

Senato della Repubblica – Commissione Affari Costituzionali

XVIII Legislatura

A.S. 852 – Disegno di legge costituzionale recante “Modifica all’articolo 75 della Costituzione, concernente l’introduzione di un vincolo per il legislatore di rispettare la volontà popolare espressa con *referendum* abrogativo”

Audizione del 12 gennaio 2021

Prof. Avv. Davide De Lungo

Professore di Diritto Pubblico – Università San Raffaele

Roma – Via degli Scipioni n. 281

davide.delungo@uniroma5.it – 3382523203

Sommario: 1. Premessa; 2. Osservazioni di carattere generale; 3. Profili problematici.

1. Premessa

Grazie Presidente, e tramite Lei, grazie alla Commissione e ai suoi autorevoli componenti per l’invito odierno.

Sono chiamato a rendere osservazioni in merito al disegno di legge costituzionale recante “Modifica all’articolo 75 della Costituzione, concernente l’introduzione di un vincolo per il legislatore di rispettare la volontà popolare espressa con *referendum* abrogativo”.

Il mio intervento si colloca in una fase già piuttosto avanzata del ciclo di audizioni; dunque, dopo aver svolto alcune osservazioni di carattere generale, soffermerò l’attenzione sui principali nodi problematici emersi nel corso dell’esame.

2. Osservazioni di carattere generale

Prendendo le mosse da un inquadramento preliminare, è forse opportuno interrogarsi su quali effetti la riforma in esame sia oggettivamente idonea a produrre sul piano ordinamentale, anche a prescindere dalla volontà storica, pur molto chiara, dei proponenti. Essa per un verso “costituzionalizza” la giurisprudenza della Consulta, la cui punta più avanzata è rappresentata senz’altro dalla sentenza n. 199 del 2012, che ha sancito il divieto per il legislatore di ripristinare la normativa abrogata dalla consultazione popolare; per altro verso, si fa carico di disciplinare una serie di aspetti che la Corte ha lasciato aperti, munendo al contempo i promotori di uno strumento *ad hoc* per giustificare il vincolo.

In effetti, già all’indomani della sentenza n. 199 del 2012 si era posta la questione della portata temporale del divieto di ripristino, e così pure l’esigenza di riempire di significato la clausola dei “mutament[i] idone[i] a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”, evocata nella pronuncia.

In questa prospettiva, l’articolo 1 tenta di sciogliere entrambi i nodi, fissando in 5 anni l’efficacia del vincolo, ma rendendolo derogabile con deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti da parte di ciascuna Camera.

Il problema temporale viene risolto in maniera apprezzabile, ancorando il *dies a quo* a un parametro certo, suscettibile di univoco riscontro. L’opzione appare peraltro ragionevole, tanto che la si voglia legare per ragioni di simmetria al termine quinquennale previsto dall’art. 38 della legge n. 352 del 1970 per la riproposizione dei quesiti non approvati, quanto che la si ponga in relazione con l’arco di durata naturale della Legislatura.

Il profilo della “irripristinabilità *rebus sic stantibus*” della normativa abrogata adombrato dalla Corte costituzionale viene invece dissolto e rideclinato dal disegno di riforma in chiave procedurale, fissando a garanzia degli esiti della consultazione popolare un quorum deliberativo aggravato. Anche qui, il testo propende – a mio avviso correttamente – per una soluzione formale verificabile in modo più agevole di quanto non lo sia un ancoraggio sostanziale alla sopravvenienza di mutamenti rilevanti di fatto o di diritto.

