



Rivista N°: 1/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 13/02/2024

AUTORE: Corrado Caruso*

LA RAGIONE REFERENDARIA E I SUOI GIUDICI**

THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT'S CASE LAW ON ABROGATIVE REFERENDUM ADMISSIBILITY. ISSUES AND NEW PERSPECTIVES

Sommario: 1. In breve - 2. Il peccato originale: la sentenza n. 16/1978 - 3. La ragionevolezza quale via per l'innesto di un sindacato di costituzionalità preventivo nel giudizio di ammissibilità - 3.1. Il sindacato di razionalità interna: la congruenza tra formulazione del quesito e oggetto dell'abrogazione - 3.2. Il postulato di coerenza tra lettera del quesito e intentio dei promotori - 3.3. Abrogazione e proporzionalità: le valutazioni intorno alla manipolatività del quesito - 3.4 La ragionevolezza secondo valori e la proporzionalità nel bilanciamento tra diritti: le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e/o necessarie - 4. Un riepilogo critico - 5. Le ragioni di un pregiudizio - 6. Una (moderata) apologia del referendum abrogativo - 7. Una nuova speranza? Proposte per riallineare la creatività argomentativa alle tecniche decisorie (e salvare il referendum).

1. In breve

L'art. 75 della Costituzione delinea una valutazione di ammissibilità della richiesta referendaria fondata sull'*oggetto* o sul *tipo* di legge. Questo controllo, che la I. cost. n. 1/1953 ha devoluto alla Corte costituzionale, prelude a un'operazione sillogistica di sussunzione del quesito nelle categorie legislative costituzionalmente escluse dalla consultazione referendaria. Il cammino giurisprudenziale, inaugurato dalla sent. n. 16/1978, si è allontanato da questo modello, innestando – in un giudizio astratto e marcatamente oggettivo¹ – le argomentazioni

* Professore associato di diritto costituzionale – *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

** Il saggio costituisce una versione ampliata della relazione tenuta al Seminario *Il referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 11 novembre 2022, Università degli Studi «Roma Tre». Gli atti dell'incontro di studio sono in corso di pubblicazione in un volume curato da D. Chinni e L. Pace, nella collana Roma Tre Press.

¹ Sui caratteri del giudizio di ammissibilità v. M. Luciani, *Art. 75*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della costituzione*, Roma-Bologna, Zanichelli 2005, pp. 506 e ss., A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 213 e ss.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

tipiche del sindacato di ragionevolezza e, prima ancora, di una *lettura materiale o per valori* dell'ordinamento costituzionale e delle sue fonti².

I sintomi di questo innesto possono essere rinvenuti in molteplici luoghi argomentativi oramai ricorrenti nelle motivazioni della Corte. Si pensi ai limiti basati sulle creative (e oscillanti) classificazioni relative all'atto sottoposto a referendum (legge costituzionalmente vincolata, legge necessaria *etc.*), alle valutazioni intorno alla omogeneità e alla manipolatività della richiesta, al giudizio di coerenza del quesito rispetto all'*intentio* dei promotori, alle considerazioni concernenti l'autoapplicatività della normativa di risulta.

Questi *topoi* argomentativi hanno ristretto le maglie del controllo di ammissibilità, marginalizzando il referendum abrogativo nella sua duplice essenza di fonte del diritto³ e meccanismo partecipativo orientato alla decisione politica⁴.

La giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità referendaria è tendenzialmente *unprincipled*, retta da un mosaico di micro-regole e sottili dissociazioni che accentuano l'occasionalità del giudizio e, con essa, una valutazione indirizzata dal contesto e dalla composizione del Collegio giudicante. Di fronte alla sovrainterpretazione dell'art. 75 Cost., sostanzialmente riscritto dalla creativa giurisprudenza costituzionale, nell'ambito di un giudizio privo di una reale controversia giuridica, e cioè di un caso da cui possano essere ermeneuticamente desunte le proprietà rilevanti, l'ammissibilità del referendum dipende da una alchimia di fattori giuridicamente *fuzzy* che esaltano la politicità della decisione: l'intenzione dei promotori, il contesto politico, il peso e le strategie dei principali attori istituzionali (partiti, Governo, *etc.*)⁵, gli orientamenti culturali dei singoli giudici sono ormai i criteri che, *di fatto*, determinano la sorte della richiesta referendaria.

Tali fattori, esterni al sindacato *stricto iure*, hanno contribuito alla trasformazione del giudizio di ammissibilità in uno stringente esame di costituzionalità anticipato, avente ad oggetto ora il quesito ora la normativa di risulta. Dietro a questa tendenza vi è probabilmente un pregiudizio della Corte costituzionale nei confronti del *fatto maggioritario*, che nelle

² Così anche F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, in *Quad. cost.*, 2022, p. 545. Sulla progressiva affermazione della teoria dei valori nella giurisprudenza costituzionale cfr. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 322 e ss.

³ Sulla qualificazione del referendum come fonte del diritto, da sussumere alla categoria non in virtù di elementi formali ma sulla base della «natura sostanziale del potere esercitato» e, quindi, sugli «effetti ad esso ricollegati dall'ordinamento», V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, pp. 96 e 97. Insiste sull'inquadramento del referendum tra le fonti del diritto M. Luciani, *Art. 75 Cost.*, cit., pp. 599 e ss.

⁴ Per la definizione del referendum come «dispositivo di partecipazione politica funzionale alla decisione», A. Morrone, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 529. Tra i primi a sostenere l'impossibilità di ridurre il referendum a semplice fonte del diritto, da inserire invece nel più ampio quadro della forma di governo, C. Mezzanotte, R. Nania, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Dem. dir.*, 1981, pp. 70 e ss. Sebbene l'inquadramento del referendum quale fonte normativa e dispositivo decisorio sia tra le letture più ricorrenti (e convincenti) dell'istituto referendario, non mancano ricostruzioni alternative, dirette ad esempio ad annoverarlo tra gli atti di controllo. Cfr. in questo senso S. Galeotti, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 337.

⁵ Per un'analisi dettagliata (e periodizzata) delle strategie referendarie perseguita dai principali attori della democrazia rappresentativa, A. D'Andrea, *L'impatto dell'abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana. Un'analisi retrospettiva*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 459 e ss., nonché la ricerca monografica di A. Morrone, *La repubblica dei referendum*, cit., *passim*.

consultazioni referendarie emerge in tutta la sua forza. La sovrainterpretazione dell'art. 75 Cost. ha contribuito (insieme a un certo abuso tattico dello strumento referendario da parte di partiti e attori sociali) alla disattivazione di un fondamentale istituto di partecipazione politica.

Per correggere questa tendenza due strade alternative possono essere percorse: la prima, impervia e poco realistica, volta a ripensare alcuni *leading cases* che definiscono lo statuto giurisprudenziale del referendum; la seconda, altrettanto coraggiosa ma forse meno dirimpente, conduce invece ad un riallineamento tra la creatività argomentativa e le tecniche decisorie utilizzabili, in questo tipo di giudizio, dalla Corte. Simile soluzione non avrebbe solo il pregio di rinverdire i fondamentali diritti di partecipazione politica sottesi all'istituto referendario, che rischia altrimenti di essere dimenticato nel ripostiglio della storia repubblicana, ma sarebbe anche coerente con il generale principio di lealtà istituzionale che deve informare le relazioni tra i protagonisti dell'ordinamento costituzionale.

2. Il peccato originale: la sentenza n. 16/1978

Il discorso sulla ammissibilità referendaria non può non prendere le mosse dalla arcinota sent. n. 16/1978, la quale segna il punto di partenza della giurisprudenza che, in via pretoria, ha conformato l'istituto referendario. Con questa decisione la Corte costituzionale ha abbandonato la «logica dell'automatismo»⁶ delineata dal combinato disposto dell'art. 75 Cost. e dell'art. 2 della l. cost. n. 1/1953, che presuppone una verifica basata sul tipo o, meglio *sull'oggetto* legislativo insuscettibile di abrogazione referendaria. Abbandonato l'approccio testualista che aveva caratterizzato le due sentenze precedenti⁷, la sent. n. 16/1978 esclude la tassatività dei limiti indicati dalla disposizione costituzionale. Secondo la Corte, vi sarebbero altre «ragioni, costituzionalmente rilevanti», capaci di integrare altrettante «ipotesi implicite d'innammissibilità inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del referendum abrogativo»⁸. Questi limiti impliciti rimandano a «valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost.»⁹.

Posta la premessa, la Corte sviluppa il perimetro del suo ragionamento lungo quattro direttrici fondamentali.

⁶ Così E. Bettinelli, *Itinerari della razionalizzazione della convenzione antireferendaria*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 519, con riferimento non solo ai limiti di cui all'art. 75 Cost. ma anche alle scansioni procedurali di cui alla l. n. 352/1970.

⁷ Si tratta della sent. n. 10/1972, relativa al referendum sul divorzio, e della sent. n. 251/1975, concernente i delitti connessi all'aborto. La sent. n. 10/1972 si apre (e si conclude) con l'emblematica affermazione secondo cui «a questa Corte, *nella sede attuale* [corsivo aggiunto], resta affidato soltanto il compito di verificare se la richiesta di referendum di cui si tratta riguarda materie che l'art. 75, secondo comma, della Costituzione esclude dalla votazione popolare». Colloca la sent. n. 16/1978 in continuità con i precedenti, o quanto meno quale sviluppo di premesse poste da questi, P. Carnevale, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 6 e ss. A parere dell'A., l'unica reale novità introdotta dalla decisione sarebbe stata quella relativa al limite dell'omogeneità del quesito, perché volto a delineare l'«essenza» del referendum abrogativo delineato dalla Costituzione.

⁸ Sent. n. 16/1978, cons. dir., p. 2.

⁹ Sent. n. 16/1978, cons. dir., p. 3.

La prima direttrice porta ad individuare alcuni limiti impliciti di natura formale, incentrati sul procedimento di approvazione della fonte sottoposta a referendum: non sono dunque ammissibili referendum sulla Costituzione e sulle fonti costituzionali, in virtù del procedimento aggravato delineato dall'art. 138 Cost., e sulle leggi a forza passiva rinforzata.

La seconda, che i giudici di Palazzo della Consulta definiscono «logico-sistematica» (ma che in realtà è teleologico-sistematica, come la dottrina coeva non ha mancato di rilevare¹⁰), porta ad interpretare in via estensiva il limite relativo alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali, nel senso di includere tra le fonti escluse anche le relative leggi di esecuzione. L'impossibilità di abrogare per via referendaria tali fonti deriva dall'*eadem ratio* che questa categoria condividerebbe con il limite esplicito prefigurato dall'art. 75 Cost.: non diversamente da quanto accadrebbe per l'abrogazione referendaria delle leggi di autorizzazione, la abrogazione delle leggi di esecuzione chiamerebbe in causa la responsabilità internazionale dello Stato.

