronata dal successo, in un documento scritto le nuove fondamenta dell'ordinamento costituzionale, segnando inequivocabilmente la fine dell'assolutismo monarchico, prevenendone rigurgiti o ambizioni ancora non sopite⁴¹. In definitiva, esse esprimevano una posizione polemica nei riguardi del passato, rinnegando «ciò che per secoli era stato supinamente accettato»⁴² e, in tal senso, anche lo Statuto Albertino può reputarsi come barriera eretta nei confronti del precedente ordine costituzionale.

Proseguendo la nostra indagine e andando ora a verificare come questo documento costituzionale si sia posto in rapporto al presente e al futuro, è possibile cogliere una profonda differenza tra la collocazione nel tempo dello Statuto rispetto a quella successivamente assunta dalla Costituzione repubblicana. Non si tratta certamente dell'unica differenza, ma ci sembra quella che più di ogni altra

³⁷ Ma cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 60 ss., il quale ha sostenuto l'ammissibilità, anche in quel regime costituzionale, di limiti e controlli nei riguardi della legge ordinaria.

³⁸ Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 32, per il quale la scrittura è manifestazione dell'idea illuministica che non esiste un ordine naturale spontaneo, ma che tale ordine è il prodotto di un atto razionale, finalizzato al governo di una *polis*. In questo senso la ragione illuministica si pone come volontà prometeica. così anche C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2014, 7.

³⁹ Com'è stato persuasivamente e autorevolmente argomentato (M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., 176 ss. e 195 ss.; G. FERRARA, *La Costituzione*, cit., 14), la contrapposizione tra costituzionalismo c.d. antico e moderno, notoriamente delineata da C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, [1947], trad. it. Bologna, 1990, non è relativa al carattere descrittivo o prescrittivo che la Costituzione assumerebbe rispettivamente nel primo e nel secondo, ma nelle modalità di formazione della stessa. Solo a partire dalle rivoluzioni liberali, le norme costituzionali sono state ritenute vincolanti per il potere politico in quanto volte ad instaurare artificialmente, su una *tabula rasa*, un ordine che non c'è ancora, che è posto dalla volontà e dettato dalla ragione, non più quindi per la loro origine prevalentemente consuetudinaria, come ritenuto dal c.d. costituzionalismo antico, per il quale la Costituzione appariva come «un qualcosa di tramandato *ab immemorabili* e di imm modificabile». Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, vol. I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, 22.

⁴⁰ Il volontarismo illuministico fu contestato dal pensiero politico della Restaurazione, che ritenne frutto di un errore capitale, quello di voler porre gli individui sopra la costituzione, e non di assoggettarli ad essa. Ampiamente sul punto, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 24 ss. Come osservato da M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 224, le correnti più moderate della restaurazione accettarono l'idea che la costituzione fosse l'atto di esercizio di un potere sovrano, ma identificarono questo potere nella restaurata sovranità del monarca, capace dunque di prendere il posto dell'odiato potere costituente.

⁴¹ Sul carattere atemporale delle costituzioni rivoluzionarie, contemporaneamente eterne e momentanee, espressione della volontà di un popolo libero che, per restare tale, deve essere sempre libero di modificare la Costituzione, cfr. L. CUOCOLO, *Tempo e potere*, cit., 102; C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 7, ai quali si rinvia per puntuali richiami alla dottrina.

⁴² C. GHISALBERTI, *op. ult. cit.*, 138.

merita di essere rimarcata ai fini del nostro discorso⁴³. Se è vero infatti che tanto lo Statuto Albertino, quanto la Carta costituzionale del 1948, hanno rappresentato il *totem* di un cambiamento⁴⁴, di un mutamento che rompe in maniera più o meno esplicita e polemica con il passato, il primo si è limitato a ciò, laddove la seconda ha inteso porre anche le premesse e gli argini per una futura evoluzione dell'ordinamento costituzionale.

In effetti, come già avevano rimarcato i primi commentatori dello Statuto⁴⁵, questo intendeva erigere più barriere per il passato, che porre regole per la futura azione dei pubblici poteri. Omettendo di definire e regolamentare qualsiasi forma di moto dell'ordinamento, ha lasciato che questo si realizzasse solo sulla base dei rapporti di forza, senza apporre nessuno confine o ostacolo al dispiegarsi di queste. Per un verso, lo Statuto ha certamente rappresentato una conquista per nuove forze sociali egemoni e per le istituzioni in cui esse operavano – da quel momento definitivamente coinvolte nell'esercizio potere sovrano – ma, rispetto ad esse, nessun limite è stato apposto per garantire la superiorità della Costituzione. Le ragioni di ciò non possono che essere ricercate nell'origine storico-politica di quel documento: lo Statuto albertino, come le altre Carte costituzionali delle monarchie dualiste, non ambiva alla stabilità; esso disciplinava equilibri fisiologicamente instabili, accordi «necessariamente transitori, legati al permanere dei rapporti di forza tra le parti dell'accordo»⁴⁶. Essendo contesa e indecisa la sovranità⁴⁷, il documento costituzionale, sebbene scritto, non poteva aspirare alla stabilità e persino alla superiorità rispetto ad altre forme di volontà espresse dalle medesime parti dell'accordo. Ed infatti, anche a voler sostenere la naturale rigidità e superiorità dello Statuto Albertino, in ragione della sua scrittura e della mancata previsione di procedure specifiche di revisione, la sua progressiva «flessibilizzazione nei fatti»⁴⁸ ne ha dimostrato l'incapacità (o ha confermato la mancata volontà) di proiettarsi nel futuro.

Se si procede, infatti, a verificare la vitalità dello Statuto, ad appurare cioè l'effettiva capacità di questo testo costituzionale di plasmare il destino di una comunità politica, di realizzare nei riguardi di questa la sua ambizione ordinante, di porsi alla base dello sviluppo dell'ordinamento giuridico, non si può che riscontrare la profonda fragilità di esso. Questa fragilità dello Statuto va ricollegata proprio alla sua proclamata immodificabilità⁴⁹ e alla sua incapacità di governare il moto

⁴³ Come evidenziato da R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 13, la categoria delle costituzioni scritte unidocumentali non è affatto omogenea e, per questo, il modo con cui esse si collocano nel tempo varia e dipende da ulteriori connotati di ordine strutturale e funzionale.

⁴⁴ L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, 95.

⁴⁵ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino, 1909, 194.

⁴⁶ Così A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 7 e 11 s.

⁴⁷ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 41, con puntuali richiami a Bodin e Böckenförde.

Anche alcune Costituzioni del primo dopoguerra (es. Costituzione di Weimar) erano a sovranità indecisa, tanto da lasciare aperta la possibilità di un supremo reggitore dello Stato. Il nuovo dualismo di queste costituzioni esprimeva una forte instabilità e la carta si presentava come un «espediente per ritardare lo scontro decisivo» (*IBIDEM*, 45). Nota, a tal riguardo, è la critica di C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 48 ss., alle disposizioni programmatiche di cui alla II parte della Costituzione di Weimar, ritenute espressive di un compromesso dilatorio, un compromesso spurio, non cioè tra divergenti concezioni, ma un modo per simulare un accordo e differire decisioni.

⁴⁸ A. PACE, *op. ult. cit.*, 43.

⁴⁹ La fragilità dello Statuto albertino non fu da subito avvertita, o meglio, non se ne percepì la pericolosità; ed infatti basti ricordare che solo pochi giorni dopo la sua concessione, con il reale proclama del 23 marzo 1848, si procedette ad una modifica tacita dell'art. 77, sostituendo la bandiera dello Stato sabauda. Ma anche nell'imminenza della estensione dello Statuto al neonato Regno d'Italia, in un articolo pubblicato il 10 marzo 1848 su *Il Risorgimento*, Cavour sostenne la sua modificabilità tramite legge approvata dal Parlamento e sanzionata dal Re. Probabilmente in quel momento i tempi non erano ancora maturi per la pacifica e incontestata accettazione di quella concezione che, però, con il tempo e con il mutamento degli equilibri istituzionali è riuscita ad imporsi, tanto da far parlare della formazione di una consuetudine costituzionale sulla modificabilità dello statuto tramite legge. Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, 141.

dell'ordinamento, indispensabile per preservare la stabilità nel tempo di una Costituzione, che è cosa ben diversa dalla mera vigenza dell'atto-fonte. In effetti, sebbene la conformazione elastica⁵⁰ delle norme dello Statuto, in una con la sua "brevità"⁵¹, avrebbero potuto consentire una capacità di evoluzione dell'ordinamento costituzionale⁵², seppur realizzata tacitamente e informalmente, l'impossibilità di contenere siffatti svolgimenti entro determinati limiti, funzionali a preservarne l'identità costituzionale, ha determinato la riduzione dello Statuto a mero «pezzo di carta privo di ogni autorità»⁵³.

Soprattutto a partire dagli anni '30 del XX secolo, ci si è progressivamente e irreparabilmente trovati al cospetto di un testo costituzionale «la cui elasticità aveva superato il punto di *plasticità* delle deformazioni permanenti con il relativo fenomeno di *snervamento*, per arrivare al *punto di rottura*»⁵⁴. Il mutamento dell'ordinamento costituzionale statutario e la sua trasfigurazione in un regime totalitario fu graduale e si svolse interamente al di fuori di ogni revisione formale dello Statuto, attraverso lo svuotamento delle istituzioni liberali, la loro sostituzione con gli istituti del regime; la riduzione sino alla soppressione dei diritti politici e di libertà.

Questa esperienza ha certamente influenzato e indirizzato l'attività dei Costituenti chiamati a redigere la Costituzione repubblicana, il documento solenne volto a fissare le basi di un nuovo ordinamento costituzionale, a racchiudere i tratti essenziali di un nuovo patto associativo di una società plurale e attraversata da profondi conflitti, da includere e non rinnegare. Proprio per questo e a presidio del carattere armistiziale della Costituzione repubblicana⁵⁵, essa è stata concepita per durare nel tempo, per essere effettivamente stabile e non solo formalmente vigente. Alla sua scrittura, manifestazione esteriore di un atto consapevole e volontario di conformazione degli assetti di una nuova comunità politica e garanzia, in primo grado, della sua stabilità, si è sommata la istituzionalizzazione di un procedimento per la sua revisione⁵⁶, garanzia formale e procedimentale della superiorità della Costituzione, ulteriormente presidiata dalla giustizia costituzionale.

Questo complesso di garanzie esprimono «la radicata aspirazione a stabilizzare le regole fondamentali della convivenza politica»⁵⁷, ma manifestano, allo stesso tempo, la necessità di un loro progressivo inveramento, da compiersi non soltanto attraverso l'attuazione politica e l'applicazione giudiziaria del disposto costituzionale, ma anche mediante la revisione di quelle previsioni ritenute non più rispondenti ai bisogni di una comunità sociale in continuo movimento. In questo senso, è possibile

⁵⁰ L. ROSSI, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 27 ss. Per ulteriori approfondimenti *infra* § 5.

⁵¹ Del resto lo Statuto non era l'unica componente dell'ordinamento costituzionale del Regno d'Italia, anzi neppure la più rilevante, essendo questa costituita dai codici in generale e dal Codice civile del 1865 in particolare.

⁵² Lo Statuto non impedì l'affermazione definitiva della borghesia come forza egemone e la progressiva parlamentarizzazione della forma di governo, seppur, con non poche ambiguità. Ma la linea politica perseguita dalle forze egemoni fu quella di difendere i caratteri oligarchici dello Stato e non già di promuoverne la trasformazione.

⁵³ S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al fascismo*, a cura di A. Pizzorusso, Venezia, 1983, 146, a cui si deve una delle più incisive denunce del colpo di Stato – dell'evento sovversivo che si ammantava sotto le vesti di un'apparente legalità, – compiuto dal fascismo, attraverso lo svuotamento dello Statuto Albertino e la profonda trasformazione delle sue istituzioni.

È noto che la definizione del testo costituzionale come mero "pezzo di carta", destinato a soccombere nel conflitto con la "costituzione reale", data dalla forma dei rapporti reali fra forze sociali, risale a F. LASSALLE, *Sulla natura delle costituzioni*, [1862], trad. it, Milano, 1945.

⁵⁴ F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, 41, n. 2.

⁵⁵ M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2017, 157 ss.

⁵⁶ F. MODUGNO, *Revisione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5189.

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 360. Sul tempo della costituzione come tempo della consolidazione, v. L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 534 ss.

cogliere il duplice volto della funzione di revisione costituzionale, garanzia, allo stesso tempo, di stabilità della Costituzione, ma anche di un suo rinnovamento, il quale può compiersi nelle forme e nei limiti di cui agli artt. 138 e 139 Cost. Essa mira tanto a preservare il documento costituzionale dai rischi di un suo svuotamento e aggiramento tramite modifiche informali, quanto ad assicurare il consolidamento dei suoi principi supremi, gli unici davvero immutabili e vocati all'eternità, ma che, proprio per questo, sono aperti a futuri svolgimenti, da compiersi, ove necessario, anche mediante la revisione di quei disposti costituzionali la cui modifica, lungi dall'intaccare i caratteri identitari dell'ordinamento costituzionale, sia funzionale a preservarne la vitalità.

Per concludere sul punto, pare evidente che la Costituzione repubblicana, come lo Statuto albertino, abbia voluto tracciare una rottura rispetto al passato, ma la prima, a differenza del secondo, ha altresì espresso una polemica nei confronti del presente⁵⁸, rimarcando l'esigenza di trasformazione continua dell'esistente⁵⁹, di superamento dello *status quo*, di un'evoluzione da compiersi progressivamente per l'inveramento effettivo nel tempo dei suoi valori fondamentali, attorno al "connettore" dell'eguaglianza sostanziale, scolpito nell'art. 3, comma 2. E proprio per questo, il moto della Costituzione non è stato lasciato al libero dispiegarsi dei rapporti di forza, all'arbitrio della politica, ai possibili abusi degli interpreti. Se è vero, quindi, che tutte le costituzioni aspirano all'eternità, ambiscono alla preservazione della propria identità, affinché ciò possa realizzarsi «esse devono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare»⁶⁰. Devono, in sostanza, aprirsi al moto, ma essere allo stesso tempo capaci di governare quel moto.

3. Le modifiche tacite della Costituzione. Una fenomenologia ampia e differenziata

La disamina appena svolta sul significato della scrittura di un testo costituzionale e le considerazioni avanzate riguardo alla funzionalizzazione del procedimento di revisione costituzionale a garanzia tanto della stabilità quanto del moto dell'ordinamento, ci consentono ora di focalizzare l'attenzione sulle c.d. modifiche tacite della Costituzione.

Il tema ha sempre impegnato intensamente la dottrina costituzionalistica italiana, chiamata già nel periodo statutario a fare i conti con il fenomeno, anzi, a voler essere più precisi, solo con esso, atteso che, durante la lunga vigenza dello Statuto, nessuna modifica del suo testo è mai stata operata. Ci si è già soffermati sulla proclamata immodificabilità dello Statuto e sulle ragioni sottese a siffatta espressa qualificazione dello stesso; conta ora evidenziare che tale affermazione ha reso la questione delle modifiche costituzionali informali, ad un tempo, più semplice e più complessa di quella che si pone oggi nei riguardi di un documento costituzionale espressamente modificabile. Durante il regime statutario, l'ammissibilità e la legittimità delle modifiche tacite muoveva proprio dalla constatazione dell'ineluttabile necessità di evoluzione di qualsiasi ordinamento costituzionale, un'esigenza avvertita al punto tale da indurre a ritenere relativizzabile persino la clausola di espressa immodificabilità. E ciò, in sostanza, è quanto si è verificato specie sul versante della forma di governo, progressivamente trasformata da monarchia costituzionale pura in forma di governo

⁵⁸ P. CALAMANDREI, *Discorso ai giovani sulla Costituzione*, tenuto a Milano il 26 gennaio 1955.

⁵⁹ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 136.

⁶⁰ ID., *Dottrina del moto*, cit., 32.

parlamentare, seguendo «un *trend* largamente diffuso in quell'epoca»⁶¹. Allo stesso tempo, la brevità dello Statuto e il continuo riscontro di sue lacune hanno reso oltremodo inevitabile il ricorso a modificazioni dell'ordinamento non formalizzate in revisioni del testo statutario.

Per altro verso, però, l'incapacità di contenere e governare siffatti mutamenti – maturati all'interno di una “cultura politica” incline ad allentare i vincoli costituzionali e a depotenziare il significato della scrittura in nome di interessi generali, o presunti tali – ha condotto ad un totale esaurimento della pur limitata capacità ordinante dello Statuto albertino; un fenomeno, questo, percepito in tutta la sua drammaticità solo all'esito della progressiva fascistizzazione dello Stato, ma non per questo precedentemente ignorato o del tutto metabolizzato, come può desumersi dall'accorato appello “*Torniamo allo Statuto*”, formulato nel 1897 da Sidney Sonnino⁶², che rivendicava la necessità di un ritorno all'interpretazione rigorosa del testo statutario, specie riguardo ai poteri della Corona.

L'adozione di una Costituzione rigida e garantita, quale quella repubblicana, ha parzialmente modificato i termini del dibattito sulle modifiche tacite: attesa la regolamentazione di un procedimento funzionalmente volto alla modifica del testo costituzionale, la previsione espressa del limite della forma repubblicana e la (dibattuta) configurabilità di limiti ulteriori alla revisione costituzionale, la questione dell'ammissibilità di modifiche costituzionali compiute attraverso atti diversi da quelli appositamente previsti allo scopo, si è sicuramente complicata. Essa è “retrocessa” fino ad investire la legittimità, non più tanto scontata, complice in tal senso anche la più forte diffidenza manifestata nei confronti delle modificazioni informali per i drammatici epiloghi che ne sono derivati in Italia come in altri Paesi. Ciò nondimeno, proprio la (ulteriore⁶³) garanzia offerta dalla giustizia costituzionale, chiamata a vigilare sul rispetto della legalità costituzionale, ha contribuito, in un certo senso, a rendere meno problematico il ricorso anche a modifiche non formalizzate in revisioni del testo⁶⁴, purché contenibili entro gli stessi limiti valevoli per le leggi di cui all'art. 138 Cost.

A ben vedere, la questione dell'ammissibilità, anche in un sistema costituzionale rigido, delle modifiche tacite non si è mai posta in termini radicali⁶⁵, tanto che nel primo contributo dedicato a questo tema ed elaborato dopo l'entrata in vigore della Carta del 1948⁶⁶, si è ritenuto del tutto scontato che anche la nuova Costituzione repubblicana, come lo Statuto Albertino, avrebbe subito, nel corso del tempo, delle modificazioni tacite e, proprio per questo, l'Autore proponeva una prima riflessione incentrata soprattutto sul ruolo di garanzia che sarebbe stato assolto, su questo versante, dalla neo istituita Corte costituzionale, interrogandosi altresì sul contributo che essa stessa avrebbe potuto offrire, tramite la propria giurisprudenza, per la realizzazione di tali modifiche⁶⁷. L'analisi muoveva

⁶¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale. Art.1-9*, Bologna, 2011, 363.

