

Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005

VINCENZO SATTA*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. Il problema dell'attuazione vincolata della Costituzione nella giurisprudenza della Corte: un riepilogo. - 3. Normativa «di risulta» e referendum «manipolativi». - 4. La sentenza n. 45 del 2005. L'attuazione della Costituzione tramite le leggi costituzionalmente necessarie. - 5. Le pronunce sui referendum parziali. - 6. Conclusioni.

1. Osservazioni introduttive. - Oltre alla rilevanza sostanziale di cui sono dotate le pronunce della Corte costituzionale sulle richieste di referendum in tema di procreazione assistita, viepiù manifesta in concomitanza della campagna referendaria e del voto, è possibile tuttavia concentrare l'attenzione su profili direttamente afferenti al giudizio di ammissibilità ed alle questioni relative ai cosiddetti limiti impliciti ed ulteriori gravanti sulla esperibilità della consultazione popolare di cui all'art. 75 della Costituzione.

In particolare, le osservazioni che seguono eleggeranno ad oggetto di riflessione il problematico rapporto tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente imposto, tenuto conto che anche le pronunce del 2005 gli riservano una collocazione assolutamente considerevole quando si tratti di valutare l'ammissibilità dei quesiti referendari. Come si avrà modo di osservare, in tutte le sentenze adottate dalla Corte si colgono agevolmente qualificazioni tali da ritenere ormai definitivamente confuse l'una nell'altra le due categorie di leggi, con effetti in qualche misura innovativi in ordine all'esito dei giudizi di ammissibilità, per lo meno se raffrontati con la giurisprudenza in materia di leggi totalmente o parzialmente sottoponibili al voto popolare. Infatti sembra ormai chiaro come lo "statuto" – se così si può dire – dei limiti ulteriori (in quanto non espressamente indicati nel secondo comma dell'art. 75 Cost.) imposti al referendum abrogativo, identificati per interpretazione sistematica dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 16/1978¹, sia giunto a dissolversi in conseguenza delle tante varianti introdotte dalle pronunce successive. Così che anche la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato ha finito per risultare coinvolta nel processo di ridefinizione della propria fisionomia, a cagione (e in conseguenza) dell'estensione del concetto di attuazione vincolata della Costituzione.

Ma se per un verso la lettura d'insieme delle sentenze emesse nel 2005 permette di incontrare solide conferme a questa tendenza, appare peraltro altrettanto netto il tentativo del giudice costituzionale di garantire in ogni caso

* Ricercatore di diritto costituzionale - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

¹ In *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1978, pp. 79-100.

l'attuazione delle norme costituzionali, ogni volta che esse sottendano la tutela di situazioni giuridiche intimamente connesse alla protezione della persona umana. Il che risente ulteriormente dell'immanente preoccupazione di assicurare la conservazione di ogni disciplina – a prescindere dalla qualificazione giuridica delle leggi che di essa sono fonte – riferita alla protezione della persona umana quando questa versi in particolari condizioni di debolezza o fragilità ontologica: il caso del nascituro appare in questo senso altamente capace di evocare tale condizione. Ecco perché la soluzione che la Corte costituzionale offre con le pronunce in tema di fecondazione artificiale, sembra tesa a rendere comunque effettiva l'attuazione delle norme costituzionali, anche a costo di sacrificare qualche esigenza di coerenza intrinseca alla propria giurisprudenza, laddove ad essa si guardi in riferimento al rapporto tra le due specie di leggi.

L'esame delle sentenze emesse nel 2005 induce dunque a soffermarsi intorno a due aspetti principali: innanzitutto sulla questione dell'attuazione costituzionale e dell'efficacia della disciplina legislativa risultante dall'eventuale abrogazione popolare, con i corollari che si avrà modo di identificare in ordine alla definizione dell'istituto del referendum rispetto alla sua vocazione solo abrogativa richiesta dall'art. 75 della Costituzione; in secondo luogo sulla riquilibratura delle leggi costituzionalmente necessarie, da cui scaturisce, come conseguenza diretta, la sostanziale identità di effetti sul giudizio di ammissibilità, qualora la richiesta di referendum abbia ad oggetto l'uno o l'altro tipo di legge. Un riepilogo degli indirizzi assunti dalla Corte costituzionale sul tema appare pertanto utile per individuare esattamente il punto di innesto delle sentenze del 2005 nell'itinerario evolutivo della sua giurisprudenza.

2. Il problema dell'attuazione vincolata della Costituzione nella giurisprudenza della Corte: un riepilogo. - Come già anticipato, la questione della distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato si inserisce nella giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 16/1978². In base ad essa, le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sarebbero quelle «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o i altre leggi costituzionali)»³. Tali leggi altro non rappresenterebbero, secondo la Corte, che una specie del genere più ampio, costituito dalle leggi costituzionalmente obbligatorie, le quali pur recando una specifica disciplina diretta all'attuazione della Costituzione realizzano una

² L'espansione dei limiti all'esperibilità del referendum abrogativo trova la sua giustificazione nel tentativo di ricondurre l'accertamento operato dalla Corte «al potere-dovere di valutare l'ammissibilità dei referendum in via sistematica»: così CORTE COST., *Sent. n. 16/1978*, cit., p. 89. Per effetto di tale pronuncia il giudizio di ammissibilità viene ricollegato alla posizione del referendum abrogativo nel sistema costituzionale. Pertanto la Corte individua i limiti ulteriori, non già ai sensi del secondo comma dell'art. 75, ma in forza del primo comma della disposizione.

³ CORTE COST., *Sent. n. 16/1978*, cit., p. 89.

soluzione tra le tante possibili preordinate allo scopo⁴. Questo è il motivo per cui l'inammissibilità non potrebbe investire le leggi costituzionalmente obbligatorie, giacché, così operando, l'esperibilità del referendum popolare soffrirebbe «limitazioni estremamente ampie e mal determinate»⁵. In altre parole, segnerebbe la differenza tra i due tipi, la sussistenza, nella disciplina soggetta a referendum abrogativo, di quell'unico contenuto direttamente definito dalla disposizione costituzionale della quale la disciplina legislativa oggetto delle richieste rappresenterebbe l'unica attuazione possibile. Di conseguenza, in quanto dotate di questa particolare relazione con le norme costituzionali, le richieste inerenti a leggi ordinarie di questo tipo sono inevitabilmente destinate alla pronuncia d'inammissibilità. Ad esito diametralmente opposto, invece, la Corte potrebbe giungere ove il controllo di ammissibilità verta sull'altra categoria di leggi, quelle, appunto, costituzionalmente necessarie, la cui abrogazione, tramite il ricorso al voto popolare, non produrrebbe alcuna patente lesione di eventuali disposizioni costituzionali, posto che la normativa in esse contenuta sarebbe soltanto una delle molte possibili opzioni di attuazione del corrispondente disposto costituzionale.

