



VECCHIE INCERTEZZE E NUOVI TIMORI IN TEMA DI AMMISSIBILITÀ REFERENDARIA: SPUNTI DALLE ULTIME SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE¹

Stefano Duranti

(Dottorando di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

14 luglio 2005

Il presente intervento rappresenta in realtà il tentativo di una riflessione che si pone *in limine* al titolo del convegno cui mi è stata offerta la possibilità di partecipare e che riguarda un tema, l'ammissibilità referendaria, da lungo tempo dibattuto dalla dottrina e sul quale, è bene precisare da subito, non è possibile ad oggi registrare un apprezzabile grado di assestamento degli strumenti concettuali elaborati dalla dottrina stessa e dalla giurisprudenza costituzionale. La ragione di questa riflessione trova il suo fondamento nella ben nota circostanza che la l. n. 40/2004, contenente "norme in materia di procreazione medicalmente assistita", è stata oggetto nei mesi passati di cinque richieste di referendum abrogativo, di cui una sulla legge nel suo complesso e le altre su parti più o meno consistenti della stessa. Altrettanto risaputo è l'esito che tali richieste referendarie hanno avuto nel giudizio della Corte costituzionale, la quale con le sentenze da 45 a 49 ha, in generale, escluso l'ammissibilità per il quesito finalizzato all'abrogazione totale dell'intervento legislativo in parola e aperto nel contempo le porte della pronuncia popolare per le richieste abrogative parziali. Peraltro, e sia detto per inciso, le pronunce appena richiamate non hanno rappresentato l'ultima parola della Consulta in riferimento al complessivo procedimento referendario, dal momento che la fissazione, mediante i decreti presidenziali del 7 aprile 2005, della consultazione popolare per il 12-13 giugno, e cioè in coincidenza con l'ultima data disponibile in base all'art. 34 della l. n. 352/1970, ha suscitato la reazione dei comitati promotori. Questi ultimi hanno utilizzato lo strumento del conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato per contestare la (presunta) violazione da parte del Governo del dovere di leale collaborazione, immanente, sempre a

¹ Testo dell'intervento al Seminario interdisciplinare su "*Statuto dell'embrione e principi costituzionali*", svoltosi nell'Università degli Studi di Siena, Facoltà di Scienze Politiche, il 23 Maggio 2005.

opinione dei ricorrenti, nella complessiva disciplina referendaria, soprattutto a seguito delle innovazioni introdotte dal legislatore ordinario a metà degli anni novanta e finalizzate ad un maggiore coinvolgimento degli stessi comitati promotori²: a fronte di un procedimento sempre più inclusivo dei diversi soggetti coinvolti, l'Esecutivo avrebbe agito, in riferimento alla definizione della data della consultazione popolare, in piena solitudine e con il malcelato intento di favorire l'astensionismo, senza che il comitato promotore potesse influenzare in alcun modo, neanche nella forma della mera consultazione, tale decisione. La Corte non ha tuttavia accolto nel merito il ricorso. Da una parte, essa ha confermato la pregressa giurisprudenza orientata a considerare la previsione di “un rigido e ristretto arco temporale, entro il quale deve essere tenuta la votazione” (art. 34, comma 1, della l. 352/1970) come esplicativa di una ponderazione dei possibili interessi coinvolti già svolta dal legislatore in sede di elaborazione del testo in modo peraltro non irragionevole, sempre che non “sussistano oggettive situazioni di carattere eccezionale [...] idonee a determinare un'effettiva menomazione del diritto di voto referendario” (ordinanza 131/1997). L'ipotesi da ultimo richiamata, sempre secondo il giudizio della Corte, non è stata ricondotta al caso in esame. D'altra parte lo stesso Giudice delle leggi ha dichiarato “inconferente” il richiamo al principio di leale collaborazione, a causa della mancanza nella normativa in materia di referendum abrogativo di “alcuna concorrente attribuzione, costituzionalmente garantita” per il comitato promotore nella scelta della data per la consultazione popolare. Sul punto, che meriterebbe ben più ampia trattazione, in questa sede non può che registrarsi la mancanza di qualsiasi apertura della giurisprudenza costituzionale verso un maggiore coinvolgimento del comitato in parola e la conferma per il Governo della possibilità di influenzare, di fatto, l'esito referendario attraverso una oculata “tempistica” della consultazione popolare.

