

L'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale alla luce della decisione sul ricorso "Onida - Randazzo"*

di Giacomo Menegus**

(19 gennaio 2017)

1. Introduzione

Le ordinanze¹ con le quali il Tribunale di Milano ha rigettato i ricorsi cautelari promossi in vista del referendum costituzionale dello scorso 4 dicembre appaiono particolarmente interessanti sotto un duplice profilo: in primo luogo, perché offrono l'occasione per ritornare a mente fredda su uno degli aspetti più dibattuti della consultazione referendaria, ovvero sul requisito della omogeneità che – come sostenuto da una parte della dottrina – dovrebbe caratterizzare il quesito in modo analogo a quanto avviene per il caso del referendum abrogativo; in secondo luogo, perché consentono di verificare lo stato dell'arte in tema di accesso al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Le pronunce in esame scaturiscono da due ricorsi "gemelli": l'uno proposto in corso di causa dagli avvocati Emilio Zecca, Ilaria Tani, Aldo Bozzi, Claudio Tani e altri; l'altro proposto *ante causam* dai professori Valerio Onida e Barbara Randazzo². Entrambe le istanze sono state promosse ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e, pur con alcuni distinguo, miravano a sollecitare la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità della legge n. 352/1970, ritenuta incostituzionale nella parte in cui non prevede che – anche nel caso di referendum costituzionali – siano sottoposti ai cittadini quesiti di carattere omogeneo. Più precisamente (e richiamando qui per semplicità il solo ricorso "Onida-Randazzo"), i ricorrenti chiedevano al Tribunale milanese di:

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Si tratta delle ordinanze Trib. Milano, 7 novembre 2016, n. 37657, ricorrenti avv. Claudio Tani, Aldo Bozzi, Ilaria Tani, Emilio Zecca e altri, e Trib. Milano, 6 novembre 2016, n. 54353, ricorrenti Barbara Randazzo, Valerio Onida, pubblicate su *laCostituzione.info*. I ricorrenti Randazzo e Onida hanno proposto reclamo avverso l'ordinanza di rigetto del giudice monocratico, sul quale si è espresso negativamente il Tribunale in composizione collegiale in data 2 dicembre 2016 (tale provvedimento risulta tuttavia inedito). L'ordinanza del 6 novembre 2016 è stata commentata da G. D'ELIA, *Il "ricorso Onida" e la chiarezza del quesito referendario «avuto riguardo all'elettore medio»*, su *LexItalia.it*, n. 11/2016, 14 novembre 2016.

² Il testo del ricorso è disponibile sempre su *laCostituzione.info*.

«accertare e dichiarare il loro diritto a partecipare alla consultazione referendaria nel rispetto della libertà di voto, violata dall'eterogeneità del quesito come risultante dal decreto di indizione, previa rimessione alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 e anche ai fini dell'esercizio dei poteri di sospensione ad essa spettanti, della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 1, 48 e 138 della Costituzione, degli articoli 4, 12 e 16 della legge n. 352 del 1970, nella parte in cui non prevedono che, qualora la legge costituzionale sottoposta a referendum abbia contenuto plurimo ed eterogeneo, agli elettori debbano essere sottoposti tanti quesiti distinti – a cui l'elettore possa rispondere affermativamente o negativamente – quanti sono gli articoli o le parti della legge che abbiano oggetti omogenei».

La decisione del Tribunale di Milano di rigetto delle istanze si mostra piuttosto articolata e si appunta dapprima su un profilo squisitamente processuale, cioè la carenza di strumentalità del provvedimento richiesto dai ricorrenti rispetto all'azione di merito, per poi approfondire anche le eccezioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti, dichiarandole manifestamente infondate con una diffusa motivazione.

In questa nota si tenterà, da una parte, di toccare i punti salienti della decisione, esaminando dapprima la vicenda in una prospettiva squisitamente processualistica e soffermandosi poi brevemente sul tema – pur molto dibattuto e tuttora controverso – dell'omogeneità del quesito referendario; dall'altra parte, invece, si proveranno a trarre alcune conclusioni di più ampia portata in tema di accesso al giudizio di costituzionalità.

2. Una questione comunque inammissibile

La prima parte della motivazione³ del giudice dott. Loreta Dorigo si sofferma, come accennato, su questioni di carattere eminentemente processuale.

Premesso che il ricorso è stato proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il giudicante osserva che l'accoglimento dello stesso «è subordinato alla sussistenza di una serie di presupposti, da dimostrarsi a cura del ricorrente (*periculum in mora, fumus boni iuris*, irreparabilità, gravità ed imminenza del danno, atipicità e sussidiarietà del tipo di tutela richiesta)». Requisiti ai quali deve aggiungersi quello della *strumentalità* del rimedio cautelare, la quale

³ Per ragioni di sintesi e chiarezza, nel corso dell'esposizione, si farà riferimento esclusivamente alla motivazione dell'ordinanza emessa sul ricorso "Onida-Randazzo", anche perché la parte motiva della prima pronuncia si discosta da quella dell'altra solo per aspetti irrilevanti per la nostra analisi

consiste nell' idoneità del provvedimento cautelare a garantire l'utile esperimento dell'azione di merito; detto altrimenti, il provvedimento richiesto dai ricorrenti deve risultare funzionalmente orientato al fruttuoso esercizio di una specifica azione nel giudizio di merito.

