

Sandro Staiano

L'ammissibilità come categoria giuridica e come questione politica

SOMMARIO: **1.** Da diversi punti di osservazione. **2.** Supplenza, supplenze. **3.** L'ammissibilità oltre il testo dell'art. 75 della Costituzione. **4.** La vicenda odierna. **4.1.** Il «navigare periglioso» dei promotori. **4.2.** Nella foresta concettuale. **4.3.** Dall'iperbole all'ellissi. **5.** Epilogo.

1. Da diversi punti di osservazione

Vi sono alcune ragioni specifiche che rendono particolarmente utile un approccio interdisciplinare, di lavoristi e costituzionalisti, alla vicenda referendaria delle leggi in materia di rapporto di lavoro, in particolare al tema dell'ammissibilità alla luce dei caratteri del quesito referendario, per come essa si è dipanata nelle sentt. 11-17 gennaio 2017, nn. 26, 27 e 28.

Sono ragioni che si connettono al punto di approdo cui è pervenuta la Corte costituzionale nella costruzione del proprio armamentario argomentativo, che si allontana sempre più di frequente e sempre più largamente dai dati testuali e dalle loro connessioni sistematiche, per trarre elementi dalla storia degli istituti, dalle politiche legislative ricostruite *a posteriori* o scrutate negli sviluppi possibili, persino da fattori sociologici: elementi che entrano nella motivazione delle decisioni e si dispongono in un intreccio tanto serrato con i moduli consolidati e noti dell'interpretazione da risultarne non districabili con facilità. E che se districati, lasciando nella sua nuda essenza la linea interpretativa, sottraggono a essa l'impalcatura che la sorregge in vista dell'esito argomentato, mostrando che questo è pienamente fungibile con altro, opposto o non compatibile, e che la scelta deriva dal peso discrezionalmente riconosciuto agli elementi estrinseci dai quali quell'impalcatura è costituita. Elementi che, nel caso qui considerato, la competenza dei lavoristi può aiutare a ricostruire e a valutare. E a collocare in uno scenario più generale.

2. Supplenza, supplenze

Gli orientamenti della Corte possono essere salutati con favore da chi attenda dai giudici in generale – dai giudici costituzionali in ispecie – un “sostanzialismo garantista” capace di fronteggiare le insipienze e le irresolutezze dei decisori politici. E la statuzione di un punto di equilibrio tra valori e interessi in tensione, che tali decisori non riescono a conseguire, o conseguono provvisoriamente e debolmente, spinti da assai contingenti e mutevoli ricognizioni dei flussi di consenso.

Ma essi mettono sotto tensione il sistema, nei suoi capisaldi democratici, per il consolidarsi di quella “supplenza” della

giurisdizione che può pretermettere stabilmente il circuito della rappresentanza.

Della “supplenza” – espressione spesso adoperata in modo piuttosto generico – possono peraltro darsi, per ciò che qui rileva, due accezioni principali: produzione legislativa in luogo degli organi della decisione politica; in connessione con questa, determinazione autonoma della sfera della competenza giudiziale, determinazione che invece spetterebbe anch’essa a tali organi.

Quanto alla Corte costituzionale, alla prima accezione è riconducibile l’attività creativa che si manifesta con le decisioni interpretative nel senso più forte, e soprattutto manipolative. Alla seconda, il rimaneggiamento del concetto di incidentalità con il severo ridimensionamento di essa come limite dell’accesso, e la crescente funzione arbitrale del conflitto politico, che invero la Corte medesima è venuta espandendo e consolidando, alla quale va ascritto anche il controllo sull’ammissibilità del referendum abrogativo, per come si è venuto configurando.

Questa la mutata temperie in cui si collocano di nuovo antiche questioni, prima fra tutte quella della «omogeneità» del quesito (o del suo oggetto), come condizione di ammissibilità del referendum abrogativo.

3. L’ammissibilità oltre il testo dell’art. 75 della Costituzione

Mutata temperie, questioni antiche. E di queste il peso perdurante, poiché quando, in una fase di espansione dell’impiego dell’istituto referendario che sembrava segnata da un forte potenziale di disarticolazione, se non di eversione, del sistema, dunque tale da dover essere arginata, fu elaborata dalla Corte una prima organica definizione dei limiti all’ammissibilità oltre il testo dell’art. 75 Cost. – o almeno se ne coltivò l’obiettivo – si incorse in aporie e in imperfette costruzioni logiche. E queste hanno segnato – ancora segnano – l’intera parabola della giurisprudenza costituzionale, fino all’esito di rendere sempre imprevedibile¹, alla luce dei precedenti, l’orientamento della Corte sulle singole proposte referendarie, suscitando dilemmi in ordine al modo di formulare i quesiti (dilemmi non lievi, e di tipo pratico, poiché il controllo della Corte, la cui portata è diventata tanto più estesa nel tempo, è successivo alla

¹ Sulla casistica incoerente e incontrollabile in cui si è presto articolata la giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità del referendum, BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, 2003, p. 243. E sull’«imprevedibilità del sindacato costituzionale di ammissibilità», come ormai tratto consolidato delle vicende referendarie, già AZZARITI, *Il “modello” della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 26 maggio 2005.

raccolta delle sottoscrizioni, secondo una disciplina – legge n. 352 del 1970, Titolo II – pensata quando tale estensione non era forse considerata nelle premesse, sicché l’opera dei promotori corre il rischio di risultare vanificata).

Irrisolta è la questione della identificazione del parametro costituzionale nel giudizio di ammissibilità, e di conseguenza del suo oggetto: se si tratti di una verifica di corrispondenza ai casi di esclusione stabiliti dall’art. 75 Cost. (nella più estensiva lettura che se ne possa dare); ovvero, assunti a riferimento altri parametri costituzionali, il giudizio si risolva anche nello scrutinio “anticipato” di legittimità sulla disciplina di risulta (cioè per l’eventualità di esito positivo della consultazione)². Benché la Corte abbia più volte escluso espressamente questa seconda via, essa è stata tuttavia in effetti praticata³.

Irrisolta è soprattutto, per quanto qui rileva, la questione della «omogeneità» del quesito. O, più esattamente, non pare che sia stato identificato un significato univoco per tale requisito di ammissibilità, tale da orientare le decisioni della Corte secondo una linea di coerenza⁴.

² La seconda soluzione è stata ritenuta preferibile o avversata in dottrina, in ragione di letture della funzione dell’istituto referendario e di più generali opzioni di teoria delle fonti: per la prima posizione, ritenendo «logicamente necessitato» il controllo anticipato sulla legittimità della disciplina di risulta dopo l’abbandono da parte della Corte del «fondamento testuale della sua competenza», LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Pizzorusso, Tomo I, 2, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2005, p. 329 ss.; per la seconda, CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Cedam 1992, p. 9 ss. e *passim*.