⁶² L'articolo fu pubblicato in forma anonima sulla *Nuova Antologia* del 1° gennaio 1897. Su questo scritto e, più ampiamente, sul pensiero di Sonnino, v. P. RIDOLA, *Sonnino e la crisi delle istituzioni parlamentari in Italia*, in *Critica storica*, 1974, 266 ss.

⁶³ Ulteriore rispetto alla garanzia, in primo grado, offerta dalla scrittura e a quella connessa alla previsione di un procedimento aggravato di revisione costituzionale.

⁶⁴ Analogamente, con riferimento all'ordinamento tedesco, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 607.

⁶⁵ Anche se una parte della dottrina escluse in maniera piuttosto decisa l'ammissibilità delle stesse proprio richiamando gli argomenti della scrittura e della rigidità P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947

⁶⁶ F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della costituzione*, cit. retro nota 17.

⁶⁷ Sulla posizione della Corte costituzionale nei confronti del fenomeno delle modificazioni tacite IBIDEM, in part. 350 ss. Ma il pensiero è poi sviluppato successivamente in *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 874 ss.

da una preliminare chiarificazione della nozione, o meglio del «fenomeno» delle modificazioni tacite, che, riprendendo le parole di Pierandrei, «può *sommariamente e in generale* essere descritto»⁶⁸ come quello del diverso atteggiarsi, nel corso del tempo, dei precetti della Costituzione, i quali permangono immutati, ma comunque trasformati «nel loro significato e nella loro portata» in forza di atti (normativi e di governo) degli organi fondamentali dello Stato, di fatti normativi (consuetudini), della interpretazione giurisprudenziale o anche di meri fatti.

3.1. Modifiche tacite ed interpretazione costituzionale: una sovrapposizione concettuale?

Mettendo per il momento da parte le plurime forme attraverso le quali si compiono le modifiche tacite e concentrandoci sull'effetto comune dalle stesse prodotto – la modifica del significato delle disposizioni – si ha la sensazione di essere di fronte ad un falso problema o, comunque, che non vi siano ragioni per alimentare sospetti nei riguardi di modifiche diverse dalla revisione formale del Carta, proprio in quanto esse non incidono sul testo. Tuttavia, sostenendo che le modifiche tacite altro non sono che quelle scaturenti, non da revisioni testuali, ma dalla trasformazione dei significati delle disposizioni costituzionali, il tema può finire per sovrapporsi fino a confondersi con quello dell'interpretazione giuridica e, segnatamente, con l'interpretazione costituzionale⁶⁹. Se proviamo – pur nella piena consapevolezza della estrema complessità della questione – ad individuare una definizione minima e non controversa di interpretazione giuridica⁷⁰, intendendola come attribuzione di significato ad un testo (enunciato, significante), e la mettiamo a confronto con l'anzidetta definizione di modifica tacita, non si comprenderebbe per quale ragione quest'ultima debba tenersi distinta dall'interpretazione di enunciati costituzionali⁷¹. Solo partendo dalla premessa, invero largamente criticata⁷², dell'esistenza di un unico significato vero della disposizione, che l'interprete

⁶⁸ F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite»*, cit., 315. Corsivo nostro, funzionale ad evidenziare il limitato pregio euristico della definizione.

⁶⁹ Anche a tal proposito, S. TOSI, *Le modificazioni tacite*, cit. 59 ha espresso rilievi critici sulla definizione “sommaria” di modificazione tacita proposta da Pierandrei.

Sui rischi di una sovrapposizione concettuale tra mutamenti informali e interpretazione, v. anche V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni*, cit., 5 ss.; e soprattutto E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 620 ss., il quale insiste particolarmente sulla necessità di tenere distinto il mutamento e la modificazione della Costituzione, da una parte, e l'interpretazione costituzionale, dall'altra (nonché l'attuazione e il “perfezionamento” del dettato costituzionale, v. *infra*, nota 150. Richiama a tal proposito la contrapposta visione di P. Häberle, per il quale il mutamento costituzionale è solo un problema interpretativo.

⁷⁰ M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3180.

⁷¹ La tesi principale di S. TOSI, *op. ul. cit.*, 5 s. e 34, è che in regime di costituzione rigida e garantita non si può parlare propriamente di modificazioni tacite in quanto i fenomeni che vanno comunemente sotto quella denominazione «o si presentano come prodotti dell'interpretazione evolutiva della costituzione, e dunque legittimi, ovvero si qualificano come violazioni costituzionali, illegittime sempre». Per questa ragione infatti secondo l'A. sarebbe opportuno tenere distinte le modificazioni tacite *della* costituzione dalle modificazioni tacite *alla* costituzione (p. 6).

Pienamente persuasive le considerazioni avanzate successivamente e, precisamente, che le modificazioni tacite sono «espressione del dinamismo vitale di un ordinamento e persino, da un certo punto di vista e senza indulgere al paradosso, strumento esse stesse di garanzia, in quanto escludono la cristallizzazione degli istituti e dei rapporti giuridico-politici» sempreché ciò costituisca una lecita «evoluzione» della costituzione e «a condizione che rimanga inalterata la garanzia equilibratrice del sistema» (38-39).

⁷² Sul punto (davvero cruciale) si v. almeno M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005, 1 : «molti giuristi condividono (qualche versione de) la dottrina della separazione dei poteri, e in particolare la tesi che al giudice spetti solo applicare il diritto creato dal legislatore; d'altro lato, gli stessi giuristi, o almeno gran parte di essi, condividono anche (qualche versione de) la teoria giusrealista dell'interpretazione, e in particolare la tesi che anche il giudice più fedele alla legge non possa non creare diritto, in qualche senso di ‘creare’. La contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consiste appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo». In termini ancor più critici v. nota n. 25: «il formalismo interpretativo è una sorta di cane morto della

sarebbe chiamato a scoprire o conoscere, si potrebbe essere indotti a sostenere che, quando ciò non si compia, l'interpretazione produca l'effetto della modificazione tacita. Ma persino allontanandosi da siffatta concezione, ammettendo dunque l'esistenza di plurimi significati possibili del dato testuale, la questione delle modifiche tacite si porrebbe ugualmente, dovendosi distinguere quando l'interpretazione sia modificativa o trasformante (se non addirittura in frode alla Costituzione) e quando invece non sia tale⁷³, perché contenuta nell'alveo dei significati possibili.

A ben vedere, come evidenziato da Pierandrei, la questione delle modificazioni tacite della Costituzione riproduce, nell'ambito costituzionale, un «fenomeno di cui si è avuta e si ha continua esperienza anche negli altri settori dell'ordinamento giuridico»⁷⁴, dove le disposizioni scritte si trasformano nel loro significato per l'influenza esercitata nei loro confronti da nuove regole, anche consuetudinarie; ma l'acritica trasposizione della nozione in ambito costituzionale solleva, come Lui stesso constatato, problemi di grave momento, e ciò non tanto quando al testo si attribuisce un significato differente da quello in precedenza accolto, ma quando esso contravviene con quello che dovrebbe essere il suo significato «palese ed immediato» e tutto ciò si compie senza provvedere ad un esplicito emendamento del testo.

La richiamata questione riproduce per molti tratti l'altrettanto annosa disputa sull'ammissibilità o meno, in un ordinamento costituzionale a Costituzione scritta, delle consuetudini costituzionali interpretative⁷⁵ e, ancor più a monte, investe il cruciale dilemma del rapporto tra diritto e fatto, che pervade qualsiasi riflessione giuridica, quale che sia il campo d'elezione prescelto. Sennonché, la questione si complica non poco nel momento in cui per poter propriamente parlare di una modifica tacita del testo per mezzo dei fatti – tanto che si sostanzino in orientamenti giurisprudenziali, in prassi degli organi costituzionali, in consuetudini, convenzioni o anche in condotte sociali diffuse – non basta riconoscere l'interazione tra l'uno e gli altri, ma occorre rilevare una contrapposizione, più o meno forte e grave, tra disposto testuale e fatto, del tutto insanabile in via interpretativa⁷⁶.

In sostanza, il tema delle modifiche tacite non si pone quando la disciplina di alcune fattispecie è largamente rimessa a fatti normativi o anche a meri comportamenti, che specificano o integrino il dato testuale senza collidere con lo stesso, ma solo quando essi esprimano un'interpretazione nient'affatto riconducibile al dato testuale, tale per cui dovrebbe riconoscersi al fatto una forza

teoria dell'interpretazione: la tesi conoscitiva che ogni disposizione presenti uno e un solo significato è del tutto implausibile, e non si trova più un teorico che la sostenga». Cfr. anche M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, 2016, 432 e la Sua impostazione a favore di un "cognitivismo moderato": «nessuno può più dar credito all'illusione positivisticco-ottocentesca dell'"unica" possibile interpretazione del testo. Questo, però, non significa che l'attività interpretativa coincida con l'attività produttiva (creativa) del diritto (delle norme), né autorizza a motivare l'indirizzo neo-ermeneutico o quello realistico con la critica a un positivismo di (...) che non esiste più da tempo.

⁷³ Cfr. E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Spadaro (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali*, cit., 124 e 142.

⁷⁴ F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale*, cit., 315.

⁷⁵ Non solo ai fini di una loro possibile distinzione dalle consuetudini integrative della Costituzione (rispetto alle quali vedi in particolare la posizione critica di S. TOSI, *op. ult. cit.*, 60 s., argomentata proprio sulla base del 138 recante la procedura per l'adozione delle uniche fonti abilitate anche ad integrare la Costituzione), quanto per gli incerti confini tra essa e l'interpretazione costituzionale, distinzione che è infatti negata da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, 234 ss., ma diversamente v. A. RUGGERI, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012, 15 ss.; M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, § 6.

⁷⁶ Si dovrà in sostanza essere al cospetto di un fatto, di una prassi che A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto» nel diritto costituzionale*, in Aa. Vv., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell'AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014, 260, ha definito di una «patologica regolarità» in quanto manifestazione di ripetute violazioni di regole costituzionali. Vedi *infra* § 4.4.

performativa capace di rompere o sorvolare qualsiasi riferimento di segno contrario desumibile dal testo costituzionale⁷⁷. Non basta dunque constatare la creazione di nuovi significati – eventualità che secondo alcune teorie dell’interpretazione si realizza sempre –, ma bisogna ammettere la forza di questi di modificare (tacitamente) quanto prescritto nel testo radicandosi nell’esperienza. Un’operazione, questa, che per usare un eufemismo, non risulta affatto agevole.

A ciò deve poi aggiungersi che, pure in questo più ristretto perimetro, la tematica non potrebbe dirsi esaurita, in quanto, secondo unanime dottrina, le modifiche tacite scaturiscono anche da atti normativi e non soltanto da fatti, sicché sarebbe da domandarsi quali fonti, oltre alla legge di revisione costituzionale, possano legittimamente apportare modifiche al testo costituzionale, pur essendo di rango inferiore alla legge costituzionale.

In effetti, se si persevera nel tentativo di delineare *a priori* e in astratto il concetto di modifica tacita, non si riesce neppure a cogliere l’effetto prodotto dallo stesso, la modifica della Costituzione, che invece dovrebbe connotarlo. Ma soprattutto, se ci si limita a descrivere il fenomeno delle modifiche tacite come mutamento del significato del testo costituzionale, si tende a giustificare l’esistente⁷⁸, arrestandosi alla realistica presa d’atto di una variazione interpretativa senza sforzarsi di valutarne l’ammissibilità o meno, specie in un sistema costituzionale rigido.

Pare insomma evidente che il tema, ove non circoscritto e circostanziato, condurrebbe a riproporre tutta una serie di importanti questioni teoriche, che, seppur sottese al discorso che qui si sta conducendo, esulano dagli obiettivi dello stesso. Occorre invece delineare in concreto i limiti dell’interpretazione oltre i quali si sostanziano modifiche tacite della Costituzione, pervenendo così ad una loro definizione più precisa che sia funzionale a vagliarne la legittimità⁷⁹. Si è consapevoli, però, che se non si inverte il senso di marcia del ragionamento – prendendo le mosse da alcune vicende concrete, per poi provare a risalire, *a posteriori*, ad una demarcazione del concetto di modifiche tacite – si rischia di perdersi in una moltitudine di problematiche.

Per il momento ci si limita soltanto ad evidenziare che il sintagma “modifiche tacite” può coprire una fenomenologia ampiamente differenziata, quanto ai soggetti da cui promanano, agli oggetti su cui incidono, alle forme in cui si esplicano e alla graduazione dell’effetto modificativo⁸⁰. E, infatti, anche per queste ragioni, si è sostenuto⁸¹ che un fenomeno tanto complesso e variegato, come quello dei mutamenti informali, si presti più a narrazioni che a compiute definizioni o qualificazioni.

⁷⁷ Come avvertito da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. ul. cit.*, 239, se si allarga il novero dei fatti normativi produttivi di norme costituzionali sarà inevitabile parlare di modificazioni di fatto della Costituzione; però questi fatti o andranno “registrati” come nuove interpretazioni e nuove prassi degli organi costituzionali e degli attori politici o vanno denunciati come infrazione della Costituzione. Cfr. anche Q. CAMERLENGO, *op. ul. cit.*, 238-9.

⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Democrazia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 332 ss.

È quanto in sostanza contesta anche S. TOSI, *op. ul. cit.*, 43 ss. (ma si tratta di critica ricorrente) alla concezione della costituzione in senso materiale di Mortati, pericolosamente avviata «ad una possibile legittimazione, nella e per la effettività, della mera forza politica su quel sistema di limiti e di controlli che il diritto non può rinunciare ad essere, se non contraddicendo alla sua essenza genuina».

⁷⁹ Come sottolineato da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. ult. cit.*, 619, la vera questione dogmatica posta dalle modifiche tacite è prima che il limite la loro stessa ammissibilità.

⁸⁰ C. MORTATI, *Costituzione*, cit., 197.

⁸¹ M. CARDUCCI, *Il problema esplicativo delle trasformazioni costituzionali. Appunti per una comparazione di teorie e prassi*, in A. Spadaro (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali*, cit., 149-150. Sull’eterogeneità dei fenomeni di mutamenti taciti della Costituzione, v. anche Q. CAMERLENGO, *op. ul. cit.*, 237-8.

4.1. Sul più risalente dibattito intorno alle modifiche tacite: la controversa ammissibilità di leggi costituzionali recanti modifiche implicite del testo costituzionale

Prima di passare all'analisi di alcuni casi concreti, va ricordato che il dibattito sulle modifiche tacite si è posto, fin dagli albori esperienza repubblicana, tutto all'interno dell'art. 138, ovvero attorno alla possibilità di distinguere due diverse classi di legge di rango costituzionale – le leggi di revisione costituzionale e le leggi costituzionali – onde affidare solo alla prima il compito di provvedere alla revisione formale del testo costituzionale. La dottrina⁸² si è da subito (e continua ad essere anche oggi⁸³) divisa tra quanti hanno sostenuto l'unitarietà della categoria, all'interno della quale sarebbe possibile tracciare (solo *a posteriori*) un rapporto di genere/specie (nel senso che la leggi di revisione costituzionale costituirebbero una *species* del *genus* legge costituzionale⁸⁴) e quanti hanno contestato tale indistinzione, predicando la necessità (oltre che l'opportunità) di differenziare le due categorie, evidentemente non sulla base del procedimento di approvazione, che è identico, ma a seconda del contenuto specifico e delle finalità perseguite con l'uso dell'una o dell'altra legge⁸⁵.

Sulla distinzione tra le due categorie di legge *ex art.* 138 Cost. sono note, per l'autorevolezza degli autori che le hanno formulate, ma, non di meno per le critiche suscitate, le posizioni di Esposito e Motzo, che, per quanto rileva ai nostri fini, muovono dalla necessità di tenere distinte le revisioni formali (testuali) dalle modifiche informali, non testuali, materiali o, altrimenti dette, tacite. Secondo Esposito⁸⁶, oggetto specifico delle leggi di *revisione* è il testo costituzionale e la loro finalità è proprio quella di inserirsi nel testo della Costituzione, emendandolo espressamente. Le altre leggi costituzioni sono invece deputate a recare disposizioni, che, senza modificare stabilmente o in via generale il testo della Costituzione, possono determinarne soltanto la sospensione o la deroga (rottura); queste innovazioni prodotte mediante legge costituzionale, proprio in quanto carenti del carattere della

⁸² Per un più ampio quadro delle posizioni espresse in dottrina quanto alla distinzione o indistinzione tra leggi costituzionali e leggi di revisione costituzionale, v. R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993). Premessa, in Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali, I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Bologna-Roma, 1995, 271 ss.

⁸³ Il tema è di recente riaffiorato nel dibattito dottrinale investendo la controversa qualificazione del testo di legge costituzionale (per alcuni, appunto, da qualificarsi come legge di revisione costituzionale) approvato dal Parlamento il 12 aprile 2016 e di seguito sottoposto a referendum costituzionale, svoltosi il 4 dicembre successivo. Specie a quest'ultimo riguardo la discussione ha investito la formulazione del quesito referendario, atteso che, per esso, l'art. 16 della legge n. 352 del 1970 ne prevede due diverse, a seconda che oggetto del referendum sia una legge di revisione costituzionale o una legge costituzionale, con la conseguenza che nel primo caso andranno riportate nel quesito anche le disposizioni della Costituzione oggetto di modifica, laddove nell'altro caso l'ambito di intervento sarà sintetizzato nel titolo della legge costituzionale. V. soprattutto le diverse posizioni espresse da P. CARNEVALE, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della costituzione attualmente in itinere*, in *RivistaAic.it*, 1/2015 e anche in ID., *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi*, Napoli, 2016, 193 ss.; G. PICCIRILLI, *Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un dialogo con Paolo Carnevale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2016.

⁸⁴ Criticamente (anche) su questo punto, P. CARNEVALE, *Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 62.

⁸⁵ Invero, a favore dell'una quanto dell'altra concezione, il dato positivo aiuta ben poco: l'art. 138 Cost., per un verso, sembra voler tener distinte le due categorie, per altro verso, con l'aggettivo "altre" pare voler alludere ad una categoria unitaria. In quest'ultimo senso, milita anche la disciplina di cui all'art. 16 del d.P.R. n. 1092/1985, ai sensi della quale tutte le leggi approvate con il procedimento di cui all'art. 138 Cost. recano il *nomen iuris* di legge costituzionale e riportano una numerazione unitaria e progressiva, distinta solo da quella delle leggi ordinarie; mentre, a favore della distinzione tra le due categorie, si può richiamare l'art. 16 della legge n. 352/70, il quale prevede due distinte formulazioni del quesito referendario a seconda che l'oggetto sia una legge costituzionale oppure una legge di revisione costituzionale.

