

31 MAGGIO 2017

Decreto-legge su lavoro accessorio e
responsabilità solidale in materia di
appalti e *referendum in itinere*: prove di
aggiramento?

di Paolo Carnevale

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Roma Tre



Decreto-legge su lavoro accessorio e responsabilità solidale in materia di appalti e *referendum in itinere*: prove di aggiramento? *

di Paolo Carnevale

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Roma Tre

Sommario: 1. Il d.l. n. 25 del 2017 e il blocco delle operazioni referendarie in corso: *nihil sub sole novum?* – 2. Sospensione del *referendum* e decretazione d'urgenza – 3. Quali presupposti giustificativi? – 4. Prima meramente abrogare, per arrestare il procedimento referendario, e poi ridisciplinare la materia: si può aggirare il diritto al *referendum*? – 5. Legge e *referendum* abrogativo: una storia non priva di inganni ed elusioni – 6. Quali rimedi dinanzi ad operazioni di aggiramento legislativo del *referendum*? – 7. Ed in quali mani?

1. Il d.l. n. 25 del 2017 e il blocco delle operazioni referendarie in corso: *nihil novi sub soli?*

Caso interessante quello del decreto-legge 17 marzo 2017, n. 25, recante “Disposizioni urgenti per l’abrogazione delle disposizioni in materia di lavoro accessorio nonché per la modifica delle disposizioni sulla responsabilità solidale in materia di appalti”, assai rapidamente convertito, senza modificazioni, dalla l. 20 aprile 2017, n. 49. Si tratta, come è abbastanza noto a tutti, di un provvedimento adottato dall’Esecutivo al fine di bloccare lo svolgimento di due *referendum* già indetti dal Presidente della Repubblica per il prossimo 28 maggio, come evidenzia il fatto che oggetto dell’intervento legislativo siano proprio le normative proposte all’abrogazione dalle correlative richieste referendarie promosse dalla Cgil e dichiarate ammissibili dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 27 e 28 di quest’anno, di cui in un caso – quello cioè della disciplina riguardante il lavoro accessorio – come nell’altro – quello in materia di responsabilità solidale negli appalti – si prevede l’abrogazione espressa. In tal modo il legislatore intende evidentemente far leva sul meccanismo previsto dall’art. 39 l. n. 352 del 1970, secondo il quale «se prima della data dello svolgimento del referendum, la legge, o l’atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il referendum si riferisce, siano stati abrogati, l’Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso».

Si dirà che non c’è nulla di nuovo, non essendo certo questo il primo caso in cui il legislatore rappresentativo interviene sulla disciplina oggetto di una richiesta di *referendum* abrogativo nelle more del

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.



procedimento referendario in modo da interromperne lo svolgimento. Anzi si tratta di una modalità cui Parlamento o Governo ricorrono con una certa frequenza, non avendo le varie maggioranze politiche, in passato, neppure disdegnato percorrere, a fini impeditivi, persino la strada dello scioglimento anticipato delle Camere.

Ed allora, perché qualificare interessante la vicenda in questione? Cosa ha di particolare per meritare attenzione?

Cercheremo rapidamente di spiegarlo.

2. Sospensione del *referendum* e decretazione d'urgenza

La prima notazione da fare è che ci troviamo di fronte ad un decreto-legge che, come asserito da una ormai consolidata giurisprudenza dell'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione, di per sé non ha capacità bloccante il procedimento referendario. Ciò in ragione del particolare regime giuridico che caratterizza l'atto di decretazione d'urgenza le cui norme, ove non intervenga la conversione in legge nei sessanta giorni dalla pubblicazione – come ognuno sa – cessano di avere efficacia *ab origine*, con il conseguente ripristino della situazione normativa *ex ante*. Ne risulta – per le norme recate dal decreto-legge – una efficacia caratterizzata da una condizione di provvisorietà associata a precarietà del tutto incompatibile con la produzione di un effetto di tipo definitivo come la interruzione del procedimento referendario.

Si pensi soltanto all'eventualità di un decreto, il quale disponga l'abrogazione della normativa proposta all'abrogazione popolare, adottato in prossimità dello svolgimento di un *referendum*, il cui termine ultimo per la conversione cada in un lasso di tempo successivo alla data fissata per la convocazione della consultazione referendaria. Ebbene, ove si ritenesse altrimenti, basterebbe per il Governo adottare un provvedimento d'urgenza che pure non abbia reali possibilità di essere convertito (una sorta di decreto-legge a perdere, per usare la formula utilizzata in dottrina per altre ipotesi di “abbandono in corsa” dello strumento di decretazione d'urgenza affermatesi nella prassi) per conseguire l'effetto di inibizione della pronuncia popolare, ottenuto il quale (e scampato perciò il rischio del *referendum*), la mancata conversione farebbe tornare tutto come prima.

Senza poi dire che, secondo una prassi incontrastata, la legge di conversione è da considerarsi espressione di potestà legislativa che, ancorché oggi non possa più definirsi piena, come un tempo, non certo può dirsi funzionalmente astretta nella rigida alternativa del prendere o lasciare, con la conseguenza per cui è ben possibile che il contenuto originario del decreto subisca in sede parlamentare anche significative modifiche. La qual cosa evidentemente comporta che, ai fini di valutare l'impatto sulla normativa oggetto del *referendum* da parte della nuova disciplina introdotta dal decreto-legge, bisogna comunque restare in attesa della conclusione del procedimento di conversione.

