

DIVAGAZIONI SPARSE SU ABROGAZIONE, REFERENDUM ABROGATIVO E LEGGI ELETTORALI *

di Damiano NOCILLA

1. Uno dei temi, su quali più si è esercitata la riflessione dell'Amico carissimo, in onore del quale le pagine che seguono sono state scritte ed ancor prima pensate, è quello dell'abrogazione.

Sin dagli anni giovanili – anche sulla spinta del limpido insegnamento del comune Maestro – F. Modugno si è confrontato su questo tema, investigandone le relazioni con la teoria degli atti normativi e quelle con il sindacato di costituzionalità delle leggi.

Con riferimento ai suoi specifici interessi e quasi riprendendo quel confronto dialettico, che ha caratterizzato la nostra pluridecennale amicizia, si vorrebbero affrontare alcuni aspetti particolari e specifici del problema dell'abrogazione delle leggi nel nostro ordinamento, senza la pretesa di proporre un'originale ricostruzione dell'istituto. Non ci si deve attendere, in altri termini, una ricostruzione esaustiva del fondamento, della natura, dei tipi e degli effetti dell'abrogazione, in generale, e, più in particolare, dell'abrogazione referendaria. Quest'ultima farà da sfondo a talune considerazioni problematiche relative ad alcuni particolari casi e ad alcune vicende, così come regolati (o insufficientemente regolati) dal diritto positivo.

2. La più recente dottrina tende a superare le più risalenti impostazioni – che si oserebbe definire “volontaristiche” – del problema dell'abrogazione, che ne privilegiavano la considerazione come attività (o meglio, atto) diretta(o) a ritirare un atto precedente, per concentrarsi piuttosto sugli effetti o sui risultati di quell'atto o di quell'attività.

Da questa nuova impostazione discende il collocarsi in secondo piano della problematica relativa al fondamento dell'abrogazione, e quindi alla legittimazione dell'atto o dell'attività: se esso debba trovarsi nella legge abrogata, in quanto sottoposta ad una condizione risolutiva, o non piuttosto sul potere di cui è espressione la legge abrogante. Si tende a

* Il presente studio sarà pubblicato negli *Scritti in onore di Franco Modugno* con leggere modifiche e con l'aggiunta delle note, nelle quali saranno contenuti i riferimenti ed eventuali approfondimenti.

riconoscere, infatti, che il fondamento (o la legittimazione, che dir si voglia) del fenomeno abrogativo debba ricercarsi nel diritto positivo e nella regolamentazione del sistema delle fonti che in esso è dato trovare.

Se regolando le proprie fonti l'ordinamento definisce se stesso, non sembra possa sorgere dubbio alcuno sul fatto che, per il giurista positivo, la maggiore o minore durezza di una norma non possa che ricavarsi dal trattamento che della stessa fa il diritto positivo, sicchè quest'ultimo può anche stabilire che norme contenute nello stesso atto-fonte possono essere dotate di una diversa resistenza rispetto ad atti-fonte successivi, anche se appartenenti allo stesso tipo. Per converso non tutte le fonti appartenenti al medesimo tipo sono dotate della stessa forza attiva o passiva, cioè della medesima capacità di abrogare norme precedenti nel tempo, o della stessa resistenza all'abrogazione, non costituendo la forza formale di un atto normativo una caratteristica determinabile in astratto, ma un derivato del trattamento giuridico concreto dell'atto medesimo.

Sono queste, in fondo, le considerazioni che hanno indotto la dottrina a superare ogni impostazione sostanzialmente volontaristica (che vorrebbe fondare l'abrogazione sulla volontà del legislatore abrogato o abrogante, qui poco importa) e a concentrarsi nell'analisi dell'effetto abrogativo di determinate evenienze collegate alla presenza di antinomie nel sistema normativo, del potere di accertamento di tali effetti, della loro estensione, e così via.

Ma anche questo percorso non è scevro di difficoltà, in quanto ha dato vita ad un dibattito piuttosto acceso sull'oggetto dell'effetto abrogativo, se esso sia costituito dalle norme e non piuttosto dalle disposizioni, e sul momento in cui si determina tale effetto, se al momento dell'entrata in vigore della disposizione abrogante o non piuttosto al momento in cui debba darsi applicazione ad una delle due disposizioni (quella abrogante o quella abrogata).

