

Osservatorio sulle fonti

LA RIFORMA COSTITUZIONALE, L'ART. 138 DELLA COSTITUZIONE E IL REFERENDUM*

di *Stefano Merlini***

1. Nella discussione che ha accompagnato il percorso del d.d.l. A.S. n. 1429 sulla riforma del bicameralismo, il “focus” dei consensi e dei dissensi si è concentrato, come è del resto naturale, sui contenuti di quel disegno di legge, presentato dal governo Renzi come l’atto più rilevante di un programma di grandi riforme che avrebbe caratterizzato l’azione del nuovo esecutivo rispetto ai precedenti governi di Mario Monti e di Enrico Letta.

In realtà, e proprio in materia di riforme costituzionali, il governo Letta aveva, su diretto impulso del presidente della Repubblica, presentato un progetto di riforme sostanziali (fra queste anche quella del bicameralismo) che avrebbero dovuto essere precedute da una riforma delle norme vigenti sulla revisione della Costituzione (art. 138) in modo da rendere più veloce il procedimento decisionale del parlamento e consentire anche un costruttivo confronto fra la opposizione e quella pluralità di partiti che sostenevano, all’inizio, il suo governo.

È noto, a questo proposito, che il governo Letta oscillò fra il progetto di una “convenzione” di nomina bicamerale, aperta agli esperti e dotata di funzioni redigenti, e quel d.d.l. costituzionale di modifica (meglio, di deroga) all’art. 138 Cost. che, in linea con i precedenti del 1993 e del 1997, istituiva un “comitato parlamentare per le riforme”, formato da venti deputati e da venti senatori che avrebbero dovuto formulare una serie di progetti di riforma della Costituzione, divisi per materia e con limitata emendabilità; da approvarsi entro tempi determinati e sottoponibili a referendum anche se approvati con un quorum superiore ai due terzi dei parlamentari.

Rispetto ai precedenti del 1993, del 1997 e del governo Letta, il governo Renzi ha, invece, presentato il suo progetto di riforma costituzionale come un ordinario disegno di legge di revisione inserito nella vigente procedura prevista dall’art. 138 della Costituzione; con un mutamento del “metodo delle riforme” che ha cancellato quella tradizione di commissioni, comitati speciali e deroghe temporanee all’art. 138 inaugurato dalla Commissione De Mita–Jotti, proseguito dalla commissione D’Alema e ripreso infine, come appena sottolineato, dal governo Letta e si è riferito, invece, alla diversa tradizione inaugurata dalla modifica del Titolo V della Costituzione realizzata nel 2001 e proseguita con la riforma costituzionale fatta approvare dal governo Berlusconi nel 2005 e caduta, poi, ad opera del referendum del 2006. Riforma (questa ultima) che sembra avere ispirato il disegno di legge n. 1429 presentato da Renzi e da Boschi non soltanto rispetto al metodo ma anche rispetto al merito, in quanto entrambi i disegni di legge erano rivolti ad introdurre modifiche non a singole norme o Titoli della Costituzione, ma revisioni così estese da configurare un cambiamento della complessiva forma di governo vigente.

* Intervento al quarto Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, Firenze, 15 febbraio 2016.

** Già professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università di Firenze.

Osservatorio sulle fonti

Appare, dunque, singolare come la presentazione, ad iniziativa del governo Renzi, di un disegno di legge di legge di questa portata non abbia suscitato la nascita di vivaci discussioni e polemiche volte a valutare, prima ancora del contenuto di quella riforma, il problema delle condizioni in base alle quali il vigente articolo 138 della Costituzione consente di approvare riforme così pervasive del testo vigente.

A questo proposito è bene tenere ben distinti due diversi problemi; il primo, che è quello dei limiti che si pongono alla revisione costituzionale rispetto al contenuto delle modifiche proposte; il secondo che è quello dei limiti alla revisione che derivano dalla procedura speciale di revisione costituzionale che è prevista dall'art. 138 Cost.