Peraltro, alla medesima soluzione [] si sarebbe potuti pervenire anche movendosi su un piano più propriamente teorico-concettuale. Se, infatti, è l'esito abrogativo della normativa oggetto del quesito referendario che, ai sensi della previsione dell'art. 39 l. n. 352, produce il risultato di impedire che le operazioni referendarie abbiano corso, e ciò in ragione dell'equipollenza tra l'effetto massimo producibile dal *referendum* e quello conseguito dallo *ius superveniens*, allora la considerazione per cui – a rigore – il regime delineato dall'art. 77 Cost. fa sì che le norme recate dal decreto-legge, piuttosto che abrogare la disciplina proposta all'abrogazione popolare, sono in grado di disporre – secondo un autorevole e, ad avviso di chi scrive, condivisibile insegnamento – la deroga-sospensione, dovrebbe spingere a ritenere nella specie inapplicabile proprio l'art. 39.

Ciò in quanto, se è vero che sia la deroga che la sospensione condividono con l'abrogazione la qualifica di istituti relativi a vicende caducatorie della norma, è altrettanto vero che le prime due costituiscono un *minus* rispetto alla terza, stanti i caratteri di provvisorietà e non definitività che le caratterizzano a fronte della stabilità che, salvo ipotesi particolarissime, contrassegna e qualifica quest'ultima. Se ne ricava che esse, non pervenendo alla richiesta equipollenza funzionale col *referendum*, non sono in grado di integrare il presupposto giustificativo del meccanismo previsto dall'art. 39; equipollenza che si produrrebbe solo con l'intervento della legge che, anche laddove di mera conversione, stabilizzando la normativa decretizia genererebbe la trasformazione del precario effetto di deroga-sospensione in effetto propriamente abrogativo.

Per tutte queste ragioni, dinanzi a decreti-legge che dispongano l'abrogazione della normativa oggetto di una richiesta di *referendum* abrogativo è sempre necessario attendere l'eventuale intervento della legge di conversione, onde valutare l'impatto dello *ius superveniens* legislativo.

Cosa che, anche nel caso che ci occupa, l'Ufficio centrale della Cassazione si è affrettato, in apposito comunicato, a riaffermare a valle dell'adozione del d.l. n. 25, statuendo, poi, a seguito del perfezionamento senza modificazioni dell'«iter di conversione in legge di tale decreto [...] presso le due Camere del Parlamento», la sospensione con effetto immediato delle operazioni relative ai due *referendum* in corso (Ucr, ord. 21 aprile 2017).

A quest'ultimo riguardo, vale la pena di segnalare il fatto che il blocco delle operazioni referendarie sia stato disposto dall'Ufficio centrale prima ancora della entrata in vigore della legge di conversione, fidando soltanto sul fatto della sua avvenuta approvazione e senza neppure tener conto della promulgazione – compiuta peraltro il giorno precedente, ma della quale l'Ucr non sembra avvertito – la quale risulta evidentemente riassorbita nel novero dei meri «atti consequenziali per la formale entrata in vigore della legge di conversione» che non sarebbe necessario attendere, a fronte della esigenza di «evitare che, nell'attesa di tale esito, le operazioni predette proseguano in maniera inutile e dispendiosa».

Si tratta di una piccola forzatura, motivata dal fatto che la macchina organizzativa per lo svolgimento dei *referendum* fosse da tempo in funzione senza che l'adozione del decreto-legge avesse prodotto, per quanto si è sinora detto, alcun effetto sospensivo ed in assenza della possibilità – a suo tempo invocata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 1978 ma non recepita dall'inerte legislatore – di slittamento dei termini della finestra temporale per la consultazione popolare fissata dall'art. 34 l. n. 352 del 1970 – 15 aprile/15 giugno – in ipotesi di *ius superveniens*. Tenuto, tuttavia, conto della brevità dei tempi degli adempimenti successivi e della clausola di pronta entrata in vigore, in deroga alla *vacatio*, oramai tradizionalmente inclusa nel testo della legge di conversione – per un totale, a conti fatti, di un paio di giorni – forse l'Ufficio centrale avrebbe anche potuto attendere per pronunciarsi, evitando di ricorrere allo strappo formale.

3. Quali presupposti giustificativi?

Una seconda considerazione attiene invece al fatto che, trattandosi di un decreto-legge, il provvedimento deve essere corredato dei presupposti giustificativi costituzionalmente richiesti.

A tale proposito, nel preambolo del d.l. n. 25 si legge che l'adozione dello stesso è stata dettata dalla «straordinaria necessità ed urgenza di superare l'istituto del lavoro accessorio al fine di contrastare pratiche elusive, nonché di modificare la disciplina della responsabilità solidale negli appalti al fine di elevare ulteriormente l'efficacia delle tutele in favore dei lavoratori, in coerenza con la recente evoluzione della disciplina in materia di contratti pubblici».