Un punto sembra, però, abbastanza certo ed è che l'effetto abrogativo non può prescindere da una attività interpretativa svolgentsi sia sulla disposizione abrogata che su quella abrogante. Anche in quella forma di abrogazione, nella quale il contributo dell'interprete al determinarsi dell'effetto abrogativo appare minimo, cioè nella c.d. abrogazione espressa (ma occorre fare attenzione al fatto che spesso la distinzione tra abrogazione tacita ed abrogazione espressa si "offusca"), non si può prescindere dalla necessità che dalla formulazione che dispone l'abrogazione di altre disposizioni, si ricavi in via interpretativa

una norma che consenta di precisare quali siano le disposizioni abrogate, l'efficacia temporale dell'abrogazione (se ed in quali limiti essa possa considerarsi retroattiva o no), la profondità e l'ampiezza dell'effetto abrogativo, la volontà di operare un'abrogazione *sic et simpliciter* o di accompagnare l'effetto abrogativo con l'indicazione di nuove disposizioni dirette a regolare la medesima materia. E' l'interpretazione sistematica che "costituisce la base di ogni ragionamento che porti alla constatazione dell'abrogazione" (Giannini).

E del resto è proprio sicuro che l'abrogazione espressa individui disposizioni e solo disposizioni come proprio oggetto? Già la necessità di vedere se il criterio cronologico interferisca con quello di specialità e di risolvere le eventuali interferenze tra i due criteri, implica un'interpretazione delle disposizioni pur esplicitamente abrogate e l'estrazione da queste ultime della norma, sulla quale opererà o no l'effetto abrogativo. Quest'idea è stata chiaramente espressa dalla Corte costituzionale allorchè ha affermato che i limiti del principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali* vanno sempre verificati alla luce dell'intenzione di legislatore. "E non è escluso che in concreto l'interpretazione della *voluntas legis*, da cui dipende la soluzione dell'indicato problema di successione di norme, evidenzi una latitudine della legge generale posteriore tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali, che restano, in tal modo, tacitamente abrogate" (sent. n. 29 del 1977 e più recentemente sent. n. 274 del 1997). Si pensi inoltre al caso, già in passato posto in rilievo (Crisafulli), in cui la disposizione abrogata sia espressiva di un principio generale, che costituisce il vero bersaglio della *vis abrogans*, sicchè la sua abrogazione implicherebbe abrogazione di altre disposizioni, che esprimono il medesimo principio. Analogamente, nel caso di abrogazione che intervenga su una delle due disposizioni (rinviante o rinviata), che entrano in gioco nel caso di rinvio tra disposizioni dello stesso ordinamento (Giannini). In tal caso non si potrà prescindere dalla determinazione dei principi propri delle due disposizioni.

E' assai probabile che coerenza e completezza dell'ordinamento non possono ritenersi caratteristiche proprie di quest'ultimo inteso in senso statico, cioè preso in un dato momento della propria vita (ammesso che ciò fosse in ipotesi concepibile). L'ordinamento non è coerente e completo, ma si fa coerente e completo nel momento in cui le sue disposizioni dovranno trovare applicazione, onde tutte le disposizioni che – secondo un'opinione diffusa – tendono ad assicurare la sua

coerenza e la sua completezza (*exempli gratia*: artt. 4, 15 e 12 delle preleggi) dovrebbero intendersi come disposizioni rivolte all'interprete, cioè disposizioni sull'interpretazione, e, al pari di quest'ultima, disposizioni materialmente costituzionali.

Se l'effetto degli atti normativi (e più in generale delle fonti del diritto) deve qualificarsi permanente, se la legge è atto istantaneo ad effetti permanenti, appare inevitabile che le diverse disposizioni in essi contenute coesistano e convivano tutte, salva la necessità che l'interprete, ricavando dal loro complesso la norma da applicare al caso concreto, non dia all'ordinamento quella coerenza necessaria perché quest'ultimo possa considerarsi ordine e non disordine, guida delle azioni umane e non incitazione all'anarchico agire. Tutti gli atti produttivi di diritto, se si vuole, hanno l'aspirazione a creare dal punto di vista giuridico una situazione stabile e durevole nel tempo; sicché ad essi deve applicarsi la massima – ci si perdoni la grossolanità – *quod factum est infectum fieri nequit*, onde il complesso dei fatti giuridicamente rilevanti, non uno escluso (e, pertanto, il complesso dei fatti normativi) va preso in considerazione dall'interprete allorchè l'ordinamento stesso viva nella propria attuazione.