La partecipazione al procedimento innanzi alla Corte di ulteriori soggetti

Le ultime sentenze in tema di ammissibilità referendaria meritano di essere menzionate in primo luogo per alcune scelte di carattere procedurale che hanno confermato e in parte arricchito precedenti opzioni fatte proprie dalla Corte (*in primis* dalla sent. 31/2000). In virtù di tali scelte è stato inaugurato un atteggiamento di maggiore apertura verso i “soggetti ulteriori” rispetto a quelli previsti ex art. 33 l. 352/1970 (promotori, governo, delegati), grazie

² L'ipotesi era stata peraltro prospettata da T.E. FROSINI, *Sulla data del referendum un possibile conflitto tra i poteri*, in www.forumcostituzionale.it.

ad una diversa interpretazione della disposizione appena richiamata. Vero è che l'innovazione del 2000 non ha rappresentato altro che la formalizzazione di un atteggiamento già tenuto nei fatti dalla Corte, avendo questa spesso, in passato, ammesso al deposito delle memorie o alla loro illustrazione orale altri soggetti oltre quelli espressamente contemplati dalla normativa referendaria, salvo poi dichiarare irricevibili nel proseguo del procedimento le richieste presentate dai soggetti in parola al fine di ottenere il deposito e l'illustrazione orale delle memorie.

Stante la premessa ora svolta, il Giudice delle leggi ha nel complessivo pronunciamento del gennaio scorso confermato, in primo luogo, quanto aveva già affermato fin dal lontano 1972, ovvero il rispetto della necessaria garanzia del contraddittorio da parte dell'art. 33 della l. 352/1970, il quale prevede espressamente, anche se in via eventuale, l'intervento governativo oltre a quello dei soggetti promotori e dei delegati regionali. La potenziale presenza in giudizio dell'Esecutivo continua quindi ad essere ritenuta dalla Consulta, ma non da una parte indifferente della dottrina (anche a seguito della progressiva sovrapposizione del giudizio di ammissibilità con quello di legittimità), condizione necessaria e sufficiente a concretare tale garanzia; è stato inoltre confermato che i soggetti ulteriori non assumono il diritto di partecipazione al procedimento e quindi le facoltà di deposito delle memorie e di successiva illustrazione delle stesse (riconosciute ai soggetti espressamente menzionati dall'art. 33 *ex lege* per quanto attiene alla prima facoltà, in via di prassi, dal 1978, per la seconda). La possibilità per i soggetti in parola di partecipare al procedimento in esame viene difatti riconosciuta in base ad un criterio di mera opportunità, in quanto le deduzioni e le argomentazioni presentate risultino "potenzialmente rilevanti ai fini del giudizio", che deve comunque concludersi "secondo una scansione temporale definitiva". La Corte quindi si riserva la precisazione di limiti di ingresso nel giudizio di ammissibilità, nel quale gli elementi dell'attuazione giurisprudenziale del diritto finiscono inevitabilmente per mischiarsi con l'applicazione amministrativa dello stesso: proprio quest'ultimo modello, quello del procedimento amministrativo, appare idoneo (anche se non esaustivo) nello spiegare il carattere funzionale rispetto ad un interesse generale (la definizione di una procedura di controllo) e la possibilità non solo di una posizione non paritetica dei soggetti portatori di interessi diversi, ma anche di una esclusione di essi (o alcuni di essi) per l'esigenza di non aggravare il procedimento; un tale risultato sarebbe impensabile nella configurazione di quest'ultimo come processo, teso alla tutela di posizione giuridiche di vantaggio.

Non mancano tuttavia alcune novità: la rottura dell'automatismo tra presentazione e illustrazione delle memorie (sentt. 36 e 46 del 2000) e la fissazione dell'ordine di precedenza,

in base al quale l'illustrazione orale delle memorie degli altri soggetti (ammessi a tale illustrazione nei casi in esame) avviene *prima* di quella dei soggetti previsti *ex lege*, in modo da evitare la posizione di sfavore manifestatasi nella precedente tornata elettorale per i comitati promotori costretti ad illustrare per primi e sottoposti al fuoco degli altri comitati, tutti antireferendari (come nella tornata attuale)³. Naturalmente rimangono sul tavolo tutti i problemi che la recente apertura della Corte crea, ovvero, e soprattutto, la questione degli eventuali filtri che la Corte (ma in ipotesi anche un legislatore accorto) dovrà stabilire in futuro per non compromettere le scadenze temporali definite: difficilmente si potrà pensare a filtri soggettivi, più presumibilmente si farà ricorso al contingentamento dei tempi. In questo caso, lo si è visto, potrà comunque riemergere la differente posizione dei soggetti legislativamente legittimati rispetto agli altri.

