

Osservatorio sulle fonti

PERCHÉ OCCUPARSI ANCORA DELLE FONTI DEL DIRITTO?

di Ugo De Siervo¹

1. La risposta alla domanda del titolo di questa conversazione potrebbe apparire ovvia, se non banale: è evidente che è assai utile cercare di ricostruire l'effettivo sistema delle fonti normative, tanto più in una fase di accentuate trasformazioni degli ordinamenti statali e sovrastatali, trasformazioni tanto numerose e complesse che alcuni si pongono addirittura il problema se sia ancora esistente un sistema delle fonti, mentre vi è un ineludibile e continuo bisogno delle persone e dei vari operatori giuridici di utilizzare correttamente le tante fonti esistenti, con la preliminare necessità di poterle conoscere ed ordinare tra loro.

Ma poi come dimenticare che quasi vent'anni fa, proprio qui all'Università di Firenze, mi assunsi la responsabilità di promuovere la pubblicazione di un apposito rapporto annuale (il primo *Osservatorio sulle fonti* è stato pubblicato nel 1996) per cercare di documentare quanto è avvenuto davvero ed avviene tuttora nel complesso universo delle fonti normative.

In quell'occasione riconoscevo ovviamente che “gli studi sulle fonti nel nostro ordinamento sono numerosi e spesso molto apprezzabili, andando da molteplici approfondimenti dei problemi sorti in riferimento a singole fonti, allo studio organico di alcune categorie di fonti normative, a studi di teoria generale sulla produzione normativa e sull'interpretazione, a sistematizzazioni complessive dell'intero sistema delle fonti”; ed aggiungevo che non sono neppure mancati “molti studi sulle tecniche di redazione dei testi normativi, sui modi di formazione delle leggi e sugli stessi evidenti sintomi di crisi del nostro complessivo sistema delle fonti normative”. Semmai notavo che a tutta questa attenzione sul piano dottrinale non corrispondeva sempre un'attenzione adeguata a quanto, specie di recente, avviene nei tanto diversi settori di produzione normativa, spesso caratterizzati da innovazioni molteplici; al tempo stesso, mancavano adeguate documentazioni sui trattamenti posti in essere in sede applicativa o giurisdizionale e sugli stessi dati numerici relativi alle fonti: da ciò un doveroso impegno per analizzare le trasformazioni in corso e le nuove fonti, nonché per documentare l'uso delle tante differenziate fonti normative.

Ora, anche sulla base di un panorama documentativo divenuto fortunatamente più ricco (anche per merito, oltre che del vitale gruppo fiorentino, di vari altri soggetti e istituzioni che a ciò si sono dedicati) e di tanti altri contributi dottrinali, ci si potrebbe accontentare di cercare di seguire le molteplici innovazioni in corso, che certamente tanto daranno ancora da lavorare ai giovani ed ai meno giovani studiosi.

Al di là di questi tanti singoli oggetti di studio emerge però – a mio parere – un fon-

¹ Già professore di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze e presidente emerito della Corte costituzionale.

damentale profilo istituzionale, che attraversa l'intero settore delle fonti normative e che giustifica l'assoluta necessità di una specifica grande attenzione alle caratteristiche del sistema delle fonti in un ordinamento democratico contemporaneo: come è, infatti, assolutamente ovvio, in una moderna democrazia costituzionale come la nostra sia il principio di legalità che quello di costituzionalità presuppongono che esistano fonti normative pienamente adeguate all'importanza delle funzioni che esse – e solo esse – devono svolgere in uno Stato di diritto. In altre parole: nelle fonti noi troviamo le garanzie ed i limiti delle varie situazioni soggettive, nonché le regole di funzionamento delle diverse istituzioni; in loro assenza od insufficienza, si riafferma pericolosamente il mero potere dei diversi soggetti politici, sociali od economici comunque dominanti, sia a livello nazionale che sovranazionale, che in tal modo possono giungere a disporre di impropri spazi di condizionamento delle libertà individuali e collettive, nonché delle regole di funzionamento delle istituzioni.

