

# Osservatorio sulle fonti

## DOPO LA SENTENZA 13/2012. IL “COMMA 22” DELL’ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

di *Carlo Fusaro*<sup>1</sup>

1. Mi pare che la sent. 13/2012 finisca col costituire, come dire, la cartina di tornasole, la prova provata delle insostenibili conseguenze di una deriva giurisprudenziale iniziata oltre 30 anni fa e sviluppatasi poi attraverso un'evoluzione che sarebbe difficile definire lineare, ma che nondimeno appare in fondo coerente nella sua costruttività creativa. Ciò vale, in particolare, per le ormai numerose decisioni in materia di ammissibilità di richieste di referendum aventi ad oggetto leggi elettorali. Se vogliamo, la sent. 13/2012 consacra la giurisprudenza in materia di ammissibilità di referendum elettorali della nostra Corte quale una sorta di "Comma 22" dell'ordinamento costituzionale italiano.

I più giovani, probabilmente, non ricordano il film né il romanzo. Pubblicato nel 1961 dallo scrittore satirico americano Joseph Heller, è una delle più impietose e amare critiche della follia e della stupidità della guerra. Il libro, e il film, devono il nome (in inglese, appunto, "Catch 22") alle disposizioni (inventate) del regolamento cui, a dire di un protagonista del libro, sarebbero stati sottoposti i piloti dell'aviazione militare degli Stati Uniti durante la seconda guerra mondiale: all'art. 12 comma 21 di quel fantomatico testo si leggeva che «l'unico motivo valido per essere esonerati dalle missioni di combattimento è la pazzia», mentre al successivo comma 21 dello stesso articolo si affermava che «chiunque chieda di essere esonerato da una missione di combattimento non è pazzo» (e dunque ci deve andare, non si scappa).

Era questa una delle molte versioni del cosiddetto "paradosso del mentitore" nato da un'affermazione attribuita ad Epimenide di Creta (VI secolo avanti Cristo), il quale, cretese appunto, avrebbe detto: «tutti i cretesi sono bugiardi». Non era un paradosso in senso stretto (mancava il c.d. quantificatore universale, tutti o nessuno). Il paradosso sarebbe stato invece inventato, un secolo dopo, da Ebulide di Mileto al quale Diogene Laerzio attribuì l'affermazione «io sto mentendo», la quale - come si comprende - per definizione non si può sapere se sia vera o falsa. Ci sono stati poi esempi successivi con varianti, sui quali non mi soffermo: di Aristotele (IV sec. a.C.), dello stesso Diogene Laerzio (II sec. d.C.), di Jean Buridan (XIV secolo), di Miguel de Cervantes (1615), di Philip Jourdain (1913). In tutti i casi si tratta di proposizioni autoneganti le quali, per chi ritiene valido il principio di non-contraddizione, hanno la caratteristica paradossale di non potersi dire né vere né false.

2. Ora se si esamina la sua giurisprudenza in materia di ammissibilità dei referendum elettorali, si vede che, dopo un percorso in sé per nulla coerente e lineare, con le più recenti sentenze e soprattutto con quella del 12 gennaio 2012 la Corte è pervenuta alle conclusioni che mi pare si possano sintetizzare come segue.

---

<sup>1</sup> Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato.

# Osservatorio sulle fonti

I referendum in materia elettorale, se riferiti ad organi costituzionali o a rilevanza costituzionale, sono ammessi, ma alla condizione che una loro approvazione non impedisca - senza si possa contare su alcun intervento legislativo - la formazione in qualsiasi momento della rappresentanza (uno). In nessun caso un referendum integralmente abrogativo di una legge elettorale vigente può comportare l'applicazione della legge elettorale vigente prima che entrasse in vigore quella alla cui abrogazione la richiesta referendaria è intesa: infatti l'ipotesi della c.d. reviviscenza della normativa pre-vigente è esclusa (due). Ove fosse invece ammessa, del resto, il referendum si tradurrebbe *ipso facto* in referendum non abrogativo ma creativo; e siccome il referendum può essere solo abrogativo (tre), sono considerati inammissibili dalla Corte e vietati tutti i referendum meramente abrogativi della legge elettorale vigente, quale che essa sia (quattro).

I referendum c.d. manipolativi, in virtù dei quali attraverso richieste referendarie aventi ad oggetto il ritaglio della normativa vigente allo scopo di confezionare una normativa elettorale di risulta di immediata e diretta applicatività, conseguenza di questa impostazione, considerati in precedenza non solo ammissibili, ma addirittura degni di istigazione (sent. n. 5 del 1995), e di fatto imposti (manipolatività imposta), sono ammissibili a loro volta solo nel caso in cui conducano all'espansione di una formula elettorale già esistente nell'ordinamento. In caso contrario, ove portino a una nuova formula elettorale, si ritorna all'ipotesi di referendum non meramente abrogativo, ma di fatto creativo: e dunque vietato.

Sono pertanto ammissibili esclusivamente referendum meramente emendativi di disposizioni più o marginali della legislazione elettorale vigente e nella stretta misura in cui il legislatore non abbia congegnato tali disposizioni in maniera da renderle necessarie all'ordinaria applicazione della formula elettorale (dunque "irreferendabili"). Ciò comporta che la legislazione elettorale è sostanzialmente rimessa integralmente al legislatore rappresentativo e nei suoi elementi essenziali sottratta all'iniziativa referendaria abrogativa, in patente difformità rispetto al testo dell'art. 75.2 Cost..

