

IL VINCOLO REFERENDARIO DI NON RIPRODUZIONE
DELLA NORMATIVA ABROGATA
FRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DOTTRINA
QUALCHE RIFLESSIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA
N. 199 DEL 2012 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 199 del 2012 e la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. vincolo referendario. – 2. Divieto di riproduzione e sentenza n. 16 del 1978. – 2.1. Segue: la questione del rapporto con il c. d. principio del parallelismo fra legge e *referendum*. – 2.2. Segue: il problema della esclusione delle leggi “a forza passiva peculiare”. – 3. La non incompatibilità fra parallelismo e vincolo referendario di non riproduzione nella fitta serie di obiezioni alla affermazione di quest’ultimo. – 3.1. Il problema del fondamento costituzionale. – 3.2. Divieto di riproduzione e diritto positivo. – 3.3. Divieto di riproduzione e legislazione costituzionale. – 3.4. La questione dello *ius poenitendi*. – 3.5. Il problema degli esiti contraddittori – 4. La definizione dell’effettiva portata del divieto di ripristino. – 5. Divieto di ripristino e contesto obiettivo della decisione popolare. – 5.1. Contesto fattuale ed ordinamentale e durata temporale del divieto. – 5.2. Altre ipotesi di definizione dell’arco temporale di durata del vincolo di non riproduzione con particolare riferimento alla tesi dell’ancoraggio alla legislatura. – 6. Conclusione.

1. *La sentenza n. 199 del 2012 e la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. vincolo referendario*

“Senza precedenti”: questo l’appellativo che potrebbe accompagnare la sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale per sottolinearne l’assoluta novità, dovuta al fatto di essere la prima decisione con la quale il giudice di Palazzo della Consulta mette capo ad una declaratoria di illegittimità costituzionale di una normativa di rango legislativo, in quanto sostanzialmente riprodotiva di una disciplina oggetto di abrogazione referendaria. Nella specie si trattava dell’art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), il quale aveva sostanzialmente riprodotto – replicandola, «ora nei principi, ora testualmen-

te»¹ – la normativa in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica già contenuta nell’art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), che era stato abrogato dal *referendum* del 12-13 giugno 2011².

L’espressione, però, non deve ingannare: “senza precedenti” non significa “priva di radici” nella pregressa giurisprudenza della Corte che, anzi, era stata sino ad allora tutt’altro che sprovvista di indicazioni e avara di prese di posizione sul punto³.

A questo proposito, tutti sogliono rammentare la nota pronuncia n. 468 del 1990⁴, assieme alle successive sentenze nn. 32 e 33 del 1993⁵,

¹ L’espressione è tolta dalla motivazione della sentenza. Cfr. Corte cost., sent. n. 199 del 2012, punto 5.2.1 del *cons. in dir.*

² Il quesito referendario in questione, denominato «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione», aveva come oggetto l’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e come obiettivo l’attribuzione agli enti locali del potere di optare in favore dell’affidamento *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali, anche in assenza delle condizioni straordinarie richieste dal comma 3 dello stesso art. 23-*bis* (in particolare, la ricorrenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»), tutte le volte in cui tale gestione risultasse corrispondente al pubblico interesse.

³ Osserva A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in www.forum-costituzionale.it, 3 gennaio 2013, “che il divieto di ripristino fosse stato più volte affermato e costituisse un punto fermo della giurisprudenza della Corte non è dubbio”.

⁴ Nella quale, in occasione di un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge n. 117 del 1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, approvata proprio in seguito all’abrogazione popolare della disciplina codicistica in materia, la Corte ebbe a «richiamare la peculiare natura del *referendum*, quale atto-fonte dell’ordinamento», la quale comporta che a «differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il *referendum* manifesta una volontà definitiva e irripetibile»; aggiungendo, altresì, che la caducazione per via referendaria di una disciplina legislativa «non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta», neppure «a titolo transitorio».

⁵ Pronunce, queste, che hanno riguardato l’ammissibilità di due quesiti referendari in materia elettorale, da valutarsi quindi, come è noto, secondo costante giurisprudenza, alla stregua dell’ulteriore requisito dell’autosufficienza ed operatività della normativa di risulta. Proprio in merito a tale questione, la Corte ha chiarito che il legislatore può «correggere, modificare o integrare la disciplina residua» (così Corte cost., sent. n. 32 del 1993, punto 5 del *cons. in dir.*), non anche riprodurre la normativa abrogata dal *referendum* (su tale aspetto v. G. FLORIDIA, *Referendum elettorali e difetti della normativa di risulta: «inconvenienti» vs. «impedimenti»?», in *Giur. cost.*, 1993, 225; L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, *ivi*, 258. Da ultimo v. anche A. GIGLIOTTI, *L’ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano 2009, 74 ss. e spec. 80 ss.).*

nelle quali si afferma in maniera abbastanza decisa il divieto, per il legislatore rappresentativo, «di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»⁶. A queste si aggiunge tradizionalmente anche l'ordinanza n. 9 del 1997, con cui viene affrontata e risolta, ancorché in un mero *obiter dictum*, la questione, lasciata aperta dalla giurisprudenza precedente, riguardante la natura, sia del vincolo di non ripristinazione incombente sul legislatore, variamente inteso e configurato in dottrina, sia di conseguenza del rimedio prospettabile dinanzi ad ipotesi di violazione dello stesso, asserendo che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»⁷.

Qui si ferma la lettura tradizionale o, comunque, più consueta della giurisprudenza costituzionale sul punto⁸, nel cui solco andrebbe quindi collocata l'attuale decisione della Corte.

Tale lettura tuttavia, oltre a non presentarsi del tutto completa⁹, tra-

⁶ Così ancora Corte cost., sent. n. 32 del 1993, *loc. cit.*

⁷ Corte cost., ord. n. 9 del 1997, dichiarativa dell'inammissibilità – per carenza di legittimazione dei ricorrenti – di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato che i promotori del referendum in tema di finanziamento pubblico ai partiti politici, svoltosi nel 1993, avevano sollevato in seguito all'approvazione della legge n. 2 del 1997 recante «Norme per la regolamentazione della contribuzione volontaria ai movimenti o partiti politici», reputata in contrasto con l'esito di quel medesimo referendum perché sostanzialmente elusiva dello stesso.

⁸ Alla quale, peraltro, anche chi scrive si è a suo tempo adeguato: cfr. P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Considerazioni intorno a taluni casi atipici di integrazione legislativa del parametro di costituzionalità nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino 1998, 27 ss. Non mancano, peraltro, analisi che tendono ad evidenziare una non piena e totale coincidenza delle posizioni espresse dalla Corte, sottolineando la differenza che c'è tra la «scelta di far rivivere retroattivamente la normativa abrogata [sent. n. 468. N.d.r.]; [...] il concetto di “formale e sostanziale ripristino”, pro futuro, della stessa». Così fra molti, di recente, T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di ammissibilità sul referendum” e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007, 322. Analogamente, M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. Tomo I, 2. Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 662, il quale osserva come le formule usate dalla Corte costituzionale per definire il rapporto tra il referendum abrogativo e la legge ordinaria «non sono equivalenti, sicché la vera sostanza del divieto di ripristino, per come concepito dal giudice costituzionale, non è semplice da accertare».

⁹ A mio avviso, nella rassegna giurisprudenziale andrebbero invero ricordate anche

scura, a mio parere, un fatto rilevante: che, cioè, la posizione in tema di divieto di ripristino vanta un'ascendenza ben più risalente che rimonta alla storica sentenza n. 16 del 1978, vera e propria matrice di tutta l'evoluzione giurisprudenziale in tema di ammissibilità referendaria. Il riferimento è, in specie, alla elaborazione, lì compiuta, del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, per cui sono sottratte a *referendum* abrogativo tutte quelle leggi «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»¹⁰, in ragione del fatto che esse incarnano, non «una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione»¹¹, ma l'unica concretamente realizzabile (pensabile).

due pronunce del 2000, la n. 41 e la n. 45, dichiarative dell'inammissibilità di due richieste di abrogazione popolare – concernenti, la prima, alcuni articoli della legge n. 230 del 1962 riguardanti la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, nonché contenenti disposizioni relative al medesimo contratto nei settori del commercio e del turismo e in tema di organizzazione del mercato del lavoro; la seconda, l'art. 5 del decreto legge n. 726 del 1984, recante norme regolatorie del rapporto di lavoro subordinato privato a tempo parziale – in quanto rivolte a colpire due normative «di anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario», intervenute successivamente in materia mercé l'adozione di due distinte direttive sostanzialmente consonanti con la previa disciplina legislativa interna. Ciò in ragione del fatto che, anche in pendenza del termine per il recepimento delle direttive implicate, incomberebbe in capo al nostro ordinamento un obbligo di non rimozione della disciplina pre-conformativa, «se non attraverso la contemporanea sostituzione con disposizioni al loro volta conformi», come pure un dovere di non adottare «atti collidenti con i principi» comunitari, tali da determinare «una situazione di “regresso” rispetto alla situazione vigente» all'atto di entrata in vigore delle direttive medesime in grado di comprometterne il risultato. Ora, se si tiene conto, da un lato, della «considerevole discrezionalità» goduta dal legislatore nazionale nel determinare l'adeguamento alle prescrizioni comunitarie nei casi di specie, e, dall'altro, che a fondamento della inabrogabilità delle leggi di attuazione del diritto comunitario è stato, per tempo, assunto dalla giurisprudenza costituzionale il principio di responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi internazionali, il quale tuttavia in attesa della scadenza del termine di recepimento non potrebbe essere evocato, allora ci si accorge che l'intero impianto argomentativo finisce per giustificarsi soltanto facendo appello alla vincolatività dell'esito referendario. È, infatti, alla luce di ciò che l'abrogazione popolare di leggi di pre-conformazione comunitaria in pendenza del termine di attuazione può effettivamente considerarsi idonea a compromettere l'obiettivo perseguito dalla normativa comunitaria, dovendosi ad essa riconoscere la capacità di impedire al legislatore di ripristinare la normativa abrogata nel tempo rimasto a disposizione prima che scatti l'inadempimento (per maggiori considerazioni sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Riflessioni su taluni aspetti emergenti dalla tornata di decisioni di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo del 2000*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, § 4).

¹⁰ Corte cost., sent. n. 16 del 1978, punto 3 del *cons. in dir.*

¹¹ *Ivi*, punto 9 del *cons. in dir.*

Orbene, nonostante le differenze che pure sussistono fra *rationes* fondative del limite delle leggi costituzionalmente vincolate e del c.d. vincolo referendario¹², cionondimeno non è facile sottrarsi alla suggestione che una chiara assonanza fra le stesse abbia a doversi registrare.

Ciò in ragione del fatto che, se all'interno della ipotesi di attuazione costituzionale *sine optione*, si distingue il caso della mera riproduzione legislativa di norma costituzionale – il quale, a stare alla prevalente dottrina, sarebbe ipotesi da ricondurre all'interno della classe delle leggi (norme) a contenuto costituzionalmente vincolato, anzi ne sarebbe (se non l'unica) la più accreditata espressione¹³ – si comprende che la ragione della sottrazione al *referendum* può solo allusivamente essere individuata nello scopo di protezione della Costituzione. La norma costituzionale riprodotta, difatti, al venir meno della norma legislativa che la riproduce non subirebbe effettiva incidenza della sua sfera di efficacia¹⁴.

Ad essere inciso nella sua effettività sarebbe soprattutto il *referendum*, posto che la superiorità di grado della norma costituzionale riprodotta escluderebbe che, in seguito all'abrogazione popolare di quella legislativa, possa determinarsi l'abrogazione per incompatibilità della stessa, in quanto norma identica a quella abrogata dal popolo. Ne consegue che il *referendum*, ancorché idoneo a produrre il suo effetto tipico e costituzionalmente garantito – l'abrogazione di norma legislativa – si mostrerebbe come sostanzialmente privato di effetto, *inutiliter dato*.

¹² Una certa inconferenza andrebbe rilevata, tenendo conto che quella che si cela dietro l'affermazione del limite di inammissibilità *de quo* è, a ben guardare, una posizione ancora più intransigente di quella successivamente enunciata dal giudice costituzionale, giacché essa suppone che in una potenziale contrapposizione fra *vox populi* – espressa attraverso il *referendum* abrogativo di legge costituzionalmente vincolata – e *vox Constitutionis* – reclamante il recupero della normativa abrogata, onde assicurare l'attuazione della Carta – debba esser la prima e non la seconda a prevalere. Così facendo però, a tacer d'altro, si finisce per invertire la gerarchia di valori scolpita nell'art. 1, comma secondo, della stessa Costituzione, secondo cui è quest'ultima a definire le forme e a segnare i limiti all'esercizio della sovranità popolare e non viceversa; per cui, nel caso di non altrimenti sanabile contrasto fra sovranità popolare e principio di legittimità costituzionale sarebbe quest'ultimo a dover prevalere, mercé il ripristino per via legislativa dell'unica possibile normativa di attuazione della Costituzione abrogata dal corpo elettorale.

¹³ F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, in *Giur. cost.*, 1981, 2103; M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano 1983, 209.

¹⁴ Per dirla con Crisafulli, le «disposizioni ripetitive di altre, contenute in una fonte di rango superiore, sono in realtà “pseudo disposizioni” la cui eliminazione lascerebbe intatto il vigore delle corrispondenti norme già poste dalla fonte superiore» (V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 159).

Sennonché, a spingere verso l'inammissibilità di *referendum* inutili non è tanto – come per altri casi – un generico principio di economia, bensì la preoccupazione specifica per una *vocatio populi* con finalità deliberativa, la quale risulti *a priori* orbata di conseguenze concrete.

Non solo, anche al di fuori dell'ipotesi della legge costituzionalmente vincolata riprodotiva della disciplina costituzionale, il discorso non cambia, anzi forse acquista persino *maggior persuasività*. Giacché, nel caso di legge a contenuto costituzionalmente vincolato che attui la Costituzione nell'unico modo possibile, senza tuttavia duplicarla, l'esclusione dal *referendum* risponde sì al fine di evitare che la normativa costituzionale resti inoperativa perché privata dell'unica disciplina in grado di dare ad essa il necessario svolgimento, ma si fonda egualmente sulla esigenza di presidiare l'esito referendario. Difatti, accanto al problema della riduzione all'impotenza della Costituzione, sta la considerazione che l'unico mezzo di reazione possibile alla disattuazione costituzionale provocata dall'abrogazione referendaria sarebbe la riproduzione della normativa venuta meno *ope referendi*, onde il primo cesserebbe di essere un problema ove quest'ultima fosse la soluzione praticabile¹⁵. È, in fondo, proprio nell'evitare tale effetto di neutralizzazione della decisione popolare che si risolve la *ratio* più profonda (remota) della sottrazione delle leggi in parola al *referendum* abrogativo.

Ma, se tutto questo è vero, mi pare che tra il conio giurisprudenziale del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e la prefigurazione del c.d. vincolo referendario non sia difficile rintracciare un evidente filo rosso: il rifiuto della eventualità che l'esito referendario possa essere – per dir così – “posto nel nulla”. Nell'un caso – quello cioè riguardante l'abrogazione referendaria di norme costituzionalmente vincolate – ciò sarebbe imputabile o ad un fatto proprio (strutturale) del tessuto normativo o alla necessità di “rimediare” all'abrogazione popolare nell'unico modo possibile; nell'altro, discenderebbe da un libero intervento dello stesso legislatore parlamentare.

Ed allora, viene da chiedersi: qual senso potrebbe avere, da un verso, impedire lo svolgimento del *referendum* sulla base della sua (dedotta o

¹⁵ Sia consentito qui rinviare a P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova 1992, 149, ove si legge che «dinanzi all'abrogazione di leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato” il legislatore resterebbe astretto fra l'assistere, incapace di porvi rimedio, ad una sorta di riduzione all'impotenza del dettato costituzionale ed il reagire con il solo mezzo possibile, cioè la riproduzione della normativa abrogata dal popolo, in palese conflitto con la decisione assunta da quest'ultimo».

prodotta) inutilità oggettiva e, dall'altro, non opporsi al fatto che quella sostanziale inutilità sia perseguibile dal legislatore, una volta che il *referendum* si sia svolto? Perché mai, quel che rappresenta un ostacolo al manifestarsi della volontà referendaria dovrebbe, in seguito alla diretta manifestazione di quella volontà, non ergersi a limite nei confronti del legislatore parlamentare?

2. *Divieto di riproduzione e sentenza n. 16 del 1978*

L'individuazione di un ceppo più antico del c.d. vincolo referendario nella giurisprudenza costituzionale non si risolve in una semplice precisazione, che contribuisce a meglio ricostruire la verità storica del suo percorso fondativo al cospetto dei giudici di Palazzo della Consulta.

In realtà, quella retrodatazione di poco più di un decennio ha un ben altro rilievo. Essa, infatti, consente di stabilire una diretta relazione fra il problema in esame ed il postulato del c.d. parallelismo fra legge e *referendum*, il quale – come si sa – costituisce la vera chiave di volta che sorregge per intero il nuovo edificio dei limiti di ammissibilità delle richieste referendarie costruito nella sentenza del 1978¹⁶, ivi compreso ovviamente il limite relativo alle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato.

Ora, secondo quanto appena osservato, fra affermazione del parallelismo e prefigurazione del divieto di riproduzione non vi sarebbe, né un prima, né un poi, bensì una piena corrispondenza sincronica. Il che deve quantomeno spingere a riportare la riflessione sulla questione del vincolo referendario all'interno della logica del parallelismo, piuttosto che al di fuori di essa.

Se, infatti, nel mentre la Corte sposa il principio della equiparazione fra legge e *referendum* abrogativo pensa, altresì, e prefigura il divieto, per la prima, di riprodurre la normativa abrogata dal secondo, ciò dovrebbe indurre a sondare l'ipotesi che quel medesimo divieto, da (preteso) fat-

¹⁶ Facendo leva sul principio del parallelismo con la legge ordinaria al fine di pervenire alla definizione dell'ambito di efficacia formale dello strumento ablatorio popolare e ricavarne limiti alla sua esperibilità, la sent. n. 16 del 1978 ha lasciato sullo sfondo il problema della relazione inversa, intrattenuta dal complesso delle fonti primarie nei confronti del *referendum* abrogativo. Questa prospettiva è già tenuta presente in P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 168.

tore estraneo alla logica animatrice di quella decisione, frutto di una successiva alterazione dell'«ordine del rapporto tra legge e *referendum* disegnato da [que]lla sua prima giurisprudenza»¹⁷, si possa intendere come profilo di quello stesso quadro, nel quale si tratta perciò di leggerlo ed inserirlo.

A questo proposito, è opportuno tornare a ragionare proprio del suddetto principio del parallelismo tra legge e *referendum* abrogativo.

2.1. *Segue: la questione del rapporto con il c.d. principio del parallelismo fra legge e referendum*

Una prima e assai seguita interpretazione ha portato ad intendere il principio in parola come fondamento di un'operazione, più che di equiparazione di grado fra le due fonti, di equivalenza quanto a complessivo trattamento giuridico, di modo da pervenire (fatte salve le specificità di ciascuna fonte) ad un pieno apparentamento fra sfera del valido disporre della legge e sfera di ammissibile intervento del *referendum* abrogativo, con la conseguenza di trasformare i limiti posti alla legittimità costituzionale della legge in limiti di ammissibilità delle richieste referendarie¹⁸.

Si tratta tuttavia di una lettura che non convince appieno.

Essa, infatti, non valuta a sufficienza il fatto che l'estensione delle ipotesi di ammissibilità oltre gli stretti limiti del riscontro *ex art. 75*, comma secondo, Cost.¹⁹, nella pronunzia del 1978 risulta compiuta (per il profilo che qui interessa), facendo leva sul disposto del primo comma del medesimo art. 75 e, segnatamente, sulla formula «abrogazione [...] di una legge e di un atto avente valore di legge», lì utilizzata per definire l'ambito attizio suscettibile di abrogazione popolare. Questa formula, se consente, nella interpretazione largamente più diffusa²⁰, di attribuire al *referendum* abrogativo una collocazione al livello legislativo nel sistema delle fonti, non autorizza invece a distinguere, in alcun modo, il ruolo (ed il regime) della legge formale da quello degli altri atti legislativi. Onde,

¹⁷ M. LUCIANI, *La formazione delle leggi*. Tomo I, 2. Art. 75. *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso, Bologna-Roma 2005, 663.

¹⁸ È questa la prospettiva auspicata da M. LUCIANI, *op. e loc. ultt. citt.*, cui si rinvia per ulteriori richiami.

