

Riccardo Guastini

La costituzione come limite alla legislazione*

1. *Limiti costituzionali alla legislazione*

La costituzione può fissare alla legislazione due tipi di limiti: limiti formali (o procedurali) e limiti materiali (o sostanziali).

(1) Limiti formali: mediante norme che disciplinano il procedimento di formazione della legge, sicché l'organo legislativo non può legiferare se non in conformità al procedimento stabilito dalla costituzione.

(2) Limiti materiali: mediante norme che vincolano il contenuto delle leggi future, sicché è vietato al legislatore approvare leggi con un certo contenuto.

Questo secondo punto richiede qualche approfondimento.

Anzitutto, 'contenuto' in che senso? Possiamo convenire che ogni norma giuridica sia ultimamente riducibile ad un enunciato condizionale della forma: "Se F, allora G", nel quale F sta per una classe di fattispecie e G per la conseguenza giuridica connessa a tali fattispecie.

Pertanto, il contenuto di una legge può essere analizzato come la combinazione di due elementi distinti:

(a) l'oggetto di disciplina – la materia, come si usa dire – ossia la classe di fattispecie disciplinata dalla legge; e

(b) il modo in cui tali fattispecie sono disciplinate, ossia le conseguenze giuridiche previste per esse.

Orbene:

(2.1) La costituzione può limitare l'oggetto, la materia, delle leggi future in due modi distinti.

(i) In primo luogo, stabilendo riserve di competenza in favore di altre fonti (di fonti altre dalla legge), in modo tale che certe materie non possano essere disciplinate dalla legge, ma solo da fonti diverse.

Il punto può essere chiarito come segue. Normalmente la costituzione non assegna alla competenza della legge un oggetto determinato (se così fosse, allora la legge non potrebbe disciplinare altro che le materie enumerate). Per conseguenza, la legge ha – come suol dirsi – una competenza materiale

* Relazione presentata al Congreso internacional de teoría y técnica legislativa, Facultad de derecho, Universidad de Valencia, 27-31 ottobre, 1997.

“residuale”: in linea di principio, essa può disciplinare qualsivoglia materia. Talvolta, nondimeno, la costituzione stabilisce una riserva di competenza in favore di altre fonti, diverse dalla legge, sicché la legge può sì disciplinare qualsiasi materia, ma con l’eccezione di quelle materie che, secondo la costituzione, devono essere disciplinate da fonti diverse. Per conseguenza, vi sono, in questi casi, certe materie che la legge non può disciplinare in alcun modo.

(ii) In secondo luogo, stabilendo riserve di competenza in favore della legge stessa.

Nel disporre una riserva di legge, la costituzione limita evidentemente la competenza materiale di ogni altra fonte, poiché, là dove c’è riserva di legge, solo la legge può disciplinare la materia in questione. Paradossalmente, tuttavia, la riserva di legge – sebbene disposta precisamente in favore della legge – costituisce una limitazione anche per il legislatore. Ciò perché, quando una materia è riservata alla legge, il legislatore deve disciplinare tale materia in modo completo. O meglio, il legislatore può decidere di non disciplinare affatto quella materia; ma se decide di disciplinarla: (a) deve disciplinarla esso stesso completamente, e (b) non può delegarne la disciplina a fonti subordinate (regolamenti dell’esecutivo).

(2.2) La costituzione può anche dettare limiti alle conseguenze giuridiche delle leggi future, ossia non all’oggetto delle leggi, ma al modo in cui un dato oggetto può essere disciplinato. Ciò può avvenire in due modi:

(i) Direttamente: mediante comandi e (soprattutto) divieti rivolti al legislatore.

(ii) Indirettamente: in virtù della combinazione di due tipi di norme:

(a) per un verso, le norme con le quali la costituzione disciplina immediatamente certe fattispecie (ad esempio, conferendo diritti soggettivi ai cittadini);

(b) per un altro verso, le norme con le quali la costituzione stabilisce la sua propria superiorità gerarchica rispetto alla legge. Ciò, a sua volta, può esser fatto disponendo:

(b.1) che la costituzione può essere modificata solo con un procedimento speciale, diverso dal (più complesso del) procedimento legislativo ordinario, e pertanto non può essere modificata (o contraddetta, il che è lo stesso) dalle leggi; e

(b.2) attribuendo ai giudici in genere, oppure ad un tribunale costituzionale, il potere di annullare le leggi che contraddicano la costituzione.