3. La riflessione più compiuta in materia di referendum ex art. 75 Cost. (il quale non casualmente il Costituente inserì nella sezione II del titolo I della parte seconda della Costituzione (dedicata alla "Formazione delle leggi") si deve, a me pare, a Massimo Luciani<sup>2</sup>. In quel denso volume di oltre 750 pagine, Luciani ricostruisce con grandissima meticolosità ed accuratezza tutta la giurisprudenza della Corte in materia di ammissibilità dei referendum: si comprende bene come egli consideri a ragione decisivo il passaggio costruito dalla sent. 16/1978 con il quale la Corte, spaventata dalla prima ondata di referendum promossi dal partito radicale, compì la scelta di abbandonare la umile ma limpida e chiara scelta di attenersi al dato letterale dell'art. 75.2, il che aveva prodotto una specie di (benemerito, direi oggi) automatismo; essa decide in altre parole di non limitarsi a verificare puramente e semplicemente se l'oggetto di una richiesta di

---

<sup>2</sup> V. M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. Tomo I, 2. Il referendum abrogativo*, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, che appartiene al Commentario della Costituzione, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO.

# Osservatorio sulle fonti

referendum fa parte o non fa parte di quelli esclusi appunto dal comma 2 dell'art.75; abbandona il fondamento testuale della propria competenza e si avventura verso i lidi incerti, sconosciuti e soprattutto presuntuosamente affidati, per definizione, alla propria interpretazione sistematica dell'intera carta costituzionale (non già del solo art. 75.2 ma di altre disposizioni e financo di valori costituzionali di propria scelta), venendo così a trasformare (dice Luciani e convincentemente lo dimostra, al di là delle reiterate negazioni della Corte, in ultimo ripetute anche nella sent. 13/2012) il sindacato di ammissibilità in un sindacato anticipato di legittimità costituzionale sulle conseguenze ovvero gli effetti di un eventuale approvazione popolare della richiesta referendaria.

Ciò ha condotto la Corte a circondare progressivamente l'ammissibilità dei referendum abrogativi di una serie crescente di limiti addizionali (impliciti e logici) attinenti alla formulazione del quesito, all'oggetto, alla materia che hanno completamente trasformato l'istituto rispetto a ciò che era stato immaginato dai costituenti e, soprattutto, da ciò che si legge nel testo della Costituzione. Fra le numerose modificazioni apportate all'ordinamento costituzionale italiano in via pretoria questa è certamente una delle più clamorose. Il catalogo delle esclusioni aggiunte è lungo ed ormai fa parte da decenni dei manuali di diritto pubblico: lasciando in disparte la Costituzione stessa e le leggi costituzionali (approvate con procedimento aggravato e diverso rispetto alla legge ordinaria, disciplinato non a caso in un diverso titolo, quello sulle garanzie costituzionali), sono state sottratte al referendum leggi battezzate dalla Corte come leggi a contenuto costituzionalmente vincolato (quelle che costituirebbero unica attuazione possibile della Costituzione); leggi considerate dalla Corte a contenuto comunitariamente vincolato (abrogare la quali avrebbe esposto lo Stato ad infrazione degli obblighi comunitari); leggi variamente collegate in modo così stretto alle leggi escluse dall'art. 75.2, da meritare a loro volta l'esclusione; leggi costituzionalmente obbligatorie o necessarie, cioè quelle che la Corte considera così strettamente collegate a disposizioni costituzionali o alla formazione e al funzionamento di organi costituzionali (e di rilevanza costituzionale), da "non poter non esistere" (che è poi il caso, secondo la Corte, come sappiamo, delle leggi elettorali, inclusa quella per il Csm, nonché - immaginiamo - delle norme di legge per la formazione, per esempio, del Consiglio supremo di difesa e dell'inutilissimo Cnel).

Ferma l'ammissibilità dell'oggetto, altri limiti, generali, sono state costruiti riguardo la formulazione del quesito. Conosciamo tutti anche questi: i quesiti devono essere omogenei, chiari ed univoci (la domanda referendaria, cioè, deve proporre un'alternativa secca ed una sola, o almeno rispondere ad un unico principio abrogativo; e non sono ammessi quesiti contenenti o sospetti di contenere più domande eterogenee: nella logica secondo la quale l'elettore merita di essere sottoposto a tutela, non essendo ritenuto in grado di compiere un bilanciamento fra i pro e i contro della sua scelta).

4. Ma ripercorriamo brevemente la giurisprudenza in materia di referendum elettorali fino alla sent. 13/2012: ottava occasione a ventun anni dalla pronuncia sui primi referendum del Comitato presieduto da Mario Segni, a venticinque dalla sentenza capostipite relativa all'elezione del Consiglio superiore della magistratura, per un totale

# Osservatorio sulle fonti

di diciassette richieste (incluse le due recentissime) con otto decisioni di inammissibilità (più le tre sul Csm: dieci ammesse su venti).

Come si vedrà una sorta di sistematizzazione si ha con le due decisioni 15 e 16/2008. In precedenza la Corte se non proprio ondivaga certo era stata poco lineare.

Nella sent. 29/1987, che è appunto la prima e concerneva le norme elettorali della legge sul Csm si affermavano due massime: una secondo la quale «nel vigente sistema costituzionale, il referendum abrogativo ha natura di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria e, al pari di questa, deve potersi ispirare ad una puntuale *ratio*, di cui il quesito referendario può dirsi dotato (solo) quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo»; l'altra afferma (a) che «la richiesta referendaria mirante alla pura e semplice cancellazione di norme elettorali - quali quelle disciplinanti il procedimento per l'elezione dei membri togati nel C.S.M. - non è di per sé teleologicamente significativa, poiché - data l'ampia gamma di possibili sistemi elettorali e di loro eventuali combinazioni - non prospetta all'elettorato una chiara alternativa fra due scelte ben definite, in tal modo impedendo che il voto popolare sia reso con la necessaria consapevolezza» e (b) che «non potendo gli organi costituzionali - o di rilevanza costituzionale, qual'è il C.S.M. - essere esposti alla eventualità, anche se soltanto teorica, di una paralisi nel loro funzionamento, l'organo a composizione elettiva, richiesta dalla Costituzione, non può, una volta costituito, essere privato neppure temporaneamente del complesso delle norme elettorali contenute nella propria legge di attuazione; con la conseguenza che tali norme non potranno essere abrogate se non sostituendo ad esse una nuova disciplina: compito, questo, che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere, rivelandosi il referendum, nella specie, strumento insufficiente».

