

COSTITUZIONE E FONTI PRIMARIE*

GAETANO SILVESTRI**

Sommario

1. Costituzione e materia costituzionale. – 2. Centralità della legge e ordinamento costituzionale. – 3. In difesa del principio del numero chiuso delle fonti primarie. – 4. Il problema dei “limiti dei controlimiti”. – 5. Legislazione ordinaria e forma di governo. – 6. Le leggi di attuazione dei principi costituzionali.

Suggerimento di citazione

G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “La Costituzione tra rigidità e trasformazioni” organizzato dalla rivista Osservatorio sulle Fonti il 18 maggio 2018 presso l’Aula Magna del Rettorato dell’Università degli Studi di Firenze.

** Presidente emerito della Corte costituzionale.

1. Costituzione e materia costituzionale

La Costituzione non contiene soltanto norme materialmente costituzionali. Difficilmente oggi si potrebbe sostenere che l'art. 99 Cost., che prevede il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (istituzione anacronistica e di scarsa incidenza sul sistema) sia una norma materialmente costituzionale, anche se, ovviamente, la sua modifica o soppressione richiederebbero pur sempre il procedimento di revisione costituzionale. Al contrario, norme materialmente costituzionali sono contenute in atti normativi diversi, quali, ad esempio, le leggi elettorali, i regolamenti parlamentari, le leggi che disciplinano organi come la Corte, il Consiglio superiore della magistratura etc.). Tuttavia per la modifica di queste leggi, dal punto di vista formale, sarebbe sufficiente la legge ordinaria, anche se contro la loro abrogazione secca la Corte costituzionale ha creato la barriera delle "leggi costituzionalmente necessarie".

Questa asimmetria rende ineludibile la domanda: cosa si intende per materia costituzionale?

Come è noto, la Corte costituzionale, in una risalente pronuncia (sentenza n. 168 del 1963) ha dato un'interpretazione formalistica del quarto comma dell'art. 72 Cost., dove appunto si rinviene l'espressione «materia costituzionale», ritenendo che la norma faccia riferimento, puramente e semplicemente, alle leggi approvate con il procedimento di cui all'art. 138 Cost. Invero sarebbe un paradosso che una legge di revisione costituzionale, che richiede un procedimento aggravato per ovvie ragioni di garanzia della Costituzione, possa essere approvata con un procedimento diverso da quello ordinario! Lo stesso art. 138 richiede, per la seconda votazione, la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, con ciò rendendo manifesto che per tutto il procedimento è necessaria la deliberazione delle assemblee, con l'unica differenza delle diverse maggioranze richieste.

Sembra preferibile adottare una nozione sostanziale di materia costituzionale. Essa può essere costruita a partire da tre pilastri della Costituzione: a) forma di Stato e forma di governo; b) diritti fondamentali; c) sistema delle garanzie. Ogni legge che incide su uno di questi tre fondamenti del sistema dovrebbe essere considerata materialmente costituzionale.

2. Centralità della legge e ordinamento costituzionale

Nonostante il noto fenomeno della moltiplicazione, talvolta incontrollata, delle fonti del diritto, resto convinto della perdurante centralità della legge del Parlamento nello Stato costituzionale contemporaneo perché atto che esprime, nello stesso tempo, la sovranità popolare e la dialettica pluralista delle forze politiche.¹

¹ Cfr. A. PIZZORUSSO: *Delle fonti del diritto (Art. 1-9)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di),

Oggi più che mai la riserva di legge ha una funzione, ad un tempo, democratica e garantista². Il costituzionalista non può e non deve rassegnarsi davanti al fatto compiuto del venir meno del principio fondamentale della centralità della legge perché atto in cui culmina un procedimento interamente pubblico, partecipato, dialettico, anche se talvolta lento. Il mito della rapidità ad ogni costo ha già fatto troppi danni nel XX secolo e spesso l'invocazione della celerità è stata un comodo schermo per rendere opaco il procedimento di formazione degli atti con forza di legge, con la conseguenza complessiva di un irrigidimento autoritario del sistema costituzionale.