Tuttavia, lo sviluppo della giurisprudenza, sostenuto dalle riflessioni critiche emerse nel dibattito dottrinale, ha condotto ad una definizione di tali categorie di leggi progressivamente più articolata. Ciò si è potuto registrare nell'ampliamento del concetto di attuazione vincolata, per cui dovrebbero ritenersi sottratte al referendum tutte le leggi che realizzano l'efficacia di un principio o la funzionalità di un organo posti dalla Costituzione stessa.

In parallelo, si è assistito all'estensione del giudizio di inammissibilità anche nei confronti delle leggi costituzionalmente necessarie, laddove esse contengano la disciplina circa il funzionamento e l'operatività degli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale. In tal senso giova rammentare la condizione delle leggi elettorali le quali, ancorché qualificate alla medesima stregua di quelle costituzionalmente necessarie, sono state talora reputate non soggette al voto popolare, presupposta l'esigenza prevalente di impedire che organi previsti dalla Costituzione fossero esposti alla potenziale paralisi di funzionamento conseguente all'eventuale abrogazione referendaria⁶. L'istanza sottesa alla necessità di allontanare questo pericolo appare validamente rappresentata dalla posizione del giudice costituzionale rispetto alla situazione che verrebbe a crearsi nell'ordinamento a seguito della consultazione popolare. Infatti, alla Corte costituzionale, com'è noto, non interessa mantenere dogmaticamente la distinzione tra i due tipi di legge come tale: ciò che le preme salvaguardare è la peculiare condizione di operatività dei precetti ricavabili dalle norme costituzionali i quali, ove si riferiscano alla funzionalità di organi costituzionali o di pari rilevanza, richiedono che da un ipotetico esito abrogativo del referendum comunque sopravviva «una coerente normativa residua,

⁴ *Ibi*, p. 99. V. pure CORTE COST., *Sent. n. 24/1981*, in *Giur. cost.*, I, 1981, p. 127,

⁵ *Sent. n. 16/1978*, ult. cit., p. 99.

⁶ Cfr. CORTE COST., *Sent. n. 27/1987*, in *Giur. Cost.*, I, 1988, p. 158, ma anche *Id.*, *Sent. n. 29/1987*, in *Giur. Cost.*, I, 1988, p. 169, ed infine *Id.*, *Sent. n. 47/1991*, in *Giur. Cost.*, 1991, pp. 320 ss.



immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell'organo»⁷.

Ma proprio le domande di referendum rispetto alla legislazione in materia elettorale ha nel tempo mostrato la tendenza della Corte a stabilizzare gli antecedenti orientamenti della propria giurisprudenza.

È opportuno attirare l'attenzione sulla fondamentale preoccupazione di assicurare, a fronte di principi costituzionali da attuare tramite la legislazione ordinaria, la sussistenza di una normativa vigente senza la quale talune disposizioni della Costituzione cesserebbero di venir rese operative. In altri termini, si intende avanzare l'idea che l'interesse prioritario della Corte sia progressivamente divenuto quello di proteggere comunque l'attuazione delle previsioni contenute in Costituzione, nonostante tale attuazione dipenda da leggi ordinarie che contengono una tra le tante discipline idonee a conseguire quell'obiettivo. In questa logica si iscrive coerentemente la tesi che richiederebbe l'ammissibilità delle richieste referendarie ogni volta che ad esse siano sottoposte leggi che in qualche misura continuerebbero a rimanere validamente applicabili – perciò idonee ad attuare corrispondenti principi costituzionali - sebbene l'eventuale esito ablativo del voto popolare ne abbia, anche profondamente, mutato fisionomia. Insomma, dinanzi alla conclamata necessità che dall'abrogazione tramite referendum sopravviva in ogni caso una normativa residua perfettamente applicabile, verificare se una data legge sia dotata di un preciso contenuto imposto direttamente dalla Costituzione, ovvero rechi semplicemente una delle tante possibili modalità normative di attuazione delle norme costituzionali, risulta del tutto irrilevante.

D'altra parte, oltre alle critiche già mosse alla Corte in merito alla oggettiva difficoltà di ricondurre ad una delle due categorie⁸ le leggi sottoposte di volta in volta al voto popolare – riaffermata peraltro dallo stesso giudice costituzionale nella sentenza n. 45/2005⁹ - va d'altronde ribadito come il problema dell'attuazione di precetti costituzionali coinvolga invero entrambi i tipi. Non a caso in dottrina si è ritenuto finanche auspicabile impedire che il referendum si tenga allorché le leggi che ne sono oggetto investano direttamente l'attuazione della Costituzione¹⁰. Ma in questo modo si finirebbe

⁷ CORTE COST., *Sent. n. 32/1993*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 222.

⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1981, p. 2101, che molto criticamente parla della distinzione operata dalla Corte come di un criterio «privo di qualsiasi logica consistenza», nonché «frutto di formalismo illuministico»; v. pure R. DE BELLIS, *Il referendum nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1990, pp. 379-380, secondo la quale l'espressione «leggi a contenuto costituzionalmente vincolato» sarebbe dotata di «scarso rigore tecnico», poiché la stessa Corte avrebbe omesso indicazioni precise in merito all'individuazione del contenuto vincolato.

⁹ CORTE COST., *Sent. n. 45/2005*, in www.giurcost.org, p. 7 (n. 5 della motivazione in diritto).