Se, nelle ipotesi appena citate, sono ancora criteri (teleo)logico-sistematici a guidare l'interpretazione dell'art. 75 Cost., i due ulteriori ordini di limiti sono invece individuati grazie a lettura assiologicamente orientata della Carta costituzionale¹¹.

In primo luogo, la Corte esclude dal novero delle fonti oggetto di referendum quelle «disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, 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)». Vi sarebbero norme, ad avviso della Corte, che godrebbero, in virtù del loro contenuto riproduttivo o strettamente attuativo di un disposto costituzionale, una posizione più elevata nel sistema delle fonti. La «materia» costituzionale eccede dunque il testo costituzionale, nel senso che vi sono norme che sviluppano i valori codificati dalla Carta insuscettibili, in quanto tali, di abrogazione referendaria¹².

In seconda battuta, attraverso una «elaborazione concettuale [o dottrinale] dell'istituto»¹³, la Corte individua un ulteriore limite intrinseco, inerente al concetto stesso di referendum abrogativo. Ad avviso della Corte, «[u]no strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può essere infatti trasformato - insindacabilmente - in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto e sostenuto le iniziative referendarie»¹⁴. Per evitare dunque che il referendum si trasformi in uno strumento plebiscitario, e la sovranità del popolo nella sovranità dei promotori, non è ammissibile una «pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire

¹⁰ G. Tarello, *Tecniche interpretative e referendum popolare*, in *Pol. dir.*, 1978, pp. 592-593.

¹¹ Ritiene invece la sent. n. 16/1978 «figlia di una cultura costituzionale egemone che prediligeva un'interpretazione logico-sistematica e formalista» F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico*, cit., p. 544.

¹² In generale, per un primo spunto per una gerarchia materiale delle fonti, cfr. C. Mortati, *Costituzione dello Stato (dottrine dello Stato e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 169 e ss.

¹³ G. Tarello, *Tecniche interpretative*, cit., p. 586.

¹⁴ Sent. n. 16/1978, cons. dir. p. 5.

ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione»¹⁵.

Questi due nuovi ordini di limiti vengono introdotti attraverso una lettura per valori della Carta fondamentale. Essi portano a un esame di ragionevolezza del quesito referendario, trapiantando in sede di ammissibilità protocolli argomentativi che parallelamente andavano affermandosi, proprio in quegli anni, nel giudizio di legittimità in via incidentale per il tramite del principio di eguaglianza¹⁶.

Per quanto il giudizio di ragionevolezza abbia una morfologia complessa, che induce a tenere distinti i settori e i giudizi in cui esso trova applicazione¹⁷, non vi è dubbio che taluni momenti argomentativi abbiano una portata trasversale e generale. È la stessa Corte a riconoscere, in relazione all'omogeneità del quesito, la trasversalità del sindacato di ragionevolezza: come «la cosiddetta discrezionalità legislativa non esclude il sindacato degli arbitri del legislatore, operabile da questa Corte in rapporto ai più vari parametri [,] così la normativa dettata dall'art. 75 non implica affatto l'ammissibilità di richieste comunque strutturate, comprese quelle eccedenti i limiti esterni ed estremi delle previsioni costituzionali, che conservino soltanto il nome e non la sostanza del referendum abrogativo. Se è vero che il referendum non è fine a sé stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta; mentre è manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)»¹⁸. L'inclusione in una unica richiesta di una pluralità di domande eterogenee incide sulla matrice razionalmente unitaria del quesito, ed integra un *eccesso di potere referendario*, da parte dei promotori, da sanzionare con l'inammissibilità del referendum.

3. La ragionevolezza quale via per l'innesto di un sindacato di costituzionalità preventivo nel giudizio di ammissibilità

Il principio di ragionevolezza, sorto e sedimentatosi nel giudizio in via incidentale, viene così trapiantato nel controllo di ammissibilità. Nel sindacato di legittimità, esso ha espresso la necessità di adeguare la «forma del diritto alla consistenza dei rapporti di fatto», legittimando un «controllo degli atti legislativi sotto il profilo della mancata corrispondenza della disciplina alle esigenze di equità imposte dai contesti»¹⁹. Nonostante sia possibile offrirne una lettura

¹⁵ Sent. n. 16/1978, cons. dir., p. 3.

¹⁶ Cfr., per una analisi sistematica del passaggio giurisprudenziale dal principio di eguaglianza al sindacato di ragionevolezza, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, 899 e ss., G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁷ Cfr. L. Paladin, *Ragionevolezza*, cit. ult., pp. 901-903.

¹⁸ Sent. n. 16/1978, cons. dir., p. 5.

¹⁹ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 433, ma nello stesso senso già L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 194.

unitaria, quale sintesi dei valori costituzionali e categoria unificante dell'ordinamento²⁰, l'origine pretoria della ragionevolezza consente di isolarne i protocolli argomentativi, fortemente legati al contesto di applicazione. Ad essa possono essere ricondotti il sindacato di eguaglianza-ragionevolezza, che richiede di trattare in misura eguale situazioni ragionevolmente eguali e in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse; il controllo di razionalità come necessità di coerenza interna della legge rispetto al fine; il ragionevole bilanciamento tra beni omogenei sotto il profilo del rango materiale, a sua volta implicante un giudizio di proporzionalità sulla misura che incide sul bene costituzionale. A sua volta, lo scrutinio di proporzionalità verifica che la limitazione di un interesse di rango costituzionale sia idonea rispetto al fine, necessaria e strettamente proporzionata – bilanciata – rispetto alla esigenza di salvaguardare il contenuto essenziale del diritto o del bene postergato²¹.

Pur nella diversità della attribuzione, queste tecniche di giudizio troveranno ampio spazio nel sindacato di ammissibilità. Come emergerà definitivamente nella giurisprudenza successiva alla sent. n. 16/1978, l'innesto della ragionevolezza nel giudizio di ammissibilità ha consentito un esame preventivo di costituzionalità della richiesta referendaria²² realizzato sia sulla formulazione del quesito sia sulla normativa di risulta. L'esame sul quesito è volto a mantenere la richiesta entro i confini dell'istituto tracciati dalla Corte (referendum abrogativo e non propositivo, istituto di democrazia diretta non plebiscitaria, libertà del voto come consapevole autodeterminazione dell'elettore *etc.*); l'esame sulla normativa di risulta si traduce invece in un giudizio di legittimità astratto e preventivo orientato alle conseguenze dell'abrogazione sul sistema normativo.

3.1. Il sindacato di razionalità interna: la congruenza tra formulazione del quesito e oggetto dell'abrogazione

Quanto all'esame del quesito, la giurisprudenza costituzionale ha ormai sviluppato un giudizio di razionalità interna sul quesito referendario, che si esprime nei termini di un sindacato di idoneità allo scopo che la richiesta si premura di raggiungere. La necessità di una matrice razionalmente unitaria, che nella sentenza n. 16/1978 si traduceva in una valutazione di omogeneità materiale degli oggetti normativi sottoposti a referendum, è andata arricchendosi per progressive gemmazioni argomentative. Tali corollari integrano altrettanti limiti finalizzati ad assecondare la consapevole scelta dell'elettore, tra cui spiccano la coerenza, la non contraddittorietà e la autosufficienza del quesito. Oltre che per l'eterogeneità delle domande, la richiesta è quindi inammissibile «per la contraddizione fra la richiesta di abrogazione di una

²⁰ Cfr., rispettivamente, A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 138, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 375.

²¹ Sulla struttura argomentativa del bilanciamento cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, rispettivamente pp. 130-131, nonché A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185 e ss.

²² Simile slittamento è da tempo accertato dalla dottrina. Cfr. già M. Luciani, *Art. 75*, cit., pp. 523-524, nonché A. Pertici, *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 228-229.

disciplina e la mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che, invece, si vorrebbero sopprimere nel suo complesso»²³. Come ribadito anche di recente, alla completezza del quesito si affianca l'autosufficienza dello stesso, nel senso che l'eventuale approvazione della richiesta non deve lasciare intatte «disposizioni idonee a garantire la perdurante operatività di interi plessi normativi di cui si chiedeva l'eliminazione ad opera del voto popolare»²⁴.

La valutazione intorno alla non contraddittorietà e all'autosufficienza del quesito rivela una sorta di giudizio di razionalità *intra legem* o *intra ordinem*, a seconda che il quesito intervenga su unico atto legislativo o su atti diversi avvinti dalla medesima *ratio*. L'esame è infatti volto a verificare che la richiesta non generi antinomie all'interno della legge o, in una prospettiva più ampia, dell'ordinamento, così da vanificare gli effetti dell'abrogazione o dare vita a un assetto normativo contraddittorio. Tale sindacato incontra una certa dose di discrezionalità valutativa, ad esempio quando la Corte si trova ad esaminare la funzione di disposizioni non toccate dal quesito ma pure collegate alla disciplina o all'istituto oggetto della richiesta. Così, l'autosufficienza del quesito non viene meno quando l'eventuale normativa di risulta incontra «inconvenienti» pratici²⁵ o «elementi normativi marginali»²⁶. In queste ipotesi, il quesito viene di norma ritenuto ammissibile, con un monito al legislatore rappresentativo affinché intervenga, in caso di approvazione del referendum, per superare le disarmonie “minori” ingenerate dall'abrogazione popolare.

L'esame di coerenza interna tra il quesito e l'oggetto dell'abrogazione porta a spostare l'attenzione della Corte sul quadro normativo risultante dall'abrogazione referendaria. La valutazione di ragionevolezza coinvolge quindi anche la normativa di risulta e integra perciò un sindacato di costituzionalità anticipato sul risultato legislativo dell'abrogazione referendaria²⁷.

3.2. Il postulato di coerenza tra lettera del quesito e intentio dei promotori

Il giudizio di coerenza tra mezzo e fine referendario non riguarda solo il quesito e il suo oggetto normativo, ma si estende anche all'intenzione dei promotori rispetto alla formulazione letterale della richiesta. Nella giurisprudenza costituzionale si trova infatti una progressiva valorizzazione dello scopo soggettivo nella determinazione della portata e degli effetti dell'abrogazione referendaria²⁸.

Vero è che la Corte ha da tempo sottolineato come ogni domanda referendaria debba essere ricostruita alla luce della *ratio* obiettiva che evidenzia il «fine intrinseco dell'atto

²³ Cfr., tra le prime enunciazioni del requisito della completezza e non contraddittorietà, sentt. n. 27/1981 (abolizione della caccia), 29/1981 (smilitarizzazione della guardia di finanza).

²⁴ Sent. n. 57/2022, che ha dichiarato ammissibile la richiesta di abrogazione dei rischi di reiterazione del reato quale specifica esigenza cautelare.

²⁵ Cfr. sent. n. 32/1993, sul referendum “Segni”.

