

## MARCO CROCE

### Incostituzionalità ipotetiche, “probabilità concrete” e “aspetti problematici”: quando la Corte vede ma non provvede

(pubblicato su “Forum di Quaderni costituzionali”)

1. Molto ci sarebbe da dire sulle sentenze che hanno dichiarato ammissibili il primo e il secondo quesito referendario: all'apparenza si tratta di decisioni ineccepibili, con motivazioni logicamente articolate, nonché ben scritte; ma a uno sguardo più attento molteplici sono i profili di dubbio che emergono. In questo lavoro ci si soffermerà in particolare sul Punto 6 delle due decisioni (n. 15 e n. 16 del 2008), che è peraltro l'unico in cui le due sentenze divergono in lievissima misura, per il resto essendo identiche.

Per prima cosa, però, pare opportuno richiamare i passaggi salienti del Punto 4, che serviranno per mettere in evidenza le contraddizioni presenti nel prosieguo delle decisioni: la Corte, richiamando abbondantemente i precedenti in materia, con una nettezza apprezzabile (che non sembra consentire *overruling* in futuro) riassume lo statuto peculiare delle leggi elettorali nel giudizio di ammissibilità referendaria, sottolineando che le stesse “appartengono alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, la cui esistenza e vigenza è indispensabile per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali”; di conseguenza, i quesiti referendari “non possono avere ad oggetto una legge elettorale nella sua interezza, ma devono necessariamente riguardare parti di essa, la cui ablazione lasci in vigore una normativa complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo”, pur nell'eventualità di inerzia del Legislatore. E, proprio per questo, i *referendum* elettorali “risultano essere intrinsecamente «manipolativi»” essendo “di 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”.

Dal Punto 4 si evince pertanto che: *a)* le leggi elettorali non sono assimilabili a nessuna altra legge, in virtù della loro indispensabile funzione; *b)* la normativa di risulta, con riguardo ai *referendum* in materia elettorale, è preventivamente sindacabile e ciò può essere causa di inammissibilità del quesito qualora venga vulnerato (*in via ipotetica*) il principio dell'indefettibilità degli organi costituzionali.

2. Che le leggi elettorali non siano assimilabili a nessuna altra legge è, si direbbe in linguaggio processual-civilistico, un fatto notorio: per la loro indispensabile funzione, per la loro centralità nel determinare gli equilibri politici, per il loro inscindibile e delicato rapporto con concetti quali la sovranità popolare e la rappresentanza.

È però necessario sottolineare un altro aspetto, che sembra essere stato totalmente trascurato dalla Corte: la legge elettorale, nel nostro ordinamento, non è assimilabile a nessuna altra legge anche e soprattutto perché è *sostanzialmente* (ma, forse, anche *formalmente*) non sindacabile dal giudice delle leggi per il tramite degli ordinari canali di accesso al sindacato di costituzionalità. È abbastanza singolare che il custode della Costituzione, che così tanto si è sforzato di valorizzare la *specialità* della legge elettorale allo scopo di renderla immune da un certo tipo di abrogazione referendaria, non si sia altrettanto impegnato per far sì che il compito ad esso attribuito possa dispiegarsi anche nei riguardi di un atto normativo così importante per l'ordinamento costituzionale nel suo insieme.

Quanto alla dottrina della necessaria autoapplicabilità della normativa di risulta, essa altro non è che la prova che la stessa è sindacabile ed è stata sindacata: quando la Corte ha dichiarato inammissibili alcuni *referendum* in materia elettorale perché gli esiti potevano dar luogo, in assenza di un intervento del Legislatore, alla paralisi del sistema, non ha fatto altro che svolgere un sindacato su di un'*ipotetica* normativa di risulta (si è considerata l'ipotesi che vincessero il "sì") alla luce di un parametro costituzionale implicito, ossia l'inammissibilità, anche solo teorica, di una situazione normativa che non consenta il rinnovo del Parlamento. Non si vede davvero perché lo scrutinio non possa essere condotto anche sulla base di altri parametri costituzionali: le giustificazioni portate all'eccezionalità della deroga, tese ad escludere altre ipotesi di sindacabilità della normativa di risulta, si basano tutte su dati di ordine quantitativo, quali la "particolare gravità" dell'ipotesi in questione, risultando così del tutto improduttive a livello dogmatico. Peralto, basta ipotizzare un caso di scuola per mettere in evidenza la fragilità di tale costruzione: immaginiamo che attraverso un quesito referendario fosse possibile impedire, con la tecnica del ritaglio, il voto di un genere (maschio, femmina) o di una minoranza (etnica, religiosa, ecc.) e che l'eventuale normativa di risulta fosse autoapplicabile: la fattispecie sarebbe meno grave e perciò non sarebbe possibile dichiarare l'inammissibilità del quesito? Davvero è "meno grave" rischiare di andare a votare con una legge elettorale incostituzionale piuttosto che correre il pericolo della paralisi del sistema? Delle due l'una: o l'ipotetica normativa di risulta è sindacabile sempre oppure non lo è mai. *Tertium non datur*.