Mentre il primo dei due problemi ha sollecitato, da sempre, una forte attenzione dei costituzionalisti e della stessa giurisprudenza costituzionale che ha elaborato, in proposito, teorie ormai consolidate, quali quelle del limite dei principi fondamentali e dei limiti impliciti che furono ampiamente discusse nel passato da Mortati, Crisafulli, Pizzorusso e da molti altri, il tema dei limiti alla revisione che derivano invece dalla procedura prevista dall'art. 138 sembra essersi concentrato quasi esclusivamente sul quesito della modificabilità dello stesso art. 138. Un problema certo fondamentale nella storia delle riforme costituzionali che sono state proposte dopo la entrata in vigore della legge n. 352 del 1970 e che ha provocato vivaci discussioni nel passato ma che sembra essere stato ormai superato da un'esperienza storica (quella delle “ deroghe temporanee, accennata sopra) che appare certamente più che discutibile ma sembra essersi ormai trasformata in una consolidata tradizione costituzionale.

Invece, ed a ben guardare, rimane aperto il problema dell'interpretazione del vigente art. 138 in relazione alle due diverse ipotesi in esso contenute (che riguardano, come è noto, la approvazione con la maggioranza assoluta o con i due terzi dei voti nella seconda votazione delle leggi costituzionali e di quelle di revisione della Costituzione) che sono correlate alla (possibile) richiesta di referendum; che è consentito nella prima ipotesi e vietato, invece, nella seconda.

Proprio la presenza del referendum ed il suo possibile inserimento nel procedimento di revisione della Costituzione hanno finito, invece, per assumere un notevole rilievo in tutte le leggi costituzionali che hanno introdotto quelle “ deroghe “ all'art. 138 Cost. vigente che ho sopra richiamate e che appaiono generalmente orientate a prevedere la possibilità di richiesta del referendum anche quando la approvazione delle riforme proposte avvenga con la maggioranza dei due terzi.

La ragione sottintesa a questo tipo di soluzione sembra evidente. Di fronte a proposte di revisioni della Costituzione complesse (come quelle che erano contenute nei disegni di legge sopra richiamati) la minoranza soccombente in parlamento avrebbe potuto comunque rivolgersi al corpo elettorale, destinato a funzionare come arbitro sulla opportunità di quei cambiamenti, anche radicali, della Costituzione che erano connessi alla temporanea “ deroga “ dell'art. 138.

Deve essere sottolineato, però, che la previsione di questo rafforzamento del potere di controllo da parte delle minoranze costituiva il necessario contrappeso rispetto a quel deciso allargamento dei poteri delle commissioni o comitati parlamentari che, sia nella bicamerale del 1993 che in quella del 1997, e nel d.d.l. presentato dal governo Letta, ve-

Osservatorio sulle fonti

nivano dotati di poteri referenti o di fatto redigenti; allargamento che era destinato, a ben guardare, non solo a rendere più spedito il percorso delle riforme ma anche a rendere più agevole il coagularsi attorno ad esse di una maggioranza più ampia rispetto a quella prevista dal primo comma dell'art. 138: cioè della maggioranza dei due terzi.

Nella più che trentennale esperienza delle “grandi riforme” che va dalla Commissione Bozzi del 1993 al d. d. l. Renzi Boschi del 2014 emerge, dunque, l'esistenza di una doppia, quasi schizofrenica coscienza. Da un lato, si colloca, infatti un percorso delle riforme fondato sulla temporanea modifica dell'art. 138 Cost. attraverso procedure che appaiono volte a facilitare il raggiungimento alla maggioranza dei due terzi. Procedure che prevedono, però, quasi sempre la possibilità di articolare la grande riforma in d.d.l. separati sui quali il referendum viene dichiarato ammissibile malgrado la maggioranza dei due terzi.