Posta questa precisazione di carattere generale e di principio, si deve osservare che la Costituzione si "allunga" per effetto non solo della giurisprudenza della Corte, ma anche per l'incidenza della legislazione ordinaria, oltre che dei regolamenti degli organi costituzionali. D'altra parte, le fonti sub-costituzionali, a causa della loro integrazione con i principi costituzionali, acquistano una consistenza maggiore dopo che i giudici hanno riscontrato l'idoneità di una norma legislativa ad essere oggetto di interpretazione conforme. La Costituzione "vive" dentro le fonti di rango inferiore, in quanto le pervade e le conforma, nei limiti della loro attitudine ad essere "adeguate" ai principi costituzionali. Nell'ipotesi negativa sono corpi estranei che devono essere espunti dall'ordinamento o con un atto legislativo abrogativo o con una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale.

Con la Costituzione, intesa come testo della legge fondamentale, si pone in un rapporto complesso l'«ordinamento costituzionale». Quest'ultimo «riesce a mettere insieme sia norme formalmente costituzionali che norme materialmente tali»³.

3. In difesa del principio del numero chiuso delle fonti primarie

È ancora attuale il principio del numero chiuso delle fonti primarie? Possono esistere fonti di grado primario – o con effetti che incidono su fonti di grado primario – che non trovino il loro fondamento nella Costituzione?

Si sostiene che con l'avvento del pluralismo delle fonti si sia verificato il superamento del numero chiuso: al "sistema" si sono sostituiti i "sistemi", in base ad un «principio generale di specializzazione delle fonti»⁴. Già da tempo è stato osservato che il principio di competenza consente la creazione di tanti "microsistemi" normativi accomunati nella equidistanza rispetto alla Costitu-

Commentario del Codice civile, Disposizioni sulla legge in generale, Zanichelli- Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 181.

² Cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, 2008, Annali II, t. 2, p. 561.

³ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 328.

⁴ F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, 1997, Agg. I, p. 578.

zione⁵.

Non sono convinto che oggi il principio del numero chiuso delle fonti sia da ritenere definitivamente superato e ormai inservibile per il costituzionalismo contemporaneo. Esso non mi sembra incompatibile con il pluralismo delle fonti e con il superamento della “sovranità” della legge. Il numero chiuso rimane, a mio modesto avviso, garanzia della rigidità della Costituzione sotto due distinti profili: a) ovviamente per il divieto alla legge di creare fonti ad essa superiori; b) per la possibilità che fonti di livello primario prive di basi costituzionali sfuggano alle condizioni ed ai limiti previsti dalla Costituzione per gli atti con forza di legge esplicitamente previsti e disciplinati dalla Carta.

Quanto al punto a), mi sembra evidente che lo stesso Parlamento non può abdicare alla sua funzione politico-rappresentativa, abilitando altre fonte a prevalere sulle sue stesse leggi. Quanto al punto b), mi sembra da evitare il paradosso di fonti previste e tipizzate dalla Costituzione, che dalla stessa ricevono limiti ben precisi, che vengono affiancate, e sovrastate, da fonti non previste dalla Costituzione e quindi prive dei limiti relativi.

Forte o debole che sia, il principio del numero chiuso resta un argine al caos delle fonti. Il fatto che possa essere travolto nella prassi non è ragione sufficiente la teorizzazione *a posteriori* del suo superamento sul piano giuridico-costituzionale. Occorre evitare rozze e semplicistiche esplicazioni del concetto di costituzione materiale, identificandolo con la necessità di accettare supinamente ogni fatto compiuto. Da simili impostazioni “realistiche” provengono i colpi più duri alla rigidità della Costituzione.

4. Il problema dei “limiti dei controlimiti”

Dall’espansione, in numero ed efficacia, delle norme sovranazionali: si conferma la tendenza, sin da tempi remoti segnalata, alla circolarità delle fonti. Difatti né per le norme UE né per le norme CEDU è adoperabile il criterio della gerarchia, mentre quello della competenza può valere, con qualche forzatura, solo per le norme UE. Ci si avvicina sempre più ad un criterio di integrazione delle fonti, ancora non delineato con precisione, ma che già oggi risulta essere utile strumento di lavoro per i giudici. Utilizzando con accortezza il criterio di competenza, sarà possibile, nei singoli casi, costruire norme adatte a risolvere controversie risultanti dall’interazione tra discipline collocate in ordinamenti diversi, ma tuttavia comunicanti. Ci si può avvalere – tra gli altri – del principio di massima espansione delle garanzie delle libertà e dei diritti fondamentali. All’obiezione ricorrente che possono nascere incertezze nello

⁵ Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, 1977, p. 97 ss.

stabilire quale sia la tutela più intensa, si può rispondere: a) le incertezze interpretative sono inconvenienti non eliminabili, qualunque sia il metodo prescelto; b) se si rinuncia a ragionare in termini astratti, si apre la strada della individuazione del bene giuridico protetto, con la conseguenza che la ragionevolezza e l'esperienza suggeriranno la via della maggiore tutela, al netto di opinioni contrarie sempre legittime, ma non necessariamente paralizzanti.