⁸⁶ C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963.

stabilità, possono essere formulate in forma non di emendamento al testo. La tesi di Esposito è ripresa e ulteriormente sviluppata da Modugno⁸⁷, sulla base di due fondamentali premesse: in primo luogo «la stessa nozione di revisione non tollera concettualmente, ma anzi esclude, l'abrogazione tacita o implicita» di norme costituzionali, in secondo luogo e in stretta connessione con la *ratio* propria delle leggi di revisione costituzionale, le altre leggi costituzionali se ne distinguono per contenuto e finalità⁸⁸.

Di notevole consistenza sono anche gli argomenti addotti da Motzo⁸⁹ a sostegno della necessaria revisione espressa della Costituzione, revisione che a Suo avviso si contraddistingue per l'elemento volitivo, la volontà del Parlamento – di cui si deve fare menzione anche nella formula di promulgazione – di voler approvare disposizioni che contraddicono con il testo della Costituzione⁹⁰.

Sulla concezione unitaria della categoria delle leggi costituzionali si è attestata, di converso, un'altra buona parte della dottrina, sostenendo sia l'ammissibilità di leggi costituzionali additive-integrative, ma non emendative, del testo costituzionale, pure al di fuori dei campi coperti da riserva di legge costituzionale⁹¹, sia la possibilità di ricorrere all'abrogazione tacita delle disposizioni (o norme)⁹² costituzionali. Quanto al primo profilo, si è rilevato come, a fronte dell'impreciso impegno da parte della stessa Costituzione delle espressioni “legge di revisione” e “legge costituzionale”, la prassi⁹³ si sia mossa nel senso dell'ammissibilità di leggi dal contenuto complesso, in parte di revisione e in parte di addizione⁹⁴. Riguardo alla abrogazione tacita – e fermo restando che fino all'approvazione della controversa legge cost. n. 1/2002, su cui ci si intratterà diffusamente, di qui a poco, tale eventualità non si era mai concretizzata – si è sostenuto che anche il rapporto tra Costituzione e legge costituzionale soggiace alle regole sulla successione delle leggi nel tempo e che, pertanto, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. cod. civ., non sarebbe possibile escludere l'abrogazione implicita o tacita delle norme costituzionali.

Al di là delle sfumature tra varie dottrine, v'è un dato incontrovertibile che rende a dir poco problematico far discendere dalle scarnie, se non contraddittorie, espressioni utilizzate dal Costituente, un divieto di modificazione tacita a mezzo di leggi costituzionali: a differenza di altri testi costituzionali (es. art. 79, co. 1 GG) che si sono premurati, per molte e fondate ragioni⁹⁵, di precisare

⁸⁷ F. MODUGNO, *Revisione costituzionale*, cit., 5185, ma trattasi di tesi già sostenuta in altri numerosi scritti.

Sulla necessaria distinzione tra le due classi di legge costituzionale, si vedano anche A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2; A.A. CERVATI, *Brevi riflessioni sull'uso di procedure straordinarie di revisione della Costituzione e sull'abuso di leggi costituzionali in alcuni ordinamenti contemporanei*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 269.

⁸⁸ Secondo F. MODUGNO, *op. ult. loc. cit.*, questo tipo di fonte è idoneo a integrare o derogare alla Costituzione; ad assolvere alle riserve di legge costituzionale; a innalzare al rango costituzionale la regolazione di determinati oggetti precedentemente regolati con fonti di rango sub-costituzionale.

⁸⁹ G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 338 ss., in part. 342.

⁹⁰ Le tesi di Esposito e Motzo sulla distinzione tra leggi di revisione costituzionale e leggi costituzionali state oggetto di puntuali e penetranti rilievi critici da parte di S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, 6 ss. il quale ritiene altresì ammissibili (anche se inopportune) revisioni tacite della Costituzione accanto a revisioni formali.

⁹¹ Come effettivamente verificatosi con l'approvazione delle leggi costituzionali n. 1/1953 e n. 2/1967.

⁹² Come noto, secondo una parte della dottrina l'abrogazione avrebbe ad oggetto la disposizione (in tal senso, A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale, I, L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 42 ss.); secondo altri (F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 4) la norma.

⁹³ Per una compiuta ricostruzione della prassi e della dottrina si rinvia a R. TARCHI, *op. ult. cit.*; M. DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1017 ss.

⁹⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, Padova, 1984, 86.

⁹⁵ Cfr. A. PENSOVECCHIO, *Brevi note sull'interpretazione e sull'adeguamento delle Costituzioni*, in *Arch. dir. cost.*, n. 1, 1990, 13 ss.

che le modifiche costituzionali debbono espressamente investire il testo, modificandolo o completandolo, la nostra Carta costituzionale non reca tale previsione, rendendo così molto controvertibile la configurabilità di un limite in tal senso, opponibile nei confronti di leggi costituzionali che operassero un'abrogazione implicita o tacita delle norme costituzionali. Attestandosi con brutale realismo⁹⁶ sull'impossibilità di configurare sanzioni incidenti sulla validità⁹⁷ di leggi costituzionali non recanti clausole di abrogazione espressa, la dottrina prevalente ne ha riconosciuto l'ammissibilità, pur non mancando di sollevare dubbi sull'opportunità di un simile operato per le conseguenze che ne discendono sul piano della certezza del diritto. Si è fatto notare infatti, che se l'incertezza scaturente dalle abrogazioni implicite o tacite sarebbe da evitare in ogni campo del diritto, a maggior ragione dovrebbe esserlo per le disposizioni apicali dell'ordinamento giuridico, la cui mancata revisione testuale renderebbe meno edotti i cittadini delle innovazioni apportate, seppur tacitamente, al testo⁹⁸. Ma, per quanto paradossale possa apparire, proprio la volontà di non rendere visibili nel testo gli effetti della modifica operata con la legge costituzionale n. 1/2002, ha indotto il legislatore costituzionale a percorrere una strada fin a quel momento inesplorata.

4.2. La “revisione anomala” della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione

La vicenda relativa alla peculiare “revisione” della XIII disposizione transitoria e finale della Carta costituzionale presenta diversi motivi di interesse per il discorso che qui si sta conducendo. La principale ragione risiede senz'altro nella chiarificazione della formula e degli effetti prodotti con la l. cost. n. 1 del 2002, ma, non di meno, questi sono fortemente connessi con il peculiare rapporto che la Carta repubblicana ha inteso porre con il proprio passato.

Dopo sollecitazioni di vario genere e all'esito di una serie molto lunga di iniziative dirette a questo scopo⁹⁹, si è pervenuti nel corso della XIII legislatura all'approvazione della l. cost. n. 1/2002, composta di un solo articolo, ai sensi del quale, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale, i commi primo e secondo della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione *esauriscono* i loro effetti. Senza dunque ricorrere ad una clausola di abrogazione espressa, la legge costituzionale in parola “colpisce” solo gli effetti dei primi due commi della disposizione, lasciando impregiudicati quelli ulteriori, nonché intatto l'intero testo dell'articolo.

Se prima di questa vicenda in dottrina si erano espressi non pochi (e infondati) dubbi sull'ammissibilità dell'abrogazione tacita di norme costituzionali, la vicenda in esame presenta caratteri di assoluta originalità, i quali investono anzitutto i termini utilizzati: nella rubrica della legge si parla di “cessazione” degli effetti dei primi due commi della disposizione, nel testo si parla di “esaurimento” dei loro effetti, volendo forse, con quest'ultimo termine, rimandare l'idea¹⁰⁰ che i

⁹⁶ M. DOGLIANI, *op. ult. loc. cit.*

⁹⁷ E non sulla scorrettezza, come sostenuto da C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 207.

⁹⁸ Così C. MORTATI, *Costituzione*, cit., 190, il quale precedentemente si era espresso in termini ancor più critici, cfr. ID., *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano 1952, 377 ss.

⁹⁹ Sugli antefatti e sul tormentato *iter* dalla legge in parola, si rinvia a S. BASILE, *Legge costituzionale n. 1/2002*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1995, 398 ss.

¹⁰⁰ Un'idea forse sostenibile, ma non pacifica, secondo una prospettiva propriamente storica, ma in più occasioni respinta sul piano tecnico-giuridico, dove la giurisprudenza amministrativa e costituzionale hanno sempre riconosciuto la perdurante vigenza della disposizione. Cfr. Consiglio di Stato, Ad. gen., 10 dicembre 1987, n. 446; 1 marzo 2001, n. 2; Corte costituzionale, ord. n. 480/1989.

In particolare nel parere reso nel 2001, il Consiglio di Stato, sollecitato dal Governo a verificare la plausibilità di interpretazioni riduttive della disposizione, ha anzitutto precisato che «la XIII disposizione non è norma transitoria (sia

commi in parola avessero già da tempo e per altre circostanze esaurito la propria funzione¹⁰¹. Nonostante la promiscuità del lessico, i giuristi più avvertiti non hanno avuto difficoltà ad individuare, quale scopo precipuo e conseguenza più immediata della legge, l'inapplicabilità *pro futuro* delle limitazioni dei diritti civili e politici nei confronti degli appartenenti alla Casa sabauda di cui ai primi due commi della XIII disp. trans. e fin.; tuttavia, per il comune cittadino (e non solo per quello), tutti i divieti in parola continuano ad essere leggibili nel testo della Carta costituzionale e, quindi, presumibilmente restano "vivi". E che questo dovesse essere il messaggio, al di là dell'effetto tecnico-giuridico della l. cost. n. 1 del 2002, lo si può evincere anche dai lavori preparatori e dai dibattiti che la vicenda ha provocato: da essi emerge chiaramente la volontà di tenere fermo il testo e di agire solo sui suoi effetti, onde superare l'opposizione di quanti rifiutavano la cancellazione dal testo costituzionale dei divieti rivolti agli appartenenti alla Casa sabauda.

La vicenda è quindi strettamente connessa all'origine storica della Carta repubblicana, al rapporto tra questa e il suo passato, alla rottura da essa segnata con il regime monarchico, in generale¹⁰², e con la ex Casa regnante, in particolare, per le responsabilità gravissime a questa riconosciute nel disfacimento delle istituzioni liberali durante il ventennio fascista. Di tutto ciò la XIII disposizione finale (e non transitoria) della Carta costituzionale era, e per alcuni deve continuare ad essere, testimonianza visibile, tanto che, pur disponendo la legge costituzionale del 2002 la cessazione degli effetti dei primi due commi, le relative disposizioni permangono nel testo della Costituzione.

Ragionando in termini di stretto diritto positivo, è noto che la legge in parola reca il *nomen iuris* di legge costituzionale, ma da punto di vista funzionale è innegabile che essa sia assimilabile più ad una legge di revisione costituzionale che alle altre leggi costituzionali, anche se, come queste ultime, non incide sul testo della Carta costituzionale. Questa peculiare caratterizzazione della legge in esame pone più di un dubbio sulla correttezza dell'operato del legislatore costituzionale in questa vicenda: non si tratta di sciogliere l'alternativa legge di revisione-legge costituzionale, ma di capire se la tecnica di normazione utilizzata nel caso di specie assolve a quelle esigenze di certezza e chiarezza, che sono tanto più da salvaguardare quando si interviene su fonti di livello costituzionale.

Che senso ha avuto, nel caso di specie, intervenire con una legge corrispondente negli effetti ad una legge di abrogazione espressa, ma non incidente formalmente sul testo costituzionale? Si è già detto che a pesare non poco sulla vicenda è stato il giudizio storico di condanna nei confronti della dinastia sabauda¹⁰³ e, in questo senso, la permanenza del testo in tutta la sua interezza, nonostante la cessazione di efficacia dei primi due commi, può essere letta come forma di deferenza nei riguardi del documento costituzionale inteso come testo storico. Tuttavia, come rilevato da un'attenta

pure a termine incerto) ma norma finale e di puntuale portata precettiva, posta in rapporto di evidente complementarità con le regole generali fissate nella Carta, ed in particolare con quella irrevocabilmente sancita dall'art. 139»; per poi aggiungere che in quanto norma di rango costituzionale essa non poteva che essere modificata mediante il procedimento delineato nell'art. 138, dovendosi escludere che la sua abrogazione possa «mai essere il frutto di un'attività di interpretazione evolutiva». In effetti, come si preciserà meglio nel successivo paragrafo anche questa revisione – indubbiamente "anomala" – è stata sollecitata da una resistenza manifestata dal testo costituzionale.

Critico nei confronti di questa impostazione del Supremo organo di consulenza, A. D'ALOIA, *Il Consiglio di Stato e la XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2001, 538.

¹⁰¹ Di eutanasia della disposizione a causa del suo stato di "agonia" parla A. MORELLI, "Eutanasia" di una disposizione. Ancora sulla legge costituzionale relativa alla XIII disp. trans. e fin. Cost., in *Forumcostituzionale.it*, 25 agosto 2002, che pur esprime condivisibili rilievi critici sul piano della tecnica normativa utilizzata con la l. cost. n. 1/2002.

¹⁰² Sul rapporto tra XIII disp. trans. e fin. e l'art. 139 Cost., cfr. A. RUGGERI, *Avanti Savoia! (la fedeltà alla Costituzione repubblicana e la revisione della XIII disp. trans. e fin.)*, in *Forumcostituzionale.it*, 6 febbraio 2002.

¹⁰³ Così S. BASILE, *op. ult. cit.*, 438 e A. CONCARO, *Disp. XIII*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 2793.

dottrina¹⁰⁴, questo modo di intervenire «obliquo», che lascia apparentemente inalterato il testo della Costituzione, ma incide su di esso in modo indiretto, privando sostanzialmente di efficacia alcune disposizioni, non sembra pienamente rispondente a quell'esigenza di certezza che costituisce l'ambizione più alta della testualità. Dunque, da questo punto di vista, la vicenda esaminata, anche se fortemente connessa alle circostanze storiche che condussero i Costituenti all'adozione di misure eccezionalmente restrittive dei diritti civili e politici nei confronti degli ex regnanti, non può ritenersi autenticamente rispettosa di quel passato e costituisce una forma di svilimento del testo costituzionale e in particolare del suo contenuto *normativo*, quello che dovrebbe interessare prioritariamente, anche se non esclusivamente, il giurista.

4.3. Modifiche tacite e limite del testo: le revisioni costituzionali “per reazione”

Assodato che di modifiche tacite si può parlare pur restando nell'alveo dell'art. 138 Cost., si deve ora allargare la prospettiva di indagine volgendo lo sguardo a quelle che si compiono in forma diversa dall'approvazione di una legge di rango costituzionale. Come già precisato, non si procederà alla ricostruzione in astratto di queste forme “altre”; i dubbi sollevati riguardo ad una possibile sovrapposizione concettuale tra modificazioni tacite e interpretazioni evolutive del disposto costituzionale, ci inducono a svolgere un'indagine empirica individuando, in prima battuta, alcune vicende concretamente verificatesi nell'esperienza repubblicana, rispetto alle quali si può affermare con maggiore convinzione che si siano realizzate o tentate modificazioni tacite della Carta costituzionale.

Più precisamente, attraverso l'esemplificazione si vogliono anzitutto segnalare alcuni casi nei quali si può ritenere che il testo costituzionale abbia funto da limite effettivo alla realizzazione di modificazioni tacite (o presunte tali); si tratta in particolare di vicende caratterizzate dal fatto che, a fronte della “resistenza” manifestata dal dato testuale, la modifica, ritenuta comunque necessaria, è dovuta transitare attraverso l'esercizio della funzione di revisione costituzionale, l'unica deputata ad incidere sul testo.

Procedendo in ordine cronologico, si può ripercorrere la progressiva e travagliata costituzionalizzazione dei principi che informano il c.d. giusto processo, una vicenda sicuramente caratterizzata da un passaggio fondamentale, la revisione dell'art. 111 Cost. ad opera della legge cost. n. 2 del 1999, ma non di meno caratterizzata da un burrascoso progresso¹⁰⁵. Come si è fatto notare¹⁰⁶, questa vicenda è avvolta da una complessa trama di motivazioni – tra le quali anche la (allora molto) controversa definizione dei rapporti tra diritto interno e CEDU –, ma, tra tutte queste, spicca

¹⁰⁴ P. CARNEVALE, *Rivedere la Costituzione*, cit., 40.

¹⁰⁵ Secondo M. CECCHETTI, *Giusto processo a) diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 597, non sarebbe infatti corretto sostenere che «la rilevanza costituzionale nell'ordinamento italiano della nozione di “giusto processo” tragga origine dalla recente modifica dell'art. 111 cost. ad opera della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Da tempo, infatti, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale hanno in vario modo contribuito a ricostruire i contorni e i caratteri essenziali di un principio denominato “del giusto processo” al quale attribuire la qualifica di principio costituzionale in grado di condizionare la legittimità della disciplina di ogni tipo di processo giurisdizionale».

¹⁰⁶ D. BIFULCO, *Il «giusto processo» tra revisione della Carta fondamentale e dinamiche della costituzione materiale*, in *Rass. Parl.*, 2002, 515 la quale evidenzia altresì – offrendo in questo senso un fondamentale spunto per la nostra indagine – che la vicenda del “giusto processo” richiama l'attenzione della dottrina sulla rilevanza dell'elemento fattuale nella conformazione del diritto, invitandola a saggiare come il fatto «si insinua nelle maglie del giuridico, saggiandone la resistenza, o viceversa, la disponibilità a lasciarsi pervadere – e, quindi, di volta in volta, a mutare, innovarsi, oppure involvere – da un che di esogeno rispetto al circuito del diritto positivo».

soprattutto la volontà del sistema politico-istituzionale di reagire a letture restrittive di talune disposizioni costituzionali relative al diritto di difesa. Questi orientamenti interpretativi avevano trovato l'avallo del giudice costituzionale che, con la sentenza n. 361 del 1998, era intervenuto su una disposizione del Codice di procedura penale (art. 513), appena riformulata dal legislatore, ampliando la possibilità di utilizzare materiale probatorio raccolto nelle fasi predibattimentali, con evidenti minore garanzie della genuinità del contraddittorio, come metodo di formazione dialettica della prova. Si è trattato, dunque, di una decisione resa sulla base di un'interpretazione del testo costituzionale molto distante, se non antitetica, rispetto a quella fatta propria dal legislatore ordinario, il quale, con l. n. 267 del 1997, aveva poco prima voluto recuperare il ruolo centrale del dibattimento e delle garanzie ivi assicurate per la formazione della prova¹⁰⁷. Però, la decisione della Consulta del 1998 segnava anche, in una fase storica contrassegnata da molte turbolenze, un punto di rottura rispetto alla propria pregressa giurisprudenza, a cui un'autorevole dottrina¹⁰⁸ aveva riconosciuto, già negli anni '60, il merito di aver saputo interpretare in senso evolutivo l'art. 24 Cost., ricavando da quella disposizione significati largamente assimilabili al principio del *due process of law* di tradizione anglosassone¹⁰⁹.