3. Poste queste premesse si rivela abbastanza agevole mettere in evidenza le contraddizioni nelle quali ci si imbatte nel Punto 6 delle decisioni, già a partire dall'*incipit*: “Questa Corte ha escluso...che in sede di controllo di ammissibilità dei *referendum* possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di *referendum* sia della normativa di risulta”. Entrambe le cose non corrispondono però al vero: il giudice delle leggi ha più volte sindacato la normativa di risulta (in materia elettorale e in tutti gli altri casi in cui ha fatto ricorso alla categoria delle “leggi costituzionalmente necessarie”) e nelle decisioni che si stanno esaminando arriva addirittura a rivolgere un “obliquo” monito al Legislatore riguardante l’incostituzionalità della normativa vigente.

Lascia perplessi in primo luogo la strada seguita: tra tacere, cosa che avrebbe dovuto conseguire all'*incipit* richiamato, dichiarare inammissibili i quesiti per incostituzionalità della normativa di risulta o sollevare dinanzi a sé stessa la questione in relazione alla normativa vigente, la Corte sceglie la via della dichiarazione di ammissibilità con monito al Legislatore, probabilmente per cercare di “accontentare” i giudici rimasti in minoranza, tra i quali il relatore della s. n. 16 che si è poi rifiutato di redigere la decisione (ciò lascia pensare che si fosse espresso nel senso dell’inammissibilità del quesito).

In secondo luogo è discutibile il modo in cui la strada viene percorsa: invece che esaminare approfonditamente la questione con una “sentenza-trattato”, dal momento che si è scelta la strada del monito, la Corte dedica poche righe ad alcuni aspetti, con affermazioni timide e generiche - “carenze”, “aspetti problematici”, “probabilità concrete” e “inconvenienti” - in luoghi della decisione in cui si sta trattando dell’incostituzionalità o meno di un determinato profilo della legge elettorale.

Nel Punto 6 della s. n. 15, subito dopo l'*incipit* in cui si esclude che il giudizio di ammissibilità referendaria possa essere la sede per dare giudizi di illegittimità costituzionale, la Corte comincia a interrogarsi sull’eventuale irragionevolezza della normativa di risulta e della legge elettorale attualmente in vigore: “un giudizio di ragionevolezza sulla normativa di risulta non potrebbe essere anticipato” perché “verterebbe su norme future e incerte, in palese violazione delle regole del processo costituzionale italiano, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di costituzionalità senza che la questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata”; e, comunque, “l’assenza di una soglia minima per l’assegnazione del premio di maggioranza...è carenza riscontrabile già nella normativa vigente”.

Come già evidenziato in precedenza, anche il giudizio sui quesiti tendenti all’abrogazione totale o all’abrogazione che porti alla paralisi del sistema è un giudizio su norme future e incerte, per cui questo argomento ha scarsa consistenza a livello logico-giuridico. Inoltre, se la “carenza” è

presente anche nella normativa vigente, non vi è nessuna norma futura e incerta: qualunque sia l'esito del *referendum* la disposizione applicabile sarà la stessa. Infine, non sembra possibile ipotizzare alcuna concreta vicenda applicativa della norma riguardante il premio di maggioranza, di talché, ragionando nella stessa maniera del giudice delle leggi, si finirebbe per sancire l'impossibilità di sindacare la costituzionalità della legge elettorale. Ma anche ove esistesse la possibilità di una futura controversia sul punto, è proprio necessario permettere che le elezioni si svolgano sulla base di disposizioni incostituzionali prima di intervenire?

Quello che la Corte sembra non voler cogliere è la specificità del problema che ha di fronte: la legge elettorale non può essere oggetto di sindacato successivo-concreto, se non per gli aspetti riguardanti i diritti dei singoli elettori o eletti; per le lesioni che riguardano l'ordinamento costituzionale nel suo insieme l'unico sindacato che abbia senso (oltreché efficacia) è un sindacato preventivo-astratto. Dunque, volendo dare effettività alla tutela dei principî costituzionali, quando un'ipotetica normativa di risulta dovesse portare a esiti incostituzionali, ciò dovrebbe essere causa di inammissibilità del quesito, almeno in materia elettorale (conseguentemente a ciò che accade in caso di ipotetica violazione del principio di indefettibilità degli organi costituzionali). E qualora l'incostituzionalità fosse già presente nella normativa oggetto dei quesiti referendari, la Corte dovrebbe sollevare dinanzi a sé stessa la questione in modo da riuscire a colpire le disposizioni incriminate (la rilevanza sarebbe data dalla possibile rimozione dell'oggetto del *referendum*).

La Consulta scarta però queste due possibilità e, dopo aver ribadito l'impossibilità di dare, in sede di giudizio di ammissibilità referendaria "un giudizio anticipato di legittimità costituzionale", conclude segnalando al Parlamento "l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi". Questo pare essere il nodo critico delle decisioni che si commentano: infatti, o l'assenza di soglia minima è incostituzionale in relazione a qualche parametro - e la Corte avrebbe allora il dovere di dirlo chiaramente, visto che sta rivolgendo un monito al Legislatore - o non lo è - e allora sarebbe stato meglio tacere, visto che non vi è alcun aspetto problematico, a livello pratico, nel meccanismo in questione.