Infine, sia detto per inciso, non può non notarsi come le aperture in tema di procedimento innanzi alla Corte hanno accompagnato, e in parte accompagnano, l'adozione di criteri sempre più restrittivi in materia di ammissibilità, quasi a bilanciare tale maggiore restrizione. Non può ritenersi un caso che l'ammissione alla illustrazione orale delle memorie da parte dei soggetti previsti dalla l. n. 352/1970 ha coinciso con la prima formulazione dei cd. "limiti impliciti" operata dalla sentenza "madre" n. 16/1978, così come le successive aperture degli anni 2000 e dell'attuale tornata referendaria hanno accompagnato la precisazione di ulteriori e non poco penetranti vincoli all'azione referendaria.

Le sentenze sulla procreazione medicalmente assistita

Proprio in tema di penetranti vincoli all'ammissibilità referendaria le recenti pronunce della Corte non hanno mancato di porsi in linea di continuità con una giurisprudenza costituzionale che sembra trovare nella incertezza e nella mancanza di una (almeno accennata) razionalizzazione degli strumenti concettuali elaborati nel corso degli anni gli unici punti di riferimento. L'attuale stato in cui versa la giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità referendaria è ben testimoniato dalle parole di chi ha visto nelle pronunce sui *referenda* in tema di procreazione medicalmente assistita "non tanto l'occasione di realizzare un impossibile ritorno ai criteri della sentenza n. 16 del 1978 o una improbabile[...] rifondazione teorica degli stessi criteri impliciti di inammissibilità delle richieste referendarie,

³ Si vedano al riguardo le riflessioni di A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitati del no e Governo a Corte*, in www.forumcostituzionale.it.

quanto piuttosto di fare un po' di pulizia nella propria giurisprudenza"⁴. Non meno significativa è l'espressione "forche caudine"⁵, impiegata per indicare non solo, e in verità non tanto, l'incidenza degli attuali criteri di ammissibilità elaborati dal Giudice delle leggi, quanto la difficoltà di una loro armonica composizione a sistema, di modo che essi risultano ampiamente discrezionali nell'utilizzo e nella potenzialità ostruzionistica di volta in volta assegnata. Se difatti con la sent. n. 16/1978 si è per la prima volta affermata in via pretoria l'idea che il giudizio di ammissibilità (attribuito alla Corte dalla prima legge cost. approvata dal Parlamento repubblicano, la l. cost. 11 marzo 1953, n. 1), anche per il futuro, non avrebbe potuto ridursi al mero raffronto tra la richiesta referendaria e il secondo comma dell'art. 75 Cost. e si è avviato il percorso di elaborazione dei limiti impliciti all'iniziativa referendaria discendenti da una lettura sistemica della disposizione costituzionale richiamata, la costruzione di tali "recinti" interpretativi ha sempre meno risposto ad una esigenza di coerenza. Ciò è avvenuto in aperto contrasto con la considerazione che proprio in tale ambito il Giudice delle leggi avrebbe dovuto mostrare una particolare prudenza e una generale riottosità verso limiti di dubbio fondamento costituzionale in considerazione della nota pregnanza politica⁶ della pronuncia di ammissibilità referendaria nonché della necessità (teorica) di tracciare indirizzi precisi al fine di ridurre l'incertezza del giudizio. Di contro, lo si è detto, appare al momento del tutto illusorio provare a rinvenire una coerenza nella complessiva giurisprudenza costituzionale in tema di consultazione popolare ex art. 75 Cost., anche, e sia detto con chiarezza, a causa di ragioni che esorbitano dalla responsabilità della Corte e che affondano le loro radici in un dettato costituzionale generico, in una attuazione legislativa carente, perché adottata sull'onda della necessità, e nelle colpe di un legislatore ordinario sordo ai richiami da tempo e con frequenza avanzati dalla dottrina per l'adeguamento di tale legislazione.