La sentenza caducatoria del 1998 ha comunque sicuramente impresso la spinta decisiva alla riforma costituzionale operata con la l. cost. n. 2/99 la quale, in tal senso, costituisce la reazione (se non la sanzione¹¹⁰) del Parlamento ad una decisione del giudice costituzionale ritenuta non solo portatrice di un indirizzo interpretativo "poco conforme" allo spirito, più che alla lettera, delle norme costituzionali in materia di diritto di difesa, ma anche integrativa (additiva e sostitutiva) delle norme legislative, in quanto recante un'addizione difficilmente riconducibile al meccanismo delle «rime obbligate»¹¹¹ di crisafulliana memoria, limite e, allo stesso tempo, criterio di legittimazione dell'operato della Corte quando interviene con sentenze manipolative. Depone in tal senso anche la scomposta reazione, un vero e proprio scatto di nervi¹¹², del legislatore nei confronti dell'operato della Consulta, concretizzatosi nella presentazione – all'indomani della pubblicazione della sent. n. 361/1998 – di una proposta di legge costituzionale tesa a modificare l'art. 136 Cost. nel senso di consentire alla Corte solo pronunce di accoglimento o rigetto "secche", impedendo qualunque operazione manipolativa delle norme legislative oggetto del giudizio¹¹³.

¹⁰⁷ Come osservato da M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 603, con la l. 7 agosto 1997, n. 267, di modifica dell'art. 513 c.p.c., il legislatore intendeva rafforzare il ruolo centrale del contraddittorio nella formazione della prova e, a tal fine, limitava l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dai coimputati durante le indagini preliminari, prevedendo che le dichiarazioni accusatorie del coimputato giudicato nello stesso procedimento, in caso di assenza, contumacia o rifiuto di rispondere, fossero inutilizzabili nei confronti degli accusati senza il loro consenso (comma 1), mentre le dichiarazioni accusatorie del coimputato giudicato in altro procedimento fossero acquisibili solo con l'accordo delle parti (comma 2).

¹⁰⁸ M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss.

¹⁰⁹ Un principio iscritto nel «codice genetico del costituzionalismo» che, secondo G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss., trovava già albergo nella Carta costituzionale del 1948.

¹¹⁰ Criticamente su questa possibile configurazione G. FIANDACA, *Il legislatore non deve ridursi a livello della Consulta*, in *Italia Oggi*, 22 dicembre 1998, 59.

¹¹¹ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 84.

¹¹² N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3170.

¹¹³ Proposta di legge costituzionale AC n. 5371 (Soda ed altri), presentata alla Camera dei deputati il 5 novembre 1998).

Mettendo da parte questo eccesso, la riforma costituzionale del 1999 può essere certamente letta come una (legittima¹¹⁴) risposta del Parlamento, impegnatosi ad integrare il testo costituzionale con una serie di garanzie più dettagliate riconducibili al giusto processo, onde far fronte ad un tentativo di modificazione tacita della Costituzione operato dal giudice costituzionale con decisioni manipolative (integrative), ma comunque riduttive dell'istanza garantista sottesa alle disposizioni costituzionali sul diritto di difesa.

Tuttavia, la vicenda ripercorsa si presta viepiù ad una diversa – anche se meno plausibile – chiave di lettura, potendosi intendere la sentenza del 1998 come una reazione del giudice costituzionale a letture del testo costituzionale, sostanzialmente recepite dal legislatore con la novella del 1997 al Codice di procedura penale, ritenute eccessivamente creative, in quanto volte a trarre dal testo della Costituzione, allora vigente, regole precise di attuazione dei principi del c.d. giusto processo. In effetti, è difficile contestare che, prima (e dopo) la sent. n. 361/1998, si avessero «idee anche molto diverse»¹¹⁵ sul tema; la dottrina risultava sostanzialmente divisa tra quanti ritenevano quei principi già esistenti e ricavabili dal testo costituzionale del 1948 e quanti sostenevano la necessità di una integrazione della Carta con una più chiara enunciazione di contenuti garantistici. In questo senso, quindi, si può vedere nella sentenza del 1998 una reazione della Corte costituzionale ad un tentativo di modifica tacita della Costituzione, condotto mediante un processo interpretativo “ardito”, anche se – e il punto merita di essere rimarcato – quell'indirizzo interpretativo non era rimasto allo stato della speculazione dottrinale, ma era stato accolto dal legislatore ordinario, il quale aveva ritenuto di poter dare una più precisa concretizzazione del principio del contraddittorio, ricavabile dal testo costituzionale, nel processo penale.

Sia come sia, la modifica dell'art. 111 Cost. ex l. cost. n. 2/1999 muove dalla necessità di lasciare un segno visibile (fin troppo analitico secondo alcuni) nel testo costituzionale dell'esigenza di rafforzamento delle garanzie del giusto processo, onde evitare modifiche tacite della Costituzione vuoi in senso riduttivo di quelle istanze (ma comunque a favore di altri interessi ricavabili dal testo costituzionale), vuoi in senso ampliativo. Come a dire che, al di là del fine perseguito dall'interprete e degli argomenti addotti per sostenere una certa lettura del testo, ciò che conta davvero è quanto il testo “dice”, o forse, ancor di più quello che non riesce a contenere. Ed allora, visto che dal tenore letterale del previgente testo costituzionale non era dato ricavare interpretazioni univoche (come del

¹¹⁴ La vicenda ha infatti fornito alla dottrina costituzionalistica una preziosa occasione per riflettere in maniera più approfondita, in primo luogo, sull'ammissibilità di sentenze integrative da parte del giudice costituzionale e sui limiti che esse incontrano, onde potersi escludere che costituiscano forme di surrettizia modificazione tacita della Costituzione. In secondo luogo, sul ricorso da parte del legislatore costituzionale alla revisione costituzionale come strumento per superare il giudicato costituzionale (in parte ablatorio, in parte additivo) e per poter, in sostanza, dire l'ultima parola sulla portata dei principi del giusto processo ricavabili dal testo costituzionale. Su questi aspetti, ma anche su altri di sicuro interesse, N. ZANON, *op. ult. cit.*, 3169 ss. In particolare, secondo l'A., la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo operata mediante una legge di revisione formale del testo, volta a superare le resistenze del giudice costituzionale, non può essere ritenuta una forma di uso improprio del potere di revisione costituzionale, una sorta di sua degradazione a strumento di «lotta costituzionale» del Parlamento contro la Corte, essendo possibile per il Parlamento (ma fermo restando il rispetto dei principi supremi) rivestire della forma costituzionale il contenuto di disposizioni legislative ordinarie dichiarate illegittime, purché ciò non diventi una comoda e abituale alternativa alla legislazione ordinaria – con il che si finirebbe per smarrire il senso stesso della rigidità costituzionale garantita dal controllo di costituzionalità delle leggi –, ma costituisca un modo per rafforzare la stessa legittimazione dell'operato della Corte in un ordinamento democratico. In tal senso anche S. Fois, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 2000, 595 s., per il quale nel nostro ordinamento si può certamente ritenere che il potere di revisione «quello che ha il massimo livello di legittimazione democratica e che rappresenta la massima espressione della sovranità popolare, possa opporsi agli indirizzi della Corte con scelte di politica costituzionale – spettanti solo a tale potere – che tentino di costringere la Corte ad essere (come dovrebbe) veramente "soggetta" alla legge costituzionale e non, invece, arbitra di essa».

¹¹⁵ N. ZANON, *op. ult. cit.*, 3176.

resto accade nella maggior parte dei casi...) sulla portata dei principi del giusto processo, si è intervenuto sul testo rendendolo più chiaro.

Non molto dissimile è la genesi della legge costituzionale n. 1 del 2003, con la quale è stato aggiunto un inciso al primo comma dell'art. 51 Cost., impegnando la Repubblica a promuovere con appositi provvedimenti la parità tra donne e uomini nell'accesso ad uffici pubblici e cariche elettive. Anche se nei lavori preparatori si fa riferimento alla necessità di attuare la Costituzione, segnatamente gli art. 51 (formulazione originaria) e il comma secondo dell'art. 3 – o, al più, di integrarli, non già di modificarli – mettendo in condizione la Repubblica di rendere effettivo «il principio democratico di uguaglianza»¹¹⁶, è indubbio che la nuova formulazione dell'art. 51 Cost. muovesse prioritariamente dall'esigenza di dare copertura costituzionale¹¹⁷ ad azioni positive (riserve di quote elettorali in ragione del sesso) già predisposte dalla legislazione elettorale comunale, provinciale, regionale degli anni '90, ma annullate dal giudice costituzionale.

Ancora una volta si tratterebbe, dunque, di una reazione, seppur non nell'immediato, ad una decisione della Consulta e la vicenda potrebbe essere intesa come sintomatica di una contrapposizione forte tra Parlamento e giudice costituzionale. In realtà, non sembra questa la lettura più convincente della vicenda in esame; pur essendo innegabile che anche la legge cost. n. 1/2003 sia stata concepita come una revisione “per reazione”, la chiave di lettura da noi proposta di questo caso non mira a enfatizzare il contrasto tra legislatore e Corte, ma a valorizzare il ruolo del testo costituzionale, nel caso di specie ritoccato proprio al fine di ottenere una modificazione del quadro normativo già tentata mediante altre vie, ma ostacolata da alcune formulazioni del testo stesso nella interpretazione fattane dalla Consulta. Ciò consente di rimarcare che anche se il fine perseguito attraverso la modifica tacita (o meglio, attraverso una funzione di non rivolta allo scopo specifico della modifica costituzionale) non è l'aggiramento del dettato costituzionale, ma addirittura l'ottenimento di un risultato ritenuto più rispondente al soddisfacimento di interessi di rilievo costituzionale, il testo può rappresentare ugualmente un limite a ciò, e quindi la modifica deve necessariamente transitare attraverso la prioritaria revisione del testo costituzionale.

Fatta questa precisazione, l'antecedente della revisione costituzionale del 2003 (ma anche di quelle operate con le l. cost. n. 2/2001 e n. 3/2001) può rinvenirsi nella sentenza n. 422 del 1995, con la quale il giudice costituzionale ha censurato, per violazione degli artt. 3, co. 1, e 51 Cost., i primi tentativi del legislatore di istituzionalizzare la presenza delle donne all'interno delle liste elettorali: si tratta di una pronuncia che ha suscitato molte critiche e sotto molteplici punti di vista¹¹⁸. Per quanto rileva ai nostri fini, basti ricordare che, secondo alcuni¹¹⁹, i parametri costituzionali utilizzati potevano essere letti in maniera molto distante, se non opposta, rispetto a quanto statuito dalla Corte¹²⁰, nel senso cioè di imporre al legislatore l'introduzione nell'ordinamento di misure volte a porre le condizioni per l'effettiva eguaglianza dei cittadini di ambo i sessi nell'accesso agli incarichi pubblici.

Ad ogni modo, da quel momento non si ha più alcun dubbio che la via della riforma per la parità di accesso alle cariche elettive dovesse transitare attraverso la revisione del testo costituzionale, che

¹¹⁶ Cfr. la relazione dell'on. Ioannucci al Senato sulla proposta di legge AS 1213.

¹¹⁷ G. BRUNELLI, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. cost.*, 2002, 615 ss.

¹¹⁸ Per un quadro ampio ed efficace delle reazioni della dottrina, si rinvia a E. ROSSI, *Legge costituzionale n. 1/2003*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 2006, 455 ss.

¹¹⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996; I, 1972 ss.

¹²⁰ In particolare al punto 6 del Considerato in diritto delle sent. n. 422/95.

appunto è stata compiuta in varie tappe, dapprima con due leggi di revisione del titolo V della Parte seconda della Costituzione, la n. 2 del 2001 e la n. 3 del 2001 (la prima recante modifiche agli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale, la seconda per la modifica dell'art. 117 in cui è inserito il comma 7) e, poi, con la l. cost. n. 1/2003. Quest'ultima è stata approvata proprio a ridosso di un'altra decisione della Consulta (la sent. n. 49/2003) sulla nuova legge elettorale valdostana, nella quale il rigetto delle censure mosse dal Governo, ma soprattutto il *revirement* del proprio precedente, sono giustificati «alla luce di un quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca» delle sentenze del 1995 e che pone «esplicitamente» nel testo costituzionale l'obiettivo del riequilibrio e prescrive come «doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale». Insomma, ora che il testo è più chiaro, i paventati rischi di una modificazione tacita della Costituzione compiuta in via legislativa possono essere messi da parte, anche se, verrebbe da dire, con buona pace della discrezionalità del legislatore che si era cimentato in una missione non proprio impossibile...

Da ultimo, tra i vari casi menzionabili che rivelano una resistenza (o una lacuna) del testo costituzionale, a cui ha fatto seguito una revisione del medesimo “per reazione”, può nuovamente richiamarsi la vicenda del “rientro dei Savoia”, atteso che, a fronte della caldeggiata possibilità di configurare in via interpretativa un esaurimento della funzione normativa della XIII disposizione transitoria e finale della Costituzione, era stato replicato dal Consiglio di Stato¹²¹ che la disposizione poteva essere modificata solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost., dovendosi escludere una sua abrogazione «frutto di un'attività di interpretazione evolutiva».

Anche se si è già fatto un veloce cenno a questo aspetto, è bene fare un'ulteriore precisazione sulla ricostruzione appena compiuta. Non sfugge a chi scrive che le vicende appena richiamate potrebbero ritenersi non integranti la “fattispecie” di tentata modifica tacita della Costituzione, ma potrebbero essere intese soltanto come casi nei quali si è profilata un'interpretazione e attuazione del testo costituzionale rilevatasi poi non praticabile. Una simile obiezione ci riporterebbe inevitabilmente al *punctum crucis* dal quale si è preso le mosse: la difficoltà di distinguere concettualmente una modifica tacita rispetto ad interpretazioni particolarmente evolutive del testo costituzionale, anche se autorevolmente sostenute perché provenienti dal giudice costituzionale, certo non interprete esclusivo della Corte, ma, piaccia o meno, sicuramente interprete privilegiato. Un dato, non proprio secondario, avvalorava però la ricostruzione dapprima compiuta, nella quale si è parlato di “tentate” modifiche tacite della Costituzione: il successivo intervento di revisione del testo costituzionale esprime chiaramente che il tenore letterale delle precedenti disposizioni non reggeva alcune letture, comunque le si voglia qualificare – evolutive, creative, inventive... –, e che l'evoluzione dell'ordinamento giuridico perseguita sulla base di quelle interpretazioni è dovuta transitare, per compiersi pacificamente, attraverso la revisione della Carta costituzionale. Ma su questo punto si dovrà necessariamente tornare nei successivi svolgimenti della ricerca per rivelare le peculiari caratteristiche del linguaggio costituzionale e le conseguenze che ne derivano sull'attività di attuazione costituzionale.

4.4. Di alcune “palesi” modifiche tacite della Costituzione

Un ulteriore sforzo di esemplificazione da compiere per tentare di fare chiarezza sulla nozione di modifica tacita della Costituzione è quello di individuare alcuni casi nei quali si possa ritenere che

¹²¹ V. *retro* nota 100.

essa si sia effettivamente compiuta e non sia stata solo tentata. Si tratta di un passaggio molto complesso per le ragioni che di seguito si diranno e che porteranno a ridurre significativamente il “raggio di azione” delle modifiche tacite. Ad ogni modo e seppur con molta cautela, è possibile richiamare alcune vicende che manifestano in maniera inequivocabile, a mio parere, una ripetuta violazione e aggiramento del testo costituzionale e che, dunque, rivelano un chiaro intento di modificazione di quanto ivi prescritto.

Nel compiere questa selezione non ci si è fatti guidare dalla presenza o meno di “reazioni” degli organi deputati al rispetto della legalità costituzionale, e questo perché, riprendendo le parole di Silvano Tosi «noi restiamo ancora dell’opinione che il furto, anche il furto reiteratosi nella sonnacchiosa inefficienza del gendarme, sia cosa diversa dall’abrogazione del diritto di proprietà»¹²². Né si è tenuto conto di un effettivo o presunto assenso prestato nei riguardi di questi fatti da parte di tutti gli organi costituzionali o della società civile. Sulle conseguenze anche in termini di una consequenziale produzione giuridica *extra-ordinem*, non si può qui indugiare, l’aspetto da mettere in rilievo è soltanto quello della compiuta realizzazione di una modifica tacita della Costituzione, in palese dispregio del dettato costituzionale.

Un primo caso di palese contrasto tra la lettera del disposto costituzionale e la sua applicazione nella prassi può rinvenirsi negli atti di nomina presidenziali assunti per iniziativa autonoma del Capo dello Stato a fronte della chiarezza della formula costituzionale di cui all’art. 89 Cost. a norma del quale nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri *proponenti*. In effetti, a corroborare la limpidezza del dato costituzionale avrebbe dovuto contribuire anche il dibattito svoltosi in Assemblea costituente, atteso che nell’originaria formulazione dell’articolo figurava la dizione ministri “competenti”, poi sostituita con quella di ministri “proponenti”, e considerato che, sempre in quella sede, era stata respinta una proposta dell’on. Benvenuti volta a riconoscere poteri di prerogativa presidenziali non vincolati alla presentazione di una previa proposta governativa.

Ebbene, «il rivolgimento in via di prassi dell’art. 89 Cost.»¹²³ è stato innescato all’esito del tormentato dibattito parlamentare su quella che sarebbe diventata la legge n. 87 del 1953¹²⁴, specie allorquando fu approvato l’emendamento presentato dall’on. Fumagalli, in base al quale la nomina dei giudici costituzionali da parte del Presidente della Repubblica sarebbe dovuta avvenire su proposta del Ministro di grazia e giustizia, in ottemperanza del preciso precetto di cui all’art. 89 Cost. Anche se la modifica sollecitata da Fumagalli venne poi eliminata dal testo finale della legge n. 87/53, in quella sede, come ancor prima nel dibattito dottrinale, si era posta una decisiva questione: oscillando tra rispetto della lettera e dello “spirito” della Costituzione, ci si domandava se fosse possibile sottrarre dalla disciplina della proposta e controfirma ministeriale di cui art. 89 Cost. il potere presidenziale di nomina previsto dall’art. 135 Cost., in considerazione, nel caso di specie, delle esigenze di indipendenza della Corte costituzionale, ma non di meno e, in chiave più generale, in ragione della necessità di ricostruire la disciplina dei singoli atti presidenziali tenuto conto dell’intrinseca funzione di volta in volta assolta con essi. Invero, pur non potendo negare la fondatezza di quest’ultima ricostruzione, atteso che alcuni atti che la Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica non potrebbero nascere da una proposta ministeriale, che ne snaturerebbero la funzione, la controfirma degli stessi da parte del Ministro competente, in luogo di quello proponente, come chiaramente

¹²² S. TOSI, *Le modificazioni tacite*, cit., 6.