Subito dopo, al Punto 6.2, l'analisi del profilo relativo alla violazione del principio dell'eguaglianza del voto viene poi "liquidata" nella medesima maniera, dal momento che la Corte, dopo aver richiamato la s. n. 429/1995 e aver escluso di poter entrare nel merito (ma richiamare il precedente è già entrare nel merito), mette fra le righe un monito "obliquo", laddove afferma che "Altro problema è quello, cui si è accennato nel paragrafo precedente, del grado di distorsione in concreto prodotto. Ciò richiederebbe tuttavia una analisi della normativa di risulta ed, ancor prima, della legge vigente, estranea alla natura del giudizio di ammissibilità". Ragionando in questo modo,

però, come già si è accennato, si finisce col garantire l'immunità ai vizi più gravi che possono caratterizzare una legge elettorale: ipotizziamo che fosse possibile, tramite un'abrogazione referendaria, confezionare una normativa di risulta autoapplicabile che portasse la lista con la maggioranza relativa ad avere la totalità dei seggi. Si dovrebbe aspettare la “distorsione in concreto” per poter intervenire?

La Corte conclude poi il suo *excursus* dedicandosi alla possibile violazione dell'art. 49 C. ed escludendola. E l'incostituzionalità derivante dal mancato computo dei voti valdostani per l'assegnazione del premio di maggioranza? E la lesione dell'art. 51 C. vista l'assenza nella legge elettorale vigente di meccanismi idonei a promuovere la rappresentanza femminile? E l'irragionevolezza della compressione del principio della rappresentanza al fine di assicurare la governabilità senza che la stessa sia assicurata dal meccanismo scelto? Visto che si è scelto di comunicare al Legislatore qualche “aspetto problematico”, sarebbe forse stato opportuno segnalare anche quelle che sembrano essere incostituzionalità patenti.

4. Il Punto 6 della s. n. 16 è anch'esso quasi del tutto identico a quello della s. n. 15 e, dunque, criticabile nella stessa misura sulla base di quanto già detto in precedenza. Stupisce, però, nell'unica parte differente, il modo in cui la Corte tende a ridimensionare la lesione del principio di rappresentatività: “la ripartizione dei seggi a livello regionale implica che il detto premio di maggioranza venga assegnato a tante liste quante sono le circoscrizioni regionali; ciò rende meno probabile che l'attribuzione del premio si traduca in un'eccessiva sovra-rappresentazione della lista più votata rispetto alle altre”. L'incostituzionalità che la Corte sembra considerare presente, visto che rivolge anche in questa sentenza il medesimo monito al Legislatore, deriva in realtà dall'assenza di una soglia minima, senza che possano aver peso, nel giudizio, ipotetiche (per l'appunto) disquisizioni sul futuro e incerto risultato elettorale. E questo perché, come già evidenziato, in materia elettorale, riguardo a questi aspetti, il sindacato può essere solo preventivo e astratto. Altrimenti non può essere utilmente dato.

Peraltro, l'aspetto cui la Corte accenna è proprio quello maggiormente sospettabile di irragionevolezza: ossia, che senso ha limitare la rappresentanza con un meccanismo che contraddice sé stesso e che solo eventualmente produrrà una maggioranza (e che la può produrre di un colore diverso rispetto all'altra camera)? Ma anche su questo punto, il giudice delle leggi tace, dopo aver scelto di parlare.

Un'ultima notazione, sempre in tema di “incostituzionalità ipotetiche”, va fatta riguardo al Punto 7 delle due decisioni, laddove, in relazione al problema dell'eventuale impossibilità di assegnare il premio di maggioranza nel caso in cui le liste siano formate complessivamente da un

numero di candidati pari anche soltanto ad un terzo dei seggi assegnati nella circoscrizione, la Corte esclude l'incostituzionalità sulla base di un giudizio ipotetico: “se ci si mantiene sul piano delle ipotesi astratte, il paventato inconveniente è possibile sia a legge invariata sia dopo l'eventuale abrogazione referendaria; se invece ci si pone sul piano delle probabilità concrete, allora si deve riconoscere che si tratta di eventualità remote nell'una e nell'altra situazione normativa”. Come a dire: forse, in concreto, il meccanismo funzionerà e quindi non è irragionevole o irrazionale. Mentre è proprio questa astratta ipotesi (ossia predisporre un meccanismo che non dà certezza di funzionamento) a far emergere la possibile incostituzionalità per irragionevolezza (forse, per irrazionalità) della disposizione presente e futura.

In conclusione, si può dire che è stata persa la forse irripetibile opportunità di colmare la grave lacuna che si riscontra nel nostro sistema di giustizia costituzionale riguardo al sindacato sulle leggi elettorali; il timido monito è caduto nel vuoto e il corpo elettorale si avvia a esercitare il suo supremo diritto, per la seconda volta, sulla base di una legge probabilmente incostituzionale.