³ Praticata spesso cripticamente, ma talvolta anche in maniera aperta, specie quando i modelli di giudizio della Corte – sia successivo sulle leggi sia sull’ammissibilità del referendum – sono stati sottoposti alle sollecitazioni maggiori e a deformazioni, come nel caso delle leggi elettorali. Per il tentativo di una ricostruzione capace di «riconduurre a coerenza» siffatti orientamenti, CARNEVALE, *Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede del controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale?*, in *Rivista AIC*, 14 gennaio 2008.

⁴ Non sembra, peraltro, che tali questioni fondamentali possano trovare una soluzione al di fuori di una revisione della disciplina legislativa del referendum. Il percorso verso una razionalizzazione giurisprudenziale, infatti, si avviò sotto una stella non fausta, con la sentenza della Corte costituzionale n. 16 del 1978, che, perseguendo il difficile obiettivo di definire un quadro esaustivo dell’ammissibilità, senza sciogliere tuttavia i nodi teorici implicati, alcuni attinenti alla natura stessa dell’istituto referendario, contribuì a produrre un quadro di incertezza destinato a perpetuarsi nella giurisprudenza successiva. Lo stesso redattore della sentenza, riconobbe, in sede scientifica, che «quella decisione ... ha non tanto risolto, quanto evidenziato o addirittura generato una serie di problemi, tuttora aperti»: PALADIN,

Che cosa si debba intendere per omogeneità è, per vero, questione assai impervia. Resa maggiormente tale dalla specificazione contenuta nella richiamata sentenza n. 16 del 1978, la quale, per prima, qualifica il quesito come disomogeneo, dunque inammissibile, quando esso «contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotta alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare». Da allora la questione della «matrice razionalmente unitaria» ha accompagnato l'intera parabola applicativa dell'istituto referendario. Ma sempre essa – la «matrice razionalmente unitaria» – si è confermata nella sua inatingibilità di proposizione indimostrabile.

Invero, omogeneo dovrebbe essere il quesito sottoposto agli elettori, e tale omogeneità deriverebbe a esso dalla omogeneità del suo oggetto, cioè dalla matrice razionalmente unitaria, come riconducibilità a un medesimo «principio normativo», dei comandi sottoposti alla pronuncia popolare; e a matrice razionalmente unitaria dovrebbero corrispondere, in caso di esito positivo del referendum, le norme residue appartenenti alla medesima legge o collocate nel più ampio ambito materiale in cui le norme abrogate si collocano⁵: tutti tali fattori di omogeneità impronterebbero a razionalità sia il processo di decisione politica in cui il referendum consiste, sia il prodotto normativo che ne risulta. E tutti tali fattori di omogeneità dovrebbero coesistere, se si assume che il vincolo all'omogeneità deriva dalla lettura della libertà di voto compiuta dalla Corte: il voto è libero se non è dilemmatico, cioè se non conduce a dilacerare la coscienza tra il voluto e non voluto, quando voluto e non voluto non siano districabili. Ma ciò può essere solo quando l'omogeneità governi l'intero processo di decisione referendaria, dai presupposti, agli esiti, alle implicazioni.

Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum, in AA. VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, 1998, p. 11.

⁵ Tale polimorfismo induce PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *QC*, n. 3, 2005, p. 552 s., a ricostruire una «doppia natura del controllo in ordine alla omogeneità del quesito referendario», intendendolo come «test ... sul potere di formulazione del quesito da parte del comitato promotore», con riferimento all'accezione «matrice razionalmente unitaria», e, insieme, come rivolto a verificare la «coerenza» del «prodotto normativo referendato», assumendo a oggetto la «normativa di risulta». Ma ogni tentativo di razionalizzazione concettuale non è destinato a consolidarsi, innanzi all'incontenibile poliedricità delle soluzioni escogitate dalla Corte.

Dunque la Corte disarticola l'unico contesto razionale in astratto possibile quando parcellizza tali fattori di omogeneità, per potere conseguire l'obiettivo contingente – di volta in volta prescelto in assoluta discrezionalità – di dichiarare ammissibile o inammissibile il referendum⁶.

Occorre peraltro riconoscere che quel vagheggiato contesto razionale è impossibile sia dal punto di vista logico, sia dal punto di vista empirico, sia dal punto di vista storico.

Impossibile, dal punto di vista logico, poiché, se l'omogeneità deve riscontrarsi su tutti e tre i piani richiamati – principio implicato, esiti, effetti nel sistema normativo – essa non è attingibile alla struttura del quesito referendario, in quanto le alternative *non sono mai due*: sono tutte quelle derivanti dal numero di combinazioni tra conformità/difformità rispetto al principio, perdita di efficacia/mantenimento in vigore delle norme, effetto sistemico. Per esempio, l'elettore potrebbe aderire al principio, ma ritenere che, tra tutte le opzioni in cui esso possa inverarsi nella norma (che sono sempre molteplici, per la natura stessa del principio) ne sia stata scelta una non desiderabile, e che tuttavia l'abrogazione della norma comporti un indebolimento del principio, a sua volta non desiderabile. Oppure non aderire al principio, ritenere la norma ad esso corrispondente, e dunque desiderare abrogarla, ma non volere gli effetti dell'abrogazione nel sistema, ritenendo che essi comportino una disfunzione in assenza di una disciplina alternativa. Oppure aderire al principio, ritenere che esso sia ben espresso nella disposizione e dunque desiderare conservare la norma, e tuttavia ritenere che il vuoto aperto nel sistema con l'abrogazione, costringendo il legislatore a intervenire, potrebbe consentire una migliore affermazione del principio. Eccetera. Tutte situazioni dilemmatiche; tutte virtuali violazioni dell'art. 48 Cost., secondo l'impostazione della Corte.

Impossibile, dal punto di vista empirico, poiché la omogeneità viene ricostruita attraverso l'identificazione della *ratio*, come ragione etico-politica e funzione pratica, delle norme poste a raffronto. Ma poiché ciascuna norma corrisponde a una molteplicità di *rationes* di omologa o diversa dimensione⁷, l'interprete (la Corte in sede di

⁶ Cfr. i rilievi di LUCIANI, *op. cit.*, p. 440 s.: « ... l'omogeneità è stata riferita alternativamente o concorrenzialmente: a) alla *richiesta*; b) alla *normativa oggetto*; c) alla *finalità abrogativa* del quesito; d) alla *normativa di risulta* ... È evidente che la Corte costituzionale, giocando sull'uno o sull'altro registro, ha potuto decidere a piacimento la sorte di ciascun singolo quesito referendario, omogeneo magari quanto alla normativa oggetto, ma non quanto alla sua finalità abrogativa o alla normativa prodotta, ecc.».