¹²³ M. AINIS, *Sul valore della prassi*, cit., p. 327.

¹²⁴ Compiutamente ricostruito da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 89 ss.

scolpito nell'art. 89 Cost., sembra potersi qualificare propriamente come modifica tacita del testo costituzionale¹²⁵.

Non manca chi ha intravisto, un ulteriore caso di affermazione di una prassi palesemente in contrasto con il disposto costituzionale nelle tormentate vicende relative alla concessione della grazia, culminate nella nota sentenza n. 200 del 2006, con la quale la Corte costituzionale ha risolto un conflitto di attribuzione fra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia, riconoscendone la titolarità sostanziale al primo. A ben vedere e, come noto, la decisione è stata oggetto di letture molto diverse, ma convergenti quanto al risultato. Quanti¹²⁶ hanno avallato la ricostruzione operata dal giudice costituzionale, che attraverso una disamina storica aveva ravvisato nell'istituto in parola uno strumento finalizzato alla soddisfazione di esigenze di stampo equitativo-umanitario, hanno visto in quella decisione della Corte una reazione contro la prassi distorsiva consumatasi fino a quel momento, che aveva prosciugato e sovvertito (modificato tacitamente) il disposto costituzionale di cui all'art. 87, comma 11, Cost.

Altri¹²⁷, invece, insistendo prevalentemente sulla posizione costituzionale del Capo dello Stato nella forma di governo parlamentare, ma richiamando anche la formulazione dell'art. 89 Cost. e il riferimento chiaro ivi contenuto al ministro proponente, hanno intravisto nella decisione del giudice costituzionale sulla grazia, specie in quei passaggi in cui ridimensiona incisivamente il contributo del Guardasigilli, una manipolazione del testo costituzionale.

Un ulteriore caso di evidente modificazione tacita del disposto costituzionale è da alcuni¹²⁸ ravvisato nel finanziamento pubblico delle scuole private, atteso che, ai sensi dell'art. 33, co. 3, Cost. del testo costituzionale l'istituzione di scuole e istituti di educazione da parte di enti e privati deve avvenire «senza oneri per lo Stato». Al riguardo, ancora una volta, va ribadito che l'anzidetta clausola è stata interpretata in maniera profondamente diversa a seconda della preferenza accordato al criterio letterale, storico, teleologico. Su quelle basi si è sostenuto tanto l'esistenza di un divieto assoluto di finanziamento in favore delle scuole private, quanto di un divieto relativo, nel senso che i privati non hanno diritto di ottenere contributi, ma lo Stato avrebbe la facoltà di concederli; come ancora si è sostenuto che, a determinate condizioni o entro certi limiti, lo Stato avrebbe il dovere di sovvenzionare le scuole private¹²⁹.

La legislazione statale e regionale (a partire dalla l. n. 62/2000) ha previsto sistemi diversificati di finanziamento, comunque non rivolti direttamente alle scuole private, ma sostanziatesi in contributi alle famiglie per far fronte alle spese sostenute presso strutture pubbliche o private. Ad ogni modo, anche volendo accedere a questa ricostruzione più benevola, che, comunque, a mio avviso, forza il dato letterale di cui all'art. 33, co. 3, Cost., quando si deve tener conto del limite delle risorse finanziarie disponibili, qualunque interpretazione o normativa che prevedesse finanziamenti (anche indirettamente) alla scuola privata, sottraendoli alla disponibilità della scuola pubblica, sarebbe senz'altro incostituzionale. Come persuasivamente argomentato, «poiché il finanziamento della

¹²⁵ Di vera e propria innovazione del sistema costituzionale parla Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 293.

¹²⁶ Come M. AINIS, *op. ult. cit.*, 330.

¹²⁷ A. MORRONE, *Prassi e giustizia costituzionale*, in A. Barbera, T. Giupponi (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 509 ss.

¹²⁸ A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto»*, cit., 260.

¹²⁹ Per un quadro di sintesi della dottrina sul tema v. M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, 343 ss.

scuola pubblica è un obbligo per lo Stato mentre il finanziamento della scuola privata, a voler tutto concedere, è solo una facoltà, la logica vuole che si faccia luogo prima agli obblighi, e solo dopo aver rispettato questi, agli impegni meramente facoltativi»¹³⁰.

Un ulteriore gruppo di vicende, denotanti una continua e progressiva violazione del disposto costituzionale, compiuta senza alcuna formale modifica della Carta, può ravvisarsi sul terreno delle fonti primarie. Sono a tutti noti gli abusi perpetrati sul piano della decretazione d'urgenza, come quelli che hanno investito i decreti legislativi delegati. Una sempre più pervasiva prassi, solo in parte arginata da interventi caducatori del giudice costituzionale, ha inciso significativamente sul disegno costituzionale degli atti di normazione primaria del Governo, con ricadute di grave momento sull'equilibrio istituzionale sotteso alla forma di governo parlamentare e sul piano della tutela dei diritti costituzionali¹³¹. Non di meno, e nonostante le resistenze del giudice costituzionale ad intervenire sul punto, anche volgendo lo sguardo alle evoluzioni di alcuni procedimenti parlamentari e, in particolare, alla ricorrente pratica di approvazione di progetti di legge mediante maxi-emendamenti, assistiti da questione di fiducia, è possibile individuare ulteriori evidenti violazioni di diversi disposti costituzionali, a cominciare dall'art. 72 nella parte in cui dispone che ogni disegno di legge deve essere approvato «articolo per articolo e con votazione finale». Per di più considerato che, non di rado, la terribile combinazione maxi-emendamento e questione di fiducia è posta anche su disegni di legge di conversione di decreti-legge o leggi di delega, difficilmente si potrà negare il predominio del Governo sul processo decisionale legislativo e la sua capacità di sterilizzazione della dialettica parlamentare, persino nell'ambito di quei procedimenti normativi duali – decretazione d'urgenza e decreto delegato – dove il ruolo del Parlamento si “gioca” o in fase di conversione o di adozione della legge di delega.

5. Provando a definire in positivo, e non per esclusione, le modifiche tacite della Costituzione

Sulla scorta di quanto sinora osservato, si tenterà ora di compiere il passo più faticoso ovvero quello di far maggiore chiarezza sulla fenomenologia delle modificazioni tacite, provando a delineare “in positivo” i soggetti che concorrono a produrle e le forme mediante le quali esse si manifestano.

Se ci si accontenta, infatti, di una definizione per opposizione, facendovi rientrare tutte quelle modificazioni del testo costituzionale compiute in forme diverse dalla legge di revisione, ma comunque mediante atti aventi rango costituzionale, l'area si restringe notevolmente, finendo per comprendere solo leggi costituzionali, incluse quelle che determinino la sospensione o deroga della Costituzione, nonché quelle che integrano la disciplina costituzionale. Viceversa se si accede ad una definizione molto lata, come quella propugnata da Pierandrei – di modificazione del significato del testo costituzionale – l'area si espande a dismisura, ricomprendendovi attività che difficilmente possono qualificarsi come modificazione tacita della Costituzione, potendo al più definirsi tali proprio per denotarne l'illegittimità.

¹³⁰ A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Diritto e società*, 2013, 48.

¹³¹ Trattandosi di fenomeni estremamente noti che trovano, per di più, continue critiche in dottrina, non sembra necessario richiamare la sterminata bibliografia su questi temi. Per qualche riferimento più recente v. però gli Atti del Convegno svoltosi presso Università di Pisa il 11-12 gennaio 2016 su “*Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica*”, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016.

Nel passaggio da una definizione in negativo a una in positivo, si stagliano però ulteriori ostacoli, primo fra tutti la difficoltà di condurre un discorso unitario, senza fare opportuni *distinguo* tra le varie “parti” del testo costituzionale, con ciò intendendo non tanto la bipartizione della Costituzione repubblicana, ma la differente struttura degli enunciati costituzionali. V’è infatti da rilevare che il testo costituzionale ospita prevalentemente, ma non esclusivamente, «enunciati che si segnalano più per la densità del potenziale normogeno che per la precisione del discorso dispositivo»¹³² e questa caratteristica va riconosciuta non solo alle norme recanti principi e non regole¹³³, ma ai ricorrenti concetti-valvola, ai “concetti giuridici indeterminati”, alle “clausole generali” e a tutte le formule aperte e porose¹³⁴, le quali complessivamente esprimono quella proiezione della Carta costituzionale al futuro, di cui si è avuto già modo di parlare approfonditamente. Pur non potendo disconoscere che le problematiche poste dall’interpretazione costituzionale sono largamente comuni a quelle dell’interpretazione di qualsiasi atto normativo¹³⁵, tanto per ragioni eminentemente qualitative (la primigenia funzione legittimante e fondante della Costituzione; la sua superiorità; la più intensa carica assiologica¹³⁶ e di politicità che ne connota il contenuto; la natura dei soggetti che la “interrogano”), quanto per ragioni quantitative (maggiore ricorrenza di concetti aperti), il linguaggio costituzionale¹³⁷ presenta delle peculiarità e queste sono profondamente legate alla prospettiva dinamica abbracciata dalla Costituzione. Le ricorrenti formule aperte, ivi contenute, rispondono proprio alla esigenza di ogni Carta costituzionale, che ambisce ad essere stabile, di aprirsi al moto, di accogliere significati anche innovativi e impensabili al tempo in cui furono formulate le relative disposizioni.

Si è ben consapevoli che in queste poche righe si sono condensate questioni di capitale importanza e la sintesi probabilmente non ha giovato alla precisione e alla chiarezza delle questioni sfiorate; il punto sul quale però si intende insistere è che le caratteristiche semantiche e sintattiche della Costituzione rendono meno agevole la delineazione del concetto di modifica tacita, la sua distinzione

¹³² R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3209.

¹³³ Sulla distinzione (forte o debole) tra principi e regole e sui criteri che dovrebbero concorrere a determinarla, la letteratura è vastissima. Si v. almeno la sintesi tra i vari orientamenti riportata da G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 52 ss.

Il rilievo fondamentale nel processo interpretativo dei principi, la cui «dimensione diacronica» li rende norme destinate a durare nel tempo «pensate per coniugare stabilità ed elasticità», è segnalato da F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 66.

¹³⁴ G. PITRUZZELLA, *Considerazioni su l’idea di costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, Torino, 1993, 77, richiama anche la distinzione delineata da R. Dworkin (*I diritti presi sul serio*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1986, 245 ss.) tra “concetti” e “concezioni” per dimostrare come alcuni concetti fissati nel documento costituzionale (egualianza; utilità sociale, ordine pubblico, ecc.) vengono intesi secondo una concezione variabile nel tempo. Di qui una inevitabile «mutabilità» del diritto costituzionale solo in parte definito dal testo della Costituzione e in larga parte rimesso a concezioni politiche sociali caratterizzanti la cultura giuridica e politica del paese in un dato momento storico. Il pensiero di Dworkin è ripreso anche da G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 253-4, che tuttavia ne contesta il legame troppo stretto con una visione giusnaturalistica dei principi. Ma soprattutto, secondo Silvestri, «l’uso delle parole “concetto” e “concezione” può risultare (...) fuorviante, se non si precisa che porre una concezione non è altro che stabilire un significato parzialmente diverso degli stessi enunciati. Ci si trova quindi a fare nuovamente i conti con il problema del valore e della funzione del testo: si deve rispondere al quesito se il testo esprima qualcosa o se esso è tanto aperto da consentire un ricambio completo di significato». Corsivi nostri e approfondimenti in tal senso *infra*.

¹³⁵ Non si può indugiare in questa sede, sulla peculiarità o meno dell’interpretazione costituzionale rispetto alla interpretazione giuridica, per la quale si rinvia alla sintesi delle diverse posizioni riportata in R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, cit., 3209 ss.

¹³⁶ Aspetto centrale messo in evidenza in numerosissimi scritti da Antonio Ruggeri. Si vedano, oltre ai saggi già citati, almeno A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2015.

¹³⁷ Su cui G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*; A. RUGGERI, *op. ult. cit.*; G. LANEVE, *Linguaggio giuridico e interpretazione. Dalla Costituzione alla globalizzazione*, Bari, 2004, 24 ss.

dall'attività interpretativa, nonché la stessa possibilità di conferire o meno a questa una componente necessariamente creativa¹³⁸.

Una possibile via d'uscita può essere offerta dal riconoscimento di una peculiare caratteristica che connoterebbe alcuni disposti costituzionali, quella della elasticità, il cui richiamo solo in apparenza dà luogo ad un ossimoro¹³⁹, disposizioni elastiche in una Costituzione rigida. La ragione più profonda della elasticità risiede nella capacità di una Carta costituzionale di adattarsi «alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»¹⁴⁰.

Questa concezione della elasticità è stata, come noto, elaborata da Luigi Rossi con riferimento allo Statuto Albertino sulla base di argomentazioni ancora oggi condivisibili, ma proprio l'aver qui verificato le conseguenze di una eccessiva tensione di norme elastiche, determinatasi in quel contesto, dovrebbe quantomeno indurre ad una certa cautela nella trasposizione acritica di essa in un sistema costituzionale rigido e garantito¹⁴¹. Non si dubita infatti che l'elasticità dei disposti costituzionali, anche in un sistema rigido, costituisca una indubbia virtù degli stessi; tutt'altro. Si è pienamente convinti che la «apertura» della Carta costituzionale, il suo essere «a virtualità multiple» – riprendendo così le parole di Sergio Bartole e Augusto Barbera¹⁴² – costituisca il principale pregio

¹³⁸ Sulla natura creativa dell'interpretazione e sulle teorie che l'hanno sorretta, pare davvero impossibile poter fornire anche una minima indicazione bibliografica. Indubbiamente però, come rilevato da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in cit., 393: «*Freirechtsbewegung* (...), *libre recherche scientifique* di Gény, (...), il realismo scandinavo (...) americano, la perelmaniana teoria dell'argomentazione, l'ermeneutica contemporanea, la dottrina della precomprensione, alcuni indirizzi analitici: dopo sommovimenti culturali di questa portata nessuno ha più potuto dar credito all'illusione positivistic-ottocentesca (non, dunque, positivistica *tout court*) dell'interpretazione "unica" dei testi normativi. Né l'acquisita consapevolezza dell'inconsistenza della pretesa della legge all'autosufficienza e della disponibilità di un ampio spazio ermeneutico consegnato alla giurisprudenza si è arrestata alla critica negativa alle certezze della dottrina classica, ma si è estesa al ripensamento in positivo del ruolo del giurista e in particolare del giudice, con la sottolineatura della natura creativa della loro attività».

Colpisce profondamente la lettura complessiva dallo stesso A. sui rapporti tra giurisdizione e legislazione e sulla creatività dell'interpretazione (specie) giudiziale. Vedi almeno, *IBIDEM*, 394 «È un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi».

Quanto al ruolo del giudice decisamente diversa la posizione di P. GROSSI, da ultimo, riportata nella raccolta di saggi *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017. Il Maestro fiorentino, recuperando il significato originario del termine latino "invenire", parla di «invenzione del diritto», valorizza la funzione del giurista, quella di "cercare e trovare", portare ad emersione i significati ordinanti. Ma sottolinea altresì che il termine invenzione non deve essere confuso con quello di creazione, frequentemente utilizzato dai sostenitori di una certa giurisprudenza a rischio di assolutismo giuridico. Per P. Grossi «il testo costituzionale è soltanto (...) la punta emergente di un vasto continente sommerso, di una dimensione costituzionale inespressa ma non per questo meno vivente» (110), rispetto alla quale decisivo è il contributo offerto dalla Corte costituzionale «lettrice e interprete di valori muniti della tensione a diventare principi e, indi, regole di vita» «organo respiratorio dell'intero ordinamento giuridico italiano, garanzia del suo naturale sviluppo entro la ininterrotta dinamica storica» (111).

¹³⁹ G. AMATO, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos*, n. 1/2016.

¹⁴⁰ L. ROSSI, *La «elasticità» dello Statuto italiano*, cit., 27 ss.

¹⁴¹ In tal senso, anche G. TREVES, *Duttilità della Costituzione*, in Aa. Vv., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 623.

Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, 235, sottolinea come l'elasticità, da proprietà degli enunciati costituzionali di «riacquistare la forma e l'essenza originarie una volta esaurita la tensione esercitata dall'esterno, (...) se forzata oltre certi limiti connaturali alla sua intrinseca vocazione equilibratrice, finisce talvolta per condurre ad un vero e proprio strappo».

¹⁴² S. BARTOLE, *Interpretazione*, 409; A. BARBERA, *Costituzione*, cit., 357.

Si tratta di una visione condivisa da larga dottrina; ma per una lettura discordante si veda G. BOGNETTI, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 19, il quale pur condividendo l'approccio metodologico e apprezzando lo sforzo compiuto da Bartole nella sua opera del 2004, ne ravvisa aporie in larga parte riconducibili anche all'equivoco del compromesso costituzione.

della Carta repubblicana del 1948; ma, come si è osservato nella premessa di questo studio, allorché si è ritenuto indispensabile inquadrarne il suo complesso oggetto entro la cornice dell'ordinamento costituzionale, se ciò consente certamente di sdrammatizzare il tema delle trasformazioni costituzionali, certamente rende più scivoloso il confine tra interpretazione costituzionale e modifiche tacite e tra queste e gli spazi rimessi alla revisione testuale.

Per di più il carattere della elasticità non si presta a essere generalizzato e riferito indistintamente a qualsiasi enunciato costituzionale, anzi sarebbe tra l'altro opportuno tenere distinta una elasticità, che consapevolmente e scientemente è stata predisposta dai Costituenti per un adeguamento continuo della Carta al mutamento sociale e politico; una elasticità, come dire, *oborto collo* accettata dagli stessi per l'impossibilità di pervenire in quella sede ad assetti più definiti; e una elasticità "provocata" ovvero ritenuta tale dagli interpreti della Carta per consentire risultati legati a fenomeni contingenti, se non a vere e proprie convenienze di parte.

Questo groviglio di questioni, che si pongono su plurimi versanti e con modalità non pienamente assimilabili, avvolgono un nodo di fondo: il valore del testo. Elasticità, indeterminatezza del linguaggio o di alcuni concetti giuridici, evoluzione ermeneutica, fluire del tempo, sembrano sottendere la possibilità di accogliere qualsiasi significato del testo. Ma se il testo ha, a sua volta, un valore profondo proprio nella dimensione della temporalità – e fermo restando che la sua interpretazione non può prescindere dal contesto (normativo e fattuale), se non anche dalla precomprensione di chi la pratica –, ciò risiede nel fatto di segnare «l'universo delle possibilità interpretative, e cioè dei possibili significati»¹⁴³. Qualunque interpretazione, da chiunque compiuta, conduce ad un esito, che comunque lo si voglia qualificare e a prescindere dal suo essere "indigesto"¹⁴⁴ o particolarmente gradito, non può sfigurare il testo¹⁴⁵. Ogni significato va ricondotto al testo, ad una delle sue disposizioni o alla loro combinazione sistematica. Il testo può costituire certamente la premessa per interpretazioni evolutive, ma non può non fungere da confine ultimo per le stesse, un limite indispensabile per tracciare la fondamentale distinzione tra interpretazione e decisioni costituenti¹⁴⁶.