In altri termini, l'effetto abrogativo riguarda pur sempre le norme, anche quando, nell'abrogazione espressa, esso nasce da una presunzione d'incompatibilità tra le norme ricavabili dalla legge abrogata e quelle ricavate dalla legge abrogante. Presunzione questa, che semplifica – è ben vero – l'attività interpretativa, ma non riesce ad eliminarla del tutto; sicché certamente non sembra peregrino sostenere che il fenomeno abrogativo - pur nell'unicità del fatto che ad esso dà vita (cioè il succedersi nel tempo di atti-fonte dotati della capacità di incidere in positivo o in negativo sulla vigenza di norme) – assume diverse sfaccettature e agisce diversamente a seconda della regolamentazione, che di quella certa evenienza può ricavarsi dal sistema normativo.

Originando, perciò, l'effetto abrogativo dalle norme sull'interpretazione del sistema, dipenderà dal diverso interagire di quelle norme l'ambito di operatività dell'abrogazione e la diversa sua incidenza sul disordinato coecervo delle disposizioni e delle norme, che compongono l'ordinamento positivo. Sicché l'interprete, nel determinare se vi sia stata abrogazione di talune disposizioni, come operi tale abrogazione e quali ne siano in concreto gli effetti, dovrà aver riguardo al complesso della regolamentazione propria dell'atto, che disponga l'abrogazione, e dell'atto contenente le disposizioni che si pretende abrogare, al

contenuto delle disposizioni abrogate e di quelle abroganti, alla materia incisa dalle disposizioni stesse, al tipo di abrogazione disposta etc.

Detto diversamente, il modo di atteggiarsi dell'effetto abrogativo sarà diverso a seconda che questo derivi, ad esempio, da una legge o da un decreto-legge o da un regolamento in delegificazione o da un *referendum* abrogativo o addirittura di una fonte sovraordinata; a seconda si tratti di materia costituzionale o di materia penale o di altre materie; a seconda che la legge, che s'intende abrogare, contenga una c.d. clausola di abrogazione espressa; a seconda del tipo di abrogazione: espressa, tacita, per nuova regolamentazione dell'intera materia; a seconda delle particolari clausole contenute nelle disposizioni abroganti (come, ad es., una clausola che ne disponga l'efficacia retroattiva o che disponga l'ultrattività delle norme abrogate); a seconda del rapporto di maggiore o minore ampiezza della disciplina contenuta nella disposizione abrogata e nella disposizione abrogante.

Tutte le diverse circostanze più sopra elencate non sono altro che circostanze, che il diritto positivo considera rilevanti ai fini dell'attuazione concreta delle proprie norme e delle quali esso impone all'interprete di tener conto al momento di tale attuazione. Sicchè l'esatta determinazione dell'effetto abrogativo di una disposizione, da parte dell'interprete, implica che sia messo in gioco l'intero sistema normativo nel suo divenire.

3. Se le considerazioni svolte in precedenza hanno un qualche fondamento, gli effetti di quell'atto normativo "unidirezionale" costituito dal *referendum* abrogativo, di cui all'art. 75 Cost., non possono determinarsi *a priori* e meno che mai assimilarsi *sic et simpliciter* all'abrogazione di norme o disposizioni che sia stata disposta con altri atti normativi. Se per un verso, risulta abbastanza evidente la vicinanza all'abrogazione espressa, di cui all'art. 15 delle preleggi, per altro verso i limiti, che incontra la sua ammissibilità, e la sua stessa natura di atto a contenuto esclusivamente "negativo" incidono inevitabilmente sugli effetti che esso provoca sul complesso delle norme costituenti il diritto positivo, differenziandoli da quelli degli altri tipi di abrogazione.