In realtà, quanto si è appena affermato in riferimento alla imprevedibilità del giudizio di ammissibilità potrebbe essere contestato proprio in relazione agli ultimi pronunciamenti della Corte, giacché è stato rilevato come la bocciatura del referendum radicale fosse nell'aria⁷,

⁴ E. LAMARQUE, *Ammissibilità del referendum: un'altra occasione mancata*, in www.forumcostituzionale.it, 2

⁵ P. CARNEVALE, *Ragioni, pretese e reali, della prassi del "plurireferendum" ugualmente orientato (in margine all'attuale vicenda dei referendum in tema di procreazione medicalmente assistita)*, in www.forumcostituzionale.it, 5

⁶ Sulla valenza politica di tale tipologia di giudizio si veda G. FERRARA, *Referendum e Corte costituzionale, un'obiezione, non lieve*, in *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, atti del seminario svoltosi a Roma il 14 luglio 2000, a cura di F. MODUGNO e G. ZAGREBELSKY, Torino, 2001, 113 ss, il quale evidenzia anche come il modello adottato dal legislatore costituzionale del 1953 non fosse l'unica opzione perseguibile.

⁷ Così A. RUGGERI, *"Tutela minima" dei beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*, in www.forumcostituzionale.it.

essendo i dubbi esclusivamente riferiti al motivo del contrasto della richiesta con l'ampia lettura in chiave sistematica data dalla Corte all'art. 75, comma 2, Cost. nel corso della sua trentennale giurisprudenza: contrasto con gli obblighi internazionali (nella specie con la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina), disomogeneità del quesito oppure inerenza della legge n. 40/2004 alla categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato.

Quest'ultima, come è noto, è stata la tesi fatta propria dal Giudice delle leggi, il quale ha affermato come la disciplina della procreazione medicalmente assistita debba considerarsi a contenuto costituzionalmente vincolato nella peculiare declinazione che la stessa Corte ne ha dato a partire dalla storica sentenza n. 16/1978, e cioè in quanto tesa a garantire un "livello minimo di tutela", nel quale sia riscontrabile un necessario bilanciamento di "rilevanti interessi costituzionali" (punto 6 del considerato in diritto). Eppure l'argomentazione e il più generale impianto epistemologico della sentenza non convincono: difficile una lettura delle ultime sentenze in armonia con i principi affermati nella sentenza madre del 1978, così come laborioso risulta ricondurre a sistema i cinque pronunciamenti in una lettura meramente sincronica delle stesse. A dir il vero, la sent. n. 45 mostra (o conferma) come di coerenza non si riesca a parlare neanche con riferimento al singolo pronunciamento. In essa si riscontra una premessa di ordine metodologico che, riprendendo analoghe posizioni espresse in precedenti pronunciamenti (sentt. nn. 251/1975 e 16/1978), tenta di ribadire una distinzione tra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità non solo nei fatti inesistente, ma negato (e non potrebbe essere altrimenti una volta sussunta la categoria concettuale delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario) nell'immediato svolgimento dell'argomentazione. È difatti la stessa Corte ad affermare nel proseguo ragionamento che l'ammissibilità è valutata "al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale" (punto 3 del considerato in diritto). Ancor più chiaramente, in riferimento ai precedenti del 1978 e del 1981, si fa notare da parte dei giudici costituzionali come "ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione, presentandosi come equivalente ad una domanda di abrogazione di norme e principi costituzionali" (punto 6 del considerato in diritto). Più onesto sarebbe stato ammettere che non risulta possibile, almeno in riferimento ad alcuni strumenti concettuali elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nel

corso degli anni, distinguere nettamente i due giudizi e, sulla scorta di tale premessa, operarsi per una ricostruzione teorica volta a definire limiti, per quanto possibile precisi, allo sconfinamento delle due tipologie di giudizio.