Così, ad esempio, nel conferire diritti ai cittadini e, al tempo stesso, nell’affermare la propria superiorità rispetto alla legge, la costituzione vieta alla legge di sopprimere o restringere tali diritti.

2. Limiti derivanti da norme “interposte”

Talvolta, la costituzione limita la legislazione futura – sia sotto il profilo

formale, sia sotto il profilo sostanziale – anche in un altro modo indiretto: non già dettando direttamente norme (procedimentali o sostanziali) sulla legislazione o su certe fattispecie, bensì facendo rinvio a norme non costituzionali e, al contempo, obbligando il legislatore a rispettarle.

Per esempio, la costituzione italiana vigente obbliga il parlamento ad obbedire – nel procedimento di formazione della legge – non solo alla costituzione stessa, ma anche ai regolamenti parlamentari (anche se, in verità, l'opinione della corte costituzionale è diversa su questo punto); obbliga le leggi ad essere conformi non solo alla costituzione stessa, ma anche alla consuetudine internazionale; obbliga il legislatore regionale ad obbedire non solo alla costituzione stessa, ma anche ai principi fondamentali (delle diverse materie di competenza regionale) stabiliti da leggi dello stato; etc.

Facendo rinvio a norme non costituzionali, relative al procedimento o al contenuto delle leggi future, la costituzione esige espressamente o implicitamente che il legislatore si conformi a tali norme. Per conseguenza, la violazione delle norme cui la costituzione fa rinvio è una violazione indiretta della costituzione stessa.

Si usa dire, nella dottrina italiana, che le norme cui la costituzione rinvia giocano, nel giudizio di legittimità costituzionale, il ruolo di “norme interposte”, ossia poste tra la legge e la costituzione, e pertanto al di sopra della legge (pur essendo norme non costituzionali).

3. *Conseguenze: l'invalidità della legge*

Dai limiti che la costituzione pone alla legislazione deriva quanto segue:

(1) Una legge è invalida – per ragioni formali, come si suol dire – quando è stata approvata con un procedimento diverso da quello stabilito in costituzione.

(2) Una legge è invalida – potremmo dire: per incompetenza materiale – quando disciplina una materia che la costituzione riserva ad un'altra fonte.

(3) Una legge è invalida – potremmo dire: per incompetenza materiale negativa – quando, nel disciplinare una materia riservata alla legge stessa, non la disciplina in modo completo, ma invece autorizza altre fonti a disciplinarla (o ad integrare le norme legislative).

(4) Una legge è invalida – per ragioni sostanziali, come si usa dire – quando viola un divieto costituzionale, ossia dispone per una fattispecie una conseguenza giuridica che le è vietato disporre.

Che accade però quando la legge viola non già un divieto, ma un comando positivo rivolto dalla costituzione al legislatore? Ebbene, non si può dire che una legge sia invalida quando viola un comando costituzionale (ad esempio, il comando di fare leggi che garantiscano un lavoro a tutti i cittadini, o di fare leggi che eliminino le disegualianze sociali). Ciò perché la violazione di un comando costituzionale consiste, concretamente, in questo: che il legislatore si astiene dal fare una legge che la costituzione esigerebbe. Ma ciò significa non

che vi sia una legge in violazione della costituzione, ma piuttosto che manca una legge voluta dalla costituzione: in altre parole, non vi è alcuna legge che possa essere sottoposta al tribunale costituzionale e dichiarata invalida.

(5) Una legge è invalida – per ragioni sostanziali – quando contraddice la costituzione, ossia disciplina una fattispecie già disciplinata dalla costituzione in modo incompatibile con la costituzione stessa.

(6) Una legge è invalida – per ragioni formali – quando viola le norme procedurali stabilite da fonti (non costituzionali) alle quali la costituzione fa rinvio.

(7) Una legge è invalida – per ragioni sostanziali – quando contraddice norme (non costituzionali) alle quali la costituzione fa rinvio.

4. *Limiti alla legislazione in regime di costituzione flessibile*

Si usa dire che solo in regime di costituzione rigida vi sono limiti alla legislazione, e che le costituzioni flessibili non limitano in alcun modo la legislazione giacché possono essere derogate, modificate, abrogate, o comunque contraddette dalla legge, e pertanto non vi è superiorità gerarchica della costituzione sulla legge. A mio avviso, questa tesi deve essere un po' sfumata.