⁷ Per esempio, nel caso della legislazione sul rapporto di lavoro che è qui in discorso, almeno: *ratio* della tutela del lavoratore *dal* licenziamento (per il grado di

giudizio di ammissibilità) deve selezionare la *ratio* rilevante ai fini dello scrutinio di omogeneità-disomogeneità. E lo dovrebbe fare «attingendo all'esterno degli oggetti da raffrontare»⁸. Ma così non fa: il fondamento «non è un *a priori*, ma è il risultato *a posteriori* del raffronto ...»⁹. La Corte opera in perfetta discrezionalità. Discrezionalità tanto più intensa in ragione delle connotazioni odierne della legislazione e dunque dei principi che se ne ricavano: ormai questi, con le relative *rationes*, non sono neppure più disposti «per cerchi concentrici»¹⁰ – ciò che farebbe ritenere un sistema di relazioni piuttosto ordinate e stabili – ma per cerchi parzialmente sovrapposti, e mobili, sicché la corrispondenza delle superfici muta nel tempo.

Ché, invero, la legislazione della quale ci è dato fare esperienza – ecco l'impossibilità storica dell'omogeneità come strumento di razionalizzazione – è quanto mai ondivaga, rapsodica, talvolta intimamente contraddittoria: ed è certo arduo concepire l'omogeneità del quesito referendario su un oggetto precipuamente disomogeneo.

Eppure, nonostante la sua debolezza teorica, il criterio della omogeneità si afferma come decisivo nella cognizione giudiziale dell'ammissibilità del referendum abrogativo.

Anzi, proprio tale debolezza teorica ne fa uno strumento argomentativo massimamente efficace: svincolata dalla necessità di dimostrarne il fondamento e di definirne la struttura logica, la Corte adopera variamente l'omogeneità, trasmutandone i contenuti, individuandone i corollari e i modi di manifestazione fattispecie per fattispecie. E, in ragione delle esigenze contingenti del caso, la mette in connessione con altri concetti e criteri, che assume come implicati o specificativi e concorrenti: un armamentario al quale attingere liberamente, senza dare campo a esigenze di coerenza con i precedenti.

Tra queste operazioni di giustapposizione concettuale rileva qui, in ispecie, quella che raccorda l'omogeneità alla costruzione finalistica della *ratio* del quesito referendario, sotto le specie della «evidenza del fine intrinseco» o della «finalità incorporata», e, in connessione, al carattere «puntuale» dell'oggetto della legge e della

disincentivazione che la norma produce), *ratio* della tutela (risarcitoria o restitutoria) in caso di licenziamento, *ratio* della libertà di organizzazione dell'impresa, *ratio* della garanzia del diritto al lavoro, *ratio* della garanzia della libertà di iniziativa economica.

⁸ LUCIANI, *op. cit.*, p. 419.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La metafora è dovuta a LUCIANI, *op. cit.*, p. 420, e ora è ripresa da BARCELLONA, *Quando l'abito non fa il monaco: ciò che l'«omogeneità» non dice e che la «puntualità» rivela*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, p. 10.

corrispondente *ratio* del quesito¹¹: puntualità dell'oggetto e della *ratio* – per quanto ampio il primo possa essere – rendono omogeneo il quesito. E lo rendono «chiaro», essendo evidente per l'elettore la finalità univoca della proposta di abrogazione. Il che non impedisce che il quesito, inteso all'abrogazione parziale della legge, possa intendere conseguire la «manipolazione» delle disposizioni vigenti, ma ciò solo quando questa consenta «la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum»¹², e dunque non sia estranea al «contesto normativo»¹³ in cui si colloca la nuova norma risultante dalla manipolazione mediante abrogazione parziale.

Ora, non è agevole definire un concetto di “puntualità omogeneizzante” dell'oggetto della legge e della *ratio* del quesito.

Non è agevole, anzitutto perché la Corte ha declinato in altra parallela giurisprudenza un criterio di omogeneità come «coerenza-completezza»¹⁴, secondo il quale devono essere assunte a oggetto del quesito tutte le disposizioni presenti nell'ordinamento che contribuiscono a disciplinare l'istituto implicato nel referendum. Criterio di difficile componibilità entro una trama logica riconoscibile con quello di «puntualità», essendo arduo stabilire con qualche speranza di pervenire a conclusioni razionali se l'omogeneità possa essere assicurata *solo e necessariamente* dal riferimento a un principio normativo tale da condurre alla ridefinizione compiuta di un sottosistema normativo («completezza») o per converso *solo e*

¹¹ Tale costruzione fa la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte con la sentenza 16 gennaio-3 febbraio 1987, n. 29: «La natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria. Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà a un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una *ratio* altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta *ratio* quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo ...». Ne segue nel tempo un impiego discontinuo. Quanto alla locuzione «finalità incorporata nel quesito», cfr., da ultimo, sent. 12-26 gennaio 2011, n. 24.

¹² Criterio selettivo spesso presente nella giurisprudenza della Corte: cfr. il richiamo ai precedenti nella sent. n. 26 del 2017.

¹³ La locuzione «contesto normativo» compare nella giurisprudenza della Corte con la sent. 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 36, e ora è anch'essa ripresa nella sent. n. 26 del 2017.

¹⁴ Considerazioni sulle aporie della giurisprudenza che si riferisce al criterio di «completezza» dell'oggetto del quesito referendario, e sulle difficoltà interpretative da essa derivanti, LUCIANI, *op. cit.*, p. 423 ss.; PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 547 s. Con riferimento alla vicenda referendaria odierna, CALVANO, *Il quesito referendario sull'art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissibilità e politica*, in questa rivista, n. 1, 2017, p. 5.

necessariamente dal riferimento a un principio normativo ristretto («puntualità»).

È non è agevole discernere *quanto* puntuale debba essere un norma oggetto del quesito referendario e *come* essa si debba connettere, nell'ambito del medesimo sistema normativo, con altre norme anch'esse puntuali affinché il quesito referendario possa dirsi coerente e completo: poiché, per quanto puntuale, la norma oggetto del quesito sarà pur sempre in connessione con il sistema e la sua soppressione produrrà conseguenze in questo, tanto da imporre la verifica della omogeneità delle norme residue. Insomma la norma «puntuale» è una sorta di monade leibniziana, chiusa alle altre monadi, ma dotata di una capacità di rappresentazione tale da consentire di poter vedere, attraverso di essa, l'intero universo normativo in cui si colloca.