Una controprova può ricavarsi dalle numerose oscillazioni e contraddizioni che hanno sinora caratterizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine alle decisioni sull'ammissibilità delle diverse proposte di *referendum*, che dal 1970 ad oggi si sono susseguite nel nostro Paese. Si tratta di oscillazioni e contraddizioni che nascono dalla necessità di

conciliare, da un lato, il principio del *favor populi* come correttivo della fondamentale scelta costituente di dar vita ad una democrazia rappresentativa (onde, nel dubbio, dovrebbe sempre consentirsi al popolo di partecipare alle scelte fondamentali che lo riguardano) e, dall'altro, la natura del *referendum*, di cui all'art. 75 Cost., di atto di esercizio di funzione legislativa negativa, come tale incapace di attuare in positivo un indirizzo politico ponderato e meditato.

Non è nelle intenzioni di questo scritto procedere ad un esame analitico di quella giurisprudenza, anche perché su di essa si è sviluppata un'ampissima letteratura alla quale appare sufficiente fare rinvio; si vuole soltanto porre in evidenza talune problematiche di tipo teorico-pratico, che insorgono in seguito alle oscillazioni che quella giurisprudenza presenta.

Esaminando i limiti all'ammissibilità del *referendum* espressi nell'art. 75 Cost., co. 2, e quelli ricavati come impliciti dalla suddetta giurisprudenza, possiamo constatare come per taluni di essi si pongano problemi specifici riguardanti le relazioni che si instaurano tra l'atto normativo, verso il quale s'indirizza la richiesta di *referendum*, le disposizioni, che s'intendono abrogare, l'oggetto della richiesta di *referendum*, l'espressione della volontà popolare, l'effetto abrogativo, che si determina, ed infine la normativa per così dire di risulta. Si tratta di tutte quelle ipotesi, ad esempio, in cui la richiesta di *referendum* vorrebbe incidere su leggi, della cui sussistenza la stessa Costituzione implica l'obbligatorietà o alle quali addirittura assegna un contenuto necessario.

Non vi è dubbio che la Corte costituzionale, nel momento stesso in cui è chiamata a giudicare dell'ammissibilità di una richiesta referendaria, debba esaminarla approfondendo, alla luce di tutti gli elementi suddetti, se vi sia o no, nella richiesta stessa, una potenziale violazione del limite da parte del *referendum* abrogativo; detto altrimenti, se un eventuale esito positivo del *referendum* violi o no il limite implicito o esplicito, che l'ordinamento ha imposto a tale specifica fonte del diritto.

Il processo logico che la Corte deve seguire nel giudicare dell'ammissibilità del *referendum* richiesto a termini dell'art. 75 Cost. è assai più complesso di come a prima vista potrebbe apparire e non si risolve in un normale procedimento logico di sussunzione quale è stato inizialmente ritenuto dalla dottrina. Secondo quest'ultima ricostruzione si tratterebbe esclusivamente di vedere se la materia (o, meglio, l'oggetto) della richiesta di *referendum* rientri tra quelle elencate dal secondo comma dell'art. 75 Cost.; il che implicherebbe, innanzi tutto, la tassatività

dell'elencazione ed un'interpretazione restrittiva del combinato disposto dell'art. 33 legge n. 352 del 1970 con il suddetto secondo comma e con l'art. 2 legge cost. n. 1 del 1953, potendone risultare esclusi, se non tutti, almeno molti dei limiti impliciti che, sin dalla sent. n. 16 del 1978, la Corte ha tentato di ricavare dal sistema.

Senonchè il combinato disposto degli artt. 75, 2° co., Cost., 2 legge cost. n. 1 del 1953 e 33 legge n. 352 del 1970 non è stato inteso – com'è noto – nella prassi applicativa come implicante un'interpretazione restrittiva, ma ne è stata ammessa, anche dalla dottrina precedente la succitata decisione del 1978, un'interpretazione sistematica, tale da affiancare l'elencazione del co. 2 dell'art. 75 Cost. con le leggi approvate con il procedimento di cui all'art. 138 Cost. e con le leggi di esecuzione dei trattati internazionali (Crisafulli).