A questo proposito, devo purtroppo rilevare che nel dibattito dottrinale questo approccio appare stranamente sottovalutato o forse, nel migliore dei casi, tanto dato per ovvio da non essere considerato, quanto meno in forma esplicita: solo per far riferimento ad alcuni recenti scritti, peraltro di ottimo livello, sul tema se possa parlarsi ancora di un sistema delle fonti (mi riferisco ai saggi di tre grandi esperti del settore come Modugno, Ruggeri e Pizzorusso), in oltre centodieci dense pagine a stampa di un interessante volume² non trovo mai l'esplicita trattazione di questo essenziale profilo, mentre ci si dedica con grande raffinatezza, se non acribia, ai profili teoretici del nostro sistema delle fonti, al peso sulla forza delle diverse fonti dei valori costituzionali in gioco, ai mutevoli e vari influssi sulle fonti dei modelli e delle esperienze straniere, ecc.

2. Ma, invece, mi sembra che uno dei problemi fondamentali (se non quello essenziale) quando si esaminano le singole fonti normative, se non addirittura quando si considera l'attuale evidente difficoltà di ordinarle a sistema, sta proprio nelle conseguenze che tutto ciò ha sulla nostra democrazia e sulla tutela delle diverse situazioni soggettive. In altri termini: nello studio delle fonti normative occorre evitare che la specificità dei temi, non di rado assai interessanti, e la stessa technicalità dei vari problemi che ne sorgono (e che naturalmente ci affascinano) appannino il problema costituzionale di fondo, costituito dal necessario primato delle fonti costituzionali, pur condizionate ed in parte alterate dalle tante trasformazioni intervenute (basti pensare all'impatto dell'Unione europea), nonché dal pieno rispetto delle diverse riserve di legge previste dalle disposizioni costituzionali e dal primato delle prescrizioni legislative. Non vorrei apparire un teorico fuori tempo del ruolo decisivo del diritto positivo, ma le numerose trasformazioni del nostro sistema costituzionale e giuridico sotto la pressione di tutto ciò che si muove nel diritto internazionale, negli stessi rapporti di potere internazionali (ivi compresa la moderna *lex mercatoria*), nella stessa parziale erosione delle sovranità nazionali, nei grandi mutamenti tecnici e culturali in corso, vanno anzitutto considerati dal punto di

² I tre saggi, dal medesimo titolo *E' possibile ancora parlare di un sistema delle fonti ?*, sono pubblicati in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, rispettivamente p. 3 ss., 63 ss. e 109 ss.

Osservatorio sulle fonti

vista del nostro ordinamento costituzionale e giuridico.

D'altra parte la recentissima sentenza n.238 del 2014 – come ben noto – ha addirittura affermato che le stesse norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui al primo comma dell'art. 10 Cost., non entrano automaticamente nel nostro ordinamento giuridico “per la parte configgente con i principi ed i diritti inviolabili” che caratterizzano il nostro ordinamento.

Ciò che in realtà è in gioco è, infatti, il rispetto dei valori e degli interessi sottostanti alla rigidità costituzionale ed al principio di legalità, nelle loro varie sfaccettature.

A questo proposito, scusandomi con i colleghi e gli studiosi che ben conoscono tutto ciò, mi permetto di fare tre gruppi di esempi per i più giovani ascoltatori: se una disposizione costituzionale appare largamente carente (ad esempio, si pensi al riparto di competenze fra Stato e Regioni sulla base del vigente art. 117 Cost.) o quasi pacificamente derogata, al di là dei pur apprezzabili interventi della Corte costituzionale (si pensi, ad esempio, alla decretazione d'urgenza), in realtà mutano profondamente il disegno autonomistico o la forma di governo, con tutto ciò che queste parti del dettato costituzionale dovrebbero garantire e tutelare.

Ma si pensi pure al settore importantissimo del rapporto fra le nostre disposizioni costituzionali in materia di situazioni soggettive, ma anche di libertà dei nostri organi legislativi, e le disposizioni o alcuni atti dell'Unione europea o delle diverse organizzazioni internazionali di cui facciamo parte, a cominciare dalla CEDU: occorrerebbe, infatti, sempre ricordarci quanti problemi possono sorgere da imprecise o confuse ricostruzioni dei rapporti fra il nostro ordinamento e questi ordinamenti sovranazionali od internazionali.

Ancora più evidenti sono le possibili pericolose conseguenze sui diritti di disinvoltate politiche di delegificazione o di semplificazione normativa che riducano tutele e garanzie; ma ci si potrebbe anche riferire a modifiche legislative che rendano troppo generiche disposizioni in materie di particolare importanza o delicatezza.