Dall'altra parte si colloca un diverso percorso che si ricollega alla modifica del Titolo V della Costituzione realizzato nel 2001; alla tentata riforma Costituzionale del governo Berlusconi del 2005 ed al d. d. l. Renzi. Un percorso che appare fondato sulla convinzione che revisioni anche complesse della Costituzione possano essere introdotte anche con sola la maggioranza assoluta e che l'esistenza del referendum non obblighi ad articolare le c. d. grandi riforme in parti omogenee e separate.

È, invece, evidente che a meno che il referendum non venga del tutto escluso dal procedimento di revisione costituzionale (il che sarebbe, però, contrario ai principi fondamentali della Costituzione) la sola eventualità della sua richiesta impone che le revisioni della Costituzione (sia che si tratti di semplici emendamenti, sia che si tratti di più complesse riforme) vengano assunte con modalità tali da essere compatibili con il senso ed il significato che sono propri all'istituto referendario e che debbono essere osservate anche in riferimento a quel referendum che la Costituzione inserisce nel procedimento di revisione costituzionale.

Come è stato chiarito nella copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha riguardato i referendum abrogativi, l'istituto referendario non può, infatti, non essere collegato alla proposizione di quesiti che siano dotati dei requisiti della omogeneità, della chiarezza e della univocità. Dunque, il sì o il no che è richiesto all'elettore deve essere correlato ad un giudizio su norme, o complessi di norme, che essendo anch'esse omogenee ed univoche, consentano una razionale adesione o un razionale rifiuto alle loro specifiche previsioni.

Se si vuole modificare, dunque, la Costituzione attraverso “grandi riforme” occorre avere la consapevolezza che una revisione complessa della Costituzione contiene inevitabilmente la introduzione di modifiche di materie e di principi costituzionali non solo diversi l'uno dall'altro ma che possono riferirsi anche a finalità non necessariamente univoche: cosicché se dopo approvazione parlamentare della riforma viene richiesto al corpo elettorale di esprimersi attraverso un referendum con un solo sì o un solo no sul complesso delle revisioni introdotte nella Costituzione, gli elettori vengono privati, in realtà, del diritto di distinguere fra le modifiche a quelle norme e quei principi con le quali essi concordano e quelle modifiche ad altre norme e ad altri principi che essi vogliono, invece, respingere.

Osservatorio sulle fonti

Come abbiamo già ricordato, fu proprio la considerazione di queste ineliminabili caratteristiche del referendum e della dubbia costituzionalità di un referendum volto a confermare revisioni costituzionali diverse, in realtà, le une dalle altre, che consigliò ai promotori delle due leggi costituzionali istitutive delle bicamerali D'Alema e Letta di prevedere la possibilità di suddividere le grandi riforma in esse contenute in distinti disegni di legge che sarebbero stati separatamente approvati dal parlamento e sui quali si sarebbe potuto, quindi, richiedere referendum diversi.

2. Il “ percorso “ delle riforme iniziato dal governo Renzi si è collegato, invece, ai precedenti del 2001 e del 2005; sia perché l'iniziativa legislativa è stata esercitata dal governo, sia perché, come emergeva dalla relazione governativa al d.d.l. , il governo si dichiarava convinto della autosufficienza della maggioranza per l'approvazione della riforma. Due circostanze che, nella tecnica della comunicazione politica, avrebbero dato una grande visibilità al governo, legittimandolo davanti alla opinione pubblica come il solo soggetto dotato di volontà riformatrice in contrapposizione ad altre forze politiche ancorate, invece, in difesa del vecchio ed inefficiente sistema costituzionale.

Occorre rilevare, però, che questo intento iniziale del governo incontrò ben presto delle difficoltà quando, ancor prima dell'inizio della discussione nella commissione affari costituzionali del Senato, la minoranza del partito democratico espresse la sua contrarietà ad alcuni punti, anche qualificanti, della riforma del bicameralismo; mentre, dalla parte delle opposizioni, alla forte contrarietà del Movimento Cinque Stelle, si univa la indisponibilità di Forza Italia ad essere coinvolta nella riforma al di fuori di un accordo politico più generale che comprendesse anche un'altra parte delle riforme istituzionali quali, ad esempio, la riforma della legge elettorale e quella della giustizia.