Pur prescindendo dalla questione, se ci si consente l'espressione, puramente teorica se si tratti di interpretazione sistematica o di interpretazione estensiva, quel che appare certo è che né la dottrina né la giurisprudenza si sono limitate ad un'interpretazione letterale dei casi di non ammissibilità del *referendum* abrogativi e non hanno inteso l'elencazione contenuta nell'art. 75, co. 2, Cost. come esaustiva, tale, cioè, da escludere che ulteriori vincoli al *referendum* possano derivarsi dal sistema costituzionale nel suo complesso. In tal senso si sono affermati nella prassi una serie di limiti ritenuti ora impliciti, che si affiancano a quelli esplicitamente contemplati dal c. 2 dell'art. 75 Cost, ora inautonomi per il fatto di derivare da una stretta connessione con i limiti per così dire espliciti, ora per essere connaturali all'istituto del *referendum*.

La Corte ha ragionato partendo dal presupposto che il 2° co. dell'art. 75 Cost. abbia operato una scelta discrezionale e contingente, elencando talune materie nelle quali per ragioni di pura strategia istituzionale è stato ritenuto inopportuno che il corpo elettorale potesse procedere a scelte di natura legislativa, sia pure di segno esclusivamente negativo. Salvo, poi, a sottolineare come la lettura delle esclusioni previste dal 2° co. dell'art. 75 Cost. avrebbe implicato un'interpretazione delle stesse atta ad evitare eventuali manovre di aggiramento di quei limiti, attraverso l'identificazione di oggetti del *referendum* non direttamente e letteralmente ricompresi nell'elencazione, e a ritenere che l'art. 2 legge cost. n. 1 del 1953, nell'attribuire alla Corte il giudizio di ammissibilità del *referendum*, abbia fatto riferimento alla richiesta referendaria presentata ai sensi del 1° co. dell'art. 75 Cost., donde la possibilità che quel giudizio

preventivo investisse i limiti consustanziali del *referendum* abrogativo, scaturenti, cioè, dalla sua collocazione nel sistema costituzionale in generale e, più in particolare, nel sistema delle fonti: limiti impliciti o naturali, questi ultimi, suscettibili – come è stato detto (Carnevale, 27) – di assumere addirittura una maggiore dignità assiologica rispetto a quelli espressi.

Tutto ciò ha notevolmente complicato il procedimento logico, cui deve attenersi la Corte costituzionale, allorchè sia chiamata a decidere sull'ammissibilità o no di un *referendum*. Non solo si dovrà tener conto della natura dell'atto recante le disposizioni, che s'intendono abrogare, e dell'oggetto di tali disposizioni, ma si dovrà considerare come dovrà operare l'abrogazione richiesta nella proposta referendaria, quale sia l'intenzione perseguita dai proponenti e soppesare, altresì, l'effetto abrogativo del *referendum*, ove questo dovesse svolgersi ed essere approvato, e la c.d. normativa di risulta, quella cioè che gli operatori saranno chiamati ad applicare alla fattispecie precedentemente disciplinata dalle disposizioni abrogate. Malgrado la smentita, più di facciata che di sostanza, contenuta in numerosi *obiter dicta*, non sembra esservi dubbio, alla luce dell'esperienza, sulla necessità che la Corte estenda il proprio giudizio a tutti gli elementi suddetti. Che poi tutto ciò possa comportare un avvicinamento tra giudizio preventivo sulla ammissibilità del *referendum* e giudizio successivo sulla costituzionalità di quest'ultimo o della c.d. normativa di risulta è stato da più parti posto in evidenza e da alcuni ritenuto addirittura auspicabile.

Nella sentenza n. 63 del 1990, che ha dichiarato l'ammissibilità del *referendum* abrogativo sulla legge-quadro sulla caccia, la Corte ha dovuto preliminarmente operare un'interpretazione delle disposizioni disciplinanti gli atti amministrativi (licenza di porto d'armi e abilitazione all'esercizio venatorio) necessari per l'esercizio della caccia ed al cui rilascio è connessa l'irrogazione di un tributo, soprattutto al fine di escludere che il *referendum* potesse considerarsi investire indirettamente norme tributarie, tenendo altresì conto dell'intento antivenatorio dei proponenti il *referendum* (il fine, cui era rivolta l'iniziativa referendaria, ha giocato un ruolo importante per ritenere a suo tempo inammissibile nel 1978 il *referendum* sulla giurisdizione militare). Analogamente ha dovuto escludere che un esito positivo della consultazione referendaria potesse dar luogo ad una situazione normativa comportante la violazione di uno specifico obbligo internazionale dello Stato, con conseguente responsabilità di quest'ultimo.

