

ANDREA MORRONE
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Dipartimento di Scienze giuridiche

*Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della
Repubblica sul p.d.l.cost. n. 852 d’iniziativa dei sen. Perilli, Calderoli,
Patuanelli e Romeo – 10 dicembre 2020*

1. Premessa: una proposta che coglie nel segno? Il nodo del quorum strutturale nell’art. 75 Cost.

Il progetto di legge costituzionale, nell’intenzione del Legislatore, recepisce “istanze di democraticità diffuse tra gli elettori e avvertite dalla giurisprudenza costituzione”. Mira perciò a “rafforzare” il referendum abrogativo, evitando in particolare che il legislatore possa “aggirare o eludere espressamente l’esito del referendum abrogativo”, con “l’obiettivo di presidiare il risultato referendario”, ponendo un vincolo di durata quinquennale giustiziabile, anche per “sciogliere il nodo ermeneutico” della giurisprudenza che “ha ancorato il superamento del vincolo referendario al mutamento del quadro politico”, consentendo, a tal fine, ai promotori di “attivare il controllo di legittimità costituzionale”.

Questo obiettivo dichiarato si colloca, con una *visione opportuna ma parziale*, nella più generale problematica del referendum abrogativo nell’ordinamento costituzionale e nella prassi politico-istituzionale.

Come dimostra l’esperienza, nella *Repubblica dei referendum*, la questione del vincolo nei confronti del legislatore della volontà popolare diretta ad abrogare una legge o un atto avente forza di legge, è *solo uno dei problemi, e sicuramente non il primo*. L’aggiramento o l’elusione di una decisione popolare abrogativa – per usare le parole della *Relazione* al p.d.l.cost. – è stato un fatto, più che ricorrente, sicuramente clamoroso nella storia di questo istituto: basti ricordare i casi di ministeri abrogati poi re-istituiti e anche di fronte a ripetuti pronunciamenti popolari (come nel caso del Ministero dell’agricoltura, oltre al caso del Ministero del Turismo); volontà popolari aggirate con leggi sostanzialmente inutili (come nel caso della legge sulla responsabilità civile dei magistrati, l.n. 177/1988); decisioni popolari sovvertite con acrobazie normative che ne tradivano il principio ispiratore (come nell’abolizione del finanziamento pubblico ai partiti o come nel caso del referendum sul nucleare).

Ma la storia dei *referendum vittoriosi e traditi* è solo una parte, molto piccola, della problematica del referendum abrogativo (e in genere degli istituti di partecipazione popolare). Il cuore è piuttosto come conciliare un diritto fondamentale di partecipazione politica (il diritto al referendum, appunto),

pensato come strumento di contropotere democratico, con la democrazia rappresentativa. La logica della legge di attuazione (l.n. 352/1970), come dimostra ampia e diffusa letteratura, è stata nel senso di consolidare il cd. privilegio del legislatore rappresentativo, fino al punto di essere considerata la certificazione positiva di un (opposto) pregiudizio normativo nei confronti di un diritto costituzionale dei cittadini di promuovere referendum per sollecitare deliberazioni del corpo elettorale sulla legislazione vigente.

La proposta di legge costituzionale oggi in discussione, nel farsi carico meritoriamente di uno dei problemi del referendum abrogativo – specie dopo l'accantonamento, almeno *rebus sic stantibus*, dell'ipotesi del referendum cd. propositivo – cercando di riequilibrare il rapporto tra due volontà espressive della sovranità popolare (quella del corpo elettorale che, proprio per esprimersi direttamente, manifesta un *surplus* di legittimazione democratica; e quella del corpo rappresentativo, che costituisce la regola di decisione nel nostro sistema costituzionale, anche se in forma indiretta), non sembra diretto a colmare la questione dell'*integrazione tra referendum e democrazia rappresentativa*. Ciò perché risponde a quell'esigenza di garanzia della volontà popolare con una *soluzione meramente negativa*, che vincola il legislatore per un quinquennio all'esito del referendum abrogativo: resta, cioè, totalmente inevaso il tema di come dare corso *in positivo* alla volontà popolare, che non è mai soltanto meramente ablativa, con leggi che colmino il vuoto lasciato dall'abrogazione referendaria, con discipline che ne sviluppino l'obiettivo politico perseguito (esempi emblematici furono il primo referendum sui reati di aborto, i quesiti sull'abolizione dei manicomi e della commissione inquirente, le cui "intenzioni" furono recepite in leggi coerenti: l.n. 194/1978, l.n. 180 /1978 e l.n. 170/1978).