È lecito chiedersi se una revisione così strutturata – tralasciando per ora il ricorso diretto accordato ai promotori – possa dare alla deliberazione popolare una copertura più solida di quella di cui gode oggi. La risposta è ardua. Di certo, il disegno di legge costituzionalizza e dunque cristallizza un principio di matrice pretoria – quello del divieto di ripristino – come tale sempre esposto a possibili mutamenti, per quanto qui assai improbabili. È altrettanto vero, però, che l’introduzione di una deroga connessa al raggiungimento della maggioranza assoluta, quota significativa ma ben lungi dall’essere inattuabile nelle dinamiche parlamentari, almeno a prima vista depotenzia le garanzie legate al criterio della sopravvenienza di mutamenti rilevanti di fatto o di diritto. Imppressione che, tuttavia, a ben pensare è forse infondata: mancano casi in cui la Corte abbia fatto applicazione del principio, dopo la sentenza n. 199 del 2012; ma non è peregrino ritenere che, nel valutare le sopravvenienze e la loro idoneità a giustificare il ripristino della normativa abrogata, lo scrutinio del giudice costituzionale dovrebbe arrestarsi ai soli casi di manifesta inidoneità. Col risultato di avere comunque una garanzia, per certi versi, altrettanto tenue e per di più assai nebulosa nei presupposti da accertare.

Nel complesso, l’art. 1 del disegno di legge realizza un assetto abbastanza soddisfacente, contemperando l’esigenza di tutelare l’esito del voto popolare con quella di consentire, a

determinate condizioni, un margine di azione o reazione al legislatore parlamentare. Margine che non è sguarnito di presidi, poiché, specie con la deliberazione a maggioranza assoluta, l'assemblea impegna la sua responsabilità politica di fronte agli elettori. E proprio sulla scelta di affidare al Parlamento, anziché alla Corte costituzionale, una decisione che è squisitamente politica, mi sembra si possa concordare, riconducendosi al circuito democratico, anziché a quello giurisdizionale, la composizione delle tensioni fra democrazia diretta/partecipativa e democrazia rappresentativa.

La principale perplessità – sulla quale è opportuno che si richiami l'analisi – si lega semmai alla natura della legge approvata dalle Camere per superare il vincolo e sulla sua conseguente assoggettabilità a *referendum*. Infatti, per giurisprudenza costituzionale consolidata, le leggi rinforzate, come parrebbe configurarsi quella qui prevista in virtù della maggioranza aggravata, sono sottratte a *referendum* abrogativo: dunque, “l'ultima parola” pronunciata dal legislatore parlamentare sarebbe poi insuscettibile di costituire oggetto di deliberazioni referendarie in futuro. Mi chiedo se ciò corrisponda all'intento dei promotori; se così non fosse, andrebbero soppesate e comparate, nell'ottica della salvaguardia della volontà referendaria, le risorse di garanzia insite nella maggioranza assoluta, e la *deminutio* connessa alla sottrazione dell'atto normativo allo strumento dell'art. 75 Cost.

Mi limito ad aggiungere che il problema dell'efficacia temporale del vincolo andrebbe sollevato anche nell'ambito dell'esame del d.d.l. n. 1089 (D'Uva e altri) sul c.d. *referendum* propositivo: l'approvazione referendaria della legge d'iniziativa popolare inibisce l'intervento del legislatore parlamentare? Se sì, per quanto tempo? E a quali condizioni il vincolo è eventualmente derogabile? La questione non mi sembra meno rilevante di quella

che emerge dall'esame dell'odierno disegno di legge: anzi, là dove la riforma fosse approvata e la prassi s'indirizzasse verso un ampio ricorso all'istituto, ci troveremmo di fronte all'allargamento a macchia d'olio d'interi settori ordinamentali interdetti – per un tempo e a condizioni indefinite – al legislatore parlamentare e governativo.

3. Profili problematici

Inquadrati in via generale il nucleo della riforma e i suoi obiettivi, che – ribadisco – mi sembrano condivisibili, soffermerò ora l'attenzione su alcuni profili problematici, meritevoli di un supplemento di riflessione.