I casi dapprima passati in rassegna, relativi ad una resistenza del testo rispetto a fughe in avanti (o indietro) degli interpreti, rispondevano proprio all'obiettivo di dimostrare questo assunto del valore della testualità; ma sul punto si tornerà di qui a poco con ulteriori esempi. Al momento, non si può che constatare come anche la peculiare struttura di molti enunciati costituzionali non renda agevole la definizione in positivo delle modificazioni tacite e la distinzione concettuale tra queste e l'interpretazione costituzionale, ma allo stesso tempo pare che la necessità di tracciare un confine tra l'una e l'altra cresca in misura direttamente proporzionale alla quantità dei problemi posti sul tappeto. Questa esigenza, infatti, si avverte in misura ancora maggiore laddove, sulla scorta delle intuizioni di Pierandrei e Tosi, si proceda a verificare il diverso e non assimilabile contributo offerto dai soggetti che danno vita alle modificazioni tacite della Costituzione e le forme attraverso le quali queste prendono corpo. Nell'elencare i «fattori, in conseguenza della cui azione si pone in essere il fenomeno» delle modifiche tacite, Pierandrei¹⁴⁷ ha, prima di tutto, distinto gli atti e i fatti normativi¹⁴⁸, facendo rientrare nella prima classe le leggi di cui all'art. 138 Cost., sia ove intendano

¹⁴³ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in *Interpretazione costituzionale*, cit., 44.

¹⁴⁴ IDEM, 41.

¹⁴⁵ Cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 41 ss. e la sua concezione di «giuspositivismo temperato o critico».

¹⁴⁶ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1985, 148 ss.

¹⁴⁷ F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, 324.

¹⁴⁸ Ma criticamente, C. MORTATI, *Costituzione*, cit., 198, secondo il quale dovrebbe sempre parlarsi di fatti.

assicurare una particolare interpretazione delle formule costituzionali (e quindi si atteggiino come leggi costituzionali di interpretazione autentica), sia ove precedano ad una revisione inespresa, cioè non testuale. Su questi atti si è già avuto modo di discorrere; quel che ora conta evidenziare è che, nel proseguire l'elencazione degli atti in parola, l'Autore ha ritenuto di dover dedicare «poche parole (...) riguardo agli atti da cui *frequentemente* derivano delle modificazioni tacite del Testo costituzionale, riguardo cioè agli atti emanati dagli organi fondamentali nell'esercizio delle loro *normali* attività»¹⁴⁹, più specificamente leggi ordinarie, atti normativi e di governo emananti dall'Esecutivo, atti con cui gli organi costituzionali provvedono alla loro disciplina interna. L'iniziale spaesamento che si avverte nel concepire questi atti come produttivi di modificazioni tacite, trattandosi di atti non funzionalmente preposti alla modificazione della Costituzione, si attenua richiamando la definizione del fenomeno delle modificazioni tacite fatta propria da questo Autore e sulla quale si è a lungo indugiato. Se queste modifiche altro non sono la trasformazione del significato dei precetti, pur nell'invarianza del testo costituzionale, non si può dubitare che ciò si verifichi anche attraverso l'attuazione di questo da parte degli organi a ciò abilitati. Si ripropone, però, anche su questo versante, la difficoltà di distinguere tra interpretazioni-attuazioni "consentite" dal testo – o quantomeno da questo non impedito –, che, dunque, non dovrebbero annoverarsi neppure tra le modifiche tacite¹⁵⁰, e interpretazioni-attuazioni modificanti, le quali, in un sistema costituzionale rigido e garantito, non possono legittimamente compiersi. In effetti, Pierandrei non ha negato affatto che sarebbe spettato alla neo istituita Corte costituzionale impedire che si producano «quelle più gravi modifiche che si risolvono in vere e proprie "violazioni" dell'ordine costituito»; quello che tuttavia non persuade di questa ricostruzione è anzitutto la possibile sovrapposizione concettuale tra attuazione costituzionale e modificazione tacita (concepibile solo nell'ottica fatta propria dall'Autore che appunto accoglie una nozione molto lata del fenomeno come modificazione del significato del testo); ma anche la difficile identificazione delle modificazioni *gravi* che, appunto, sarebbero vietate e impedito dal giudice costituzionale, dalle altre presumibilmente tollerabili. In questo discorso ci è sembrato di intravedere una confusione concettuale, nient'affatto a tutt'oggi inconsueta¹⁵¹, tra interpretazione, applicazione e attuazione del testo costituzionale, una confusione che senz'altro si comprende, se si tiene conto della fase storica in cui si è sviluppata l'opera richiamata, una fase in cui non si può dire che si fosse già "metabolizzato" il rinnovato rapporto tra Costituzione e legge, ma soprattutto in cui molti dubbi investivano l'operato della Corte costituzionale.

Quanto alla criticata riconduzione degli atti di "attuazione" della Costituzione alla categoria delle modifiche tacite, un'altra precisazione è d'obbligo: non si dubita affatto che anche questi atti possano determinare un mutamento dei significati del disposto costituzionale; anzi, si è fermamente convinti che ciò si determini continuamente e fisiologicamente. Mediante l'attuazione viene portato a compimento il contenuto precettivo della Carta (di tutte le sue disposizioni¹⁵²), realizzando quel

¹⁴⁹ F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, 332. Corsivo nostro.

¹⁵⁰ Così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 611, secondo il quale non può parlarsi di «mutamento costituzionale» allorché le norme costituzionali ammettono degli sviluppi diversificati, all'interno di certi limiti, e il legislatore se ne avvale. Si tratta di null'altro che di «sviluppi legislativi». Né può parlarsi di «mutamento costituzionale» quando il legislatore provveda a concretizzare concetti costituzionali indeterminati (612).

¹⁵¹ Lo ha fatto notare M. LUCIANI, *Dottrina del moto*, cit., 40 ss.

¹⁵² Può ritenersi oramai definitivamente superata la distinzione all'interno della Carta costituzionale tra norme immediatamente precettive e norme programmatiche, su cui si è pronunciata la Corte costituzionale nella sua prima decisione, la celeberrima sent. n. 1 del 1956, sulla quale vedi almeno, S. BARTOLE, *Interpretazione*, cit., 41 ss. e M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 42 ss. Tuttavia, se dell'iniziale concezione delle norme programmatiche deve continuarsi certamente a rifiutare l'idea diffusa nella prima esperienza repubblicana, che le vedeva rivolte principalmente o solo al legislatore, non si può nemmeno negare che la loro applicazione diretta comporti una più ampia discrezionalità interpretativa.

programma dinamico che consente ad essa di proiettarsi nel tempo; ma ciò avviene secondo un andamento che, prevalentemente, non è predefinito in modo univoco¹⁵³, per cui, in questo senso, l'attuazione non andrebbe intesa come modificazione di un significato del testo che già dato *a priori*. Per di più, va constatato come, nel corso del tempo e sulla base di molteplici fattori, l'attuazione politica del programma costituzionale¹⁵⁴ abbia vissuto un decisivo arretramento a favore dell'applicazione giudiziaria dei principi e delle altre norme costituzionali. Ebbene, pur essendo innegabile che l'attivismo giurisprudenziale abbia dato un contributo decisivo al radicamento della concezione della Costituzione come atto propriamente normativo, non mancano aspetti di forte criticità, a cominciare dalla constatazione che l'attuazione in senso proprio presupponga un qualcosa di più di quanto richiesto dall'applicazione di una norma costituzionale, da parte della pubblica amministrazione o da parte del giudice: presuppone una decisione politica e, ancor prima, la mediazione politica, certamente non surrogabile dell'applicazione diretta della norma al caso concreto.

Sono tutti problemi ben noti quelli appena accennati, che si sono manifestati lungo tutta l'esperienza repubblicana, investendo la parte organizzativa della Costituzione e, poi man mano che questa ha trovato faticosamente attuazione, interessando sempre di più la parte dei diritti, quella a cui appunto dedicheremo nel prosieguo qualche considerazione più approfondita, non senza anticipare, sin d'ora, che il dubbio avvertito in maniera sempre più forte è che l'attuazione costituzionale non possa propriamente qualificarsi come modifica tacita della Costituzione, a meno che la nozione di modifica non venga intesa in senso talmente ampio da ricomprendere qualsiasi evoluzione normativa. Inoltre, ci sembra che l'ulteriore equivoco, veicolato dalla riconduzione dell'attuazione costituzionale alle modificazioni tacite della Costituzione, stia nella prefigurazione di una concezione totalizzante¹⁵⁵ della stessa, ovvero della pretesa di rinvenire in essa una risposta univoca, in un senso o in un altro, a qualsiasi problema, di ricavarne una disciplina sempre pronta all'uso, di negare che esistano spazi lasciati aperti a determinazioni che potranno provenire dagli attori politici e sociali, cosa di cui, per quanto sinora osservato, non si può che dubitare fortemente.

5.1. Una sintetica panoramica su alcuni luoghi della Costituzione interessati da modifiche tacite

Alla luce di tutte le difficoltà sin qui incontrate, e sempre che si condividano i precedenti assunti, dobbiamo allora arrenderci, rilevando che una definizione "in positivo" delle modifiche tacite della Costituzione è impossibile o almeno che ogni sforzo è votato all'insuccesso? La tentazione è molto forte e probabilmente sarebbe anche comprensibile.

Non a caso, M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi*, Roma, 2009, 21 ss. ha intravisto nella svolta determinata dalla sent. n. 1/56 la prima delle più significative trasformazioni costituzionali dell'esperienza repubblicana volta a (ri)creare un rapporto diretto tra Costituzione e giurisdizione, nel senso che «tramontato il tempo storico in cui la costituzione poteva vivere in concreto nei rapporti sociali ed economici solo per interposta mediazione, ovvero per il tramite della legge», l'affermazione della sua piena normatività è stata parimenti affidata anche alla giurisdizione. «Anzi, questa seconda via si sta sempre più ampliando, per la necessità di dare risposte concrete ad una società sempre più complessa ed articolata, che propone spesso questioni non risolvibili secondo alternative secche» e la Corte costituzionale è al centro di questo processo.

¹⁵³ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 24 ss.

¹⁵⁴ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 41 ss.; C. DE FIORES, *Dalla costituzione inattuata alla costituzione "inattualizzata"*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, cit., 145.

¹⁵⁵ Criticamente nei riguardi di questa concezione, A. BARBERA, *Costituzione*, cit., 336, che riprende il lessico di V. ANGIOLINI, *op. cit.*, 115 ss. Su posizioni analoghe M. LUCIANI, *Dottrina del moto*, cit., 60 ss.; R. BIFULCO, *Costituzione*, in *Filosofia del diritto*, a cura di U. Pomarici, 2007, 140 ss.; A. RUGGERI, *Costituzione scritta*, cit., 30 ss.

Si potrebbe sostenere che quello delle modifiche tacite è un falso problema. Ma come spiegare allora la ricorrente affermazione per cui, nei sui 70 anni di vigenza, la nostra Costituzione ha subito molteplici modifiche tacite? Invero, il termine più ricorrente è quello di trasformazione, ma, in fondo, anche mutando la terminologia, il dubbio che permane è sostanzialmente identico: come distinguere le trasformazioni che si compiono nell'alveo dei possibili significati del testo, da quelle che se ne discostano?

Si può sospettare che dietro la nebulosa fenomenologia delle modifiche tacite e la sua ricorrente evocazione, vi sia una più sottile strategia, quella della denuncia dell'inattualità, dell'obsolescenza del testo, rispetto alle quali la soluzione più adeguata consisterebbe nella revisione testuale. Probabilmente anche i casi di revisione "per reazione", prima passati in rassegna, potrebbero avvalorare questa lettura. Tuttavia, le ragioni che ci hanno spinto a quella analisi sono state ben altre: lo scopo era quello di verificare in concreto il valore del testo costituzionale.

E allora forse solo dal testo della Carta costituzionale si può ripartire per tentare di fare un po' più chiarezza sulle modifiche tacite. Per quanto semplicistico posso apparire soltanto partendo dal testo della Costituzione, calandolo nel contesto normativo e fattuale, si potrà rilevare una difficoltà di risalita ad esso, indizio forte della possibile ricorrenza di una modifica tacita dello stesso o quantomeno di un tentativo in tal senso¹⁵⁶.

Ribadendo il valore della testualità non si intende rinnegare il carattere composito dell'ordinamento costituzionale, ma si vuole rimarcare che, se questo pretende di essere stabile, non solo vigente nel tempo, ma aspirante all'eternità, deve essere necessariamente predisposto alla trasformazione e di questa anche il testo è componente ineludibile, specie ai fini della capacità di governo del moto.

Sulla base di questa fondamentale considerazione e rafforzati dal supporto dalla stessa fornito, si possono provare a ripercorrere i luoghi nei quali la dottrina italiana ha ravvisato delle modifiche tacite della Costituzione, per appurare se effettivamente è impossibile ricondurre queste trasformazioni al testo costituzionale. Una rassegna completa di queste vicende è, per varie ragioni, impraticabile; una selezione, per quanto discutibile, va compiuta e la scelta è caduta sul versante dei diritti fondamentali per i motivi e con le finalità di cui si dirà nel successivo paragrafo.

Pur ristrette in spazi decisamente angusti e inappropriati alla mole delle questioni evocate, non si possono omettere alcune brevissime considerazioni su ulteriori profili, che sono stati individuati facendosi guidare da un'autorevole dottrina. Accogliendo le illuminanti suggestioni provenienti da un lavoro di Alessandro Pizzorusso¹⁵⁷ ci si può domandare se quelle che Lui ha definito come «rivendicazioni presidenzialista e federalista»¹⁵⁸ spingano verso modificazioni tacite della Costituzione o abbiano già effettivamente prodotto le stesse.

¹⁵⁶ G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *La giustizia costituzionale in trasformazione*, a cura di B. Caravita, Napoli, 2012, 8.

¹⁵⁷ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., Parte IV, § 1.A, sez. I, n. 4., 362 ss., in cui si riprendono, parzialmente e con alcune modifiche, le considerazioni svolte dallo stesso A. nel saggio *Modificazioni tacite di una costituzione rigida*, in F. Fernández Segado (cur.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context*, Madrid, 2003, 805 ss.

¹⁵⁸ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 366. Invero l'A. valuta partitamente un'altra possibile ipotesi di modifica tacita della Costituzione scaturente dalla «rivendicazione liberista» e, a tal proposito, ne rivela la mancata realizzazione.

Questo profilo, di grande rilievo, sul quale il dibattito nella letteratura costituzionalistica è stato sempre vivacissimo, non può essere affrontato in questa sede come meriterebbe. Per esso si rinvia a M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico* Relazione tenuta al XXXII Convegno annuale dell'AIC, Modena 10-11 novembre 2017 (versione provvisoria), in www.associazionedeicostituzionalisti.it, per l'attentissima ricostruzione della dottrina e le significative

Quanto alla prima, il giudizio di Pizzorusso è molto chiaro: a Suo avviso si tratta di «uno dei casi più chiari di modifica tacita della Costituzione»¹⁵⁹, compiuto sulla spinta dei referendum elettorali del 1991 e del 1993, delle modifiche delle leggi elettorali a effetto maggioritario (e poi con liste bloccate) e della sempre più accentuata tendenza alla personalizzazione della politica. Il precipitato più visibile di questa trasformazione è ravvisato nell'art. 92, comma 2, Cost., tacitamente modificato nel senso della riduzione dello spazio di valutazione del Presidente della Repubblica nella nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Dal nostro canto, però, non possiamo non rilevare che tali considerazioni – pienamente condivisibili quanto ai profili di criticità evidenziati – non trovino più riscontro nel recente periodo. Non solo alla svolta maggioritaria compiuta mediante la modifica delle leggi elettorali non è corrisposta l'attesa evoluzione del sistema politico in senso bipartitico o bipolare, ma la crisi dei partiti si è ulteriormente accentuata, aggravata da plurimi fattori di nuovo e vecchio conio. L'evoluzione del contesto politico e normativo, registratosi negli anni più recenti, su cui ha fortemente inciso anche il giudice costituzionale con due importanti e molto dibattute sentenze rese sulle leggi elettorali¹⁶⁰, lungi dal condurre ad un ridimensionamento del ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione del Governo, lo ha accresciuto, parallelamente ad un'accentuazione del suo potere di influenza sugli equilibri della forma di governo, tanto maggiore nelle fasi di più forte crisi politico-istituzionale, verificatesi, da ultimo, assieme ad una profonda crisi economico-finanziaria. La ragione principale per la quale riteniamo che la spinta impressa dalla “rivendicazione presidenzialista” non abbia condotto ad una modifica tacita dell'art. 92 Cost. risiede nella ben nota circostanza – oggetto non di rado di pungenti critiche¹⁶¹ – che il disegno tracciato in Assemblea costituente sui rapporti tra Parlamento e Governo e sui poteri del Capo dello Stato sia volutamente elastico e aperto a svolgimenti determinati dall'evoluzione dei rapporti politici. Quelli verificatisi nell'esperienza repubblicana, sulla spinta di molteplici fattori, sono comunque riconducibili al figurino tracciato nel testo costituzionale, dove l'articolo 92 assegna al Presidente della Repubblica il potere di nomina del Presidente del Consiglio (e dei Ministri) «senza ulteriori indicazioni che ne restringano la latitudine»¹⁶², se non per il perseguimento dell'obiettivo cui deve tendere la formazione del Governo, ovvero l'ottenimento della fiducia da parte Parlamento. Che il modello di forma di governo parlamentare disegnato in Costituzione sia stato sovente sottoposto a indebite torsioni, le quali hanno alterato il delicato equilibrio istituzionale, è senz'altro innegabile e trova eloquente rispecchiamento, sul versante della normazione primaria, nell'abuso degli atti aventi forza di legge da parte del Governo e dei suoi poteri di influenza sul procedimento legislativo parlamentare, rispetto ai quali se di modifica tacita della

riflessioni svolte dall'A. anche su questioni che avrebbero meritato attenzione nel mio studio: la spinta alle modifiche proveniente dalle trasformazioni economico-sociali; il carattere congenitamente dinamico del testo costituzionale sul rapporto tra democrazia ed economia; l'inattuazione dell'art. 46 Cost. In particolare, si condivide pienamente – come si preciserà nel prosieguo della trattazione – la necessità, ampiamente argomentata da Benvenuti, di riconformare i rapporti tra diritto interno e diritto dell'UE rimettendo al “centro” la Carta costituzionale.

¹⁵⁹ A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 367.

¹⁶⁰ C. Cost., sent. n. 1/2014; sent. n. 35/2017.