Inoltre, nel rispondere all'ultimo dei problemi (nella sequenza degli atti della lunga e complicata procedura referendaria ex art. 75 Cost.) con una soluzione meramente negativa (un divieto garantito giudizialmente), il p.d.l.cost. lascia scoperto – entrando, forse, in contraddizioni con le sue stesse ragioni enunciate nella *Relazione – il nodo cruciale*, che riguarda non tanto il vincolo per il legislatore, ma, soprattutto, *la possibilità stessa di esercitare il diritto al referendum come contropotere democratico*. Di fronte alla (sempre) vincente esperienza di far fallire le richieste referendarie ammesse al voto con l'invito a disertare le urne, la minaccia al referendum abrogativo (dal 1987 ad oggi con la sola eccezione del referendum sull'acqua pubblica) non viene quasi mai, anzi, *non viene ormai più da parte del legislatore rappresentativo*. La sterilizzazione del referendum abrogativo si verifica *a monte* del processo deliberativo popolare, quando minoranze organizzate, contrarie al contenuto del quesito referendario, impediscono illegittimamente l'esercizio del diritto al referendum popolare, unendo il proprio dissenso all'astensione elettorale fisiologica, impedendo così al corpo elettorale di esprimersi *nel* voto, vincendo mediante l'astensione *dal* voto.

Da questo punto di vista la proposta di legge costituzionale appare un'arma *spuntata*, proprio perché il vincolo garantito che essa vuole introdurre potrebbe non avere nessuna effettività, per mancanza della materia prima su cui quel

vincolo dovrebbe insistere: ossia una volontà abrogativa popolare che, legittimamente, sia stata manifestata in un referendum.

Per queste ragioni, la *prima* revisione costituzionale, se si vuole garantire effettivamente il diritto al referendum popolare come contropotere democratico, è l'abolizione del quorum strutturale, *insieme* alla presente proposta di stabilire un vincolo garantito nei confronti del legislatore.

2. La proposta di legge costituzionale per positivizzare un principio dell'esperienza costituzionale

Nel merito, il p.d.l.cost. persegue l'obiettivo di *positivizzare* un principio emerso nell'esperienza giuridica e, in specie, nella giurisprudenza costituzionale, relativo al divieto formale e sostanziale di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare.

Questo principio ha conosciuto una formulazione *meramente generica e generale*, salvo venire precisato un po' meglio nell'unica occasione concreta in cui è stato possibile portare all'attenzione della Corte costituzionale la violazione di quel divieto, a seguito – non a caso – dell'unico referendum che ha superato il *quorum* strutturale dal 1987.

Nella sent. n. 199/2012 la Corte costituzionale rilevava che il legislatore, dopo l'esito positivo del quesito abrogativo della disciplina sull'affidamento e sulla gestione dei servizi pubblici economici (in particolare del servizio idrico) – richiesta che era stata abilmente “contrabbandata” come diretta ad abolire la cd. privatizzazione dell'acqua pubblica, contribuendo, così, al suo successo elettorale – aveva introdotto una nuova disciplina dei servizi pubblici locali formalmente di adeguamento al referendum, ma sostanzialmente “contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata”, e “anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni” abrogate. La violazione del divieto di ripristino, accertata nel caso, veniva giustificato dal giudice costituzionale “alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa (...) al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare (...) venga posta nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tali da giustificare un simile effetto”. Il “ripristino della normativa abrogata, accertato nel caso, era avvenuto introducendo una nuova disciplina “senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti essenziali dei singoli precetti (sent. n. 68 del 1978)”; la Corte riscontrava, per rafforzare la sua pronuncia, il “brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni)”.

Come si evince da questa decisione costituzionale, il divieto di ripristino deve essere *o formale o sostanziale*, tenuto conto cioè dei “principi ispiratori”

della disciplina o dei “contenuti essenziali dei singoli precetti”. Questo aspetto potrebbe essere precisato nel testo della proposta disposizione aggiuntiva all’art. 75 Cost. L’espressione contenuta nel p.d.l.cost., per cui il “legislatore non può introdurre la medesima normativa”, in ogni caso, va letta nel senso proprio della giurisprudenza costituzionale: il divieto non riguarda una disciplina “identica” (il che non potrebbe non essere vietato), ma soprattutto *discipline sostanzialmente analoghe*, perché nonostante la novità formale, la disciplina positiva non ha mutato o i principi o il contenuto essenziale di singole disposizioni.