A tale altezza concettuale dovrebbero muoversi i componenti del comitato promotore del referendum abrogativo nel formulare il quesito, stretti tra le due ganasce – «completezza» e «puntualità» – della tenaglia del giudizio di ammissibilità: un utensile che la Corte adopera con elevata destrezza discorsiva. La quale, tuttavia, non è tale da occultare un andamento sussultorio e discontinuo della sequenza argomentativa. Infatti, una volta preso a riferimento il criterio, o la somma di criteri, da essa costruito – «omogeneità», «chiarezza», «completezza», «puntualità», presi singolarmente o in combinazione – la Corte sarebbe chiamata a farne applicazione seguendo un itinerario di progressivo avvicinamento della *ratio* generale del criterio alla *ratio* particolare del singolo caso di ammissibilità del quesito. Senza volere entrare in una disputa circa la natura di tale attività – se “dimostrazione” nel senso più proprio, ovvero “argomentazione”, meno astretta da vincoli di logica formale – resta fermo che il giudice dell'ammissibilità dovrebbe pur sempre presentare una sequenza riconoscibile di inferenze (come d'altronde la Corte ha fatto e fa ordinariamente nei giudizi di legittimità costituzionale, quando si tratta di colmare l'«eccedenza deontologica» dei principi). E tale sequenza riconoscibile dovrebbe essere riprodotta al cospetto, nel tempo, di fattispecie riconducibili a un'identica *ratio*. Invece, nei giudizi di ammissibilità del referendum, c'è sempre un vuoto argomentativo, un salto apodittico tra il criterio e la sua applicazione; e dunque un'immotivata diversità di orientamento al cospetto di evidenti e dominanti fattori di stretta affinità delle fattispecie.

4. *La vicenda odierna*

Su tale quadro problematico, la posizione della Corte nella vicenda referendaria qui in considerazione – e conseguentemente la posizione degli altri attori operanti nel processo politico-istituzionale implicato – offrono un eccellente punto di osservazione.

4.1. *Il «navigare periglioso» dei promotori*

Sembra utile, per valutare le determinazioni della Corte, muovere dall'opera dei promotori nella formulazione del quesito referendario nel caso deciso con la sent. n. 26/2017: essi hanno percorso il labirintico edificio dei precedenti, nel tentativo di individuare linee di coerenza che aiutassero a prendere la decisione giusta a ognuna delle numerose biforcazioni del percorso.

Una sola certezza, tenacemente coltivata: l'impossibilità della contestuale abrogazione totale del d.lgs. n. 23 del 2015 e dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, con la conseguente soppressione di ogni tipo di tutela, reale o risarcitoria, nei casi di licenziamento, sul presupposto che la seconda di tali discipline appartenga al novero delle «leggi costituzionalmente necessarie». Assunto obbligato, in considerazione dell'orientamento politico-ideologico dei proponenti: per il maggiore sindacato italiano non sarebbe stato certo concepibile proporre l'abrogazione integrale di una norma ritenuta centrale e irrinunciabile nella tutela dei lavoratori occupati, e di alto valore simbolico, essendosi ripetutamente incentrato su di essa il conflitto tra le componenti del mondo del lavoro e tra queste e soggetti operanti nelle sedi della rappresentanza politica (mentre l'abrogazione parziale, con la soppressione delle parti interpolate con la legge n. 92 del 2012, avrebbe potuto restituire all'art. 18 la sua originaria potenza garantista). Sul piano più strettamente giuridico-costituzionale, la posizione dei proponenti sembra riconnettersi alla tesi secondo la quale vi sono leggi che «non possono mancare», o, più esattamente, «non possono venire a mancare» una volta prodotte in adempimento di un obbligo costituzionale: l'attuazione della Costituzione seguirebbe un moto unidirezionale verso la maggiore tutela dei diritti, sicché ogni modificazione della legge in senso restrittivo sarebbe illegittima¹⁵. E l'art. 18 sarebbe dotato di tale rigidità, per essere tra le norme legislative che hanno dato più intensamente campo al principio lavorista.

Si è peraltro rilevato che l'identificazione delle «leggi costituzionalmente necessarie» come leggi di adempimento di obblighi costituzionali di legiferare e, in ultima istanza, come leggi di attuazione della Costituzione, dilati oltre ogni confine la categoria. Per stabilire una nozione utile si ritiene perciò inevitabile accedere all'idea che tali siano solo le leggi delle quali sia costituzionalmente illegittima l'abrogazione in termini generali (non solo mediante referendum, ma anche con legge parlamentare), e dunque attribuendo

¹⁵ Non sono ammessi «ripensamenti, disattuazioni, regressi o retrocessioni», dice MODUGNO, *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *GCost*, 2001, p. 1835.

al giudizio di ammissibilità la natura di giudizio di legittimità costituzionale anticipato¹⁶.

Si possono perciò ritenere «costituzionalmente necessarie», in quest'ottica, solo le leggi la cui abrogazione apra un «vuoto» direttamente lesivo di un principio costituzionale, dunque producendo non una disfunzione qualsiasi o la messa in campo, in conseguenza dell'abrogazione, di una diversa soluzione legislativa tra quelle legittimamente affidate alla discrezionalità del legislatore, ma la preclusione dell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto (come sarebbe per l'abrogazione totale di una legge elettorale) o la «riespansione» di una normativa da considerarsi costituzionalmente illegittima con riferimento a una specifica modalità di esercizio di un diritto. Quanto all'art. 18, non versandosi nel primo di questi casi, ci si può chiedere se ricorra il secondo, se cioè l'abrogazione di esso, e la conseguente applicabilità delle norme codicistiche sul rapporto di lavoro, condurrebbe a una situazione di illegittimità costituzionale.

Terreno accidentato, dunque, sul quale è assai difficile orientarsi.

E che tuttavia i promotori hanno dovuto necessariamente praticare, poiché, nell'intricata foresta dei precedenti, un primo ostacolo era sul sentiero verso l'ammissione: quella necessaria «omogeneità-completezza» del quesito referendario, in carenza della quale il referendum non sarebbe «sufficientemente esaustivo del proprio oggetto»¹⁷. Di tale «sufficiente esaustività» i promotori hanno dato in tutta evidenza una lettura che la ritiene osservata quando, in ragione della rimozione dal sistema di tutte le norme connesse a quella «principale» di cui si chiede l'abrogazione, o di essa riprodotte o della quale costituiscono nella sostanza diversa formulazione, la normativa di risulta presenti coerenza sistematica. Per questo, nel perorare innanzi alla Corte, i promotori hanno dato particolare rilievo all'assunto secondo cui «il sì al quesito» avrebbe lasciato «in vigore (quale normativa di risulta) una disciplina precisa e rigorosamente unitaria, incentrata sulla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro per la generalità dei licenziamenti illegittimi ...»¹⁸. E invero, in siffatta logica, sul presupposto che il d.lgs. n. 23 del 2015 fosse entrato in connessione sistematica con le parti dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 limitative della tutela reale a vantaggio della tutela obbligatoria nei casi di licenziamento senza giusta causa, i promotori proponevano un intervento abrogativo sull'intero sub-sistema della tutela obbligatoria enucleato nel più complessivo sistema delle

¹⁶ In tal senso, LUCIANI, *op. cit.*, p. 472 ss., che preferisce la dizione «leggi costituzionalmente obbligatorie».

¹⁷ PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 548.