¹⁰ In questo senso la distinzione sarebbe assolutamente marginale, cioè non utilizzabile per motivare l'ammissibilità o meno delle richieste, in quanto entrambi i tipi di legge fungerebbero da strumenti normativi di attuazione della Costituzione; e sarebbe dunque questa la vera ragione di inammissibilità. Sul punto si vedano le osservazioni di V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1978, p. 162, secondo il quale

per ampliare le ipotesi di inammissibilità probabilmente un po' troppo al di là rispetto a quanto sia possibile desumere dal II comma dell'art. 75 Cost., giacché ricorrere all'abrogazione referendaria di leggi costituzionalmente necessarie condurrebbe in ogni caso alla menomazione di principi costituzionali. Appare infatti poco controvertibile che la lesione di essi, derivante dalla mancata attuazione tramite norme di legge, si verificherebbe tanto nell'ipotesi in cui a venire abrogata sia una disposizione legislativa costituzionalmente necessaria, quanto nel caso in cui l'esito abrogativo riguardasse l'altro tipo di norma¹¹. Ecco perché, sul piano strettamente concettuale, sarebbe preferibile immaginare che le norme a contenuto costituzionalmente vincolato altro non siano che una qualificazione di specie del più ampio *genus* costituito dalle norme costituzionalmente necessarie¹², con la conseguenza che sia per l'uno che per l'altro tipo di leggi permarrrebbe, ancorché con differenti atteggiarsi, il problema dell'attuazione di corrispondenti disposizioni costituzionali. Ci si rende conto che anche un'impostazione di questo tipo lascerebbe alla Corte costituzionale ampi segmenti di discrezionalità nella valutazione dell'ammissibilità del referendum abrogativo. Ed è per questo motivo che dovrebbe risultare convincente la tesi che richiede l'identificazione di limiti ulteriori se ed in quanto essi risultino in qualche misura conseguenti a quelli espressamente stabiliti dall'art. 75, comma 2.

Orbene, se queste osservazioni sono fondate, si aprono indubbiamente ulteriori e significativi motivi di riflessione. Anzitutto irromperebbe nel giudizio sull'ammissibilità delle richieste la pressoché totale marginalità della sussistenza o meno, in capo alle leggi (od a singole disposizioni legislative), di un ipotetico quanto difficilmente identificabile, vincolo di contenuto costituzionalmente imposto: appare del tutto evidente che qualora il vero problema rimanga l'attuazione delle disposizioni costituzionali, che queste affidino alla discrezionalità del legislatore le scelte sul contenuto delle correlative leggi attuative, oppure indichino direttamente come legiferare, poco cambia. Piuttosto, ove questa circostanza dovesse riflettersi sulla definizione del giudizio di ammissibilità, si dovrebbe a rigore precludere il ricorso al referendum abrogativo, ben al di là dei limiti stabiliti nell'art. 75, co. 2, Cost. E' chiaro, tuttavia, come un risultato di tale portata collida palesemente con la stessa Costituzione, la quale se è vero che per un verso colloca la consultazione referendaria nel contesto di un sistema essenzialmente

l'abrogazione delle leggi costituzionalmente necessarie, in quanto comunque attuative delle norme costituzionali, produrrebbe l'illegittimità del quesito, dunque la sua inammissibilità; posizione analoga in *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, II, 1, VI^a ed., Padova 1993, pp. 120-121. Concorde sulla esigenza logica di impedire il referendum su tutte le leggi costituzionalmente necessarie F. MODUGNO, *Rassegna critica...*, cit., pp. 2100-2101.

¹¹ Si è tentato di argomentare questa tesi in altra sede, per cui ci si permette di rinviare a V. SATTA, *Il problema del rapporto tra leggi "costituzionalmente necessarie" e leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni regionali*, 2, 2004, p. 753.

¹² Su questa linea, riprendendo (e riflettendo su) qualificazioni propugnate sia da Lavagna che da Zagrebelsky, P. CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova 1992, pp. 141-144.



incentrato sulla rappresentanza politica¹³, per altro ne vuole impedita l'esperibilità solo rispetto a tutte le leggi che, in ragione del loro contenuto, restino confinate all'interno del "circuito" rappresentativo, ossia della dinamica dei rapporti tra Parlamento e Governo¹⁴; in astratto tutta la legislazione ordinaria che possa ritenersi esule da quella relazione, sarebbe potenzialmente oggetto di voto diretto da parte del popolo¹⁵.

In presenza di questa circostanza, addurre esigenze di natura sistemica serventi ad abilitare la Corte costituzionale alla ricerca di ulteriori motivi d'inammissibilità dei referendum, può reputarsi coerente ogni volta che la contrazione delle possibilità di ricorso all'istituto si riveli in qualche modo riconducibile alla prefigurazione della consultazione popolare operata dalla Costituzione. In questa prospettiva, se per certi aspetti può essere accolta la tesi che, argomentando ex art. 75, co. 1, Cost.¹⁶, spinge la Corte costituzionale alla verifica circa la posizione del referendum abrogativo nell'ambito del sistema costituzionale delle fonti normative, complessivamente inteso, d'altro canto non può tacersi la necessità che l'apposizione di preclusioni al voto popolare vada comunque ancorata alla stessa disposizione costituzionale che ne tratteggia, al secondo comma, i confini, per così dire, di espansione. Questo è esattamente il

¹³ In particolare, contesta l'idea che il referendum possa essere assimilato agli strumenti di democrazia diretta in contrapposizione a quella rappresentativa M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento all'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna/Roma 2005, pp. 8 ss. V. pure A. MANGIA, *Referendum*, Padova 1999, pp. 72-74, per il quale nell'ambito delle democrazie moderne risulta tutt'altro che agevole identificare forme di contrapposizione tra democrazia diretta e rappresentativa nei termini in cui essa giunse a definirsi agli inizi del '900; mentre secondo A. LOIODICE e A. BRIGHINA, *Referendum*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Roma 1991, pp. 1-2, l'istituto se per un verso nasce in funzione strumentale alla risoluzione della crisi del parlamentarismo, dunque come suo correttivo, per un altro verso, specie in Italia, tende ad imporsi come «correttivo della partitocrazia», ossia come rimedio all'attività del Parlamento.

¹⁴ Cfr. in tale prospettiva A. MATTIONI, *Considerazioni sul referendum nella organizzazione costituzionale*, estratto da *Il politico*, 3, 1979, in part. pp. 503-509, in cui viene sostenuta tra l'altro l'idea che in Costituzione sia stato introdotto un vero e proprio principio della riserva della struttura rappresentativa (*ibi*, p. 505, nt. 29). Tale direzione d'indagine sembrerebbe particolarmente interessante ed utile quando la si renda funzionale a dimostrare l'assunto di fondo espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 16/1978 circa la non tassatività del novero contenuto nell'art. 75, co. 2, Cost., recante le leggi per le quali il referendum non è ammesso: sul punto ci si permette di rinviare a V. SATTA, *Il problema del rapporto...*, cit., pp. 757-760.

¹⁵ Mentre del tutto diversa appare la condizione delle leggi costituzionali o di revisione della Costituzione, per le quali la non sottoponibilità al referendum abrogativo deriverebbe da motivi di logica intrinseca del sistema di formazione delle leggi, come risultante nel suo complesso dal combinato disposto degli artt. 70 ss. e 138 Cost. Ma sul punto si vedano le persuasive argomentazioni di G. BALLADORE PALLIERI, *Sull'applicabilità alle leggi costituzionali del referendum abrogativo*, estratto da *Il foro padano*, 5, 1949, pp. 3 ss., specialmente pp. 8-10.

