

Certo non la riviviscenza, però una strada per salvare il referendum ci sarebbe stata (e ci potrebbe essere)

Roberto Bin*

1. Riviviscenza e inammissibilità. – 2. L’istituto del *referendum* abrogativo va salvato. – 3. Una possibile via d’uscita (con o senza l’intervento del legislatore). – 4. Il meglio è nemico del bene.

1. La tesi della riviviscenza era indubbiamente insostenibile. In nessun ordinamento la regola per cui la abrogazione della norma abrogatrice fa rivivere la norma abrogata è affermata senza molta esitazione. Anche nei paesi di *common law*, in cui la tradizionale propensione giurisprudenziale alla conservazione delle norme più antiche porta a ritenere che anche per le leggi sia un principio d’interpretazione che “quando una legge abrogatrice è a sua volta abrogata, la prima legge rivive anche senza alcuna previsione espressa” (ovviamente in assenza di un’espressa indicazione contraria)¹, questa massima è accompagnata però da ogni cautela. La riviviscenza infatti viene fatta risalire alla volontà implicita del legislatore, attraverso il sistema di presunzioni che – in quei paesi - domina da sempre l’interpretazione delle leggi e che giustifica l’atteggiamento di “deferenza” nei confronti del *legislative intent*.

Il problema è infatti proprio questo: la riviviscenza non è mai un effetto automatico, ma è il frutto d’interpretazione. Che questa guardi insistentemente alle intenzioni del legislatore, come accade nei sistemi di *common law*, o sia più orientata al significato oggettivo incorporato dalla disposizione, come di solito accade da noi, il risultato non cambia. Nulla si può dire sulla possibile riviviscenza di una norma abrogata, in seguito all’abrogazione della norma abrogata, che non sia la conclusione di un attento processo d’interpretazione. L’effetto della riviviscenza non è mai visto come una conseguenza normale dell’abrogazione della norma abrogatrice: anzi, esso è sistematicamente negato in principio da tutti i testi legislativi che cercano di introdurre regole sull’interpretazione².

Questo sembra il punto. Come ha già messo in luce Augusto Barbera in questo seminario, se la tesi della riviviscenza della (o di una) vecchia legge elettorale dipende dall’interpretazione dell’atto di abrogazione, e dato che – nel nostro caso - questo atto non è a sua volta una legge, ma una formula abrogativa su cui si è chiesto il voto popolare, tanto più si insiste sull’effetto di riviviscenza conseguibile attraverso il *referendum*, tanto più forti si fanno i dubbi circa la sua ammissibilità. Di una legge si possono avanzare interpretazioni audaci che, facendo forza sulle

* Prof. ord. di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

¹ *Mobile County v. State ex rel. Cammack*, 240 Ala. 37, 197 So. 6 (1940).

² Si veda ad esempio 1 U.S. Code § 108 (Repeal of repealing act), l’art. 43 dell’ *Interpretation Act* canadese o l’*Interpretation Act* 1901, Sect 7, in Australia.

intenzioni del legislatore, possono indurre a distaccarsi dal suo semplice senso letterale per salvare la legge da conseguenze assurde (e dalle relative censure di ragionevolezza), ma di un quesito referendario no: non si possono raccogliere le firme (e in seguito i voti) degli elettori su un testo di cui gli stessi promotori propongono un'interpretazione che dal testo si allontani. L'inammissibilità sarebbe comunque scesa implacabile sulla richiesta di *referendum*.

2. Credo però non sia sfuggito a nessuno, neppure alla Corte costituzionale, che la dichiarazione di inammissibilità di questo *referendum* rischia di pregiudicare un pezzo significativo del nostro sistema democratico. In un momento in cui si verifica un drammatico scollamento tra sistema politico-istituzionale e corpo sociale, togliere a quest'ultimo la possibilità di incidere su un sistema elettorale vergognoso significa consentire al ceto politico di rifugiarsi nel suo Walhalla e chiudersi le alte porte dietro le spalle. Dopo il vistoso successo dei *referendum* abrogativi dell'anno scorso, la velocità con cui si sono raccolte così tante firme per la presentazione della richiesta di *referendum* per l'abrogazione della legge elettorale è un dato nuovo e impressionante, un chiaro segno della società di voler scuotere il sistema politico e spronarlo sulla via del cambiamento. La dichiarazione di inammissibilità impedisce al popolo di esprimere la propria volontà con la stessa forza che manifestò nei *referendum* elettorali di vent'anni fa, innescando uno dei più radicali mutamenti del sistema politico.