¹⁸ In questi termini è riportato il contenuto della memoria presentata dai promotori nella parte in fatto, par. 4 della sent. n. 26.

norme concernenti i licenziamenti individuali, lasciandone in vita solo una fattispecie relativamente ristretta (quella delle unità produttive con un numero di dipendenti non superiore a cinque)¹⁹: a un assetto incentrato sul temperamento tra tutela reale e tutela obbligatoria si sarebbe sostituito un assetto incentrato sulla preminenza della tutela reale (e della marginalità e recessività della tutela obbligatoria).

Il carattere manipolativo del quesito, dunque, appariva bensì imposto dalla natura di «legge costituzionalmente necessaria», che i promotori assumevano di ascrivere all'art. 18 della legge n. 300 del 1970; ma derivava anche dalla necessità di selezionare, tra i comandi normativi derivanti dal testo oggetto del quesito referendario, quelli la cui abrogazione avrebbe potuto condurre al trapasso da un assetto normativo a un altro e a una disciplina di risulta «precisa e rigorosamente unitaria».

Così i promotori pensavano di poter sfuggire al gorgo di Cariddi, alla dichiarazione di inammissibilità per incompletezza, e di poter navigare in acque calme secondo una rotta sicura. Ma Scilla è insuperabile: l'armamentario argomentativo al servizio dell'inammissibilità è policefalo, e quando pare di averne ricostruito i tratti e, sulla base di tale ricostruzione, di poterne preconizzare l'applicazione, esso sorprende per l'imprevedibilità del punto di aggressione alla conformazione del quesito.

La nave dei promotori si incaglia, invero, nell'«estraneità al contesto»: proprio il trapasso da un assetto normativo a un altro – o, se si preferisce, da un principio normativo a un altro – che aveva consentito di prospettare una disciplina di risulta ispirata a «completezza», viene addotto come motivo di inammissibilità, per essere stato costruito attraverso un'opera di manipolazione non consentita in quanto produttiva di una norma «estranea al contesto», e perciò tale da condurre a un impiego del referendum difforme dalla natura «meramente abrogativa» dell'istituto.

4.2. Nella foresta concettuale

Va detto anzitutto che il concetto di «estraneità al contesto» si è affermato nella giurisprudenza della Corte come una categoria logico-analitica consolidata: non una formula ellittica, fungibile con altre, per riassumere percorsi argomentativi, bensì un vero e proprio concetto giuridico da porre a base di un autonomo test di ammissibilità. Ma per un tale esito sarebbe stato necessario muovere

¹⁹ Il «ritaglio» proposto con il quesito referendario è evidenziato in forma molto chiara da D'AMICO, *Sulla nozione di «estraneità al contesto normativo» della disposizione di risulta. Una riflessione «preventiva» sull'(in)ammissibilità del referendum sul c.d. Jobs Act*, in *Consulta Online*, n. 1, 11 gennaio 2017, p. 34.

dall'adeguata definizione di «contesto normativo»: quali siano gli elementi contestualizzanti in un ordinamento normativo, come si formino, quando gli apporti legislativi successivi al contesto originario valgano a rafforzarne i tratti ovvero quando siano tali da provocare un passaggio di contesto.

Certo la Corte non è chiamata a produrre direttamente dottrina (benché talvolta ne produca). Ma la sequenza lungo la quale si dipana l'argomentazione dovrebbe muovere da una concettualizzazione adeguata delle premesse sulle quali costruire le inferenze giudiziali.

Ora, secondo la Corte, affinché non sia abbia «estraneità al contesto» (il concetto è definito in negativo: per stabilire non ciò che sia l'«estraneità», ma ciò che sia la «non-estraneità»), occorre che la nuova norma risultante dalla manipolazione per via di abrogazione parziale derivi «direttamente dall'estensione di preesistenti norme» ovvero sia desumibile «dal ricorso a forme di autointegrazione» (queste le locuzioni contenute nella sent. n. 36 del 1997, poi riprese con varianti non sostanziali nella giurisprudenza successiva in tema di ammissibilità: sent. n. 13 del 1999; n. 34 e n. 38 del 2000).

I due criteri – per come enunciati – non sono immediatamente utilizzabili.

Quanto all'«estensione di preesistenti norme», la manipolazione compiuta attraverso l'ablazione totale o parziale di un enunciato conduce *sempre* a ridefinire le connessioni tra gli enunciati residui, e tra le norme da essi derivanti, e dunque a dare campo alle norme rimaste in vigore, che, per la via della saldatura tra elementi lessicali, regoleranno le fattispecie diversamente regolate prima dell'ablazione, dunque conosceranno una *estensione*²⁰. *Sempre*, se si tratti di manipolazione, cioè di una tecnica intesa, per propria natura, a ridefinire le connessioni tra gli enunciati al fine di produrre una nuova disciplina normativa. Se, invece, l'ablazione parziale proposta non conduce a un significato *qualsiasi*, cioè non conduce a produrre una norma intelligibile nel sistema, poiché nessuna riconnessione razionale tra enunciati è possibile e prospettata, essa non è manipolazione. E il quesito che la proponga è inammissibile, non perché non corrisponda al carattere abrogativo del referendum (poiché di abrogazione pur sempre si tratta), semmai perché privo del requisito della chiarezza.

²⁰ Questo aspetto è ben rilevato da PIZZORUSSO, *I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica*, in AA.VV., *Riforme elettorali*, Laterza, 1995, p. 124: «... il referendum previsto dall'art. 75 della Costituzione ha effetti diretti ed immediati ... anche qualora l'abrogazione parziale tenda in realtà alla sostituzione – “per sottrazione” – di una disciplina con un'altra attraverso l'eliminazione delle parole e frasi che fanno la differenza ...».

Il criterio «estensione di preesistenti norme», per come proposto, è perciò anodino. Per risultare applicabile dovrebbe essere specificato in una tavola di sottocriteri idonea a discernere estensione da estensione, consentendo di prefigurare con adeguata certezza l'esito del giudizio di ammissibilità (agli occhi dei promotori, anzitutto). Di quest'esigenza v'è forse traccia nell'elaborazione della Corte, ove essa fa riferimento alla necessità che l'estensione sia «diretta» affinché il quesito risulti ammissibile: un riferimento che sembra esporre il problema di distinguere i casi di estensione in base al tipo di rapporto tra ablazione ed enunciato produttivo della norma da estendere, in ragione della collocazione di questa nel sistema. Ma il tema pare solo evocato, non trattato.

Quanto alle «forme di autointegrazione», è difficile concepirle in termini diversi dalla «estensione di precedenti norme»: le due locuzioni paiono sinonime. E, comunque, nelle decisioni della Corte non ci sono indizi per comprendere come andrebbero concettualmente distinte.

His fretus, come direbbe il Manzoni, l'applicazione dei criteri alle singole fattispecie non può che avvenire *per saltum*: tra il criterio elaborato e il caso non v'è l'intermediazione di alcuna riconoscibile inferenza; conformità e difformità vengono enunciate e non comprovate. E perciò non sorprende che fattispecie analoghe vengano diversamente trattate.