¹⁶ Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 276, proprio argomentando ex art. 75, co. 1, Cost., ed aprendo la giurisprudenza all'individuazione dei casi impliciti d'inammissibilità, la Corte, con la sentenza n. 16/1978, incrina definitivamente il rapporto con le decisioni antecedenti – segnatamente quelle del 1972 e del 1975 – in quanto «i criteri dei controlli referendari divengono infatti incomparabili, piuttosto che incompatibili, con quelli già utilizzati dalla Corte».

motivo per cui appare assolutamente convincente la tesi – a cui appena sopra si è fatto cenno - che vorrebbe l'identificazione di ulteriori ragioni d'inammissibilità se ed in quanto esse risultino direttamente conseguenti a quelle espressamente stabilite dalla norma costituzionale di riferimento¹⁷.

3. Normativa «di risulta» e referendum «manipolativi». – L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia referendaria conduce nel tempo ad introdurre un'altra notevole conseguenza determinata dall'esigenza di assicurare comunque l'attuazione dei disposti contenuti in Costituzione: ci si riferisce alla rilevanza attribuita alla normativa di risulta. Questo aspetto assume rilevanza proprio ai fini della distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto vincolato, giacché ponendo la questione della disciplina legislativa risultante dall'abrogazione referendaria, il giudice costituzionale individua un "inedito" – almeno sino alla sua comparsa negli indirizzi giurisprudenziali – metodo di garanzia dell'attuazione delle norme costituzionali, non più affidata alla differenziazione concettuale tra i due tipi di leggi. Infatti, ancorché appartenenti alla categoria di quelle costituzionalmente necessarie, talune leggi non possono essere oggetto di referendum, tutte le volte in cui non sia possibile confidare nella possibilità che dall'eventuale abrogazione sopravviva una normativa applicabile. Tra l'altro questo profilo dell'attuazione costituzionale – lo si dirà appresso più approfonditamente - è dotato di notevole importanza per l'interpretazione dell'orientamento scaturito dalle sentenze del 2005 a cui principalmente queste osservazioni sono dedicate.

Come è noto la Corte costituzionale, a partire dai giudizi in materia di legislazione elettorale, giunge a fare propria l'idea che l'eventuale esito ablativo del referendum non impedisca la sussistenza di un apparato normativo idoneo ad assicurare alla materia coinvolta nell'abrogazione una disciplina immediatamente operante, ancorché differente da quella originaria.

A dire il vero, già con alcuni giudizi di ammissibilità definiti nella seconda metà degli anni ottanta¹⁸, i giudici costituzionali si erano preoccupati di ampliare la portata della nozione di attuazione della Costituzione, al di là dell'esistenza di un vincolo di contenuto costituzionalmente imposto, precludendo il referendum abrogativo rispetto a leggi poste per regolare i sistemi di formazione di organi di rilievo costituzionale. Furono allora gli stessi giudici ad iscrivere nel novero delle leggi costituzionalmente necessarie le disposizioni appartenenti alla legislazione elettorale, ma ad un tempo reputavano non ammissibili le richieste di cui quelle norme erano oggetto, proprio negando a monte la semplice possibilità che organi voluti e disciplinati dalla Costituzione rimanessero

¹⁷ In questo stesso senso, presupposta la non tassatività dell'elencazione riportata nel secondo comma dell'art. 75 Cost., sembrerebbe orientato C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 847.

¹⁸ V. in part. CORTE COST., *Sent. n. 29/1987*, cit., p. 169.



inabilitati a funzionare¹⁹. In fondo, almeno in relazione alle modalità di composizione di organi collegiali elettivi, il significato delle censure elaborate dalla Corte costituzionale risiedeva esattamente nella volontà di impedire che anche di fronte ad uno tra i tanti possibili modi di dare attuazione a norme costituzionali (leggi costituzionalmente necessarie), si aprisse a seguito del voto popolare un vuoto normativo tale da corrispondere al venire meno di leggi preordinate all'attuazione della Costituzione.

Ma la raffinata tecnica di manipolazione del testo legislativo maturata negli anni dai promotori dei referendum ha finito per arginare i pericoli paventati dalla Corte: il "ritaglio" di parti delle disposizioni legislative ha, per così dire, "sdoppiato" il testo delle norme, originando una disciplina perfettamente operante, nonostante un ipotetico risultato referendario favorevole all'abrogazione delle singole espressioni grammaticali o linguistiche oggetto dei quesiti, così superando le eccezioni sollevate dai giudici.

Ora, il sospetto che l'ammissibilità di richieste di referendum così elaborate altro non fosse che un modo, più o meno celato, di legittimare un tipo di referendum – quello propositivo od introduttivo – espressamente vietato dalla Costituzione ha spesso attraversato le opinioni dottrinali²⁰. Ad esse, tuttavia, la Corte ha sistematicamente eccepito l'inconsistenza dell'argomento, motivata dal fatto che la normativa risultante dall'abrogazione a mezzo di referendum non sarebbe effetto della sostituzione di una disciplina con un'altra, ma il ricorso ad un «criterio specificamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum»²¹. In sostanza, dovrebbe trattarsi di una sorta di disciplina "parallela", già contenuta, ancorché a livello embrionale, nell'atto legislativo sottoposto alla richiesta, alla cui espansione ed applicabilità provvederebbe proprio l'abrogazione tramite referendum delle frazioni di testo oggetto del quesito. Un siffatto criterio di valutazione sembrerebbe, peraltro, non potersi accontentare di tecniche di ritaglio tali da generare la saldatura di enunciazioni linguistiche riconducibili a disposizioni totalmente differenti ed eterogenee le une dalle altre, idonee, come tali, a configurare forme di consultazione popolare

¹⁹ Proprio qui è possibile individuare il «salto assai notevole rispetto alle impostazioni della sentenza n. 16» del 1978, cui si riferisce, denunciando «l'incostanza degli indirizzi giurisprudenziali», L. PALADIN, *Le fonti...*, cit., pp. 284-288 (citazioni nelle pp. 284 e 285).

²⁰ Cfr., ad esempio, di recente a proposito delle sentenze che qui si analizzano G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in internet: www.costituzionalismo.it.