Ora, è a tutti noto e confermato da molteplici dichiarazioni e prese di posizione al massimo livello politico-costituzionale che la necessità ed urgenza del provvedimento fosse dettata dalla esigenza di evitare i due *referendum* incombenti in materia, trattandosi di scelta – quella cioè di adottare il decreto-legge – assunta «nella consapevolezza che l'Italia non aveva certo bisogno nei prossimi mesi di una campagna elettorale su temi come questi» (dichiarazione del Presidente del Consiglio, resa nella conferenza stampa a margine del Consiglio dei Ministri del 17 marzo 2017 in cui è stato approvato il decreto-legge n. 25). Del resto, la piena e totale corrispondenza – come già osservato – fra oggetto normativo dei due quesiti referendari e contenuto del provvedimento d'urgenza costituisce, al di là di ogni ragionevole dubbio, la prova provata dell'esistenza di un nesso di causalità diretta fra i due *referendum* in corso ed il decreto.

Senza poi dire che il decreto in questione ha rappresentato la soluzione ultima da dare al problema della modifica della normativa in tema di lavoro accessorio al fine di evitare lo svolgimento del *referendum*; soluzione inizialmente individuata in un intervento legislativo correttivo in corso di elaborazione presso la Commissione Lavoro della Camera dei deputati e poi abbandonata, nel timore che non risultasse

propriamente soddisfattiva ai fini del meccanismo *ex art.* 39 l. n. 352, in favore della opzione del decreto-legge di mera abrogazione.

Per converso, il carattere apparente o, meglio, insincero della situazione di straordinaria necessità ed urgenza invocata nel preambolo parrebbe ritrarsi, quantomeno con riferimento di nuovo al lavoro accessorio, dalla previsione che consente l'utilizzo dei buoni (c.d. voucher) già richiesti alla data di entrata in vigore del decreto «fino al 31 dicembre 2017» (art. 1, comma 2), la quale si pone in evidente conflitto con l'esigenza di contrasto di pratiche elusive che, grazie alla clausola transitoria, avranno ancora la possibilità di verificarsi da qui a fine anno.

Peraltro, a mostrare in modo ancora più radicale la fragilità dei presupposti di necessità ed urgenza evocati dal Governo sta anche la considerazione per cui l'estrema semplicità e stringatezza del contenuto dispositivo adottato – il quale consta quasi esclusivamente di formule di mera abrogazione racchiuse in due soli brevissimi articoli – avrebbe potuto tranquillamente rifluire in una legge formale che la maggioranza non avrebbe avuto soverchie difficoltà – e comunque non maggiori di quelle affrontate per l'adozione della legge di conversione – a far approvare in tempo utile per scongiurare la consultazione referendaria. Prova ne sia il tempo utilizzato per provvedere alla conversione in legge del decreto, per compiere la quale è, appunto, risultata sufficiente *poco più della metà* del termine dei sessanta giorni a disposizione (la legge di conversione è stata, infatti, approvata in data 19 aprile, promulgata il giorno successivo, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 22 aprile, per entrare in vigore il giorno successivo).

Insomma, la condizione del decreto-legge in questione potrebbe essere sinteticamente definita, per l'aspetto ora in esame, come quella di un provvedimento dichiarato provvisto di presupposti giustificativi fittizi, in quanto non corrispondenti al vero e, tuttavia, *all'apparenza* non privo di urgente necessità, destinata nondimeno a restare nell'ombra perché priva di qualsivoglia richiamo ad opera dello stesso decreto.

Il che, però, non pregiudicherebbe di per sé ed in modo irrimediabile la legittimità dell'atto in parola, ove l'assenza di indici interni al testo del decreto finisse per essere compensata dalla presenza di indici esterni, contenuti ad esempio nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione. Cosa che, tuttavia, nel nostro caso va esclusa, stante il fatto che la relazione al disegno di legge di conversione del decreto n. 25 nulla aggiunge, nella sua assoluta concisione, al silenzio serbato a riguardo nel preambolo dello stesso.

Se ne potrebbe concludere che quello in esame sia un decreto-legge che, pur potendo esibire una ragione giustificativa, abbia, in modo singolare, preferito non farvi leva in favore di presupposti assai più fragili e contestabili non in grado di supportarne l'adozione. C'è da domandarsi: come mai?

Per tentare di rispondere al quesito, bisogna interrogarsi sul se ed in quale misura la vera, ancorché nascosta, ragione di necessità ed urgenza alla base del decreto in esame potesse assurgere a suo spendibile presupposto giustificativo ai sensi dell'art. 77 Cost. Si tratta cioè di chiedersi se il preambolo dello stesso avrebbe potuto essere fraseggiato nei seguenti termini: “Il Presidente della Repubblica [...] ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di evitare lo svolgimento dei due *referendum* in tema di lavoro accessorio e di regime di responsabilità solidale negli appalti dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 26 e 27 del 2017 e indetti per il prossimo 28 maggio [...] emana il seguente decreto-legge”.