Ecco dunque che la sent. n. 26/2017 ritiene inammissibile il quesito, per «estraneità al contesto normativo», in quanto esso «manipola un testo vigente ... attraverso il ritaglio di frammenti lessicali, così da ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario». E in quanto, per tale via, aspira a dar vita a «un assetto normativo sostanzialmente nuovo».

Innanzi a tali assunti, è naturale chiedersi se – una volta ammesso che la manipolazione non sia in sé illecita (e la Corte lo ammette, anzi ritiene che in alcuni casi, per taluni contenuti legislativi, sia la via obbligata all'ammissibilità, non essendo invece possibile dare corso all'abrogazione totale) – questa sia mai concepibile senza che il «ritaglio» di parti dell'enunciato, e la conseguente «saldatura di brani linguistici» residui, conduca a creare una norma di contenuto nuovo rispetto a quello originario. Se si manipola un enunciato per ablazioni, il “materiale deontico” che residua non può che determinare una norma nuova.

E, invero, la stessa sentenza soggiunge immediatamente che questa tecnica – cioè, deve ritenersi, la manipolazione lessicale attraverso saldatura di brani linguistici – «non è di per sé causa di inammissibilità del quesito», purché consenta la «riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum». Ma, in tutta evidenza, ogni soppressione di parti di un

enunciato crea un vuoto colmato dalle norme residue, che «si riespandono»: l'essere contenute «in nuce» nel «tessuto normativo» è soltanto una metafora che nulla aggiunge all'essenza del fenomeno che si vuole descrivere, per quanto retoricamente efficace possa essere l'iperbolico rilievo così attribuito al potenziale di disarticolazione del sottosistema normativo implicato derivante dal quesito referendario.

Dunque la Corte non costruisce un “modello logico dell'inammissibilità” ben definito, al quale raffrontare i casi. Offre soltanto malleabili indicazioni discorsive, e le assume a parametro facendone libera applicazione.

Quando, dunque, il quesito «ritaglia» il testo del c. 8 dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, in modo da mettere in connessione l'enunciato che richiama la tutela reale con l'enunciato relativo alla dimensione dell'unità produttiva quantificata in soli cinque dipendenti, la Corte ritiene che esso aspiri a produrre una disciplina estranea al «contesto normativo». Eppure in tal caso non avviene altro che questo: la tutela reale, prescritta per le unità produttive con più di quindici lavoratori, viene *estesa* alle unità produttive di dimensioni inferiori, fino al minimo di cinque dipendenti. In tal modo il contemperamento tra tutela reale e tutela obbligatoria determinato in ragione della dimensione aziendale viene ridefinito a favore della tutela reale, e ciò si ottiene attraverso l'*estensione* della norma sulla tutela reale, già presente nell'art. 18 (si potrebbe anche adoperare la metafora della Corte: già presente «in nuce» nel «tessuto normativo»).

A nulla rileva che il limite dei cinque dipendenti sia previsto solo per le imprese agricole, cioè per un tipo specifico di impresa: non è affatto estraneo alla logica dell'*estensione attraverso ritaglio* perseguire l'obiettivo di estendere a tutte le imprese il limite dimensionale previsto per un solo tipo di impresa. In proposito, la Corte introduce nella linea argomentativa un elemento estrinseco, quando rileva lo specifico apprezzamento che «il legislatore ha riservato all'impresa agricola in virtù delle peculiarità in fatto e in diritto riconosciute a questa figura»: ma il quesito referendario è inteso appunto a sopprimere la peculiarità in diritto quanto al tipo di tutela nei casi di licenziamento senza giusta causa. Quanto alla peculiarità in fatto, essa potrebbe condurre alla inammissibilità del quesito, se si dimostrasse l'irragionevolezza della norma risultante dall'*estensione* prodotta attraverso il ritaglio; cioè se si dimostrasse che *solo* per l'impresa agricola si giustifica un limite dimensionale così basso. In ciò i lavoristi e gli economisti del lavoro potrebbero fornire elementi, poiché si tratterebbe di verificare se la peculiarità dell'impresa agricola, che la Corte postula corrisponda all'attuale conformazione del contesto produttivo italiano, sia ancora effettivamente nell'ordine delle cose. Comunque il giudice non compie in proposito alcuna istruttoria, sicché la conclusione cui perviene non è suffragata da elementi fattuali.

Diversamente la Corte si era orientata, su premesse analoghe, quando si era trattato di verificare l'ammissibilità del quesito con riferimento alla legge elettorale per il Senato, n. 29 del 1948.

Mentre, invero, con la sent. n. 26/2017 viene ora censurato il ritaglio che «sfrutta» la «fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni numeriche», cioè una certa conformazione dell'enunciato che si presta casualmente alla manipolazione, la sent. 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 32 non esitava ad affermare l'irrelevanza del «modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo», se ciò conferisca alla chiarezza, univocità e omogeneità del quesito e a «una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative». Nella specie, il carattere «fortuitamente» adatto dell'enunciato alla manipolazione era molto evidente, perché scaturiva da una riformulazione del disposto normativo compiuta con la legge n. 33 del 1992 al fine di renderlo più perspicuo e tecnicamente più corretto, ma non diverso nella sostanza normativa: se la disposizione fosse rimasta quella originaria, non sarebbe stato possibile esercitare il taglio dei lemmi necessario a mutarne radicalmente il significato senza far perdere di intelligibilità al testo residuo²¹. La possibilità di espungere il lemma era una implicazione, un effetto collaterale di una abrogazione per sostituzione rispondente ad altra *ratio* obiettiva.

Né la questione si sposta di molto se si segue una ricostruzione – che, essendo dovuta ai protagonisti della vicenda parlamentare, non vi è ragione di non accreditare come «autentica» – secondo la quale la modifica in discorso fu scientemente introdotta nel testo, mentre procedimento di modifica (marginale) della legge elettorale in Parlamento e procedimento referendario si intrecciavano temporalmente, proprio al fine precipuo di rendere «ritagliabile» l'enunciato con esiti di intelligibilità²². Invero, se i fatti si fossero

²¹ Infatti, l'art. 17, c. 2, legge n. 29 del 1948, era così formulato: «Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto *un numero di voti validi non inferiori al 65 per cento dei votanti*». L'enunciato fu così modificato con l'art. 1 della legge n. 33 del 1992: «Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto *il maggior numero dei voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale*». Solo il secondo di questi enunciati si presta al ritaglio – della locuzione «comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale» – necessario al desiderato radicale mutamento di significato della norma.