²¹ V. *sent. n. 13/1999*, in G.U.R.I., 3-2-1999, 1^a Serie spec., n. 5, p. 19 (n. 5, motivazione in diritto). Tale indirizzo è impresso alla giurisprudenza costituzionale nelle sentenze che affrontano il problema della operatività della normativa risultante da un ipotetico voto favorevole all'abrogazione: in tal senso v. innanzitutto *sent. n. 47/1991*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 322-325 (n. 5, motivazione in diritto); *sent. n. 32/1993*, cit., pp. 222 e 224 (nn. 2 e 5 della motivazione in diritto); *sent. n. 5/1995*, in www.giurcost.org, pp. 18-19 (nn. 2.3., 2.4., 2.5., motivazione in diritto). La posizione viene poi ripresa anche in molte sentenze relative alla tornata referendaria del 2000: v. in particolare *n. 33/2000*, in www.cortecostituzionale.it, p. 10 (nn. 2 e 3, motivazione in diritto); *n. 34/2000*, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 (n. 3, motivazione in diritto), *n. 37/2000*, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 (n. 5, motivazione in diritto) nonché *n. 38/2000*, in www.cortecostituzionale.it, pp. 4-5, (nn. 4.3. e 5., motivazione in diritto).

di tipo introduttivo o propositivo vietate dall'art. 75 della Costituzione²². E' necessario, infatti, che le operazioni di elaborazione dei quesiti concorrano ad estrapolare porzioni della legge, così da favorire l'espansione della disciplina sottesa, comunque già insita nella normativa a cui la richiesta di referendum si riferisce²³.

E' chiaro che le conseguenze derivanti dall'estensione – potrebbe dirsi – semantica del concetto di attuazione necessaria della Costituzione, ora ricollegato alla rilevanza data all'autonoma applicabilità della normativa risultante dall'abrogazione a mezzo di voto popolare, concorre ad attenuare gli effetti della distinzione tra le due specie di leggi sul giudizio di ammissibilità dei quesiti. Infatti, come per le leggi a contenuto imposto dalla Costituzione, così pure le richieste di referendum sulle leggi costituzionalmente necessarie dovrebbero accedere alla declaratoria d'inammissibilità ogni qualvolta il voto popolare non permetta la conservazione di una disciplina residua dall'abrogazione perfettamente applicabile ed operante. Da questo punto di vista, si avrà modo di notare poco più avanti quanto i giudici costituzionali abbiano confidato nella portata di questo criterio di ammissibilità in riferimento ai referendum parziali sulla l. n. 40/2004.

4. La sentenza n. 45 del 2005. L'attuazione della Costituzione tramite le leggi costituzionalmente necessarie. – In questo quadro evolutivo della giurisprudenza costituzionale si innestano le sentenze relative ai quesiti referendari sulla l. n. 40/2004 avente ad oggetto, com'è ormai ampiamente noto, la procreazione medicalmente assistita²⁴.

²² Cfr. CORTE COST., *Sent. n. 36/1997*, in www.giurcost.org, pp. 3-4 (n. 4., motivazione in diritto), in cui l'accesso alla declaratoria d'inammissibilità presuppone, tra l'altro, l'accertamento della finalità non meramente abrogativa del quesito proposto, in violazione dell'art. 75 Cost. La Corte afferma in ultima analisi (*ibidem*) che non è sufficiente fare ricorso al ritaglio di espressioni o formule linguistiche ove ciò produca la proposta vera e propria di una nuova e diversa norma, del tutto avulsa dalla *ratio* sottesa al complesso delle disposizioni eventualmente cancellate a seguito dell'abrogazione. In altri termini, un artificio meramente formale ed esteriore di *maquillage* del testo, quando servente a rendere visibile una proposta di introduzione di nuove statuizioni e da cui discenda, pertanto, lo «stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione» - non già, come dovrebbe essere, a produrre la "reviviscenza" di una normativa in potenza già presente nelle disposizioni – produce l'inammissibilità della richiesta corrispondente.

²³ Così, testualmente, la Corte costituzionale nella *sentenza n. 36/1997*, ult. cit, p. 4: «L'individuazione, allora, nella struttura del quesito, accanto al profilo di soppressione di mere locuzioni verbali, peraltro inespressive di qualsiasi significato normativo, del profilo di sostituzione della norma abroganda con altra assolutamente diversa, non derivante direttamente dall'estensione di preesistenti norme o dal ricorso a forme autointegrative, ma costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, pone in luce il carattere propositivo del quesito stesso. Ma se così è, si fuoriesce dallo schema tipo dell'abrogazione "parziale", proprio perché non si propone tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma si propone piuttosto una nuova norma direttamente costruita».

²⁴ Anche se in dottrina (E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, nel sito internet del *Forum di Quaderni costituzionali* – www.forumcostituzionale.it - p. 2) si è giustamente fatto osservare che l'ambito materiale investito dalla legge non può reputarsi



L'analisi delle pronunce relative alla l. n. 40/2004 contribuisce – lo si è già anticipato poc'anzi - a rivelare l'intento della Corte di tutelare in ogni caso l'attuazione di norme e precetti costituzionali. Ai giudici costituzionali sembra interessare anzitutto il mantenimento delle forme legislative di attuazione della tutela costituzionale già esistenti, ancorché appartenenti alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, cioè di quelle leggi che, sulla base degli enunciati contenuti nella sentenza n. 16/1978, costituirebbero legittimo oggetto di voto referendario. E' vero che la scelta delle modalità di esercizio dell'attuazione costituzionale è rimessa alla discrezionalità del legislatore, in quanto non costituzionalmente vincolate nel contenuto, ma come tali, stando alle definizioni desumibili dalla sentenza n. 16/1978, potrebbero anche diventare oggetto di referendum e perciò potenzialmente abrogate tramite il ricorso al voto popolare.

Al contrario, dalle pronunce relative ai referendum del 2005 è possibile dedurre la chiara volontà di impedire che l'ammissione del voto popolare possa eventualmente condurre alla lesione di norme costituzionali, in ragione dell'ipotetica abrogazione di leggi (o parti di leggi) che ne abbiano dato in concreto attuazione, anche quando le disposizioni oggetto del quesito costituiscono l'opzione prescelta in un dato momento storico dal legislatore, il quale però avrebbe potuto disporre diversamente, cioè adottare una diversa normativa. Qui appare chiaro che in presenza di una legge valida ed efficace, postulata la diretta connessione con il concretarsi di disposizioni costituzionali, la semplice eventualità che la normativa venga meno in virtù del referendum viene rifiutata dai giudici costituzionali. Dinnanzi a questa potenziale circostanza la qualificazione della normativa vigente alla luce delle definizioni contenute nella sentenza n. 16/1978 parrebbe del tutto irrilevante.

