

Osservatorio sulle fonti

LA SENTENZA N. 13 DEL 2012 E L'*HORROR VACUI*

di *Stefano Merlini*¹

1. I giudizi di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo hanno posto da sempre la corte costituzionale di fronte ai difficili problemi che riguardano il rapporto fra la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa; cosicché si può dire che la giurisprudenza della corte che riguarda il secondo comma dell'art. 75 della costituzione ha dovuto necessariamente affrontare non solo i singoli problemi collegati a questa o a quella richiesta referendaria ma anche quel più vasto e cruciale problema dei confini che intercorrono fra la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta che si pone in tutte quelle forme di governo contemporanee che, rifiutando l'assolutezza del principio di rappresentatività dell'età liberale, hanno voluto, come fa la nostra, attribuire al corpo elettorale la possibilità di deliberare l'abrogazione totale o parziale di una legge o di un atto avente valore di legge.

In conseguenza, e da questo punto di vista, la giurisprudenza riguardante la ammissibilità delle richieste di referendum ha sempre avuto un valore politico ed è stata, perciò, criticata o apprezzata a seconda degli orientamenti dei movimenti o dei partiti che si dimostravano, di volta in volta, più o meno favorevoli alla massima espansione o al restringimento dell'uso del referendum: visto dagli uni come strumento "politico" posto dalla costituzione nelle mani degli esclusi dal parlamento e dagli altri, invece, come mezzo previsto per far esprimere al corpo elettorale una semplice volontà negativa su atti puntuali del parlamento.

Come è naturale, questa fisiologica contrapposizione fra le due possibili interpretazioni della natura e dei limiti del referendum ha conosciuto le sue più vivaci manifestazioni in occasione dei referendum che hanno riguardato le leggi elettorali.

Il referendum sulla "preferenza unica" che si svolse nel giugno del 1991 aveva, infatti, caratteristiche tali da collocare quella richiesta referendaria in un'area che, per i caratteri del quesito (semplicità, univocità, comprensibilità, certezza degli effetti) si collocava del tutto al di fuori di quei criteri di ammissibilità dei referendum, più restrittivi rispetto alla lettera del secondo comma dell'art. 75 della costituzione, che la corte aveva elaborato a partire dagli Anni '70. Tuttavia, alla semplicità del quesito si accompagnò, fino da allora, la complessità dei rapporti che si instaurarono invece fra i partiti politici, il comitato promotore del referendum ed il corpo elettorale a proposito non soltanto del merito della proposta referendaria ma anche della opportunità e legittimità della sottrazione attraverso l'uso del referendum della piena capacità decisionale del parlamento in materia di leggi elettorali.

La corte, come è noto, dichiarò l'ammissibilità di quel referendum ritenendo, ed a ragione, che se le leggi elettorali fanno certamente parte della costituzione materiale non costituiscono però una categoria di leggi sottratte, in base al secondo comma dell'art. 75

¹ Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico.

Osservatorio sulle fonti

Cost. , al referendum abrogativo. Ciò malgrado, in considerazione del fatto che le leggi elettorali determinano i caratteri fondamentali della democrazia rappresentativa, il suo contenuto, e danno perciò un senso preciso anche al bilanciamento che è necessario fra questa e la democrazia diretta, la corte costituzionale si è ritenuta impegnata, e giustamente, sino dal 1991 a giudicare con particolare attenzione i limiti alla ammissibilità dei referendum in materia elettorale ed ha aggiunto ai criteri di ammissibilità elaborati per le materie diverse da quella elettorale, altri criteri che potremmo definire “ speciali “, come quello che costituisce il fondamento della sentenza n. 13 del 2012: la assoluta necessità della permanenza di una disciplina legislativa “ operante “ in materia elettorale e “ complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell’organo costituzionale elettivo “.