In relazione poi alla caratterizzazione come legge a contenuto costituzionalmente vincolato (*ndr* necessario) la pronuncia *de qua* lascia perplessi sotto diversi punti di vista: il riferimento al bilanciamento di rilevanti interessi costituzionali non è accompagnato da una pur minima indicazione di quali siano tali interessi; neppure il Giudice delle leggi si è preoccupato di esplicitare la portata di tale bilanciamento e le maggiori garanzie offerte rispetto alla precedente situazione di non normazione (almeno organica e completa) in materia. Nella sostanza, ed è qui il punto, si è lasciato chiaramente intendere come il livello minimo di tutela sia garantito, almeno nel caso di specie, dalla sola esistenza di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita. Tale (mera) esistenza è stata quindi valutata quale condizione sufficiente ad escludere la possibilità di una completa caducazione della disciplina in parola da parte del corpo elettorale mediante lo strumento referendario e, di conseguenza, del legislatore rappresentativo. Non quindi una tutela seppur minima è offerta da *questa* legge e dalla *sua concreta* ponderazione dei vari interessi costituzionali coinvolti, ma è semplicemente il mezzo legislativo in sé che la garantisce. Ne consegue, estendendo il ragionamento della Corte, che il legislatore potrà liberamente modificare o integrare precedenti leggi con le quali abbia un tempo dato corpo ad una seppur minima tutela di istituti, principi od organi costituzionali, ma non semplicemente eliminarle “pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento” (sent. 35/1997, richiamata nel punto 5 del considerato in diritto).

La posizione della Consulta pare rappresentare la conclusione di un percorso ermeneutico cui però, è bene dirlo, si è giunti non, come fa intendere la Corte, attraverso un processo di sviluppo e precisazione di un limite precedentemente posto, quello delle leggi costituzionalmente vincolate, ma di una sua innaturale torsione semantica⁸ che ha portato alla sostanziale sovrapposizione tra contenuto costituzionalmente vincolato e contenuto necessario. Difficile difatti conciliare l’originaria distinzione fondata sul carattere discrezionale (“una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per dare attuazione alla Costituzione”⁹ dice la Corte) delle seconde, cui si contrapponeva l’unica possibile attuazione di precetti costituzionali rappresentata dalle seconde. In realtà è la stessa Consulta ad ammettere in certo qual modo il cambio (se non proprio l’inversione) di rotta, quando dopo

⁸ Così A. RUGGERI, “Tutela minima” dei beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota “prima lettura” di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), cit., 5.

⁹ Corte cost., sent. 7 febbraio 1978, n. 16, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1978, 99.

aver affermato la perdurante distinzione operata nel 1978, deve riconoscere la “naturale difficoltà a distinguere in concreto” le due tipologie astrattamente prefigurate. Non può nascondersi che proprio tale difficoltà ha contribuito in modo determinante alla “svolta” operata con la sent. n. 26/1981 (in tema di interruzione volontaria della gravidanza), quando si è parlato per la prima volta di “tutela minima in situazioni che essa esigano secondo Costituzione” quale limite alla caducazione mediante pronunciamento popolare. Da qui poi la progressiva estensione della nozione legge costituzionalmente vincolata è proseguita secondo una scansione che la stessa Corte richiama nelle sue linee essenziali nella sent. n. 45 e che risulta particolarmente tributaria verso la materia elettorale. Così, ad es., si è affermato che il carattere vincolato può anche discendere dalla paralisi, e non semplice modifica di funzionamento, di un principio, istituto od organo costituzionale la cui esistenza e operatività è prevista, e quindi imposta, dalla Costituzione o da legge costituzionale (sentt. nn. 27 e 29 del 1987). Non sono mancate nell’occasione voci di allarme per la strada di profondo depotenziamento dell’istituto referendario che la Corte sembrava aver imboccato con decisione, dato il vasto campo delle leggi destinate a dar attuazione ai disposti costituzionali¹⁰ e la conseguente impossibilità per il corpo elettorale di pronunciarsi, eventualmente nel senso della censura, sulle modalità con cui il Parlamento ha dato attuazione al dettato costituzionale. Ancor più esplicita la sent. n. 47/1991 nella quale la Corte manifestamente riconduce le leggi elettorali di organi costituzionali o a rilevanza costituzionale nel *genus* delle leggi costituzionalmente necessarie per poi negarne la sottoponibilità a referendum totale e ,in assenza di alcuni requisiti, anche parziale della normativa. Non meno importante l’affermazione contenuta nella sent. 49/2000 ove si parla di leggi costituzionalmente necessarie in quanto dirette “a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona le quali una volta venute ad esistenza possono essere modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento”. Sono queste le argomentazioni che spingono il giudice delle leggi a parlare di un “nucleo costituzionale irrinunciabile” quale ulteriore limite all’istituto referendario.