L'abrogazione totale della legge n. 40/2004, eventuale ma possibile qualora il referendum si fosse ammesso, avrebbe aperto la strada ad un vuoto di disciplina, condizione che come tale ripugnerebbe all'ordinamento in relazione ad un ambito materiale di questa rilevanza, poiché collegato alla protezione di «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»²⁵.

L'inammissibilità del referendum sull'intera legge n. 40 risulta perciò giustificata dall'essere tale normativa costituzionalmente necessaria, tenuto conto – sostiene la Corte – dei vari precedenti che, nell'evoluzione della

limitato alla procreazione medicalmente assistita, di norma associata all'idea di fecondazione artificiale, dal momento che la disciplina ivi contenuta si estende anche ad altre finalità, quali, per esempio, la ricerca scientifica sugli embrioni. Vero è, d'altra parte, che effettuare ricerche sperimentali sugli embrioni, presuppone, l'evento oggettivo della fecondazione dell'ovocita, cioè, in termini latamente intesi, l'avvenimento procreativo, ancorché artificiale. Ciò dovrebbe valere a dimostrare che a qualsiasi settore di materia la normativa recata dalla legge 40/2004 si debba di volta in volta riferire, resta fermo che la *ratio* di fondo continua ad essere la procreazione come fatto oggettivamente presupposto, cioè sia che abbia per scopo la garanzia della genitorialità, sia che riguardi la sperimentazione.

²⁵ Così, testualmente, CORTE COST., *Sent. n. 45/2005*, ult. cit., p. 7 (n. 6 della motivazione in diritto).



giurisprudenza in materia di ammissibilità del referendum, hanno contribuito a ridefinire la portata del limite relativo alle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. Tra le proprie pronunce, in particolare, la Corte richiama la sentenza n. 27/1987, in forza della quale tali tipologie di legge ricomprenderebbero tanto «le leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale» - definizione che in qualche misura riecheggia quella contenuta nella sentenza n. 16/1978 – quanto quelle «la cui eliminazione ad opera del referendum priverebbe totalmente di efficacia un principio costituzionale»²⁶. Ed infatti proprio questa posizione in un certo senso inaugura il processo di espansione del limite rappresentato dalla categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, poiché in esse, in definitiva, finiscono per confluire concettualmente anche le leggi costituzionalmente necessarie, ogni volta che l'abrogazione tramite il voto popolare produca la cessazione di una disciplina legislativa esistente e pertanto infligga quel *vulnus* alla Costituzione che la Corte, tramite l'estensione di tale limite, intende prevenire. In altre parole, la rilevanza delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato nell'ambito del giudizio di ammissibilità, nelle sempre più articolate accezioni sviluppatesi nella giurisprudenza costituzionale, deve necessariamente presupporre una valutazione specifica del caso di specie volta per volta sottoposto all'apprezzamento della Corte, in riferimento all'idoneità della richiesta di referendum ad operare forme mediate o dirette di violazione di norme o principi costituzionali. E ciò *a fortiori* ove si tratti proprio delle leggi – si badi – (non a contenuto costituzionalmente vincolato ma) «costituzionalmente necessarie» cioè «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona», talché «una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente o semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento»²⁷.

Questa tesi costituisce il presupposto che induce la Corte ad ampliare il concetto di vincolo costituzionale il quale se per un verso può riguardare solo parti della disciplina oggetto della richiesta referendaria, può anche riferirsi «al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista»²⁸. Tale orientamento, se da un lato anima la decisione dei giudici costituzionali a favore dell'inammissibilità del referendum totale sulla legge n. 40/2004, dall'altro sancisce in via definitiva il declino della distinzione tra le due tipologie di leggi, determinando – per rievocare il rapporto tra *genus* e *species* che appena sopra si è sostenuto - la confusione del genere nella specie.

Questo tipo di conclusione parrebbe acclarato da due circostanze di facile constatazione.

²⁶ CORTE COST., *Sent. n. 27/1987*, cit., pp. 158-159 (n. 2 della motivazione in diritto).

²⁷ Così, testualmente, CORTE COST., *Sent. n. 49/2000*, in www.giurcost.org, p. 7, n. 3 della motivazione in diritto; locuzioni riprese in *Id.*, *Sent. n. 45/2005*, cit., p. 7 (n. 5 della motivazione in diritto).

²⁸ *Ibidem*.



La prima: una parte della motivazione in diritto della sentenza n. 45/2005²⁹ ripercorre lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di leggi a contenuto costituzionalmente vincolato sino alla sentenza n. 49/2000, la quale d'altro canto si riferisce ormai alle sole leggi costituzionalmente necessarie, come appena appena sopra si è accertato³⁰. Si può affermare dunque che la Corte costituzionale abbia caso per caso ricalibrato il concetto di legge a contenuto costituzionalmente imposto, giungendo ad attagliarlo perfettamente alla nozione di legge costituzionalmente necessaria. In parallelo, quest'ultima nozione si è progressivamente arricchita di tanti e nuovi significati così da imporsi come ulteriore limite all'ammissibilità del referendum. Nell'una e nell'altra ipotesi, comunque sia, non si può che registrare una certa discontinuità rispetto a quanto stabilito nella sentenza n. 16/1978.

La seconda constatazione inerisce alla parte conclusiva della motivazione della sentenza n. 45/2005, laddove la Corte, giustificando l'inammissibilità del referendum totale sulla legge n. 40/2004, afferma che quest'ultima coinvolge una normativa che è «costituzionalmente necessaria». Così argomentando però il giudice costituzionale non fa altro che riconoscere la confluenza delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato nella più generale categoria delle leggi costituzionalmente necessarie. Le quali - sembrerebbe sottendere l'opinione dei giudici costituzionali - non possono essere assoggettate all'abrogazione popolare ove costituiscano la sola disciplina legislativa esistente in funzione della tutela di un diritto fondamentale o di un principio costituzionale.

In questa prospettiva ha ragione chi in dottrina³¹ ha osservato perché, in conseguenza di tale argomentazione, non dovrebbe ritenersi la legge n. 40/2004 appartenente al catalogo delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, ma piuttosto corrispondente alle «leggi che implementano una tutela minima costituzionale» che si collocherebbe come «nuova, inedita sbarra» contro la quale sono destinati a infrangersi i referendum, specialmente quelli totalmente abrogativi.