¹⁹ Secondo l'indirizzo interpretativo patrocinato dallo stesso Massimo Luciani (ivi, 337).

²⁰ Sul punto, v., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova 1993, 117.

l'espressione "parallelismo con la legge", che da quella formula ritrae il suo fondamento (e che è comunemente utilizzata per individuare l'ambito di efficacia formale del *referendum*), va in realtà declinata nei termini di una simmetria che trova il suo termine di riferimento non nella legge formale ordinaria, bensì nell'atto legislativo *tout-court*. La qual cosa comporta che, perché di parallelismo si possa parlare, si debba abbracciare una linea interpretativa al contempo *comprensiva e minimalista*, che faccia leva sulla cifra caratteristica della categoria, idonea, in quanto tale, ad assurgere ad elemento comune ed unificante della classe: vale a dire la comune subordinazione alle fonti di rango costituzionale.

Ed è proprio nella (esclusiva) prospettiva di una parificazione di grado, o meglio del suo riflesso negativo della esclusione del rango costituzionale del *referendum*, che la coerenza dell'impianto della sentenza del 1978 può essere in qualche modo rintracciata e difesa.

In questa ottica, è ben possibile che vi siano limiti al legittimo disporre da parte della legge che non si traducano in limiti di ammissibilità del *referendum* abrogativo, così come, per converso, che quest'ultimi possano essere affermati anche con riferimento a casi di leggi od atti equiparati la cui legittima abrogazione da parte del legislatore rappresentativo non sia disputabile e, infine, che lo stesso *referendum* possa metter capo ad esiti che il legislatore ordinario non può legittimamente revocare in dubbio. Il tutto purché non si incida, inficiandolo, sul principio di comune subordinazione alle fonti di rango costituzionale.

2.2. *Segue: il problema della esclusione delle leggi "a forza passiva peculiare"*

La conclusione cui sono appena pervenuto (e, più in generale la ricostruzione qui proposta²¹) parrebbe, tuttavia, messa in crisi (o quantomeno turbata) dalla presenza, fra quelli elaborati nella sentenza madre del 1978, del limite di inammissibilità riguardante le leggi «a forza passiva peculiare», cui s'è già fatto cenno. E esso, infatti, avendo riguardo al complesso degli «atti legislativi [...] insuscettibili di essere validamente abrogati da leggi ordinarie successive», sembrerebbe in effetti fondarsi sull'assunto per cui vincoli d'ordine formale-procedimentale ed anche contenutistico posti alla legge dalla Costituzione si tradurrebbero in al-

²¹ Cfr., a riguardo, la diversa posizione espressa da G. AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali e Parlamento: la forza delle decisioni referendarie nelle forme di democrazia rappresentativa*, in *Giur. cost.*, 1995, 92.

trettanti limiti all'esperibilità del *referendum* abrogativo, riproponendo così quell'equazione fra sfera del valido disporre della legge e sfera dell'ammissibile intervento dell'abrogazione popolare che prima s'è inteso rigettare.

Sennonché, le cose, a mio parere, non stanno esattamente così.

Il problema principale che qui si pone è quello di individuare e perimetrare la categoria.

A questo proposito, l'acuto tentativo di recente operato in dottrina di intravedere la cifra caratteristica ed unificante della classe delle leggi a forza passiva rinforzata nella riserva costituzionale di procedimento che le caratterizza, così che «si sottraggono al *referendum*, poiché la specialità (riservata) di quel medesimo procedimento non è surrogabile per via referendaria»²², non pare a chi scrive del tutto condivisibile. Nel senso che, pur cogliendo una parte di verità, risulta tuttavia trascurarne un'altra.

In effetti, il limite in parola, più che riferirsi soltanto ad atti legislativi tributari di una riserva di procedimento prevista in Costituzione, parrebbe interessare più generalmente quegli atti che esibiscono una maggiore resistenza all'abrogazione legislativa perché comunque destinatari di una certa qual "copertura costituzionale". La non valida abrogazione ad opera di semplici leggi ordinarie posteriori, infatti, sembrerebbe riguardare anche, ad esempio, gli atti legislativi destinatari di una riserva di competenza opponibile alla legge. Si pensi alle norme dei regolamenti parlamentari, in forza della riserva competenzaale ricavabile dal combinato disposto degli artt. 64 e 72 della Costituzione, che ne esclude l'abrogazione da parte di quelle recate dalla legge formale ordinaria²³. Non dis-

²² Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 460.

²³ E questo, senza poter far leva su argomenti ulteriori, quali quelli utilizzati a suo tempo per escludere qualsiasi controllo da parte di poteri esterni alle Camere sugli atti camerali di autonomazione. Difatti, non sarebbe possibile, in proposito, rievocare il regime di "autonomia guarentigiata" a suo tempo indicato dalla stessa Corte per giustificare l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale: quasi a immaginare che l'argine eretto avverso la piena affermazione del principio di legittimità costituzionale debba a fortiori valere per l'intervento diretto popolare, che a quel principio risulta soggetto (art. 1, cpv. Cost.). Questo, in quanto quell'argine è risultato essere edificato, come noto, proprio sul peculiare rapporto di rappresentanza esistente fra Camere e corpo elettorale, tale da far delle prime partecipi e diretta espressione della sovranità popolare e per questo impermeabili a qualsivoglia sindacato *ab externo* sugli atti espressivi della propria autonomia normativa, fosse anche quello esercitato dal supremo tutore della conformità dell'ordinamento a Costituzione. Ora, è del tutto ovvio che un simile argomento non sarebbe in alcun modo spendibile nei confronti

similmente ad analoga conclusione dovrebbe pure pervenirsi per i c.d. regolamenti della Corte costituzionale (regolamento generale e norme integrative) espressione di potestà normativa *ex art. 14 e 22 l. n. 87 del 1953* (ma, in realtà, fondata sulla posizione di autonomia e indipendenza della Corte nel sistema²⁴), e per i decreti legislativi di attuazione degli statuti delle regioni a speciale autonomia²⁵.

Peraltro, lo stesso caso di specie in relazione al quale il limite in esame risulta coniato – vale a dire la richiesta di abrogazione della legge di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato del 1929 – pone qualche problema a riguardo, stante la difficoltà a ritenere le leggi in materia concordataria di cui all'art. 7 cpv. Cost. quale esempio certo di leggi ordinarie a procedimento specializzato o, secondo un linguaggio largamente in uso, leggi rinforzate. L'ancoraggio a previi accordi fra lo Stato e la Chiesa cattolica per la modifica con legge dei relativi rapporti, richiesto dal capoverso dell'art. 7, non sembra, infatti, dar luogo propriamente ad un aggravamento del (o deviazione dal) procedimento legislativo tipico, posto che assai a fatica gli accordi potrebbero qualificarsi come elementi procedurali, quanto semmai come presupposti materiali delle leggi in questione²⁶. Ciò che farebbe pensare, stando sempre alle convenzioni linguistiche in uso, più ad una legge atipica, che non rinforzata e, quindi, per quel che qui maggiormente interessa, ad una *differentia ratione substantiae* e non *ratione formae*²⁷.

di quel soggetto cui *secundum Constitutionem* la sovranità di cui le Camere sono espressione appartiene (di nuovo art. 1, cpv., Cost.).

²⁴ Per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., [ma 1984], 239; S.P. PANUNZIO, *I Regolamenti della Corte costituzionale*, Padova 1970, 201 e 266.

²⁵ Per la cui inabrogabilità potrebbe addursi, altresì, il rilievo circa l'esclusiva afferenza all'ordinamento regionale (sarebbe, forse, possibile qui evocare l'argomento della corrispondenza necessaria fra dimensione della rappresentanza e della partecipazione, secondo quanto sostenuto da M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 497), il quale potrebbe trovare *quodammodo* conforto anche nell'esclusione dell'esperibilità del *referendum* nazionale *ex art. 138 Cost.* sulle leggi costituzionali approvative degli Statuti regionali delle Regioni ad autonomia speciale, recentemente disposta dalla l. cost. n. 2 del 2001.

²⁶ Sul punto, dubitativamente, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 214-215. Nel senso del testo, molto chiaramente A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 472; nonché pure F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II. *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970, 152.

²⁷ Prova ne sia il fatto che, a rigore, il carattere necessariamente negoziato della normativa di modifica della disciplina dei rapporti Stato-Chiesa non risulta radicalmente in contrasto con la possibilità del diretto intervento popolare. Ciò sol che si rifletta all'eventualità di un accordo di modifica in termini riduttivi della normativa vigente – risolventesi

Ed allora, se quanto si è osservato è vero, ci si deve domandare se il predetto regime di “copertura costituzionale” possa fungere da causa di esclusione del *referendum*, sia quando ne risulti tributario un atto con forza di legge, sia qualora il beneficiario venga ad essere la legge formale ordinaria. Rimanendo nell’ipotesi della riserva costituzionale di competenza, si tratta in sostanza di chiedersi se possa ammettersi l’intervento referendario in tutte le ipotesi, ad esempio, di “riserva di legge formale” che è dato rintracciare nel nostro ordinamento, nelle quali la riserva di funzione trasmodi in requisito del regime dell’atto. Viene da rammentare il caso della legge istitutiva di una Commissione parlamentare di inchiesta (art. 82 Cost.), della legge di delegazione, a delega ancora “aperta” e, quantomeno, con riferimento alla norma di conferimento dell’esercizio della funzione legislativa (art. 76 Cost.)²⁸, della legge di proroga delle Camere (art. 60 cpv. Cost.)²⁹, della deliberazione dello stato di guerra, ove assunta in forma legislativa³⁰, e di conferimento dei poteri necessari (art. 78 Cost.)³¹, in cui il rapporto di alterità necessaria fra Parlamento e Go-

nella parziale eliminazione di talune parti della stessa, a cui potrebbe legittimamente seguire l’abrogazione disposta attraverso il *referendum* popolare. Si tratta, evidentemente, di una mera ipotesi di laboratorio, la cui macchinosità e inopportunità pratica sono di tutta evidenza, ma astrattamente sostenibile sul piano formale dei rapporti fra fonti su cui è condotto il discorso.

²⁸ Riserva che, nonostante una sin troppo corriva giurisprudenza costituzionale, non dovrebbe limitarsi al conferimento, bensì estendersi anche alla disciplina della delega. Sul punto, v. le acute osservazioni di A. PACE, *Sull’uso “alternativo” del decreto-legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. cost.*, 1992, 1784 ss. e se vuoi, più di recente, P. CARNEVALE, *A proposito delle interferenze fra legislazione di delega e decretazione d’urgenza*, *ivi*, 2002, 1633 ss.

²⁹ Sia consentito rinviare, da ultimo, a P. CARNEVALE, *Invalidità della legge di proroga e difetto di legittimazione delle Camere scadute*, in *AA.VV., Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, 590 ss.

³⁰ Secondo l’indirizzo patrocinato, come noto, in specie da G. FERRARI, voce *Guerra I. Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, XIX, 1970, 834 ss. (spec. 839 ss.), avverso all’altro sostenuto invece da L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione*, Vol. II, *Studi sulla Costituzione*, Milano 1958, 421 (cui si rinvia anche per una ricognizione delle origini del dibattito sull’adozione in forma legislativa o meno della deliberazione dello stato di guerra), il quale vi ravvisa un caso di deliberazione parlamentare bicamerale insuscettibile «di rivestire la forma legislativa» (427 e 431 ss.). Per un recente tentativo di riproporre la questione con riferimento alle deliberazioni parlamentari di approvazione di missioni militari all’estero, con conclusione favorevole alla forma legislativa, v. ora C. DE FIORES, *“L’Italia ripudia la guerra?”*. *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma 2002, 25.

³¹ Cui potrebbe aggiungersi fors’anche – a stare a quanto è stato ritenuto in dottrina (cfr. A. D’ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V, in Le Regioni*, 2002, 317) – il caso della legge statale determinativa di nuovi principi fon-

verno si ritiene debba impedire a quest'ultimo la possibilità di intervenire con propri atti legislativi³².

Ora, se non si vuole pervenire alla conclusione per cui uno stesso istituto – la riserva di competenza – rispetto allo stesso atto – la richiesta di referendum – e allo stesso problema – la valutazione di ammissibilità di quest'ultima – finisce per operare, ora come impedimento, ora no, a seconda del fatto che esso non riguardi o, per contro, interessi la sola legge formale, la risposta all'interrogativo che ci si è posti non può che essere positiva.

Quel che tuttavia se ne ricava è, innanzitutto, che la “peculiarità” della forza passiva si traduce, ai fini della sottraibilità di una normativa di livello legislativo al referendum, nell'*esclusione del libero concorso fra fonti di quel medesimo livello*. Ciò che ne consegue però, oltre alla ulteriore riduzione della sfera di efficacia formale del referendum abrogativo, è il rischio di cadere in una patente smentita che sa di contraddizione. Penso, in proposito, al caso della legislazione elettorale. Invero, se si ritiene che la materia elettorale, quantomeno “in senso stretto”, sia tributaria di una riserva di legge formale – secondo una opinione assai diffusa, ribadita anche in occasione di una recente *querelle*³³ – se ne dovrebbe poi dedurre, sulla scorta di quanto sin qui asserito, l'insuscettibilità ad intervenire su di essa da parte del referendum abrogativo. Ma questo contrasta in modo evidente con un dato dell'esperienza e con la giurisprudenza costituzionale che non ha mai inteso aggiungere al limite della diretta ap-

damentali nelle materie di competenza ripartita con la Regione, ai sensi dell'art. 11 l. cost. n. 3 del 2001. Sulla questione v. quanto osservato da G. SERGES, *Riassetto normativo mediante delega legislativa e determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente*, in *Le Regioni*, 2006, 83 ss.

³² In altri casi di riserva di legge formale, come quelli riguardanti la conversione dei decreti-legge o la c.d. sanatoria legislativa degli effetti prodotti dal decreto-legge non convertito, l'assunzione esclusivamente della funzione ascritta alla legge formale nell'ambito riservato, non impedisce che, una volta convertito o sanato il decreto (cioè a dire, espletata la funzione), la legge (meglio, la relativa disciplina) possa divenire oggetto di intervento di modifica da parte di atti legislativi.

³³ Mi riferisco al vivace dibattito suscitato dall'ipotesi avanzata da Michele Ainis in più occasioni (si tratta di editoriali giornalistici, quali, ad esempio: *Idea, Mattarellum per decreto*, in *L'Espresso*, 10 agosto 2012; *La lunga notte di una riforma*, in *Corriere della Sera*, 14 settembre 2012; *Legge elettorale, serve il decreto*, in *L'Espresso*, 24 settembre 2012) di una nuova disciplina elettorale recata da decreto-legge, i cui termini sono da ultimo riassunti in N. LUPO, *Legge elettorale come legge “in senso formale” nel regime delle fonti*, in *Giur. it.*, 2013, 1461 (nella parte di dottrina ed attualità giuridiche dedicata al tema: *La legge elettorale per il Parlamento nazionale fra diritto costituzionale e politica*, con contributi di G. Azzariti, N. Lupu, D. Carrarelli, L. Trucco).

plicabilità della disciplina elettorale di risulta, l'ulteriore vincolo del contenimento dello spazio di intervento popolare alla sola legislazione elettorale "di contorno".

Peraltro, va altresì osservato che a seguire l'impostazione in esame si finirebbe per utilizzare in funzione restrittiva dell'ambito di azione referendaria *rationes* che risultano poco spendibili, anzi del tutto fuori luogo se riferite allo strumento ablatorio popolare. Volendo, ancora una volta, tornare alla figura della riserva di competenza e in particolare alle ipotesi di riserva di legge formale, di cui s'è appena detto, la cosa è abbastanza evidente, se si tiene conto che esse trovano la loro ragione fondativa, come detto, nel dualismo necessario fra Parlamento e Governo; esigenza, questa, che sembra assai difficile far valere nei confronti del popolo legislatore, onde escluderne l'intervento. Senza, poi, dire che quantomeno nei casi di riserva relativi a condizione emergenziale, il possibile ricorso al popolo, assieme a quello alla Corte, appare un indeclinabile presidio del principio democratico³⁴.

Ed allora? Quale lettura dare del limite in parola?

Io continuo a pensare³⁵ che se ne possa fornire una che eviti le contraddizioni evidenziate, collocandosi proprio nel solco della prospettiva comprensiva e minimalista del principio del parallelismo qui propugnata.

Bisogna, invero, tener conto al proposito del ruolo determinante che nell'elaborazione del criterio di inammissibilità delle leggi a forza passiva peculiare ha, a mio avviso, svolto proprio il caso di specie per il quale è stato coniato: vale a dire, la richiesta di abrogazione dell'art. 1 della legge n. 810 del 1929, relativamente all'esecuzione del concordato del 1929 fra lo Stato e la Chiesa cattolica. Questo tanto più considerando il fatto che si tratta dell'unico caso di applicazione; ciò che ne fa una sorta di criterio "monouso".

Ora, è noto che, nel nostro ordinamento, alle leggi in materia concordataria è stato riconosciuto un regime giuridico del tutto peculiare, posto che, sia dal lato passivo – dinanzi a modifiche non concordate – secondo l'espresso dettato del capoverso dell'art. 7 della Costituzione, sia da

³⁴ Circa la questione della sottoponibilità a *referendum* abrogativo della legge di proroga ex art. 60 cpv. Cost v. un accenno in P. CARNEVALE, *Invalidità della legge di proroga*, cit., 587-588. Con particolare riferimento alla «legge dichiarativa dello stato di guerra e quella di conferimento dei poteri necessari al Governo» v. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 496.

³⁵ Questa tesi era stata già avanzata da chi scrive in P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978*, cit., 160-161.

quello attivo – per la riconosciuta idoneità a prestar deroga a norme costituzionali, con il solo limite dell'intangibilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale – secondo l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale maturato sin a partire dai primi anni settanta³⁶, paiono esibire un grado di apparentamento con le fonti formalmente costituzionali – le quali, come si sa, risultano astrette in analogo vincolo quanto a *vis activa*³⁷ – assai pronunciato³⁸.

Tale attrazione – declinabile in termini di paracostituzionalità³⁹ – avrebbe determinato, agli occhi della Corte costituzionale, una sostanziale assimilazione del limite in questione a quello riguardante le fonti formalmente costituzionali, nel senso che per le leggi lì indicate la “peculiarità” della forza passiva si sarebbe in realtà tradotta in sostanziale apparentamento di regime giuridico con le leggi *ex art.* 138 Cost.

In questo senso, non va neppure trascurato il fatto che la decisione unilaterale di disciplinare, in tutto o in parte, i rapporti con la Chiesa cattolica, qualora assunta con atto legislativo (nel nostro caso con *referendum*), finirebbe per risultare invasiva di un ambito di competenza che la Costituzione espressamente riserva, non già ad altro atto legislativo, bensì alla stessa legge (*di revisione*) costituzionale. In definitiva, in una tale

³⁶ V., com'è noto, le sentenze nn. 30 e 31 del 1971.

³⁷ V., com'è ancor più noto, le sentenze n. 1146 del 1988 e n. 366 del 1991 della Corte costituzionale, ove si individua nella immodificabilità e non sovvertibilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, assunti nel loro nucleo essenziale, il limite d'ordine sostanziale posto al potere di revisione (legislazione) costituzionale.

³⁸ Non pare cogliere appieno la portata dell'assimilazione Massimo Luciani, là ove afferma la stessa come del tutto relativa, «poiché, evidentemente, in caso di accordo tra l'Italia e la Santa Sede per modificare i Patti è sufficiente la legge ordinaria»; aggiungendo, altresì, che identica condizione di inabrogabilità referendaria sarebbe da riconoscersi anche «alle leggi regolatrici dei rapporti fra lo Stato italiano e le confessioni acattoliche, che ai sensi dell'art. 8, comma 3° Cost., sono adottate “sulla base” delle intese tra le relative rappresentanze» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 459). A riguardo, mette conto rilevare che, da un lato, le leggi *ex art.* 7 Cost. paiono esibire, dinanzi all'ipotesi di abrogazione popolare, invariabilmente forza passiva di legge costituzionale, posto che il *referendum*, a differenza della legge, si presenta evidentemente – tranne che ad immaginare macchiniosissime (ed inverosimili) ipotesi come quella di un *referendum* preceduto da intesa abolitiva presenta evidentemente – come strumento di intervento unilaterale di modificazione da parte dell'Italia. Dall'altro, la dottrina richiamata non tiene conto del fatto che, seppur vincolate ad un analogo principio della previa negoziazione fra le parti, alle leggi di cui all'art. 8 Cost. non si riconosce nel nostro ordinamento alcuna forza attiva derogatoria di norme costituzionali, come invece alle leggi regolanti i rapporti con la Chiesa cattolica.