²⁶ Cfr. sent. n. 58/2022, sulla richiesta referendaria volta a separare le funzioni dei magistrati.

²⁷ In senso critico, cfr. già B. Caravita, *I referendum: minaccia o risorsa democratica?*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, Giuffrè, pp. 154 e ss.

²⁸ V. T.F. Giupponi, *I referendum, la Corte e il sistema politico. Riflessioni a partire dai quesiti sulla giustizia*, in *Federalismi.it*, Paper – 11 maggio 2022, p. 4.

abrogativo»²⁹, confinando, fin dalla sent. n. 16/1978, all'irrilevanza giuridica gli intendimenti soggettivi dei promotori³⁰. Numerose sono le pronunce che individuano la *ratio* dell'abrogazione referendaria attraverso un'indagine eminentemente teleologico-oggettiva³¹. Come da ultimo ribadito in relazione alla abrogazione dell'omicidio del consenziente, «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori [...], ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento»³².

Accanto ad esse, si trovano però decisioni in cui la *mens* dei promotori assume un rilievo decisivo ai fini della pronuncia di ammissibilità³³. L'apertura della Corte alla volontà referendaria coincide con la già accennata mutazione che ha incontrato il requisito dell'omogeneità, che da divieto di eterogeneità dell'oggetto referendario diviene postulato di coerenza tra scopo dell'intervento ablatorio e mezzo prescelto³⁴.

Il criterio teleologico-soggettivo non si limita a svolgere una funzione persuasiva, diretta a rafforzare l'individuazione finalistico-oggettiva della *ratio* abrogativa³⁵, ma è uno dei poli del giudizio di congruenza mezzo/fine referendario. È dunque necessario ricostruire il principio abrogativo attraverso «i comuni strumenti dell'interpretazione giuridica»³⁶, e quindi anche

²⁹ Sent. n. 27/1987 sull'ammissibilità del referendum volto ad abolire la Commissione parlamentare inquirente.

³⁰ Sent. n. 16/1978, cons. dir., p. 7, sulla richiesta di abrogazione totale dell'ordinamento giudiziario militare che avrebbe comportato l'eliminazione di disposizioni costituzionalmente vincolate. La Corte, pur aprendo al controllo di razionalità al quesito, ha dichiarato inammissibile la richiesta di abrogazione «[...] quali che fossero gli intendimenti soggettivi dei presentatori e dei sottoscrittori [...]» dell'iniziativa referendaria. Sul punto anche P. Carnevale, *Notarelle in tema di motivazione della richiesta di "referendum" abrogativo, interpretazione della sua "ratio" e intendimenti soggettivi dei promotori nel giudizio sulla ammissibilità delle proposte ablatorie popolari*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 406 ss.

³¹ Cfr., ad esempio, la sent. n. 25/2011 e, soprattutto, la sent. n. 27/2011, che individua lo scopo del quesito attraverso una semplice indagine sul rapporto tra formulazione letterale della domanda e oggetto dell'abrogazione referendaria: «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'intento dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori [...] ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento».

³² Sent. n. 50/2022.

³³ La distinzione tra *ratio* e *mens* del quesito ricalca la dicotomia *ratio/mens legis*, che richiama i differenti processi intellettuali di derivazione dello scopo della norma. Nel caso della *mens legis*, la norma giuridica viene intesa quale fatto storico di cui bisogna determinare la causa, e dunque il motivo: «[o]gni norma ha, anche se non espresso, il suo motivo necessario e sufficiente, in cui essa, come fatto storico, trova la giustificazione della propria esistenza; il giurista, risalendo dalla norma al motivo, passa dal piano dogmatico al piano storico». Viceversa, attraverso l'argomento teleologico oggettivo, la norma «[...] non viene più considerata come il mezzo ad un fine, ma come la conseguenza di un principio; vale a dire non viene più vista sotto l'aspetto di un fatto, di cui si tratta di trovare la ragione determinante della sua esistenza, bensì sotto l'aspetto di un giudizio, di cui si tratta di trovare la giustificazione (...). La norma, come fatto storico, è il risultato di un motivo; come giudizio deve avere un qualche fondamento». Così, per tutti, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pp. 107-108.

³⁴ Così M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 431, che individua nelle argomentazioni della sent. n. 29/1987 l'origine di tale cesura concettuale e la conseguente apertura all'intenzione soggettiva.

³⁵ Ad esempio, nella sent. n. 65/1990 la Corte ha deliberato l'ammissibilità del referendum che mirava all'estensione della tutela reale prevista dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 alle unità produttive con meno di 15 lavoratori, basandosi sull'univocità del principio abrogativo desumibile dalla formulazione letterale del quesito; nell'incedere argomentativo della Corte, la *ratio* della proposta referendaria ha trovato poi conferma nell'"intendimento dei promotori", effettivamente diretto ad «ampliare la tutela dei lavoratori nelle unità produttive indipendentemente dal numero dei relativi dipendenti».

³⁶ M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 432.

tramite l'indagine sulla volontà dei promotori accertata tramite un metodo storico-conoscitivo. Ad esempio, nella sent. n. 15/2008, relativa al referendum "Guzzetta" sulla legge elettorale, la proposta di abolizione del collegamento tra liste e dell'attribuzione del premio di maggioranza alle coalizioni alla Camera dei Deputati è ammissibile perché coerente con il fine, promosso dai presentatori della richiesta, «(...) di rafforzare (...) il processo di integrazione politica e di ridurre la frammentazione della rappresentanza parlamentare, fonte di instabilità dei governi e di inefficienza legislativa»³⁷.

In rare ma significative occasioni, l'intenzione dei promotori è utilizzata dalla Corte per delineare il significato della stessa normativa di risulta. In queste decisioni, la Corte ha imposto un vero e proprio giudizio di idoneità-adequatezza della normativa di risulta, i cui confini vengono ricostruiti sulla base del fine soggettivo del Comitato. Così, ad esempio, nella sent. n. 35/1985, in merito al referendum sull'abrogazione del taglio dei punti di indennità della scala mobile, l'irragionevole effetto retroattivo della normativa di risulta viene escluso proprio sulla base della volontà dei promotori³⁸. Nella sent. n. 40/1997, avente ad oggetto la richiesta di abrogazione dei moduli didattici, la contraddittorietà delle argomentazioni dei promotori ha invece portato la Corte costituzionale ad escludere l'ammissibilità del quesito³⁹.

Questi precedenti aiutano a comprendere la recente decisione relativa alla (asserita) depenalizzazione delle droghe leggere: dopo una lunga (e forse non necessaria, nell'economia della decisione) ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia, risultato di plurimi interventi del legislatore e dello stesso Giudice delle leggi, la Corte chiarisce come l'intenzione manifestata dal Comitato promotore (volta, con la tecnica del ritaglio, ad abrogare la responsabilità penale per la coltivazione domestica della cannabis), non trovi riscontro nell'eventuale risultato dell'abrogazione, che avrebbe portato a depenalizzare anche la coltivazione di sostanze "pesanti"⁴⁰.

3.3. Abrogazione e proporzionalità: le valutazioni intorno alla manipolatività del quesito

Il giudizio di razionalità referendaria, per quanto sconti una componente valutativa, è compiuto comunque entro una valutazione relazionale tra due elementi *dati*: la formulazione letterale del quesito e lo scopo soggettivo perseguito dai promotori, ricostruito soprattutto attraverso le memorie illustrative depositate alla vigilia della decisione.

³⁷ Sent. n. 15/2018, cons. dir., p. 5.3. In senso analogo, cfr. sent. n. 33/1993: la formulazione fortemente manipolativa del quesito elettorale è congrua rispetto allo scopo, «(...) come risulta precisato nella memoria presentata dai promotori», di produrre l'estensione del sistema elettorale dei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti ai comuni più popolosi».

³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 35/1985, cons. dir., p. 2.

³⁹ Dapprima, infatti, il Comitato promotore indicava nel ripristino del maestro unico l'unico effetto utile dell'abrogazione; poi mutava orientamento, ritenendo che l'eliminazione della disciplina comportasse semplicemente una maggiore autonomia delle istituzioni scolastiche nell'organizzazione dell'insegnamento. La contraddittoria volontà dei promotori si è riverberata sull'indeterminatezza degli effetti normativi della disciplina di risulta, determinando la scarsa chiarezza del quesito e, dunque, l'inammissibilità della richiesta referendaria.

⁴⁰ Sent. n. 51/2022, cons. dir., p. 9.1.

La discrezionalità valutativa risulta invece più ampia nell'esame della manipolatività del quesito. La giurisprudenza costituzionale ripete costantemente come non sia consentito, «mediante il cosiddetto ritaglio in sede di referendum, la manipolazione della struttura linguistica della disposizione, ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. [...] In questo caso si realizzerebbe uno stravolgimento della natura e della funzione propria del referendum abrogativo [...]. L'effetto abrogativo dell'istituto referendario può portare (come ha più volte portato nella storia repubblicana) anche a importanti sviluppi normativi, ma solo ove ciò derivi dalla riespansione di principi generali dell'ordinamento o di principi già contenuti nei testi sottoposti ad abrogazione parziale»⁴¹.

Nitido in teoria ma sfocato in pratica, il principio enunciato dalla Corte accentua l'imprevedibilità della decisione e l'erraticità degli orientamenti giurisprudenziali. Così, ad esempio, la regola del *first past the post*, prevista dalla legge elettorale del Senato del 1948, destinata secondo la legge a un'applicazione residuale perché subordinata al raggiungimento del 65% dei voti del candidato nel collegio, può diventare regola generale grazie alla abrogazione referendaria della soglia⁴²; di contro, è inammissibile il quesito volto a espandere la quota di collegi uninominali presenti nella legge elettorale del 2017 (cd. Rosatellum), anche tramite la manipolazione della legge di delega pensata per la rideterminazione dei collegi successiva alla riduzione del numero dei parlamentari⁴³. In senso simile, è inammissibile l'estensione, tramite ritaglio, della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo all'impresa con più di 5 dipendenti, che avrebbe reso generale una norma speciale, pensata per il solo imprenditore agricolo⁴⁴; inammissibile anche il referendum sulla responsabilità diretta del magistrato, che avrebbe introdotto nell'ordinamento un principio radicalmente innovativo, eliminando la pregiudizialità dell'azione nei confronti dello Stato⁴⁵. Sorte opposta incontra il quesito volto a cristallizzare la separazione delle funzioni dei magistrati, nonostante la stessa Corte ne sottolinei implicitamente il carattere innovativo, posto che la domanda referendaria «mira ad eliminare in toto la possibilità del mutamento delle funzioni», aprendo di fatto la strada a una possibile separazione delle carriere⁴⁶.