¹⁶¹ Le più ricorrenti voci critiche sulla parte organizzativa della Costituzione sono riportate (e confutate) da G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”?*, cit., 15 ss.

¹⁶² F.R. DE MARTINO, *Il Presidente della Repubblica e il potere di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 76, al quale si rinvia per i puntuali riferimenti bibliografici e per un'attenta analisi del potere presidenziale di nomina del Presidente del Consiglio, alla luce delle influenze del sistema politico, partitico ed elettorale che, comunque, hanno conformato tale potere in senso pienamente compatibile con la forma di governo parlamentare italiana.

Costituzione si vuol parlare, ciò deve essere funzionale a denunciarne la illegittimità e non già ad avallare la prassi.

Venendo ora alla modifica in senso federalista del nostro ordinamento costituzionale, rispetto alla quale anche il giudizio di Pizzorusso è più dubbioso, le nostre considerazioni non si discostano di molto da quanto precedentemente osservato riguardo al procedimento di formazione del Governo. In verità, però, su questo versante, si deve rimarcare una differenza di non poco conto e cioè che il Titolo V della parte seconda della Costituzione è stato oggetto di plurimi interventi di revisione costituzionale, compiuti sull'onda di una rivendicazione federalista, quale quella diffusasi negli anni '90 specie sulla spinta della Lega (Nord), che non poco ha contribuito a diffondere una distorta idea di federalismo.

Di modifica tacita di questa parte della Costituzione si sarebbe forse potuto parlare con riguardo alle leggi di riforma in senso federale "a Costituzione invariata" (le c.d. leggi Bassanini), ma sull'appropriatezza di quella nozione per definire l'attuale assetto dei rapporti tra Stato e Regioni si nutrono molti dubbi. Come avvertito da Ruggeri¹⁶³, nel suo intervento a questo Convegno, il rischio che si corre quando si perviene a conclusioni approssimative o frutto di orientamenti esasperati, è «quello di prospettare in partenza una raffigurazione ideale di autonomia (...) e di trovarsi quindi costretti a riconoscerne lo svilimento davanti a regolarità della politica marcatamente volte alla sua "smitizzazione". Il vero è che (...) il modello costituzionale, l'originario come pure quello rifatto nel 2001, appare essere aperto e, a dirla tutta, anfibologico. In esso infatti si davano, e seguitano a darsi, indicazioni idonee ad accreditare letture complessive di vario segno».

Ciò non di meno e analogamente a quanto rimarcato riguardo alle evoluzioni della forma di governo, pure nei rapporti tra Stato e Regioni, gli elementi testuali ricavabili dalla Carta, prima e dopo le revisioni del 1999 e del 2001, hanno subito deformazioni di non poco conto, solo in minima parte corrette, ma in più larga misura determinate dallo stesso giudice costituzionale. Gli esempi¹⁶⁴ a tal proposito abbondano, ma basti richiamare, tra i tanti, il principio del parallelismo fra funzioni legislative e funzioni amministrative, prima inciso da atti normativi primari, poi abbandonato dal testo revisionato nel 2001, infine "riscritto" dal Corte costituzionale con la sent. n. 303 del 2003¹⁶⁵.

6. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali tra limite del testo costituzionale, attuazione normativa e giurisprudenza interna ed europea

Com'è stato efficacemente osservato¹⁶⁶, in una prospettiva di più ampio respiro, la percezione da parte delle forze politiche dell'apertura del testo costituzionale appare contrassegnata da una profonda dicotomia: quella della Prima parte è stata per lo più letta come una virtù, quella della Seconda come un difetto genetico, non di meno, però, ricorrentemente sfruttato come risorsa per piegare il testo a occasionali convenienze di parte o per giustificare uno stallo politico, ricondotto così all'indeterminatezza del dato testuale. Indubbiamente la Seconda parte della Carta costituzionale è quella più aperta agli sviluppi e ai condizionamenti del sistema politico, quello che però merita di essere rimarcato e segnalato come aspetto di grande problematicità è che questa apertura del testo della Costituzione non può essere scambiata con una concezione della stessa affidata pienamente alla

¹⁶³ A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, § 4.

¹⁶⁴ Per i quali si rinvia sempre ad A. RUGGERI, *op. ult. loc. cit.*

¹⁶⁵ A. MORRONE, *La Corte riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale.it*, 8 ottobre 2003.

¹⁶⁶ S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 427 ss.

disponibilità negoziale degli attori politici ed istituzionali¹⁶⁷, in quanto gravi possono essere le ricadute sul piano dei diritti costituzionali, atteso che l'ordinato svolgimento delle relazioni tra le istituzioni è funzionale a presidiare i valori fondamentali su cui riposano i diritti.

Sulla scorta di tale osservazione, sembra quanto mai necessario quindi soffermare l'attenzione sulla prima parte del testo costituzionale e, segnatamente, su due questioni, strettamente connesse: il riconoscimento di nuovi diritti, oltre a quelli esplicitati nel testo della Carta costituzionale e la ulteriore garanzia offerta ad essi mediante il richiamo a Carte internazionali dei diritti e il ricorso alle giurisdizioni deputate alla loro salvaguardia.

Il tema è estremamente noto, trattato da diversi angoli visuali e sviscerato sotto molti profili, ma raramente¹⁶⁸ esso è stato ricondotto nel pur "capiente" contenitore delle modificazioni tacite. Le ragioni di questo atteggiamento sono molteplici e fondate su argomenti pienamente condivisibili, primo fra tutti, quello per cui un simile inquadramento finirebbe per accentuare il rischio di una sovrapposizione concettuale tra il tema delle modificazioni tacite della Costituzione e quello della interpretazione costituzionale, confondendo i due piani.

Invero, è proprio questa la ragione che ci spinge a soffermare l'attenzione sulla questione del riconoscimento di diritti nuovi, non esplicitamente previsti nel catalogo costituzionale: dimostrare che questa operazione, ove compiuta nelle sedi istituzionali a ciò deputate, contenuta entro i limiti testuali o comunque negli spazi vuoti di Costituzione, lungi dal determinare una modifica tacita dalla stessa, costituisce la più fisiologica forma di moto dell'ordinamento costituzionale. Inoltre, ancora una volta si vogliono avvalorare i pregi del nostro testo costituzionale, dotato di una formidabile capacità inclusiva tale da permettergli di accogliere anche istanze del tutto imprevedibili al tempo della sua formazione. Ma si vuole anche rimarcare che l'allargamento della categoria dei diritti fondamentali non è affatto esente da limiti, in primo luogo perché il riconoscimento di nuovi diritti costituzionali comporta sempre che quando essi si pongono, nell'esperienza concreta, in conflitto con i "vecchi", sia l'uno che l'altro possano subire una ragionevole limitazione all'esito di un'operazione di bilanciamento; in secondo luogo, è proprio il testo, pur nella sua larga capienza, a segnare il limite del riconoscimento di nuove istanze di tutela, nel senso che non tutte le istanze che trovano riconoscimento e garanzia nell'ordinamento giuridico possono essere ricondotte alla categoria dei diritti costituzionali.

A ben vedere questi passaggi, per quanto di estremo rilievo, possono essere lasciati sullo sfondo del nostro discorso anche perché, al di là delle non marginali sfumature tra le varie dottrine in tema di nuovi diritti, vi è un sostanziale accordo proprio sulla necessità di contenere l'allargamento della categoria dei diritti fondamentali, o meglio, si concorda tanto sulla esigenza di non pietrificare il significato degli enunciati costituzionali, quanto sulla necessità di evitarne uno sconfinato allargamento¹⁶⁹. Invece, la nostra attenzione verrà appuntata, attraverso il richiamo ad alcune vicende emblematiche, su di un altro profilo: le modalità attraverso le quali prendono corpo il riconoscimento e la garanzia dei c.d. nuovi diritti non sono prive di ripercussioni sistematiche, nel senso che esse

¹⁶⁷ M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantenario*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 334 ss.

¹⁶⁸ Se ne parla in tal senso nel volume di S. BARTOLE, *op. ult. cit.*, 313 ss. anche se non è chiaro se l'esemplificazione riportata possa essere ricondotta a interpretazioni (estensive) del testo costituzionale o a vere e proprie trasformazioni dello stesso.

¹⁶⁹ V. almeno A. PACE, *Metodi interpretativi*, cit., 42 ss.; A. BARBERA, *I "nuovi diritti". Attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali* a cura di L. Califano, Torino, 2004, 24 ss.

possono contribuire a determinare, o anche solo a riflettere, frammenti di processi di trasformazione più ampi, per certi versi assimilabili a vere e proprie modificazioni tacite della Costituzione. Si vedrà, in sostanza, come anche il tema dei nuovi diritti possa “intercettare” quello delle modificazioni tacite della Costituzione, ad ulteriore dimostrazione della avvertita stretta connessione tra prima e seconda parte del testo costituzionale¹⁷⁰, oltretutto ovviamente di entrambe con i principi fondamentali.

V'è infine un'altra ragione che spinge a focalizzare l'attenzione sul tema dei nuovi diritti. Il ben noto collegamento tra esso e l'altrettanto dibattuto tema della c.d. tutela multilivello dei diritti socchiude una porta che conduce in un luogo, il quale è probabilmente il più appropriato per esplorare le modificazioni tacite della nostra Carta costituzionale. Ci si riferisce alla partecipazione dell'Italia (dapprima alle Comunità europee e poi) all'Unione europea, il cui fondamento testuale è da sempre rintracciato nell'art. 11 Cost. Su quella base – invero solidissima, perché ricompresa nei principi *fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale, ma, allo stesso tempo, vaga quanto all'identificazione in concreto delle condizioni che consentano le limitazioni di sovranità a favore di organizzazioni internazionali deputate ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni – si sono prodotte profonde trasformazioni dell'ordinamento costituzionale, importanti deroghe a vari disposti del testo costituzionale (ad es. gli artt. 70 e 101, co.2, 134) determinate dal riconoscimento del primato della normativa europea sul diritto interno; dal potere di qualsiasi giudice e della PA di non applicare una legge in contrasto con una fonte europea direttamente applicabile o con una norma ad effetto diretto; fino all'individuazione di una sempre più forte influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia europea su tutte le giurisdizioni nazionali. Che questo sistema, costruito sulla base dell'art. 11 Cost., presenti aspetti di forte tensione o comunque di fragilità, è dimostrato dalle più recenti vicende concretizzatesi dopo lo scoppio della crisi economico-finanziaria del 2010, dalle risposte per fronteggiarla assunte nell'ambito dell'Eurozona, dai disequilibri al suo interno tra Paesi forti e Paesi deboli, ma, non di meno, ciò è testimoniato sul piano dei rapporti interordinamentali anche dalla prima seria minaccia di uso dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità da parte della Corte costituzionale italiana¹⁷¹ e dal tentativo, da questa intrapreso di recente¹⁷², di uscire dall'isolamento in cui si era, invero, essa stessa cacciata, rimettendo quasi integralmente al giudice comune, con l'“ausilio” della Corte di giustizia, il compito di dirimere le controversie tra diritto interno e diritto europeo. Si tratta di vicende che, sebbene estremamente note, presentano nondimeno profili di tale complessità da renderne impossibile una compiuta trattazione in questa sede, potendo al più rappresentare le premesse per un successivo sviluppo della ricerca. In questa sede ci limiteremo ad alcune notazioni che investono specificamente la tutela dei diritti fondamentali.

¹⁷⁰ M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss.

¹⁷¹ Ci si riferisce alla nota ord. n. 24 del 2017, sul c.d. caso Taricco, con la quale il giudice costituzionale ha sottoposto una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, rammentando che comunque spetta solo alle competenti autorità nazionali farsi carico di valutare se la norma europea possa ritenersi compatibile con l'*identità costituzionale* dello Stato membro, in quanto, nell'ordinamento italiano, la «chiave di volta» dell'ordinamento europeo va rinvenuta nell'art. 11 Cost. che acconsente alle limitazioni di sovranità, ma non alla rinuncia ai *principi supremi dell'ordine costituzionale*, tra i quali è ricompreso il principio di legalità in materia penale. Alla luce del chiarimento interpretativo offerto dalla sentenza della Corte di Giustizia, la Corte costituzionale ha concluso per l'inapplicabilità della “regola Taricco” sia per ragioni connesse alla preminenza principi supremi, sia per ragioni inerenti al diritto UE (sent. n. 115/2018).

¹⁷² V. sent. 269/2017.

Come rilevato da Marta Cartabia¹⁷³, se il secondo dopoguerra ha segnato l'avvio di un'epoca definita da Norberto Bobbio¹⁷⁴ "L'età dei diritti", tra le fine del XX secolo e l'inizio del XXI si è aperta una nuova stagione, quella dell'"Europa dei diritti", i cui principali tratti di novità, rispetto alla fase precedente, non sono dati tanto dalla moltiplicazione delle istituzioni deputate alla tutela dei diritti individuali, ma dalla ridefinizione dei rapporti reciproci tra le stesse all'interno di un sistema composito o multilivello. A livello nazionale, il cambiamento determinato dalla sempre più decisa apertura alle influenze internazionali e all'ordinamento europeo¹⁷⁵ è andato ben oltre la tradizionale disputa sull'interpretazione dell'art. 2 Cost., quale norma a fattispecie aperta¹⁷⁶ o chiusa (clausola riassuntiva)¹⁷⁷. La giurisprudenza costituzionale dopo un'iniziale chiusura rispetto alla possibilità di rinvenire in quel disposto costituzionale la base per il riconoscimento di diritti non enunciati nel testo, ha successivamente manifestato una maggiore, seppur cauta, apertura rispetto all'utilizzo dell'art. 2 Cost. Ma, è ben noto, che soprattutto i giudici comuni hanno manifestato minori resistenze al riconoscimento di nuove istanze individuali¹⁷⁸, sia attraverso l'art. 2 Cost, sia mediate un'interpretazione estensiva di altre disposizioni costituzionali, pervenendo così anche all'applicazione diretta delle norme costituzionali a controversie concrete, pure quando mancava una disciplina legislativa specifica.

Questi fenomeni, già al centro di una vivace disputa dottrinale, nella quale si fronteggiavano voci e opinioni molto distanti, se non contrapposte, hanno subito una decisiva accentuazione per effetto di modifiche normative – tanto a livello interno (revisione dell'art. 117, co. 1, Cost. ex l. cost n. 3/2001), quanto a livello europeo (ratifica del Trattato di Lisbona con il riconoscimento dell'efficacia giuridica vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, approvata a Nizza nel 2000, e l'adesione dell'UE alla CEDU¹⁷⁹) e internazionale (rafforzamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸⁰) – e di conseguenti approcci giurisprudenziali¹⁸¹.

Ammesso che si possa fare un bilancio sugli esiti complessivi, fino ad oggi maturati, nella "Europa dei diritti", esso sarebbe decisamente positivo, essendo innegabile che l'apertura nei confronti di Carte e Corti internazionali abbia arricchito gli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, abbia favorito una più massiccia comunicazione tra sistemi, una maggiore circolazione di

¹⁷³ M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in *www.statoe.chiese.it*, febbraio 2011.

¹⁷⁴ N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 1990.

¹⁷⁵ Secondo V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 3-14 la complessità del sistema delle fonti che ne è derivata ha determinato una vera e propria mutazione genetica dell'ordinamento giuridico divenuto complesso e integrato e all'interno del quale un ruolo egemone viene conferito al giudice la cui opera quotidiana assomiglia sempre più a quella di un rapsodo, o meglio di un *bricoleur*, coprotagonista del legislatore nella ricomposizione della trama normativa che appare sempre più un semilavorato nelle mani di deve applicarla.

In una prospettiva più ampia parla di mutazioni genetiche dello Stato, A. RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quad. cost.*, 2014, 837 ss.

¹⁷⁶ In tal senso v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1975, 80 ss.

¹⁷⁷ V., ma senza alcuna pretesa di esaustività, P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1969, 23 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 54 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011, 171 ss.

Critica entrambe le tesi, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.

¹⁷⁸ Cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 270 ss.

¹⁷⁹ L'adesione dell'UE alla CEDU, prevista dall'art. 6.2 del TUE, ha subito un significativo stallo a seguito del parere n. 2/2013, reso il 18 dicembre 2014 dalla Corte di Giustizia nel quale la stessa ha ravvisato diversi profili di incompatibilità tra il diritto primario dell'UE e il Progetto (riveduto) di accordo per l'adesione.

¹⁸⁰ Sulle più recenti prospettive di tutela dei diritti riconosciuti nella CEDU, v. per tutti D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2013.

¹⁸¹ Si pensi, per quanto concerne i rapporti tra diritto interno e CEDU, alla svolta rappresentata dalle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

argomentazioni¹⁸², in non pochi casi abbia “pungolato” le istituzioni nazionali a superare ataviche situazioni di palese violazione anche dei più classici diritti. Così come è altrettanto sicuro che ciò abbia contribuito ad arricchire lo scenario dei diritti in un contesto sociale sempre più variegato e in continua evoluzione. Gli esempi sarebbero molteplici, ma ne bastino due, riferiti rispettivamente alle due circostanze appena evocate: si pensi al decisivo contributo offerto da una sempre più incisiva giurisprudenza della Corte EDU per l’assunzione di misure volte ad arginare il problema del sovraffollamento carcerario e per migliorare complessivamente il nostro sistema penitenziario e alla spinta impressa ai fini del riconoscimento di nuove rivendicazioni soggettive connesse allo sviluppo e al perfezionamento della scienza medica e delle biotecnologie. Come anche, sul versante propriamente comunitario, è stato fondamentale il contributo della normativa e della giurisprudenza della Corte di Giustizia per il rafforzamento delle istanze connesse alle moderne tecnologie di comunicazione.

Tuttavia, in questo contesto, non mancano elementi di notevole problematicità che sono progressivamente emersi, parallelamente al rafforzamento degli *input* esterni, e che, non di rado hanno acuito critiche già presenti nel dibattito costituzionalistico sui diritti, tanto da indurre molti ad abbandonare gli approcci irenici o olistici precedentemente assunti nei confronti della c.d. tutela multilivello dei diritti, per assumere toni, se non proprio polemic¹⁸³, almeno più problematizzanti.

Tra le tante criticità emerse, basti ricordare la più volte rilevata origine prevalentemente giurisprudenziale dei nuovi diritti nel panorama europeo e la carenza di una comune politica dei diritti; la loro concezione marcatamente individualistica; la decisiva implementazione, nella giurisprudenza multilivello, di canoni interpretativi nei quali vengono sempre in maggiore rilievo le caratteristiche e le peculiarità del caso concreto. Insomma, provando a riassumere, senza semplificare eccessivamente il portato di questi fenomeni, se ne può rintracciare un convergente esito: la riduzione dell’importanza del testo, del contenuto della decisione politica, «soverchiato dalla *ratio* che l’interprete gli attribuisce»¹⁸⁴.