Ho sempre ritenuto che la sent. 16/1978, nonostante le tante critiche che le sono state mosse, sia stata una decisione opportuna e ben motivata. Il *referendum* deve funzionare come uno strumento compatibile con il resto del sistema costituzionale, un bisturi in mano ai cittadini, non una mazza con cui colpire a casaccio l'edificio istituzionale. A parte ogni altra considerazione, è pur sempre uno strumento a disposizione della maggioranza, rispetto al quale le minoranze devono poter trovare una protezione costituzionale in severi limiti di ammissibilità: le recenti vicende del *referendum* sulla *Proposition 8* in California sono molto significative a questo proposito³.

La stessa preclusione per i quesiti che rischiano, se approvati, di paralizzare il sistema rappresentativo, perché non lasciano in vigore la disciplina elettorale necessaria per il rinnovo delle Camere, a me sembra difficilmente superabile. Siccome non si tratta di una preclusione assoluta - avendo la Corte posto come condizione di ammissibilità la garanzia che comunque, anche dopo l'eventuale abrogazione, residui una disciplina elettorale autosufficiente - la questione finisce con innescare un complicato gioco di abilità tra chi scrive la legge, cercando di

³ Si tratta della proposta referendaria (approvata con il 52,24% dei voti) di emendare la Costituzione californiana nel senso di riservare il termine "matrimonio" alle sole unioni eterosessuali, proposta che è stata dichiarata illegittima in primo e secondo grado: si vedano le note di L. Conte e A. Lorenzetti su *Quaderni costituzionali* 2012 (in corso di stampa).

blindarla, e chi redige il quesito referendario, cercando di usare un bisturi linguistico per rimuovere intere parti di essa senza provocarne la paralisi. La praticabilità dell'esercizio di uno strumento che caratterizza la nostra forma democratica dipende dall'esito di questo gioco, il che è francamente inaccettabile.

3. C'è una possibile via d'uscita? Se il nostro fosse un paese normale, ci avrebbe già pensato il legislatore. L'art. 75 Cost., che ha introdotto un istituto del tutto inedito, avrebbe bisogno di un intervento di manutenzione che faccia tesoro di quarant'anni di esperienza e dei principi affermati dalla Corte costituzionale e da essa con tanta difficoltà amministrati. Ha ancora un senso l'elenco delle "materie escluse"? Corriamo il rischio – per esempio - che sia l'Unione europea a imporci un giorno di introdurre una deroga al divieto di sottoporre a *referendum* quesiti attinenti ai trattati internazionali – divieto che ha avuto ragioni storiche importanti, ma ormai abbondantemente dimenticate.

Purtroppo il legislatore italiano è troppo impegnato a disegnare grandiosi scenari di inutili riforme costituzionali per occuparsi della manutenzione, soprattutto quando si tratti dei "contropoteri". La legge sul *Bundesverfassungsgericht* è stata modificata nel corso degli anni numerose volte, anche per recepire le innovazioni introdotte dalla giurisprudenza – per esempio, riguardo alle tipologie delle decisioni. La disciplina del nostro processo costituzionale è rimasta invece sostanzialmente inalterata, e le non poche proposte di modifica che si sono avanzate in Parlamento non sono mai state rivolte al miglioramento del lavoro della Corte costituzionale, ma dettate da un desiderio di rivalsa contro decisioni non gradite alla politica. Sicché sperare in un intervento legislativo che risolva i nodi intricati che impediscono uno svolgimento sereno del *referendum* è utopistico: se il legislatore interverrà, sarà solo per erigere un nuovo bastione che renda ancora più arduo il ricorso allo strumento.

Per cui, al solito, bisogna contare sulla supplenza da parte della Corte costituzionale. Già in questa occasione si sarebbe potuto sperimentare questa strategia, sollevando la questione di legittimità dell'art. 37, c. 3, della legge 352/1970, che disciplina i *referendum*.

Il ragionamento è abbastanza semplice: il *referendum* abrogativo è uno degli istituti *costituzionalmente garantiti* attraverso cui il popolo esercita la sua sovranità, come promette l'art. 1 Cost. Il canone interpretativo da adottarsi perciò non può essere restrittivo al punto di togliere al corpo elettorale la possibilità di esprimersi su una legge di fondamentale importanza, come quella elettorale, che disciplina proprio la principale forma di esercizio della sovranità democratica, senza che vi sia un sicuro limite ricavabile dalla Costituzione stessa. Infatti la Corte rinviene questo limite nella necessaria funzionalità delle Camere e, quindi, nella esigenza che sia sempre e comunque disponibile una disciplina legislativa che ne consenta il rinnovo. Questo a me sembra un punto non contestabile.