³⁹ Per usare un'espressione cara, fra gli altri, particolarmente ad A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2009, 210 ss.

situazione il *referendum* abrogativo finirebbe per vestire i panni di una fonte di rango costituzionale, sostituendola nel compito costituzionalmente assegnatole, recando così un *vulnus* che, oltre a risultare di evidenza tale da far pensare ad una incostituzionalità “in senso forte”⁴⁰, presenterebbe, ancora una volta, un sensibile grado di parentela con l’ipotesi di diretta attribuzione di rango costituzionale.

3. *La non incompatibilità fra parallelismo e vincolo referendario di non riproduzione nella fitta serie di obiezioni alla affermazione di quest’ultimo*

Ebbene, alla luce di quanto sin qui osservato – e prescindendo da altre considerazioni più afferenti al piano funzionale ed al processo nomodinamico⁴¹ – fra principio del c.d. parallelismo tra legge e *referendum* abrogativo e vincolo di non riproduzione della normativa abrogata dal secondo non sembra esserci quell’incompatibilità logica che viene tradizionalmente asserita. Se, infatti, quel parallelismo si risolve in comune subordinazione alla Costituzione del *referendum* e degli altri atti normativi primari – legge in testa – esso non risulta evidentemente turbato dall’esistenza di ipotesi in cui taluno di questi atti possa esibire, in via generale o particolare, una maggiore resistenza all’abrogazione. Quest’ultima, in-

⁴⁰ Frutto di una violazione – riprendo qui terminologia e impostazione proprie della riflessione di Franco Modugno – tale da intaccare la norma nella sua validità “in senso debole”, risolvendosi nella appartenenza della stessa all’ordinamento, in quanto incompatibile con le regole «essenziali sulla normazione», la quale va distinta dalla validità “in senso forte” «come completa e perfetta corrispondenza (conformità) dell’atto, del testo o della norma “a tutte le norme che, in vario modo, ne disciplinano la produzione e/o ne limitano il contenuto”» (cfr. F. MODUGNO, voci *Validità (teoria generale)* e (*diritto costituzionale*), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, rispettivamente 18-19 e 44 ss.).

⁴¹ Che fanno leva sulla considerazione secondo cui «la funzione legislativa riservata alle camere è caratterizzata da un principio di inesauribilità della funzione, mentre il procedimento referendario è destinato a produrre effetti, e a risolversi, *uno actu*. Sicché impostare il problema del rapporto tra esito referendario e legge di ripristino, come se fosse stato un normale problema di successione nel tempo di prescrizioni legislative, dava solo l’illusione di una soluzione equilibrata e coerente, quando in realtà lasciava in ombra la strutturale debolezza del potere referendario, destinato ad esaurirsi con il suo esercizio, e consegnava alla sensibilità politica del legislatore (o, più realisticamente, dei governi in carica) la gestione degli esiti di ogni *referendum*» (v. A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 2). Analogamente anche P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.forumcostituzionale, 18 ottobre 2011, 10-11.

fatti, revocando in dubbio la condizione di libero concorso, non mina invece la *qualitas* della primarietà come immediata soggezione alla Costituzione e alle leggi costituzionali.

Senonché, se può considerarsi così potenzialmente disinnescata una delle (principali) obiezioni opposte al riconoscimento del vincolo referendario, nondimeno restano aperte una serie di questioni che la dottrina ha opposto a quel riconoscimento⁴². Si tratta ora di esaminarle.

3.1. Il problema del fondamento costituzionale

Primo e (forse) più importante rilievo critico è quello relativo al fondamento costituzionale del divieto di riprodurre la normativa abrogata dal *referendum* che, sottolinea la dottrina, è spesso asserito come fosse cosa da dare «per scontata anche da parte degli studiosi più attenti [...] senza vera argomentazione [...] mentre] nulla [...] è meno certo di questo»⁴³. Si osserva poi che l'indeclinabile presidio costituzionale è stato in proposito individuato nel combinato disposto degli «artt. 1 e 75 della Costituzione e soprattutto sulla contrapposizione tra volontà “legislativa” e volontà “referendaria”, la quale ultima [...] dovrebbe prevalere in quanto esprimerebbe, meglio della legge, la “vera” volontà del popolo»⁴⁴. Insomma, sullo sfondo del prefigurato vizio da riproduzione a carico della legge vi sarebbe la questione cruciale del «delicato equilibrio tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa nel nostro ordinamento costituzionale»⁴⁵.

Si osserva che, posta in questi termini, la questione appare di difficile compatibilità con il nostro ordinamento costituzionale in cui, nell'attribuirsi al popolo la titolarità della sovranità, «non si distingue una diversità di grado o di intensità nei diversi modi del suo esercizio, quest'ultimo in ogni caso soggetto alle forme e ai limiti della Costituzione»⁴⁶. Non

⁴² Di sostanziale scetticismo diffuso in dottrina parla ora A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 2, sottolineando come fossero troppi – “e troppo destabilizzanti – [...] gli interrogativi aperti”, come testimoniato dai diversi “esempi, fin troppo noti, di ripristini legislativi perfettamente tollerati dalla Corte e, in larga misura, anche da parte degli studiosi”.

⁴³ Citazioni tratte da M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 664 con ampio florilegio di richiami della dottrina.

⁴⁴ *Ivi*, 667-668.

⁴⁵ T.F. GIUPPONI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum e i limiti al legislatore*, cit. 318.

⁴⁶ G. AZZARITI, *Referendum*, cit., 92.

solo, essa parrebbe evocare e supporre una concezione conflittuale che, caricando l'istituto referendario di una naturale valenza antagonista rispetto alla rappresentanza politica, finirebbe per vanificare (o rendere estremamente difficoltoso) il fisiologico innesto del *referendum* nel sistema rappresentativo e con esso l'idea stessa di una integrazione delle diverse forme espressive del principio di sovranità popolare finalizzata al comune scopo di assicurare la preservazione ed il consolidamento dei «caratteri propri e indefettibili degli stati pluralistici»⁴⁷.

Come (e cosa) rispondere ad una così radicale obiezione?

Una prima considerazione che si può fare è che, a ben riflettere, risulta abbastanza curioso (e, invero, stupisce un po') l'utilizzo dell'argomento della necessaria integrazione fra gli strumenti (e gli esiti) che veicolano l'*unica* sovranità del popolo, in funzione di contestazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* ad opera del legislatore rappresentativo. Ciò in quanto, proprio la legge riproduttiva appare in sé e per sé un indiscutibile segnale di difetto di integrazione⁴⁸. Quella riproduzione, infatti, non tanto mette in luce una divaricazione di scelte e di indirizzi rispetto ad un *thema* specifico (*id est*, una divergenza) fra orientamento del corpo elettorale e rappresentanza della Nazione – *sub specie* dei consequenziali interventi dei due legislatori, popolare e parlamentare-governativo – *quanto una chiara ed evidente contrapposizione della seconda al primo*, espressa attraverso una “reazione” speculare ed opposta alla decisione ablatoria referendaria, messa in campo per contrastarne gli esiti. Insomma, il nesso fra i due *decisa* testimonia che nel porre in essere il secondo *decisum* – la riproposizione della normativa oggetto del primo – il legislatore parlamentare, più che agire, *reagisce* e ciò non appare privo di conseguenze nel dare senso al suo intervento, che si colora inevitabilmente di consequenzialità (del resto, si parla per questo non di produzione, ma di *riproduzione*)⁴⁹.

⁴⁷ *Ivi*, 93.

⁴⁸ Ed in effetti la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 199 che il “vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, 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 delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile”. Sottolinea il passaggio A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 3.

⁴⁹ Si potrebbe qui richiamare la tesi la quale, volendo escludere che il carattere reponsivo della rappresentanza debba implicare la diretta reattività delle sue scelte, intese come effetto di automatica e non mediata risposta alle esigenze dei rappresentati, asseri-

Non solo, se si fa leva sull'esigenza – assolutamente condivisibile – dell'innesto sul tronco rappresentativo dell'istanza partecipativa, allora, ben più che contro il divieto di ripristino, bisognerebbe indirizzare gli strali della critica (anche severa) verso quel *processo di trasvalutazione* cui è andato progressivamente incontro il *referendum* abrogativo, il quale si è visto riversare addosso «una domanda di prestazione decisamente sproporzionata rispetto a quanto la sua stessa natura poteva consentire»⁵⁰. Si è così dato corpo, nel corso di un'esperienza quasi quarantennale, ad una evoluzione ch'è andata configurandosi – per quel che qui più direttamente rileva – come una sorta di irresistibile ascesa della *concezione autosufficiente dell'istituto*.

Penso a certi limiti di ammissibilità elaborati dalla Corte costituzionale in termini di completezza ed esaustività del quesito abrogativo o di congruenza dello stesso rispetto al fine e, più in generale, al ruolo assunto nella sua valutazione dalla c.d. normativa di risulta – tale da render ormai assai labile la linea di demarcazione (che invece deve esserci!) fra controllo di ammissibilità della richiesta ablatoria e giudizio di costituzionalità anticipato sull'abrogazione popolare – o, infine, all'uso manipolativo dello strumento referendario. La stessa sottrazione al *referendum*, quantomeno sotto il profilo dell'abrogazione totale, della classe delle leggi «costituzionalmente necessarie», giustificata dalla possibilità del loro

see la netta contrapposizione di siffatta reattività con l'idea stessa della rappresentanza (la rammenta, da ultimo, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 41, che richiama sul punto la posizione di H. EULAU, P.D. KARPS, *Le componenti della responsività*, in D. FISICHELLA [a cura di], *La rappresentanza politica*, Milano 1983, 320). Ci si può chiedere se ad opacizzare la natura della rappresentanza ed il suo carattere responsivo possa concorrere anche l'eventualità in cui ad essere assunta in forma reattiva sia una decisione che si traduca in una risposta di segno specularmente negativo alla scelta manifestata dai rappresentati.

⁵⁰ Così mi sono espresso in P. CARNEVALE, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio? Riflessioni in tema di abrogazione, reviviscenza e referendum elettorali*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel limbo delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino 2012, 24, precisando trattarsi di «natura che permette ad esso anche semplicemente di *veicolare domande*, piuttosto che *fornire risposte conclusive*, che altri (in particolare, il legislatore rappresentativo) sono invece chiamati a dare; di *aprire problemi*, invece che *risolverli in via definitiva*. Quella popolare-referendaria, pertanto, si presenta, più che come una compiuta decisione, come un *pezzo* di una decisione complessiva in cui *espressione immediata e mediata* della sovranità risultano reciprocamente implicate, piuttosto che immerse in una logica di separatezza nella quale la sovranità popolare tende (illusoriamente) a proporsi come rappresentabile solo da se stessa, in quanto intollerante ad ogni mediazione partitica» (il richiamo è qui evidente alla riflessione di C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo*, in *Dem. e dir.*, 1981, *passim*).

venir meno solo per sostituzione e, per questo, fondata su quello che è il limite naturale dello strumento di democrazia diretta *ex art. 75 Cost.*, è un po' figlia, a ben guardare, della medesima logica. V'è dietro l'idea della inaccettabilità della parzialità, nel senso della insufficienza della decisione popolare ove questa richieda, in specie in un settore ove la cesura normativa può costituire un problema di particolare momento, un seguito necessario da parte del legislatore.

È proprio su questo terreno che, a me sembra, si annidi prevalentemente l'inimicizia fra *referendum* e sistema rappresentativo, sotto il profilo del corretto inserimento (e canalizzazione) delle *issues* veicolate dal primo nel secondo.

Tornando, poi, al problema del conflitto fra le due forme – partecipativa e rappresentativa – della democrazia che la questione della riproduzione per via legislativa della normativa *iussu populi* abrogata parrebbe rivelare, penso che esso debba essere posto e risolto, piuttosto che in quel contesto polemico, tutto all'interno della dinamica propria della (sola) forma democratico-rappresentativa. Non, quindi, una sorta di lotta fra due democrazie, che effettivamente non troverebbe cittadinanza nel nostro sistema costituzionale, collidendo con «l'intima coerenza strutturale e funzionale» del sottomodello rappresentativo-referendario accolto dai nostri costituenti⁵¹, bensì una tensione intestina della rappresentanza come forma di trasmissione delle istanze provenienti dal basso, cui la funzione dinamizzante degli strumenti partecipativi è fondamentalmente servente⁵².

Non bisogna perciò ricorrere alla concezione del *surplus* di legittimazione democratica vantato dal *referendum* abrogativo rispetto alla legge, quanto semmai richiamarsi alla (e far valere la) esigenza della coerenza di un sottomodello – quello rappresentativo-referendario – che, da un verso, si fonda sull'opzione «che, in determinate circostanze, la decisione è allontanata dalle sedi rappresentative e collocata altrove»⁵³ e, dall'altro, consente che quella decisione, una volta assunta appunto “altrove”, sia cancellata in seguito ad una scelta di ricentralizzazione della decisione nella sede rappresentativa⁵⁴.

⁵¹ Ciò che costituisce la condivisibile tesi di fondo del lavoro di Massimo Luciani più volte richiamato (il passo citato fra virgolette è specificatamente a pag. 110).

⁵² V. ancora M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 102 ss. Analogamente, G. BRUNELLI, *Quesito manipolativo e statuto peculiare dei referendum elettorali*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino 1999, 35 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 272 ss.

⁵³ Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 110 ss.

⁵⁴ Così che il problema si sposta «dall'alternativa fra supremazia della legge o della

Ora, se è vero che la rappresentanza politica non implica «una automatica ricettività dei rappresentanti rispetto il voluto dei rappresentati»⁵⁵, è altrettanto vero che «non può neanche legittimarsi la sostanziale indifferenza dei rappresentanti rispetto a quanto espresso dai rappresentati tramite canali di partecipazione a ciò espressamente deputati»⁵⁶; tanto più che, nella questione che ci occupa, piuttosto che di *indifferenza* si debba parlare di palese *revoca* di quel voluto (non schopenaueriana *no-luntas*, ma speculare disvolere)⁵⁷.

Peraltro, è bene chiarire l'esatta portata della prospettata incoerenza fra volontà popolare e del legislatore rappresentativo.

Qui – come meglio si preciserà in seguito – non si vuole in alcun modo sostenere una prevalenza dell'esito referendario sulla legislazione successiva e, quindi, una resistenza *tout-court* della clausola abrogativa popolare all'intervento del legislatore, giacché questo si risolverebbe proprio in un avallo di quella concezione autosufficiente del *referendum* che prima si è aspramente criticata. L'esito referendario non è assolutamente intangibile da parte del legislatore rappresentativo, il quale, da un punto di vista giuridico, potrà colmare la lacuna determinata (o comunque intervenire sulla normativa di risulta prodotta) *nel modo che riterrà più opportuno*, restando esclusa la sola ipotesi di riportare *sic et simpliciter* il tessuto normativo allo *status quo ante*. In tal senso, va convenientemente ridimensionata anche l'affermazione circa la “doppiezza” che il *referendum* abrogativo parrebbe esibire nel sistema: «atto legislativo “in entrata” [...] e atto superlegislativo “in uscita”»⁵⁸.

volontà popolare alle garanzie del corretto esercizio della funzione legislativa, soggetto all'onere di rispettare l'esito del *referendum* abrogativo come *fonte di correzione e di completamento della legislazione*» (così L. GENINATTI SATÉ, *Sulla (ri)produzione legislativa di norme già abrogate*, in *Giur. cost.*, 2011, 3838, corsivo mio).

⁵⁵ M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., 133.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Revoca*, il cui verificarsi – come rilevato di recente – finisce per riflettersi negativamente, non solo sul corretto esercizio della funzione legislativa da parte degli organi rappresentativi, bensì pure sulla stessa credibilità dell'istituto referendario, generando un effetto disincentivante della partecipazione popolare (cfr. E. DE MARCO, *Il referendum: uno strumento ormai “spuntato”?*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, III, Torino 2010, 1063 ss., spec. 1078, il quale rammenta in proposito i due “casi emblematici” del Ministero dell'agricoltura e foreste e del Ministero del turismo e dello spettacolo, entrambi aboliti per via referendaria e poi sostanzialmente riattivati dal legislatore).

⁵⁸ L'efficace espressione è ancora di M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 663 che peraltro la riferisce alla giurisprudenza della Corte costituzionale e alle due sedi del giudizio di ammissibilità della richiesta di *referendum* e di legittimità costituzionale sulla eventuale legge riproduttiva.

3.2. *Divieto di riproduzione e diritto positivo*

Ciò posto, si tratta tuttavia di superare un'ulteriore obiezione. Ammesso il difetto che parrebbe affliggere la rappresentanza nel caso in cui si metta capo alla riproduzione legislativa dello *status quo ante* l'abrogazione popolare, resta tuttavia da verificare la possibilità di configurare forme di sanzione che eccedano il piano delle valutazioni propriamente politiche per investire quello dei rapporti giuridici fra le fonti. Ci si deve chiedere, per questo, se l'*accountability* possa essere accompagnata da uno scrutinio giuridicamente qualificato.

Ora, a tale proposito, a me pare che il nostro ordinamento non sia del tutto privo di indici idonei a fornire avallo ad una simile "eccedenza", tanto da poterla derubricare da "illogica (e illecita) conquista" in "ragionevole espansione".

Mi spiego.

Innanzitutto, una prima considerazione di carattere generale sulla pretesa esclusività del rapporto fra rappresentanza e responsabilità politica. Invero, che problemi legati ad un *deficit* di rappresentanza possano vestire i panni, non solo di fatti afferenti al piano delle valutazioni politiche, ma anche di fattori di illegittimità di atti adottati dal legislatore rappresentativo, non è cosa del tutto eccentrica nell'ordinamento.

Si prenda, ad esempio, l'istituto della *prorogatio* della Camere, di cui all'art. 61 della Costituzione, il quale, giusta l'orientamento assolutamente prevalente della dottrina e della prassi, associa ad una situazione di carenza rappresentativa una limitazione funzionale, consentendo di temperare le esigenze della rappresentanza democratica con quelle della continuità⁵⁹. Ebbene, qualora si intenda una siffatta limitazione in grado di esprimere un condizionamento sul piano giuridico e non solo esprimere un vincolo di correttezza – secondo, del resto, l'indirizzo ad oggi più accreditato nella giurisprudenza costituzionale⁶⁰ – il suo supera-

⁵⁹ Tale limite funzionale sembra giustificarsi alla luce della situazione di *deficit* rappresentativo in cui versano le Camere in regime di *prorogatio* e alla stregua della necessità di salvaguardare la sfera decisionale dei futuri codeterminatori dell'indirizzo politico da condizionamenti discendenti da un organo rappresentativo ormai morente. Sul punto sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *La prorogatio delle Camere quale limite all'esercizio della funzione legislativa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, 484 ss. e spec. 491 ss. ed *ivi* ulteriori richiami.

⁶⁰ A dar corpo ad esso possono richiamarsi alcune decisioni della Corte costituzionale, come le sentt. nn. 468/1991, 515/1995, 196/2003, 68/2010, dalle quali emerge con sufficiente chiarezza l'intento di accreditare la tesi della giuridicità del limite dell'"ordinaria amministrazione".

mento dovrebbe comportare una sanzione a carico dell'atto "eccedente". E laddove si trattasse di una legge, la conseguenza dovrebbe essere la sua incostituzionalità⁶¹. Discorso non troppo diverso dovrebbe farsi per il Governo (e, per quanto riguarda il tema qui in esame, il Governo-legislatore) privo di fiducia, per il quale la situazione di carenza rappresentativa sarebbe mediata dalla dinamica propria del rapporto di fiducia. Decreti legislativi e, per certi aspetti, gli stessi decreti-legge adottati in regime di *prorogatio* risulterebbero viziati⁶².

In una prospettiva storico-costituzionale, viene poi da rammentare che proprio alle origini della nostra esperienza repubblicana è dato rinvenire un, sia pur peculiare, caso di vincolo referendario nei confronti del legislatore rappresentativo, se è vero che la decisione sulla forma monarchica o repubblicana assunta dal corpo elettorale col *referendum* c.d. istituzionale del 2 giugno 1946 fu prevista come vincolante per l'Assemblea costituente dalla stessa "costituzione provvisoria", giusta la previsione dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 98 del 1946 che recitava: «Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Repubblica, l'Assemblea, dopo la sua costituzione, come suo primo atto, eleggerà il Capo provvisorio dello Stato, che eserciterà le sue funzioni, fino a quando sarà nominato il Capo dallo Stato a norma della Costituzione deliberata dall'Assemblea»⁶³.