A questo proposito, si può osservare che una siffatta giustificazione avrebbe sin troppo da presso ricordato quella nozione “relativa” di necessità ed urgenza, tutta interna alle dinamiche dell'azione del Governo che, seppur un tempo avallata da autorevole, quanto condiscendente, dottrina e da una prassi distorsiva lungamente protrattasi, una volta affermata la possibilità di un sindacato sui presupposti esterno al circuito dell'indirizzo politico – sia da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto-legge che della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale su decreto e legge di conversione, sia pur con il limite della “evidente mancanza” – non sembra più godere di spazi di effettiva riedizione. L'unica oggi rimasta in campo, infatti, è, almeno in tesi, la concezione obiettiva dei presupposti che richiede l'ancoramento del decreto ad una situazione, un contesto, una condizione fattuale che, pur soggetti all'apprezzamento discrezionale dell'Esecutivo, non possono risolversi in via esclusiva in una esigenza tutta politica legata all'attuazione del programma di quest'ultimo. Pertanto, ove il Governo avesse fatto leva sulla *ratio excludendi populum*, avrebbe sì compiuto un'operazione-verità, ma non avrebbe per questo fornito la normativa decretizia di un presupposto di legittimità rispettoso della previsione dell'art. 77 della Costituzione (almeno nell'interpretazione ad oggi invalsa).

Non solo, a ben riflettere, il presupposto in parola, quantomeno sul piano strettamente giuridico, si sarebbe rivelato non meno falso di quelli richiamati dal Governo: ciò non foss'altro per la ragione di cui si diceva in precedenza, secondo la quale l'effetto bloccante *ex art. 39 l. n. 352 del 1970* non è ascrivibile alla caducazione della normativa oggetto di iniziativa referendaria disposta da norme recate da un decreto-legge, onde chiamare in causa la necessità ed urgenza di evitare i *referendum* in corso avrebbe significato addurre una *ratio* giustificativa chiaramente inappropriata, in quanto riferibile semmai alla legge di conversione e non invece al decreto-legge in quanto tale.

Ebbene, alla luce di quanto qui osservato, sorprende un po' l'atteggiamento di sostanziale acquiescenza mostrato dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto-legge in questione, le cui criticità avrebbero invece richiesto, a nostro parere, ben altra presa di posizione.

4. Prima meramente abrogare, per arrestare il procedimento referendario, e poi ridisciplinare la materia: si può aggirare il diritto al *referendum*?

Ma torniamo alla questione dell'effetto impeditivo dei *referendum* abrogativi *in itinere* prodotto dallo *ius superveniens* legislativo qui in considerazione per svelare quello che, a nostro avviso, si presenta come l'aspetto più importante e preoccupante della vicenda in esame.

Ora, quantomeno con riguardo al lavoro accessorio, quello posto in essere è – a stare alle dichiarazioni susseguitesi nei giorni che hanno accompagnato l'adozione del decreto-legge – un intervento parziale o meglio un “primo” intervento, di tipo demolitorio, destinato ad essere seguito da un secondo, deputato a recare una complessiva ridisciplina del settore. Quella che viene prefigurata è, quindi, un'azione *bifasica* in cui l'abrogazione prodotta dal collegato decreto-legge/legge di conversione altro non sarebbe che il momento iniziale, in sé preparatorio dell'operazione di regolazione vera e propria della materia, da disporsi ad opera di un provvedimento legislativo successivo.

Se così fosse c'è da chiedersi quanto tutto questo possa risultare conforme al corretto atteggiarsi dei rapporti fra legislatore rappresentativo e iniziativa referendaria per come delineato proprio nella previsione dell'art. 39 della legge n. 352. È noto a tutti che quest'ultima è stata a suo tempo oggetto di una pronunzia audacemente conformativa della Corte costituzionale – la n. 68 del 1978 – che ne ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedeva che, in caso di intervenuta abrogazione della normativa oggetto di richiesta di *referendum* accompagnata da ridisciplina della materia, qualora lo *ius superveniens* legislativo non avesse mutato *funditus* quella medesima normativa – modificandone i principi ispiratori o i contenuti essenziali – il *referendum* non venisse bloccato, dovendosi invece trasferire il relativo quesito dalla vecchia alla (apparentemente) nuova legge (c.d. abrogazione sufficiente). Trasferimento che, assieme alla valutazione sull'impatto del diritto sopravvenuto, fu in quella medesima sentenza assegnato alla competenza dell'Ufficio centrale per il *referendum*.

Orbene, è altrettanto noto che a quella decisione la Corte pervenne sulla scorta della considerazione che altrimenti opinando – reputando, cioè, sufficiente a bloccare il procedimento referendario un qualsivoglia intervento legislativo di modifica – si sarebbe consentito al legislatore un utilizzo fraudolento del meccanismo *ex art. 39 l. n. 352*, in grado di frustrare «gli intendimenti dei promotori e dei sottoscrittori delle richieste di referendum abrogativo: prestandosi in tal modo ad eludere o paralizzare le stesse disposizioni dell'art. 75 Cost.». Si pensi soltanto all'eventualità per cui «la stessa riproduzione integrale dei contenuti di una legge preesistente, operata da una legge nuova, basterebbe a precludere l'effettuazione del referendum già promosso per l'abrogazione della prima di queste due fonti».

Ne consegue che, onde evitare che «la sovranità del popolo [... veng]a ridotta ad una mera apparenza», nell'ipotesi in cui «l'“intenzione del legislatore” rimane fondamentalmente identica [...] l'unica soluzione possibile consiste nel riconoscere che il *referendum* si trasferisce dalla legislazione precedente alla legislazione sopravvenuta» (Corte cost., sent.17 maggio 1978, n. 68).