Ergo, le integrazioni rispetto al testo dell'art. 75.2 Cost. sono qui (1) il requisito che il quesito sia formulato in modo da evidenziare chiaramente lo scopo dell'abrogazione; (2) l'affermazione (assai audace, invero) che un referendum abrogativo di una formula elettorale non sarebbe tale da prospettare all'elettorato una chiara alternativa (i sistemi elettorali sono tanti!); (3) la celeberrima affermazione che le leggi elettorali non possono essere abrogabili se non per sostituzione, cosa che (4) solo il legislatore può fare perché il referendum (5) è allo scopo strumento insufficiente (si noti che qui, a leggere attentamente il testo, non c'è, parrebbe, la teorizzazione di un'impossibilità assoluta, ma meramente pratica).

Comincia l'epopea dei referendum elettorali. Con la sent. 47/1991 (che tratta in una di tre referendum del tutto diversi l'uno dall'altro) la Corte dà il via al solo referendum c.d. sulla preferenza unica, cioè sulla riduzione delle preferenze, un tempo plurime, a una sola (dichiara non ammissibili quelli sulla legge elettorale del Senato e quello sulla legge elettorale per i comuni sopra i 15.000 abitanti). Fu in quella sede che venne proposta la questione del mancato inserimento nel testo della Costituzione approvata il 22 dicembre 1947 delle leggi elettorali fra quelle escluse dall'art. 75.2. Sappiamo come la Corte la risolse; val la pena solo richiamare la massima con la quale, sul punto, esordiva il *considerato in diritto* della Corte: «alla Corte costituzionale non è dato il potere di riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale indipendentemente

# Osservatorio sulle fonti

dalla ragione eventualmente prospettata», affermazione sacrosanta che appare un po' beffarda considerato la giurisprudenza della Corte proprio in materia di referendum, ma tant'è. Nella sentenza si dice che le leggi elettorali in quanto tali non sarebbero escluse dal referendum: di più, «una interpretazione della sent. n. 29 del 1987... nel senso che essa precluderebbe ogni iniziativa referendaria avente per oggetto una legge elettorale, andrebbe al di là dei suoi effettivi contenuti e significati. Tale sentenza, infatti, muovendo dalla premessa che le leggi elettorali relative alla composizione ed al funzionamento di organi costituzionali o aventi rilevanza costituzionale sono da ricondurre fra le leggi "costituzionalmente necessarie" e non fra le leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato", è pervenuta ad una conclusione di inammissibilità non in forza di una generale esclusione del referendum nella materia elettorale, ma in forza di altre "due concorrenti ragioni": la "assenza di una evidente finalità intrinseca al quesito", lesiva della "consapevolezza del voto", e la "indefettibilità della dotazione di norme elettorali", che non consente che un organo... la cui composizione elettiva è espressamente prevista dalla Costituzione, sia esposto "alla eventualità, anche soltanto teorica, di paralisi di funzionamento"». Si ribadisce poi con parole in parte diverse la dottrina del quesito chiaro, univoco ed omogeneo e della matrice razionalmente unitaria del complesso di norme di cui si chiede l'abrogazione. Successivamente si dichiara l'ammissibilità del referendum sulla preferenza unica, pur la richiesta prevedendo in realtà tre oggetti distinti: la pluralità delle preferenze, la possibilità di scriverle segnando invece del nome il numero del candidato prescelto, alcune modalità di scrutinio.

Arrivano i referendum del 1993. La Corte si pronuncia con due sentenze la 32 e la 33/1993 che dichiarano ammissibili, rispettivamente, il referendum sulla legge elettorale del Senato e il referendum sulla legge elettorale comunale (quelli non ammessi nel 1991). La sent. 32/1993 non solo ribadisce che «le leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale sono assoggettabili a 'referendum' popolare abrogativo, alla duplice condizione che i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell'organo», ma aggiunge significativamente anche che «quando siano rispettate tali condizioni, è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo, se l'uso di questa tecnica è imposto dall'esigenza di "chiarezza, univocità e omogeneità del quesito" e di "una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative", sì da consentire agli elettori l'espressione di un voto consapevole»: è questa, in altre parole, la legittimazione *apertis verbis* del referendum di tipo c.d. *manipolativo*. Non basta: la sentenza riconosce espressamente che «la normativa risultante dall'eventuale approvazione dell'odierna proposta referendaria, ...può dar luogo a inconvenienti», ma aggiunge anche che ciò «non incide tuttavia sull'operatività del sistema elettorale, ne' paralizza la funzionalità dell'organo...», temerariamente (alla luce della giurisprudenza successiva ed attuale) spiegando ciò con l'affermazione: «potendo comunque il legislatore correggere, modificare o integrare la disciplina residua». Il che francamente pare affermazione solo

# Osservatorio sulle fonti

parzialmente coerente con le apodittiche affermazioni della pur richiamata giurisprudenza precedente (e di quella successiva). In effetti, l'approvazione avrebbe prodotto una "autoapplicatività" solo parziale: sarebbe rimasto incoerente, senza intervento legislativo, il procedimento di surroga in caso di dimissioni, decadenza o morte dell'eletto. Certo, non era questione centralissima: ma naturalmente si tratta di intendersi sul concetto di "operatività". Soprattutto: non s'era detto che il referendum per essere ammissibile deve produrre un esito "a prova di Parlamento inerte"? Su questo specifico punto non è diversa affatto la sent. 33/1993 nella quale, ammettendo il referendum sui comuni, si riconosce che «l'eventuale abrogazione referendaria può comportare rischi di paralisi, sia pur temporanea, nel funzionamento degli organi elettivi comunali», ma di nuovo ci si appaga (forse non trattandosi di organi costituzionali...) con l'affermazione: «essendo comunque possibile ovviare alle difficoltà operative, connesse all'applicazione della normativa di risulta, mediante interventi successivi del legislatore ordinario».