Nonostante la riforma del procedimento cautelare del 2005 abbia svincolato l'efficacia di alcuni provvedimenti cautelari dall'instaurazione e dalla prosecuzione del relativo processo di merito⁴, il presupposto della strumentalità deve ritenersi a tutt'oggi necessario; in tal senso il giudice precisa che:

«la migliore dottrina e la miglior giurisprudenza valorizzano una nozione di tipo “funzionale” della strumentalità cautelare, ritenendo che la riforma legislativa sopra richiamata non abbia fatto perdere ai provvedimenti di cui all'art. 669 *nonies* c.p.c. comma sei⁵, la loro natura cautelare, avendo unicamente comportato un allentamento della tradizionale, stretta e rigida “concatenazione temporale” tra procedimento cautelare e giudizio di merito (tanto da esser stati definiti provvedimenti cautelativi a concatenazione temporale debole)».

Passati in rassegna i necessari presupposti per l'accoglimento di un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c., il tribunale milanese procede alla verifica della sussistenza del requisito della strumentalità guardando, correttamente, all'azione di merito che i ricorrenti intendono promuovere al fine di valutarne il collegamento funzionale con il rimedio richiesto.

L'azione di merito è rappresentata da un'azione di accertamento (di carattere costitutivo) del diritto di voto degli stessi ricorrenti nella loro qualità di cittadini elettori: il paradigma di riferimento è chiaramente l'azione di accertamento dalla quale è scaturita – al termine di un' articolata vicenda processuale – la sentenza n. 1 del 2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 270/2005, cd. *Porcellum*; modello poi replicato anche nelle iniziative intraprese per far valere l'illegittimità costituzionale del cd. *Italicum*, sul quale la Corte (forse) si pronuncerà il prossimo 24 gennaio.

Individuata l'azione di merito, il giudicante osserva come, di per sé, la sola ordinanza di rimessione della questione non appaia affatto idonea a garantirne l'utile esperimento, dal momento che «intanto può ritenersi sussistente il collegamento funzionale tra provvedimento d'urgenza azionato a tutela del diritto che si assume essere leso in quanto sussista un collegamento diretto e immediato tra la capacità (inibitoria o satisfattiva) del rimedio richiesto in via d'urgenza e la tutela anticipatoria propria del rito cautelare azionato». La mera ordinanza di rimessione non provoca infatti alcun effetto di sospensione del

⁴ In particolare con l'introduzione della cd. *strumentalità attenuata* dei provvedimenti di cui all'art. 669-octies, comma 6, c.p.c., realizzata con la legge n. 80/2005.

⁵ *Rectius* «art. 669-octies, comma 6, c.p.c.».

procedimento referendario né assicura che lo stesso venga altrimenti differito in via automatica.

Dal che il giudice deduce che «il vero rimedio “cautelare”, è da identificare non nella rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, mero strumento mediato all’ottenimento del vero risultato», ma piuttosto in «un provvedimento di sospensiva/revoca delle operazioni referendarie (per intervento della Corte o per iniziativa delle stesse Autorità apicali dello Stato), funzionale alla tutela della prospettata lesione del diritto di voto». Se la semplice rimessione della questione non può affatto garantire l’utile esercizio dell’azione di merito, viene irrimediabilmente a mancare il requisito della strumentalità e il ricorso non può che essere rigettato (*rectius* dichiarato inammissibile).

Tanto sarebbe sufficiente a giustificare il provvedimento adottato, al punto che appaiono superflue le ulteriori considerazioni svolte dal giudice in motivazione sia in merito ai tempi del processo costituzionale, i quali non consentirebbero una pronuncia tempestiva della Corte prima del referendum⁶, sia in merito all’esercizio dei poteri di sospensiva da parte della Corte, ritenuto del tutto improbabile in considerazione dei rarissimi precedenti, della delicatezza di un tale potere e della natura dell’atto oggetto della sospensione: la semplice circostanza che il provvedimento richiesto, per avere una qualche utilità, debba necessariamente attendere l’intervento, eventuale ed incerto, di un’altra autorità è già di per sé sufficiente a rendere privo di strumentalità il rimedio stesso.

Sulla possibilità e sull’opportunità di un’estensione al giudizio in via incidentale dei poteri sospensivi della Corte – la quale, come suggerito dai ricorrenti potrebbe avvalersi «anche d’ufficio – occorrendo in via analogica – dei poteri di sospensione ad essa attribuiti dalla legge n. 87 del 1953 (artt. 35 e 40)» per sospendere gli atti del procedimento referendario» – ci si soffermerà brevemente in sede di conclusioni.

Ad ogni modo, a prescindere dalla motivazione offerta dal tribunale ambrosiano in punto di carenza di strumentalità del rimedio cautelare, è bene evidenziare che, quand’anche il giudice avesse ritenuto di rimettere la questione alla Corte costituzionale, la stessa sarebbe stata con grande probabilità dichiarata inammissibile. E ciò per ragioni che riposano essenzialmente sulla natura cautelare del procedimento *a quo*.

La proponibilità di questioni di legittimità nell’ambito di procedimenti cautelari è stata ammessa dalla Corte a partire da sentenze piuttosto risalenti, tanto quando il dubbio di legittimità concerna le norme processuali che regolano la fase cautelare tanto nel caso in cui lo stesso riguardi le norme sostanziali

⁶ Ma si veda R. BIN, *Il giudice di Milano e la strana tempistica del ricorso Onida*, in *laCostituzione.info*, 9 novembre 2016.

applicabili al caso di specie. Tuttavia, la Corte ha avuto modo di precisare che la remissione della questione – in conformità con il disposto dell'art. 23 legge n. 87/1953 – non può avvenire quando il giudice della cautela si sia già pronunciato sul ricorso, rigettando o accogliendo l'istanza: in tal caso infatti o la questione è irrilevante ai fini della definizione del procedimento cautelare (che si configura come giudizio *a quo* autonomo rispetto a quello di merito) oppure il giudice è oramai privo della *potestas iudicandi*.