²² Narra Augusto Barbera che il Comitato promotore del referendum, volendo «affondare il bisturi abrogativo», sotto il magistero di Serio Galeotti, espungendo dal testo le parole «al 65 per cento dei voti validi espressi nel collegio» si trova innanzi a un problema non risolvibile: «il ritaglio lascia “appesa” la frase, che resta così mutilata “proclama eletto il candidato che ha ottenuto un numero di voti non

svolti in questo modo (e non pare se ne possa dubitare) troverebbe conferma quanto qui asserito: a parità di sostanza normativa, la manipolazione referendaria è resa possibile dalla conformazione dell'enunciato, «fortuitamente» esposta al ritaglio nella oggettività della sua costruzione materiale (che poi tale costruzione sia dovuta al «multiforme ingegno» di «artificieri delle procedure parlamentari», come forse li avrebbe definiti Piero Calamandrei, e alla fortuna a essi arrisa – chissà se nella inconsapevolezza o nell'acquiescenza dei più – appartiene al novero di quei casi che si compongono, appunto «fortuitamente», cioè per una serie di fattori imprevedibili e incontrollabili, tra i quali anche il riscontro dato nel testo all'intenzione psicologica di una piccola quota del collegio deliberante).

La sent. n. 32/1993 non conteneva riferimenti alla «non estraneità al contesto» come criterio di giudizio dell'ammissibilità: il concetto non era ancora stato forgiato nella fucina della Corte. Si riteneva sufficiente che fosse chiaro e compiuto il «fine intrinseco dell'atto abrogativo proposto» e la «lineare evidenza delle conseguenze abrogative». Ma proprio quell'evidente «fine intrinseco» consisteva nella creazione di una norma radicalmente «estranea al contesto» (mancava il nome, ma allora davvero c'era la cosa), poiché, attraverso la sostituzione della formula elettorale per il Senato, spiccatamente proporzionalistica, con una formula spiccatamente maggioritaria, l'effetto prodotto era un mutamento strutturale della forma di governo parlamentare italiana (poi il legislatore sarebbe intervenuto a razionalizzare il sistema, conformandosi all'ispirazione

inferiore»). Ma «... per fortuna la questione viene ad intrecciarsi con un'iniziativa legislativa del sen. Mancino dedicata a tutt'altro problema ... Egli si propone di eliminare le scorrettezze che avvengono tra i candidati del medesimo partito in collegi limitrofi ... Con il suo progetto Mancino propone ... di eliminare dal computo delle cifre elettorali di ogni candidato le schede bianche e nulle ... Peppino Calderisi, membro del comitato promotore del referendum, concepisce con Lorenzo Strik Lievers e con il sottoscritto, ed in accordo con il relatore Paolo Cabras (anch'egli membro del comitato), di utilizzare la proposta per inserire un emendamento apparentemente solo lessicale, ma in realtà destinato a rendere inattaccabile il quesito. Per effetto dell'emendamento la disposizione che si vuole sottoporre a quesito referendario viene così riscritta: "proclama eletto il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale". A questo punto, espungendo le parole da "comunque" a "totale", la frase risultante è perfettamente compiuta»: BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Giuffrè, 1998, p. 77 s. Ricostruzione sostanzialmente identica è in BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 133 ss. I fatti sono riportati allo stesso modo da GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Giuffrè, 2009, p. 196 ss.

del referendum abrogativo, effettivamente svoltosi il 18 aprile del 1993, con le leggi 4 agosto 1993, nn. 276 e 277, attraverso la omogeneizzazione delle formule elettorali di Camera e Senato, entrambe ricondotte a un modello prevalentemente maggioritario).

Guardando retrospettivamente a quel caso attraverso la lente della giurisprudenza successiva in tema di ammissibilità, può dirsi che allora il «contesto» fu quello costituzionale in cui si svolge una relazione organizzativa fondamentale. E il mutamento che condusse alla «estraneità al contesto» della norma prodotta attraverso la manipolazione referendaria, consentita dalla Corte, consistette nel passaggio da un modo di funzionamento della forma di governo a un altro, agendo su un elemento strutturale di essa.

In tema di limiti alla manipolazione con il quesito referendario, la sent. n. 32 del 1993 sarebbe stata un precedente molto conformativo e molto lineare, ricavandosene l'orientamento a consentire ogni connessione tra frammenti lessicali dell'enunciato e ogni conseguente innovazione, anche radicalmente lontana dai contenuti normativi vigenti, purché tale innovazione si dispieghi linearmente e univocamente innanzi all'elettore (e purché, si potrebbe aggiungere, la normativa di risulta preconizzabile sia conforme a Costituzione, se la Corte volesse rendere esplicito e stabile il suo orientamento a sottoporla a scrutinio «preventivo» di legittimità).

Un precedente difficile da disattendere, se la Corte lo avesse richiamato. Ma nelle sentenze sull'ammissibilità nell'odierna vicenda referendaria esso non compare, è il grande «rimosso» nella giurisprudenza della Corte. In questa, una linea di evoluzione (segnata dalle decisioni relative alle leggi elettorali, soprattutto da quelle più risalenti nel tempo) si interrompe, e un'altra si afferma, mossa da un diverso apparato concettuale (della cui perspicuità si è detto). La Corte non disegna l'«anello mancante» tra queste due linee. E che la traslazione di piano logico e interpretativo, con la conseguente diversità di orientamento, derivi più dalla pressione del contesto politico che dalla considerazione del contesto normativo si mostra ipotesi altamente plausibile.

La mancata identificazione degli elementi contestualizzanti, che segna l'applicazione del criterio della «non estraneità», indebolisce anche l'argomento della non omogeneità e non univocità del quesito, che nella sent. n. 26/2017 è adoperato per «rafforzare» l'orientamento all'inammissibilità.

Il nucleo dell'argomentazione su tale versante è invero questo: la determinazione delle ipotesi di licenziamento illegittimo e dei meccanismi di tutela dei lavoratori, da una parte, e la determinazione delle realtà imprenditoriali e non imprenditoriali cui tali meccanismi di tutela vadano riservati, dall'altra, si collocano su piani diversi. Dunque, quando il quesito referendario ne operi la commistione si rende disomogeneo, poiché «... l'elettore... potrebbe desiderare che la reintegrazione torni a essere invocabile quale regola generale a

fronte di un licenziamento illegittimo, ma resti confinata ai soli datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti in ciascuna unità produttiva o Comune, o ne impegnano complessivamente più di sessanta. Oppure potrebbe volere che quest'ultimo limite sia ridotto, ma che, anche per tale ragione, resti invece limitato l'impiego della tutela reale, da mantenere nei casi in cui è attualmente prevista», afferma la Corte.