Anche dal complesso delle sentenze nn. 30 e 31 del 1981 si evince la necessità che, in sede di giudizio di ammissibilità di leggi connesse all'adempimento di obblighi internazionali, la Corte esamini, non solo se la norma di diritto internazionale lasci al legislatore interno un ambito più o meno ampio di discrezionalità per procedere all'adattamento del proprio ordinamento a quello internazionale, dovendo ritenersi sottratte all'abrogazione referendaria solo quelle norme la cui emanazione è imposta dagli impegni assunti dallo Stato in quest'ultimo ordinamento; ma si ponga anche il problema se le disposizioni legislative, di cui si propone l'abrogazione, non siano produttive di effetti strettamente collegati all'ambito di operatività dei trattati. Onde non può sostenersi che oggetto della richiesta referendaria sia la proposizione normativa nella sua elementare formulazione linguistica, dovendo invece aversi riguardo ed al significato che quella formulazione assume nel sistema (sia pure in relazione alla necessità di attuare norme di un ordinamento diverso) ed agli effetti che l'eliminazione delle disposizioni determinano sul piano delle norme, che compongono l'ordinamento interno (al fine di escludere o no "effetti strettamente collegati" al trattato e alla connessa responsabilità per la sua corretta esecuzione).

Pur nelle sue oscillazioni, anche la giurisprudenza sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo sulle leggi "costituzionalmente obbligatorie" o sulla più ristretta categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" (dovendosi intendere con le prime quelle leggi dirette alla necessaria attuazione della Costituzione e con le seconde le leggi ordinarie contenenti l'unica necessaria disciplina, consentita in sede attuativa dalla norma costituzionale) dimostra la necessità che la Corte prenda in considerazione, per un verso, gli effetti della estinzione dell'efficacia delle disposizioni oggetto del *referendum*, che non dovrebbero consistere, per le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, in quella che è stata chiamata la "disattuazione attiva" delle norme costituzionali, da intendersi come irrimediabile quiescenza di queste ultime (solo la certezza che tale effetto non si sarebbe verificato ha indotto la Corte a mutare atteggiamento in ordine alla seconda, più limitata richiesta di *referendum* sulla giurisdizione militare), e, per le leggi "costituzionalmente obbligatorie", nel pregiudizio che il *referendum* potrebbe arrecare all'operatività di organi, principi, istituti costituzionalmente previsti.

Si può conclusivamente affermare che la Corte, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum*, è chiamata a

svolgere in via preventiva un'attività interpretativa simile a quella, spettante ad ogni operatore dopo l'eventuale esito positivo del *referendum*, prefigurandosi, per così dire, in tutta la sua ampiezza ed in tutte le sue sfaccettature l'effetto abrogativo di quest'ultimo. Il giudizio della Corte sull'ammissibilità del *referendum*, pur non identificandosi con il sindacato di costituzionalità su quest'ultimo o sulla normativa di risulta, lo prefigura e segue un *iter* logico talora più complesso, in quanto, pur presupponendo la considerazione *ex ante* degli effetti abrogativi della consultazione popolare, deve necessariamente prescindere dalla sussistenza di fatti storici concreti, che in certo qual senso potrebbero agevolare la individuazione di quegli effetti, e deve estendersi ad una serie di altri fattori (attinenti, ad esempio, al procedimento referendario, specie nella sua fase di iniziativa), di cui il sindacato di costituzionalità potrà non tener conto. Se in seguito a tale giudizio di ammissibilità risulterà una non conformità del *referendum* o della normativa di risulta ai principi costituzionali, sarà la Corte stessa a decidere (così come ha fatto con la sent. n. 15 del 2008) se tale valutazione debba rientrare nell'ambito del giudizio di ammissibilità o essere rinviata, piuttosto, al successivo giudizio di costituzionalità sull'esito referendario o sulla normativa, che a quest'esito consegue.