La necessità di sollevare la questione senza poter concedere la tutela d'urgenza richiesta presentava tuttavia un grave inconveniente: nell'attesa del pronunciamento della Corte costituzionale, il diritto dedotto in giudizio dinnanzi al giudice *a quo* rischiava di essere irrimediabilmente compromesso, rendendo così infruttuoso il ricorso allo strumento cautelare. La ricerca di una soluzione al problema, sin dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, è rimasta a lungo prerogativa della giurisprudenza di merito, la quale ha dato vita ad un ampio e spesso incoerente spettro di orientamenti, che vanno dal rigetto dell'istanza cautelare, alla mera sospensione del giudizio, alla disapplicazione della norma sospetta di incostituzionalità.

La soluzione al trascinarsi della diatriba⁷, che ha impegnato a più riprese anche la dottrina, sembra essere stata finalmente offerta dalla stessa Corte costituzionale la quale, a partire dalla sentenza n. 444/1990, ha fatto proprio il meccanismo della tutela cautelare *cd. ad tempus*, elaborato dapprima nell'ambito del processo amministrativo⁸. Tale soluzione⁹ acconsente alla

⁷ Sul tema, tra i molteplici contenuti, cfr., da ultimo, L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti ed incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 2016. Oppure, sia consentito rinviare alla mia relazione *Tutela cautelare e questione di legittimità, Quinto seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche*, 30 settembre 2016, Università Roma Tre, Roma, disponibile sul sito www.gruppodipisa.it

⁸ Cfr. Corte cost., sentenza 26 settembre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, II, 2647. Successivamente, in senso analogo, tra le molte, cfr. Corte cost., sentenza 5 giugno 1997, n. 183, *id.*, 1997, I, 1827, con nota di M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*; Corte cost., sentenza 10 gennaio 2000, n. 4, *id.*, 2000, I, 14; Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, *id.*, 2006, I, 192; Corte cost., sentenza 7 maggio 2008, n. 161, *id.*, 2008, II, 1939; Corte cost., ordinanza 19 novembre 2008, n. 393, *id.*, III, 4607, con nota di P. PICIOCCHI, *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*; Corte cost., sentenza 1° aprile 2009, n. 151, *id.*, 2009, II, 1656; Corte cost. sentenza 6 maggio 2013, n. 83, *id.*, 2013, 1401; Corte cost., sentenza 1

concessione della misura cautelare in via del tutto provvisoria, condizionandone la conferma o la revoca all'esito del giudizio della Corte sulla questione di costituzionalità, che il giudice della cautela è comunque tenuto a sollevare contestualmente alla pronuncia del provvedimento d'urgenza.

Il procedimento cautelare viene pertanto ad essere scomposto in due diverse fasi: nella prima fase, meramente interinale, l'istanza cautelare dovrebbe essere accolta *ad tempus* (a termine), ovvero fino alla decisione della Corte costituzionale; nella seconda fase, invece, il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi, per così dire, "definitivamente", tenendo conto proprio dell'esito del giudizio costituzionale. In tal modo si evita la pronuncia di inammissibilità della questione e al tempo stesso si assicura la tutela cautelare richiesta dal ricorrente, in un'ottica di contemperamento dei principi costituzionali dell'effettività della tutela giurisdizionale e del sindacato accentrato di costituzionalità.

Appare allora assai verosimile che la questione eventualmente sollevata dal giudice sarebbe stata poi dichiarata inammissibile proprio in adesione alla citata giurisprudenza della Corte.

Non è infatti possibile ricondurre il provvedimento nell'ambito della descritta tutela *ad tempus*: in questa specifica ipotesi, infatti, il ricorrente chiede un provvedimento urgente di tutela del proprio diritto, la cui concessione appare però sempre strutturalmente subordinata all'accoglimento della questione di costituzionalità. Inoltre – seppur (secondo alcuni Autori) con qualche forzatura rispetto al requisito della rilevanza rigorosamente inteso¹⁰ – la questione di

dicembre 2014, n. 274, *id.*, 2014, VI, 4670, con nota di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*.

⁹ L'orientamento in parola ha ricevuto negli ultimi 26 anni ripetute conferme e pare ormai consolidato, eccezion fatta per il processo amministrativo, per quale sembra profilarsi ancora un cambio di rotta alla luce della recente sentenza n. 200 del 2014. Quest'ultimo *revirement* non sembra però interessare il processo civile e quindi ipotesi come quella in esame rimangono regolate sulla base della menzionata giurisprudenza della Corte. Sul punto cfr. A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 23/2014; A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3249.

¹⁰ Il punto è controverso: L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti ed incidente di costituzionalità* cit., 102, parla di una nozione "elastica" di rilevanza; nella citata *Tutela cautelare e questione di legittimità* cit., 9, ho tentato, invece, di argomentare nel senso di una piena conformità della soluzione al dettato dell'art. 23 l. n. 87/1953. Tuttavia, cfr. la replica di A. RUGGERI, *Giurisdizione*

costituzionalità sembra conservare un carattere di incidentalità, dal momento che il giudice della cautela è comunque chiamato a confermare o meno il proprio pronunciamento interinale dopo il giudizio costituzionale.