Per dare senso a tale rilievo nella logica della omogeneità, si dovrebbe ritenere che questa sia realizzata unicamente quando, identificate tutte le possibili combinazioni tra dimensione dell'impresa ed estensione della tutela reale o, in alternativa, della tutela obbligatoria – combinazioni non solo in atto, ma realizzabili in astratto e producibili per decisione discrezionale del legislatore o per manipolazione referendaria – il quesito si riferisca a una sola tra esse, proponendone un'ablazione che dia campo a diversa soluzione con le medesime caratteristiche di omogeneità: una omogeneità “per parcellizzazione”, intesa come coerenza interna di una individuata soluzione normativa e come possibilità di astrazione di essa dal complessivo quadro legislativo per essere corrispondente a una specifica scelta regolativa di principio. Ma bisogna riconoscere che questa sorta di omogeneità intrinseca appartiene alla sfera dell'indimostrabilità. Il giudizio di omogeneità, infatti, precipuamente in campo giuridico (altro, del tutto diverso discorso dovrebbe farsi per le tassonomie nell'ambito delle scienze naturali), non può che muovere dall'identificazione dei caratteri rilevanti della norma presa in esame per raffrontarli con i caratteri rilevanti di altra norma o del sistema normativo preso a riferimento, secondo un'inferenza almeno diadica, in modo da compiere una valutazione di corrispondenza/non corrispondenza. La “disomogeneità in sé” non pare, invece, accertabile con gli ordinari mezzi della logica giuridica.

L'elemento di raffronto può essere il «contesto normativo»: non v'è dunque campo alla coppia oppositiva omogeneità/disomogeneità “in sé” (forse concettualmente improponibile, certo conducente a esiti di indimostrabilità), bensì alla coppia oppositiva omogeneità/disomogeneità nelle relazioni reticolari tra norme dello stesso ambito (difficile da identificare quanto agli elementi rilevanti e ai modelli di raffronto, e però conducente a risultati ricostruttivi non indimostrabili).

Ma la sent. n. 26/2017 crea una cesura molto netta tra argomentazione sul rapporto tra norma e contesto (assumendone l'estraneità) e argomentazione sull'omogeneità (negandone la sussistenza). Sicché la seconda non rafforza la prima, ma ne conferma le aporie.

In queste condizioni, non v'è infatti ragione per ritenere fondato l'assunto «... Un conto ... è stabilire in quali ipotesi di licenziamento illegittimo e attraverso quali meccanismi può essere in linea astratta tutelato il lavoratore; altro conto è decidere a quale realtà,

imprenditoriale o non imprenditoriale, essi vadano riservati ...», addotto dalla sent. n. 26/2017. Nel sistema dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, è, per vero, definito, in termini di specificità (o di specialità che dir si voglia) nell'ambito della generale disciplina codicistica, uno stretto rapporto di continuità, di presupposizione e di strumentalità, tra «meccanismi» di tutela del lavoratore nei casi di licenziamento illegittimo e «realità imprenditoriale o non imprenditoriale», identificata su base dimensionale. Se c'è un elemento «contestualizzante» esso è in questo rapporto.

Il quesito referendario, dunque, non si poneva fuori del «contesto», ma agiva precisamente all'interno di esso, ridisponendo gli elementi che lo compongono, nella stessa logica generale della norma di cui proponeva la manipolazione.

4.3. *Dall'iperbole all'ellissi*

Le altre due sentenze che hanno segnato la vicenda referendaria in materia di lavoro – n. 27 e n. 28 del 2017 – non sciolgono di certo i nodi in cui la sentenza n. 26/2017 ha avvinto l'argomentazione sull'ammissibilità. Le motivazioni sono in entrambi i casi molto ellittiche, quasi la Corte avesse profuso tutta l'energia necessaria nella prima decisione, assumendo di essere pervenuta a una costruzione tanto compiuta e non più rimediabile da farne la misura di ogni altro giudizio sullo stesso tema, ritenendo di poter giungere, in ogni altro caso, a conclusioni autoevidenti.

Così, la sent. n. 27 ritiene che il quesito risponda «ai requisiti di chiarezza, univocità e omogeneità», considerati indistintamente, senza soverchie articolazioni nella motivazione: il «ritaglio» proposto – con l'ablazione, in materia di lavoro nel settore degli appalti di opere e di servizi, della deroga al regime di responsabilità solidale di committente, appaltatore e subappaltatore, consentita dalla contrattazione collettiva nazionale, e della disciplina processuale dell'azione esperibile dal lavoratore – è ascritto al novero di quelli ammissibili. E ciò perché il quesito «si incentra su un medesimo istituto» e perché l'elettore è posto innanzi all'alternativa di conservare immutata la normativa o di «depurarla "seccamente" dei profili anzidetti». Ove il richiamo al concetto di «medesimo istituto» non vale a distinguere questo caso, in cui il «medesimo istituto» è la «responsabilità solidale negli appalti a tutela della posizione dei lavoratori», da quello trattato con la sent. n. 26, in cui il «medesimo istituto» era la garanzia dei lavoratori verso i licenziamenti illegittimi. E la qualificazione del ritaglio come «secco» non sembra adeguatamente perspicua.

La sent. n. 28 è ancora più stringata. Quanto alla «chiarezza, omogeneità e univocità», essa si limita ad affermare che il quesito «rispetta le indicazioni della giurisprudenza costituzionale», in quanto «espressione di una matrice razionalmente unitaria», per la

circostanza di avere per fine di «abrogare nella sua interezza l'attuale disciplina del "lavoro accessorio"». Qui il carattere totale dell'abrogazione sembra implicare, quasi per automatismo, l'omogeneità del quesito. È noto – e certo non può essere sfuggito alla Corte – che non è così, poiché, già con la sentenza n. 16 del 1978, si assumeva la disomogeneità del quesito riferito a un unico intero atto normativo, per la molteplicità dei suoi contenuti, non riconducibili a «matrice razionalmente unitaria». E successivamente sono invalse, nella scrittura mediocre delle leggi, artificiose giustapposizioni di norme in uno stesso testo e sotto una stessa rubrica. Fatto sta che, nella sent. n. 28, la totalità/omogeneità è postulata, non argomentata.

5. Epilogo

Infine nessun referendum si è svolto: liberato il campo, per via di inammissibilità, dal quesito di maggiore impatto, con riferimento agli altri due, l'abrogazione delle norme cui essi si riferivano, pressoché mera (v'è solo una norma transitoria che procrastina per tutto l'anno in corso l'utilizzazione dei buoni per lavoro accessorio già richiesti) ne ha provocato l'improcedibilità (decreto-legge 17 marzo 2017, n. 25, convertito nella legge 20 aprile 2017, n. 49).

Così la Corte costituzionale, organo della giurisdizione, ha arbitrato e definito il conflitto politico, spegnendolo. Mentre gli attori politici presenti nelle sedi interne al circuito della rappresentanza, o, al di fuori ma a ridosso di questo, nei corpi intermedi e nell'organizzazione sociale, confermavano l'incapacità di riuscirvi con i propri mezzi.

Ma ciò è avvenuto al prezzo di una cesura vistosa tra la coerenza dell'argomentazione giudiziale e la prevedibilità dei suoi esiti, da una parte, e decisione ritenuta *sostanzialmente* più adeguata a conservare gli equilibri istituzionali affermati come desiderabili, dall'altra. Sicché quelle – coerenza e prevedibilità – recedono al punto da sospingere oltre i propri confini la giurisdizione, sia pure quella particolarissima giurisdizione che è la giurisdizione costituzionale.