La giurisprudenza “ speciale “ in materia di referendum elettorali non ha portato, però, la corte a sottovalutare un problema, che potremmo chiamare di democrazia sostanziale che era già emerso, come ho detto, a proposito del referendum del 1991: quello della oggettiva difficoltà del parlamento ad approvare significative leggi di riforma del sistema elettorale: tali, cioè, da intaccare le “ rendite di posizione “ che sono inevitabilmente collegate a qualsiasi legge che trasformi i voti in seggi; difficoltà che permane anche quando si manifesti chiaramente nel paese una prevalente volontà di riformare proprio i meccanismi della vigente democrazia rappresentativa. Nel caso delle leggi elettorali, inoltre, il difficile equilibrio, lo spazio di confine, fra le esigenze della democrazia rappresentativa e quelle della democrazia diretta (anzi, della democrazia tout court) è apparso anche alla stessa corte, come emerge dalla sua giurisprudenza in materia elettorale, ancor più complicato dal fatto che appare praticamente impossibile che le leggi elettorali possano essere soggette al giudizio di costituzionalità della corte: come avverrebbe invece (e sarebbe sicuramente avvenuto al momento della approvazione della legge n. 270) se fosse attribuito, come fu proposto in passato, alla minoranza parlamentare il potere di attivare il giudizio di costituzionalità, almeno su alcune categorie di leggi, prima della loro entrata in vigore.

Occorre riconoscere che la corte costituzionale si fece carico di tenere conto di tutte queste diverse esigenze quando, nel 1993, fu posta di fronte a referendum che miravano attraverso una tecnica “ manipolativa “ della legislazione in vigore (volta, cioè, come ricorda la corte nella sentenza n. 13 del 2012 a “ sottrarre ad una disciplina complessa ed interrelata singole disposizioni o gruppi di esse “) a trasformare le leggi elettorali allora vigenti da proporzionali in prevalentemente maggioritarie. La “ manipolazione “ riguardava, però, solo il modus operandi della tecnica referendaria che rispettava, da un lato, il “ carattere di legislazione popolare negativa “ ma si proponeva dall’altro, anche se “ per via di torre “ come avrebbe detto Michelangelo, di trasformare in prevalentemente maggioritario il nostro sistema elettorale. Questo era lo scopo, la “ matrice razionalmente unitaria “, che fu sottoposto al corpo elettorale rispettando, però, nei limiti della legislazione negativa, la condizione della sopravvivenza, dopo il referendum, di una legislazione elettorale operativa che fu poi, legittimamente, migliorata dal parlamento ma secondo le indicazioni che provenivano dal referendum vittorioso.

Osservatorio sulle fonti

2. Su iniziativa del terzo governo Berlusconi fu, invece, approvata nel 2005 una legge elettorale che, come hanno ben riassunto, di fronte alla corte, gli avvocati del comitato elettorale, presenta aspetti di così grave incostituzionalità (dalle liste bloccate alla attribuzione di premi di maggioranza senza la previsione di “ soglie minime “; dalla difformità dei criteri di assegnazione dei premi fra camera e senato alla possibilità di presentarsi come candidato in più di una circoscrizione) da far seriamente dubitare di una sua coerenza, anche minima, con gli essenziali principi della democrazia rappresentativa, in generale, ed in particolare con quelli della democrazia repubblicana.

La abissale distanza dei principi contenuti in quella legge dai più basilari principi democratici spiega perché il comitato promotore dei due referendum elettorali sulla legge n. 270 abbia dovuto constatare la pratica impossibilità di giungere ad accettabili modifiche di quella legge attraverso la strada tracciata dal comitato promotore del 1992: la manipolazione di “ singole disposizioni o gruppi di esse “ tale da cambiare l’impianto della normativa in vigore salvando, tuttavia, con sicurezza l’operatività immediata della legge da abrogare.

E’ deprimente osservare, a questo proposito, come si sia realizzato, con l’approvazione della legge n. 270, un paradosso in base al quale tanto più una legge elettorale si distacca dai fondamentali principi democratici che sono posti dalla costituzione, tanto più difficile diventa modificarla per via di referendum perché il comitato promotore, cioè il popolo sovrano, viene posto di fronte ad una scelta drammatica che si sostanzia nell’alternativa fra la proposizione per via referendaria di modifiche irrilevanti, puramente simboliche, della legge in vigore o “ l’azzardo “ di richieste di referendum totalmente abrogative delle norme in vigore. Abrogazione totale che può essere del tutto esplicita o nascosta dalla richiesta della abrogazione di singole disposizioni ma inserite in una demolizione così estesa del “ tessuto “ della legge da rendere impossibile una normativa di risulta coerente, comprensibile dagli elettori e soprattutto immediatamente utilizzabile, così come richiesto dalla giurisprudenza della corte.