Nel nostro caso invece la questione non rappresenta un semplice incidente del procedimento cautelare, ma costituisce lo stesso provvedimento d'urgenza invocato dai ricorrenti, ovvero il fine ultimo del ricorso. Pertanto la concessione del rimedio, come configurato dai ricorrenti, sarebbe venuta a coincidere con la conclusione definitiva del procedimento cautelare, determinando l'irrelevanza della questione ai fini della definizione del procedimento.

L'inammissibilità della questione qui argomentata, peraltro, sussiste a prescindere da qualsivoglia considerazione in merito al ricorrere o meno del requisito dell'incidentalità in occasione di questioni di costituzionalità sollevate nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto azioni di accertamento relativa al diritto di voto. Già in occasione della sentenza n. 1 del 2014, una parte considerevole della dottrina costituzionalistica ¹¹ aveva dubitato della conformità della

e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione, in Consulta Online, n. 3/2016, 351, che riproduce la relazione del discussant al termine del Quinto seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche, 30 settembre 2016, Università Roma Tre, Roma.

¹¹ Sul tema il dibattito in dottrina è stato particolarmente intenso; tra gli altri, nel senso del testo, cfr. A. ANZON DEMMING, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 34 ss.; R. BIN, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, commento a Corte cost. n. 1/2014, in *Giur. cost.* 2014, 640; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2013; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013. Tra i contributi favorevoli, invece, all'ammissibilità della questione cfr., *ex pluribus*, G. BRUNELLI, commento a Corte cost. n. 1/2014 nell'ambito de "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005" promosso dalla rivista Giurisprudenza costituzionale, in *Giur. cost.*, 2014, 645 ss.; F. SORRENTINO, commento a Corte cost. n. 1/2014, *ivi*, 702 ss.; C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online, Studi e commenti*, 2013; A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2013.

soluzione adottata dalla Corte agli artt. 1 legge cost. 1/1948 e 23 legge n. 87/1953, parlando di ricorsi «quasi-diretti» o «diretti mascherati»¹².

Nel nostro caso, la carenza di incidentalità è resa manifesta dalla circostanza per cui il provvedimento conclusivo del procedimento cautelare verrebbe a coincidere con l'ordinanza di rimessione alla Corte. A prescindere da eventuali distinguo che si potrebbero pur tracciare tra i diversi *petita* dell'azione di accertamento e della questione di costituzionalità¹³ con riferimento al caso affrontato nella sentenza n. 1/2014, nell'ipotesi in esame una tale distinzione è esclusa in radice: basti pensare che, qualora la questione fosse stata rimessa alla Corte e la stessa l'avesse accolta (prima o dopo il referendum, non rileva), non solo si sarebbe già concluso il procedimento cautelare¹⁴, ma non vi sarebbe stato neppure alcun giudizio di merito. I ricorrenti infatti non avrebbero avuto interesse alcuno ad instaurare un giudizio¹⁵, visto che l'accoglimento della questione di costituzionalità avrebbe soddisfatto integralmente le loro pretese; ma non vi sarebbe stato alcun margine per un ricorso nel merito neppure per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, visto l'esito "sfavorevole" del giudizio di costituzionalità¹⁶.

Il ricorso così come strutturato dai ricorrenti si configura dunque come un ricorso «quasi-diretto» alla Corte, con la peculiarità – rispetto al caso della sent. n. 1/2014 – di assumere i caratteri di una "rimessione d'urgenza": l'impiego

¹² A quanto risulta, la prima espressione è riconducibile a R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836 ss.; la seconda ad A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.

¹³ Sul punto si veda P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale* cit.; ma cfr., in senso opposto, C. CONSOLO, *L'antefatto della sentenza della Consulta*, in *Corr. giur.*, 2014, 7 ss.

¹⁴ Rispetto alla definizione del quale, si badi, va verificata la sussistenza o meno della rilevanza della questione di costituzionalità.

¹⁵ In questo caso il discorso vale ovviamente per il solo ricorso *ante causam* "Onida - Randazzo".

¹⁶ Non residuerebbe neppure la necessità di regolare le spese del giudizio, diversamente dal caso della sent. n. 1/2014, dal momento che l'art. 669-octies, comma 7, c.p.c. indica espressamente che il giudice della cautela deve provvedere sulle spese del procedimento cautelare quando emette uno dei provvedimenti di cui al comma precedente.

dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. si presta in questo caso a rendere quanto più celere la rimessione della questione alla Corte, con l'auspicio che la stessa o si pronunci entro la scadenza referendaria o sospenda in via analogica le operazioni di voto.

3. *La (ritenuta) manifesta infondatezza della questione*

Come si è accennato in apertura, il giudice milanese non si è limitato al rigetto dell'istanza cautelare per carenza del requisito della strumentalità, ma ha pure affrontato nel merito le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate dalle parti, dichiarandone la manifesta infondatezza.

Il tribunale tratteggia, in primo luogo, un'analisi comparativa dei due distinti istituti del referendum abrogativo e di quello costituzionale, evidenziando come quest'ultimo sia «meramente eventuale, di carattere sospensivo (posto che la sua indizione sospende il perfezionamento del procedimento di revisione fino al momento in cui si sia svolta la consultazione popolare con esito favorevole alla revisione stessa), di natura oppositiva, posta a tutela delle minoranze».