Fu a questo punto che si realizzò un radicale cambiamento nell'indirizzo politico del “ percorso delle riforme “, perché il presidente del consiglio Renzi, dubitando, a quel punto, della capacità della sola maggioranza di approvare la riforma del bicameralismo, si fece promotore di un incontro con il presidente di Forza Italia, Silvio Berlusconi finalizzato ad associare il secondo maggior partito di opposizione alla progettazione ed alla realizzazione delle riforme istituzionali.

L'incontro fra le delegazioni dei due partiti avvenne nella sede del PD, posta a Roma in via del Nazareno, e si concluse con un accordo (“patto del Nazareno”) che conteneva una serie di impegni reciproci, che non furono mai resi pubblici, che furono concordati dai due partiti sia sul contenuto delle riforme istituzionali che su altre tematiche ad esse connesse, come ad esempio, quella, già ricordata, sulla giustizia.

La esistenza ed il contenuto di questo patto (concluso da Renzi non si sa se nella sua veste di presidente del consiglio o di segretario dal PD) apparvero subito assai discutibili. Le forme di governo parlamentari, infatti, sono tali in quanto e se si basano sulla esistenza di una maggioranza che è identificata ed identificabile sulla base di un indirizzo politico che deve essere riconosciuto ed approvato dal parlamento. Questo risulta essere particolarmente vero nel nostro ordinamento costituzionale, che ha introdotto, attraverso l'art. 94 della Costituzione, il voto preventivo di fiducia al governo: voto che è (o meglio, dovrebbe essere) concesso attraverso una mozione motivata. È del tutto evidente,

Osservatorio sulle fonti

quindi, che nel nostro sistema politico - costituzionale se possono esistere maggioranze che si differenziano da quella di governo su singole decisioni parlamentari (così come è riconosciuto dall'art. 64 della Costituzione) la maggioranza politica di governo non può rimanere che una ed una sola e l'esistenza di "maggioranze politiche variabili" risulta del tutto contraria alle intenzioni dei costituenti; che vollero collegare (si veda l'approvazione dell'ordine del giorno Perassi) la nascita della maggioranza parlamentare e del suo programma al voto palese ed alla conseguente assunzione di una precisa responsabilità politica dei parlamentari e del governo nei confronti del corpo elettorale.

Il patto del Nazareno affiancava, invece, alla maggioranza di governo che aveva ottenuto la fiducia delle camere il 25 febbraio 2014, una seconda maggioranza fondata su di un accordo il cui contenuto era sicuramente politico, in quanto basato sulla individuazione di finalità comuni fra il partito di Forza Italia ed il Partito Democratico e sulla definizione dei mezzi (essenzialmente, l'azione parlamentare) da porre in essere per il raggiungimento di quegli obiettivi. Inoltre, questa seconda maggioranza si affiancava a quella legittimamente votata dal parlamento prescindendo, da un lato, dal consenso dei partiti alleati del PD nel sostegno al Governo Renzi e, dall'altro, da qualsiasi "passaggio parlamentare" che consentisse ai parlamentari dei gruppi favorevoli o contrari al governo di esprimersi non solo sul (presumibile) contenuto dell'accordo ma anche sulla sua costituzionale legittimità.

Inoltre, il fatto che il patto del Nazareno avesse dato vita ad una seconda maggioranza parlamentare, che si affiancava illegittimamente alla prima, non era smentito, ma caso mai aggravato, dal fatto che la maggior parte del suo contenuto risultasse dedicato al tema delle riforme istituzionali e costituzionali. Infatti, anche se è vero che le riforme della Costituzione sono, o dovrebbero essere, sempre tenute distinte dall'indirizzo politico di maggioranza, è anche vero che il programma del governo Renzi e la presentazione ad opera del governo della riforma elettorale e della riforma del bicameralismo avevano sicuramente inserito tutta la materia delle riforme nell'indirizzo politico governativo e, dunque, il patto del Nazareno assumeva un contenuto del tutto diverso da quella legittima ricerca di un "allargamento del consenso sulle riforme costituzionali alle minoranze parlamentari" che lo stesso presidente della Repubblica aveva più volte auspicato.