Ma, lasciando da parte il terreno delle decisioni ultime e fondative, è proprio nel campo che più direttamente ci interessa – quello, cioè, della disciplina del *referendum* abrogativo – che paiono rintracciarsi gli indizi più interessanti per il discorso che ci occupa.

⁶¹ Dalle pronunce della Corte costituzionale sembra che il limite in questione debba imporsi al legislatore e viziare gli atti adottati in violazione di esso, prefigurando per questi ultimi un sindacato di ragionevolezza.

⁶² Sia consentito qui il rinvio a P. CARNEVALE, *Vizio della condizione soggettiva del legislatore e invalidità della legge*, Roma 1999, 305 ss.

⁶³ Previsione percepita condizionante dall'Assemblea costituente, che anzi decise di trasformarla in un che di permanente attraverso la formulazione dell'art. 139 della Costituzione.

Si dirà che un simile riferimento per l'eccezionalità, unicità e irripetibilità dell'evento parrebbe scarsamente probante al fine di ricavarne indicazione circa i rapporti fra le ordinarie manifestazioni di volontà normativa del popolo e dei suoi rappresentanti. Sarebbe un rilievo difficilmente contestabile, su cui dover convenire, se non fosse che quelle stesse caratteristiche di eccezionalità, unicità e irripetibilità qualificano, nel nostro caso, anche il potere condizionato – quello, cioè, ascritto ed esercitato dall'Assemblea costituente. Di tal che, quell'obiezione, una volta revocata in dubbio l'asimmetria qualificatoria che la sostiene, ne uscirebbe fondamentalmente neutralizzata.

Penso, innanzitutto, al meccanismo della sospensione di efficacia dell'abrogazione referendaria, previsto dall'art. 37 della legge n. 352 del 1970. Quest'ultimo statuisce, come si sa, che la sospensione predetta e la conseguente ultrattività della normativa abrogata possa essere disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro interessato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Ebbene, una simile previsione può spiegarsi (anzi, si può dire che la postuli) solo con l'inammissibilità di una diretta riproduzione della normativa abrogata ad opera del legislatore, giacché, a diversamente opinare, ci troveremmo dinanzi ad una vera e propria superfetazione, posta la sostanziale equivalenza fra reintroduzione *ope legis* della disciplina abrogata e sua ultrattività, quantomeno limitatamente all'arco di tempo previsto dall'art. 37 cit. Che senso potrebbe avere, infatti, la previsione di una specifica procedura – che peraltro non coinvolge l'organo tributario della potestà legislativa – per produrre un effetto altrimenti conseguibile semplicemente per via di legislazione? Non se ne potrebbe scorgere uno nella celerità del procedimento, giacché – a parte la considerazione che anche l'*iter* legislativo, a certe condizioni particolari, può essere ridotto a tempi brevissimi – l'adozione di un decreto-legge non avrebbe un percorso diverso da quello qui delineato (proposta ministeriale-deliberazione del Consiglio dei Ministri-emanazione del relativo decreto da parte del Capo dello Stato).

Proprio quest'ultima considerazione induce ad orientare la ricerca di un senso ragionevole della previsione in esame nella implicita qualificazione in termini di "esclusività" della relativa fattispecie, traendo cioè da essa la conseguenza per cui, quantomeno a ridosso dell'abrogazione popolare, l'unico intervento ammesso sarebbe soltanto quello meramente sospensivo dell'efficacia del *referendum* con durata temporalmente predeterminata⁶⁴.

Ancor più probante è il richiamo alla previsione dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970⁶⁵, per come "audacemente" riscritto dalla Corte co-

⁶⁴ Si noti che la riproduzione della normativa contenuta nell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 ad opera dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 (pubblicato lo stesso giorno nella Gazzetta Ufficiale n. 188 ed immediatamente entrato in vigore) è intervenuta ben dentro il lasso di tempo in esame, stante il fatto che l'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* è stata disposta a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione del decreto presidenziale (datato 18 luglio del 2011) che ne ha dichiarato l'avvenuta abrogazione, ai sensi dell'art. 37 l. n. 352 del 1970, vale a dire dal 21 luglio, appena ventitré giorni prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2011.

⁶⁵ Un accenno alla quale, per i fini specifici del presente scritto, può leggersi in G.

stituzionale nella sentenza n. 68 del 1978, secondo cui – come noto – laddove nelle more del procedimento referendario la disciplina oggetto del quesito sia interessata da *ius superveniens*, l'abrogazione della normativa oggetto della richiesta di *referendum* comporta il blocco delle relative operazioni solo a condizione che essa abbia determinato il mutamento dei principi ispiratori o dei contenuti normativi essenziali (c.d. abrogazione sufficiente). Ora, sappiamo bene che ad una simile riscrittura la Corte pervenne sulla base della considerazione che, qualora si fosse ritenuto – come l'art. 39 nell'originaria formulazione induceva a fare – che ogni abrogazione *in itinere* della legge proposta all'ablazione popolare avesse determinato un impedimento alla celebrazione del *referendum*, ciò sarebbe risultato gravemente lesivo del diritto politico presidiato dall'art. 75, comma 1, Cost., giacché si sarebbe consentita la paradossale conseguenza per cui «la stessa riproduzione integrale dei contenuti di una legge preesistente, operata da una legge nuova, [...sarebbe bastata] a precludere l'effettuazione del *referendum* già promosso per l'abrogazione della prima di queste due fonti»⁶⁶. Ma ciò avrebbe comportato – conclude la decisione *de qua* – la riduzione «della sovranità del popolo (attivata da quella iniziativa [referendaria. *N.d.r.*] [...]) ad una mera apparenza»⁶⁷.

Insomma, quel che la Corte ha inteso a suo tempo sventare con la richiamata declaratoria di incostituzionalità è la possibilità di un “aggiramento” del diritto allo svolgimento del *referendum* legittimamente richiesto ad opera del legislatore rappresentativo.

Ma se questo è, allora parrebbe assai singolare che quel medesimo aggiramento che si è voluto impedire *referendum in itinere*, escludendo che la legge sostanzialmente riproduttiva di quella proposta all'abroga-

AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali*, cit. 95. Del tutto diversa è la lettura della previsione in parola operata da T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di ammissibilità sul referendum” e i limiti al legislatore*, cit., 319, ss. secondo il quale «l'art. 39 della legge n. 352/1970 dà per scontato che, anche in pendenza di una richiesta di *referendum*, il Parlamento conservi intatta la sua possibilità di legiferare nell'ambito della materia sottoposta a votazione popolare», avendo come unica limitazione (della cui natura giuridica dubita) la reintroduzione della «medesima normativa oggetto della consultazione referendaria». La prospettazione del testo mi era capitato di avanzarla già in P. CARNEVALE, *La Corte ed il referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2276 ss. Analogo parallelo sembra proposto anche da R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2354-2355 e F. MODUGNO, *Richiesta di «referendum» abrogativo di «leggi cornice»*, in *Dir. soc.*, 1980, 217.

⁶⁶ Sent. n. 68 del 1978, punto 3 del cons. in dir.

⁶⁷ *Ibidem*.

zione del corpo elettorale possa bloccare il procedimento referendario, venga poi tranquillamente considerato possibile dopo che il popolo si è espresso nel senso dell'abrogazione, consentendo che il *decisum* del corpo elettorale sia sostanzialmente revocato attraverso quella medesima riproduzione *ex lege*. Non mi sembra coerente, anzi a voler essere sinceri fino in fondo appare persino irridente.

Non solo, parrebbe altresì irragionevole che il diritto di iniziativa referendaria sia fornito di una tutela più intensa rispetto alla decisione popolare alla cui espressione esso è ordinato, tenendo conto che l'uno come l'altra traggono origine e si radicano nel medesimo soggetto: il corpo elettorale⁶⁸.

⁶⁸ Poco persuasivo appare il rilievo mosso da G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, nonché già in *Consulta-online* § 5 *ad finem*, il quale osserva che la sentenza n. 199 del 2012 «introduce una disarmonia nella giurisprudenza stessa. Infatti, la giurisprudenza ammette che il Parlamento possa evitare il *referendum* abrogativo modificando sostanzialmente la normativa compresa nel quesito. Poiché tale modifica avviene con una legge che potrebbe essere oggetto di una successiva modifica con cui vengono reintrodotte le norme vigenti al momento della presentazione della richiesta referendaria, e poiché quindi esiste per il legislatore rappresentativo la possibilità di prevenire l'insorgenza di vincoli a suo carico derivanti dalla pronuncia popolare, la Corte dovrebbe allora stabilire che lo stesso legislatore, prima del *referendum*, non può intervenire sulla normativa compresa nel quesito». Ebbene, riesce un po' difficile individuare un nesso reale tra la presa di posizione espressa nella sentenza n. 199 e la questione del possibile "aggiramento" del meccanismo "antiaggiramento" dell'art. 39 l. n. 352 del 1970, per come riscritto dalla Corte nel 1978, il quale evidentemente risulta praticabile di per sé, a prescindere dalla sanzionabilità del ripristino della normativa abrogata dal *referendum*, come del resto dimostra il tentativo (ricordato dallo stesso A.) di evitare il *referendum* sul nucleare del 2011, attraverso l'introduzione *ex lege* n. 75 del 2011 – di conversione del decreto-legge n. 34 del 2011 recante "disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di moratoria nucleare, di partecipazioni della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli enti del Servizio sanitario nazionale della regione Abruzzo" – di una sospensione del programma nucleare in pendenza della consultazione referendaria, tuttavia non riconosciuto dall'Ufficio centrale per il *referendum* in grado di bloccare lo svolgimento della consultazione popolare (U.c.r., ordinanza 3 giugno 2011). Ove poi il discorso si volesse fondare sulla prefigurazione del divieto di riproduzione e della punibilità della sua violazione come possibili stimoli a seguire la via fraudolenta della modifica della normativa proposta all'abrogazione in prospettiva del ripristino della disciplina originaria a *referendum* ormai bloccato, si incorrerebbe, a mio avviso, in una chiara forzatura. Difatti, tale prefigurazione mancherebbe di considerare un elemento importante ed imprescindibile: il diverso e meno pesante "costo politico" di quest'ultima operazione, se messa a confronto con la riproduzione della normativa abrogata dal popolo, che rende l'aggiramento *politicamente preferibile* rispetto alla diretta violazione della volontà espressa nel *referendum*.

3.3. Divieto di riproduzione e legislazione costituzionale

Ma la fitta serie dei rilievi critici non si ferma certo a quello appena esaminato.

Si potrebbe infatti osservare che, ove si volesse fondare il vincolo sopra la (asserita) supremazia da assicurare alla volontà popolare espressa nel *referendum* nei confronti di quella rappresentata in Parlamento, la conseguenza sarebbe l'affermazione del divieto di ripristino anche a carico della legge costituzionale non confortata dal voto popolare. Dal che discenderebbe l'assegnazione alle leggi costituzionali di una «forza attiva differenziata a seconda del loro processo di formazione, laddove è del tutto evidente [...] che l'art. 138 Cost. ha fissato una perfetta equivalenza fra le leggi costituzionali approvate con il voto popolare e quelle che sono state approvate con la maggioranza dei due terzi, o comunque senza *referendum*»⁶⁹. Non solo, si determinerebbe anche un «clamoroso isolamento del *referendum* rispetto a tutte le altre fonti», dovuto al fatto che esso pretenderebbe per sé una protezione che l'ordinamento non riconosce a nessun'altra fonte primaria atipica nel cui ambito competenziale [...] mai può escludersi che] possa introdursi la legge costituzionale (o di revisione)»⁷⁰.

Ora, a me pare che l'obiezione, nonostante il rigore della prospettazione, non sia insuperabile.

Primariamente, non può non rilevarsi che l'art. 1 della Carta costituzionale, nel mentre afferma l'appartenenza al popolo della sovranità, ne circoscrive appunto l'esercizio, oltre che «nelle forme», anche «nei limiti della Costituzione», con ciò volendo asserire che quella costituzionale costituisce una cornice che si attegga naturalmente a svolgere la funzione di delimitare lo spazio della sovranità popolare. Onde, non sarebbe una forma – quella rappresentativa – piuttosto che un'altra forma – quella diretta o partecipativa – attraverso cui si esprime la medesima sovranità popolare, a dover prevalere nella eventuale contesa, quanto semmai che entrambe risulterebbero egualmente soggette alla sovranità costituzionale anche in funzione di demarcazione dei rispettivi ambiti di azione. Ed allora, alla stregua di ciò, ben potrebbe la legge costituzionale riprodurre la normativa abrogata attraverso il *referendum* ergendosi ad argine della volontà popolare.

⁶⁹ Così M. LUCIANI, *op. cit.*, 669.

⁷⁰ *Ibidem*.

Ciò che, peraltro, potrebbe anche considerarsi un portato del principio del parallelismo inteso, secondo quanto detto in precedenza, come subordinazione eguale della legislazione popolare e di quella rappresentativa alla normativa di rango costituzionale. Se infatti il principio *de quo* si sostanzia, nella giurisprudenza della Corte, in criterio per escludere il sindacato ablatorio popolare su scelte già acquisite a livello costituzionale, allora anche l'acquisizione *ex post* può apparire giustificata, allo stesso modo che, sanzionata per incostituzionalità una certa disciplina legislativa, quest'ultima possa, salvo ipotesi assai limitate, ripresentarsi nelle forme di cui all'art. 138 Cost. al fine di superare il vincolo discendente dal giudicato costituzionale. Il che, ove venisse effettuato con legge risulterebbe costituzionalmente illegittimo (e non solo per reiterata violazione delle disposizioni costituzionali cui la precedente normativa era apparsa non conforme)⁷¹.

In sostanza, il livello costituzionale della normazione è quello in cui il legislatore rappresentativo si affranca dalla concorrenza di quello popolare e ciò non cambia decisamente (anche se non è per altri versi irrilevante) laddove quell'affrancarsi appaia come un'operazione *ex ante* o *ex post* rispetto all'azione di quest'ultimo.

Del resto, se ci si pensa, quello formalmente costituzionale è l'unico grado dell'ordinamento normativo in cui la legge parlamentare torna a riassaporare quella situazione di "splendido isolamento" monopolistico che ne aveva caratterizzato la condizione nel sistema delle fonti al tempo dello Stato liberale. Scompare, assieme al *referendum* abrogativo, ogni altro atto legislativo competitore; rimane fuori dall'uscio persino la sempre più invadente disciplina comunitaria che, ancorché in grado (entro i noti limiti) di prestar deroga a quella costituzionale, tuttavia non può stabilmente modificarla e integrarla. Lì sulla vetta dell'ordinamento resta, sola, la fonte legge parlamentare (*eventualmente* accompagnata dalla consultazione popolare, ma solo laddove non si raggiunga in sede di approvazione la maggioranza dei due terzi dei membri delle Camere), senza più alcun altro dei molti compagni di viaggio che ne hanno contornato l'esistenza soprattutto in epoca di costituzione rigida.

⁷¹ Sul parallelismo fra il vizio di violazione del giudicato costituzionale e il divieto di ripristino della normativa abrogata *ex referendo* v., fra gli altri, A. RUGGERI, *Fonti, norme*, cit., 113.

3.4. La questione dello *ius poenitendi*

Per quanto riguarda, poi, il rilievo, secondo il quale l'asserzione del divieto di riproduzione della normativa abrogata dal *referendum* si risolverebbe per il popolo in un pregiudizio, piuttosto che in un vantaggio, in quanto proprio il titolare della sovranità sarebbe in tal modo privato dello *ius poenitendi*, cioè della possibilità di «tornare sui propri passi [...] decidendo di ripristinare la normativa abrogata»⁷², va osservato quanto segue.

In prima battuta, viene da notare che quello a “tornare sui propri passi”, revocando quanto prima deciso, è per il normatore in genere un diritto – per dir così – *attenuato*, se si tiene conto della possibilità di uno scrutinio sulla coerenza, non solo sincronica, ma anche diacronica della legislazione, in grado di valutare gli atti attraverso le politiche di cui sono parte e, quindi, le scelte depositate nel portato normativo nel loro concreto connettersi con le precedenti. Penso, in proposito, al sindacato esercitabile dalla Corte costituzionale sulle leggi alla stregua di parametri come la certezza del diritto e, soprattutto, il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino che, seppur prevalentemente utilizzati in ipotesi di retroattività legislativa, sono in grado di esibire anche un profilo tipicamente prospettico⁷³. Alla luce di ciò non può affermarsi che l'alternarsi fra volizioni di segno opposto si atteggi ad espressione di una mera signoria del volere del legislatore, il cui “capriccio”⁷⁴ può invece incorrere nella sanzione del giudice delle leggi, ogniqualvolta il mutamento normativo possa risultare in contrasto con l'esigenza di stabilità di trattamento dei rapporti giuridici.

Peraltro, vero è che assicurare al legislatore rappresentativo la «possibilità di ripristinare la normativa abrogata ridarebbe la parola al popolo, consentendogli di folgorare con un ulteriore *referendum* la nuova

⁷² Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 670-671, ma già precedentemente A. GIORGIS, *Alcune riflessioni sul possibile oggetto dei referendum parziali: disposizioni, norme esplicite, norme implicite?*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino 2001, 121 ss. (ma sul punto v. pure L. CARLASSARE, *Considerazioni su principio democratico e referendum abrogativo*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 6-7 luglio 1996, Milano 1998, 138 ss.).

⁷³ Sia consentito qui il richiamo a P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli 2012, 1927ss.

⁷⁴ Per usare la terminologia di A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. Cost.*, 1985, 1147 ss.

legge, oppure decidendo di cambiare idea»⁷⁵, tuttavia a ben guardare l'antinomia fra divieto di ripristino e riconoscimento dello *ius poenitendi* è, nella specie, più apparente che reale. Proprio recenti vicende, relative alle due ultime iniziative referendarie riguardanti l'attuale legge elettorale, hanno portato all'attenzione generale il problema del rapporto fra abrogazione ex art. 75 Cost. e reviviscenza normativa, alimentando un serrato dibattito che ha consentito di scandagliarne i molteplici profili. Ora, al di là del caso specifico rappresentato dalle due iniziative referendarie in parola che miravano al recupero della precedente legislazione elettorale, mi sembra si possa dire che, sia nel fronte favorevole all'ammissibilità delle stesse (e, quindi, al riconoscimento di quella possibilità di recupero), sia in quello dei contrari, mi pare abbia trovato diffuso consenso l'ipotesi per la quale un effetto di reviviscenza potrebbe ascrivere all'abrogazione referendaria, quantomeno nei casi in cui esso risulta affermato per l'abrogazione per via legislativa ed in particolare nel caso di abrogazione di norma meramente abrogativa⁷⁶.

Ebbene, stando così le cose⁷⁷, una richiesta referendaria che assumesse ad oggetto il decreto presidenziale dichiarativo dell'avvenuta abrogazione di una disciplina già soggetta a *referendum*⁷⁸ potrebbe consentire al popolo di "tornare sui propri passi", votando per l'abrogazione e richiamando in vita la legge a suo tempo abrogata. In tal modo, lo *ius poenitendi populi* sarebbe per l'appunto salvo⁷⁹.

⁷⁵ M. LUCIANI, *op. cit.*, 671.

⁷⁶ I termini della articolata discussione emergono dalla lettura del volume di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel limbo delle leggi*, cit., *passim*. Il nesso fra reviviscenza *ex referendo* e esercizio dello *ius poenitendi* da parte del popolo è stato per tempo adombrato da A. GIORGIS, *Alcune riflessioni*, cit., 122.

⁷⁷ So bene che nella sentenza n. 13 del 2012, dichiarativa dell'inammissibilità delle due richieste di abrogazione, totale e parziale, della legge elettorale per la Camera ed il Senato presentate nel 2011, la Corte costituzionale si è schierata per il disconoscimento, ma si tratta della parte di quella pronuncia meno condivisibile, nella quale, partendo dall'esatta premessa della natura di fonte unidirezionale del *referendum*, ne ritrae la (erronea) conseguenza di escludere l'ascrizione di effetti di reviviscenza alla clausola abrogativa popolare sulla scorta di una concezione in chiave psicologica della figura *de qua*, che ne fa il frutto della *voluntas legislatoris* soggettivamente intesa e non (come deve essere) oggettivamente tale, in quanto prodotto di un'opzione ermeneutica mossa dalla necessità di salvaguardare la razionalità dell'intervento legislativo (cfr., sul punto, le assolutamente condivisibili affermazioni di M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 654 ss.).