Una successiva pronuncia è la sent. 5 del 1995. Si ha in via generale una riconferma della giurisprudenza sulla indefettibilità di una formula elettorale di risulta efficiente, sia pure espressa con parole in parte diverse: «l'esigenza fondamentale di funzionamento dell'ordinamento democratico rappresentativo postula indefettibilmente la costante operatività del sistema elettorale del Parlamento, di guisa che, in qualsiasi momento di vita dello Stato, sia garantita la possibilità di rinnovamento delle Camere, che si renda necessario per la scadenza naturale delle medesime, ovvero a seguito dell'esercizio del potere di scioglimento anticipato da parte del Presidente della Repubblica (esercizio che a sua volta non può subire impedimenti). Pertanto, una richiesta di 'referendum' abrogativo che esponga al rischio di soluzioni di continuità nell'operatività del sistema elettorale del Parlamento non potrebbe che essere dichiarata inammissibile...». Ci si diffonde, in particolare, sul rischio dell'inerzia: «anche ad ammettere, in pura ipotesi, che sussista un dovere di carattere giuridico-costituzionale (oltre che di natura politica) del Parlamento, di attuare e condurre a pieno effetto la volontà espressa dal corpo elettorale attraverso il 'referendum' abrogativo, l'ordinamento non offre comunque alcun efficace rimedio di fronte alla pur sempre possibile inerzia del legislatore...». Inoltre viene negata l'evocata ultrattività della legge elettorale abrogata in attesa di quella nuova (a scanso del rischio di vuoto normativo in materia elettorale...). Si trattava di spiegare l'inammissibilità della richiesta volta ad abrogare la parte proporzionale della legge elettorale della Camera del 1993: la sentenza pur riconoscendo che il quesito era «chiaro e univoco nella volontà di dar vita a un sistema cd. "maggioritario secco"», evocava il rischio che non si provvedesse, successivamente, a ridisegnare i collegi uninominali, in modo da accomodare il quarto di seggi attribuiti, a legislazione pre referendum, mediante la seconda scheda e formula proporzionale. Si salvava invece il referendum sulla legge elettorale comunale (che verrà però respinto dal corpo elettorale).

I referendari elettorali non demordono, e incappano in un'altra doppia declaratoria di inammissibilità con la sent. 26 del 1997, del tutto conforme a quella del 1995.

Insistono, cambiano il quesito, ed incassano l'ammissibilità, invece, con la sent. 13

# Osservatorio sulle fonti

del 1999 che è enuncia una serie articolata di massime. Il testo è quello che segue: «non ricorre... alcuno dei limiti preclusivi del ricorso al 'referendum' espressamente previsti (in maniera puntuale in quanto rispondenti a particolari scelte di politica istituzionale) dall'art. 75 Cost., né si ravvisano ipotesi implicite di inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del 'referendum' abrogativo, dipendenti da valori di ordine costituzionale e riferibili alle strutture o ai temi delle richieste referendarie, giacché il quesito non contiene domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, e si riferisce ad atti legislativi dello Stato con forza di legge ordinaria non aventi contenuto costituzionalmente vincolato. Né difetta il requisito della univocità, giacché il nucleo essenziale del quesito consiste nell'abrogazione degli articoli, o delle parti di articoli, relativi alle liste, al voto di lista e alla ripartizione del 25% dei seggi con metodo proporzionale, rappresentando il resto un'operazione di cosmesi normativa per ripulire il testo, con abrogazione completa di talune disposizioni ovvero con una tecnica c.d. di ritaglio. Inoltre il quesito risulta formulato in modo da poter realizzare l'abrogazione parziale della legge elettorale nei sensi suindicati ed insieme a far sì - condizione indispensabile, questa, per i 'referendum' in materia di elezioni delle assemblee parlamentari - che la normativa residua, e cioè quella risultante dopo l'eventuale abrogazione, sia immediatamente applicabile, in quanto i collegi uninominali resterebbero immutati... Sicché deve anche escludersi che il proposto 'referendum' abbia carattere manipolativo o surrettiziamente propositivo, giacché, abrogando parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, per ciò che attiene alla ripartizione del 25% dei seggi, non la sostituisce con un'altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo in oggetto, che certo né il quesito referendario né il corpo elettorale - come dalla Corte già rilevato - potrebbero creare *ex novo* né direttamente costruire».

E' questa una delle formulazioni più organiche e compiute della giurisprudenza della Corte in materia di referendum in generale e di referendum elettorali in particolare (almeno fino alle sentt. 15 e 16/2008): non manca neppure il tentativo di teorizzazione iniziale con accurata distinzione fra limiti testuali (ex art. 75.2 Cost.: si apprezzi quel riduttivo «in maniera puntuale in quanto rispondenti a particolari scelte di politica istituzionale») e le «ipotesi implicite di inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del 'referendum' abrogativo, dipendenti da valori di ordine costituzionale...» (e qui ci si allarga). Dal che sembra di poterne derivare che la Corte si fosse fatta una sua propria "dottrina delle caratteristiche essenziali e necessarie" del referendum, fondata su valori, non meglio precisati, di ordine costituzionale. Si noti anche il chiarimento di cosa si intenda per manipolatività inammissibile ovvero per natura surrettiziamente propositiva: in pratica la teoria dell'espansione, a fronte di quella della sostituzione con disciplina "diversa ed estranea" al contesto normativo che tornerà nella 13/2012 (e che era stata anticipata dalla decisione di inammissibilità del referendum sulla pubblicità Rai due anni prima nella sent. 36/1997: avrebbe dato vita, il quesito a una «nuova norma direttamente costruita»).