4. Un punto sembra tuttavia debba essere tenuto ben fermo, e cioè che non sempre l'effetto abrogativo di una disposizione contenuta in un atto o di una norma prodotta da un fatto normativo (legge, *referendum*, legge costituzionale, consuetudine, etc.) si attegga nel medesimo modo, differenziandosi a seconda del tipo di fonte, che ha prodotto la norma abrogante, dell'atto o fatto sul quale essa incide, del contenuto delle norme che s'intendono abrogare, del modo di presentarsi della norma abrogante (quest'ultima può dirigersi, infatti, alla radicale eliminazione delle disposizioni contenenti le norme abrogate, oppure alla loro modificazione o, ancora, alla loro sostituzione oppure, infine, a creare una semplice situazione d'incompatibilità con altre norme dell'ordinamento). E l'interprete - ivi compresa la Corte costituzionale, al momento in cui ne giudica in via preventiva (ammissibilità del *referendum*) o successiva (giudizio di costituzionalità della normativa di rango primario) - non potrà prescindere dal tener in conto questa varietà di modi in cui l'effetto abrogativo si esprime.

E benché la Corte, nell'analisi relativa all'ammissibilità dei *referendum* abrogativi, sia partita dall'assunto dell'equiparabilità

del *referendum* alla legge ordinaria, onde al primo – salvo le ipotesi di inammissibilità – non sarebbe consentito fare ciò che non è consentito fare alla legge ordinaria, non sembra che gli effetti di un’abrogazione disposta con *referendum* siano del tutto identici a quelli di un’abrogazione disposta con legge o di un’abrogazione disposta con decreto-legge. E ciò non soltanto perché quella referendaria può essere in linea di principio esclusivamente espressa, eliminativa di disposizioni e non retroattiva (su quest’ultimo aspetto, tuttavia, qualche dubbio potrebbe insorgere); e non soltanto perché l’abrogazione referendaria assume una valenza politica del tutto peculiare, ma anche perché, mentre la legge consente di ricostruire gli effetti che si intendevano ottenere, allorché veniva approvata la norma, per così dire, abrogante, il *referendum* non consente – a parte una certa qual rilevanza dell’intento politico dei promotori – tale ricostruzione e non offre alcun appiglio per una ricostruzione della volontà abrogante del corpo elettorale.

Occorre, quindi, approfondire le differenze e analogie tra abrogazione operata con legge ordinaria ed abrogazione espressa con *referendum*, domandandosi se sia proprio certo che la legge ordinaria potrebbe operare in ogni caso sulle disposizioni in ordine alle quali il *referendum* non è ammissibile.

Se, stando sempre all’insegnamento della Corte, un *referendum* abrogativo su disposizioni della Carta costituzionale o contenute in leggi approvate secondo il procedimento di cui all’art. 138 Cost. non sarebbe ammissibile, sarebbe ammissibile – fatta salva in ogni caso la sua incostituzionalità da far valere nelle sedi opportune - una legge ordinaria diretta ad operare la medesima abrogazione? O non saremmo piuttosto di fronte ad un caso di inesistenza della legge ordinaria, come tale rilevabile da ogni operatore del diritto? E, del resto, la supposta radicale inesistenza della legge ordinaria non sarebbe un modo di escluderne la stessa possibilità che essa entri in vigore, così come il giudizio preventivo sull’ammissibilità è un modo per impedire lo svolgimento di *referendum* illegittimi e quindi, il pieno dispiegamento dei loro effetti?

Sotto altro e differente profilo, è bensì vero che la *ratio* dell’esclusione della sottoponibilità a *referendum* abrogativo delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati deve ricercarsi nella volontà del Costituente di riservare all’organo con funzione di rappresentanza politica del corpo elettorale ogni meditata decisione in ordine agli obblighi, che la comunità statale è chiamata ad assumere nell’ordinamento internazionale, ed in ordine alle responsabilità, che nel medesimo ordinamento