Si pensi, ancora, al referendum per consentire la partecipazione paritaria dei membri non togati a tutte le deliberazioni dei Consigli giudiziari, incluse quelle relative a carriere e status dei magistrati. Nel sancirne l'ammissibilità, la Corte sottolinea come la tecnica nel ritaglio sia, nel caso di specie, «necessaria per consentire la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel testo normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum»⁴⁷. Essa non avrebbe portata eccessivamente manipolativa, posto che la consultazione referendaria, in caso di esito positivo, avrebbe l'effetto di espandere «la portata applicativa delle previsioni relative al coinvolgimento dei membri laici nelle questioni inerenti all'amministrazione della giurisdizione». Verrebbe così sottratto

⁴¹ Cfr., da ultimo, sent. n. 49/2022, di inammissibilità del quesito sulla responsabilità diretta dei magistrati.

⁴² Sent. n. 32/1993.

⁴³ Sent. n. 10/2020.

⁴⁴ Sent. n. 26/2017.

⁴⁵ Cfr. sent. n. 49/2022.

⁴⁶ Sent. n. 58/2022.

⁴⁷ Sent. n. 59/2022.

«dall'ordinamento un certo contenuto normativo – la limitazione della sfera di competenza dei componenti laici dei Consigli in questione –» per sostituirlo «con quanto sopravvive all'abrogazione»⁴⁸.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale delinea il rapporto tra partecipazione “piena” e partecipazione “dimidiata” dei membri laici alle delibere dei consigli giudiziari nei termini di un rapporto tra regola ed eccezione o, forse meglio, tra principio e regola, tale per cui l'abrogazione della seconda avrebbe comportato la riespansione del primo. In realtà, i limiti al potere deliberativo dei consiglieri laici potrebbero essere considerati espressione di un principio generale, volto a garantire l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario. Potrebbe cioè sostenersi che la garanzia dell'indipendenza trovi diverse declinazioni a seconda dei contesti di applicazione, e dia dunque origine a *due regole distinte* a seconda degli organi di riferimento. Nell'ambito dei consigli giudiziari, la partecipazione *minus quam plena* realizza un bilanciamento tra due opposte esigenze, per un verso quella di aprire a un settore qualificato della società civile l'organizzazione della giustizia e, per altro verso, quella di evitare condizionamenti “localistici” nell'esercizio della funzione giudiziaria. A livello nazionale, ove non sussistono pericoli per indebite pressioni locali, è invece possibile riconoscere ai componenti laici del CSM un potere deliberativo: per scongiurare chiusure corporative del potere giudiziario è necessaria una loro partecipazione alle valutazioni di carriera e professionalità, in coerenza peraltro con la *ratio* dell'art. 104 Cost.⁴⁹

Non è chiaro allora quale sia *il criterio generale* che porta il ritaglio referendario a sconfinare nella manipolatività, così da trasformare il referendum abrogativo in uno strumento propositivo dai riflessi plebiscitari. E' in fondo lo statuto dogmatico del referendum a rendere sfumati i confini della distinzione: nonostante il referendum abbia una forza «asimmetrica e unidirezionale»⁵⁰ che esaurisce i propri effetti al momento dell'avvenuta abrogazione, non può dubitarsi che anche il referendum meramente abrogativo possiede la forza di legge, «in grado di innovare (abrogando) l'ordinamento»⁵¹: anche «l'abrogare puramente e semplicemente non è “non disporre”, ma “disporre diversamente” e costituisce pertanto esercizio di potestà normativa»⁵². Se, dunque, l'abrogazione referendaria ha sempre capacità innovativa, la distinzione tra abrogazione (meramente) *abrogativa* e abrogazione *propositiva* non riposa tanto su una diversa *qualità* del quesito, ma rinvia piuttosto a una questione di *grado* o, meglio di proporzionalità relativa al *quantum* di innovazione. In assenza di protocolli di giudizio stabili, di argomentazioni stringenti che giustificano quale sia la *proprietà giuridica* in grado di trasformare la mera abrogazione in eccessiva manipolazione, questa valutazione tradisce una componente intuizionista, magari giustificabile *ex post* sul piano argomentativo ma difficilmente prevedibile *ex ante*. L'etichetta di “referendum propositivo” apposta sul quesito per dedurne

⁴⁸ Sent. n. 59/2022.

⁴⁹ V., in senso simile, T.F. Giupponi, *I referendum, la Corte e il sistema politico*, cit., p. 12. Peraltro, se è vero che l'ordinamento riconosce ai componenti laici del CSM un potere deliberativo più ampio, potrebbe comunque sostenersi che tale potere è giustificato dal peculiare *status* degli appartenenti a un organo di rilevanza costituzionale.

⁵⁰ A. Barbera, *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizione abrogate*, sul Forum di Quaderni Costituzionali, 8 novembre 2011, p. 4.

⁵¹ A. Barbera, *ibidem*.

⁵² V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., p. 98

l'inammissibilità viene calata nelle trame motivazionali a mo' di *conversation stopper* e riflette un ampio margine di discrezionalità dai riflessi soggettivistici, cui non sono estranee considerazioni relative all'assetto istituzionale, ai valori in gioco e, inevitabilmente, agli orientamenti culturali dei componenti del Collegio. Non che questi elementi esterni, per così dire di contesto, non siano presenti in ogni giudizio che coinvolge la Corte costituzionale: il problema è il grado di incidenza di questi fattori nelle logiche decisorie e motivazionali. Per restare alla casistica sopra menzionata, ad esempio, l'eccessiva manipolatività attribuita al quesito concernente la responsabilità civile dei magistrati tradisce in realtà la consapevolezza, in seno al Collegio, circa la vigenza di un vincolo costituzionale capace di conformare il contenuto della disciplina, quanto meno nel senso della necessaria previsione della responsabilità indiretta⁵³.

3.4. La ragionevolezza secondo valori e la proporzionalità nel bilanciamento tra diritti: le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e/o necessarie

I limiti delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e delle leggi necessarie delineano aspetti ulteriori del sindacato di ragionevolezza innestati nel giudizio di ammissibilità.

Come si è visto⁵⁴, anche le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato spuntano dal cilindro della sent. n. 16/1978. Dietro a questa categoria, si cela una particolare gerarchia dei valori, un ordine materiale che la Corte mira a salvaguardare dal legislatore referendario. L'individuazione di questa categoria avviene grazie a un giudizio di ragionevolezza esterna, che valuta l'ammissibilità del quesito referendario alla luce di valori incompressibili di cui la legge è (considerata) riproducibile⁵⁵. È stato però subito notato come, in una Costituzione-programma come quella italiana, orientata alla poliarchia dei valori e dotata di disposizioni a fattispecie aperta a spiccata vocazione assiologica, la categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato rischia di essere una «scatol[a] vuot[a]»⁵⁶ sempre colmabile a discrezione della Corte.

È questo un limite pervasivo, che avalla una lettura totalizzante della Costituzione utilizzata per disinnescare l'istituto referendario. Forse anche nella consapevolezza della indeterminazione e, dunque, della potenzialità espansiva di tale limite, ad esso la giurisprudenza costituzionale ha ben presto affiancato quello delle leggi necessarie, insuscettibili di

⁵³ In effetti, fin dalla sent. n. 26/1987, nel dichiarare ammissibile il quesito volto ad abrogare l'autorizzazione del Ministro della giustizia all'esercizio dell'azione risarcitoria, la Corte auspica un intervento legislativo volto a individuare «condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati», in ragione della «peculiarità delle funzioni giudiziarie». In questo senso, v. G. Ferri, *Il referendum sulla responsabilità civile dei magistrati: quali le vere ragioni dell'inammissibilità?* in *Giur. cost.*, 2022, pp. 618-619.

⁵⁴ *Supra*, par. 2.

⁵⁵ Il giudizio di ammissibilità viene così assimilato al sindacato di "giustizia" della legge, per riprendere la tassonomia elaborata da G. Zagrebelsky, *Tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 179 e ss.

⁵⁶ F. Modugno, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale. A proposito della richiesta di referendum abrogativo di gran parte della L. n. 968 del 24 dicembre 1977*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato, vol. II: Libertà e autonomia nella Costituzione*, Giuffrè, 1982, p. 880, 887.

abrogazione nella loro interezza⁵⁷. Queste coincidono con quegli atti legislativi la cui eliminazione priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale la cui esistenza è invece richiesta e garantita dalla Costituzione⁵⁸. In queste ipotesi, «la disciplina che il legislatore ordinario detta per dare attuazione al disposto costituzionale, rappresenta una scelta politica del Parlamento che poteva anche essere diversa senza che ne resti elusa o violata la volontà della norma costituzionale e in ordine alla quale non può, pertanto, negarsi al popolo di esprimere il suo voto»⁵⁹.

Le leggi necessarie devono dunque essere obbligatoriamente vigenti *per Costituzione* ma possono essere liberamente modificate dal legislatore (anzitutto rappresentativo). Per gemmazione argomentativa, dalla crisi tra le leggi costituzionalmente vincolate e le leggi necessarie nascono poi le leggi costituzionalmente necessarie, che fissano «il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili»⁶⁰. I confini delle leggi necessarie, enucleate originariamente dalla Corte per consentire il corretto funzionamento dei *poteri* istituzionali, sono ampliati fino a ricomprendere le *condizioni*, fissate dalla legge, per l'esercizio di *diritti fondamentali*.

La distinzione tra leggi necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato sfuma sino a (quasi) scomparire, perché è impossibile, in una Costituzione che tende al proprio inveramento progressivo, distinguere le prime dalle leggi necessarie: «[o]gni obbligo costituzionalmente imposto al legislatore [...], una volta adempiuto con legge, produce in essa un vincolo sostanziale di contenuto, nel senso della necessità (della persistenza) di una disciplina (quale che essa sia), che renda possibile e continuo l'adempimento dell'obbligo costituzionale, il quale per sua natura è [...] obbligo...ad esecuzione continuata»⁶¹.

In queste ipotesi, la Corte costituzionale svolge un giudizio preventivo di legittimità costituzionale sulla normativa di risulta, utilizzando luoghi e forme argomentative tipiche del ragionevole bilanciamento degli interessi. È un bilanciamento deferente rispetto alle scelte del legislatore rappresentativo e piuttosto stringente rispetto alla richiesta referendaria, che non può abrogare normative e/o standard di tutela ritenuti, dalla stessa Corte, costituzionalmente indefettibili. Sul piano analitico, salta agli occhi la differenza del ragionamento giudiziale sotteso a questa categoria rispetto alle valutazioni concernenti la razionalità del quesito: mentre queste integrano un controllo interno che si snoda lungo canoni relativi alla coerenza e alla congruità rispetto al fine (obiettivato nel quesito o desumibile dalla volontà dei promotori), nelle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario il controllo avviene per linee esterne, nel senso che il parametro è dato dal principio o dal valore sostanziale ritenuto dalla

⁵⁷ Cfr. sent. n. 29/1987, di inammissibilità della richiesta di abrogazione totale della disciplina per l'elezione della componente togata del CSM; sent. n. 47/1991, di ammissibilità del quesito sull'abrogazione della preferenza multipla nelle elezioni della Camera dei deputati.