Questo è il referendum poi non approvato per la mancanza del quorum per poche migliaia di voti (largamente dovuta all'improvviso aumento degli elettori residenti

# Osservatorio sulle fonti

all'estero, quando ancora non c'era il voto per corrispondenza). Il fallimento spingerà ad un altro tentativo l'anno successivo, dichiarato ammissibile dalla sent. 33 del 2000 che conferma in pieno, né avrebbe potuto essere diversamente, quella dell'anno prima: le due richieste erano identiche. In quell'occasione era stato anche presentato un quesito avente di nuovo ad oggetto la legge elettorale del Csm, stavolta ammesso dalla sent. 34 del 2000. In questa sentenza il redattore ribadisce ma specifica, in parte diversamente, la contrarietà della Corte ad ammettere referendum che considera "surrettiziamente propositivi": il quesito è ammesso perché «diretto ad abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, senza sostituire ad essa una disciplina estranea allo stesso contesto normativo, sicché si tratta di una abrogazione parziale, da ritenere ammissibile, e non della costruzione di una nuova norma mediante la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, che caratterizzano un inammissibile quesito propositivo (il quale non rientra nello schema dell'art. 75 Cost., perché, anziché far deliberare l'abrogazione anche solo parziale di una legge, sarebbe invece destinato a far costruire direttamente dal corpo elettorale una disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo)». Così dalla manipolatività quasi imposta in precedenza, si torna a un divieto (parziale) di manipolatività quando questa nasconde - di fatto - un intento propositivo e quando non abbia un carattere meramente "conseguenziale".

Prima del 2012, le ultime decisioni riguardano sempre la legislazione elettorale di Camera e Senato, ma ora quella successiva alla modifica dei due testi unici dettata dalla legge 270/2005 (l'oggetto - si badi bene per la prima volta, ma su questo tornerò - dei referendum chiesti nel 2011), e risalgono al 2008 (il referendum si terrà però solo nel 2009 a causa dello scioglimento anticipato delle Camere del gennaio 2008).

E' nella sent. 15 del 2008 che la Corte specifica la dottrina della manipolatività imposta o intrinseca dei referendum elettorali. Dopo aver ribadito (con toni fastidiosamente apodittici: «le leggi elettorali appartengono alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie», quasi non si trattasse di una costruzione della Corte stessa, ma di qualcosa esistente in natura o in diritto positivo!) la propria giurisprudenza, ci si misura con le conseguenze di essa e si afferma serenamente che i quesiti referendari su leggi elettorali, oltre a possedere i requisiti fondamentali di chiarezza, univocità ed omogeneità, «debbono essere necessariamente "parziali", ossia avere ad oggetto parti della legge, la cui abrogazione lasci in vigore una normativa complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo stesso. La perdurante operatività dell'intero sistema, pur in assenza delle disposizioni oggetto dell'abrogazione referendaria, costituisce una specifica caratteristica dei referendum elettorali, che risultano essere intrinsecamente e inevitabilmente "manipolativi", nel senso che, sottraendo ad una disciplina complessa singole disposizioni, la regolamentazione elettorale successiva all'abrogazione si presenta diversa da quella prima esistente...». In questa sentenza la Corte precisa la sua posizione in materia di controllo di costituzionalità in sede di giudizio di ammissibilità: «deve escludersi che possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di referendum sia della normativa di risulta. Invero, ciò che può rilevare ai fini dell'ammissibilità è solo una valutazione liminare e limitata del rapporto tra oggetto del

# Osservatorio sulle fonti

quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale. In particolare, non potrebbe essere anticipato in tale sede un giudizio di ragionevolezza sulla normativa di risulta, poiché verterebbe su norme future ed incerte, in palese violazione delle regole del processo costituzionale, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di costituzionalità senza che la questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata».

Altrettanto chiara è la sent. 16 del 2008 pure in materia di manipolatività: si ribadisce, con parole in parte diverse (diverso era il redattore) che «un referendum in materia elettorale deve essere necessariamente parziale e inevitabilmente "manipolativo", e cioè non può avere ad oggetto una legge elettorale nella sua interezza, ma deve investire solo specifiche norme, la cui ablazione abbia come effetto naturale e spontaneo la ricomposizione del tessuto normativo rimanente, in modo da rendere la regolamentazione elettorale successiva all'abrogazione referendaria diversa da quella prima esistente, e complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo»... tanto che, citando una precedente sentenza, si ribadisce che... «"è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo"». E nel dichiarare ammissibile la richiesta, ecco come viene formulata la verifica positiva del controllo di (necessaria) manipolatività: «la manipolazione prospettata non supera i limiti propri di ogni proposta di abrogazione referendaria riguardante una legge elettorale. Essa non mira a sostituire la disciplina vigente con un'altra assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, trasformando l'abrogazione in legislazione positiva, ma utilizza i criteri di assegnazione dei seggi già esistenti, restringendo l'arco delle possibilità offerte ai partiti ed ai gruppi politici. Inoltre, anche l'eliminazione proposta di una serie di frammenti lessicali non è fine a se stessa, né tende a rovesciare il significato degli enunciati su cui incide o ad introdurre statuizioni eterogenee, ma è indispensabile per rendere il quesito completo e coerente e, dunque, corrisponde a quell'opera di "cosmesi normativa", necessaria alla ripulitura del testo residuo».

Questo era dunque l'approdo della giurisprudenza della Corte in materia di limiti ai referendum elettorali, limiti - al di là della lettera dell'art. 75.2 Cost. - derivanti da quelli più generali implicati dalla natura stessa dell'istituto referendario come la Corte ha mostrato di intenderlo alla luce di un'interpretazione sistematica dell'intera Costituzione e limiti più stringenti, aggiuntivi, almeno in relazione alle richieste referendarie relative a leggi elettorali per la composizione di organi costituzionali o a rilevanza costituzionale (ma, parrebbe, anche gli organi dei comuni): (a) quesiti chiari, omogenei ed univoci, costituiti da complessi di norme abrogande rispondente a una matrice razionalmente unitaria; (b) carattere essenzialmente dilemmatico del quesito; (c) normativa di risulta tale da garantire l'operatività della formula elettorale senza necessità di alcun intervento legislativo (rilevante); (d) conseguente necessaria parzialità dell'eventuale intervento abrogativo; (e) inevitabile manipolatività del quesito ammettendo anche l'uso di

# Osservatorio sulle fonti

frammenti lessicali in sé incoerenti ma univocamente orientati a produrre una normativa efficiente, senza però allontanarsi da ciò che è già nell'ordinamento, dunque manipolatività imposta ma anche limitata dalla condizione di non innovatività-propositività.