Rispetto a questo singolo, ancorché importante, precedente giurisprudenziale, il p.d.l.cost. svolge esattamente la funzione propria di una *revisione costituzionale*: ossia enunciare sul piano formale principi emersi nell’esperienza giuridica, come nel caso del divieto formale e materiale di ripristino. Il risultato è, quindi, la positivizzazione di una regola che altrimenti rimarrebbe *disponibile* dalla giurisprudenza, con limitati risultati sul piano dell’effettività. La costituzionalizzazione, in particolare, ha l’effetto di *enforcement* nei confronti di un principio, come il rispetto della volontà popolare, che mitiga, limitandolo, il cd. privilegio del legislatore, che viceversa tende ad assicurare il primato alla legislazione sull’abrogazione referendaria, lasciando questa in balia di quello.

La durata quinquennale, non tanto per i motivi addotti dalla *Relazione* circa un riequilibrio col divieto di ripresentazione del quesito respinto nel voto popolare ex art. 38 l.n. 352/1970 (col quale non c’è alcuna corrispondenza né logica né giuridica), può essere ritenuto un termine *adeguato*: ciò essenzialmente perché stabilisce una *data certa*, che in qualche modo evoca la stessa durata di una legislatura (pur sapendo che, anche qui, non c’è nessun nesso logico o giuridico tra questa durata e un referendum abrogativo).

3. Costituzionalizzare un “divieto garantito”: ovvero del necessario primato della garanzia sul divieto

Il p.d.l.cost. non si limita a stabilire un *divieto* di ripristino, nel termine di cinque anni dall’espressione della volontà popolare (*rectius*: dalla data di vigenza dell’abrogazione popolare, ossia della pubblicazione del d.P.R. che dichiara l’esito positivo del referendum abrogativo ex art. 37, l.n. 352/1970). Essa vuole *garantire questo divieto* con uno specifico strumento diretto a renderlo *giustiziabile*, mediante la proposizione di una questione diretta di costituzionalità da parte del comitato promotore, con effetto automatico di sospensiva degli atti amministrativi adottati in applicazione della disciplina positiva dettata dal legislatore.

Enunciare il divieto quinquennale e prevedere la garanzia del ricorso diretto di costituzionalità è *necessario* e *coessenziale*. L’uno non avrebbe senso senza l’altra. Ciò nonostante, è la garanzia costituzionale ad avere primaria importanza rispetto al mero divieto di ripristino: quest’ultimo rimarrebbe un *flatus vocis* senza la possibilità della sua giustiziabilità in concreto. Da questo

punto di vista il p.d.l.cost. coglie nel segno. Specie in rapporto alla previsione esplicita di una norma di salvaguardia, laddove ammette che il divieto quinquennale possa essere derogato “con una deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera”.

Semmai, qualche perplessità può suscitare proprio la norma di salvaguardia che non pare essere in linea né con la *ratio legis* né con la stessa giurisprudenza costituzionale. La deroga, infatti, è meramente *procedurale*, ossia è ammessa solo se le camere deliberano a maggioranza qualificata. Con ciò, allora, il divieto di “introdurre la medesima disciplina” non viene soltanto *relativizzato* (non è assoluto, almeno per un quinquennio), ma è ritenuto *neutro* rispetto ai motivi che possono giustificare un ripristino legislativo di una disciplina abrogata per via referendaria. Detto altrimenti: è sufficiente il dato formale della maggioranza per superare il divieto di ripristino, ma non rilevano affatto le motivazioni che lo sostengono. Neppure quelle su cui insiste la *Relazione* al p.d.l.cost., prendendole a prestito dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero che il ripristino, vanificando l’effetto utile dell’abrogazione popolare, può giustificarsi *solo*, ribadisco *soltanto* se si sia verificato un “mutamento” o del “quadro politico” o delle “circostanze di fatto”. Questa esigenza, che la sent. n. 199/2012 ha posto a fondamento del principio di divieto di ripristino, resta totalmente estranea alla proposta di legge costituzionale.