Naturalmente è vero (è una verità analitica, che dipende dalla definizione stessa di costituzione flessibile) che le costituzioni flessibili possono essere derogate dalla legge. Tuttavia, anche una costituzione flessibile, se pure può essere derogata, abrogata, o comunque modificata, non può però essere violata, dal legislatore. In particolare, il legislatore può sì cambiare le norme costituzionali sul procedimento legislativo, ma non può violarle fino a che non le abbia cambiate.

Occorre infatti distinguere con nettezza tra:

(a) una norma che abroga (tacitamente) un'altra norma precedente (ossia disciplina in modo diverso il medesimo oggetto già regolato dalla norma precedente); e

(b) una condotta che viola una norma.

Nessuna norma può essere abrogata (o derogata) da una condotta: per abrogare (o derogare) una norma occorre un'altra norma. Un assassino non deroga alla norma che proibisce l'omicidio: la viola.

Orbene, quando il legislatore approva una legge secondo un procedimento diverso da quello stabilito in costituzione, non abroga o deroga in alcun modo le norme costituzionali sul procedimento legislativo: le viola.

In altre parole, l'abrogazione o la deroga di una norma e la violazione di una norma (non previamente abrogata) sono cose totalmente distinte. Certo, la costituzione, se è flessibile, può essere abrogata o derogata dalla legge, ma ciò che sostengo è che il legislatore non può semplicemente violarla fino a che è vigente: se non desidera osservare la costituzione, deve prima cambiarla.

Sebbene quasi tutte le costituzioni contemporanee siano rigide, il problema

qui discusso non è di interesse puramente teorico. In alcuni ordinamenti, infatti, vi sono leggi che disciplinano il procedimento di formazione della legge stessa (o di atti dell'esecutivo dotati di forza di legge). Ebbene, la relazione tra una legge qualsivoglia e le leggi future è esattamente la stessa che intercorre tra una costituzione flessibile e la legge in genere.

5. Il principio di ragionevolezza

In molti sistemi costituzionali contemporanei, il limite sostanziale forse più importante alla legislazione è il principio cosiddetto di "ragionevolezza".

Si tratta di un principio elaborato da diversi tribunali costituzionali attraverso l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che stabiliscono il principio di eguaglianza, ossia il divieto per il legislatore di distinguere (o discriminare) tra cittadini.

In molte costituzioni il principio di eguaglianza è formulato come una regola specifica, che proibisce non già qualsivoglia distinzione senza ulteriori specificazioni, ma alcune distinzioni particolari determinate: ad esempio, secondo la razza, il sesso, le opinioni politiche, le condizioni sociali, etc. Per conseguenza, vi sono certe distinzioni che sono vietate (si tratta, potremmo dire, non di mere distinzioni, ma di "discriminazioni" in senso valutativo), mentre ogni altra distinzione è permessa.

Tuttavia, diversi tribunali costituzionali intendono il principio di eguaglianza come un principio generico, del tipo: "I casi eguali devono essere trattati nello stesso modo, e i casi differenti devono essere trattati in modi diversi". Questo principio, così formulato, pone chiaramente il problema di decidere quali casi siano (tra loro) eguali e quali non lo siano: detto in altro modo, quali distinzioni siano giustificate, e quali siano discriminatorie. Ebbene, il principio di ragionevolezza è precisamente una risposta a questa domanda. Disgraziatamente è una risposta tautologica.

Secondo questo principio, le distinzioni (o classificazioni) operate dal legislatore, per non essere discriminatorie, devono essere ragionevoli. Che significa? Significa che, per distinguere, devono esservi ragioni, naturalmente. Ma che significa 'ragioni'? In questo tipo di contesto, è ovvio che 'ragioni' non significhi semplicemente argomenti: significa "buoni" argomenti, cioè giustificazioni. Dunque, secondo il principio di ragionevolezza, una distinzione è giustificata quando è giustificata.

E' evidente che, per decidere se un argomento sia buono (e se, dunque, una certa distinzione legislativa sia giustificata), occorre un giudizio di valore. Ora, l'organo competente ad esprimere in ultima istanza e con efficacia generale siffatto giudizio di valore è, naturalmente, il tribunale costituzionale. Per conseguenza, questa interpretazione del principio di eguaglianza si converte in uno strumento molto potente, nelle mani dei tribunali costituzionali, per rivedere discrezionalmente le decisioni discrezionali del legislatore.