Il giudice prosegue sottolineando come proprio la *natura oppositiva*, resa evidente *in primis* dalla mancata previsione di un *quorum*, metta in luce la scelta dei costituenti di attribuire al solo Parlamento l'esercizio della funzione di revisione costituzionale e riservare al corpo elettorale un ruolo solo eventuale:

«condivisibile o meno che sia la scelta operata in sede di formazione della Costituzione repubblicana, non può prescindere dalla valutazione compiuta in sede di redazione dell'art. 138 quale elemento meramente eventuale dell'intero procedimento di revisione, dovendosi prendere atto della volontà dei costituenti di riservare il potere di procedere a revisione costituzionale all'organo rappresentativo (...) attribuendo al corpo elettorale un potere d'intervento del tutto eventuale e residuo; in altri termini, l'art. 138 esprime una visione della Costituzione quale patto sociale frutto di intesa tra tutte le maggiori forze politiche del Paese, destinata ad essere sostenuta, garantita, e, se del caso, modificata dalle stesse, sottraendola non solo alla libera disponibilità di ridotte maggioranze politiche contingenti, ma anche ad estemporanei interventi diretti del corpo elettorale».

Dall'attribuzione al solo Parlamento della funzione di revisione costituzionale i ricorrenti non hanno tratto – secondo il giudice – le dovute conseguenze, sostenendo invece che fosse proprio la natura essenzialmente oppositiva del referendum costituzionale «ad imporre che l'eventuale dissenso rispetto alle deliberazioni parlamentari debba potersi esprimere con riguardo ai loro contenuti concreti, e non possa essere costretto ad una unica manifestazione di volontà riguardante l'insieme di essi».

Osserva infatti ancora il giudice che, attribuendo al corpo elettorale la possibilità di scegliere quali parti della riforma approvare e quali no, si finirebbe per attribuire non più al Parlamento ma al corpo elettorale stesso l'esercizio della funzione di revisione costituzionale:

«la natura oppositiva del referendum costituzionale, ripetutamente sostenuta dallo stesso ricorrente Onida, verrebbe a mancare, e ad essere irrimediabilmente snaturata laddove si ammettesse la parcellizzazione dei quesiti; l'elettore, libero di scegliere su ogni singolo quesito, finirebbe in tal caso per intervenire quale organo propulsore dell'innovazione costituzionale contro la lettera della norma (oltre che a favorire l'ingresso di una contrattazione politica di carattere compromissorio, evenienza giustamente paventata dagli stessi ricorrenti)».

L'attribuzione al corpo elettorale di un potere sostanzialmente compositivo del testo di riforma sembra peraltro essere già stata esclusa dalla Corte costituzionale nella sent. n. 496/2000¹⁷, richiamata dal giudice ambrosiano:

«è indubitabile che la decisione politica di revisione costituzionale è rimessa primariamente dall'art. 138 alla rappresentanza politico parlamentare. All'interno del procedimento di formazione delle leggi costituzionali il popolo interviene infatti solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta che, in assenza di un pronunciamento popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici. Se ne possono desumere due fondamentali proposizioni: la prima di esse è che il popolo in sede referendaria non è individuato dalla Costituzione come propulsore della innovazione costituzionale. La seconda è che l'intervento del popolo non è a schema libero, poiché l'espressione della sua volontà deve avvenire secondo forme tipiche e all'interno di un procedimento, che, grazie ai tempi, alle modalità e alle fasi in cui è articolato, carica la scelta politica del massimo di razionalità di cui, per parte sua, è capace e tende a ridurre il rischio che tale scelta sia legata a situazioni contingenti».

Appare difficile non condividere le tesi esposte dal tribunale milanese¹⁸: a prescindere dalla oggettiva difficoltà e controvertibilità della definizione di

¹⁷ Corte cost., sentenza 27 ottobre 2000, n. 496, in *Giur. cost.*, 2000, 3798 ss., con nota redazionale di R. ALESSE, *ivi*, 3808; e commenti di F. CUOCOLO, *Leggi di revisione costituzionale e referendum consultivo regionale*, *ivi*, 3810; S. BARTOLE, *Riforme federali e consultazioni referendarie regionali: un accostamento discutibile*, *ivi*, 3818; N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell'innovazione costituzionale*, *ivi*, 3823; G. PAGANETTO, *Uso distortivo del referendum consultivi (e dell'autonomia regionale)*, *ivi*, 3828.

“omogeneità” di articoli e materie, così come dell’individuazione dei criteri per l’eventuale raggruppamento o scorporo dei singoli quesiti, o ancora dal rischio concreto di revisioni incoerenti o “zoppe”¹⁹, la soluzione proposta dai ricorrenti è chiaramente tesa ad attribuire al corpo elettorale un potere che, per come è strutturato il procedimento di revisione, dovrebbe risiedere tutto nel Parlamento²⁰. Una suddivisione del testo di revisione in tanti differenti quesiti omogenei realizzata a valle dell’iter parlamentare di riforma, con la possibilità che la stessa riforma sia in parte accolta e in parte respinta, assume il carattere di una manipolazione del testo costituzionale approvato dalle Camere, per intero sottratta all’organo cui è invece costituzionalmente attribuita la funzione di revisione.

Così si spiega pure l’inconferenza del precedente richiamato dai ricorrenti – ovvero la sent. n. 16/1978²¹ – rispetto al caso di specie: l’affermazione per cui il diritto di voto, astrattamente considerato, debba potersi esprimere liberamente è senz’altro condivisibile, come pure l’affermazione, ripresa dai ricorrenti, per cui l’esercizio dello stesso non debba risolversi 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»²². Pur tuttavia, la portata e i contenuti del diritto di voto non possono prescindere dal caso concreto, altrimenti qualsiasi riflessione in proposito si risolverebbe in una mera petizione di principio.