5. A fronte della giurisprudenza qui sommariamente descritta, la strategia dei promotori dei referendum del 2011 è stata quella, prudente, di non pretendere di imporre alla Corte un *revirement* ma, al contrario, di fare le viste di aver inteso recepire quella giurisprudenza elaborando quesiti coerenti con i precedenti, e per questo suscettibili di essere giudicati ammissibili. Forti di un notevole successo nella raccolta delle firme (oltre un milione e duecentomila in meno di due mesi, e su ciascun quesito), essi hanno cercato di valorizzare alcuni precedenti piuttosto che altri, e in particolare la sent. 29 del 1987, puntando sulla sottoposizione al corpo elettorale di quesiti formulati diversamente, ma entrambi in modo da costituire un'alternativa nitidamente definita, dalla matrice razionalmente unitaria e quindi "teleologicamente significativa" (per parafrasare il linguaggio di quella e di altre sentenze della Corte).

Com'è stato osservato da Luca Stroppiana, i referendum del Comitato presieduto dal costituzionalista Andrea Morrone di Bologna e da Arturo Parisi, proponevano, a ben vedere, questioni che non erano in realtà state poste in precedenza: sia per l'*oggetto* del referendum abrogativo sia per la *finalità* e gli *effetti* che un'eventuale approvazione avrebbe comportato. I referendum precedenti avevano avuto ad oggetto - costantemente - i due testi unici d.P.R. 361/1957 e d.lgs. 533/1993 (rispettivamente contenenti la legislazione elettorale per la Camera e per il Senato). Invece i quesiti del 2011 miravano ad abrogare la legge del 2005: cioè a rigor di termini non già la legge elettorale (che, nella sua interezza, la Corte aveva detto e ripetuto non essere sottoponibile a referendum), ma l'ultima legge di modifica, l'ultima legge contenente novelle ai due testi unici.

Quanto al fine del referendum e agli effetti che i promotori si attendevano che questo avrebbe potuto determinare, non si trattava - innovativamente e originalmente - di una delle mille necessitate manipolazioni con le quali ci si è arrovelati per 25 anni, bensì appunto del ripristino o del recupero (è, non è "reviviscenza"? lo lascio ai filosofi del diritto e delle fonti) dei due testi unici quali erano al momento in cui era entrata in vigore la legge 270 del 2005. Come era stato messo in evidenza dai redattori della traccia in vista della discussione all'annuale seminario a Ferrara *Amicus Curiae* dedicata appunto all'imminente decisione di cui qui si ragiona, «fino ad oggi la Corte costituzionale non ha mai avuto modo di esprimersi in merito all'ipotesi specifica di *reviviscenza* di disciplina elettorale per il tramite di referendum abrogativo avente ad oggetto norme abrogatrici» (quelle appunto contenute nella 270/2005). Ancor più originale, come non è sfuggito ad alcuno, il secondo quesito che proponeva l'abrogazione dei singoli alinea contenuti nella legge Calderoli.

Sul punto, vi sono stati anche studiosi i quali hanno negato si sarebbe trattato di *reviviscenza*: la 270/2005 non aveva prodotto abrogazione tacita della legge anteriore, bensì aveva realizzato una forma di abrogazione diretta mediante sostituzione con

# Osservatorio sulle fonti

formule nuove e diverse, rispondenti a una precisa e nitida intenzione del legislatore. L'abrogazione della 270/2005 ovvero di quelle clausole di abrogazione-sostituzione avrebbe costituito revoca della volontà abrogativa e ne avrebbe posto nel nulla l'effetto: in pratica il testo unico pre legge Calderoli sarebbe stato privato delle abrogazioni-sostituzioni da questa determinate e «avrebbe riassunto il tenore originario»<sup>3</sup>.

L'argomento dei referendari si appoggiava proprio su questo: la giurisprudenza della Corte mi dice che non posso fare un referendum integralmente abrogativo; e mi dice che in ogni caso condizione di ammissibilità è che a seguito del referendum rimanga in vigore una formula elettorale perfettamente in grado di esprimere la rappresentanza in seno alle due Camere. Ebbene io propongo un referendum *non già sulla* legge elettorale *ma sulle* modifiche apportate alla legge elettorale: proprio la imprescindibilità di un meccanismo per trasformare i voti in seggi deve logicamente corroborare l'effetto di ripristino (della legislazione pre legge 270/2005) dell'abrogazione di quella legge.

Come ha avuto modo di scrivere Augusto Barbera traendo a sua volta spunto dalla giurisprudenza della Corte, «se il riferimento alla matrice dei quesiti, alla 'finalità incorporata nel quesito'... è così importante, non si vede perché non si possa ammettere il ripristino di una precedente normativa allorché l'atto referendario venga ad incidere su disposizioni abrogative di precedenti disposizioni...», fino al punto da auspicare una giurisprudenza della Corte che arrivi ad individuare «l'unico rimedio possibile» (all'eventuale rischio di vuoto normativo), «proprio nella reviviscenza della normativa elettorale pre-vigente»<sup>4</sup>.

La risposta della Corte nella sent. 13 del 2012 è stata, invece, un arroccamento totale sulla propria giurisprudenza (e questo era francamente da attendersi), senza alcuna disponibilità ad anche parziali novità: soprattutto senza la minima disponibilità a considerare percorribile la strada nuova individuata dai referendari, la quale pure aspirava ad essere considerata coerente con la sua giurisprudenza o almeno con parte di essa. La Corte avrebbe potuto, in astratto, valorizzare quest'ultima: magari perché sensibile a quelle firme e all'appassionata e a volte anche francamente eccessiva denuncia dei difetti e delle - presunte - incostituzionalità della 270/2005. In effetti è stato pure notato che le memorie dei promotori (Federico Sorrentino e Nicolò Lipari per il primo quesito, Alessandro Pace e Enzo Palumbo per il secondo) avevano puntato molto, forse troppo, sui difetti di costituzionalità della legge 270/2005, quasi ad evocare la mancanza di vie alternative per superarla.