Anche sulla base di questi primi sommari esempi, si può allora comprendere la grande importanza, se non il valore, dell'impegno dei giuristi nel mantenimento di tutte quelle fondamentali tutele che sono implicite in un buon assetto normativo, essendo essi i soggetti che dovrebbero essere i più esperti delle conseguenze delle tante trasformazioni che intervengono nei diversi ordinamenti sotto la pressione delle vicende politiche e sociali.

Ma ciò vuol anche dire che non solo gli esponenti della classe politica, ma anche noi, con tutti i nostri piccoli o grandi convincimenti culturali o politici o anche con le eccessive prudenze verso i vari poteri, siamo responsabili di quanto di discutibile avviene in questo campo senza che vi siano adeguate resistenze, se non esplicite battaglie, da parte di chi dovrebbe essere per professione più consapevole dei valori in gioco. Su questo piano potremmo ricordare, ad esempio, i troppo prolungati ritardi a denunciare negli anni trascorsi gli abusi palesi in tema di decretazione d'urgenza o anche la curiosa contraddizione di vari di noi che spesso continuano a cavalcare in modo un po' acritico il tema del necessario aumento dei poteri governativi in tema di produzione legislativa, senza dare adeguato risalto al fatto che i diversi Governi da molti anni svolgono in real-

tà (seppur malamente) un ruolo assolutamente determinante nella produzione legislativa (negli ultimi quindici anni: contro poco più di seicento leggi del Parlamento – ad esclusione delle leggi di autorizzazioni alla ratifica e di conversione –, i decreti legislativi ammontano a circa millecinquanta ed i decreti legge a quasi cinquecento, mentre i regolamenti governativi sono stati settecentocinquanta).

Ma si pensi anche alle eccessive prudenze dottrinali nei confronti di vari procedimenti di revisione costituzionale che hanno decisamente peggiorato lo stesso ordinamento costituzionale, creando contraddizioni o pericolose lacune: basti qui accennare (fra i molti esempi che sarebbero possibili) alla legge cost. n.1/1999 che, modificando l'art. 123 Cost., ha lasciato indeterminato il rapporto fra giudizio della Corte costituzionale e referendum popolare sul testo statutario approvato, alla legge cost. n. 2/2001, che ha sottratto all'eventuale referendum popolare le revisioni delle leggi costituzionali modificative degli statuti speciali, alla legge cost. n.3/2001 che nelle elencazioni di cui al nuovo art. 117 Cost. si è “dimenticata” di inserire fra le materie di competenza statale alcune di fondamentale importanza, come le diverse attività economiche, i lavori pubblici o la circolazione statale. Ma anche la legge cost. n.1/2012 avrebbe dovuto suscitare non pochi allarmi quanto meno per la parte (cfr. art. 5) che riguarda l'indeterminato impatto sull'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost. della volontà del legislatore previsto dal sesto comma dell'art. 81 Cost.

E ciò per non parlare dei non pochi silenzi che vi furono perfino in occasione del pessimo testo di revisione costituzionale approvato dal Parlamento nel 2005, e fortunatamente respinto dal referendum popolare, che conteneva davvero un insieme di norme di eccezionale gravità per la nostra democrazia.

3. Proprio questi ultimi esempi introducono alle evidenti responsabilità dei diversi sistemi politici nelle continue, per quanto differenziate tra loro, tendenze a far prevalere la politica contingente sugli stessi principi e valori costituzionali.

A questo proposito, credo di poter dire che il rispetto della rigidità costituzionale è restato largamente estraneo alle culture politiche dominanti, sia perché nella nostra esperienza nazionale il suo avvento è stato essenzialmente il frutto di una stagione costituente molto importante, ma purtroppo poco diffusa nei quadri politici ed a livello di opinione pubblica. Ma soprattutto essa fu largamente bilanciata nella realtà politica da continui e radicali scontri politico-ideologici (una formula significativa di quella fase fu, non a caso, che “tutto è politica”). Si pensi inoltre alla successiva stagione politica degli anni della “guerra fredda” che ritenne di bloccare a lungo l'attuazione di tanta parte della nuova Costituzione: mi sembra evidente che la legittimazione di politiche di inapplicabilità dello stesso dettato costituzionale contribuirono molto fortemente a consolidare nelle diverse classi politiche una concezione di sostanziale illimitatezza dei poteri degli organi parlamentari e di governo.