6. *La macchina delle lacune*

Si dice “lacuna assiologica” la mancanza non di una norma qualsivoglia, ma di una norma “giusta”, ossia di una norma che non c’è ma “dovrebbe” esserci, perché è richiesta o dal senso di giustizia dell’interprete, o da una norma superiore. Ebbene, il principio di eguaglianza, specie se interpretato come principio di ragionevolezza, è una fonte di lacune assiologiche: si direbbe quasi una macchina per produrre lacune.

Quando il legislatore tratta in modo diverso casi che appaiono eguali all’interprete (quando cioè il legislatore distingue senza ragione), allora l’interprete dirà che manca una norma eguagliatrice. Quando per contro il legislatore tratta in modo eguale casi che all’interprete appaiono diversi (quando cioè il legislatore non distingue là dove dovrebbe), allora l’interprete riterrà che manchi una norma differenziatrice.

(i) Supponiamo che una norma legislativa N1 conferisca un diritto soggettivo D ad una data classe di soggetti S1: “Se S1, allora D”. Supponiamo inoltre che il tribunale costituzionale ritenga che la classe di soggetti S1 sia sostanzialmente eguale alla classe di soggetti S2, e che pertanto la norma in questione costituisca una discriminazione ingiustificata ai danni dei soggetti S2.

Ecco allora che, nell’opinione del tribunale, la legge sarà lacunosa: mancherà una norma N2 – una norma eguagliatrice – che conferisca il medesimo diritto D anche alla classe di soggetti S2.

(ii) Supponiamo ancora che una norma legislativa N1 conferisca un diritto soggettivo D ad una data classe di soggetti S: “Se S, allora D”. Supponiamo inoltre che in seno alla classe S si possano distinguere due sotto-classi S1 e S2, e che il tribunale costituzionale ritenga che la classe di soggetti S1 sia sostanzialmente diversa dalla classe S2.

Ecco allora che, nell’opinione del tribunale, la legge sarà lacunosa: mancherà una norma N2 – una norma differenziatrice – che attribuisca alla classe di soggetti S2 un trattamento giuridico diverso da quello attribuito alla classe S1.

7. *Vecchie leggi, nuova costituzione*

Normalmente, la promulgazione di una nuova costituzione implica non l’abrogazione di tutte le leggi promulgate sotto la costituzione precedente, ma piuttosto la (tacita) recezione in blocco di tutte le leggi precedenti. D’altro canto, è chiaro che la costituzione può porre limiti alla legislazione futura, non alla legislazione passata.

Tuttavia, la nuova costituzione – se è rigida – limita l’ingresso (mediante recezione) nel nuovo ordinamento delle norme appartenenti all’ordinamento

precedente. Questo limite non si riferisce in alcun modo al procedimento di formazione delle leggi: è chiaro che le vecchie leggi non sono formalmente valide secondo il parametro della nuova costituzione, né mai potrebbero esserlo (non avrebbe senso pretenderlo).

Il limite si riferisce invece al contenuto delle vecchie leggi, e più precisamente non alle fattispecie disciplinate dalle vecchie leggi, bensì alle conseguenze giuridiche connesse a tali fattispecie (insomma; non alla materia regolata, ma al modo di regolarla). Le vecchie leggi non possono entrare “pleno jure” nel nuovo ordinamento costituzionale allorché contraddicono sostanzialmente una qualche norma della nuova costituzione, ovvero allorché violano un qualche divieto rivolto dalla costituzione al legislatore.

Ma in che senso le vecchie leggi non possono entrare “pleno jure” nel nuovo ordinamento? Ho impiegato consapevolmente questa espressione alquanto ambigua, poiché vi sono due possibilità.

Occorre osservare che, rispetto alle leggi dell’ordinamento precedente, la nuova costituzione è – al tempo stesso – “lex superior” e “lex posterior”. Sicché vi sono due principi, del tutto distinti, che possono essere usati per risolvere la contraddizione tra vecchie leggi e nuova costituzione.

(i) Le vecchie leggi possono essere considerate abrogate in virtù del principio “lex posterior”, che normalmente può e deve essere applicato da tutti i giudici, sebbene con effetti “inter partes”; oppure

(ii) le vecchie leggi possono essere considerate invalide (materialmente invalide) in virtù del principio “lex superior”, che – in molti ordinamenti costituzionali – può essere applicato (nei confronti delle leggi) solo dal tribunale costituzionale, e con effetti “erga omnes”.