Se si vuole assicurare *pienamente* la giustiziabilità del divieto di ripristino, ritengo sia necessario esplicitare che il legislatore, anche a maggioranza qualificata, sia legittimato a superare la volontà popolare *solo se ricorrono quei mutamenti relativi al quadro politico e alle circostanze di fatto*. In questo modo la forza dei numeri viene controbilanciata da un’esplicita assunzione di responsabilità circa i motivi assunti per deliberare un così grave *vulnus* alla volontà espressa in un referendum abrogativo con esito positivo.

4. Quali strumenti di garanzia del divieto di ripristino: la via preferibile del conflitto di attribuzioni

I maggiori dubbi, tuttavia, riposano sul *contenuto della garanzia* del divieto. Il p.d.l.cost. introduce uno speciale *ricorso diretto* di costituzionalità, promosso dai promotori del referendum, prevedendo altresì che essi, all’atto del deposito delle memorie in sede di giudizio di ammissibilità, manifestino “l’intento da essi perseguito, ai fini della valutazione dei profili di violazione del divieto di ripristino sostanziale o formale della normativa abrogata”. Dico subito che quest’ultima è una *previsione e inutile e equivoca*: inutile, perché comunque i promotori – per *dictat* della giurisprudenza costituzionale – devono esplicitare il “verso” dell’abrogazione referendaria proprio per sostenere l’ammissibilità della richiesta; equivoca, perché nel legare la determinazione del contenuto dell’abrogazione alla sola intenzione dei promotori, mette in secondo piano l’esame obiettivo delle disposizioni oggetto del quesito; e, altresì, perché pare scaricare sui promotori la responsabilità di chiarire, ma *ex ante*, i termini di un

contrasto di norme che può essere accertato, però, solo *ex post*, ossia dopo che il legislatore abbia eventualmente eluso il divieto.

La via prescelta del ricorso diretto è *anomala*: si introduce un nuovo istituto con legge costituzionale che, però, modifica *formalmente* la disciplina di due leggi ordinarie (la l.n. 352/1970 sul referendum, agli artt. 33 e 37; la l.n. 87/1953 sui procedimenti di competenza della Corte costituzionale, aggiungendo un nuovo art. 32-bis). Sul piano delle fonti normative tratterebbe di un *unicum*, non paragonabile neppure alla prassi – pur sempre anomala – dei cd. testi unici misti (che univano leggi e regolamenti): qui avremmo, dopo la novella, una legge ordinaria che contiene disposizioni di rango costituzionale!

La soluzione preferibile, più rispettosa delle forme del sistema delle fonti normative, sarebbe di modificare *ma con legge ordinaria* (quindi con un altro p.d.l.) la disciplina della legge n. 87/1953, e di questa *soltanto*: esclusa dunque l'opportunità della lett. a) dell'art. 2 del p.d.l.cost. per le cose già dette, la lett. b) dello stesso art. 2 è anch'essa *inutile*, stante la disciplina del nuovo art. 32-bis della l.n. 87/1953. Modificare, con legge ordinaria, quest'ultima legge n. 87/1953 basterebbe al fine di prevedere il ricorso diretto di costituzionalità avverso la legge di ripristino. Non serve, dunque, alcuna modifica anche alla legge n. 352/1970.

La scelta del ricorso diretto, tuttavia, genera qualche dubbio specifico. Si tratterebbe di un *unicum* nel nostro ordinamento che, com'è noto, è incentrato sull'accesso in via incidentale (le questioni di costituzionalità possono essere sollevate nel corso di un giudizio e quindi in via indiretta), lasciando solo ai rapporti tra Stato e regioni il ricorso diretto. La questione di un accesso diretto alla giustizia costituzionale meriterebbe di essere affrontata più in generale, ossia riflettendo sull'opportunità di prevedere un ricorso individuale o collettivo (quindi anche nel caso dei promotori di un referendum aggirato o eluso dal legislatore), come pure propone parte della dottrina. In ogni caso, il ricorso diretto, *anche se diretto*, non sarebbe tempestivo, visti i tempi normali di decisione dei giudizi di costituzionalità. Alla tempestività non supplisce la sospensione automatica degli atti amministrativi: non solo perché essa metterebbe nelle mani dei promotori “una vera e propria arma nucleare” (come sostiene M. Luciani nell'audizione del 3 dicembre 2020); ma perché la sospensione degli atti amministrativi, nel nostro ordinamento, è soggetta ad una valutazione caso per caso ricorrendone specifici presupposti. La sospensione degli atti esecutivi della legge di ripristino, in altri termini, se va prevista deve esserlo come oggetto di una richiesta specifica, affidata al giudizio della Corte costituzionale. Senza automatismi, dunque, i cui esiti resterebbero assolutamente incerti.