Peraltro proprio le sentt. 46, 42 e 49 del 2000, che richiamano la distinzione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e quelle costituzionalmente necessarie, possono essere invocate a testimonianza delle incertezze applicative che tale distinzione ha conosciuto e

¹⁰ P. CARNEVALE, *Inderogabilità di leggi “costituzionalmente obbligatorie” ed inammissibilità di referendum “puramente abrogativi”*: ancora una “svolta” nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1987, 314 s.

continua a trovare nella giurisprudenza costituzionale. Così come in tema di procreazione medicalmente assistita, nella materia del lavoro il complessivo pronunciamento della Consulta in tema di ammissibilità per le richieste scrutinate nel 2000 finisce per evidenziare una sostanziale contraddittorietà: ammissibile il quesito sull'art. 18 l. 300/1970 (Statuto dei lavoratori), pur ritenuto direttamente collegato al diritto al lavoro, ed in particolare alla sua progressiva garanzia, di cui agli artt. 4 e 35 Cost., benchè non unica modalità concreta di attuazione degli stessi, inammissibili le richieste referendarie riguardanti il d.lgs.C.p.s. n. 804/1947 (sent. n. 42/2000) e le misure di tutela del lavoro a domicilio (sent. n. 49/2000) ritenute non abrogabili senza che si verificasse una menomazione di principi costituzionali, pur non rappresentando certo esse l'unica modalità attuativa dell'art. 38 Cost. L'esempio richiamato (tra i molti) mostra come l'evoluzione giurisprudenziale invece di chiarire i rapporti tra le due tipologie di leggi ne ha complicato e sfumato i confini concettuali con pronunce dal profilo chiaramente compromissorio. Nelle richiamate sentenze in tema di tutela del lavoro si sono chiuse le porte a non secondari aspetti della disciplina, ma, incomprensibilmente, si è spianata la strada per il pronunciamento popolare sul "cuore" della disciplina stessa, sulla base peraltro di presupposti ermeneutici discutibili¹¹. Ciò è indubbiamente dovuto alle carenze della prima definizione, suggerita dalla dottrina¹² e accolta dalla Corte, la quale si è mostrata, più che altro, una ipotesi di scuola: quali di fatto le norme che attuano nell'unico modo possibile la Costituzione se non le disposizione meramente riproduttive di precetti costituzionali; in aggiunta: quale il parametro attraverso cui valutare quali siano le disposizioni vincolate e quindi non fungibili da parte del legislatore (e così anche dal corpo elettorale) se non la piena discrezionalità (se non proprio arbitrio) della Corte¹³. Della inconsistenza concreta e dell'ampia libertà ermeneutica della categoria concettuale di cui si discute ne è riprova la stessa sent. 16/1978, nella quale si è finiti per confondere le due tipologie, caratterizzando come costituzionalmente vincolato il contenuto di

¹¹ Per una disamina critica delle sentenze in tema di ammissibilità referendaria del 2000 si rimanda a F. MODUGNO, *Ancora una " rassegna" sull'ammissibilità dei " referendum" abrogativi, dopo venti anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2001, 1785 ss. Sulle pronunce da ultimo citate si vedano in particolare 1836 ss.

¹² È noto che tale elaborazione è stata compiuta da G. ZAGREBELSKY, *Relazione al secondo convegno giuridico su: "Il dettato costituzionale in tema di referendum. Poteri della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale"*, Roma 7-8 gennaio 1978, a cura del gruppo parlamentare radicale, 24 ss., che così ebbe a definire le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato: "l'unica necessaria disciplina consentita in sede attuativa della norma costituzionale". In tale definizione, secondo S. PENASA, *L'ondigava categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, si riscontrerebbe già il germe della confusione concettuale successiva,

¹³ Così F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti in dottrina)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1981, 2100 ss. Di una compressione del tutto discrezionale da parte della Corte dell'istituto referendario parla V. SATTA, *Il problema del rapporto tra le leggi*