Nel nostro caso il diritto di voto si esercita nell’ambito di un procedimento specifico, quello di revisione costituzionale, in rapporto al quale assume un

¹⁸ Il dibattito sul tema in vista del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 è stato amplissimo e non è possibile qui riprenderlo per intero. Per una esauriente rappresentazione delle posizioni e delle tesi sostenute sul punto si rinvia a AA. VV., *Dieci domande sulla riforma costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2016, 219-356, in part. 340 ss. Cfr., da ultimo, anche A. ALBERTI, *Note intorno alla fase referendaria costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, in part. 10-11, con ampi richiami in nota al dibattito dottrinale (si v. part. pag. 2, nota 2).

¹⁹ Argomenti pur toccati dal giudice milanese in motivazione. Rilievi analoghi ha svolto, tra gli altri, A. RUGGERI, *Nota minima in tema di referendum costituzionali “parziali”: un rebus risolvibile solo spostando il tiro dal piano della normazione al piano dei controlli?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2016.

²⁰ In questo senso, cfr. in part. A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2016, 4. Ma cfr. anche G. SCACCIA, in *Dieci domande sulla riforma costituzionale*, cit., 351.

²¹ Corte cost., sentenza 2 febbraio 1978, n. 16, in *Giur. cost.*, 1978, I, 79.

²² Corte cost., sentenza 2 febbraio 1978, n. 16, cit.

significato ben preciso, quello ben descritto dalla definizione di «referendum oppositivo».

La tensione verso la piena libertà nell'esercizio del diritto di voto non può pertanto arrivare a snaturare il procedimento di revisione costituzionale, attribuendo al corpo elettorale un potere manipolativo (e non meramente oppositivo) che non gli è riconosciuto dalla Carta costituzionale.

Non si intende certo sostenere che il diritto di voto debba risolversi in un plebiscito o che possano ammettersi compressioni del diritto tali da pregiudicare il fondamentale principio democratico; piuttosto, come d'altronde è già stato evidenziato da diversi Autori, si vuole porre in luce che il problema non risiede nell'omogeneità del quesito o nella possibilità di "spacchettare" il testo già votato dal Parlamento. Il nocciolo del problema non si pone cioè a valle dell'iter parlamentare, ma piuttosto a monte, e non ha a che vedere con la formulazione del quesito, ma piuttosto con l'annosa questione dell'ammissibilità di ampie riforme del testo costituzionale o di sole riforme puntuali²³ (e sull'eventuali forme di controllo).

Non è certo questa la sede per soffermarsi su tale complessa problematica, sulla quale peraltro appare assai arduo pronunciarsi guardando ai soli lavori della Costituente²⁴. Lo stesso giudice milanese, pur giungendo alla conclusione dell'ammissibilità di ampie riforme ai sensi dell'art. 138 Cost., ha sottolineato come vi siano invero interventi di segno opposto in seno alla Costituente: accanto all'intervento dell'on. Einaudi²⁵ – richiamato dai ricorrenti – il quale aveva sostenuto che la revisione costituzionale avrebbe avuto fortuna «solo nel caso in cui le Camere proponessero una sola riforma alla volta e in maniera chiara, in modo che gli elettori si rendano conto di quello che sono chiamati a

²³ In senso in parte analogo cfr. A. RUGGERI, *Nota minima in tema di referendum costituzionali "parziali"* cit., 4.

²⁴ Tra i molti contributi, cfr. da ultimo L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/ 2016 - Saggi e articoli - Parte II, 121 ss.

²⁵ Vedi *Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, Resoconto sommario della seduta di 15 gennaio 1947*, 138: l'intervento si inserisce in una più articolata discussione, che aveva ad oggetto principalmente l'opzione tra referendum e scioglimento delle Camere con conseguenti elezioni; non è possibile pertanto trarre conclusioni univoche nel senso di riforme necessariamente puntuali, come peraltro evidenzia L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente* cit., 142 ss. L'indicazione di Einaudi è riferita, ad ogni modo, non al quesito referendario, ma al contenuto della riforma.

votare», il tribunale richiama «quanto sostenuto dal costituzionalista Costantino Mortati laddove prospetta una distinzione tra “revisione totale della Costituzione” e una “revisione parziale”, richiedente procedimenti meno complessi, intendendo per la prima un intervento “in cui la modificazione interessi l’assetto fondamentale dello Stato”, dicotomia che esclude in radice una possibilità di revisione costituzionale consentita solo in relazione ad un singolo, o a pochi, articoli per volta, configurando, persino, la possibilità di una revisione con un contenuto di totale stravolgimento degli assi portanti dell’ordinamento costituzionale (verbali Assemblea, art.138, 15/1/1947)».

Prescindendo dunque da un’analisi più approfondita, quel che emerge dalle considerazioni svolte è che non bisogna guardare a valle del procedimento referendario, ma semmai a monte, alla fase genetica²⁶.

4. Conclusioni

Dall’esame (v. *supra*, par. 2) dei due ricorsi cautelari promossi dinnanzi al Tribunale di Milano emerge come gli stessi si possano iscrivere a pieno titolo nella crescente tendenza alla forzatura delle norme processuali che presiedono all’instaurazione del giudizio in via incidentale, con il precipuo fine di assicurare una maggiore pervasività del controllo della Corte costituzionale.