Insomma, una decisione chiaramente ispirata ad una *ratio* antielusiva del diritto politico tutelato dall'art. 75 Cost., a presidio di uno dei principali strumenti di democrazia partecipativa previsti nel nostro ordinamento.

Senonché, come il caso che si presenta qui alla nostra attenzione parrebbe suggerire, quella garanzia delineata dalla Corte – che, peraltro, avrebbe dovuto essere accompagnata da una serie di interventi normativi a corredo, evocati in chiusura della sentenza ma mai posti in essere – rischia tuttavia di dimostrarsi facilmente aggirabile dal legislatore rappresentativo laddove il suo intervento *referendum in itinere*, piuttosto che esaurirsi *uno actu*, si articoli per l'appunto *in due momenti successivi*: il primo di abrogazione secca della normativa oggetto dell'iniziativa referendaria, il secondo di regolazione in positivo. In questa maniera alla prima azione si ascriverebbe l'effetto bloccante, alla seconda sarebbe assegnato il compito di recare la disciplina della materia che, adottata a valle della data di indizione del *referendum* quando ormai il pericolo della consultazione popolare è definitivamente scampato, non sarebbe più astretta nei limiti dell'abrogazione sufficiente delineati nella sentenza n. 68 del 1978; di modo che quella medesima disciplina potrebbe non mutare né i principi ispiratori, né i contenuti normativi essenziali della legislazione originaria, arrivando persino a proporre l'integrale riproduzione. In questo modo, il problema che si riteneva risolto con la manipolazione dell'art. 39 disposta dalla Corte costituzionale poco meno di quarant'anni fa potrebbe riemergere intatto in tutta la sua attitudine elusiva, senza che si disponga in diritto positivo di un adeguato meccanismo di salvaguardia.

5. Legge e *referendum* abrogativo: una storia non priva di inganni ed elusioni

Che quella qui ipotizzata non sia un'eventualità sin troppo fantasiosa, parto di una immaginazione oltremodo segnata da malizia, lo dimostra il fatto che la storia dei rapporti fra legislatore rappresentativo e *referendum* abrogativo è contrassegnata da episodi rivelatori di atteggiamenti ispirati ad una logica dell'elusione e del fraintendimento, piuttosto che a correttezza.

Pensiamo, innanzitutto, ai diversi casi in cui il seguito legislativo di abrogazioni popolari si è risolto in un aggiramento dell'esito referendario (viene da rammentare, ad esempio, quanto accaduto a valle del *referendum* sul finanziamento pubblico ai partiti o dei *referendum* per l'abolizione dei Ministeri dell'agricoltura e foreste e del turismo e lo spettacolo), sino ad arrivare alla clamorosa vicenda del ripristino della normativa abrogata in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza

economica, che ha visto intervenire la Corte costituzionale con una “storica” sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale della normativa riproduttiva (Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199).

Vengono, altresì, in mente gli interventi legislativi di natura provvedimentale in corso di procedimento referendario, volti a modificare ad esempio i termini temporali per lo svolgimento della consultazione popolare al (non dichiarato) fine di rendere più difficoltoso il raggiungimento del *quorum*: è il caso della leggina n. 40 del 2009 che, solo per i tre *referendum* in materia elettorale allora in corso, forzò la finestra temporale prevista dalla legge n. 352, estendendone il termine finale al 30 giugno, pur in presenza della possibilità di utilizzare l'ordinario intervallo previsto. La consultazione popolare, svoltasi il 21 e 22 giugno di quell'anno, si risolse per l'appunto in un nulla di fatto per il mancato raggiungimento del *quorum*.

Pure da rammentare è il caso del decreto-legge n. 34 del 2011, convertito nella legge n. 75 di quello stesso anno, che, nell'imminenza dello svolgimento del *referendum* in tema di centrali nucleari allora promosso e a ridosso della tragedia di Fukushima, ebbe ad abrogare la disciplina oggetto del quesito, prevedendo tuttavia una mera sospensione del programma nucleare (con un termine esplicito di un anno, poi scomparso nella legge di conversione) – il quale avrebbe potuto riprendere in seguito all'acquisizione di «ulteriori evidenze scientifiche, mediante il supporto dell'Agenzia per la sicurezza nucleare, sui profili relativi alla sicurezza nucleare, tenendo conto dello sviluppo tecnologico in tale settore e delle decisioni che saranno assunte a livello di Unione europea» (art. 5, comma 1) – ritenuto dall'Ufficio centrale insufficiente a bloccare l'iniziativa referendaria proprio per la sua potenziale carica ingannatoria che, prefigurando «una flessibile politica dell'energia [...] vanifica nell'attuale e in modo totale il fine abrogativo della proposta referendaria» (Ucr, ord. 3 giugno 2011).

Da annoverarsi, in questa rassegna delle fraudolenze, anche la circostanza della delegificazione della normativa oggetto del quesito ablatorio, con sostanziale riproduzione della disciplina delegificata ad opera del regolamento governativo adottato ai sensi dell'art. 17 cpv. l. n. 400 del 1988, verificatasi in occasione della richiesta di *referendum* in tema di smilitarizzazione della Guardia di Finanza presentata nel 1999 e dichiarata poi inammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 35 del 2000.