Lungi dal mettere in discussione la decisiva spinta proveniente anche dalla tutela multilivello dei diritti per il superamento di oramai ossidate mitologie legalistiche¹⁸⁵, la dottrina più avvertita ha manifestato in misura sempre crescente un’esigenza di ritorno al testo¹⁸⁶. Come evidenziato da Zanon¹⁸⁷, non basta ammonire sui rischi connessi al sempre più spiccato protagonismo giurisprudenziale – per di più spesso platealmente lamentato dal legislatore, ma meno apparentemente dallo stesso favorito –, occorre «recuperare una deontologia e un lessico minimali», i quali, specie nei casi controversi, quelli che oramai sempre più ricorrentemente e su diversi piani di complessità affollano il nostro quotidiano, consentano di recuperare il valore del testo come «limite e confine di ogni interpretazione pretesamente conforme (a Costituzione, a Cedu, al diritto europeo...)», in quanto sempre forti restano le ragioni teoriche sottese alla valorizzazione testo – «la separazione dei poteri

¹⁸² Ampiamente sul tema, v. per tutti G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.

¹⁸³ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

¹⁸⁴ N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 919, al quale si rinvia per ulteriori richiami alla letteratura e per una sintetica ma efficacissima panoramica sul pensiero e sulle pratiche riconducibili al “neocostituzionalismo”.

¹⁸⁵ Nei confronti delle quali sono state da sempre espresse forti critiche da parte di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

¹⁸⁶ Il dibattito è, in vero, molto risalente, affondando le sue radici nella distinzione tra testualismo e realismo.

¹⁸⁷ N. ZANON, *op. ult. cit.*, 927

e l'assenza di legittimazione democratica dei giudici» –, pur nel rinnovato contesto determinato dal passaggio dallo Stato legislativo a quello costituzionale.

Come si sarà potuto intuire, sulla scorta di quanto precede, si condivide pienamente questo accorato appello, sulla cui base si può ribadire che, se è vero che le caratteristiche semantiche e sintattiche del testo costituzionale rendono non agevole la demarcazione del confine tra modificazione tacita della Costituzione e interpretazione evolutiva, tra svolgimento del dettato costituzionale e implementazione dello stesso, tra integrazione della Costituzione e occupazione di spazi vuoti di disciplina costituzionale, ciò non significa che «tracciare le linee che separano concetti, istituzioni e valori fondamentali» non sia rilevante per il costituzionalista, dedito allo studio del diritto costituzionale che è «misura dell'esistenza»¹⁸⁸. L'identificazione del punto di rottura del disposto costituzionale, per quanto operazione complicatissima, non può essere elusa; è però certo che essa non può essere compiuta astraendo il testo costituzionale dal contesto normativo e fattuale in cui è calato.

Sia chiaro – e lo si evidenzia nuovamente – dietro la sottolineatura degli aspetti di criticità scaturenti da una progressiva e multiforme tendenza di allontanamento dal testo costituzionale, non vi è alcun discredito del fondamentale, e questo sì, insostituibile ruolo svolto dalla giurisprudenza (tutta) nella tutela dei diritti; piuttosto vi è la volontà di rintracciare percorsi che consentano di valorizzare la indispensabile collaborazione tra istanze politiche e giurisprudenziali all'interno di una più ampia «politica costituzionale»¹⁸⁹ (anche) dei diritti. Si intende, pertanto, ribadire che tale percorso è tutt'altro che ostacolato dal testo costituzionale, il quale però deve continuare a rappresentare la principale leva sulla cui base si realizza il processo di attuazione costituzionale, non riducibile né all'indirizzo politico della maggioranza di governo di turno, né alla concezione dell'attività legislativa come «sviluppo e svolgimento della Costituzione»¹⁹⁰, né all'occupazione degli spazi lasciati liberi dalle norme costituzionali, ma alla «consapevole intenzione di realizzare un voluto costituzionale *dinamicamente proiettato al futuro*»¹⁹¹.

L'analisi delle vicende che hanno nel più recente periodo interessato alcune disposizioni costituzionali in materia di famiglia e, specificamente, la configurabilità di unioni tra persone dello stesso sesso, possono fornire spunti significativi per continuare a riflettere su queste questioni. Si tratta, invero, di un solo e limitato esempio, che tuttavia ci sembra emblematico, in quanto in esso si sommano le questioni del valore del dettato costituzionale, dei limiti dell'interpretazione giudiziale, dell'inammissibilità di decisioni creative, della “pressione” e “della sponda” offerta dal diritto internazionale.

Questa vicenda si inserisce all'interno di problematiche ancor più ampie¹⁹², quali la definizione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», molto dibattuta in Costituente ma anche

¹⁸⁸ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 4.

¹⁸⁹ M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 295.

¹⁹⁰ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, 616 ss.

¹⁹¹ M. LUCIANI, *Dottrina*, cit., 42. Corsivi nostri.

Sull'asfitticità di un dibattito sull'attuazione costituzionale che si riduca all'alternativa tra la soluzione mortatiana, appiattita sull'indirizzo politico governativo, e l'opzione modugniana che rischia di comprimere oltremodo gli spazi della funzione legislativa, v. C. DE FIORES, *op. ult. cit.*, 146.

¹⁹² Al centro di un convegno di studi già organizzato dal Gruppo di Pisa e tenutosi a Catania il 7-8 giugno 2013, i cui atti sono pubblicati in F. Guffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014.

dopo l'entrata in vigore della Costituzione, e si snoda lungo percorsi volti a ricostruire l'esistenza di un unico modello di famiglia o di ulteriori modelli, per poi definirne le forme di tutela.

Nella copiosa letteratura¹⁹³ sul tema ci è sembrato di poter scorgere una tendenza di fondo, che rileva particolarmente nell'economia di questo lavoro: quella di offrire una concezione relativa di famiglia, storicamente determinata dal diritto positivo e dell'evoluzione dei concreti rapporti sociali¹⁹⁴. Specie dal combinato disposto artt. 2 e 29 Cost. e attraverso una significativa valorizzazione del pluralismo sociale, è stata ricavata, una distinzione tra famiglia legittima, quale modello tipico delle relazioni familiari, e altre formazioni familiari atipiche, ugualmente riconducibili alle formazioni sociali nelle quali si realizza la dimensione relazionale della persona. Ma non sono mancate letture del disposto costituzionale che hanno visto nella sola famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, l'esclusiva, e non la privilegiata, forma di famiglia riconosciuta e tutelata dalla Costituzione.

Si tratta di un dibattito estremamente articolato, non esente da esasperazioni, a mio avviso, determinate più che dagli innegabili spazi interpretativi del lessico costituzionale, dalla tendenza, non rara, a imporre proprie concezioni ideologiche, maggioritarie o minoritarie che siano, facendo leva sul disposto costituzionale.

Il tema del "matrimonio" omosessuale, da anni al centro di un articolato dibattito nella società civile e nella comunità degli interpreti della Costituzione, è stato più volte posto all'attenzione della giurisprudenza (interna, comunitaria e convenzionale) e solo di recente ha trovato un importante sbocco legislativo. Pur non potendo ripercorrere compiutamente altri passaggi di sicuro rilievo, l'attenzione va focalizzata su una decisione della Corte costituzionale, la n. 138 del 2010, vero e proprio spartiacque per l'interpretazione del testo costituzionale e la conseguente impostazione dei rapporti tra le istituzioni repubblicane ai fini del riconoscimento di istanze fortemente avvertite dal corpo sociale. Anche questa pronuncia, com'era facilmente prevedibile, tenuto conto della complessità dell'intera vicenda, è stata fatta oggetto di plurime e molto distanti letture¹⁹⁵, evidentemente legate anche alla molteplicità delle argomentazioni addotte dal giudice costituzionale a fondamento della propria pronuncia. A cominciare dall'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto diversi articoli del codice civile, sollevata dai giudici remittenti¹⁹⁶ in riferimento all'art. 2 Cost.; secondo la Corte, l'estensione alle unioni omosessuali della disciplina del matrimonio eterosessuale, si sarebbe convertita in «una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata», spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», implementandole «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Il giudice costituzionale, pur riconoscendo che l'unione tra persone dello stesso sesso trovi copertura nell'art. 2 Cost., ha sostenuto

¹⁹³ Compiutamente ripercorsa da A. MORRONE, sub *Art. 2 e Art. 29*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2015.

¹⁹⁴ V. per tutti G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 939.

¹⁹⁵ Tra le innumerevoli si v. almeno R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2011; B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011; ma, per il dibattito antecedente alla sentenza della Consulta, si vedano gli atti del Seminario "preventivo" ferrarese, Aa.Vv. *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2014.

¹⁹⁶ Tali giudici *a quibus* chiedevano, in sostanza, al giudice costituzionale di dichiarare l'illegittimità di diversi disposti del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». I parametri invocati erano gli artt. 2, 3 e 29 Cost, ma il cardine attorno al quale ruotavano gli atti di promovimento sembra essere il diritto al matrimonio, anche per coppie dello stesso sesso, ricavabile dall'art. 2 Cost.

la necessità di una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, ma soprattutto ha negato la praticabilità di un proprio intervento manipolatorio (additivo).

Ciò è confermato nell'ulteriore parte motiva della decisione, nei passaggi in cui il giudice costituzionale si è soffermato sulla definizione giuridica di famiglia e matrimonio, indissolubilmente legati nell'art. 29 Cost., sostenendo che quell'articolo, se interpretato sistematicamente e anche alla luce della volontà storica del Costituente, non consente di estendere alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio tra uomo e donna. Sebbene la Corte ammetta che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possano ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, «perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle *trasformazioni dell'ordinamento*, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»¹⁹⁷, si rimarca il limite cui è soggetta tale interpretazione che «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

In sostanza, l'aspetto che più rileva ai nostri fini, oltre al controverso ricorso all'argomento originalista per l'interpretazione dei disposti costituzionali¹⁹⁸, è proprio quel superamento «per via ermeneutica» del significato del precetto costituzionale che, ove compiuto nel caso di specie, trasmoderebbe, secondo la Consulta, in una illegittima «interpretazione creativa». Il punto centrale sta dunque nell'impossibilità di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. in via interpretativa.

Invero, tanto la decisione del 2010 quanto successive pronunce rese sul tema o su profili assimilabili¹⁹⁹, rilevano non soltanto per l'interpretazione dell'art. 29 data dalla Consulta, ma per la chiarificazione dei ruoli tra i giudici (compreso quello internazionale) e il legislatore nella tutela di nuove istanze emergenti dalla evoluzione della società e dei costumi. Si potrà quindi continuare ad insistere sulla controvertibilità dell'interpretazione fornita dalla Consulta dell'art. 29, ma si perderebbe di vista l'apertura del testo costituzionale, specie attraverso l'art. 2, al riconoscimento del fondamentale diritto di due persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia e la possibilità di predisporre adeguate forme di tutela, che certo non è preclusa al legislatore. Inoltre, si trascurerebbe che, nella medesima decisione, la Corte si sia riservata di intervenire, a tutela di *specifiche* situazioni, per vagliare la ragionevolezza di un eventuale trattamento non omogeneo tra coppia coniugata e coppia omosessuale.

In definitiva, nella sent. 138/2010 vi è sicuramente un forte rispetto per la «piena discrezionalità» del legislatore, ma non di meno in essa sembra possibile scorgere un richiamo altrettanto energico alla responsabilità del legislatore²⁰⁰, una esortazione nei confronti dell'istituzione politico-rappresentativa

¹⁹⁷ Corsivo nostro.

¹⁹⁸ Tema cruciale per il quale si rinvia, tra i tanti, ad A. POGGI, *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale, Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'original intent of framers*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 153 ss.; F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Torino 2008 e *ivi* a C. TRIPODINA, *L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali*, 237 ss. V. poi di recente I. DE CESARE, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2017, 21 ss.

¹⁹⁹ V. almeno, Corte cost. n. 170 del 2014.

²⁰⁰ Che ha assunto anche rilievo internazionale (*rectius*, violazione della CEDU). Si v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015, caso *Oliari et al. v. Italy* (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11) di condanna all'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare).

affinché non rimanesse sorda di fronte a sollecitazioni sempre più pressanti emergenti nel contesto sociale per il riconoscimento e la garanzia di nuovi diritti, che comunque possono trovare albergo nel duttile testo costituzionale²⁰¹. Più che una chiusura nei riguardi di queste nuove istanze di tutela, la sentenza del 2010 può essere letta come un *caveat* nei confronti di non rare pratiche giudiziali che, pressante dall'incalzante richiesta di nuovi spazi di libertà e condizioni di giustizia, condurrebbero il giudice, compreso quello costituzionale, a indebite "interpretazioni creative". Certo, si potrà replicare che in altri casi la Corte costituzionale non ha manifestato eguale riguardo nei confronti della discrezionalità legislativa, ma, ancora una volta, si perderebbe di vista che il testo costituzionale ben può accogliere evoluzioni normative volte a tutelare le posizioni giuridiche dei componenti una coppia omosessuale, in quanto formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.

Gli epiloghi di questa vicenda sono noti: la legge n. 76 del 2016 (recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") ha riconosciuto per le persone dello stesso sesso la possibilità di costituire una *unione civile*, consentendo così alle stesse di esplicitare la loro personalità anche nella dimensione di coppia giuridicamente riconosciuta, possibilità fino a quel momento del tutto preclusa. Non si può negare che le modalità di approvazione di quella legge e la controversa posizione assunta dal legislatore nei riguardi dell'adozione del figlio del partner²⁰² abbiano determinato ugualmente delle storture del sistema, con nodi interpretativi e ulteriori interventi giurisprudenziali che non sono tardati ad arrivare. Ad ogni modo, quella vicenda ci sembra resti emblematica per l'accento posto sul limite testuale nei riguardi di interpretazioni "creative" e per la necessità di preservare l'equilibrio tra le varie istituzioni deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali, nell'ottica della massima espansione delle libertà della persona umana e delle relative garanzie. Un motivo in più per sostenere che un atteggiamento rigoroso nei confronti delle interpretazioni creative, che possono sostanziarsi in vere e proprie modifiche tacite della Costituzione, alterando i ruoli del legislatore e del giudice nella tutela dei diritti, non produce alcuna paralisi nel moto dell'ordinamento, che ben può compiersi in sedi e lungo direzioni più appropriate.

Ovviamente non può sottovalutarsi la consistenza problematica di tale assetto che, spinto alle sue estreme conseguenze, potrebbe comportare «una sorta di regresso delle garanzie»²⁰³ connesse ai principi e diritti fondamentali, condizionandone l'efficacia ad un futuro e incerto intervento attuativo del legislatore, impedendo di conseguenza la concretizzazione giurisdizionale dei diritti. Tuttavia le considerazioni dapprima avanzate con specifico riguardo ai diritti delle coppie *same-sex* non possono essere acriticamente generalizzate; è però certo, invece, che in un contesto attraversato da una tensione forte tra obbligo costituzionale di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, che vincola tutti i poteri dello Stato, e l'inerzia della politica nell'adozione della disciplina attuativa delle elastiche previsioni costituzionali in materia di diritti, la strada da percorrere non possa essere che quella della necessaria e sinergica collaborazione di tutte le istituzioni repubblicane nel rispetto dei rispettivi ruoli e, non di meno, l'impegno dell'intera comunità degli interpreti della Costituzione a favore di una autentica cultura dei diritti e dei doveri costituzionali.

In definitiva, come più volte rimarcato in questa ricerca, un ordinamento costituzionale che voglia preservarsi "vitale" nel tempo e, come tale, capace di realizzare compiutamente la propria ambizione

²⁰¹ Tenuto conto di ciò non si possono che ribadire i rilievi critici già precedentemente formulati. Come rimarcato in più passaggi da S. BARTOLE, *op. ult. cit.*, 408, nonostante l'apertura del testo costituzionale, le principali evoluzioni dell'ordinamento sono state sempre più spesso rimesse all'attivismo giurisprudenziale «sempre più combattuto tra stretta ermeneutica del testo e creazione giudiziale del diritto».

²⁰² Cfr. M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2016.

²⁰³ V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali: tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, 102.

ordinante, deve essere capace di evolvere, ma deve anche saper governare le dinamiche che lo attraversano²⁰⁴. Una Carta costituzionale vocata all'eternità ordinamentale non solo recerà i confini invalicabili per qualsiasi evoluzione che conduca ad una trasformazione *dell'*ordinamento costituzionale, ad un mutamento dei suoi tratti identitari, ma avrà cura pure di assicurare un moto *nell'*ordinamento costituzionale che, senza disattendere i principi fondamentali²⁰⁵, ne consenta un invero continuo ma mutevole nel tempo, in quanto aperto a plurime soluzioni attuative. È pur vero, che proprio la connaturata elasticità di molti disposti costituzionali rende estremamente complesso distinguere ciò che è l'esplicitazione, la concretizzazione del disposto costituzionale, o comunque ciò che non si pone in contrasto con essa, da quanto ne determina una palese elusione. Sebbene si tratta di un'operazione molto difficoltosa, essendo tremendamente scivoloso il confine che separa ciò che è un'illegittima modificazione della Costituzione da quanto ne costituisce un'interpretazione evolutiva, si tratta di un impegno ineludibile al quale anche la dottrina non può sottrarsi e rispetto alla quale non può che assumere un approccio problematizzante e non già tendente a legittimare l'esistente.

L'apertura delle formulazioni costituzionali non è e non deve essere un mero cedimento al fatto. Qualsiasi evoluzione, in qualsiasi forma compiuta, deve essere contenuta entro argini testuali i quali, lungi dall'impedire il moto dell'ordinamento costituzionale, ne assecondano il fluire, un divenire che fisiologicamente si compie mediante l'attuazione costituzionale, ma che non di meno può svolgersi lungo altre direttrici, compresa la revisione del testo costituzionale, purché compiuta nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione.

Merita infine almeno un'ultima precisazione la concezione del testo costituzionale come limite. Su di essa molto si è insistito in questo lavoro, ma anche tale concezione non può e non deve condurre a sostenerne una normatività debole della Costituzione, interamente dipendente dall'attuazione politica, riproducendo quella condizione che, agli albori dell'esperienza repubblicana, aveva spinto la dottrina²⁰⁶ a patrocinare con forza la piena normatività di tutto il testo costituzionale, sollecitandone l'interpretazione *magis ut valeat*. È proprio la salvaguardia della prescrittività del testo costituzionale ad averci indotto a rimarcare la concezione del testo come confine, ma nella convinzione che, nella cornice dello Stato costituzionale, la Costituzione, prima che limite, sia fondamento di qualsiasi potere ed insieme strumento di trasformazione della società²⁰⁷.

²⁰⁴ C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, cit., 2.

²⁰⁵ Sui principi supremi (o altrimenti detti, fondamentali, immutabili, inviolabili...) quali garanzia dell'identità dell'ordinamento costituzionale, v. da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

²⁰⁶ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11.

²⁰⁷ M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 136.