alcune disposizioni in realtà semplicemente necessarie in quanto discrezionali¹⁴. A dir di più, è proprio nella sentenza madre appena citata che si riscontra la pratica di affermazioni teoriche immediatamente smentite nella concreta applicazione: se la Corte afferma che l'unica vera norma parametro doveva essere l'art. 75 letto in chiave logico-sistematica con il restante dettato costituzionale, il primo dei requisiti delineati, quello della omogeneità (su cui non ci si può in questa sede intrattenere, ma sulle cui ondivaghe applicazioni vi sarebbe molto da dire) pare difficilmente collegabile a tale articolo. Nonostante l'esplicito riferimento contenuto nella sentenza *de qua* al secondo comma dell'art. 75 Cost., è ormai pacifico che la sua giustificazione avvenga sulla base dell'art. 48 Cost. e, in particolare, del principio della libertà del voto, che la struttura binaria dello strumento referendario si presta facilmente a forzare. È la stessa Corte d'altra parte ad affermare che "un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso" (sent. 16/1978). L'unica indicazione nel senso della omogeneità del quesito che potrebbe discendere dal dato letterale dell'art. 75 (il quale fa esplicito riferimento all'abrogazione *totale* o parziale di una legge o atto con pari forza) è quella della necessaria omogeneità in riferimento agli atti colpiti nella loro totalità da una eventuale richiesta referendaria: l'aver il legislatore inserito la disciplina in una unica fonte di rango primario comporterebbe per l'atto in questione la sua necessaria omogeneità, dovendosi in caso contrario far scontare al legislatore popolare eventuali incoerenze o mancanze di quello ordinario. Al riguardo, e solo questo può qui esser rilevato, deve registrarsi una sorprendente, se non unica, linea di continuità nella giurisprudenza costituzionale, giacché l'inammissibilità del referendum abrogativo su atti integrali è stata dovuta, tranne il caso del T.U. sull'intero ordinamento militare (sent. n. 16/1978), a motivi non attinenti l'omogeneità del testo sottoposto a richiesta referendaria¹⁵.

In definitiva, e riprendendo il filo del discorso, dalla pregressa giurisprudenza sembra oggi potersi, ma soprattutto doversi, parlare non tanto di categorie legislative alternative, ma di

"costituzionalmente vincolate" e le leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Quaderni regionali*, 2004, 761.

¹⁴ Ad es. l'art. 1 del r.d. n. 303/1941 o l'art. 6 della l. 194/1978, i quali si limitavano a dare una discrezionale attuazione ai relativi disposti costituzionali. La notazione è di P. CARNEVALE, *Inderogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente abrogativi": ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1987, 311.

¹⁵ La notazione è di A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale mostra di condividere l'indirizzo giurisprudenziale in base sia al dato letterale dell'art. 75 sia ad argomentazioni attinenti la manipolatività e la completezza della richiesta referendaria. Contro l'equivalenza quesito ablativo totale-omogeneità si veda P. CARNEVALE, *Inderogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente abrogativi": ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, cit., I, 1987, 324.

tipologie collegate e ordinate secondo una prospettiva di specie e genere (almeno a partire dal 1981): le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato altro non sarebbero che *species* del più ampio *genus* di quelle costituzionalmente necessarie¹⁶. In altri termini, la discrezionalità nell'attuazione costituzionale non impedirebbe che vi sia una parte della disciplina infungibile dallo stesso legislatore e quindi non abrogabile mediante referendum se non al costo di menomare in modo inammissibile il complessivo sistema costituzionale. Il problema di questa impostazione, certamente non compatibile con la prima giurisprudenza della Corte in materia, è che ne deriva una potenzialità di chiusura del sistema assai notevole, non pervenendo essa a chiarire quando si ha vincolo costituzionale e lasciando la Corte arbitra su questa decisione. Le ampie maglie offerte dal giudizio di ammissibilità hanno così consentito alla Corte di concludere il percorso di progressiva sovrapposizione concettuale delle due tipologie legislative, attraverso l'aggiunta di un ulteriore, nuovo e pericoloso ostacolo al principale congegno di democrazia diretta in un ambito dove ad essere invocata è al contrario una semplificazione/razionalizzazione dello strumentario concettuale elaborato dalla Corte stessa. Come è stato rilevato da una attenta dottrina¹⁷, la sent. 45/2005, nonostante il formale richiamo ai precedenti in punto di tutela minima costituzionale, si riferisce ad un altro tipo di tutela minima, quella legislativa: l'esistenza di una legge organica e tendenzialmente completa su una materia attorno alla quale gravitino interessi costituzionalmente rilevanti rappresenta *di per sé* quella tutela minima e comporta l'impossibilità di abrogazione totale, sia per il legislatore popolare che per quello rappresentativo, se non accompagnata, in quest'ultimo caso, da una nuova disciplina (sempre organica?). D'altra parte la semplice affermazione che il carattere costituzionalmente necessario (o vincolato) della legge di cui si discute verrebbe riconosciuto nella misura in cui questa predisponesse una tutela minima in una materia che essa esiga per Costituzione sarebbe apodittica, giacché da una parte la Corte evita di entrare nel merito di come i diversi interessi costituzionalmente rilevanti siano stati concretamente bilanciati dal legislatore, e quindi della tutela minima effettivamente garantita, né qualcosa è detto sulla preferenza di tale bilanciamento rispetto ad una situazione di non normazione (cd. "opzione nulla" con mantenimento della precedente situazione di *soft law*). Inoltre, una diversa interpretazione renderebbe ardua, se non sulla base dell'opportunità politica, la lettura sistemica con le coeve pronunce relative ai quesiti parziali. Questi ultimi ineriscono parti essenziali e caratterizzanti della legge sulla procreazione medicalmente