Abbiamo già, peraltro, ricordato in principio come le forze politiche della maggioranza parlamentare non abbiano esitato in alcuni casi a ritenere proficua (o preferibile) procedere allo scioglimento delle Camere e a nuove elezioni anche al solo fine di scongiurare, differendolo nel tempo, lo svolgimento di *referendum* sgraditi. Senza dimenticare la prassi oramai largamente seguita da parte delle forze politico-parlamentari e per quel ch'è più grave da rappresentanti istituzionali, anche al massimo livello, di assumere la strategia astensionista come principale (ed efficacissimo) strumento cui ricorrere nella campagna referendaria per neutralizzare le iniziative ablatorie popolari avversate.

Del resto, e per concludere questo rapido resoconto di eventi non commendevoli, gli stessi esordi della storia in parola avevano già prefigurato una certa qual inimicizia fra legislatore rappresentativo e istituto referendario, se è vero com'è vero che la legge di attuazione dell'art. 75 si è fatta attendere ben 22 anni e la sua approvazione non si deve certo, come è abbastanza noto, alla maturata esigenza di dare compimento al disegno costituzionale in uno dei suoi punti qualificanti, bensì ad una logica di scambio connessa all'approvazione della legge sul divorzio.

Certo, ci rendiamo ben conto come in tutto questo il *referendum* abrogativo non abbia semplicemente recitato il ruolo di vittima incolpevole, ma veda a sé attribuita anche una certa quota parte di responsabilità. Si pensi, ad esempio, all'utilizzo massivo del mezzo referendario in chiave di strumento quasi esclusivo di strategia politica e non come veicolo di *issues* specifiche che ha a lungo caratterizzato la nostra esperienza politico-costituzionale; oppure all'uso del *referendum* in luogo di legge attraverso, ad esempio, il ricorso a quesiti di tipo manipolativo o prediligendo configurazioni della domanda referendaria, peraltro alimentate dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in termini di autosufficienza assolutamente riottosa alla intermediazione legislativa; o, infine, all'impiego di quesiti ablatori chiaramente allusivi perché redatti per ottenere scopi non direttamente perseguibili mediante l'abrogazione delle norme correlative, ecc.

La sopra riportata rassegna degli aggiramenti da parte del legislatore non ha certo lo scopo di indicare reprobri o innocenti, carnefici o martiri o spartire responsabilità circa le ragioni di resistenza all'affermazione di una relazione di tipo integrativo fra legge e *referendum* popolare in grado di assicurare l'innesto sul tronco rappresentativo dell'istanza partecipativa. Il fine, molto più modestamente, era solo quello di disinnescare l'accusa di illusorietà e di eccesso di immaginazione all'ipotesi prefigurata al precedente paragrafo, mostrando come essa possa ahimè collocarsi in una robusta cornice di realtà.

6. Quali rimedi dinanzi ad operazioni di aggiramento legislativo del referendum?

Si tratta, a questo punto, di tornare a quella prospettazione per chiedersi se l'ordinamento sia dotato di qualche rimedio.

Si potrebbe, in prima battuta, pensare ad un recupero della tesi dottrinarica che sostiene la indisponibilità dell'oggetto della richiesta di *referendum* da parte del legislatore rappresentativo, in forza di una riserva di sovranità popolare sussistente durante lo stato di pendenza dell'iniziativa referendaria e destinata ad esaurirsi solo con il venir meno di quel medesimo stato. Tesi, si sa, radicale, assai contrastata in ragione delle non poche controindicazioni presentate e scartata dalla Corte costituzionale in occasione della richiamata decisione del 1978 in favore della via "mediana" tracciata attraverso la ricordata manipolazione dell'art. 39 l. n. 352. La circostanza, però, che l'ipotesi del raggio del diritto *ex*

art. 75 che quella soluzione voleva impedire si possa concretamente riaffacciare potrebbe ridar fiato a quella prospettazione.

Sennonché, a tacer d'ogni altra considerazione, il fatto che una simile soluzione richiederebbe, comunque, l'intervento del legislatore spinge il discorso sul piano dello *ius condendum* proiettandolo in uno scenario di incerta (anzi dubbia) prospettazione.

Forse, più utile e percorribile appare il tentativo di far leva sulla giurisprudenza costituzionale in tema di vincolo referendario, con riferimento specifico alla posizione assunta dalla Corte con la sentenza n. 199 del 2012, cui s'è già precedentemente fatto cenno. In quella occasione, infatti, posti dinanzi ad una *quaestio* riguardante una normativa sostanzialmente ripetitiva di altra precedentemente abrogata dal popolo, i giudici di Palazzo della Consulta hanno affermato che il divieto di riproduzione – sia nel senso della formale duplicazione, che in quello della ripresentazione di contenuti non innovativi – può essere accertato, a carico del legislatore rappresentativo, solo laddove, fra la pronunzia popolare e l'intervento legislativo, non sia intervenuto «alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto». Solo in presenza di una tale situazione di “invarianza contestuale”, la ripresentazione per via legislativa di una disciplina già abrogata *ope referendi* si risolve in una violazione dell'art. 75 della Costituzione.