⁷⁸ Ciò evidentemente suppone che si risolve per la positiva la questione relativa alla natura normativo-legislativa del decreto in parola. In questo senso, v. F. MODUGNO, *Apunti dalle lezioni sulle Fonti del diritto*, Torino 2005, 79-80; *contra* M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 579 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni.

⁷⁹ Nel solco del discorso appena fatto può anche recuperarsi l'osservazione per cui

3.5. Il problema degli esiti contraddittori

Quanto infine alla *quaestio* riguardante la possibilità di esiti referendari sincronicamente contrapposti, paventata quale conseguenza della (coerente) estensione del vincolo referendario in parola anche all'ipotesi di consultazioni popolari che non abbiano messo capo ad un'abrogazione della normativa oggetto del quesito (vittoria dei no)⁸⁰, ed in grado di produrre l'assurdo esito di un «doppio vincolo di contenuto logicamente incompatibile»⁸¹ bisogna precisare quanto segue.

Innanzitutto, va osservato che la protezione della legge uscita indenne dalla consultazione referendaria – ove affermata – non si risolverebbe in una sostanziale immodificabilità della stessa ad opera del legislatore successivo, bensì più esattamente nella inammissibilità di un intervento modificatorio che riproducesse negli stessi termini il quesito abrogativo bocciato dal corpo elettorale. In sostanza, la legge in parola (c.d. referendata) non andrebbe in alcun modo qualificata come “voluta” dal popolo, che si sarebbe limitato a disvolere la specifica abrogazione prefigurata dalla richiesta referendaria respinta, vincolando il legislatore futuro a non riproporre quel peculiare impatto ablatorio, per lasciarlo nondimeno libero di porre in essere ogni altro intervento modificativo della legge medesima⁸².

Secondariamente, deve sottolinearsi che la questione in esame evoca e si inserisce in una problematica più ampia: quella concernente l'eventualità di una contemporanea (*id est*, nella medesima “tornata”) presentazione di più richieste di *referendum* che abbiano in tutto od in parte un medesimo oggetto normativo.

il vincolo di non riproduzione della normativa abrogata dal popolo dovrebbe sussistere perlomeno sin quando non sia stata esperita una nuova consultazione popolare dalla quale emerga con chiarezza un mutato avviso dell'elettorato» (così M. SICLARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1993, 105, in nt. [32]), parzialmente affrancandola dall'accusa di eccessiva astrattezza per l'impossibilità di accertare il mutamento dell'opinione del corpo elettorale.

⁸⁰ Qui si allude all'ipotesi di un vincolo discendente da un *referendum* che abbia avuto esito favorevole alla non abrogazione, il quale si risolverebbe nel riconoscere alla legge uscita indenne dalla consultazione referendaria una protezione nei confronti di posteriori interventi di modifica da parte del legislatore (cfr., in proposito, R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti*, cit., 2353 ss.).

⁸¹ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 672.

⁸² La quale, perciò, sarebbe semmai qualificabile, più che «direttamente voluta dal popolo, [...] preferita rispetto alla specifica proposta ablatoria risultata respinta» (P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro “eventuale”*, cit., 36).

Tornando indietro di circa trent'anni, si può ricordare il caso delle plurime iniziative referendarie per l'abrogazione della legge n. 194 del 1978, in tema di interruzione di gravidanza, promosse in contemporanea all'inizio degli anni '80, sia dal partito radicale che dal movimento per la vita. Le tre richieste referendarie presentate, pur vertendo sul medesimo complesso normativo, avevano indirizzi specularmente opposti – di sostanziale liberalizzazione dell'aborto, da un verso; di fondamentale impedimento o forte limitazione, dall'altro. Come ebbe ad osservare la Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità – stante la “singolarità” ed autonomia propria di ciascuno scrutinio, necessariamente circoscritto ad una (ed una sola) richiesta, salvo l'ipotesi di accorpamento prevista dall'art. 32 l. n. 352 del 1970⁸³ – «la coesistenza di più *referendum* aventi per oggetto la medesima legge rischia di determinare inconvenienti, che sono attenuati ma non eliminati dal loro necessario svolgimento nello stesso giorno (da fissare in base all'art. 34, primo comma, della legge n. 352 del 1970)»⁸⁴. Ebbene – proseguì la Corte – dinanzi all'eventualità di «effetti abrogativi suscettibili di sovrapporsi o sommarsi [determinando...] esiti incerti o contraddittori o perfino indecifrabili», i rimedi possibili «si affidano, da un lato, alla maturità degli elettori e, d'altro lato, ai futuri interventi del legislatore»⁸⁵.

Venendo a tempi più recenti, va sicuramente richiamato il caso del “*plurireferendum*”⁸⁶ sulla legge n. 40 del 2004 (più nota come legge sulla procreazione medicalmente assistita), oggetto di cinque simultanee richieste abrogative popolari, una di abrogazione totale – dichiarata dalla Corte inammissibile perché volta ad eliminare una legge “costituzionalmente necessaria” (sent. n. 45 del 2005) – e quattro di abrogazione parziale – dichiarate, invece, ammissibili proprio in ragione della loro parzialità (sentt. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005) – le quali si atteggiavano tuttavia, a differenza del caso precedente, ad iniziative ugualmente orientate.

⁸³ La disposizione citata prevede, al quarto comma, che l'Ufficio centrale per il *referendum*, con ordinanza, possa disporre «la concentrazione di quelle, tra le richieste depositate, che rivelano uniformità o analogia di materia».

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 26 del 1981, punto 2 del *cons. in dir.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ Tale espressione vuole indicare non la strategia del ricorso alla proposizione di più iniziative referendarie congiunte su diversi *obiecta*, bensì la prassi della presentazione contemporanea di più iniziative di abrogazione popolare aventi ad oggetto una medesima legge, i cui quesiti risultino in vario modo sovrapposti. Il *plurireferendum* sembra trovare un aggancio normativo nella previsione dell'art. 32 della l. n. 352 del 1970, che indica la possibilità del ricorso plurimo allo strumento referendario anche con iniziative che presentino una certa identità obiettiva di contenuti.

In tale vicenda, la prassi della “multi-richiesta”, piuttosto che il problema degli esiti contraddittori, ha posto la questione del sostanziale aggiramento del limite delle leggi costituzionalmente necessarie ad opera delle richieste di abrogazione parziale che, ove approvate dal corpo elettorale, avrebbero congiuntamente prodotto un risultato sostanzialmente corrispondente all’abrogazione totale della legge. Ed in questo caso anche l’appello alla maturità degli elettori sarebbe risultato fuori centro⁸⁷.

Nel mezzo si situa la vicenda della contestuale presentazione nel 1992 di alcune richieste di abrogazione di leggi istitutive di diversi ministeri⁸⁸, cui la Corte non intese opporre il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sulla base dell’argomento per cui l’esistenza o meno di un Ministero (nella specie, era quello del turismo e dello spettacolo) non sarebbe presupposta dalla Costituzione, venendo ad incidere sulla struttura e non sull’esistenza e/o sulla funzionalità dell’organo costituzionale Governo (sent. n. 35 del 1993). E questo, ancorché quell’esistenza e quella funzionalità avrebbero potuto essere messe a repentaglio ove ad oggetto di contemporanee, sia pure distinte, richieste di abrogazione popolare fosse l’intero complesso delle leggi istitutive di Ministeri⁸⁹.

⁸⁷ Come già mi è capitato di osservare, se è vero che «un maturo atteggiamento del corpo elettorale potrebbe effettivamente costituire un rimedio alla eventualità, resa concretamente possibile, di un contestuale accoglimento delle due (o anche più) contrapposte richieste abrogative, nel caso di proposte ablatorie concorrenti la circostanza di una congiunta vittoria dei sì non potrebbe certo considerarsi un segnale di scarsa maturità. E soprattutto essa sarebbe da considerarsi un’eventualità molto meno remota della congiunta approvazione popolare di due richieste abrogative della stessa legge di significato opposto» (P. CARNEVALE, *Ragioni, pretese e reali, della prassi del «plurireferendum» ugualmente orientato (in margine all’attuale vicenda dei referendum in tema di procreazione medicalmente assistita)*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano, 2005, 61-62).

⁸⁸ Si trattava, in particolare, dei Ministeri dell’agricoltura, delle partecipazioni statali, del turismo, dell’industria e della sanità. I quesiti relativi all’abrogazione degli ultimi due dicasteri non sono stati giudicati ammissibili dalla Corte costituzionale per incompletezza (v. Corte cost., sentt. nn. 34 e 36 del 1993).

⁸⁹ Anche se va precisato che in quella decisione era forse possibile reperire un antidoto ad una strategia di attacco concentrico all’organo governativo, mercé una valorizzazione del riferimento al carattere non «coessenziale alla struttura ed al funzionamento del Governo» del Ministero del turismo; di modo da trarne la conseguenza che, qualora ad essere colpita fosse la legge istitutiva di un Ministero coessenziale, non muovendosi più nell’ambito di apparati burocratici «che il legislatore ha ritenuto di discrezionalmente far assurgere al rango di Ministeri», la relativa richiesta di abrogazione, in quanto coinvolgente il Governo “in essenza”, sarebbe da ritenersi inammissibile. Onde, prescelta quella lettura, l’obiezione relativa alla pretesa inadeguatezza di un sindacato autonomo su richieste abrogative congiuntamente presentate poteva considerarsi superabile.

Tutto questo per dire che «le inestricabili difficoltà nelle quali [...] finisce per avvolgersi»⁹⁰ la tesi del vincolo di non riproduzione, testimoniata dalla considerazione della eventualità che esiti contrapposti di sincrone richieste referendarie aventi un medesimo oggetto normativo – vittoria dei sì per una e vittoria dei no per un'altra – diano luogo ad «un doppio vincolo di contenuto logicamente incompatibile»⁹¹, paiono in realtà figlie del nodo irrisolto del *referendum* plurimo piuttosto che della questione specifica di cui ci si sta occupando.

Del resto, anche sul doppio vincolo “a non riprodurre” e – per dir così – “a dover riprodurre”, bisogna intendersi meglio.

Innanzitutto, va chiarito che – come si avrà modo di meglio spiegare in seguito – sia il vincolo negativo che quello positivo non vanno riferiti a singoli disposti inseriti in più ampi complessi normativi presi ad oggetto da quesiti referendari⁹², ma debbono misurarsi ed essere parametrati proprio avendo riferimento al contenuto globale di questi ultimi (*id est*, a quei medesimi complessi normativi). Quindi il discorso va riportato all'ipotesi di richieste referendarie sostanzialmente equivalenti, quanto a contenuto.

A questo proposito, pur senza indugiare sul fatto che l'ipotesi prospettata suppone una volontà popolare afflitta da schizofrenia, va puntualizzato che il vincolo discendente da *referendum* ad esito negativo – vittoria dei no – ove ovviamente se ne ravvisi la prospettabilità⁹³, non si sostanzia in una sorta di “blindatura” della legge uscita indenne dalla consultazione, bensì più limitatamente nella impossibilità di proporre un'abrogazione negli stessi termini della respinta iniziativa abrogativa. L'esito negativo del *referendum* – come già detto – non fa della legge oggetto della richiesta abrogativa una legge “voluta” dal popolo, quanto semmai implica la protezione di quest'ultima da un'abrogazione ad opera di un'altra legge che richiami il verso obiettivo della richiesta (quella sì “disvoluta”).

⁹⁰ M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 660.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Come nell'esempio riportato dalla dottrina qui in esame, relativo al coinvolgimento dell'art. 53, comma 4, l. n. 142 del 1990 in due richieste referendarie dichiarate ammissibili dalla Corte costituzionale in due coeve sentenze del 1997 – la n. 22 e la n. 25.

⁹³ In questo senso sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum*, cit., 2281. Analogamente, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2353-2354; P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 32 ss. Diversamente, P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 62.

Ed anche nell'ipotesi speculare di abrogazione integrale di una stessa disciplina congiuntamente *disposta e respinta* dal corpo elettorale, la conseguenza non sarebbe un doppio veto incrociato al successivo operato del legislatore rappresentativo che intendesse reintervenire. Difatti, quel che discenderebbe dalla vittoria dei "no" sarebbe soltanto un divieto a non meramente abrogare per intero quella disciplina – che tuttavia il popolo ha contemporaneamente abrogato approvando l'altra richiesta – non già a non modificarla. Mentre, come già detto e come si dirà meglio subito dopo, la vittoria dei sì produce il solo vincolo a non riprodurre, non certo a non disciplinare diversamente. Se ne ricava che, a valle del prefigurato "corto circuito" decisionale, il legislatore rappresentativo potrebbe certamente adottare una nuova normativa che vada a colmare il *vacuum* prodotto dal *referendum*, avendo su di sé il solo divieto di ripristinare la disciplina abrogata. Nulla di più.

4. *La definizione dell'effettiva portata del divieto di ripristino*

Se quanto si è sin qui osservato è ritenuto in grado di riacquisire al mondo del giuridicamente "plausibile" il divieto di ripristino della normativa abrogata mediante *referendum*, è possibile procedere oltre ad affrontare ulteriori problemi, legati alla morfologia ed alla qualificazione del vincolo referendario di cui s'è finora discusso.

Credo che la prima cosa su cui soffermarsi sia la questione della definizione della portata del condizionamento discendente dall'abrogazione popolare, cercando di precisarne gli esatti termini. Come s'è già più volte accennato, nonostante si parli di ascrizione di forza superlegislativa al *referendum* o, meglio, alla clausola abrogativa derivante dalla decisione popolare di approvare la richiesta referendaria, il vincolo in parola, ove correttamente inteso, non genera una alterazione dei rapporti di forza fra legislazione e *referendum*. A seguito dell'avvenuta abrogazione popolare, infatti, il legislatore rappresentativo è giuridicamente libero di intervenire nella ridisciplina della materia per l'innanzi regolata dalla legge abrogata, secondo il modo che ritiene più opportuno.

Può, quindi, procedere a colmare la lacuna prodotta dalla pronuncia ablatoria popolare, che non presenta alcuna particolare resistenza alla successiva azione del legislatore, la cui discrezionalità trova una restrizione solo limitatamente alla ipotesi di formale o sostanziale riproduzione della normativa preesistente. Salvo il ripristino dello *status quo ante*

referendum, ogni altra opzione è *nella piena disponibilità del legislatore successivo*⁹⁴.

Si tratta, tuttavia, di chiarire in che senso possa parlarsi di ripristino.

Oltre all'ipotesi più evidente di mera riproduzione (fotografica) della normativa abrogata, va senz'altro contemplata anche l'eventualità della riproposizione *quoad substantiam*, mercé ripresentazione di una disciplina che, sia pur non formalmente identica a quella abrogata, risulti ricardare la *ratio* fondamentale e i contenuti qualificanti ovvero, riprendendo ancora il parallelo con la c.d. abrogazione sufficiente *ex art. 39 l. n. 352 del 1970*, appaia richiamarne i «principi ispiratori» o ripresentare i «contenuti normativi essenziali dei singoli precetti». E, mentre nel caso appena ricordato la valutazione spetta, come noto, all'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione, in quello che ci occupa il riscontro spetterebbe alla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulla legge riproduttiva⁹⁵.

Non solo, è appena il caso di ricordare (anche se può sembrare ovvio) che perché di ripristino si possa parlare è altresì necessario che fra normativa riprodotte e riprodotta vi sia una (totale o parziale) coincidenza dei rispettivi ambiti di applicazione. Quindi, come già per i conflitti fra norme si afferma che per aversi antinomia è necessario che fra le prescrizioni poste a confronto vi sia corrispondenza di ambiti di validità⁹⁶, nel caso che ci occupa non potrà asserirsi la violazione di alcun divieto di ripristino laddove la sostanziale identità di disciplina non si accompagni ad una simmetria di sfera personale, temporale, materiale e spaziale di operatività fra disciplina abrogata e disciplina riprodotte. Solamente così, infatti, si avrebbe effettiva sostituzione *in toto* o *pro parte* della nuova normativa a quella già abrogata e, quindi, riproposizione di quest'ultima ad opera della prima⁹⁷.

⁹⁴ Secondo le parole della Corte costituzionale il legislatore ordinario, «pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di *referendum* senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata» (sentenza n. 33 del 1993, punto 3 del *cons. in dir.*).

⁹⁵ Sottolinea D. BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012 tra intentio del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 874, che tale asimmetria finisce per alimentare «i dubbi di chi ritiene incongruo che il giudizio sulla "abrogazione sufficiente" sia affidato ad un Organo della Cassazione invece che alla Corte costituzionale».

⁹⁶ Secondo una tradizione abbastanza consolidata per la quale v. peculiarmente G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1958, 48 ss. e N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 88 ss.

⁹⁷ Per questa ragione appaiono, a chi scrive, privi di sufficiente fondamento i ricorsi

Ne consegue che il prefigurato divieto di ripristino assume una por-

con i quali le regioni Campania e Sardegna hanno impugnato dinanzi alla Corte costituzionale la disciplina recata dall'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 sulla c.d. *spending review* (risp. nn. 153 e 160/2012 r. r.), in tema di gestione c.d. *in house* dei servizi pubblici. Vero è che nella normativa *de qua* «il Governo ha riprodotto il divieto di procedere all'affidamento diretto alle società con capitale interamente pubblico di servizi di importo superiore alla soglia di 200.000 euro» (v. V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *AmministrazioneIncammino*, 2012, 6), ricalcando quanto già previsto dall'art. 4 del d.l. n. 138 (e successive modifiche) dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 199. Ed è pure vero che tale decreto n. 95, adottato prima della pronuncia della Corte costituzionale – depositata in data 20 luglio – è stato convertito in legge (n. 135 del 7 agosto 2012) a sentenza già depositata, con la conseguenza di potenzialmente accumulare, sia il vizio da divieto di riproduzione, che quello da violazione del giudicato costituzionale.

Il fatto è, però, che l'affermazione dell'esistenza dei due vizi in parola e segnatamente del primo di essi è nel caso esclusa dalla diversità di ambito di applicazione delle due discipline – la prima, come sappiamo, relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, la seconda, invece, riguardante servizi e beni strumentali all'attività della Pubblica Amministrazione. Ora, in questo secondo caso, invero, si fa riferimento a «quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente pubblico di riferimento e con i quali l'ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali» e, quindi, ad «attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività» (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 giugno 2009, n. 3766).

Perplessità, sul punto, sono manifestate anche da S. LA PORTA, *Il ripristino della normativa abrogata dal referendum, Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 4, 6, il quale osserva che, «benché la norma del decreto sulla *spending review* sia testualmente identica a quella contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dichiarato illegittimo, il contesto in cui è inserita è diverso da quello dell'articolo dichiarato illegittimo. Quest'ultimo, infatti, si proponeva di disciplinare i SPL dopo il *referendum*, mentre l'art. 4 del decreto sulla *spending review* mira a privatizzare e mettere in liquidazione le società pubbliche. Sicché si può ritenere anche che le “nuove” limitazioni alla gestione *in house* si riferiscano soltanto a queste società».

A conferma di quanto qui osservato è intervenuta, da ultimo, la pronuncia della Corte costituzionale (n. 229 del 2013), nella quale si legge che l'«ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale.

tata obiettiva, essendo fondamentalmente parametrato sul contenuto precettivo sostanziale della normativa abrogata. Ciò esclude che nello scrutinio relativo al rispetto del divieto in questione un qualche ruolo possa essere svolto dalla *intentio* in vario modo sottesa all'iniziativa referendaria, la quale, dando corpo ad un "voluto" popolare eccedente il significato oggettivo del quesito abrogativo – che si rispecchia, come detto, nella sostanza normativa propria della disciplina abrogata – farebbe sì che il giudizio finirebbe per ancorarsi ad «elementi volontaristici (aspettative, programmi, ecc.), esterni alla richiesta e non obiettivati in essa»⁹⁸.