Il primo e più evidente elemento “distonico” – unanimemente rilevato, peraltro, negli autorevoli interventi sin qui acquisiti – riguarda l'ibridazione delle fonti: mi riferisco agli articoli 2 e 3 del testo, che modificano direttamente la legge n. 352 del 1970 e la legge n. 87 del 1953. La scelta di inserire, all'interno di una legge o di un atto equiparato, disposizioni o frammenti di disposizioni di grado costituzionale genera una interpolazione piuttosto problematica. Anzitutto, si determina una anomala coesistenza di norme dotate di forza e valore diverso, non esente da censure sotto il profilo della certezza del diritto: a questo proposito richiamo l'infausta esperienza dei testi unici misti, rispetto ai quali il tema – nella fattispecie, legato alla convivenza e distinguibilità fra norme primarie e norme secondarie – è emerso con nitidi contorni. Non è un caso che, sul versante del *drafting*, le “Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi” adottate sia dalla Camera che dal Senato sconsiglino il ricorso a tale tecnica.

Ma non è tutto. Infatti, seguendo la soluzione adottata nel testo, si produrrebbe un vincolo paradossale, e probabilmente non voluto dai proponenti, a carico del legislatore futuro,

ove intendesse modificare l'atto normativo, costringendolo o a intervenire sullo stesso testo con due procedimenti legislativi diversi, uno ordinario e l'altro costituzionale; oppure a modificarlo integralmente con legge costituzionale. Ne risulterebbe, così, una sorta di parziale "ossificazione" del testo, che lo rende anelastico rispetto all'evolversi delle esigenze del tempo e delle congiunture politiche.

La seconda perplessità origina dall'art. 2, comma 1, lett. a), che modifica l'art. 33 della legge n. 352 del 1970 prevedendo che, in vista della deliberazione della Corte costituzionale sull'ammissibilità del *referendum*, "i promotori depositano una memoria concernente l'intento da essi perseguito, ai fini della valutazione dei profili di violazione del divieto di ripristino sostanziale o formale della normativa abrogata".

Mi pare, al riguardo, che sia incongrua la sede processuale prescelta: nel giudizio di ammissibilità sul *referendum* si valuta, per l'appunto, l'ammissibilità del medesimo, e la violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata non potrà che avvenire in una fase successiva, posteriore allo svolgimento, con esito positivo, del *referendum* ammesso. Una memoria così articolata, semmai, deve essere collocata nell'ambito del giudizio attivato dai promotori ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), rischiando di fungere altrimenti da mera testimonianza "a futura memoria" – resa preventivamente e *in vacuo* rispetto a una violazione che ancora non si è concretizzata – dell'intento dei promotori.

Vi è poi da sottolineare come la previsione imprima al *referendum* una "torsione soggettiva", valorizzando la volontà storica dei promotori, cui si attribuisce una sorta di potere d'interpretazione autentica del quesito. Ora, come noto, secondo la giurisprudenza costituzionale in chiave teleologica rileva anzitutto il fine intrinseco incorporato nel quesito, obiettivamente desumibile dalla sua formulazione e dal perimetro delle norme

interessate (fra molte, cfr. Corte cost., sentt. nn. 24 e 25 del 2011, 5 del 2015). Nelle pieghe di alcune pronunce, nondimeno, un certo peso – sebbene non da solo decisivo – è stato accordato anche alle intenzioni soggettive dei promotori e presentatori. Il disegno di legge in esame si iscrive in questo secondo filone, imponendo, a mio giudizio, di tener presente un aspetto: l'interpretazione “oggettiva” del quesito discende dalla natura di fonte del diritto riconosciuta al *referendum*; da ciò deriva che gli intenti soggettivi palesati dai promotori possano chiarire, ma non superare o contraddire, il portato normativo obiettivo del quesito.