Ebbene, un simile canone valutativo può – a parere di chi scrive – trovare applicazione anche nella vicenda che qui ci occupa. Nel caso, infatti, in cui un provvedimento legislativo di mera abrogazione di una disciplina oggetto di una richiesta di *referendum* abrogativo fosse seguito da una seconda legge che, reintervenendo nella materia, introducesse una disciplina non sufficientemente innovativa rispetto a quella originariamente oggetto della iniziativa referendaria – tale, cioè, da non produrre una modifica dei principi ispiratori o dei contenuti normativi essenziali – allora si potrebbe pensare quest'ultima legge come viziata per violazione dell'art. 75 Cost., se ed in quanto adottata in assenza di mutamenti del quadro politico o fattuale nel quale è stata presentata la richiesta ablatoria popolare.

E se, nell'ipotesi del divieto di non riproduzione della normativa abrogata, quella invarianza di contesto vale a presumere, obiettivandola, la perduranza della *voluntas* abrogativa al netto dell'accertamento del processo volitivo dei singoli votanti; nella circostanza che interessa ora, a permanere sarebbe l'esigenza di salvaguardia del diritto politico al ricorso al *referendum*, protetto per l'appunto dall'art. 75 della Costituzione – ed, anzi, in maniera più chiara e diretta del diritto al rispetto dell'esito abrogativo – dal quale il legislatore non potrebbe del tutto smarcarsi neanche a *referendum* ormai eclissato, senza attingere a quel livello di innovazione normativa assicurata o dalla novità contenutistica della disciplina o, in alternativa, dalla novità della situazione che ne circonda l'adozione. Ciò che vale a protrarre, in definitiva, la situazione *ante referendum* anche nella fase successiva, cui si estenderebbe quel regime di modifica condizionata delineato dall'art. 39 l. n. 352 per come riscritto dalla sentenza n. 68 del 1978 al

quale, del resto, il legislatore potrebbe facilmente affrancarsi attraverso un intervento *uno actu* di modifica della normativa oggetto della richiesta referendaria.

In questo modo, al legislatore sarebbe impedito ottenere a valle (*id est*, a *referendum* oramai interrotto) – ricorrendo all'artificio dell'intervento bifasico – quello che gli è negato a monte (*id est*, a *referendum* in corso), consentendo al meccanismo di salvaguardia previsto dall'art. 39 di non essere eluso.

7. Ed in quali mani?

Ciò detto, si tratta a questo punto di chiedersi chi potrebbe oggi far uso di un simile canone valutativo e a quale fine.

Fuori gioco l'Ufficio centrale della Cassazione, stante la chiusura definitiva del procedimento referendario, un primo possibile utilizzatore andrebbe, per prima cosa, individuato nello stesso legislatore rappresentativo che, ove intendesse far seguire ad una operazione di mera ablazione della normativa proposta all'abrogazione referendaria – magari messa in campo per la difficoltà a trovare nell'immediato una soluzione soddisfacente – un successivo intervento di nuova regolazione della materia, avrebbe così di fronte un principio orientativo per definire i margini di legittimo intervento; un criterio-guida capace di delineare lo standard di azione cui uniformarsi. Un canone liminare, fondato esclusivamente sull'esigenza del necessario distanziamento – in ragione della sostanza normativa o dello stato delle cose – fra la normativa originariamente oggetto dell'iniziativa referendaria e quella reintrodotta in sede di ridisciplina legislativa della fattispecie, che si ispirerebbe, a ben vedere, ad una logica assai prossima a quella a suo tempo seguita dalla giurisprudenza costituzionale per delineare i margini di legittimo ricorso alla reiterazione dei decreti-legge.

Esso poi, senza comprimere oltremodo la discrezionalità legislativa, assolverebbe tuttavia all'importante compito di prevenire il conflitto fra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa; conflitto che, in ordinamenti basati sul principio di sovranità popolare, ha un senso e una portata eccedente rispetto ad un mero problema di costituzionalità, nonché un costo ben più elevato in termini di complessiva funzionalità (e, direi, tenuta) del sistema costituzionale, tanto più quando si vivano tempi in cui i meccanismi propri della democrazia rappresentativa e gli strumenti di intermediazione politica sembrano aver perso parte del loro radicamento e non godono, quantomeno agli occhi di un'opinione pubblica abbastanza diffusa, di buona salute.

Secondariamente, trattandosi di un criterio valutativo di conio giurisprudenziale, viene da pensare ad un utilizzo da parte del giudice costituzionale in sede di giudizio di legittimità, laddove ad essere impugnata sia una (asserita) legge di aggiramento. Certo, come già per la elaborazione originaria dello stesso, andrebbero qui ripetute le cautele che ne dovrebbero accompagnare l'uso da parte della Corte, onde evitare che il suo sindacato si risolva in un (precluso) controllo sull'uso della discrezionalità legislativa.

Anche in questo caso, infatti, il sindacato sarebbe da considerarsi limitato a censurare le sole ipotesi di leggi riproduttive assolutamente prive di giustificazione o provviste di giustificazione del tutto inconsistente, sotto il profilo della evidente mancanza delle condizioni idonee ad integrare il richiesto mutamento della situazione obiettiva. Ciò, del resto, secondo un indirizzo già sperimentato in occasione di uno scrutinio che, in termini sia di politicità sia di contaminazione fattuale dell'apprezzamento rimesso al giudice delle leggi, presenta una notevole vicinanza a quello qui prefigurato: vale a dire il controllo sulla sussistenza dei presupposti del decreto-legge.