Proprio la vicenda oggetto della sentenza n. 199 della Corte costituzionale, da cui hanno preso le mosse queste considerazioni, ne è una chiara testimonianza. È noto, infatti, che la richiesta referendaria per l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 è stata fondamentalmente presentata come iniziativa volta ad arrestare la tendenza alla privatizzazione della gestione del servizio idrico, a favore del mantenimento del carattere pubblico del bene "acqua". Basti osservare, in proposito, che «nel logo del comitato a sostegno dei due *referendum* era presente la scritta "2 Sì per l'Acqua Bene Comune"»; che nella campagna referendaria questo era stato il *Leitmotiv* assolutamente dominante⁹⁹ e che, infine,

Le censure muovono, perciò, da un presupposto interpretativo erroneo, che è quello dell'applicabilità delle norme qui in esame in riferimento ai servizi pubblici locali. Tale presupposto non solo è contraddetto espressamente dal citato comma 3, ma viene anche smentito da una lettura sistematica delle disposizioni dell'art. 4, le quali più volte fanno riferimento a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni (già nel comma 1), che sono "strumentali" all'attività delle medesime (ad esempio, al comma 7).

Considerato che le disposizioni censurate hanno un ambito di applicazione diverso da quello delle disposizioni oggetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 199 del 2012 e, dunque, non sono riproduttive né delle disposizioni abrogate con il referendum, né delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime con la citata sentenza n. 199 del 2012, non sussiste alcuna lesione né del giudicato costituzionale, né della volontà popolare espressa tramite il referendum» (punto 9.1. del *cons. in dir.*).

⁹⁸ V. C. MEZZANOTTE, *Comitato dei promotori e conflitto tra i poteri dello Stato*, in *Dem. e dir.*, 1978, 88. Sulle problematiche relative alla incidenza della *intentio* del comitato promotore nel procedimento referendario, v. L. IMARISIO, A. MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie*, cit., 139 ss.; V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, 1996, 172 ss.

⁹⁹ Lo ricorda, tra gli altri, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore*, cit., 5, in nt. (37), il quale aggiunge il richiamo ad alcuni articoli comparsi sulla stampa quotidiana, come ad esempio quelli di: S. RODOTÀ, *Perché andiamo in piazza in difesa di sorella acqua*, in *la Repubblica*, 26 marzo 2011; P.L. BERSANI, *Acqua pubblica, ancora più*

la richiesta referendaria in questione veniva accompagnata da un'altra avente specifico riferimento al servizio idrico integrato, presentata dagli stessi promotori¹⁰⁰.

Tale particolare significazione non trovava, tuttavia, alcun riscontro oggettivo, né nel tenore della normativa oggetto del quesito¹⁰¹; né nella denominazione della richiesta ablatoria¹⁰² e neppure nella decisione di ammissibilità n. 24 del 2011 che era stata assolutamente chiara sul punto¹⁰³. Ecco perché la Corte ha buon gioco ad affermare che l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, con «l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica», possa considerarsi assolto dall'addebito di aver sostanzialmente reintrodotta la normativa abrogata dal *referendum* del 13 giugno 2012, trattandosi – per le ragioni anzidette – di esclusione non «satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare»¹⁰⁴.

Peraltro, la vicenda appena richiamata fornisce una qualche luce anche su di un altro aspetto: quello delle coordinate in grado di orientare la valutazione – sia del legislatore rappresentativo chiamato a reintervenire a valle dell'abrogazione popolare, sia della Corte costituzionale investita in qualità di giudice della legittimità della riproduzione per via le-

di prima: tutti al voto, in *Liberazione*, 21 aprile 2011; A. LUCARELLI, *Acqua pubblica, le buone ragioni del sì al referendum*, in *il manifesto*, 12 giugno 2011.

¹⁰⁰ Oggetto di questo *referendum* è stato l'art. 154, 1° comma, del d. lgs. n. 152 del 2006, nella parte in cui prevedeva che la tariffa per il servizio idrico si determinasse in base all'adeguata remunerazione del capitale investito.

¹⁰¹ La disciplina di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 112 del 2008 proposta all'abrogazione riguardava, infatti, tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, come comprova la stessa rubrica del medesimo articolo: "Servizi pubblici locali di rilevanza economica".

¹⁰² «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione».

¹⁰³ Nel senso del testo, fra i primi, M. RUOTOLO, *Non ce la chiede l'Europa non la vogliono i cittadini*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012, 1. (Corte cost., sent. n. 24 del 2011, punto 5.1 del *cons. in dir.*)

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.1 del *cons. in dir.*

Si osservi che la prospettiva qui delineata consente di considerare estranea anche l'*intentio* che risultasse obiettivamente incardinata nel quesito, come nel caso di richiesta di abrogazione totale di una determinata legge animata da uno scopo esclusivamente eliminatorio, finalizzato a conseguire un risultato meramente deregolatorio o, meglio, di affidamento alla regolazione privata. In una simile eventualità, movente soggettivo e impatto obiettivo del *referendum* parrebbero identificarsi, risolvendosi nell'effetto caducatorio giuridicamente ascritto all'istituto. Cionondimeno, il vincolo giuridico a carico del legislatore successivo non si trasformerebbe, per questo, in un divieto a regolare purchessa la materia, restando invece saldamente circoscritto alla sola ipotesi di riproduzione della normativa abrogata.

gislativa – circa l’effettiva portata del divieto di ripristino. Se è vero, infatti, che il controllo sull’abrogazione sufficiente, con la conseguente identificazione dei principi ispiratori o dei contenuti normativi essenziali della normativa abrogata, può costituire un valido ausilio; è però da tenere in conto che un simile riscontro, da parte dell’Ufficio centrale, è solo eventuale ed è comunque fruibile evidentemente solo in caso di abrogazione “insufficiente”.

Termini di riferimento certi e ugualmente indicativi sono invece, secondo quanto sopra ricordato, innanzitutto l’esito del riscontro sulla omogeneità del quesito effettuato in sede di giudizio di ammissibilità che, nell’accertare la “matrice razionalmente unitaria” della disciplina oggetto della richiesta abrogativa, definisce *quoad substantiam* il *thema* referendario e quindi, in definitiva, il significato obiettivo dell’abrogazione popolare; a cui va aggiunta la denominazione della richiesta da parte dell’Ufficio centrale in sede di giudizio di legittimità-regolarità, che svolge un’analogia funzione definitoria. Definizione, quest’ultima, che, salva l’eventualità di una descrizione infedele¹⁰⁵, è resa particolarmente significativa dal fatto che la denominazione, al pari del quesito, è presente sulla scheda di voto e, quindi, si appalesa in modo inequivoco all’elettore, a differenza della “matrice razionalmente unitaria” individuata dalla Corte.

Si può trarre a questo punto una prima conseguenza.

Parlare di “cristallizzazione” o di blocco dell’evoluzione ordinamentale con riferimento all’affermazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* ad opera del legislatore rappresentativo sembra davvero un’*enfaticizzazione*. In realtà, secondo quanto si è sin qui rilevato, a valle dell’abrogazione popolare il processo nomodinamico non subisce un arresto, né sul piano ermeneutico, né su quello della produzione normativa, ma può svolgersi seguendo una pluralità di scelte possibili, da cui va esclusa solo l’eventualità della riproduzione della disciplina abrogata. Insomma, il divenire dell’ordinamento è senz’altro preservato, con l’eccezione di quella particolare forma di *divenire* che è il... *regredire*, il tornare indietro. Se quindi di cristallizzazione si vuol parlare, bisogna farlo nella consapevolezza che si tratta di una cristallizza-

¹⁰⁵ Si v., ad esempio, il caso del *referendum* sul c.d. modulo nella scuola elementare, dichiarato inammissibile con la sent. n. 40 del 1997. Sul problema della definizione della «denominazione», sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *Nuove incertezze e problemi inediti per il referendum abrogativo al varco del nuovo millennio, fra oscillante assetto del regime dei controlli e interferenza da delegificazione*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie*, cit., 38 ss.

zione che si risolve non in una statica conservazione, ma in presidio – nel bene o nel male – della evoluzione in senso progressivo della legislazione.

5. *Divieto di ripristino e contesto obiettivo della decisione popolare*

Volendo racchiudere in un asserto riassuntivo il discorso fatto nel precedente paragrafo, si potrebbe affermare che fra divieto di riproduzione e contenuto precettivo essenziale della normativa abrogata vi sarebbe una *fondamentale equivalenza* quanto a portata. Onde, lo scrutinio relativo al divieto in questione altro non si risolverebbe che nella comparazione di sostanza normativa fra la legge abrogata dal popolo e la legge di ripristino reintervenuta a valle del pronunciamento popolare.

Sarebbe, tuttavia, una conclusione affrettata ed imprecisa.

Come per tempo rilevato in dottrina, il sindacato sul rispetto del vincolo di non riproduzione va effettuato arricchendo il parametro legislativo – vale a dire, la normativa abrogata considerata *quoad formam et substantiam* – di un elemento di natura fattuale, costituito dal contesto obiettivo entro il quale è maturata la decisione popolare ablatoria. Si è formulata, a riguardo, l'ipotesi di un significativo cambiamento delle cognizioni tecnico-scientifiche o dell'insorgenza di una grave situazione di crisi petrolifera che si fossero verificate successivamente allo svolgimento dei *referendum* sul nucleare del 1997, tanto da mutare il quadro complessivo dei «pericoli e problemi legati all'utilizzo dell'energia nucleare»¹⁰⁶. Ma altre se ne potrebbero fare¹⁰⁷.

Ciò si spiega con il fatto che – a ben guardare – ad essere al centro della attenzione del vincolo referendario non è tanto una certa disciplina o un certo assetto normativo in sé e per sé considerati, ma quella disciplina e quell'assetto in quanto effetto e portato di una determinazione del corpo referendario. È quest'ultima che risulta essere l'oggetto ultimo (e vero) della salvaguardia prestata dal divieto di ripristino, ancorché la

¹⁰⁶ Così in assoluta sintonia, ancorché divergendo sulla *quaestio* di fondo della sussistenza del vincolo referendario, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2359, in nt. (64) e M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 671. Analogamente, A. PACE, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3095.

¹⁰⁷ Viene in mente il caso di una legge in tema di ordine pubblico abrogata dal popolo per il suo carattere estremamente restrittivo e riproposta in seguito al manifestarsi di fenomeni di terrorismo interno particolarmente gravi oppure la circostanza della ripresentazione di una legge precedentemente abrogata dal popolo in tema di restrizioni all'ingresso nel territorio italiano di cittadini stranieri extra-comunitari, in seguito al sovravvenire di una situazione di emergenza sul fronte dell'immigrazione clandestina.

guarentigia venga assicurata e si dispieghi sul piano squisitamente oggettivo-normativo.

Se questo è vero, ben si comprende che una simile salvaguardia debba supporre la perduranza della *voluntas* che ha sorretto quella decisione nel momento in cui si dovesse verificare la riproposizione della normativa a suo tempo abrogata. Perduranza che, non potendo essere asserita soggettivamente attraverso il preliminare accertamento del «processo volitivo individuale dei singoli votanti»¹⁰⁸, finisce per essere oggetto di una *presunzione* destinata, tuttavia, a venir meno al mutare «delle condizioni oggettive presenti al momento della consultazione referendaria»¹⁰⁹. Insomma, la tutela è offerta ad una decisione “situata”, quindi la garanzia prestata finirebbe per eclissarsi, perdendo il suo oggetto, nel momento in cui dovessero sopraggiungere condizioni oggettive fondamentalmente diverse da quelle nelle quali quella decisione fosse stata assunta. Nulla a che vedere quindi con un processo alle intenzioni dei partecipanti (a suo tempo) al voto referendario, che ovviamente non avrebbe alcun senso¹¹⁰, trattandosi piuttosto di un accertamento che filtrerebbe l'*intentio populi* solo ed esclusivamente attraverso la lente obiettiva delle *res (stantes)*.

Ove la lente fornisse una visione di significativo cambiamento, il legislatore rappresentativo, libero da esigenze di rispetto del *dictum populi*, ben potrebbe riprodurre la normativa a suo tempo abrogata dal *referendum*, giacché «l'analogia tra la vecchia e la nuova normativa è in questo caso soltanto apparente, in quanto il fatto stesso di inserirsi in un mutato contesto oggettivo rende comunque “diversa” la nuova disciplina che è stata adottata»¹¹¹.

Una simile impostazione sembra, peraltro, essere accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 199, ove non mancano riferimenti al fatto che fra l'abrogazione popolare dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e l'adozione dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (di quello sostanzialmente riproduttivo) non fosse intervenuto «alcun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata» e che tale situazione dovesse apprezzarsi con riferimento ad un cambiamento del quadro «delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto [la vanificazione dell'effetto utile del *referendum*. *N.d.r.*]»¹¹².

¹⁰⁸ Così M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 677.

¹⁰⁹ Così R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2360.

¹¹⁰ Come giustamente osserva M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677.

¹¹¹ R. PINARDI, *op. cit.*, 2359-2360.

¹¹² Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*

5.1. Contesto fattuale ed ordinamentale e durata temporale del divieto

Invero, qui si coglie un punto assai delicato.

Se, infatti, con il richiamo al ruolo del contesto oggettivo si fa riferimento al quadro normativo, la cui modificazione successiva potrebbe far mutare di significato la disciplina a suo tempo abrogata o persino imporne il recupero, i problemi sembrano decisamente meno impervi. Se invece si pensa – come la stessa Corte mostra di fare – al quadro delle circostanze di fatto, il discorso si fa decisamente più complesso ed articolato.

Si può in proposito osservare che il nostro ordinamento conosce già una situazione tutto sommato analoga a quella appena descritta. Penso alla figura del c.d. vizio da reiterazione del decreto-legge, a suo tempo delineata dalla giurisprudenza costituzionale con la celebre sentenza n. 360 del 1996¹¹³. Come ognuno sa, in quella pronuncia la Corte ebbe a definire le condizioni per la ripresentazione legittima di decreti-legge non convertiti dalle Camere, individuandole alternativamente: *a)* nella modifica testuale del decreto decaduto da parte di quello ripresentato; *b)* nel mutamento dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del decreto riproduttivo rispetto a quelli del decreto riprodotto. Ricorrendo una delle suddette eventualità, il decreto riproposto non sarebbe incorso nel vizio da reiterazione e, quindi, nella violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Ora, proprio l'evenienza sub *b)* presenta evidenti sintonie con quella che qui si esamina. Difatti, in ambo i casi noi ci muoviamo in ipotesi di vizio da riproduzione normativa – per il primo è il decreto reiterante a riproporre il contenuto del decreto decaduto, per il secondo è la legge successiva a riproporre la disciplina abrogata dal *referendum*; così come, nell'uno e nell'altro, si assiste ad un accertamento in cui assume un ruolo determinante l'elemento fattuale di contesto – per il decreto-legge si tratta,

¹¹³ Si osservi che un parallelismo fra la problematica in esame e il sindacato di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza era stato, a suo tempo, prefigurato, sia pur al fine di mostrare la difficoltà del controllo sul divieto di ripristino, da A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo ad uno studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, 1994, 317, il quale peraltro, scrivendo in epoca in cui dominava ancora presso il giudice costituzionale la tesi della sanatoria del vizio di carenza dei presupposti ad opera della legge di conversione, sostiene che proprio l'inopponibilità del vizio *de quo* a conversione avvenuta proverebbe «l'incapacità del giudice costituzionale ad essere sempre il momento di definizione dei rapporti istituzionali in senso lato, alla stregua della Legge fondamentale».

evidentemente, del caso straordinario di necessità ed urgenza, per la legge riproduttiva sono invece le condizioni obiettive sussistenti al momento della consultazione popolare a rilevare – ed infine, per quel che più importante, è in entrambe le ipotesi che il mutamento delle condizioni di fatto – i presupposti per la decretazione d’urgenza, il contesto obiettivo esistente al momento del *referendum* per la legge riproduttiva – rende “nuova” e non viziata la riproposizione dei medesimi contenuti normativi.

Certo, mi rendo ben conto che, giunto a questo punto, il raffronto, pur molto significativo, rischia di interrompersi per l’esistenza di un elemento di frattura rappresentato dal fatto che il sindacato sul vizio da reiterazione fa esplicito riferimento a presupposti dichiarati dal Governo all’atto dell’adozione del decreto-legge, mentre nel nostro caso lo scrutinio della Corte sarebbe condotto in assoluta autonomia e privo di punti di riferimento. Starebbe, infatti, a quest’ultima il compito di ricostruire i due contesti obiettivi – della deliberazione referendaria e della nuova legge – per poi effettuare la comparazione e verificare gli eventuali scostamenti, con il rischio evidente di uno sconfinamento nell’area preclusa della discrezionalità legislativa.

Tuttavia, almeno due considerazioni possono parzialmente arginare questa preoccupazione.

Da un verso, l'*eccesso di solitudine* del giudice costituzionale potrebbe essere attenuato dalle deduzioni del giudice *a quo* necessarie a profilare il vizio di riproduzione. Dall’altro, l’accertamento rimesso alla Corte parrebbe, da questo punto di vista, non troppo dissimile da quello ad essa richiesto nel sindacato sul vizio da anacronismo legislativo¹¹⁴, inteso quest’ultimo come fenomeno riguardante quei casi in cui la «legge, come mezzo originariamente collegato ad un fine, perda, col passare del tempo, il senso di tale relazione funzionale, ossia la propria *ratio* e risulti perciò irragionevole»¹¹⁵, non trovando «più giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale»¹¹⁶, in conseguenza del mutamento dei presupposti fattuali sussistenti all’atto della sua adozione, causato dall’evolversi del costume sociale, della tecnologia o della stessa legislazione¹¹⁷. Non

¹¹⁴ Il paragone è formulato da P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 59. *Contra*, ma apoditticamente, M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677, in nt. (51).

¹¹⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 30.

¹¹⁶ Così Corte cost., sent. n. 140 del 1979, punto 3 del *cons. in dir.*

¹¹⁷ Cfr., fra i molti, da ultimo G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 246, i quali rammentano il caso della sent. n. 91 del 1973 della Corte co-

solo, a differenza del caso appena ricordato, la (definitiva) acquisizione del vizio da riproposizione nel novero dei vizi di legittimità costituzionale della legge dovrebbe produrre l'effetto di caricare il legislatore che volesse recuperare la normativa abrogata dal popolo dell'onere di giustificare il proprio intervento, fornendo così alla Corte elementi di valutazione per esercitare il proprio sindacato¹¹⁸.

Peraltro, proprio il rimando alla figura dell'anacronismo richiama alla mente il ruolo cardine che nell'apprezzamento della violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* assume l'elemento temporale. L'aspetto fattuale-ambientale del vizio da riproduzione si pone, in certo qual senso, al crocevia fra dimensione sostantiva e dimensione temporale del divieto stesso, testimoniandone la reciproca implicazione. È, difatti, di tutta evidenza il fatto che la strettezza dell'arco temporale che separa l'abrogazione popolare dalla ripresentazione legislativa della disciplina abrogata rende estremamente più agevole il compito di verificare la costanza del contesto obiettivo, nel senso che esiste una sorta di rapporto di inversa proporzionalità fra tempo e scrutinio sul rispetto del divieto di ripristino: tanto minore sarà la distanza temporale, tanto più difficile sarà il verificarsi di fatti in grado di mutare il contesto e, quindi, maggiore sarà la persuasività della (mera) affermazione della condizione di invarianza. La vicenda oggetto della sentenza n. 199 del 2012 ne è una prova esemplare, giacché proprio la stretta contiguità temporale fra l'abrogazione popolare dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e la sua riproposizione *ex art.* 4 del d.l. n. 138 del 2011 – 23 giorni, come sottolinea puntualmente la stessa sentenza – costituisce per la Corte un argomento formidabile, stante il suo carattere *self-evident*, per affermare la perduranza del contesto¹¹⁹.

stituzionale, con cui quest'ultima ebbe a dichiarare l'incostituzionalità del divieto di donazione fra coniugi, definendolo «“mero relitto storico”, cioè “norma senza scopo attuale”».

¹¹⁸ Si noti che proprio nel caso del d.l. n. 138 del 2011 dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 199 del 2012, la giustificazione vi sarebbe stata e sarebbe consistita nel fatto di escludere il servizio idrico, da un verso, e di porsi come attuativa della normativa comunitaria per tutti gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, dall'altro. E tale giustificazione è stata sottoposta a vaglio critico nella sentenza.

¹¹⁹ «Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata» (Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*). Per alcune considerazioni sul punto v. P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum*, cit., spec. 13 ss.