Non ci si può allora meravigliare che fin dall'inizio dell'ordinamento repubblicano il sistema di produzione delle fonti normative abbia fortemente risentito dell'anomalo prolungamento di efficacia di tante fonti precostituzionali, dell'utilizzazione delle situazioni di necessità ben al di là del dettato costituzionale, della larga intercambiabilità fra atti

Osservatorio sulle fonti

di diversa forza giuridica ove espressivi della volontà maggioritaria.

Quando tutto ciò ha cominciato a mutare, specie dopo l'inizio di attività della Corte costituzionale e con la maggiore indipendenza degli ordinari organi giurisdizionali, hanno però pesato non poco le tante fragilità delle maggioranze di governo, spesso indotte a legiferare e governare in situazioni difficili, se non di permanente emergenza politica, ma poi normalmente incapaci di porre in essere ampie e stabili riforme legislative e perfino di mera razionalizzazione normativa (basterebbe pensare ai ritardi per la legge sulla Presidenza del Consiglio o alla stessa faticosissima vicenda della riduzione del numero delle leggi). Ma poi le tante trasformazioni conseguenti alla costruzione dello Stato sociale, lo stesso avvento delle istituzioni comunitarie ed il continuo accrescimento dei loro poteri, nonché i crescenti processi di internazionalizzazione spingono tutti, seppure con diverse modalità e misure, ad accentuare il ruolo dell'esecutivo e delle maggioranze parlamentari, mentre la concretizzazione dell'assetto regionale conformemente agli Statuti speciali ed al Titolo V della Costituzione incontra grandi e diffuse resistenze.

Inoltre occorre prendere atto che pure in un sistema caratterizzato dal primato delle disposizioni costituzionali, il ruolo comunque determinante del potere legislativo deriva dal fatto che in molti decisivi settori esso in realtà non può essere normalmente sostituibile: basti qui accennare come ormai da decenni la mancata organica attuazione dell'art. 119 Cost. (pur nelle sue varie configurazioni costituzionali) è una costante, che intacca alla base tutti i disegni di effettiva e funzionale autonomia delle nostre Regioni, già radicalmente caratterizzate dalle determinazioni contenute in mere fonti primarie (siano i decreti delegati di trasferimento o le norme di attuazione degli Statuti speciali).

Ma poi come dimenticare il grave condizionamento della stessa possibilità di dare efficacia a molti giudizi di costituzionalità che deriva dalla consapevolezza che, in tanti casi, il potere legislativo non colmerà in termini accettabili le eventuali lacune prodotte dalla giustizia costituzionale? Vicende che non di rado portano o ad un'eccessiva prudenza della Corte, che evita il giudizio, o altrimenti a percorrere la via ardua ed anche istituzionalmente discutibile delle sentenze non tanto interpretative quanto in varia misura additive o sostitutive; ed il fatto che negli anni più recenti queste sono cresciute non poco, per di più in ambiti di grande importanza (dal diritto regionale al diritto processuale penale, dalla legislazione elettorale alla disciplina dei rapporti con l'ordinamento internazionale), sta ad indicare il perdurare di un evidente grave immobilismo degli organi istituzionalmente titolari del potere legislativo.

Non deve quindi meravigliare che nella più recente edizione di un manuale di studio siano state inserite nell'elenco delle fonti almeno alcuni tipi di sentenze della Corte costituzionale.

Aggiungiamo che le stesse più recenti vicende che hanno riguardato i processi di revisione costituzionale, conseguiti, tentati od anche tuttora in corso, mettono in evidenza come il sistema politico stia pericolosamente prendendo atto della possibilità, in realtà alquanto agevole nel nostro sistema costituzionale, di mettere mano alla stessa Costituzione: ovviamente non nego affatto la sovranità parlamentare ad utilizzare il procedimento di revisione costituzionale (nel rispetto formale e sostanziale dell'art. 138 Cost.),

ma deve preoccupare molto l'evidente caduta qualitativa di parte della nuova normazione costituzionale, adottata o progettata (si pensi agli esempi in precedenza accennati o anche ad alcuni vistosi errori contenuti nel ddl di revisione costituzionale di recente approvato dal Senato della Repubblica), la sua stessa pericolosa espansione in alcuni casi a minute discipline di natura organizzativa o, invece, la troppo generica previsione dell'applicabilità di alcuni istituti a molti ed addirittura indeterminati altri settori (si consideri, ad esempio, l'estrema vastità ed eterogeneità dei possibili contenuti delle leggi di bilancio e delle leggi finanziarie di accompagnamento, da definire tramite l'apposita legge interposta, ai sensi del sesto comma dell'art. 81 Cost. e soprattutto dell'art. 5 della legge cost. n.1/2012).