6. La sentenza 13/2012 non è di quelle particolarmente lunghe. Il considerato in diritto si libera innanzitutto dei profili di illegittimità costituzionale della legge Calderoli (e poi della legge 352/1970 sui referendum) che i soggetti presentatori avevano cercato di indurla a sollevare davanti a sé stessa, ribadendo la propria giurisprudenza la quale nega che profili di illegittimità della legge sottoposta a referendum o anche della normativa di risulta possano venire in rilievo in sede di

---

<sup>3</sup> Cfr. A. D'Atena, 2012.

<sup>4</sup> Cfr. *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizioni abrogate*, in *Forumcostituzionale.it*, 8 novembre 2011.

# Osservatorio sulle fonti

giudizio di ammissibilità, giudizio tenuto distinto appunto (con qualche artificiosità formalistica) da quello di illegittimità costituzionale (questo è la tesi criticata da Massimo Luciani, a me pare con ottimi argomenti, e in particolare per l'incoerenza rispetto ad altre affermazioni della Corte, ma tant'è).

Dopo di ciò al punto 4. la sentenza ripropone testualmente la giurisprudenza della Corte nella formulazione delle sentenze 15 e 16/2008 (v. sopra), per poi enunciare una sorta di sillogismo sul quale, a ben vedere, si fonda l'intera decisione. E' questo:

- le leggi elettorali sono leggi costituzionalmente necessarie che non possono essere sottoposte ad abrogazione totale
- la legge 270/2005 è una legge elettorale
- la legge 270/2005 non può perciò essere integralmente abrogata.

Dopo di che al punto 5., quello dedicato a demolire la richiesta del primo quesito, la sentenza afferma che l'abrogazione della 270/2005 determinerebbe la mancanza di una «disciplina 'operante' costituzionalmente necessaria» e passa poi a dimostrare perché con una vera e propria batteria di argomenti, non tutti persuasivi.

Al 5.2. si nega - in generale - la tesi della reviviscenza di disposizioni a seguito di abrogazione referendaria: ciò comporterebbe conseguenze imprevedibili e ricadute negative in termini di certezza del diritto (tanto più gravi nel caso della legislazione elettorale). La normativa di risulta nel caso specifico non sarebbe stata «una disciplina né compresente né co-vigente». Non basta, perché al 5.3. - con procedimento logico al contrario - la Corte sostiene di aver già in passato specificamente (ma implicitamente!) negata la possibilità di reviviscenza in materia elettorale: il fatto stesso che la legge elettorale sia stata battezzata quale "legge costituzionalmente necessaria" comporta che la legislazione elettorale precedentemente in vigore non può "rivivere"! E' qui a me pare che la sentenza rasenti l'irrisione nei confronti dei presentatori, e un po' anche del buon senso. Anziché spiegare perché la tesi dei referendari non è convincente, si ricorre, come dicevo all'inizio, a un ragionamento tipo "Comma 22", rovesciando pari pari il ragionamento dei referendari: questi avevano cercato di argomentare che il fatto che una legge elettorale ha da esservi (e quindi non è ammessa l'abrogazione totale) militerebbe a favore della tesi del ripristino della legislazione elettorale previgente la legge sottoposta a referendum (in caso di approvazione); la Corte risponde beffarda: è il contrario, se io nella mia giurisprudenza ho affermato che l'abrogazione totale non è ammessa, è esattamente perché non ci possono essere né reviviscenza né ripristino.

Quest'ultima affermazione viene ripresa avanti al 5.5. con parole diverse ma dal significato univoco: la Corte afferma, anche qui apoditticamente, che non si può tramutare un limite di ammissibilità in fondamento della stessa ammissibilità. Stante che quel limite di ammissibilità costituisce una sua (pur ragionevole) estrapolazione interpretativa in base all'approccio sistematico inaugurato nel 1978, restava però da dimostrare perché non sia proprio possibile compiere l'operazione inversa suggerita dai promotori. Tanto più che l'esito del ragionamento della Corte, esplicitato nella sentenza, è conservativo e tale da rendere - per definizione - *sempre e comunque* «costituzionalmente necessaria la legge più recente», senza neppure dare al corpo elettorale possibilità di pronunciarsi in merito.

# Osservatorio sulle fonti

Infine al 5.4 la Corte, dopo aver negato al 5.3. alla radice qualsiasi ipotesi che *possa* tornare efficace la normativa elettorale precedente (reviviscenza no, ripristino no, riespansione neppure), nega anche che questo possa («nemmeno in via presuntiva») essere l'effetto del referendum: che ha carattere solo abrogativo. Per cui ove anche la reviviscenza, il ripristino o l'espansione fossero stati in ipotesi considerati possibili (diversamente da quanto negato al 5.3), sicché il referendum potrebbe determinarli, *comunque* la richiesta avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile perché avrebbe trasformato il referendum in atto di natura deliberativa, surrettiziamente propositivo, ipotesi a sua volta considerata dalla Corte implicitamente non ammessa dalla Costituzione (citata la sent. 36 del 1997). E qui siamo di nuovo a ragionamenti da "paradosso del mentitore" (non a caso riprendendo l'infelice sent. 29/1987): foss'anche che il referendum legittimamente potesse permettere il ripristino della formula elettorale pre legge Calderoli, l'elettore (dice la Corte) non si troverebbe più di fronte alla scelta "mantenere la Calderoli o eliminarla", ma davanti alla scelta "mantenere la Calderoli o ripristinare la Mattarella". Questo era proprio ciò che i poveri referendari, accecati e illusi dalla giurisprudenza della stessissima Corte in punto di chiarezza, omogeneità, univocità, matrice unitaria e quant'altro, anche dilemmaticità, del quesito... si erano affannati a ipotizzare: sbagliando, perché (e qui trovo che si rasenti la provocazione) in realtà proprio il fatto che l'abrogazione in tal caso comporterebbe ripristino (della Mattarella) «celerebbe diverse intenzionalità» (immagino rispetto alla mera abrogazione), il che «...mette[rebbe] in discussione la chiarezza del quesito». Ma se mai vi fu richiesta referendaria più nitida e chiara? Forse ammissibile no, ma tutto tranne che quesito di "discutibile" chiarezza!