Ora, questa tesi appare del tutto compatibile con le osservazioni che in questa sede si è tentato di sviluppare: infatti è vero che la disciplina di cui alla l. n. 40/2004 non può essere classificata legge a contenuto costituzionalmente vincolato, come dimostra, del resto, l'ammissibilità dei referendum parziali relativi alla medesima; ma ciò è possibile sostenere in ragione del fatto che tale categoria viene espressamente fatta confluire ad opera della Corte nella categoria più generale delle leggi costituzionalmente necessarie, declinate nella del tutto nuova qualificazione corrispondente all'esigenza di tutelare le disposizioni della Costituzione da forme di violazione – si potrebbe dire – per difetto di disciplina legislativa ordinaria chiamata a darne attuazione, ancorché in uno dei tanti possibili, poiché costituzionalmente non vincolati, contenuti.

²⁹ Cfr. n. 5 della motivazione in diritto.

³⁰ Cfr. *supra*, nota n. 26.

³¹ A. PUGIOTTO, *E' ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2005, p. 558.

Se quanto sostenuto è vero, non ha più rilevanza alcuna la sussistenza di un vincolo costituzionale di contenuto: ciò che preme salvaguardare alla Corte è l'esserci comunque di una qualsiasi disciplina legislativa, piuttosto che una carenza da cui deriverebbe il contrasto con la Costituzione. E' in questo preciso e affatto nuovo significato che si manifesta l'attuazione necessaria della Costituzione. Ad un tempo, però, dovrebbero risultare oltremodo evidenti gli effetti derivanti da questa ulteriore articolazione "semantica" della nozione di legge costituzionalmente necessaria: infatti, è proprio tale "innovativa" accezione a giustificare la declaratoria di inammissibilità delle correlative richieste di referendum.

Senonché il raffronto con la definizione di queste leggi contenuta nella sentenza n. 16/1978 rivela ancora le oscillazioni di orientamento in cui è incorsa la Corte ogni volta che tale nozione ha risentito di ulteriori ampliamenti ed estensioni. Anche nel caso di specie l'identificazione delle leggi costituzionalmente necessarie con l'indefettibile necessità che una qualsiasi disciplina sia vigente nell'ordinamento, ha condotto la Corte a negare il ricorso all'istituto referendario, nonostante in origine la distinzione concettuale dalle altre (le leggi a contenuto costituzionalmente imposto) fosse servente a giudicare ammissibile il ricorso al voto popolare rispetto ad esse.

5. Le pronunce sui referendum parziali. – A fronte del giudizio di inammissibilità del referendum abrogativo concernente l'intera l. n. 40/2004, diametralmente opposte sono le decisioni assunte dalla Corte in relazione alle richieste di referendum parziale sulla medesima legge, da cui è poi effettivamente scaturita la consultazione popolare, invalidata a seguito dell'insufficiente partecipazione al voto degli aventi diritto, secondo quanto stabilito dall'art. 75, co. 4, Cost. (il cosiddetto *quorum* strutturale o di validità).

Nelle sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 viene ripresentata la ragione d'inammissibilità derivante dalle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato «o necessario», secondo la testuale formulazione usata dai giudici costituzionali³². L'intenzione della Corte di assicurare l'operatività di una normativa comunque capace di dare attuazione alla Costituzione, nelle parti di essa direttamente coinvolte dalla legge n. 40, si può agevolmente dedurre dalla rilevanza che viene conferita in motivazione all'esistenza della normativa di risulta. Infatti, l'ipotetica abrogazione tramite referendum delle parti della legge oggetto delle richieste non implicherebbe la cessazione «di una tutela costituzionalmente necessaria»³³, in ragione della loro appartenenza al tipo di

³² Cfr. CORTE COST., Sentt. nn.: 46/2005, in www.giurcost.org, p. 4 (n. 4.1. della motivazione in diritto); 47/2005, *ibidem*, p. 6 (n. 4.1. della motivazione in diritto); 48/2005, *ibidem*, p. 7 (n. 4.1. della motivazione in diritto); 49/2005, *ibidem*, p. 5 (n. 3.1. della motivazione in diritto), anche se qui la Corte fa generico riferimento al fatto che la richiesta non riguardi leggi «da ritenersi ugualmente escluse secondo l'interpretazione logico-sistematica che di tale norma ha dato questa Corte».

³³ Locuzione che ritorna testualmente identica in CORTE COST., n. 47/2005, cit., p. 7 (n. 4.1. della motivazione in diritto), n. 48/2005, cit., p. 7 (n. 4.1. della motivazione in diritto) ed infine n. 49/2005, cit., p. 6 (n. 3.3. della motivazione in diritto)

norme legislative non dotate di quel peculiare collegamento con i principi costituzionali che le renderebbe a contenuto costituzionalmente necessario o vincolato, secondo la qualificazione offerta dai giudici costituzionali.

Orbene, ci si dovrebbe a questo punto domandare, se vi sia intrinseca coerenza tra le pronunce da ultimo considerate e la sentenza n. 45, appena sopra esaminata, nella quale all'intera legge n. 40 viene attribuita la qualificazione di legge a contenuto costituzionalmente vincolato od anche – il che però appare ormai irrilevante – costituzionalmente necessaria. Dalle sentenze concernenti i quesiti parziali sembrerebbe infatti potersi apprendere che esistono parti della legge n. 40 non soggette al limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessarie, limite al quale invece risulta sottoposta l'intera legge n. 40. Essa però, secondo la stessa opinione della Corte costituzionale, si caratterizzerebbe per la «sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo»³⁴. In sostanza, mentre l'abrogazione totale colliderebbe col limite delle leggi costituzionalmente necessarie, l'abrogazione parziale no, ancorché la legge sia ritenuta fundamentalmente omogenea nel suo contenuto.

La Corte sembrerebbe dunque sostenere che le leggi costituzionalmente necessarie non possano essere totalmente abrogate mediante referendum, ma non esclude che ciò si verifichi per parti di esse, sempre che l'eventuale normativa residua possa venire regolarmente applicata. In altre parole, con le sentenze di ammissibilità dei referendum parziali, si assiste alla "ricollocazione" del limite delle leggi costituzionalmente necessarie lungo la linea della qualificazione contenuta nella sentenza n. 16/1978, così riproponendosi, agli effetti del giudizio di ammissibilità, la distinzione tra le due tipologie. Dovrebbe essere infatti questo il significato da attribuire alla motivazione formulata dai giudici costituzionali, quando ammettono i referendum parziali, escludendo che le disposizioni legislative oggetto del quesito rientrino tra quelle a contenuto costituzionalmente vincolato³⁵; si tratta, invece, di norme costituzionalmente necessarie suscettibili dunque di essere abrogate tramite voto popolare ed in più le parti della legge che continuerebbero a restare in vigore sarebbero perfettamente ed autonomamente applicabili. Pertanto, la normativa risultante dall'eventuale esito abrogativo dei referendum parziali sarebbe di per sé stessa sufficiente a dare attuazione ai principi costituzionali coinvolti.