Ma non può trascurarsi anche un terzo importante potenziale fruitore: il Presidente della Repubblica in occasione del controllo effettuato in sede di promulgazione della legge di ridisciplina.

Non v'è dubbio che, rispetto al sindacato *ex post* esercitato dalla Corte, quello effettuato dal Presidente avrebbe dalla propria alcuni evidenti vantaggi.

Il primo è senz'altro costituito dal carattere necessario del controllo presidenziale, rispetto alla natura eventuale del sindacato della Corte costituzionale.

A questo si aggiunge – cosa ancor più rilevante – il fatto che si tratti di un riscontro preventivo, la cui virtualità positiva, in questo caso, risulterebbe decisamente enfatizzata dalla significatività politico-costituzionale del vizio che, come detto, esprime lo scollamento conflittuale fra forme espressive della democrazia nella cui capacità integrativa risiede un fattore essenziale di coesione del sistema. Impedire che la frattura si radichi con l'entrata in vigore della normativa legislativa in violazione dell'art. 75 Cost. è operazione che assume una valenza che eccede la preservazione del rispetto di uno specifico parametro costituzionale in favore di una tutela di carattere propriamente sistemico, la quale appare particolarmente consona alla funzione di controllo presidenziale, per l'inclinazione di quest'ultimo ad inoltrarsi in quel territorio del "merito costituzionale" che proprio del presidio della funzionalità del sistema costituzionale parrebbe trovare, secondo una definizione abbastanza condivisa, il suo più convincente *ubi consistam*.

Fra i pregi vantabili dal controllo presidenziale andrebbe, altresì, annoverata anche la prossimità temporale dello stesso rispetto al momento di approvazione della legge. Invero, in ipotesi di scrutinio sulle leggi fortemente influenzato da elementi fattuali e da valutazioni di contesto – come nel caso che qui ci riguarda, in cui alla verifica più tecnico-giuridica circa il grado di innovazione della scelta legislativa di ridisciplina della materia già regolata dalla legge proposta all'abrogazione popolare e, nelle more, abrogata, si accompagna l'accertamento sulla modifica «del quadro politico [... o], delle circostanze di fatto» – la concomitanza del sindacato fa sì che la congiunturalità storica che avvolge e permea di sé l'atto da vagliare non rappresenti di per se stessa un ostacolo decisivo al riscontro del controllore esterno. Questi infatti, intervenendo a ridosso, avrà la possibilità di muoversi nella medesima contingenza o nello stesso contesto, potendo così più facilmente ricostruire e valutare le

condizioni di maturazione della decisione da sottoporre a scrutinio. E si tratterebbe verosimilmente di un sindacato più pieno (perché più consapevole e con più spiccata sensibilità politica) rispetto a quello esercitabile *ex post* dalla Corte costituzionale, la cui distanza temporale dall'adozione della legge di ridisciplina, amplificando notevolmente l'incertezza nell'accertamento della condizione di invarianza del contesto e conseguentemente anche lo spazio di apprezzamento discrezionale del giudice costituzionale, spingerebbe – come già accennato – a limitare il sindacato alle ipotesi di “evidente mancanza” delle condizioni idonee ad integrare il richiesto mutamento della situazione obiettiva, consentendo la censura di leggi assolutamente prive di giustificazione o provviste di giustificazione del tutto inconsistente.

Vero è che quello che il Presidente può richiedere in sede di promulgazione è un mero riesame parlamentare, con la possibilità che le Camere restino ferme nella propria determinazione procedendo alla riapprovazione della legge. Tuttavia, se questo è asseribile in via astratta e sul piano più strettamente giuridico-formale, nondimeno non v'è chi non veda che sul piano politico una simile richiesta di riesame, pel fatto di attingere direttamente al cuore del rapporto di rappresentanza, toccandone le radici, ben difficilmente potrebbe essere elusa dalle Camere.

Certo, da un verso, va rilevato che al vaglio presidenziale circa l'incidenza su principi ispiratori o contenuti normativi essenziali non potrà che essere limitata ad ipotesi di chiara e poco opinabile continuità sostanziale – così che il controllo di evidenza troverebbe, su fronte diverso, un nuovo spazio di applicazione – non potendo chiedersi ad esso di attingere ai livelli di sofisticazione che hanno talora caratterizzato il riscontro della Cassazione.

D'altro verso, bisogna francamente riconoscere che il precedente del decreto-legge n. 138 del 2011 – il quale, nonostante la evidente riproduzione della normativa in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica già abrogata dal *referendum* del 12-13 giugno 2011, poi sanzionata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012 per violazione dell'art. 75 Cost., non ha trovato nel Presidente della Repubblica dell'epoca alcun ostacolo alla propria emanazione – non muove a facili ottimismo. Salvo a considerare che, forse, proprio la opportunità di poter far leva su quella storica decisione del giudice costituzionale possa indurre, in futuro, il Capo dello Stato ad assumere prese di posizione più coraggiose.