Riprendendo il parallelo con l'anacronismo (cui potrebbe anche aggiungersi, sotto il profilo qui in esame, il principio di salvaguardia del legittimo affidamento davanti al legislatore¹²⁰), si può dire che il fattore temporale giochi nel nostro caso un ruolo diametralmente opposto: invero, se nel primo il trascorrere del tempo accredita il vizio, nell'ipotesi che ci occupa, invece, quel medesimo trascorrere ne indebolisce l'affermazione¹²¹. Insomma, la violazione del divieto di ripristino può considerarsi come un vizio caratterizzato da una condizione di naturale progressivo *affievolimento nel tempo*. Ciò, peraltro, avendo cura di precisare che nella considerazione del *gap* temporale va tenuto conto, non solo della sequenza *referendum*/legge riproduttiva, ma anche dell'eventuale giudizio della Corte costituzionale su quest'ultima, la cui collocazione a notevole distanza da quella sequenza rischierebbe di pregiudicare la possibilità di valutare la situazione di contesto nella quale le due determinazioni dei legislatori, popolare e rappresentativo, sono maturate¹²².

Quanto detto, consente pure di affrontare il rilievo circa la politicità dell'accertamento sulla clausola *rebus sic stantibus* e quindi la necessaria sottrazione dello stesso alla cognizione del giudice costituzionale¹²³. In

¹²⁰ Sia consentito rinviare, per questo aspetto, a P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 1927 ss.

¹²¹ Riprendendo le parole di A. CARIOLA, *Referendum e giudizio costituzionale*, cit., 316, si può dire che «il trascorrere del tempo fornisce una consistente giustificazione alla riproposizione delle norme abrogate». Analogamente, da ultimo, E. DE MARCO, *Il referendum: uno strumento ormai "spuntato"?*, cit., 1079, in nt. (45).

¹²² Il rilievo si deve particolarmente ancora ad A. CARIOLA, *Referendum e giudizio costituzionale*, cit., 317, il quale osserva che il «sindacato costituzionale sui vizi materiali – come dovrebbe essere, appunto, quello in oggetto – tende a configurarsi, infatti, come un giudizio marcato da una forte attualità, che relega, pertanto, sullo sfondo gli eventuali vizi esistenti al momento della "nascita" della legge». Meno convincente nella sua assolutezza – come, del resto, dimostra proprio la sentenza n. 199 del 2012 – è l'affermazione per cui la «questione di costituzionalità arriverebbe davanti al giudice costituzionale abbastanza tardi» (*ibidem*), quando ormai «probabilmente, rinverrebbe più argomenti a sostegno della legittimità della reintroduzione della normativa abrogata (o di alcuni profili della stessa) piuttosto che motivi conducenti alla declaratoria di incostituzionalità della disciplina posta» (ivi, 316). Vale, peraltro, la pena di osservare che, se è vero che la prossimità temporale del giudizio della Corte al "botta e risposta" fra legislatore referendario e quello rappresentativo agevola non poco la valutazione di costituzionalità della legge riproduttiva, nondimeno la tardività dell'intervento del giudice costituzionale può anche non pregiudicarla irrimediabilmente, ad esempio laddove la legge sia stata adottata a ridosso del *referendum* così che, in assenza di giustificazioni addotte dal legislatore o, comunque, ricavabili, l'assenza della mutazione di contesto possa essere facilmente dedotta anche a distanza nel tempo (oltreché nel caso in cui il ritardo della Corte sia misurato con riferimento al *referendum*, ma non alla legge).

¹²³ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677.

effetti, il rischio per quest'ultimo di incamminarsi per un terreno ad esso precluso, trattandosi di *political question*, è assai elevato, per il fatto che il giudizio, spettante alla Corte, sul *grado di consistenza* della novità dello stato di fatto addotto a giustificazione dal legislatore finirebbe per sovrapporsi specularmente alla valutazione compiuta da quest'ultimo anche sotto il profilo dell'ampio margine di discrezionalità dell'apprezzamento¹²⁴. Ciò anche in considerazione, da un verso, della delicatezza del ruolo arbitrale fra legislatore popolare e legislatore rappresentativo che il giudice delle leggi verrebbe ad assumere e, dall'altro, dell'accusa di politicità mossa da tempo nei confronti di quest'ultimo per l'elasticità, concettuale e applicativa, che caratterizza la propria giurisprudenza in tema di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo.

Queste legittime preoccupazioni non possono certo essere lasciate senza risposta; risposta che tuttavia non credo debba essere quella di un irrimediabile accantonamento del controllo della Corte costituzionale.

Invero, a me sembra che, come in altre ipotesi in cui il giudice costituzionale abbia ingresso negli ambiti più politicamente sensibili del diritto costituzionale, la politicità dell'apprezzamento, piuttosto che escludere del tutto l'intervento della Corte, abbia l'effetto «di assottigliar[n]e i margini del sindacato»¹²⁵, circoscrivendolo (quasi fosse una sorta di «costo naturale»¹²⁶ da sopportare), all'accertamento delle sole ipotesi di evidenza e macroscopicità del vizio¹²⁷.

¹²⁴ La preoccupazione è già manifestata da A. CARIOLA, *op. ult. cit.*, 315. Ma v. pure M. VOLPI, *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. dir.*, 1988, 440, secondo il quale la Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio di ammissibilità, si trova – impropriamente – al centro di un vero e proprio conflitto politico. Le stesse perplessità sul ruolo della Corte all'interno del procedimento referendario in R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in ID. (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 27 ss., che considera sbagliata la collocazione del controllo della Corte alla fine dell'*iter* poiché è proprio nell'ultima fase che lo scontro politico giunge al culmine, mettendo in gioco la legittimazione della stessa Corte costituzionale.

¹²⁵ Per usare le parole di S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni e la politica*, in *Giur. cost.*, 1996, 80, a commento della notissima sentenza della Corte costituzionale sul «caso Mancuso» n. 7 del 1997.

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ Il che può considerarsi come espressivo di quell'atteggiamento di *self-restraint* della giurisprudenza costituzionale in ossequio all'appello dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953 circa il divieto ad «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale assegnato alla Corte (cfr., da ultimo, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 244-246, che sottolineano positivamente il «margine di elasticità tra il campo della Corte e il campo del legislatore» che così si delinea).

Del resto, com'è a tutti noto, questa è la via seguita dalla Corte costituzionale nel momento in cui (e qui torna ancora una volta il parallelo con la decretazione d'urgenza) essa ha inteso riconoscersi competente a sindacare il vizio di carenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge. E ciò proprio al dichiarato fine di evitare la sostanziale coincidenza del suo controllo a quello esercitato da altri organi, ivi compresi quelli direttamente afferenti al circuito dell'indirizzo politico¹²⁸. Ma altre ipotesi potrebbero essere richiamate a conferma¹²⁹.

¹²⁸ La «esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità. La Corte tuttavia, nell'affermare l'esistenza del sindacato proprio compito, è stata ed è consapevole che il suo esercizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto. L'espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato, come si è detto, evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall'altro, però, comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità. Infatti, la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi. Ciò spiega perché questa Corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente e perché sia intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti-legge non convertiti (sentenza n. 360 del 1996)» (Corte cost., sent. n. 171 del 2007, punto 4 del *cons. in dir.*).

¹²⁹ Oltre all'affermato sindacato di costituzionalità sulla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge, si potrebbe rammentare il tipo di controllo sul corretto esercizio della potestà camerale di valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'immunità per le «opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni» *ex art. 68, comma 1, Cost.* in ipotesi di iniziative giudiziarie che coinvolgono parlamentari, prefigurato dalla Corte a partire dalla sentenza n. 1150 del 1988, sino alla svolta dei primi anni duemila; ovvero anche, secondo quanto pure reputato in dottrina, l'eventuale verifica di legittimità sui presupposti per la nomina presidenziale dei senatori a vita (cfr. V. DI GIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, IV ed., Milano, 2003, 213); nonché, il sindacato sul rispetto delle c.d. clausole generali contenute in Costituzione e, più ampiamente, alla stregua del canone di ragionevolezza, in cui l'esigenza di non fare dello scrutinio di costituzionalità una “duplicazione, spostata in altra sede, delle stesse valutazioni che il legislatore ha svolto in sede politica” fa sì che la Corte limiti il suo intervento alla forma di un “controllo estrinseco e tangenziale, che si esprime nell'espressione *manifesta irragionevolezza*” (così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit. 203 [ma anche 233]).

Insomma, quello dell'*Evidenzkontrolle* parrebbe il modo del giudice costituzionale di sindacare le scelte politiche del legislatore senza "far politica"¹³⁰, facendo leva a fini argomentativi su ciò che, nella sua chiarezza e limpidezza, non ha bisogno di essere argomentato (giustificato), perché si atteggia – a torto o a ragione, qui non importa – a verità in grado di autoimporsi a ciascuno, rimuovendo ogni ragionevole dubbio¹³¹. La valutazione della Corte si pone così al sicuro riparo offerto dall'indiscutibilità del fatto, che esibisce persuasione di per sé e che soprattutto, in quanto carica di autoaffermazione, non può considerarsi frutto di scelta. Tutto questo consente allo stesso giudice costituzionale di evitare che si smarrisca del tutto la distinzione fra il «compimento delle scelte, che pertiene alla politica, e [il] controllo pur penetrante su di esse, che è compito del giudice della legge»¹³². E ciò, tanto più laddove le sedi di un controllo politico-istituzionale si mostrino non particolarmente efficaci¹³³.

¹³⁰ Come è stato di recente sottolineato, richiamando quanto nella sistematica elaborata principalmente nella dottrina tedesca si afferma come prima fase del giudizio di ragionevolezza-proporzionalità nel giudizio di costituzionalità, vale a dire la verifica di idoneità o di sufficienza tra mezzo e fine (*Geeignetheit* o *Tauglichkeit*) (su questo tipo di controllo v. peculiarmente G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 246 ss.), il «giudizio "liminare" [...], limitandosi a vagliare la manifesta idoneità del mezzo», trova giustificazione nel fatto che altrimenti «il controllore [...] sostituirebbe, *in toto*, inammissibilmente, il giudizio effettuato dal controllato (legislatore)» (così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 74).

¹³¹ Mi avvalgo qui della definizione di evidenza offerta dai logici, per come richiamata da G. SCACCIA, *Ragionevolezza e attuazione della Costituzione*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, in *Nova juris interpretatio in odierna gentium communione*, Quad. monografico, Roma, 2006, 298, in nt. (34), citando sul punto N. ACHTERBERG, *Die Evidenz als Rechtsbegriff*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1963, 331 ss.

¹³² P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 56.

¹³³ Il riferimento è al mancato controllo da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione del d.l. n. 138 del 2011. Va, a riguardo, tenuto conto del fatto che l'estensione del controllo presidenziale a ragioni di «merito costituzionale» – formula con la quale si ritiene di individuare ipotesi di *veti* presidenziali ispirati a valutazioni di opportunità "costituzionale", appunto, in quanto non soltanto riconducibili a specifiche previsioni della Carta, ma anche e soprattutto perché fondate su di un oggettivo [e non di parte (o, come si suol dire, di partito)] esame dei riflessi della legge sul complessivo funzionamento del sistema disegnato dalla Costituzione, fra i quali non può non essere annoverata l'incidenza sul rapporto fra diversi modi di espressione della "sovranità popolare" – avrebbe verosimilmente legittimato il Capo dello Stato a resistere alla emanazione del decreto stesso anche senza consentire con la qualificazione del divieto di ripristino come vizio di legittimità costituzionale vero e proprio. Sul problema del controllo presidenziale in sede di emanazione dei decreti-legge v. gli interventi raccolti negli atti del

Nel nostro caso, ciò significherebbe riservare alla Corte un controllo che dovrebbe limitarsi a censurare solo le ipotesi di leggi riproduttive assolutamente prive di giustificazione o provviste di giustificazione del tutto inconsistente, sotto il profilo della «evidente mancanza delle condizioni idonee ad integrare il richiesto mutamento della situazione obiettiva»¹³⁴. E non v'è dubbio, come già affermato, che l'adozione della disciplina riproduttiva a stretto ridosso dell'avvenuta abrogazione popolare – come nel caso del d.l. n. 138 del 2011 dichiarato incostituzionale dalla Corte con la sent. n. 199 – costituisca un'ipotesi ideale per affermare l'evidente mancanza¹³⁵.

5.2. Altre ipotesi di definizione dell'arco temporale di durata del vincolo di non riproduzione con particolare riferimento alla tesi dell'ancoraggio alla legislatura

Non sono mancati, in dottrina, tentativi di diversamente delimitare la sfera temporale del vizio da riproduzione, cercando di ancorarla a termini o ad accadimenti di più sicuro accertamento¹³⁶.

È il caso, ad esempio, di chi ha pensato di individuare un termine quinquennale di vigenza del divieto di riproduzione a far tempo dall'entrata in vigore dell'abrogazione referendaria, evocando una sorta di interpretazione analogica del disposto dell'art. 38 della legge n. 352 del 1970, che proibisce, per il medesimo arco di tempo, la riproposizione di *referendum* su leggi uscite indenni da una precedente consultazione referendaria¹³⁷. Diversamente, v'è anche chi ha optato per la scelta di un referente “mobile” e persino “eventuale”, prefigurando l'esistenza del vincolo risolutivamente condizionata allo svolgersi di una nuova consultazione popolare, referendaria od elettorale, dalla quale possa evincersi il mutamento di avviso del corpo elettorale¹³⁸. C'è, infine, chi del profilo

seminario di Astrid dal titolo *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, in www.astrid-online.it.

¹³⁴ Così ancora P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *op. e loc. ultt. citt.*

¹³⁵ Di «caso-limite di fronte al quale, forse anche per la spinta popolare tendente a far rispettare il risultato del *referendum*, la Corte ha ritenuto di non potere sottrarsi all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale» parla G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore*, cit., 8.

¹³⁶ Una rapidissima rassegna dei quali si trova ora in M. RUOTOLO, *Non ce la chiede*, cit., 2.

¹³⁷ Cfr., ad esempio, A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 1991, 77, ma già in precedenza G. GRECA, *L'oggetto del referendum abrogativo*, in *Foro amm.*, 1974, III, 484.

¹³⁸ Per il riferimento ad un nuovo *referendum* v., come già ricordato *supra* in nt. (79),

diacronico ha fatto un uso assolutamente diverso, riferendolo non già alla distanza temporale fra *referendum* e legge riproduttiva, bensì all'ambito di efficacia di quest'ultima, la cui illegittimità per violazione del vincolo di non riproposizione della normativa abrogata sarebbe asseribile con assoluta certezza solo in caso di reintroduzione con efficacia retroattiva, la quale consentirebbe al legislatore di sostituirsi completamente all'esito referendario, ponendolo nel nulla¹³⁹.

Ebbene, si tratta di ipotesi le quali si muovono tutte, ove più ove meno, nel solco della logica della predeterminazione del "tempo di affievolimento" del vincolo referendario, cercando agganci o riferimenti più o meno ingegnosi che, tuttavia, non risultano convincenti.

Non lo è il richiamo all'art. 38 l. n. 352, per l'obiettivo difformità delle relative fattispecie, quella prevista e quella cui vorrebbe estendersi la previsione – l'una riguardando un limite all'iniziativa referendaria, l'altra invece concretando una limitazione a carico del legislatore – che svela una sostanziale diversità di *rationes* – la prima funzionale ad un'esigenza di protezione della legge da eccessi referendari, la seconda ispirata alla necessità di proteggere il *referendum* dagli eccessi negazionisti del legislatore. Neppure persuade la tesi che fa leva sullo svolgimento delle elezioni in quanto momento disvelatore dell'orientamento contrario del corpo elettorale, stante l'obiettivo incertezza del relativo accertamento che, peraltro, non potrebbe certo addossarsi alla Corte costituzionale. Così come, ugualmente criticabile appare la parallela opinione che guarda, non alle elezioni, ma ad una futura consultazione referendaria quale indice per ricavare il mutato indirizzo popolare, date le analoghe difficoltà a decrittare l'avviso dell'elettorato espresso nel secondo *referendum*¹⁴⁰,

specificamente M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, cit., 105, in nt. (32); il richiamo alle elezioni si trova invece in C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 854, in nt. (2).

¹³⁹ V., a riguardo, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2355 ss. e già in precedenza A. PACE, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3093. In senso contrario, v. M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 681 ss., il quale sostiene che neanche un ripristino *ex tunc* possa considerarsi in linea generale costituzionalmente illegittimo, ma solo nei casi in cui sia motivato da intenti emulativi e, perciò, viziato da irragionevolezza e non anche in contrasto con gli artt. 1 e 75 Cost. V. pure, sul punto, analogamente L. GENINATTI SATÉ, *Sulla (ri)produzione legislativa di norme già abrogate*, cit., 3838 ss. e spec. 3842-43 (il quale tuttavia aggiunge l'ipotesi di reintroduzione con efficacia *ex nunc* animata da evidente volontà di pregiudicare «la funzione di completamento, integrazione e correzione del diritto legislativo che il nostro ordinamento riconosce all'abrogazione referendaria» [*ivi*, 3851]).

¹⁴⁰ Vedi M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 678 e quanto da me a suo tempo osservato in *La Corte e il referendum*, cit., 2280, in nt. (40).

salva forse soltanto l'ipotesi di esito abrogativo con effetti di reviviscenza della normativa originariamente abrogata dal popolo¹⁴¹. Né, infine, può essere accolta l'opinione che intende limitare l'ambito di applicazione del divieto di ripristino alla sola ipotesi di reiterazione con effetto retroattivo della normativa abrogata, per l'eccesso di formalismo in cui rischia di incorrere. Ciò in quanto essa farebbe salva l'ipotesi di una riproduzione anche a stretto ridosso dell'abrogazione referendaria (magari il giorno successivo alla pubblicazione del decreto presidenziale di dichiarazione dell'avvenuta abrogazione), che sostanzialmente vanificherebbe ugualmente l'esito referendario, ancorché formalmente disponendo soltanto per il futuro. Non solo, laddove l'efficacia *ex tunc* della disciplina reintrodotta retroagisse all'indietro nel tempo ad un momento *x* anteriore, senza tuttavia arrivare a ricongiungersi al *dies* dell'entrata in vigore dell'abrogazione popolare, non si saprebbe più distinguere l'ipotesi in esame da quella in cui venga adottata una legge riproduttiva non retroattiva i cui effetti si producano a far tempo da quel medesimo momento *x*: perché nell'un caso l'intervento legislativo sarebbe illegittimo e nell'altro no?¹⁴².

Una partita considerazione richiede da ultimo la tesi che, volendo proporre una lettura del "contesto" all'interno del quale va valutato il vizio di ripristino della normativa abrogata, non già sul piano strettamente fattuale e ordinamentale, bensì alla stregua di una valutazione dinamica e diacronica del rapporto di rappresentanza, afferma che il vincolo di non riproduzione debba valere solo nel corso della legislatura durante la quale s'è svolto il *referendum*, per venir meno a seguito della

¹⁴¹ V. *supra* § 3.4.

¹⁴² Visto che, da un punto di vista temporale, ambo le leggi produrrebbero un "pregiudizio" dell'esito referendario *assolutamente equivalente*, sia pure ottenuto – per l'una – tornando a ritroso nel tempo rispetto al giorno della sua entrata in vigore e – per l'altra – per la via normale dell'efficacia *de futuro* (nonché pure garantirebbero uno stesso, per così dire, spazio di salvaguardia di quell'esito, che si estenderebbe dall'entrata in vigore del decreto presidenziale che dichiara l'avvenuta abrogazione della legge, al momento coincidente di entrata in vigore delle due leggi). Volendo esemplificare, ipotizziamo che il giorno 21 aprile 2013 sia stato celebrato un *referendum* che abbia dato esito positivo con decorrenza degli effetti a partire dal 29 di aprile. Immaginiamo, pure, che il legislatore approvi successivamente, in data 10 giugno, una legge che riproponga la normativa abrogata; che essa sia promulgata il 17 di giugno, pubblicata il giorno successivo con clausola di entrata in vigore (motivata in base a ragioni che qui non è rilevante individuare) a partire dal 1° giugno 2013. In che cosa si distinguerebbe, ai nostri fini, il caso appena delineato da quello in cui il Governo, in data 27 maggio, adotti un decreto-legge riproduttivo, che esso sia emanato il giorno successivo e pubblicato il 31 maggio, con clausola di entrata in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione?

rinnovata legittimazione parlamentare conseguente allo svolgimento di nuove elezioni.

Questo, non solo per il diffuso consenso dottrinario di cui gode¹⁴³, ma anche per l'avallo che sembra ora trovare nella giurisprudenza costituzionale. Un'eco di questa impostazione teorica sembra, infatti, chiaramente ritrovarsi nella motivazione della sentenza n. 199, laddove la Corte, proprio per comprovare la condizione di invarianza situazionale in cui è stato adottato l'impugnato decreto-legge "riproduttivo", fa esplicito riferimento alla mancanza di mutamento, non solo delle condizioni di fatto, ma anche «del quadro politico»¹⁴⁴.