⁵⁸ Sent. n. 27/1987 sulla commissione parlamentare inquirente. Un primo accenno alle leggi necessarie può essere rinvenuto nella sent. n. 25/1981, che però ancora si muove nel solco delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato tracciato dalla sent. n. 16/1978.

⁵⁹ Sentt. nn. 27/1987, 29/1987.

⁶⁰ Sent. n. 35/1997 sul referendum di liberalizzazione dell'aborto volto ad eliminare le condizioni stabilite dalla l. n. 194/1978. Il *dictum* è stato poi confermato e precisato nelle sentt. n. 49/2000 (abrogazione della normativa relativa al lavoro a domicilio) e 45/2005 (abrogazione totale della legge sulla fecondazione assistita).

⁶¹ F. Modugno, *L'ammissibilità del referendum*, cit., p. 881.

Corte incompressibile. Non è, in altri termini, un problema relazionale tra formulazione normativa del quesito e suo scopo, ma è una questione che attiene alla stessa finalità che il referendum si preme di raggiungere: è lo scopo a risultare – appunto – inammissibile⁶².

È questo l'orientamento su cui ha fatto leva la Corte per respingere il referendum sull'omicidio del consenziente (ribattezzato dai promotori per "l'eutanasia legale"): il quesito mirava ad abrogare parzialmente l'art. 579, mantenendo in vigore le ipotesi in cui il consenso non fosse validamente prestato (per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione)⁶³. Ad avviso della Corte, l'effetto liberalizzante dell'abrogazione parziale «verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo». Non diversamente dalla finitima previsione di cui all'art. 580, relativa all'istituzione e all'aiuto al suicidio, l'art. 579 c.p. protegge «il diritto alla vita, soprattutto [...] delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate. [...] Quando viene in rilievo il bene della vita umana [...] la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima. [...] Discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano»⁶⁴.

Dietro alla valorizzazione di questa categoria legislativa vi è un giudizio di bilanciamento che, nel caso appena richiamato, si esprime attraverso la prevalenza di un bene (il diritto alla vita) rispetto al valore concorrente (la libera autodeterminazione della persona). In questa prospettiva, l'art. 579 c.p. non può essere *sic et simpliciter* eliminato perché esprime le condizioni di prevalenza del diritto alla vita sulla libera scelta della persona e, dunque, il ragionevole accomodamento tra beni in conflitto⁶⁵. La qualificazione dell'atto legislativo quale legge costituzionalmente necessaria cela dunque una valutazione di proporzionalità della disciplina,

⁶² Vale la pena richiamare R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, cit. p. 63 nt. 157 con riferimento al giudizio sulle leggi: «sia il test di ragionevolezza che il bilanciamento degli interessi hanno di mira il controllo della "discrezionalità" legislativa: nel primo caso si tratta però di un controllo [...] "interno" alle scelte legislative, relativo ai canoni (di coerenza, ragionevolezza, congruità rispetto al fine) che il legislatore deve rispettare nel compiere le sue scelte (...); nel secondo, [...] alla Corte si prospetta un controllo esterno, nel senso che il parametro è una norma "sostanziale" – e non un meccanismo metarelazionale [...] – che limita l'*ambito* delle scelte discrezionali, non il *metodo* con cui assumerle» (corsivi nel testo).

⁶³ Cfr. sent. n. 50/2022.

⁶⁴ Cfr. sent. n. 50/2022, cons. dir., p. 5.3.

⁶⁵ Ad avviso di C. Tripodina, *Sostiene ora la Corte che la libertà di autodeterminazione di morire "non può mai prevalere" incondizionatamente sulla tutela della vita*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 646, tra la libertà di autodeterminarsi alla morte e la tutela della vita non sia possibile alcun bilanciamento, perché la tutela di uno dei due beni escluderebbe in radice, dal punto di vista logico, la garanzia dell'altro. In verità, come mostra la vicenda Cappato (sentt. n. 242/2019, 207/2018), una terza via è sempre possibile, attraverso la prevalenza della libera autodeterminazione individuale a certe condizioni (ad esempio, quelle enucleate dalla stessa Corte). Nel caso della "eutanasia legale", invece, era la decisione referendaria ad essere "sbilanciata" nel senso di postergare, in misura sproporzionata, la tutela della vita.

favorevole al legislatore rappresentativo. Si tratta di una valutazione fortemente legata al procedimento di ammissibilità, e funzionale ad evitare l'*horror vacui* dell'abrogazione: nulla impedisce al Parlamento e in seguito alla stessa Corte di rivedere le condizioni di prevalenza in un giudizio di legittimità, magari alla luce di un caso concreto che tenti di allentare le maglie troppo rigide della disciplina legislativa⁶⁶. È il legislatore popolare invece che non può eliminare *la regola del conflitto*, poiché la mancanza di una regolazione (qualunque essa sia) sarebbe lesiva del contenuto essenziale del diritto in gioco. L'inammissibilità è quindi il riflesso di un «vizio della funzione legislativa popolare»⁶⁷, desunto sulla base di un giudizio prognostico sulla normativa di risulta, che risulterebbe incostituzionale *per omissione*. Tale incostituzionalità si riverbera sul quesito, che diventa a sua volta costituzionalmente illegittimo e, perciò, inammissibile⁶⁸.

Non diversamente dalle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, anche il limite delle leggi costituzionalmente necessarie possiede una naturale *vis expansiva*. L'evoluzione dell'ordinamento non può che portare a una estensiva stratificazione dei bilanciamenti legislativi prodotti dal Parlamento: di fronte all'effervescenza del pluralismo sociale, l'intermediazione rappresentativa definisce le regole di prevalenza di taluni beni costituzionali a detrimento di altri, secondo scelte politiche cangianti, figlie degli orientamenti e dei rapporti tra forze politiche presenti in Parlamento. Lo spazio costituzionalmente indifferente o vuoto, per parafrasare la metafora romana⁶⁹, colmabile dall'intervento referendario, è destinato inevitabilmente ad esaurirsi paralizzando l'iniziativa di cui all'art. 75 Cost.

4. Un riepilogo critico

L'innesto del giudizio di ragionevolezza nel sindacato di ammissibilità del referendum porta ad alcune conseguenze criticabili, in primo luogo, rispetto alla morfologia o, per dirla forse con un ossimoro, alla dogmatica della ragionevolezza. L'innesto delle sue figure tipiche in un sindacato astratto e marcatamente oggettivo porta, come si è visto, a un sindacato di costituzionalità preventivo sul quesito o sulla normativa di risulta. Tale ibridazione sterilizza le virtù della ragionevolezza, che, nel giudizio di legittimità, ha la finalità di adeguare, secondo i

⁶⁶ V. in questo senso, le dichiarazioni del Presidente Amato nella conferenza stampa successiva alla decisione, ora riportate in G. Amato, D. Stasio, *Storie di diritti e di democrazia. La Core costituzionale nella società*, Milano, Feltrinelli, 2023, pp. 238-23, che hanno lasciato intendere come una questione prospettata in via incidentale sull'art. 579 c.p. possa portare la Corte su posizioni simili a quelle espresse nella sent. n. 242/2019.

⁶⁷ Così I. Massa Pinto, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. Modugno, G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*. Atti del seminario svoltosi in Roma il 14 luglio 2000, Torino, Giappichelli, 2001, p. 220. In senso simile, da ultimo, A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2/2022, p. 94.

⁶⁸ Di diverso avviso I. Massa Pinto, *Il limite*, *ibidem*. L'A. separa il vizio della funzione legislativa popolare dal giudizio sulla normativa di risulta. Non ha torto allora A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria*, cit., p. 84, quando sostiene che la Corte, chiamata «a rispondere a un interrogativo: "è ammissibile il referendum?"; ha risposto invece, negativamente, a un diverso interrogativo: "è conforme a Costituzione la normativa conseguente al referendum?"»

⁶⁹ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1977, 207 e 211.

principi costituzionali, la legge al caso concreto. Il sindacato di ragionevolezza, nelle sue mutevoli forme e tipizzazioni argomentative, nasce per conformare la regola *legis* al contesto, il diritto legislativo al fatto⁷⁰. Questa operazione ermeneutica è resa possibile dall'interazione dei principi costituzionali con il caso schermato dalla norma legislativa. In assenza di un fatto o, meglio, di un caso *vivente*⁷¹ di cui sia possibile enucleare le proprietà rilevanti in grado di chiamare in causa uno o più principi costituzionali, nell'impossibilità quindi di desumere un *portato di giustizia* (costituzionale) dietro all'aspettativa sociale che bussa alla porta del giudice, il sindacato di ragionevolezza dà luogo a motivazioni *incorporee*, che si sviluppano attraverso concatenazioni logiche di tipo persuasivo ma empiricamente non verificabili, perciò difficili da confutare. È la realtà concreta o le circostanze della controversia, infatti, che consentono di verificare la correttezza degli assunti e delle conclusioni raggiunte dal Giudice costituzionale (e, forse, da ogni giudice). In assenza di un aggancio alla realtà, la ragionevolezza *astratta* del giudizio di ammissibilità rischia di trasformarsi in un sofismo sempre reversibile a seconda dei valori e degli orientamenti culturali del Collegio, colorandosi di venature volontaristiche in cui predominano valutazioni soggettive circa l'impatto del quesito referendario sull'ordinamento giuridico.

L'accentuazione degli elementi volontaristici e soggettivistici porta ad evidenti contraddizioni all'interno dei singoli filoni giurisprudenziali: alcune di esse sono già state passate in rassegna (ad esempio, quelle relative al grado di manipolatività del quesito, alla autoapplicatività della normativa di risulta e alla portata degli inconvenienti di «mero fatto»), altre possono essere richiamate *ad abundantiam*. Si pensi all'applicazione, a corrente alternata persino nella stessa tornata referendaria, della categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente necessario: quando si tratta di salvaguardare il contenuto essenziale del diritto alla vita non è ammesso l'intervento del legislatore referendario; quando, viceversa, la proposta è volta ad abrogare in *toto* la disciplina della incandidabilità (cd. «decreto Severino»), pure espressione, per giurisprudenza costituzionale costante, di principi costituzionali (il buon andamento e l'imparzialità della p.a. ex art. 97 Cost., nonché la necessità di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore ex art. 54 Cost.), la Corte individua altri interessi, pure di rango costituzionale (diritto di voto e principio di rappresentatività democratica) in grado di escludere il «contenuto di tutela minima»⁷² dell'atto legislativo oggetto del referendum. Non ha torto allora chi ha rilevato come questa asimmetria porti a una gerarchia materiale di valori⁷³ perseguiti dal legislatore rappresentativo: mentre è intoccabile un certo assetto dei diritti fondamentali, non altrettanto può dirsi per una disciplina che attenga al corretto esercizio dei poteri costituzionali. Peraltro, mentre il referendum sull'omicidio del consenziente non avrebbe comunque toccato le ipotesi aggravate di cui al terzo comma dell'art. 579 c.p., il quesito sull'incandidabilità avrebbe rimosso l'intero «decreto Severino». Una gerarchia materiale, dunque, indifferente alla diversa *estensione* dell'abrogazione e, quindi, alla *proporzione* dell'esito abrogativo, con

⁷⁰ V. *supra*, par. 3.