L'incidenza delle norme sovranazionali – specie quelle UE – nel sistema costituzionale pone, con maggior forza rispetto al passato, il problema delle modificazioni tacite della Costituzione. Queste ultime sono una delle cause principali dell'indebolimento della rigidità della Costituzione. Forse è giunto il momento di ripensare senza pregiudizi la brillante soluzione della sentenza La Pergola (n. 170 del 1984). L'incidenza delle norme UE sull'ordinamento costituzionale ha richiesto l'apposizione cautelativa della clausola dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali, sinteticamente indicata con il termine “controlimiti”. Ingegnosa soluzione per superare una *impasse* storica, mostra oggi – nel momento in cui da possibilità puramente teorica si sta trasformando in eventualità concreta – la sua insufficienza. Si potrebbe infatti parlare del problema dei limiti dei controlimiti. È accettabile che continui l'aggiramento dell'art. 138 Cost., ammettendo modificazioni tacite della Costituzione introdotte senza che sia possibile, neppure in via di ipotesi, l'intervento del popolo? Come fare ad individuare le norme costituzionali intangibili e quelle “cedevoli”?

Ora che il problema dei controlimiti non è più confinato nel regno dell'improbabile, occorrerebbe porsi con serietà questa domanda. La mia opinione – già espressa in altre sedi – è che la procedura aggravata, con intervento eventuale del corpo elettorale, sia essa stessa un principio supremo. Può essere modificata, ma non esclusa del tutto. Né a questo scopo può essere invocato l'art. 11 Cost., che parla di limitazioni della sovranità, non di suo azzeramento. La modificabilità della Costituzione senza la procedura aggravata significa l'eliminazione della sua rigidità formale, difficilmente rimediabile con una rigidità sostanziale posta nella disponibilità, in ultima istanza, della Corte costituzionale.

Non servirebbe fare paragoni con la sentenza costituzionale n. 1146 del 1988, che si riferisce ai limiti della revisione costituzionale effettuata con il procedimento aggravato e pone quindi problemi di tenuta del nucleo fondamentale dei valori posti alla base della Costituzione, che non può che misurarsi sul piano sostanziale, visto che lo strumento formale è già stato utilizzato. A mio avviso, non si possono equiparare i limiti alle modifiche alla Costituzione apportate con il procedimento di revisione di cui all'art. 138 ed i limiti a quelle derivanti da altre fonti e da altri procedimenti. Attualmente invece i due piani sono in pratica sovrapposti, con sacrificio sia della logica giuridica

che della rigidità della Costituzione.

So bene che queste mie considerazioni incontreranno critiche molto vivaci, ma ritengo mio dovere di costituzionalista non lasciare in ombra una problematica che, nel prossimo futuro, potrebbe diventare di drammatica attualità e gravità.

5. Legislazione ordinaria e forma di governo

La legislazione ordinaria incide sulla forma di governo. Basti pensare alle leggi elettorali, rispetto alle quali le sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 hanno posto i problemi collegati delle condizioni e limiti della democrazia rappresentativa e dell'equilibrio tra rappresentatività e governabilità. Si pensi ancora alla legge n. 400 del 1988, al cui riguardo le sentenze n. 171 del 2007 e n. 22 del 2012 hanno posto i problemi, anch'essi collegati, dei corretti rapporti tra Governo e Parlamento riguardo alla funzione legislativa e della esplicitazione della *ratio* dell'art. 77 Cost. da parte dell'art. 15 di tale legge.

Anche i regolamenti parlamentari influiscono sulla forma di governo (basti pensare alla mozione di sfiducia individuale, ma ancor più, alla questione di fiducia in connessione con la prassi dei maxi emendamenti). L'impossibilità di adire la Corte costituzionale, per la natura formale degli atti, attenua la rigidità della Costituzione. Forse sarebbe opportuna, anche in questo campo, una modifica dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale, nel segno della progressiva eliminazione delle "zone d'ombra" del controllo di costituzionalità.