Infine, le modalità con le quali quel patto fu sottoscritto (la sua segretezza; la mancata comunicazione, preventiva e successiva, agli organi dirigenti dei due partiti; il ruolo decisivo assunto dai due leader) si ponevano in aperta contraddizione con quel principio del metodo democratico che la Costituzione pone alla base del diritto dei cittadini di associarsi in partiti politici, confermando, da un lato, il tradizionale orientamento di Forza Italia da sempre decisamente contraria alla attuazione legislativa dell'art. 49 e, dall'altro, il fatto che quella attuazione (che, pure, era contenuta nel programma enunciato di fronte alle camere da Renzi il 29 aprile 2013) non rientrava più nell'orizzonte politico del Governo.

In effetti, le vicende che sono seguite alla stipulazione del patto del Nazareno dimostrano la ambiguità sottintesa alla decisione del governo Renzi di presentare una riforma così complessa e così pervasiva della Costituzione vigente (è noto che la riforma investe più di quaranta articoli e quattro diversi Titoli della Costituzione) presentandola come

Osservatorio sulle fonti

una iniziativa della maggioranza di governo.

Se si osserva, infatti, quello che è stato il percorso della riforma del bicameralismo, si può notare che nella prima fase del percorso di quella riforma, il “patto del Nazareno” (e, cioè, la associazione alla maggioranza di una parte cospicua della minoranza) fu rivolto non soltanto ad assicurare un percorso rapido e senza ostacoli al disegno di legge governativo ma anche ad assicurare il raggiungimento del quorum dei due terzi nelle due seconde votazioni parlamentari: evitando, così, quei rischi del referendum che il governo aveva, invece, accettato di correre al momento della presentazione del suo d.d.l. di riforma.

L'accordo fra il PD e Forza Italia entrò, tuttavia, in crisi nel corso del mese di luglio a causa della mancata concessione della grazia a Berlusconi e dei successivi dissensi sulla riforma della giustizia e sul premio di maggioranza assegnato dall’“Italicum” non alla coalizione ma alle sole liste di partito. Cosicché, la discussione in Senato sulla riforma del bicameralismo dovette registrare, prima, il progressivo distacco del gruppo parlamentare di Forza Italia dagli obiettivi contenuti nella riforma, poi la aperta ostilità di quel gruppo alla sua approvazione. Cosicché l’otto agosto 2014 il Senato approvò (con 183 sì e quattro astenuti) la riforma costituzionale proposta dal governo, mentre tutti partiti della opposizione (da Forza Italia al Movimento Cinque Stelle alla Lega Nord) abbandonarono l’aula senza votare. Rendendo palese, così, che la riforma del bicameralismo non avrebbe potuto essere più approvata da quella ampia maggioranza che, nella logica dell’art. 138 della Costituzione, rende superfluo il possibile appello al corpo elettorale. Nel presupposto, come fu detto da Mortati, che l’esistenza di un ampio consenso fra i partiti rappresentati in Parlamento, rende superfluo l’appello al corpo elettorale.

Una interpretazione corretta dell’art. 138 Cost. avrebbe richiesto, a questo punto, o l’abbandono del d.d.l. n. 1429 e la riproposizione alle camere di un diverso progetto di riforma o, almeno, la sua suddivisione in disegni di legge di modifica della Costituzione distinti materia per materia. Soluzione che avrebbe, così, non solo evitato il possibile svolgimento di un referendum viziato da una palese illegittimità costituzionale, ma avrebbe anche consentito alle camere di esprimere un più motivato giudizio sulle singole proposte di modifica alla Costituzione vigente avanzate dal governo.