⁷¹ Il caso ha sempre un portato di senso sociale, capace di distinguerlo dal mero fatto inerme, che rimanda invece alla sussunzione sillogistica dello stesso nella norma giuridica. V. sul punto G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, pp. 188 e ss, 179 e ss.

⁷² Sent. n. 56/2022, p. 7.2. Cons. dir.

⁷³ F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum*, cit., p. 533.

buona pace del contenuto essenziale dei principi costituzionali coinvolti nella intermediazione legislativa.

5. Le ragioni di un pregiudizio

Una recente ricerca monografica ha evidenziato come, delle 168 richieste referendarie presentate alla Corte costituzionale, solo 87 sono state ammesse al voto⁷⁴. Circa un referendum su due non ha quindi passato il vaglio dell'ammissibilità costituzionale. L'innesto della ragionevolezza in simile giudizio ha dunque delineato un sindacato particolarmente stringente sulla richiesta referendaria.

Questi orientamenti hanno portato a una svalutazione del referendum abrogativo, nella sua duplice natura di fonte del diritto e strumento di partecipazione orientato alla decisione politica. Nel sistema delle fonti, la giurisprudenza costituzionale ha ormai collocato il referendum a livello sub-primario, subordinandone l'esperibilità a una ampia congerie di limiti che non operano nei confronti degli ordinari atti aventi forza di legge. Come si è visto, solo l'atto referendario è inserito all'interno di una gerarchia materiale delle fonti: oltre alle fonti formalmente sovraordinate non suscettibili di abrogazione referendaria, perché approvate con un procedimento aggravato o rinforzato, l'abrogazione referendaria non può interessare fonti che, pure formalmente legislative, sono il riflesso di un valore costituzionale che non tollera compressioni (leggi a contenuto costituzionalmente vincolato), di un equilibrio di interessi costituzionali non eliminabile se non attraverso un nuovo bilanciamento realizzato, *in positivo*, dal Parlamento (leggi a contenuto costituzionalmente necessario). In senso simile, non possono essere abrogate leggi necessariamente vigenti, strumentali a garantire il funzionamento di un organo costituzionale o di rilievo costituzionale (leggi necessarie).

Sotto il versante dei rapporti con gli organi democratico-rappresentativi, i giudici di Palazzo della Consulta hanno contribuito a sterilizzare l'innesto del referendum nella forma di governo, relegandolo ai margini dei processi di deliberazione democratica.

Di questa tendenza non è responsabile esclusivo il Giudice delle leggi. Il declino referendario è dovuto gli stessi requisiti delineati dell'art. 75 Cost. (si pensi al quorum strutturale)⁷⁵, alle maglie particolarmente rigide del procedimento di cui alla legge n. 352/1970⁷⁶, a un uso tattico dello strumento da parte di partiti e attori sociali. In effetti, al modello «neo-garantista»

⁷⁴ Cfr. A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 13, nt. 2.

⁷⁵ Non a caso, da tempo si discute di una revisione costituzionale volta ad abbassare il quorum strutturale, da calcolare non sul totale del corpo elettorale ma sulla partecipazione effettiva alle precedenti elezioni politiche (una proposta simile già in A. Barbera, *Una riforma per la Repubblica*, Roma, Editori Riuniti, 1991, p. 132). Il tentativo che più si è avvicinato a questo obiettivo era nella proposta di riforma costituzionale Renzi-Boschi approvata nella XVII legislatura, poi rigetta dal corpo elettorale con il referendum del dicembre 2016 (revisione che però subordinava l'abbassamento del quorum all'innalzamento a 800.000 delle sottoscrizioni).

⁷⁶ Per una panoramica, da ultimo, A. Pertici, *Il referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 498 e ss.

presupposto dai Costituenti⁷⁷, che consideravano l'istituto alla stregua di un mezzo per tutelare la società civile dagli abusi del potere rappresentativo, in molteplici occasioni i protagonisti della democrazia pluralista hanno piegato il referendum abrogativo a logiche eminentemente partitocratiche. È una tendenza favorita, sul piano normativo, dall'elevato numero di sottoscrizioni richieste per l'iniziativa, che implica organizzazioni strutturate, e dalla complessa tempistica posta dalla legge n. 352/1970⁷⁸. I partiti (e, in talune occasioni, altre formazioni organizzate, come i sindacati) si sono impossessati dell'istituto ora per emergere nella competizione con altri attori sociali, guadagnare visibilità ed accrescere i propri consensi, ora «per consolidare o aumentare la propria posizione nella maggioranza e nel governo»⁷⁹. Nella concreta esperienza storica del referendum, è valso però anche il contrario: partiti e soggetti sociali egemoni hanno ostacolato quelle iniziative referendarie capaci di mettere in discussione la loro egemonia o, comunque, il loro potere di determinare l'agenda politica⁸⁰. Queste opposte strumentalizzazioni tattiche dell'istituto, volte ora a cavalcare, ora ad opporsi al referendum, hanno probabilmente trovato ascolto nella stessa Corte costituzionale, che pure dovrebbe presentarsi, nel giudizio di ammissibilità, come organo terzo e *super partes* rispetto ai soggetti della democrazia rappresentativa, da un lato, e i protagonisti delle stagioni referendarie, dall'altro. Non vi è dubbio, infatti, che la sua erratica giurisprudenza possa essere anche frutto dei condizionamenti che, volta per volta, sono venuti dal sistema politico.

Al netto di tali considerazioni, che non possono essere in questa sede approfondite, non vi è dubbio che la giurisprudenza della Corte abbia contribuito al depotenziamento del referendum abrogativo. Dietro agli orientamenti citati poc'anzi si potrebbe celare una generale diffidenza del Giudice delle leggi nei confronti del *fatto maggioritario*. Nonostante i tentativi di parte della dottrina di ricondurre l'istituto referendario entro le finalità e le modalità di funzionamento della democrazia rappresentativa⁸¹, non vi è dubbio che la decisione referendaria si allontani dai meccanismi tipici della intermediazione rappresentativa. A differenza di quest'ultima, che origina da un *voto per eleggere* come strumento di legittimazione del rappresentante in vista della sua partecipazione deliberativa all'organo collegiale, il referendum parte dal quesito, dalla sua idoneità a mobilitare consensi e dalla «capacità dei promotori di coagulare interessi intorno ad essa»⁸². Il voto, momento finale di questo procedimento, è *per decidere*⁸³:

⁷⁷ Sullo scetticismo mostrato dall'Assemblea costituente nei confronti dell'istituto referendario, che portò all'approvazione, nell'ambito delle proposte presentate da Mortati, al solo referendum abrogativo, cfr. C. Mezzanotte, R. Nania, *Referendum e forma di governo*, cit., pp. 32-33, F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum*, cit., pp. 526-527, *amplius* M. Luciani, *Art. 75*, pp. 154-155.

⁷⁸ Cfr. art. 7 l. n. 352/1970, che richiede il deposito della richiesta presso la cancelleria della Corte di Cassazione da parte dei promotori. A questo deposito segue la pubblicazione dell'iniziativa in Gazzetta Ufficiale. È a partire da tale momento che andranno raccolte le sottoscrizioni da depositare nella cancelleria della Cassazione entro tre mesi, comunque non oltre il 30 settembre. Sul punto cfr. A. Pertici, *Il referendum*, cit., p. 504.

⁷⁹ A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 535.

⁸⁰ Cfr. B. Caravita, *I referendum: minaccia o risorsa democratica?*, cit., p. 155.

⁸¹ M. Luciani, *Art. 75*, cit., pp. 31 e ss.

⁸² A. Morrone, *La Repubblica*, cit., p. 531.

⁸³ Sulle diverse dinamiche di funzionamento del principio di maggioranza, a seconda che questo serva ad eleggere o a decidere, sia consentito il rinvio a C. Caruso, *Majority*, in Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Oxford, Oxford University Press, febbraio 2022, nonché a S. Cassese, *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia*, Roma, Milano, Garzanti, 1995, p. 37. Per un generale inquadramento

attraverso di esso, ciascun cittadino partecipa direttamente all'assunzione di una decisione politica a somma zero, nel senso che la proposta che ottiene un voto in più vince l'intera posta in palio⁸⁴. L'innesto dell'istituto nella democrazia dei partiti ha attenuato l'idea, forse accarezzata dai Costituenti, che il referendum possa essere il risultato di uno spontaneismo organizzativo emergente nella società civile. Non vi è dubbio però che il vincolo occasionalistico che lega il comitato promotore, i rapporti tra questo e il corpo elettorale, le modalità di discussione pubblica innescate dal quesito, la rigida alternativa posta della domanda e gli effetti della deliberazione definiscono il referendum come *un modo per decidere direttamente* sulle questioni pubbliche. Nella decisione referendaria, il fatto maggioritario mostra tutta la propria forza: non solo perché la deliberazione non conosce compromessi, ma anche perché porta sempre con sé un elemento di diretta identificazione plebiscitaria tra chi propone e chi vota il quesito. A un'attività disintermediata, «che esprime l'esaltazione e dispone il trionfo del principio di maggioranza»⁸⁵, la Corte costituzionale, organo *per vocazione* contro-maggioritario, attesta distacco e sfiducia, sfoderando il meglio della sua creatività giurisprudenziale. Simile diffidenza non può che aumentare nell'epoca della disintermediazione, della polarizzazione del dibattito pubblico e del disordine informativo favoriti dalle dinamiche di funzionamento di *social network* e piattaforme digitali⁸⁶. Anzi, concreto è il rischio di un ulteriore irrigidimento degli orientamenti giurisprudenziali, con una Corte costituzionale che, «occhiuta ed arcigna, interessata ad ostacolare il ricorso al voto popolare»⁸⁷, si autoproclami custode della democrazia rappresentativa.

6. Una (moderata) apologia del referendum abrogativo

Le (supposte) ragioni di sfiducia della Corte costituzionale spiegano perché al giudizio di ammissibilità è stato sovrapposto un sindacato di costituzionalità anticipato. L'attribuzione di cui all'art. 2 della l. cost. n. 1/1953 è stato riletta, dai giudici di Palazzo della Consulta,

(storico e analitico) del principio di maggioranza, cfr. A. Barbera, C. Fusaro, *Maggioranza, principio di*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, Roma, 1996, pp. 399 e ss.