Il “paradosso” sopra segnalato ha finito, dunque, per condizionare inevitabilmente il secondo dei referendum richiesti (quello limitato alla abrogazione di singole disposizioni della legge n.270) che al di là della tecnica usata (quella tradizionale dell’abrogazione ottenuta attraverso la “ manipolazione “ delle norme in vigore) ha finito per rappresentare un doppione del primo referendum, volto a chiedere, come già detto, una franca e dichiarata abrogazione totale della legge elettorale in vigore. Abrogazione totale che richiedeva, però, logicamente (ma anche in base alla giurisprudenza della corte) di risolvere il problema dell’ horror vacui che è proprio della legislazione elettorale attraverso l’indicazione della normativa che avrebbe sostituito quella abrogata ad opera del referendum.

Su questo, e decisivo, punto, il comitato promotore non indicò espressamente, come ha rilevato la corte nella sentenza in esame, quale fosse la normativa che il referendum intendeva ripristinare; salvo chiarire, successivamente attraverso dichiarazioni pubbliche ed infine attraverso i suoi avvocati, in sede di giudizio di ammissibilità, che

Osservatorio sulle fonti

“... laddove l’esito del referendum fosse favorevole all’abrogazione, sarebbe automaticamente restituita in vigore la precedente legislazione elettorale “ .

Il comitato promotore scelse, dunque, e con piena consapevolezza, di correre il rischio di chiedere, per la prima volta nella storia dei referendum elettorali, la abrogazione totale della legge elettorale in vigore. La consapevolezza di andare, così, contro una consolidata giurisprudenza costituzionale era, però, accompagnata dalla fiducia che la straordinaria rilevanza della “ political question “ che veniva posta alla corte (quella riguardante, in realtà, un problema che la corte non poteva decidere in sede di giudizio di ammissibilità, ossia la palese incostituzionalità della legge) avrebbe indotto la corte stessa ad accogliere una tesi che era in sé estremamente discutibile: quella della automatica “ reviviscenza “ delle disposizioni che vigevano precedentemente alla legge n. 270 come automatica conseguenza della abrogazione referendaria della stessa legge.

Lo straordinario rilievo politico della questione sottoposta alla corte fu, infatti, sottolineato in un “ appello “ del comitato elettorale, promosso da Andrea Morrone e sottoscritto da numerosi costituzionalisti; appello nel quale si sottolineava, da un lato, che l’abrogazione attraverso il referendum della legge n. 270 era necessaria “ per ridare base e senso al nostro sistema politico “ e, dall’altro, che la presentazione dei due referendum doveva, però, anche essere considerata come stimolo al parlamento “... a compiere il suo dovere di dotare l’Italia di una legge elettorale all’altezza della Costituzione e della dignità del popolo italiano “. In effetti, e da questo ultimo punto di vista, la sottoscrizione della richiesta di abrogazione totale della legge da parte di oltre 1.250.000 elettori, giustificava in pieno l’utilizzazione da parte del comitato promotore di quella consolidata concezione che vede il referendum non soltanto come uno strumento che contrappone il corpo elettorale alla democrazia rappresentativa, ma anche un possibile mezzo di sollecitazione del parlamento perché questo cerchi di risolvere in positivo (e con una legislazione veramente nuova) i problemi che gli elettori hanno sollevato attraverso le richieste referendarie.

Il problema era, in questo caso, che fra il deposito delle firme all’ufficio centrale per il referendum e la pronuncia popolare sui quesiti incombeva un giudizio di ammissibilità da parte della corte costituzionale il cui esito positivo appariva, e per le ragioni che ho appena ricordato poco sopra, estremamente incerto; perciò si può dire che anche in questa occasione ha trovato purtroppo conferma la lucida previsione del segretario fiorentino per la quale i profeti armati vincono e quelli disarmati ruotano.

3. Date queste premesse, pare evidente che l’unica vera questione della quale ci si deve occupare in sede di primo commento alla sentenza n. 13 del 2012 è giustappunto quella che riguarda la reviviscenza, o la riespansione, delle disposizioni che precedevano quelle totalmente abrogate a seguito di referendum.