L'ultimo profilo da esaminare riguarda il rimedio accordato ai promotori per far valere eventuali violazioni del divieto di ripristino. L'articolato, in somma sintesi, attribuisce ai promotori la legittimazione a ricorrere in via principale avverso la legge o l'atto avente forza di legge che contravviene al vincolo, entro 5 anni dall'abrogazione referendaria ed entro 60 giorni dalla pubblicazione dell'atto della cui costituzionalità si dubita.

Della tecnica impropria di modificare con legge costituzionale una legge ordinaria, ho già detto. Nel merito, mi sembrano condivisibili le valutazioni espresse dalla larga maggioranza degli auditi, circa la “preferibilità” dello strumento del conflitto d'attribuzioni, rispetto al giudizio di costituzionalità in via principale. A mio avviso, a maggior ragione entro un sistema imperniato sull'accesso incidentale, a favore di questa soluzione milita una considerazione di ordine pratico: ove possibile, è da preferire la scelta di muoversi nel solco di istituti e congegni già consolidati, piuttosto che introdurne di nuovi, i quali richiedono un fisiologico rodaggio. Nella fattispecie, si tratterebbe di utilizzare uno strumento, quello del conflitto intrapotere, già delineato nei suoi tratti sia a livello normativo che giurisprudenziale; sarebbe sufficiente l'intervento del legislatore solo

per estendere la legittimazione a confliggere dei promotori, già riconosciuta dalla Corte, per l'arco temporale del quinquennio, laddove oggi essa viene meno una volta conclusesi le operazioni referendarie. Meno pregnanti mi sembrano gli argomenti legati a una maggiore celerità del rimedio. Limitandosi a scorrere le statistiche allegate all'ultima relazione annuale della Corte, emerge come i tempi di definizione dei giudizi in via principale e dei conflitti fra poteri siano grosso modo simili. Nel giudizio in via principale, l'intervallo tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del ricorso e la trattazione della causa è stato, nel 2019, di 263 giorni: un valore di molto inferiore a quelli degli anni passati (360 giorni del 2018, 389 del 2017 e 453 del 2016). Per i conflitti, il lasso di tempo è stato di 316 giorni del 2018, 473 del 2017 e 377 del 2016; di soli 119 giorni nel 2019, dato però non indicativo in quanto si è avuto un solo giudizio di questa tipologia.

Mi sembra, infine, che possa censurarsi senza soverchie riserve “l'accessorio cautelare” delineato dall'art. 3 del disegno di legge, ai sensi del quale “dal momento del deposito del ricorso nella cancelleria della Corte costituzionale e fino alla pubblicazione del dispositivo della relativa pronuncia della Corte, gli effetti degli atti amministrativi adottati in applicazione della legge o dell'atto avente forza di legge oggetto del ricorso sono sospesi”. Come è stato ben rilevato da Massimo Luciani, la previsione mette nelle mani dei promotori una sorta di arma nucleare, e introduce nell'ordinamento un meccanismo davvero unico: la sospensione automatica e generalizzata dell'efficacia degli atti amministrativi, per effetto del mero deposito del ricorso. La soluzione, all'evidenza, è sproporzionata rispetto al fine perseguito, e peraltro non necessaria: poiché pende un giudizio, appare più logico, semmai, affidare come di consueto la decisione sulla sospensiva e le altre eventuali misure interinali al giudice, in questo caso la Corte

costituzionale, nell'ambito di una fase cautelare volta a delibare sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*. Peraltro, il perimetro della previsione è incerto: il riferimento agli atti adottati “in applicazione” della legge o dell'atto avente forza di legge contrastante col divieto di ripristino è suscettibile di diverse interpretazioni, e può porre fra l'altro il problema di distinguere fra atti espressione del potere fondato sulla fonte primaria pretesa illegittima, e atti rispetto ai quali essa non radica il potere, limitandosi a modularne le modalità d'esercizio.

Probabilmente, l'eccesso di mezzi in cui il testo incorre sconta la suggestione implicita del *surplus* di legittimazione che spesso si tende a riconoscere alle iniziative popolari.