⁸⁴ G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, 1993, p. 85.

⁸⁵ Così G. Ferrara, *Referendum e Corte costituzionale. Un'obiezione non lieve*, in *Le tortuose vie*, cit., p. 114.

⁸⁶ Sia consentito rinviare a C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, 2023, pp. 543 e ss.

⁸⁷ Così N. Rossi, *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvvisato azzardo?*, in *Questione giustizia, on line*, 15 settembre. A parere dell'A., l'irrigidimento degli orientamenti in materia di ammissibilità potrebbe essere una conseguenza dell'estensione ad opera del cd. emendamento Magi, presentato in sede di conversione del d.l. n. 77/2021, a tutti i cittadini (non solo, dunque, ai cittadini affetti da disabilità), della sottoscrizione digitale delle richieste di referendum (cfr. in particolare art 1, c. 344, l. n. 178/2020). In senso fortemente critico rispetto a tale novità, F. Pallante, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2021, pp. 344 ss. Secondo altre voci in dottrina, simile estensione, che avuto un ruolo decisivo nella raccolta delle firme per il referendum sulla cd. cannabis legale, poi dichiarato inammissibile dalla sent. n. 51/2022, avrebbe invece il positivo effetto di rivitalizzare l'istituto referendario, emancipandolo dal "monopolio" di fatto imposto da partiti e dai sindacati maggiori (così A. Pertici, *Il referendum abrogativo*, cit. pp. 506 e ss.), rimuovendo un ostacolo al fondamentale esercizio di voto ex art. 48 Cost. (cfr. P. Carnevale, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica*, in *Nomos* 3/2021, che pure propone, per evitare sottoscrizioni poco mediate, un «termine minimo» intercorrente dalla pubblicazione del quesito nella Gazzetta Ufficiale e l'inizio della raccolta delle firme).

attraverso il prisma del principio di legittimità costituzionale⁸⁸, che diluisce le singole attribuzioni della Corte in una olistica funzione di garanzia della Costituzione. Se, per un verso, questa lettura sistematica delle sue prerogative può essere anche comprensibile, perché volta ad evitare risposte frazionate ed incoerenti alle domande di giustizia costituzionale che provengono, a diversi livelli e attraverso differenti istituti, dalla società e dal sistema politico, per altro verso essa rappresenta uno dei sintomi dell'«ispessimento della materia costituzionale di cui la Corte costituzionale [...] si è fatta levatrice»⁸⁹.

Lo schiacciamento del Giudice delle leggi sulle conseguenze politico-istituzionali prodotte da una eventuale ammissibilità della richiesta offusca la struttura e, soprattutto, la *ratio* specifica del giudizio di ammissibilità, che dovrebbe invece trovare giustificazione in una lettura rigorosa dell'art. 75 Cost. L'innesto del sindacato di costituzionalità nel giudizio di ammissibilità sottostima il principio di separazione funzionale delle attribuzioni della Corte⁹⁰: tale criterio organizzativo richiede che ogni procedimento risponda a regole autonome, coerenti con la finalità ispiratrice della singola competenza attivata. Il processo costituzionale e le sue regole non sono solo funzionali ad assicurare la vocazione giurisdizionale della Corte⁹¹, ma sottintendono sempre un certo equilibrio di poteri, la posizione e le funzioni che, nel sistema complessivo, svolgono le istituzioni e gli attori sociali che sollecitano la cognizione della giurisdizione costituzionale.

Se ciascuna domanda referendaria esaminata dalla Corte non viene giudicata per l'oggetto formale indicato dall'art. 75 Cost. ma per le conseguenze ordinamentali che in astratto è suscettibile di provocare, ad essere premiata è, oltre alla condivisibile esigenza di riaffermare la supremazia della Costituzione, una *istanza di conservazione* volta ad escludere la decisione popolare dal circuito dell'indirizzo politico. Il rapporto tra regola ed eccezione posto dall'art. 75 viene così ad essere rovesciato, come se l'integrità dell'ordinamento giuridico o, meglio, l'integrità dell'indirizzo politico dei soggetti rappresentativi fosse sempre e comunque un valore *tirannico*, da realizzare integralmente e così preservarlo dagli eccessi della democrazia referendaria. Non ha torto allora chi ritiene che questa impostazione realizzi una «sovracostituzionalizzazione [...] della materia referendaria, ovvero l'attrazione nella sfera costituzionale di [...] questioni di natura schiettamente politica, su cui sarebbe fisiologico che si contendessero

⁸⁸ Cfr. già in questo senso, critico alla sent. n. 16/1978, V. Onida, *Principi buoni, applicazioni discutibili*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 561.

⁸⁹ A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit. p. 540. Per un complessivo sguardo critico rispetto al protagonismo della Corte costituzionale nelle dinamiche dell'ordinamento v., dello stesso A., *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 251 e ss. *Id.* *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, pp. 170 e ss.

⁹⁰ Su tale principio, in una analisi sul giudizio di legittimità in via principale, se si vuole C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, BUP, 2020, pp. 365-366.

⁹¹ Su tale vocazione insiste, da tempo, la scuola pisana: per tutti R. Romboli, *Oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Id.* (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1 e ss.

diversi visioni della società» anche oltre il canale della intermediazione rappresentativa⁹². La sterilizzazione per via giurisprudenziale del referendum abrogativo impedisce allo stesso di giocare quel ruolo collaborativo e di stimolo⁹³ che, in alcuni tornanti della storia repubblicana, esso ha indubbiamente svolto: non sono mancati casi (si pensi al referendum sul divorzio del 1974 o ai referendum sull'aborto del 1981) in cui i referendum hanno suggellato, anche oltre e a prescindere dal posizionamento dei partiti, l'emersione di nuovi diritti ormai maturati nella coscienza sociale, o hanno posto le basi per un rinnovamento di un esangue sistema politico incapace, per gli opposti veti incrociati, di assecondare i mutamenti epocali della società italiana (i referendum sulla preferenza unica o sul sistema elettorale uninominale).

Si pensi, ancora, al referendum sulla cd. eutanasia legale, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale. Non vi è dubbio che questo presentava forti inconvenienti tecnici, che ne rendevano fortemente incerta l'ammissibilità⁹⁴; è altrettanto vero, però, che esso, nato da una mobilitazione dal basso *alternativa* ai tradizionali canali di partecipazione (e intermediazione) partitica, avrebbe favorito un confronto pubblico su diritti e temi fondamentali per la società del tempo presente, ed eventualmente, in caso di esito positivo, uno stimolo ad intervenire per il legislatore rappresentativo (fermo, nonostante i principi enunciati dal Giudice delle leggi in occasione della vicenda "Cappato", alla legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento).

Il referendum non incanala solo istanze oppostive provenienti dalla società civile nei confronti degli abusi del legislatore rappresentativo, né può essere ridotto a mero strumento di lotta partitocratica. Esso può assumere, invece, un compito diverso, non certo incoerente con la Costituzione, volto a ridurre lo scollamento tra l'ordinamento legislativo prodotto dalla democrazia rappresentativa e la partecipazione popolare diretta a rivendicare nuove e inevase aspettative sociali.

7. Una nuova speranza? Proposte per riallineare la creatività argomentativa alle tecniche decisorie (e salvare il referendum)

Di fronte a queste tendenze, due strade alternative possono essere percorse.

La prima è volta a ripensare i *leading cases* che, a partire dalla sentenza n. 16/1978, definiscono lo statuto giurisprudenziale del referendum. Portare indietro le lancette della storia appare però compito impervio e poco realistico⁹⁵: troppe e variegate sono le decisioni e le micro-regole giurisprudenziali da ripensare; inoltre, il ritorno della Corte costituzionale all'automatismo sussuntivo disegnato dall'art. 75 Cost. è un'ipotesi fuori dal tempo, incoerente con l'acquisita centralità dei giudici di Palazzo della Consulta nel sistema costituzionale, persino troppo rigida rispetto alla concreta fisionomia che l'istituto referendario ha assunto

⁹² Così F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum*, cit., pp. 545-546.

⁹³ Sul punto A. Barbera, *Una riforma*, cit., pp. 85-88.

⁹⁴ V. *supra*, par. 3.4 e anche *infra*, par. 7.

⁹⁵ Cfr. M. Luciani, *Art. 75*, P. 523.

nell'esperienza politica del Paese. Come si è già accennato, partiti, forze sociali organizzate, persino lo spontaneismo della società civile hanno dimostrato che «il fine del referendum non è (solo) di essere *contro* ma (anche e soprattutto) *per* (qualcosa o qualcuno)»⁹⁶.

Certo, basterebbe prendere atto di questo dato, insieme alla scarsa consistenza, sul piano dogmatico, della distinzione tra mera abrogazione e abrogazione innovativa⁹⁷, per rivedere quanto meno le inammissibilità per manipolatività del quesito. Se in ogni proposta referendaria l'elemento innovativo è insopprimibile, l'inammissibilità delle proposte manipolative dovrebbe essere confinata ai soli quesiti formulati in modo da incidere sulla univocità della richiesta, su quella «matrice razionalmente unitaria» che consente di determinare, oggettivamente, la direzione del quesito. Solo qualora non fosse assolutamente desumibile il verso dell'abrogazione sarebbe impossibile l'autodeterminazione del corpo elettorale, e cioè l'esercizio di quel voto consapevole che, a partire dalla sent. n. 16/1978, la Corte costituzionale ritiene requisito imprescindibile per l'ammissibilità del referendum. Non si tratterebbe di rinnegare i propri precedenti, ma di valorizzare, nell'ampio prontuario giurisprudenziale che la Corte ha delineato, quelle decisioni che hanno collegato la manipolazione dei testi legislativi alla univocità del quesito.

Ad esempio, la già citata sent. n. 32/1993, nell'ammettere il referendum "Segni" sulla legge elettorale del Senato, ha evidenziato come fosse «per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo, se l'uso di questa tecnica è imposto dall'esigenza di "chiarezza, univocità e omogeneità del quesito" e di "una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative", sì da consentire agli elettori l'espressione di un voto consapevole». È l'univocità del quesito, ricostruita alla luce della *ratio* obiettivata nella richiesta e dell'intenzione dei promotori, a consentire la *razionalizzazione* del referendum e il suo innesto nella democrazia rappresentativa: una volta garantita tale condizione, l'innovatività propositiva del referendum non dovrebbe rappresentare un pericolo, ma anzi un salutare elemento di partecipazione capace di spargliare l'oligarchia delle forze sociali organizzate⁹⁸.