Qui, a parte le metafore geologiche (per le quali questa visione si fonda su una visione “ stratificata “ dell’ordinamento giuridico) la corte sembra avere ragione quando si richiama con vigore ad un principio che sembra indubitabile: quello degli effetti definitivi della abrogazione sulla vigenza delle norme abrogate, salvo i casi

Osservatorio sulle fonti

particolari del ripristino di norme per relationem da parte del legislatore; di abrogazione di una disciplina speciale nella perdurante vigenza di una generale; di annullamento di una norma espressamente abrogatrice da parte della stessa corte costituzionale.

E' vero, come suggerisce la corte che, se così non fosse, ogni abrogazione, sia quella che è conseguente ad una legge posteriore a quella abrogata sia quella che consegue ad un referendum abrogativo, porterebbe con sé il problema di quali sono le disposizioni che “ risorgono “ a seguito della abrogazione della legge prima vigente e quali sono, invece, quelle che rimangono nel pozzo profondo del passato giuridico, pregiudicando, così, il principio della certezza del diritto.

La certezza del diritto entra, dunque, sicuramente fra le valutazioni che debbono essere fatte quando si discute sui principi che debbono reggere il rapporto fra le norme giuridiche e la loro successione nel tempo; si può, anzi, aggiungere a quanto affermato dalla corte che la certezza del diritto è una parte di quei più generali principi sui quali si fonda lo Stato di diritto che è certamente tutelato dai principi generali della costituzione. Tuttavia, la stessa certezza del diritto non può essere assolutizzata e dovrebbe, anzi, essere bilanciata con altri valori fra i quali può rientrare anche l'interesse dell'ordinamento ad assicurare la affermazione con tutti i possibili mezzi costituzionalmente ammissibili anche della certezza della costituzionalità sostanziale delle leggi vigenti.

Da questo punto di vista, allora, al di là delle considerazioni svolte dalla corte sulla certezza del diritto, sembra a me che la tesi della reviviscenza di norme o di disposizioni di legge ad opera della abrogazione referendaria sembra contrastare, invece, ed ancora più direttamente di quanto contrasti con la certezza del diritto, con un principio costituzionale ancora più forte e più esplicito, che è quello del fondamento per così dire “ democratico “ delle nostre fonti del diritto. Quel fondamento è certamente collegato ad una pluralità di applicazioni che non è né possibile né utile richiamare in questa sede. Tuttavia, la necessità di rintracciare sempre e comunque un fondamento democratico alle fonti del diritto significa anche affermare che ogni norma e disposizione di legge (ma non solo di legge) debbono essere fatti risalire ad un atto di volontà normativa che deve essere precisamente identificabile sia per ciò che riguarda il soggetto che lo ha posto (parlamento, governo, assemblea regionale e così via) sia per ciò che riguarda il comando che è contenuto nell'atto, sia per ciò che riguarda il momento dell'entrata in vigore del comando incorporato nella norma o nella disposizione. Da questo punto di vista, insomma, il fondamento democratico delle norme non può non consistere che nel nesso necessario che esiste fra il potere di porre il comando e la assunzione della correlativa, esplicita, responsabilità normativa che deriva non solo dal contenuto delle disposizioni ma anche dal modo e dal tempo nel quale esse vengono prese.

Ipotizzare, dunque, che si realizzino situazioni nelle quali da una abrogazione referendaria (che è un atto di normazione ma in negativo) possano rivivere disposizioni stabilite nel passato da un legislatore “ defunto “ che approvò una legge che riguardava tempi e situazioni diverse da quelle di oggi, significa attribuire al referendum abrogativo proprio quella capacità normativa in positivo che l'Assemblea Costituente gli volle

Osservatorio sulle fonti

invece esplicitamente negare, nel presupposto che il corpo elettorale potesse porre limiti negativi al potere legislativo ma non potesse mai sostituirsi ad esso.

Perché se è vero, come disse Crisafulli, che “ abrogare significa anche disporre diversamente “, il disporre diversamente attraverso l’abrogazione referendaria non può consistere che in quel “ comando diverso “ che deriva soltanto da quel “ vuoto normativo “ che è collegato naturalmente, per così dire, alla abrogazione referendaria.