Invece di optare per una di queste soluzioni, il governo accentuò, invece, l’impianto maggioritario della riforma fino al punto di sostituire nella commissione affari costituzionali del Senato il presidente ed altri membri, appartenenti alla minoranza del PD, che avevano proposto emendamenti difforni dal d.d.l. governativo in tema di composizione e di funzioni del nuovo Senato. Dunque, il testo che è stato alla fine approvato dal Senato in via definitiva e che sarà approvato dalla Camera dei deputati entro il mese di aprile risulta essere quello presentato dal governo, emendato con modeste modifiche, tutte provenienti dall’area della maggioranza. Ivi compresa quella riguardante le modalità di nomina dei senatori da parte dei consigli regionali (ma in base alle indicazioni espresse dal corpo elettorale della regione) che fu formulata da parte della minoranza del PD e che non rappresenta certo una significativa innovazione del d.d.l. presentato dal governo.

E’ da sottolineare, tuttavia, che la scelta di “blindare” la riforma del bicameralismo nella direzione indicata dal governo senza nulla concedere all’apporto delle minoranze,

Osservatorio sulle fonti

ha portato alla fine, al momento della votazione in seconda lettura da parte del Senato, alla approvazione della riforma solo grazie al voto favorevole, risultato determinante, di un nuovo gruppo parlamentare (promosso dal senatore Verdini e denominato ALA) composto da circa venti senatori provenienti da Forza Italia: dando luogo, così, è vero, a quel “coinvolgimento delle minoranze nella riforma” più volte auspicato dal capo dello Stato e dal presidente del consiglio ma realizzandolo secondo i peggiori modelli trasformistici tipici del più vetusto trasformismo parlamentare italiano che la democrazia italiana si era illusa di aver superato grazie alla approvazione, da parte dell’Assemblea Costituente, dell’ordine del giorno Perassi.

Dunque, una “grande riforma” della Costituzione, promossa dal governo in nome della sola maggioranza di governo e divenuta, nel corso del suo iter, la riforma di una “grande maggioranza” (Patto del Nazareno) e che avrebbe dovuto raggiungere il quorum dei due terzi nelle due seconde votazioni, ha finito per essere approvata da una maggioranza composta da un gruppo di transfughi da un partito (Forza Italia) contrario alla riforma.

Si deve, inoltre, ricordare che dopo la seconda deliberazione del Senato il presidente del consiglio ha voluto manifestare la sua soddisfazione, aggiungendo che in caso di referendum egli avrebbe partecipato attivamente alla campagna per il sì e preavvertendo che in caso di vittoria del no, egli si sarebbe immediatamente dimesso. Con questa dichiarazione il delicato confine fra la Costituzione intesa come garanzia di tutti e la Costituzione intesa come norma posta a disposizione della maggioranza di governo veniva decisamente spostato nella seconda direzione: ribadendo, così, che il governo attribuisce al referendum un carattere plebiscitario volto a sollecitare una adesione politica al governo in carica e non a realizzare la espressione di un consapevole giudizio sul contenuto della riforma costituzionale approvata dalle camere.

Dunque, ed in base a queste scelte di politica costituzionale, gli italiani saranno chiamati a votare, nel prossimo ottobre, in un referendum costituzionale del tutto privo di quei requisiti minimi in base ai quali la volontà popolare può validamente esprimersi in rapporto ed in confronto con la volontà espressa dal Parlamento; ed ai singoli elettori non sarà dato di esprimere un diverso voto, ed un diverso giudizio fra le norme che, ad esempio, aboliscono il voto di fiducia del Senato e quelle che riguardano, invece, la sua composizione; fra le norme che modificano le competenze regionali e quelle che modificano le modalità di elezione del Presidente della Repubblica.

Non un referendum costituzionale, dunque, ma un plebiscito del tutto contrario ai principi fondamentali che la Costituzione pone alla base del procedimento di revisione e contrario anche allo stesso principio del rispetto della sovranità popolare che è ribadito anche dall’art. 138 della Costituzione.