Come si vede, il cerchio si chiude: l'abrogazione integrale di una formula elettorale per via referendaria pur ove garantisca la disponibilità di un'altra formula elettorale (si badi bene, non una qualsiasi, inventata o proposta dai promotori, ma quella vigente nell'ordinamento prima di quella sottoposta a referendum che la sostituì) non è comunque ammessa perché, in barba a tutta la dottrina sul referendum come fonte del diritto, come esercizio di potestà normativa (Crisafulli docebat), cose del genere solo il legislatore rappresentativo può fare. Insomma il vuoto eventualmente creato in materia elettorale da un referendum abrogativo sull'intera formula è *comunque e sempre* per definizione *incolmabile*. Corte dixit. La riscrittura dell'art. 75, almeno in materia elettorale, è compiuta e blindata: inattaccabile.

7. I paradossi di questa giurisprudenza, sui referendum in generale e su quelli elettorali ancor di più, sono oggi, io credo, ormai evidenti: anche a coloro che la sent. 13 del 2012 hanno mostrato nelle sue conclusioni (non in tutti gli argomenti) di condividere<sup>5</sup>. Non parliamo, naturalmente di coloro che avevano maturato un'opinione

---

<sup>5</sup> Per tutti, v. A. PERTICI, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/01/perticiGDP.pdf>; non si pone problemi e sposa integralmente le tesi della Corte, anzi appare recriminare per la rinuncia agli altri referendum sulla Calderoli, quasi che anch'essi non avrebbero prodotto una formula elettorale diversa, M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità annunciata*, in *federalismi.it*, 3/2012.

# Osservatorio sulle fonti

diversa<sup>6</sup>.

Osserva per esempio Pertici che un ripensamento del referendum oggi si imporrebbe, riconoscendo incertezze e difficoltà del relativo procedimento soprattutto in materia di ammissibilità: esso è definito dalla stessa Corte costituzionale sulla base di un apparato normativo scarno e poco chiaro, il che lo espone ogni volta a critiche e incertezze. Pertici richiama implicitamente alcune delle critiche di Massimo Luciani del quale ripropone l'alternativa che la Corte avrebbe potuto percorrere: rimanere (o tornare) alla giurisprudenza pre 1978. Ma anche Pertici, come Luciani, ragionevolmente conclude che ciò è oggi difficilmente immaginabile. E' troppo tardi per tornare indietro: si imporrebbe piuttosto, allora, l'introduzione di una disciplina più chiara (costituzionale e legislativa) ed anche una diversa e più larga tipologia di referendum, unico modo *rebus sic stantibus* per non sottrarre all'espressione della sovranità popolare materie cruciali come la legislazione elettorale. La necessità di un supplemento di riflessione è avvertita anche da Antonio Ruggeri, il quale trae spunto anche dalle prese di posizioni di molti costituzionalisti, pronunciatisi a favore dell'ammissibilità alla vigilia della sentenza (anche se va pur detto che di tali schieramenti, dovuti a ragioni di militanza almeno quanto a schiette convinzioni dottrinali, è bene sempre dubitare: lo dico da firmatario).

Tornando ai paradossi che si sono ormai consolidati e fanno purtroppo parte del nostro diritto costituzionale vivente in materia di referendum in tutti quei casi in cui (legge elettorale o no) la Corte, pur negandolo, giudica che l'esito del referendum comporterebbe un esito contrario a Costituzione (sistematicamente interpretata nel suo complesso), ne vorrei richiamare almeno due.

Primo. L'effetto della manipolatività imposta (ma limitata) ha comportato un distorsione dell'essenza stessa del referendum solo abrogativo (contro la quale ora torna a pronunciarsi la sent. 13/2012). Ciò ha innescato quella Luciani ha definito una "circularità viziosa", segnalata anche da diversi altri studiosi (Brunelli, Mangia fra gli altri): si redigono (o si cerca di redigere) disposizioni legislative formulate sulla base della giurisprudenza della Corte, al preciso ed unico fine di rendere possibile o di impedire il referendum. Ciò esalta quanto di per sé implicito in quella giurisprudenza: e costringe i promotori di referendum (e a cascata la Corte stessa e poi i cittadini) a muoversi all'interno di un orizzonte di scelte politiche precostituito dal legislatore rappresentativo, cioè dalle maggioranze via via alternantesi. In alternativa, l'effetto è la lotteria della casualità più integrale.

Secondo. L'autoesaltazione del proprio costruttivismo interpretativo da parte della Corte giunge al risultato di produrre, il massimo dell'abbandono alla discrezionalità politica del legislatore che rimane il *dominus* delle formule elettorali. Per questo, la più delicata materia riguardante il rapporto cittadini/istituzioni rappresentative, cioè la formula per la trasformazione dei voti in seggi con la sua conclamata influenza sul funzionamento della forma di governo (come soprattutto nei regimi parlamentari), è stata indissolubilmente vincolata a livelli di esercizio della sovranità popolare ridotti,

---

<sup>6</sup> A partire da A. RUGGERI, v. nel suo contributo per AA.VV., *Nel 'limbo' delle leggi. Abrogazione della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Giappichelli, Torino, 2012, anticipato in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/01/ruggeri-310112.pdf>.

# Osservatorio sulle fonti

ormai, a un *minimum* contenutistico praticamente irrilevante, quasi che il costituente avesse davvero inserite le leggi elettorali fra gli oggetti esclusi dal referendum. E sì che alla Corte, come essa stessa ha detto di sé stessa, «non è dato riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale...». Meno male.