Invero la *piena* garanzia di giustiziabilità richiederebbe uno strumento di decisione *più efficace e più rapido*. Per questo ritengo che la soluzione preferibile sia il *conflitto di attribuzione* tra poteri dello stato. La Corte costituzionale ha da sempre riconosciuto natura di “potere dello stato” al comitato promotore di un referendum popolare; e l'ha fatto in relazione ai fatti o agli atti posti in essere

durante tutte le fasi dell'*iter* referendario, ma fino al momento del pronunciamento popolare (dopo la sent. n. 69/1978, la sent. n. 9/1997, nonché sent. n. 199/2012). Lo esclude, infatti, solo dopo che il referendum è stato celebrato: il comitato promotore, da quel momento, perde ogni "potere". Ma quest'ultima affermazione della giurisprudenza aveva senso proprio perché mancava un *formale* divieto costituzionale di ripristino (nonostante la stessa Corte costituzionale lo avesse enunciato fin dalla sent. n. 468/1990: ciò che dimostra la non piena esigibilità del principio, se lasciato alla *volubile* giurisprudenza...).

Ora, proprio l'introduzione nell'art. 75 Cost. del divieto, giustifica secondo il mio punto di vista l'estensione della legittimazione del comitato promotore, come potere dello stato, al conflitto di attribuzioni, al fine di difendere, mediante questo rimedio, l'esito di un referendum tradito dal legislatore. La Corte costituzionale ha affermato proprio in materia referendaria l'ammissibilità del conflitto avverso atti legislativi, sia per tutelare diritti fondamentali violati, sia per la sua tempestività e immediatezza rispetto ad altri rimedi processuali, primo fra tutti il giudizio di legittimità costituzionale (sent. n. 161/1995). In sede di conflitto di attribuzione, alla Corte costituzionale potrà essere deferito il giudizio anche sull'eventuale sospensiva degli atti impugnati o adottati.

In definitiva, tra il ricorso diretto di costituzionalità e il conflitto di attribuzioni, quest'ultimo presenta ragioni di forza, che lo rendono preferibile al primo. A questo proposito, il p.d.l.cost. potrebbe limitarsi ad aggiungere al testo di modifica proposto dell'art. 75 Cost. una disposizione del seguente tenore "I promotori possono esperire un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale avverso la legge o l'atto avente forza di legge che ripristina la normativa abrogata". A questo conflitto può essere applicata senza problemi la disciplina vigente, dettata nella legge n. 87/1953, valida per qualsiasi tipo di conflitto tra poteri dello stato.

5. Per concludere

In definitiva:

(1) la proposta di introdurre un *divieto garantito* di ripristino formale e sostanziale della disciplina abrogata da un referendum popolare è apprezzabile in sé *anche se non priva di criticità*;

(2) essa interviene solo a valle dell'*iter* referendario, toccando solo un limitato aspetto della problematica del referendum: da questo punto di vista è una proposta *inadeguata* a tutelare pienamente il referendum abrogativo come strumento di esercizio di un diritto fondamentale di partecipazione politica del corpo elettorale in funzione di contropotere democratico, perché non risolve il nodo di ordine generale che riguarda la possibilità stessa di esercitare quel diritto fondamentale, che dipende dal *quorum strutturale* che, nella degenerata prassi dell'invito a disertare le urne fatto da minoranze organizzate, impedisce la celebrazione di qualsiasi referendum abrogativo;

(3) il divieto di ripristino in ogni caso ha senso se *effettivamente* garantito: la proposta prevede un ricorso diretto di costituzionalità che, tuttavia, presenta limiti di forma (la fonte costituzionale che integra leggi ordinarie) e di contenuto (il ricorso diretto sarebbe un *unicum* nell'ordinamento costituzionale e, comunque, uno strumento non pienamente efficace e tempestivo ai fini del rispetto del divieto di ripristino); preferibile, piuttosto, è il rimedio del conflitto tra poteri dello stato, su ricorso dei promotori, contro atti legislativi di ripristino di discipline abrogate da referendum popolari, che può essere aggiunto alla proposta di modifica del testo dell'art. 75 Cost. esplicitando e estendendo una competenza esistente nel diritto vivente giurisprudenziale.