In ogni caso, chiarito come un generale *revirement* giurisprudenziale sia improbabile, non resta che imboccare una seconda strada, forse più realistica. Il Giudice delle leggi potrebbe rivedere i tipi di decisione, ad oggi schiacciati sulla alternativa secca tra ammissibilità e inammissibilità della richiesta referendaria, *a partire* dagli orientamenti giurisprudenziali appena passati in rassegna. Si tratterebbe, in altri termini, di arricchire le tecniche decisorie del giudizio di ammissibilità adeguandole alla creatività mostrata dalla stessa Corte negli impianti motivazionali.

⁹⁶ A. Morrone, *La Repubblica*, cit., p. 535.

⁹⁷ V. *supra*, par. 3.3.

⁹⁸ Se il termine non si prestasse a malintesi o a necessarie specificazioni, impossibili da offrire in questa sede, potrebbe dirsi che il referendum porti un elemento di plebiscitarismo salutare per le sorti della democrazia rappresentativa, come da tempo sottolineato dalla politologia più avvertita. Cfr. E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, Giappichelli 1994, G. Pasquino, *Plebiscitarismo*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, Treccani, *ad vocem*, ed. online. Ad avviso di quest'ultimo A., è da smentire l'idea che elementi plebiscitari razionalizzati portino all'instaurazione di sistemi autocratici. Sarebbe vero invece il contrario: «elementi plebiscitari [hanno] consentito di sventare pericoli autoritari e persino di instaurare esperimenti democratici».

Si pensi alla più volte sottolineata esigenza di autoapplicatività della normativa di risulta. Perché non immaginare che la Corte possa, nel suo dispositivo, differire nel tempo gli effetti di una eventuale abrogazione? Tale possibilità viene riconosciuta al Governo dall'art. 37, comma terzo, della legge n. 352/1970: il Consiglio dei ministri può differire l'abrogazione per (soli) 60 giorni. La soluzione individuata dalla legge non è a rime obbligate: al di là della possibile modifica legislativa della disposizione in esame volta ad estendere il termine suddetto⁹⁹ o, in via generale, a prevedere una sorta di differimento automatico per tutte le abrogazioni che dessero vita a una normativa di risulta non autoapplicativa¹⁰⁰, potrebbe ipotizzarsi una pronuncia di ammissibilità subordinata al *differimento*, entro un ragionevole termine stabilito dalla Corte, dell'eventuale abrogazione. Sarebbe così *imposto* agli organi politico-rappresentativi, in caso di successo dell'iniziativa referendaria, di intervenire per evitare paralisi istituzionali e correggere la normativa di risulta, evitando altresì di scaricare sul comitato promotore l'onere di confezionare quesiti eccessivamente manipolativi, che rendono arduo individuare l'univoca *ratio* referendaria. La sentenza di ammissibilità con abrogazione differita produrrebbe infatti un *obbligo giuridico* nei confronti dei soggetti rappresentativi, vincolati ad un intervento legislativo coerente con la *ratio* referendaria. La loro mancata attivazione potrebbe essere eventualmente giustiziabile attraverso il ricorso dei promotori per conflitto di attribuzione che, nella specie, opererebbe come una sorta di giudizio di ottemperanza dell'obbligo posto dalla Corte in sede di sindacato di ammissibilità¹⁰¹.

In questo modo la Corte assumerebbe il potere di differire l'abrogazione, sul modello delle ordinanze di incostituzionalità differita adottate a partire dal caso Cappato. Qualora si ritenesse una simile innovazione impossibile da realizzare sul piano interpretativo, ad analogo risultato potrebbe giungersi con una autorimessione della questione concernente l'art. 37 della l. n. 352/1970, con successiva, conseguente addizione realizzata sul testo della disposizione.

Altra proposta, da tempo evidenziata in dottrina¹⁰², è quella di sollecitare la Corte costituzionale a riequilibrare i propri poteri rispetto a quelli esercitati dall'Ufficio centrale del referendum, che non ha mancato di interpretare in senso estensivo i poteri ad esso affidato dalla legge n. 352/1970¹⁰³. Se la Corte è organo di chiusura del sistema, se la stessa si è ormai autoproclamata Giudice di omogeneità del quesito, perché non consentirle di scindere quesiti

⁹⁹ Simile proposta è in A. Pertici, *Il referendum abrogativo*, p. 515.

¹⁰⁰ In direzione simile andava la richiesta, avanzata dai Consigli regionali promotori in sede di giudizio di ammissibilità del referendum volto ad estendere i collegi uninominali del *Rosatellum* (e decisa dalla sent. n. 10/2020), di autorimessione della questione sull'art. 37 della l. n. 352/1970. La Corte ha dichiarato l'eccezione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, alla luce di una *ratio decidendi* incentrata sulla eccessiva manipolatività del quesito (e non sulla autoapplicatività della normativa di risulta)

¹⁰¹ Come noto, anche le *omissioni* di comportamenti costituzionalmente imposti sono sanzionabili dal Giudice dei conflitti, purché non si tratti di controversie astratte o ipotetiche: cfr., ad esempio, sentt. nn. 20/2014, 135/2013, 241/2009, 406/1989. Anche la nota sentenza n. 200/2006, sulla titolarità del potere di grazia, nonostante avesse formalmente ad oggetto una nota del Ministro della giustizia, originava dal rifiuto ministeriale di controfirmare il provvedimento presidenziale di clemenza.

¹⁰² Cfr. V. Onida, *Buoni principi*, cit., pp. 563 e ss., più recentemente A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit., pp. 540-541.

¹⁰³ Cfr., in particolare, l'art. 32 l. n. 352/1970, che assegna alla Corte di cassazione il potere di rilevare irregolarità nella formulazione della richiesta, di concentrare, scindere e denominare i quesiti. Cfr., a tale riguardo, la casistica su cui si concentra il pionieristico lavoro di R. Pinardi, *L'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 175-217.

eterogenei, là ove sia possibile individuare singole matrici razionalmente unitarie incluse in una unica richiesta? Non solo: posto che la Corte ha progressivamente ha esteso il giudizio di razionalità anche alla normativa di risulta, perché non intervenire con possibili manipolazioni del titolo e dell'oggetto del quesito, capaci di dar vita, in caso di esito positivo della consultazione referendaria, a un risultato normativo pienamente rispondente alla Costituzione? Per tornare al referendum sulla cd. eutanasia legale: è difficile contestare che l'abrogazione referendaria avrebbe potuto causare una *lacuna costituzionale*, e cioè a un'assenza di regolazione capace di ledere taluni dei beni costituzionali in gioco. La sua ammissibilità avrebbe dato vita a possibili incongruenze rispetto a quanto affermato, dalla stessa Corte, con riferimento alla fattispecie, per certi versi analoga, del suicidio assistito¹⁰⁴. Perché allora non incidere il quesito, con una sorta di *pronuncia additiva di ammissibilità*, aggiungendo le condizioni dettate dalla Corte nel cd. caso Cappato?¹⁰⁵

A questa soluzione non potrebbe obiettarsi l'eventuale violazione del diritto di iniziativa referendaria dei firmatari del quesito, che eventualmente sottoscriverebbero una richiesta *diversa* da quella poi ammessa e posta in votazione. L'iniziativa referendaria è deputata a sollecitare un'ampia congerie di controlli funzionali a consentire un voto popolare *consapevole* su una domanda *omogenea* ed *univoca*. Non è possibile parcellizzare la sequenza referendaria in una pluralità di atti autosufficienti gerarchicamente ordinati: la sottoscrizione è solo uno dei momenti di un composito procedimento orientato alla decisione che, passando attraverso differenziate tipologie di controllo, termina con il momento deliberativo e con l'eventuale dichiarazione presidenziale di avvenuta abrogazione. Impedire la manipolazione del quesito da parte della Corte in nome di una presunta, intangibile volontà dei sottoscrittori, peraltro inevitabilmente schiacciata sull'*intentio* dei promotori, comporterebbe una assoluta prevalenza del momento volontaristico a detrimento di una razionale manifestazione del voto popolare e delle stesse condizioni di ammissibilità enunciate dalla Corte nella sua giurisprudenza.

Non vi è dubbio che le soluzioni appena ipotizzate presentino un'elevata dose di creatività, pure coerente con la capacità, dimostrata dalla Corte costituzionale negli anni, di adeguare le proprie tecniche decisorie al contesto, alle sollecitazioni e ai problemi di giustizia costituzionali sollevati dai diversi protagonisti dell'ordinamento. Simili *escamotages* avrebbero il pregio di rinverdire il referendum abrogativo e di rimuovere gli ostacoli all'esercizio di fondamentali diritti di partecipazione politica, come il diritto alla petizione referendaria (art. 75 Cost.), il diritto al voto *per decidere* (art. 48 Cost.), il diritto a contribuire alla discussione pubblica su temi di interesse generale (art. 21 Cost.).

¹⁰⁴ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni di R. Romboli, rese alla vigilia della sent. n. 50/2022, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. relazione introduttiva*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, pubblicato sul *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, fasc. n. 1 del 2022.

¹⁰⁵ In senso simile v. U. Adamo, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Osservatorio AIC*, 2022, pp. 248-249. L'A., nelle more della decisione, aveva proposto l'adozione di una sentenza interpretativa di ammissibilità volta a uniformare il trattamento riservato dalla Corte al suicidio assistito all'omicidio del consenziente. La differenza tra le due proposte non è qualitativa, ma per così dire, di *grado*: mentre l'interpretativa enucleerebbe dette condizioni nella parte motiva della sentenza, l'additiva di ammissibilità dovrebbe trovare conseguente svolgimento nel dispositivo, che ospiterebbe la riformulazione del quesito.

Non solo: queste nuove tecniche decisorie consentirebbero una ricollocazione della Corte coerente con il principio di leale collaborazione¹⁰⁶. Il compito del Giudice delle leggi non è infatti quello di mediare direttamente conflitti politici, ma di delineare il «quadro d'insieme entro il quale la mediazione deve compiersi»¹⁰⁷. In altri termini, il rapporto tra partecipazione popolare, referendum, legislatore rappresentativo, soggetti sociali organizzati deve essere libero di svolgersi, anche in termini conflittuali, senza che sia la Corte a paralizzare l'iniziativa referendaria *a prescindere*, ergendosi a *tutore* dell'intermediazione rappresentativa. Si tratta invece di rovesciare la prospettiva: la funzione svolta dalla Corte costituzione dovrebbe essere quella di *garantire* l'esercizio del *referendum* secondo i binari della Costituzione. Una autorità garante *per* (e non contro) il referendum¹⁰⁸, che consenta il suo ragionevole innesto nella forma di governo e la partecipazione del cittadino agli indirizzi politici del Paese *attraverso il voto*.

¹⁰⁶ Cfr. A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria*, cit., p. 96.

¹⁰⁷ M. Cartabia, Presidente della Corte costituzionale, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, p. 6.

¹⁰⁸ Così anche A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 541.