A ben vedere, però, l'art. 75 Cost. non disciplina le conseguenze del *referendum* abrogativo, se non per quanto prescrive il suo quarto comma: “La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi.” I problemi sorgono a causa della legge ordinaria, la quale prevede che “(l)'abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale. Il Presidente della Repubblica nel decreto stesso, su proposta del Ministro interessato, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, può ritardare l'entrata in vigore della abrogazione per un termine non superiore a 60 giorni dalla data della pubblicazione” (art. 37.3). È solo a causa dell'automatismo previsto da questa disposizione che il *referendum* sulla legge elettorale, se approvato, rischia di lasciare le Camere prive di una disciplina elettorale. Ma si tratta di una disposizione che non rispecchia alcun vincolo costituzionale: anzi costituisce la possibile causa della paralisi istituzionale conseguente al voto referendario che – giustamente – la Corte costituzionale teme.

È evidente che al legislatore basterebbero poche parole per modificare questa disposizione sbloccando la strada oggi ostruita: sarebbe l'inizio della discesa dal Walhalla, ma non possiamo fidare in ciò. La via può essere – e avrebbe potuto essere già in questa occasione – un'impugnazione incidentale, nel corso del giudizio di ammissibilità del *referendum*, di questa disposizione, “nella parte in cui” non prevede che il Presidente della Repubblica, quando venga approvato il *referendum* abrogativo di una legge “costituzionalmente necessaria”, possa ritardare l'entrata in vigore della abrogazione sino all'emanazione di una nuova legge. Nel frattempo resterebbe transitoriamente in vigore la legge “abrogata”.

4. Sento già l'obiezione: in questo modo si toglierebbe al *referendum* abrogativo il suo effetto tipico, l'abrogazione diretta della legge. Ma questa obiezione non reggerebbe sul piano concettuale, e tanto meno su quello operativo.

Sul piano concettuale – che certo non è quello più rilevante - la “riforma” prospettata non toglierebbe al *referendum* la sua funzione di abrogare direttamente la disposizione sottoposta al voto: la nuova legge elettorale sarebbe l'evento al cui realizzarsi diverrebbe operativa l'abrogazione della legge sgradita agli elettori. Funzionerebbe secondo lo stesso schema della delegificazione: abrogazione differita al realizzarsi di un evento futuro. Al limite si potrebbe immaginare anche che il decreto del Presidente della Repubblica sia emanato entro i canonici 60 giorni, ma dichiararsi che l'abrogazione “entrerà in vigore” (uso la poco convincente terminologia della legge attuale) solo dopo il realizzarsi dell'evento.

Il meccanismo funzionerebbe in modo non dissimile dalla dichiarazione di “incompatibilità costituzionale” che il *Bundesverfassungsgericht* ha inventato e la

legislazione tedesca ha consolidato⁴, oppure alla *Declaration of incompatibility* con la CEDU introdotta nel Regno Unito nel 1998⁵: spetta al potere legislativo attivarsi per rimuovere la disposizione “difettosa”. In un sistema istituzionale efficiente, questa forma di *judicial review* - più tenue rispetto all’invalidazione della legge - regge senza gravi pregiudizi per i cittadini, poiché l’attivazione del potere legislativo non si fa attendere: le prerogative del potere legislativo sono salvaguardate senza che ciò si traduca in un offuscamento della prevalenza della Costituzione (o della Convenzione).

Sotto il profilo operativo, lasciando libero il corpo elettorale di esprimere il suo sdegno contro una legge, si otterrebbe l’importante risultato di incanalare la protesta nelle vie istituzionali, mettendo ben in chiaro le responsabilità delle forze politiche che si opponessero alla riforma legislativa auspicata. È vero che non ci si può attendere dal nostro apparato politico-istituzionale una risposta rapida e attenta come quelle che si registrano nei paesi prima citati. Ma è anche vero che, di fronte ad un voto massiccio, anche il nostro Parlamento non potrebbe mostrarsi troppo recalcitrante. Altrimenti i cittadini rischierebbero di andare alle elezioni ancora vigenti le vecchie screditate regole elettorali, ma i partiti rischierebbero anche di più, di dover affrontare il voto popolare portando pesanti i segni del loro comportamento.

Non voglio negare che la mia ipotesi comporterebbe un’attenuazione dell’effetto giuridico del voto referendario, ma almeno questo potrebbe aver luogo. E non ci troveremmo più di fronte alla insostenibile allargamento per via di legislazione ordinaria delle ipotesi di esclusione dell’esercizio di un fondamentale strumento di esercizio della sovranità popolare.

⁴ § 31.2 e § 79.1 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.

⁵ S. 4 dello *Human Rights Act 1998*.