6. Le leggi di attuazione dei principi costituzionali

Le leggi di attuazione della Costituzione fanno tutt'uno con la Costituzione stessa, in quanto servono alla concretizzazione delle norme di principio, quando esse si presentino come "programmatiche"⁶. Sono tutte "leggi costituzionalmente necessarie", anche se emanate dopo anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Per tali tipi di leggi si verifica una espansione della rigidità anche ad atti che non possiedono, sul piano formale, rango costituzionale.

Esempi in questo senso possono essere considerate le leggi che rendono possibile il funzionamento di organi costituzionali (Corte costituzionale, Consiglio superiore della magistratura); leggi che concretizzano diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione.

Di quest'ultima categoria fanno parte, tra le altre, la legislazione lavoristica e di tutela dei diritti dei lavoratori, quella sul servizio sanitario nazionale, sul

⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952), ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, pp. 188 ss.

pluralismo dell'informazione sulla tutela della *privacy*; sulla concorrenza; sulle unioni civili.

Si tratta di percorsi senza ritorno. Le leggi costituzionalmente necessarie (nel senso ampio adottato prima) sono limiti non solo all'abrogazione referendaria, ma anche per il legislatore. Una legge ordinaria che abrogasse un'altra legge ordinaria, percorrendo a ritroso l'*iter* di attuazione della Costituzione, potrebbe essere dichiarata incostituzionale poiché reintrodurrebbe una situazione di inattuazione costituzionale in tutto o in parte superata dal legislatore. Sarebbe una modificazione tacita della Costituzione.

È utile oggi ricordare una limpida considerazione di Paladin: "certe attuazioni costituzionali possono fissare un punto di non ritorno, superabile per valorizzare ulteriormente i relativi principi costituzionali, non già per regredire verso situazioni di minore tutela"⁷.

Si conferma sempre più la valenza generale del principio di massima espansione dei diritti fondamentali, sostenuto in anni lontani da Barile, e ripreso in anni più vicini dalla Corte costituzionale.

Si diceva prima che è stato posto l'interrogativo del criterio da utilizzare per distinguere quando vi sia incremento o diminuzione di tutela. Qualunque legge attuativa di diritti fondamentali è intangibile o potrebbe verificarsi il caso di una compressione dei diritti stessi sotto forma di attuazione costituzionale? La legge n. 40 del 2004 e la sua qualificazione da parte della sentenza n. 45 del 2005 della Corte costituzionale sono state oggetto di opposte valutazioni, in linea con gli orientamenti culturali e ideali dei commentatori.

Come accennavo prima, occorre individuare il bene giuridico tutelato, ripercorrere le vie seguite dal legislatore per il bilanciamento degli interessi concorrenti e trarre dopo la conclusione sull'espansione o il restringimento.

Possibili esempi.

La tutela della salute deve essere realizzata secondo il principio di eguaglianza. La diminuzione di prestazioni sanitarie – dovuta ad eventuali minori disponibilità finanziarie – dovrebbe investire i beneficiari in modo inversamente proporzionale ai loro redditi e non può comunque restringere il nucleo intangibile del diritto alla salute. La legge sul Servizio sanitario nazionale può essere modificata, ma non abrogata del tutto, senza essere sostituita da altra contenente i medesimi principi.

La disciplina dei licenziamenti, tutela il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica privata. La restrizione potrebbe essere ritenuta illegittima se il licenziamento non corrisponda ad una esigenza di sopravvivenza dell'azienda, ma ad un programma di maggior profitto del datore di lavoro. È necessaria quindi una piena giustiziabilità dell'interruzione del rapporto di

⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna 1996, p. 142.

lavoro da parte del datore ed occorre affermare di conseguenza l'insufficienza della semplice indennità, che reintroduce, in forma attenuata, il licenziamento *ad nutum* ormai bandito per sempre in attuazione della Costituzione.

I contratti collettivi di lavoro sono un mezzo specifico di attuazione non solo dell'art. 39 Cost., ma soprattutto dell'art. 36 (retribuzione sufficiente), che tutela un diritto fondamentale. Dovrebbero pertanto essere fissati limiti alla loro derogabilità – in sede di “contrattazione di prossimità – derivanti dal principio di eguaglianza. Bene ha fatto dunque la Corte costituzionale a ribadire l'intangibilità delle tutele derivanti da principi costituzionali, ancorché contenute in leggi ordinarie o in atti di autonomia collettiva (sentenza n. 76 del 2015).