8. Limiti alla revisione costituzionale

Infine, dirò qualcosa sopra i limiti che, talvolta, la costituzione (una costituzione rigida, beninteso) pone non già alle leggi ordinarie, bensì alle leggi costituzionali: limiti, insomma, alla revisione della stessa costituzione.

In ogni sistema a costituzione rigida necessariamente vi sono limiti formali alle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, nel senso che la costituzione (essendo rigida) detta regole sul procedimento di revisione: se non lo facesse, non sarebbe rigida. E pertanto è formalmente invalida ogni legge che pretenda di essere una legge costituzionale e di riformare la costituzione, ma che tuttavia non sia stata approvata conformemente al procedimento di revisione.

La cosa più interessante tuttavia è che, in alcuni sistemi costituzionali, vi sono anche limiti sostanziali, di contenuto, alle leggi costituzionali, poiché la costituzione autorizza la sua revisione in generale, ma nello stesso tempo proibisce assolutamente la revisione di una sua parte determinata (ad esempio, sottrae alla revisione le norme che determinano la “forma” dello stato). Insomma, la costituzione pone limiti sostanziali alle leggi di revisione.

Quale sia la migliore ricostruzione teorica di tali limiti è dubbio. Si può pensare che le leggi costituzionali non possano regolare quella data materia che è sottratta a revisione: da questo punto di vista, si tratterebbe di un limite riferito all'oggetto di disciplina. Oppure si può ritenere che leggi costituzionali non possano contraddire le norme costituzionali che già regolano quella data materia: si tratterebbe allora di un limite riferito non all'oggetto di disciplina, ma al modo di disciplinare quell'oggetto. Tuttavia, non intendo qui approfondire ulteriormente la questione.

Allorché la costituzione pone limiti sostanziali alle leggi di revisione, una legge di revisione può essere incostituzionale per ragioni attinenti al suo contenuto: è incostituzionale ogni legge di revisione che tenti di riformare precisamente quella parte della costituzione che la costituzione stessa vieta di riformare.

Ebbene, in tali circostanze, la questione è di sapere se la clausola costituzionale che proibisce la revisione possa, a sua volta, essere riformata (abrogata) o no.

Spesso la dottrina e talora gli stessi tribunali costituzionali pensano che no: le clausole costituzionali che vietano la revisione non possono essere abrogate. L'argomento che sostiene questo modo di vedere è, credo, molto semplice: se le clausole in questione potessero essere abrogate, allora non servirebbero a nulla. Nondimeno, questa opinione non mi pare convincente.

Perché una norma qualsivoglia sia sottratta all'abrogazione occorre che vi sia un'altra norma positiva che vieti tale abrogazione. Ma le clausole costituzionali che limitano la revisione vietano di riformare non già sé medesime, bensì altre disposizioni costituzionali.

Se, ad esempio, l'articolo x determina la forma dello stato, e l'articolo y vieta la revisione della forma dello stato, allora ciò che è vietato modificare è l'articolo x, non l'articolo y. La revisione dell'articolo y è vietata se, e solo se, la costituzione include anche una norma z la quale vieti la revisione dell'articolo y, ossia della norma sui limiti alla revisione. Ma se una norma siffatta (la norma z) non esiste, allora non vi è alcun divieto positivo di rivedere l'articolo y. (E, d'altro canto, se anche la norma z vi fosse, non potrebbe essere a sua volta sottratta alla revisione, se non introducendo un'altra norma ancora, che vietasse la revisione di z, ma che sarebbe a sua volta rivedibile...)

La verità è che la costituzione non può, al tempo stesso, autorizzare e vietare la sua stessa revisione.

Se la revisione costituzionale è assolutamente vietata, allora nessuna revisione è consentita: non vi è modo legittimo di adeguare la costituzione ai mutamenti politici e sociali; la riforma costituzionale può solo avvenire per via illegale (rivoluzionaria).

Se, per contro, la revisione costituzionale è consentita, allora è anche consentito rivedere le clausole che limitano la revisione. Quando tali clausole siano state abrogate, non sussiste più alcun limite giuridico alla revisione di qualsivoglia parte della costituzione.