¹⁶ Così V. SATTA, *Il problema del rapporto tra leggi "costituzionalmente necessarie" e leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 754.

¹⁷ A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale*, cit., 9 ss., il quale parla della tutela minima legislativa quale nuovo limite *extra ordinem* introdotto dalla Corte

assistita e, a rigore, rappresentano elementi fondamentali della tutela minima richiamata dalla Corte (si pensi anche solo al quesito sulla libertà di ricerca o a quello sull'eterologa), la quale peraltro afferma esplicitamente che “il vincolo costituzionale può riferirsi solo a parti della normativa oggetto del quesito referendario...” (sent. 45/2005 punto 5 del considerato in diritto). Ad intendere il vincolo costituzionale nelle declinazioni offerte dal Giudice delle leggi nella pregressa giurisprudenza inconciliabile appare l'impostazione che, da una parte, impedisce la consultazione popolare a garanzia delle guarentigie costituzionali incarnate nel testo di legge considerato nel suo complesso e, dall'altra ammette lo svolgimento nelle sue parti erigenti tali garanzie. Ecco allora che non contraddittoria appare la lettura sistematica delle ultime 5 pronunce emesse in tema di ammissibilità referendaria, se la prima non alla nozione di legge costituzionalmente vincolata o necessaria fa riferimento, ma ad una nuova tipologia di limite dal primo derivato, quello di tutela legislativa. Di contro, le altre quattro riprenderebbero la nozione di legge costituzionalmente vincolata nel significato originario di unica disciplina attuativa ammessa per Costituzione e, in assenza nel caso di specie, concluderebbero per l'ammissibilità¹⁸.

Se, quindi, tale deve essere la conclusione, il risultato non può essere accolto con favore: in un ambito ormai pervaso di limiti e criteri difficilmente armonizzabili tra loro, caratterizzato da una estrema incertezza nell'esito del giudizio innanzi alla Corte, continuano ad aggiungersi ostacoli di dubbio fondamento costituzionale e a persistere limiti fondati su presupposti palesemente erronei¹⁹. Un nuovo vincolo si introduce in una giurisprudenza talmente ondivaga, incerta, disomogenea che è chiamata essa stessa ad armonizzare e temperare i criteri elaborati nel tempo. Innanzi alle pronunce del Giudice delle leggi si giunge a volte al paradossale risultato di non comprendere se si sia innanzi ad una posizione di apertura o di chiusura della Consulta, non potendo il semplice esito negativo e positivo del giudizio risolvere il dubbio, se non in virtù di una concezione atomistica della giurisprudenza costituzionale, in base alla quale ogni sentenza in materia di ammissibilità referendaria debba essere considerata isolatamente. Tuttavia proprio questa strada, ormai battuta da tempo, avrebbe dovuto rappresentare il risultato da evitare ad ogni costo.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si pensi al limite della responsabilità internazionale (ed anche comunitaria) discendente dall'erroneo riferimento alla legge di autorizzazione della ratifica richiamata dall'art. 75, comma 2, Cost. Tale limite è stato sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale nonostante sia ben noto che di insorgenza di responsabilità internazionale può parlarsi, per atti conclusi ed efficaci, solo in termini di ordine di esecuzione e che quest'ultimo non è di necessità inserito nelle leggi di autorizzazione alla ratifica. Ne è riprova la circostanza che la responsabilità dello Stato nell'ambito della comunità internazionale insorge anche in riferimento agli accordi cd. semplificati, i quali, come è noto, prescindono dagli strumenti di ratifica.