Il tentativo di ricondurre le cd. zone franche nell’area della sindacabilità da parte della Corte può senz’altro essere guardato con favore, «perché si estende così la tutela giurisdizionale della legalità costituzionale»²⁷, con sicuro beneficio per la garanzia dei diritti fondamentali. Ma laddove tale fine sia perseguito attraverso la forzatura e talvolta lo scardinamento delle regole del processo, c’è da chiedersi se “il gioco non valga la candela”.

L’attenuazione del rigore dei presupposti processuali che ha portato alla sent. n. 1/2014 è stato probabilmente giustificato anche (se non in via

²⁶ Con l’avvertenza che, una volta sciolto il nodo circa l’illegittimità di riforme eterogenee del testo costituzionale, rimane «da chiedersi chi e come possa denunziarne la (supposta) invalidità e con quali effetti, tanto più laddove essi si svolgano con esito confermativo della legge che ne costituisca oggetto. Una legge che – viene da pensare – assai difficilmente potrà, dunque, essere caducata sol perché uscita indenne (ed anzi avvalorata) da una prova referendaria in tesi inammissibile», A. RUGGERI, *Nota minima in tema di referendum costituzionali “parziali”* cit., 6.

²⁷ R. BIN, *“Zone franche” e legittimazione della Corte*, cit.

principale) dall'insopportabile caso di patente incostituzionalità rappresentato dal cd. *Porcellum*.

Ma i pericoli insiti in tali forzature non hanno tardato a manifestarsi con evidenza²⁸: accanto al fiorire di ricorsi che rischiano di trascinare la Corte nel pieno dell'agone politico, l'aspetto più preoccupante è la tendenza delle forze politiche a delegare alla Corte stessa la soluzione di questioni di natura essenzialmente politica, prima che giuridica. Ciò significa, da una parte, sottoporre la Corte costituzionale a continue e ripetute pressioni politiche, che a lungo andare possono finire con logorare l'autorevolezza dell'istituzione; dall'altra, portare alla *giurisdizionalizzazione* di decisioni che spetterebbero in realtà ad un potere politico sempre più latitante.

Un esempio eclatante di questo fenomeno è la vicenda delle leggi elettorali (e in particolare del cd. *Italicum*), per la riforma delle quali – nonostante sia diffusa tra le forze politiche la convinzione circa la necessità di porvi mano – i partiti si appellano oramai in larga misura alla Corte costituzionale, abdicando di fatto al doveroso esercizio della funzione legislativa.

In aggiunta, alla tendenza alla forzatura delle forme processuali in nome della riconquista alla giustizia costituzionale delle cd. zone franche – come peraltro segnalato ripetutamente da Antonio Ruggieri²⁹ – si accompagna un ulteriore fattore che rischia di innalzare il tasso di politicità dei giudizi costituzionali, ovvero la creazione in via pretoria di sempre nuove tecniche decisorie.

E anche sotto questo profilo, i ricorsi presi in esame sembrano iscriversi perfettamente in tale indirizzo. I ricorrenti suggeriscono infatti la creazione in via analogica di un "nuovo" potere di sospensione in capo alla Corte costituzionale, la quale – guardando alla stringata disciplina di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87/1953 – avrebbe in ipotesi potuto sospendere il procedimento referendario *ex officio* in presenza del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini».

Sotto il profilo strettamente tecnico, appare assai difficile ammettere l'estensione in via analogica di norme come gli artt. 35 e 40 l. n. 87/1953 che sembrano avere carattere eccezionale. Infatti, l'art. 40, il cui testo risale all'originaria formulazione della legge, concerne i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni e consente l'adozione di un provvedimento di

²⁸ Cfr., ad esempio, le conseguenze preconizzate da M. DOGLIANI, commento a Corte cost. n. 1/2014 nell'ambito de "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005" promosso dalla rivista Giurisprudenza costituzionale, in *Giur. cost.*, 2014, 665 ss.

²⁹ Cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione* cit.

sospensiva all'occorrenza di «gravi ragioni»: espressione chiaramente mutuata dall'art. 39 del r.d. n. 1054 del 1924³⁰, proprio perché si pensava che oggetto del conflitto sarebbero stati perlopiù atti di natura non legislativa³¹. La differente sospensiva di cui all'art. 35 l. n. 87/1953 è invece il frutto della modifica della disposizione originaria realizzata con la legge n. 131 del 2003 in seguito alla modifica del Titolo V e ha la sua *ratio* principale nella necessità di dotare lo Stato di uno strumento alternativo al controllo preventivo che veniva meno con la riforma³².

Si tratta pertanto di norme disegnate specificamente su misura del giudizio in via principale e del conflitto tra enti, la cui trasposizione in un giudizio come quello incidentale appare assai problematica.

Ma anche a prescindere da tali considerazioni, l'opportunità della ricostruzione di un simile potere in via pretoria e del suo conseguente esercizio in assenza di una puntuale disciplina di legge, pare comunque opinabile.