Ora proprio la differenza tra la sentenza n. 45/2005 e le altre sui quesiti parziali mostra lo iato che caratterizza questa giurisprudenza. Infatti, mentre l'intera legge non è suscettibile di venire abrogata tramite referendum, in quanto la sua integrale abrogazione determinerebbe la cessazione di ogni forma di tutela esistente nell'ordinamento; per converso alcune parti di essa,

³⁴ Espressione che non a caso è ripetuta identica in CORTE COST., *Sent. n. 47/2005*, cit., p. 7 (n. 4.2. della motivazione in diritto) ed in *Id.*, *Sent. n. 48/2005*, cit., p. 7 (n. 4.2. della motivazione in diritto).

³⁵ Così, testualmente, CORTE COST., *Sent. n. 46/2005*, cit., p. 4 (n. 4.1. della motivazione in diritto): «In particolare, va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria».

correttamente repute costituzionalmente necessarie, potrebbero anche venire meno per effetto del voto popolare, poiché in questo caso la normativa sopravvissuta all'abrogazione garantirebbe la sussistenza di quella tutela minima, necessaria per dare attuazione ai diritti costituzionali coinvolti. Ma questa tesi ulteriormente conferma che le sentenze relative ai quesiti parziali abbiano ricondotto la distinzione tra norme a contenuto costituzionalmente vincolato e norme costituzionalmente necessarie verso la sua precisa identità, data, a suo tempo, con la sentenza n. 16/1978.

L'evidente distanza sussistente tra il giudizio d'inammissibilità del referendum abrogativo totale sulla legge 40/2004 e l'ammissibilità delle richieste afferenti ai referendum parziali sulla medesima legge appare dunque generata dalla differente qualificazione che la Corte fa del medesimo oggetto. Ma il dato che in qualche misura concorre a marcare il contrasto intercorrente tra la pronuncia sul referendum totale e quelle relative alle richieste di abrogazione parziale non può che situarsi nel tentativo di ripristinare solo con queste ultime la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto vincolato. Pertanto se da un lato queste pronunce appaiono in qualche modo "restaurative" della differenza concettuale tra le due categorie, dall'altro lato è con la declaratoria d'inammissibilità del referendum totale che la Corte costituzionale, facendo leva, come si è visto, sulla necessità che «una disciplina legislativa comunque sussista»³⁶, ha reso del tutto evanescente il confine tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente imposto, finendo per associare indifferentemente ad entrambe le nozioni quel medesimo significato.

6. Conclusioni. – Tutte le osservazioni svolte dovrebbero permettere qualche considerazione conclusiva.

La diversa impostazione che distingue la sentenza n. 45/2005 dalle altre sui quesiti parziali può essere spiegata solo ritenendo che l'obiettivo del giudice costituzionale sia quello di proteggere il preminente interesse a garantire un *minimum* di tutela legislativa³⁷, che continuerebbe a sussistere in forza della normativa risultante dall'abrogazione parziale della legge vigente, mentre cesserebbe di esistere nell'ipotesi in cui, ammettendosi il referendum totale, la legge venisse completamente meno. Ed infatti quest'ultima situazione parrebbe prefigurare esattamente quanto la Corte vuole evitare che si realizzi in concreto.

Per effetto di questa esigenza di fondo il giudice costituzionale si muove nell'ambito di una prospettiva incentrata sulla conclamata esigenza di assicurare la permanenza nell'ordinamento di una normativa già esistente, capace di dare attuazione a situazioni giuridiche costituzionalmente protette, ancorché in uno dei tanti possibili modi affidati alla discrezionalità del legislatore

³⁶ Così sempre CORTE COST., *Sent. n. 45/2004*, cit., p. 7 (n. 5 della motivazione in diritto).

³⁷ Giustamente A. PUGIOTTO, *op. cit.*, pp. 562-564, rileva che il livello minimo di tutela cui la Corte fa riferimento nella sentenza n. 45/2005, in funzione dell'inammissibilità del referendum totale sulla l. n. 40, non si ancora a contenuti imposti o voluti direttamente dalla Costituzione, ma alla sussistenza comunque essa si profili, dell'unica e sola normativa esistente in materia.

ordinario. Perciò, risulta in qualche modo conseguente che il ricorso al limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato oppure quello, innovativamente declinato³⁸, rappresentato dalle leggi costituzionalmente necessarie in realtà sembri una sorta di pretesto. L'incombenza difatti – lo si vuole rimarcare – è quella di preservare da una ipotetica abrogazione tramite referendum una normativa esistente, la cui sussistenza è giudicata preferibile ad un ipotetico vuoto normativo che lasci prive di tutela specifiche tipologie di interessi.

Per cui in funzione del problema relativo alle due categorie di leggi va rilevato che, tra le pronunce sui referendum del 2005, soltanto quella riguardante il referendum totale sia candidata a tentare il superamento di una loro distinzione concettuale. Al contrario tale distinzione sembrerebbe riappropriarsi dei caratteri originariamente tracciati dalla Corte nel 1978, in forza delle sentenze sui referendum parziali, sebbene in tali ipotesi i giudici accentuino l'esigenza collegata alla sopravvivenza di una normativa residua applicabile ed operante, preordinata al perpetuarsi di una tutela legislativa già vigente.

Infine, c'è da chiedersi se la Corte, benché giustamente ispirata al tentativo di proteggere situazioni giuridiche soggettive sottostanti a condizioni obiettive di debolezza – per dir così – ontologica di talune tipologie di persona, quali quelle afferenti all'embrione, non abbia tuttavia finito per introdurre un nuovo limite all'ammissibilità del referendum abrogativo, identificato con la necessità che un'eventuale normativa esistente non possa venire integralmente abrogata, dovendosi invece garantire l'operatività di quella tutela minima delle situazioni costituzionalmente protette che potrebbe venire del tutto meno in caso di referendum totale. Se, così argomentando – come parrebbe – la Corte da effettivamente vita ad un nuovo limite, contemporaneamente rischia di inferire un altro fendente alle esigenze di certezza a cui le condizioni e le forme di esperibilità dell'istituto referendario dovrebbero informarsi.

³⁸ Cfr. *supra*, note nn. 27 e 28.