Anche in tal modo le costituzioni possono perdere efficacia e perfino la loro necessaria sacralità.

A tutto ciò, infine, occorre aggiungere il grande potere parlamentare derivante, specie dopo il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost., dalle leggi di autorizzazione alla ratifica degli accordi internazionali sia nell'ambito che fuori l'U.E.

E certo, in particolare saranno assolutamente decisive le future ulteriori modificazioni dei Trattati europei, arrivati ormai al limite di un'esplicita edificazione di un vero e proprio ordinamento federale.

4. Per finire, torniamo però a parlare delle nostre responsabilità, come giuristi operanti all'Università, ma anche nelle professioni e nelle diverse istituzioni. Mi sembra davvero troppo facile addebitare tutti i problemi ai pur tanti e gravi difetti del ceto politico, allorché spesso la cosiddetta società civile sembra essersi troppo facilmente adattata all'esistente, senza invece dare un proprio specifico contributo e poi pretendere, anche con la dovuta durezza, un miglioramento sostanziale della nostra democrazia repubblicana alla luce dei valori costituzionali.

Proprio nella paziente e continua ricostruzione del sistema delle fonti esistenti nel nostro sistema costituzionale ed istituzionale, all'interno dell'U.E. e nel rispetto dei vincoli internazionali, nonché nella conseguente pretesa che esso sia effettivamente rispettato e garantito, sta un enorme ed inesauribile tema di studio e di impegno per tutti noi. Ciò presuppone ovviamente che un sistema complessivo delle fonti esista, anzi non può non esistere per quanto estremamente articolato e complesso, e certo enormemente diverso da quello classico dell'antico Stato liberale, dalla costituzione flessibile, che rivendicava piena sovranità rispetto agli altri ordinamenti e che si accontentava fondamentalmente delle sommarie disposizioni preliminari al Codice civile.

Forse l'esperienza che ho potuto fare alla Corte costituzionale mi ha reso ancora più evidente che in precedenza la necessità e l'urgenza di contribuire a riportare un po' di chiarezza in tanti e diversi ambiti nei quali l'uso forzato o scorretto delle fonti può mettere a rischio importanti situazioni soggettive o regole di funzionamento delle istituzioni. Senza far qui impropriamente rassegne giurisprudenziali e senza pretesa di completezza, mi sembra che nel solo ultimo decennio la Corte sia dovuta intervenire davvero molte volte, tramite decisioni (pur ovviamente tutte discutibili), per chiarire aspetti significativi del nostro sistema delle fonti: ciò, ad esempio, in riferimento ai limiti della

Osservatorio sulle fonti

decretazione di urgenza e delle relative leggi di conversione, al nostro sempre maggiore inserimento nel sistema normativo dell'U.E., al preciso rapporto del nostro ordinamento con la normativa CEDU quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, alla necessità di utilizzare la revisione costituzionale per l'eventuale disciplina di normative derogatorie del principio di eguaglianza, all'assai complessa collocazione nel nostro sistema normativo delle fonti regionali (statuti e leggi), alla necessità trasformazione del sistema di controllo sulle leggi regionali delle Regioni ad autonomia speciale (giurisprudenza appena completata anche in riferimento alla Regione Sicilia tramite la sent. 255/2014), ad alcuni limiti ineludibili dei processi di delegificazione, a qualche limite alle deleghe legislative, al rispetto degli esiti referendari.

Questi numerosi interventi non esauriscono peraltro i moltissimi problemi interpretativi relativi alle diverse fonti, che restano tuttora largamente aperti.

Ma poi le attuali scelte per innovazioni costituzionali e legislative devono attentamente impegnarci a contribuire al miglioramento delle progettazioni che appaiano inadeguate, affrettate o carenti.

Vale allora la pena di impegnarsi ancora su temi del genere.