Pur ammettendosi che la tutela cautelare rappresenti una componente irrinunciabile della funzione giurisdizionale (anche se la specificità della giustizia costituzionale dovrebbe suggerire cautela nel tratteggiare facili accostamenti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa), è evidente come, nel caso specifico, la Corte avrebbe dovuto compiere una sorta di "triplo salto mortale": innanzitutto, attribuirsi un potere mai prima esercitato attraverso il delicato strumento dell'interpretazione analogica; in secondo luogo, riscrivere di fatto l'intera disciplina di tale potere, facendo riferimento per i presupposti all'art. 35 l. n. 87/1953, ma rivolgendolo poi non in direzione di un atto legislativo (la legge n. 352/1970 impugnata), ma di un atto di natura amministrativa (il D.P.R. di indizione del referendum del 27 settembre 2016); infine, esercitare il potere stesso *ex officio* (in mancanza di una disciplina che individui ipotetiche istanze

³⁰ Cfr. M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, Fasc. 2, giugno 2002, 256-257.

³¹ Cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 377.

³² Com'era stato suggerito da E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. GROPPi e M. OLIVETTI, Torino 2003, 150-151. Invero i temi, qui soltanto accennati per evidenti ragioni di brevità, meriterebbero un ampio approfondimento, viste le molteplici e articolate posizioni della dottrina nel merito; per un quadro di insieme (ed esaurienti riferimenti bibliografici) si rinvia a A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009.

di parte) nell'ambito di un giudizio che tra i principi fondamentali annovera pur sempre *la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*.

L'opportunità di un simile esercizio "creativo", per di più in una vicenda nella quale il confronto politico era particolarmente esacerbato, appare pertanto assai discutibile, dal momento che rischia quanto meno di esporre la Corte al fuoco incrociato degli opposti schieramenti politici.

Tuttavia, mentre i ricorsi cautelari esaminati, come si è detto, sembrano iscriversi in questa duplice tendenza alla forzatura delle forme processuali e alla creazione pretoria di nuove tipologie di pronuncia, il pronunciamento del Tribunale di Milano che li rigetta pare invece volgere nella direzione opposta.

Il giudice milanese, infatti, da una parte, ha correttamente applicato le norme processuali che regolano i procedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., senza piegare lo strumento cautelare a finalità ulteriori e diverse; dall'altra, ha esercitato, in conformità al dettato dell'art. 23 legge n. 87/1953, il proprio ruolo di filtro tra le istanze delle parti nel processo e giudizio costituzionale. Seppur con una motivazione assai ampia, talvolta eccessiva rispetto allo scopo³³, il giudice non ha travalicato i confini del proprio ruolo, ma – in aderenza alla lettera dell'art. 24 legge n. 87/1953 – «adeguatamente» motivato l'ordinanza di rigetto delle eccezioni di costituzionalità sollevate.

In conclusione, la vicenda esaminata sembrerebbe ridimensionare il pericolo – che in molti avevano paventato dopo la dirompente sent. n. 1/2014 – di un profluvio indiscriminato a Corte di un gran numero ricorsi "quasi-diretti": laddove il giudice *a quo* tenga saldo il proprio ruolo di filtro delle eccezioni di legittimità costituzionale tale eventualità sembra poter essere esclusa.

Tuttavia, è bene notare come il Tribunale di Milano abbia appuntato la propria decisione (oltre che sulla carenza di strumentalità) in via principale sulla *manifesta infondatezza* della questione, limitandosi con una stringata motivazione a dare per scontata la rilevanza della stessa in conformità alle statuizioni della sent. n. 1/2014³⁴.

³³ Rilevato che il provvedimento richiesto dai ricorrenti era inammissibile per ragioni di ordine processuale, non sarebbe stato necessario – almeno in via astratta – procedere all'esame dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti. L'ampiezza della motivazione è comunque ben giustificabile con la necessità di rendere "inattaccabile" la decisione sotto tutti i profili

³⁴ Anche se in un non chiarissimo *obiter dictum* il giudice sostiene che «applicati i principi posti nella sentenza n.1/2014, ed in particolare il mantenimento dei requisiti della incidentalità e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, non può neppure sostenersi un accesso alla Corte da parte del giudice ordinario -in assenza di normati automatismi

Appare dunque evidente il peso della decisione sull'*Italicum* nel delineare le sorti del requisito della rilevanza, nel senso di un ritorno ad una concezione più rigorosa del presupposto o in quello opposto di una nuova e più ampia apertura delle maglie processuali³⁵. Nell'attesa (sinora vana) che il Legislatore ponga finalmente mano alle norme sul processo costituzionale, per adattarlo alle nuove esigenze della giustizia costituzionale (magari introducendo nuovi strumenti di controllo, per esempio, rispetto alle leggi elettorali), rimane comunque la necessità impellente di un ritorno al rispetto delle forme, che non può che affidarsi al *self restraint* degli attori del quadro costituzionale, *in primis* ai giudici comuni.

Il pericolo ultimo è quello che, forzando le regole processuali per estendere quanto più possibile l'area della giustizia costituzionale, si finisca per logorare ed indebolire non solo l'autorevolezza e il prestigio dell'istituzione che ne garantisce l'esercizio, ma la sua stessa legittimazione nell'ordinamento costituzionale³⁶.

**Dottorando in Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara.

valutativi – per il solo fatto della rilevanza costituzionale e della estrema delicatezza delle questioni trattate, neppure per il caso in cui si attinga alla sfera del regolare funzionamento del sistema democratico».

³⁵ In merito cfr., F. FERRARI, *Corte e Italicum: siamo proprio sicuri che interverrà?*, su *laCostituzione.info*, 8 dicembre 2016; A. MORELLI, *Legge elettorale: perché il Parlamento dovrebbe decidere prima della Corte*, *ivi*, 9 dicembre 2016; R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, *ivi*, 11 dicembre 2016.

³⁶ Cfr. R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, su *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2017.