Certo, com'è di tutta evidenza, le due espressioni – "cambiamento di legislatura" e "mutamento di quadro politico" – non sono sinonimiche, la seconda mostrando una portata di significato decisamente più ampia rispetto alla prima. Se, infatti, fra le trasformazioni del quadro politico va sicuramente annoverato il rinnovo delle Camere, nondimeno tali trasformazioni possono registrarsi anche in occasione, ad esempio, di un cambio di Governo all'interno della legislatura o di variazioni di composizione della maggioranza parlamentare di sostegno all'Esecutivo o, persino, di modifiche della geografia politica complessiva in conseguenza della nascita di nuovi partiti o movimenti, rappresentati o meno in Parlamento¹⁴⁵. È stato, tuttavia, rilevato che il «fatto che, nel corso della XVI legislatura, dopo l'abrogazione referendaria vi sia stato un cambiamento della maggioranza governativa e che ciononostante la Corte abbia negato che siano avvenuti mutamenti del quadro politico dovrebbe portare a escludere che la giurisprudenza costituzionale faccia dipendere il mutamento del quadro politico dalle vicende riguardanti la maggioranza di Governo», rendendo più convincente «l'interpretazione secondo la quale la Corte richiederebbe implicitamente un intervento del corpo elettorale: intervento che, rinnovando e restituendo la piena rappresentatività al Parlamento, potrebbe giustificare l'approvazione di una legge contrastante con l'esito referendario»¹⁴⁶.

Invero, l'osservazione richiede una precisazione, giacché il mutamento governativo a valle dell'abrogazione referendaria, nella specie, non sarebbe in sé rilevante ove l'adozione del provvedimento legislativo

¹⁴³ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 678, nt. (53) e, se vuoi, P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum*, cit., 2279- 2280, nt. (39).

¹⁴⁴ Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*

¹⁴⁵ In questo senso, parla di «difficoltà a ricondurre ad unità semantica la categoria» M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione*, cit., 70.

¹⁴⁶ Così G. FERRI, *Abrogazione popolare*, cit., 6.

riproduttivo lo precedesse. E questo era per l'appunto il caso del d.l. n. 138 "riproduttivo", adottato dall'Esecutivo in carica al momento dello svolgimento del *referendum* – vale a dire il Governo Berlusconi IV – prima che questo si dimettesse, passando il testimone al Governo Monti. Sennonché, a corroborare la giustezza dell'affermazione riportata sta un'altra considerazione. In verità, a cadere sotto la scure della declaratoria di incostituzionalità per illegittimo ripristino della normativa abrogata dal *referendum* in tema di servizi pubblici locali non è soltanto l'impugnato d.l. n. 138, ma anche la legge di stabilità per il 2012 (n. 183 del 2011) e il d. l. n. 1 del 2012, cui la Corte estende officiosamente la portata della propria pronunzia, nella parte in cui modificano l'art. 4 del d.l. n. 138, rimanendo tuttavia nel solco di quella originaria disciplina, anzi ulteriormente restringendo l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici di rilevanza economica da parte degli enti locali. Ebbene, si tratta di provvedimenti legislativi (questa volta) adottati da un Esecutivo diverso da quello in carica al momento di svolgimento del *referendum* – vale a dire quello presieduto dall'on. Monti – con diversa maggioranza politica: ciò che dimostra evidentemente che il cambiamento di governo e della maggioranza parlamentare di sostegno non possono annoverarsi per la Corte in quei «mutamenti del quadro politico» idonei a legittimare il recupero della normativa abrogata dal popolo ad opera del legislatore rappresentativo.

Se ne ricava che l'interpretazione più coerente ed accreditata dell'espressione utilizzata nella sentenza n. 199 sia proprio quella che identifica il mutamento del quadro politico nel cambio di legislatura¹⁴⁷. Ed è allora proprio a questa opinione, ripetutamente espressa in dottrina, che devo dedicare qualche osservazione.

Innanzitutto, va osservato che essa comporta la scelta di un referente temporale "doppiamente" mobile, con riguardo sia al termine *a quo* che a quello *ad quem*, giacché la durata del vincolo referendario sarà condizionata, da un verso, al *quando* della celebrazione del *referendum* nel corso della legislatura e, dall'altro, alla eventualità di conclusione ordinaria od anticipata di quest'ultima, potendo quindi assumere volta a volta portata molto diversa¹⁴⁸. Data, peraltro, la certezza del fatto che

¹⁴⁷ Di soluzione «più ovvia» parla A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, cit.

¹⁴⁸ La durata del vincolo, quindi, potrebbe oscillare tra un massimo di circa quattro anni, nel caso in cui la consultazione popolare *ex art. 75 Cost.* sia stata promossa nell'anno (solare) di scioglimento delle Camere e si svolga nella successiva legislatura che si concluda in via ordinaria, ed un minimo di un giorno, nell'ipotesi di uno scioglimento an-

nuove elezioni si svolgeranno e che, comunque, la legislatura non può eccedere, salvo l'ipotesi estrema della proroga *ex art. 60 Cost.*, i cinque anni, il fatto delle elezioni politiche assurge a vera e propria condizione risolutiva del divieto di ripristino della normativa abrogata da un *referendum* popolare.

L'idea di fondo che sorregge la tesi in esame è che il rinnovo delle Camere a seguito delle elezioni rechi con sé un effetto di rilegittimazione popolare del legislatore rappresentativo, tale da fornirgli la capacità di elidere il vincolo insorgente dalla decisione referendaria assunta dal medesimo corpo elettorale, in forza della nuova espressione di voto da parte di quest'ultimo. Insomma, come specificamente affermato nella formulazione più compiuta della tesi *de qua*, fra i due *decisa ex art. 48 Cost.*, referendario ed elettorale, quest'ultimo dovrebbe cronologicamente portare con sé l'idoneità a prevalere sul primo, anche in considerazione del fatto che la volontà espressa dal *referendum* sarebbe veicolata da un mezzo di produzione normativa di tipo *speciale*, a fronte del carattere *generale* proprio dello strumento legislativo¹⁴⁹. In sostanza, «l'esito favorevole del *referendum* in quanto specifico veto popolare nei confronti del legislatore, interverrebbe come limite puntuale anche rispetto al libero mandato parlamentare, la cui fonte risiede nell'elezione a membro del Parlamento e che dunque tornerebbe a riespandersi pienamente con la nuova legittimazione connessa al voto popolare»¹⁵⁰.

Ora, a me pare che la posizione enunciata lasci aperti alcuni problemi.

Prima d'ogni cosa, credo debba rilevarsi il singolare utilizzo del canone di specialità, che sarebbe chiamato a mutare sensibilmente connotati e *modus operandi*, rispetto a quanto riconosciuto in sede di elaborazione di teoria generale. Da un verso infatti, come è stato rilevato, il nesso specialità/generalità sarebbe parametrato questa volta, non sulla portata e sul verso delle determinazioni poste a raffronto, bensì sul carattere continuo o discontinuo delle relative funzioni¹⁵¹. Dall'altro, va rilevato che l'ordinamento giuridico tende tradizionalmente a riconoscere nel *dictum* speciale un che capace di *resistere*, piuttosto che di *cedere* – come invece si richiede nell'ipotesi in esame – a quello generale posteriore, (salvo ov-

ticipato delle Camere l'indomani del decreto presidenziale di dichiarazione dell'avvenuta abrogazione della legge oggetto del *referendum*.

¹⁴⁹ Cfr. diffusamente A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 255 ss. e spec. 269 ss. e 317-318.

¹⁵⁰ La citazione è di P. SABBIONI, *Il ripristino della normativa abrogata*, cit., 12.

¹⁵¹ Così M. LUCIANI, Art. 75, cit., 679, in nt. (58)

viamente il caso in cui quest'ultimo non esprima chiaramente la volontà di rimuoverlo)¹⁵².

E poi c'è la considerazione della effettiva consistenza della (giuridica) salvaguardia offerta alla decisione ablatoria popolare, che, in ipotesi, potrebbe ridursi allo "spazio di un mattino" nel caso di *referendum* esperiti nella parte conclusiva della legislatura¹⁵³. A ciò potrebbe anche aggiungersi la preoccupazione di una possibile (ulteriore) strumentalizzazione dello scioglimento in funzione antireferendaria, questa volta non per impedire lo svolgimento del *referendum*¹⁵⁴, bensì per disfarsi del condizionamento discendente dal suo esito abrogativo.

Non solo, andrebbe altresì tenuto conto dell'eventualità, abbastanza condivisa in dottrina¹⁵⁵, che allo scioglimento delle Camere possa arriversi proprio in conseguenza dell'approvazione della legge riproduttiva.

¹⁵² V. in proposito riassuntivamente A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giudiziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 201 ss.

¹⁵³ *Contra*, sul punto, A. MANGIA, *Referendum*, cit., 317-318, il quale tuttavia si limita a replicare riaffermando semplicemente che la carenza di salvaguardia dell'esito referendario discenderebbe «dalla pienezza di legittimazione che dall'esercizio del voto politico scaturisce in capo alle camere».

Bisogna comunque precisare che va in proposito distinta l'eventualità di una fine anticipata della legislatura – che consentirebbe il verificarsi della celebrazione del *referendum* anche a strettissimo ridosso della conclusione del mandato parlamentare – da quella della fine ordinaria – che invece renderebbe possibile l'esperimento del *referendum* non oltre l'anno (solare) precedente la conclusione della legislatura, stante il divieto di deposito delle richieste referendarie nell'anno antecedente alla scadenza delle Camere, di cui all'art. 31 della legge n. 352 del 1970.

¹⁵⁴ Nel tempo, lo scioglimento anticipato per evitare le consultazioni referendarie è diventato prassi: si ricordano, ad esempio, i primi due scioglimenti anticipati di entrambe le Camere nella storia repubblicana (non considerando quelli puramente "tecnici" del 1953 e 1958, giustificati dall'esigenza di raccordare la iniziale differente durata delle due Camere), che avvennero proprio in occasione dell'indizione dei *referendum* sul divorzio (1972) e sull'aborto (1976), con conseguente sospensione automatica dell'*iter* referendario, ai sensi dell'art. 34 della l. n. 352/1970 (su tali vicende v. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 34 ss.); anche lo scioglimento anticipato nel 1987 fu probabilmente determinato anche dalla posizione assunta dalle forze partitiche circa i cinque quesiti referendari proposti (anche se in questo caso la sospensione del procedimento referendario fu "ridotta" grazie all'intervento della legge n. 332 del 7 agosto 1987).

¹⁵⁵ V., ad esempio, D. NOCILLA, voce *Popolo*, in *Enc. del dir.*, XXIV, 1985, 371 in nt. (186) e M. RAVERAIRA, *Il referendum: un istituto da abrogare?*, in *Dir. e soc.*, 1990, 86, in nt. 25, nonché, se vuoi, P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 51, nt. (40). Critico su tale strumento di tutela dell'esito referendario è, invece, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2363-2364.

Ebbene, in tal caso il nuovo Parlamento, scaturito dalla sanzionata divaricazione fra rappresentanti e rappresentati di cui sarebbero state protagoniste le Camere vecchie, si troverebbe nella singolare condizione di essere affrancato da quel vincolo di non riproponibilità della legge abrogata dal *referendum*, alla cui esistenza deve in certo senso la propria nascita e quindi, in ipotesi, di non dover procedere all'abrogazione della legge riproduttiva. Così che lo scioglimento si tramuterebbe per il popolo-legislatore da "presidio" in "beffa".

Senza poi dire che, nell'eventualità appena prefigurata, ove l'esito elettorale fosse in favore della maggioranza parlamentare che avesse approvato la legge riproduttiva il passaggio elettorale finirebbe per fungere da fattore «di rilegittimazione *a posteriori* dell'operato del precedente parlamento, nel senso della testimonianza "ora per allora" della ricomposta corrispondenza fra "paese legale" e "paese reale"»¹⁵⁶. Ed allora, in questo caso, la legge riproduttiva come andrebbe trattata: come legge il cui vizio sarebbe sanato *ex post* oppure come legge perdurantemente illegittima perché adottata da Camere obiettivamente prive della legittimazione ad approvarla? Ed in quest'ultimo caso, la situazione di invalidità sarebbe o meno da declinarsi in termini di vizio del presupposto soggettivo della legge?¹⁵⁷

Insomma, pur con tutte le difficoltà e le cautele del caso, fra i due indicatori individuati dalla Corte – quello riguardante il mutamento delle circostanze di contesto, sotto il profilo fattuale e ordinamentale e quello relativo al cambiamento di quadro politico – è il primo ad apparire, nei limiti di cui s'è detto, più convincente.

6. Conclusione

Voglio concludere queste mie riflessioni con una considerazione che definirei di carattere politico-costituzionale, usando qui l'espressione con una certa accentuazione del primo dei due termini. Spero che il lettore non mi accusi di un'invasione di campo o, meglio, di un'infedeltà al

¹⁵⁶ P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro "eventuale"*, cit., 52.

¹⁵⁷ La tesi della configurazione dell'atto legislativo adottato dal legislatore in regime di *prorogatio* come affetto da vizio del presupposto, da noi, si deve in origine particolarmente a A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti con forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965, 420 e spec. 439 ss. Per ulteriori svolgimenti e considerazioni sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Vizio della condizione soggettiva del legislatore e invalidità della legge*, Roma, 1999.

mio specifico profilo professionale o peggio ancora di una caduta di stile. Ma la questione esaminata credo che la sollecciti.

Ebbene, la vicenda della riproduzione della disciplina abrogata nel *referendum* del giugno 2011 in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica potrebbe essere considerata come un *misunderstanding* in cui è incorso il legislatore. Penso particolarmente al fatto della prevista inapplicabilità della stessa al servizio idrico, su cui s'era quasi esclusivamente concentrata la campagna referendaria; esclusione che potrebbe effettivamente deporre in favore della tesi per cui il legislatore avrebbe agito nella consapevolezza di non violare il responso popolare. Qual senso, infatti, avrebbe quello scorporo (in precedenza, infatti – *i.e.* nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 – il servizio idrico risultava soggetto, in tema di affidamento, alla disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) se non quello di voler rispettare il verdetto popolare espresso nel *referendum*?

A gettare qualche ombra sulla buona fede del legislatore sta, però, la considerazione dell'assoluta disinvoltura con cui Governo e Parlamento hanno ritenuto così superato ogni impaccio derivante dalla decisione popolare. Come già accennato in precedenza, chiarissime ed inequivocabili erano state, invero, le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità della richiesta abrogativa riguardante l'art. 23-*bis* del d.l. 112 del 2008 e dall'Ufficio centrale della Cassazione in sede di intitolazione della medesima, le quali non lasciavano alcun dubbio circa la portata da assegnarsi al *referendum* ed alle dimensioni oggettive del *thema decidendum*: che esso cioè riguardasse tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, ivi compreso quello idrico. Né autorizzava ad alcuna differenziazione la rubrica dello stesso art. 23-*bis* d.l. n. 112 proposto all'abrogazione, che recitava appunto: "Servizi pubblici locali di rilevanza economica"¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Ne conclude F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.forum-costituzionale.it e in corso di pubblicazione ne *Le Regioni*, 2012, che la «fretta non è stata, in questo caso, una buona consigliera: il legislatore ha creduto di adottare una disciplina che potesse apparire diversa da quella abrogata dal referendum in base a due elementi. In primo luogo si è sottolineata l'esclusione dalla nuova disciplina del settore del "servizio idrico integrato", il settore di materia che era stato indubbiamente al centro dell'attenzione nel referendum. Il Governo, però, non poteva ignorare l'effetto formale del referendum, che è consistito nell'abrogazione dell'intero art. 23-bis, cioè della disciplina presentata come generale, applicabile a tutti i servizi, nei diversi settori. In secondo luogo il nuovo articolo 4 si presentava come molto diverso dal testo abrogato (34 commi, contro i 12 dell'art. 23-bis) e comprendeva materie "nuove [...]". Ma le "nuove" disposizioni

Appare, quindi, davvero sorprendente come il legislatore, corroborato da una (sconcertante) segnalazione resa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁵⁹, abbia potuto pensare di essere in linea con una volontà popolare espressa solo due mesi prima, tanto da rubricare l'art. 4 del d.l. n. 138 contenente la normativa riproduttiva: "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell'unione europea". Non minore sorpresa, del resto, desta l'atteggiamento del Presidente della Repubblica, così attento alla propria funzione di controllo in punto di decretazione d'urgenza, che non ha sollevato alcun rilievo in merito.

Viene da pensare che la vicenda qui in esame possa essere letta e meglio compresa nel contesto della singolarissima congiuntura vissuta dal nostro sistema nell'ultimo scorcio della legislatura appena conclusa. Contesto in cui si è consumata una evidente torsione della nostra forma di governo (nonché di Stato) sotto la pressione di un'emergenza economica drammatica, nel pieno di una situazione di crisi politica interna molto grave e di contemporanea debolezza sul piano delle relazioni internazionali, all'interno di una più complessiva debolezza del quadro europeo. Penso, fra le altre cose, alla enfattizzazione del ruolo centrale dell'Esecutivo, al ricorso pressoché esclusivo alla decretazione d'urgenza, al protagonismo del Presidente della Repubblica non di rado chiamato in causa per sostenere e persino spiegare i provvedimenti governativi, alla instaurazione di una sorta di legame fiduciario fra Capo dello Stato e Presidente del Consiglio, alla eterodiretta e rapidissima revisione dell'art. 81 della Costituzione per introdurre il principio del pareggio del bilancio, al ruolo sostanzialmente gregario del Parlamento, alla proposta deroga all'art. 138 della Costituzione, ecc.

erano in realtà nient'altro che un amplissimo recupero delle disposizioni del regolamento attuativo, il d.P.R. n. 168 del 2010: la disciplina della liberalizzazione/assunzione dei servizi pubblici locali contenuta nei commi da 1 a 7 dell'art. 4 riproduceva, alla lettera, i sette commi dell'art. 2 del regolamento; i commi da 19 a 27 dell'art. 4 riproducevano, alla lettera (con variazioni del tutto trascurabili), i commi da 1 a 9 dell'art. 8 del regolamento. In un quadro in cui anche in materia di forme di gestione si è operato riproducendo quasi per intero le disposizioni di un regolamento, di cui il Governo non poteva ignorare l'avvenuta abrogazione, proprio in virtù dell'abrogazione referendaria delle norme (il rinvio delegificante del comma 10 dell'art. 23-bis) che ne erano il fondamento giuridico».

¹⁵⁹ Il riferimento è alla segnalazione AS 8694 della Autorità garante della concorrenza e del mercato del 26 agosto 2011, (Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo"), nella quale si legge che il d.l. in questione «ripropone nei fini l'impianto preesistente la consultazione popolare dello scorso giugno, escludendo l'applicabilità al settore idrico, per tener conto dell'esito del *referendum*».

In sostanza, il quadro che se ne potrebbe trarre è quello di una situazione emergenziale, ove si erge come Leviathan l'imperativo *primum* (so-prav)vivere, nella quale certi riti e pregi della democrazia possono essere percepiti come un lusso che non ci si possa permettere o, comunque, guardati con una certa disattenzione, se non con sufficienza. La democrazia pare trasformarsi in *democrazia protetta* e il preoccupante *deficit* economico-finanziario finisce per tradursi in un *deficit* democratico.

Quanto l'emergenza abbia giustificato la torsione, giocando da fattore di legittimazione, non è qui il luogo per dirlo. Mi preme piuttosto un'altra osservazione.

Guardata in questa prospettiva, la sentenza n. 199 della Corte costituzionale – comunque la si pensi sulla *quaestio* (giuridica) del vizio da riproduzione di normativa abrogata dal *referendum* – assume un valore ed un significato tutt'affatto particolare di presa di posizione che, su di un piano politico-costituzionale, segnala l'esistenza di una specie di "linea del Piave" oltre la quale il sacrificio dei riti della democrazia non può andare, neppure sotto il peso della crisi più drammatica¹⁶⁰. Di questo, a mio avviso, bisogna essere grati ai giudici di Palazzo della Consulta.

¹⁶⁰ Di sentenza coraggiosa che «non si lascia condizionare da una certa contingenza politica, e ristabilisce la rotta corretta», parla P. SABBIONI, *La sentenza n. 199 del 2012: una sentenza coraggiosa, forse troppo*, in *Quad. cost.*, 2012, 874.