possono conseguire al mancato adempimento di quegli obblighi (onde l'interpretazione più larga che la Corte dà all'espressione "leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali"). Ed è altrettanto vero che la legge ordinaria, proprio perché espressione di un deliberato dell'organo di rappresentanza politica, potrebbe assumersi la responsabilità dell'inadempimento di un obbligo internazionale del nostro Paese e, quindi, operare un'abrogazione non consentita al *referendum*, ma è altrettanto vero che la nuova formulazione dell'art. 117 Cost., introdotta con la legge cost. n. 3 del 2001, potrebbe non escludere ipotesi, in cui la violazione di clausole dell'ordinamento internazionale operata dalla legge ordinaria sia talmente evidente e grave ed in cui la deliberazione delle Camere talmente inconsapevole delle conseguenze, da determinare non tanto un vizio di costituzionalità della legge, quanto una sua vera e propria nullità-inesistenza: con conseguente impedimento di ogni suo effetto abrogativo.

Se poi ci si volge a quella categoria di leggi, sulle quali si sono presentati i maggiori dubbi e le più articolate perplessità della dottrina, e cioè alle leggi c.d. costituzionalmente obbligatorie e a quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, le questioni, che insorgono in ordine al modo di operare dell'abrogazione con legge e dell'abrogazione con *referendum*, si fanno ancora più articolate e complesse, al punto che non sarebbe del tutto peregrino sostenere che ogni legge, che presenti la caratteristica di incidere su una precedente legge costituzionalmente necessaria o su una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, faccia un po' storia a sé quanto al modo in cui possono operare norme abrogative in essa contenute.

Appare innanzitutto discutibile che le due categorie di leggi siano distinguibili per intrinseca diversità, come sembra in un primo momento aver ritenuto la Corte con la sent. n. 16 del 1978. Già il fatto che le leggi attuative della Costituzione a contenuto vincolato costituirebbero una specifica specie del più ampio *genus* delle leggi costituzionalmente obbligatorie dovrebbe indurre ad una qualche maggiore prudenza nel dare eccessivo rilievo alla distinzione. A riprova di ciò può ricordarsi come la successiva giurisprudenza costituzionale, a partire dal 1987, abbia gradualmente assimilato le due categorie di leggi, dissolvendo le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato nelle leggi costituzionalmente necessarie.

Ogni attuazione della Costituzione deve svolgersi, infatti, nei limiti e con l'osservanza delle norme di rango costituzionale ed il grado di vincolatività del limite di conformità a Costituzione,

nonché l'autoapplicatività delle norme costituzionali vanno dedotti dall'intero sistema, operando *ab externo* rispetto alle disposizioni di attuazione, la cui natura non muta se il vincolo è più stringente o se la norma da osservare sia suscettibile o no di autonoma applicazione. Solo se le disposizioni, delle quali si postula l'abrogazione, sono meramente ripetitive di disposizioni di rango costituzionale, sicché in seguito all'eventuale abrogazione potrà darsi diretta applicazione a queste ultime, potrà dirsi che tale loro abrogazione sarebbe *inutiliter data* e che sarebbe questa inutilità a determinare l'inammissibilità dell'eventuale, relativa richiesta referendaria. E non solo. La stessa Corte si è preoccupata che un *referendum* avente ad oggetto disposizioni a contenuto vincolato potesse ledere le corrispondenti disposizioni costituzionali (sent. n. 16 del 1978) e che, quindi, il *referendum* potesse finire per investire quelle parti della Costituzione corrispondenti alla legge ordinaria da abrogare (sent. n. 26/1981).

In tutti gli altri casi sarà l'esame di quanto l'eventuale abrogazione delle disposizioni costituzionalmente obbligatorie, perché attuative di organi, istituti e principi costituzionali, incida sulla permanente efficacia del principio o sulla perdurante funzionalità dell'organo o istituto costituzionale ad indurre a ritenere o no costituzionalmente legittima l'abrogazione e, quindi, ammissibile l'eventuale proposta di *referendum* abrogativo.

E a controprova del fatto che, in questo caso, inammissibilità ed incostituzionalità dell'abrogazione vadano confondendosi, si può ipotizzare il caso di un'eventuale legge (o di un'eventuale richiesta di *referendum* popolare) abrogativa del T.U. delle leggi elettorali, che attraverso mirate modificazioni (o un mero ritaglio) tenda ad eliminare le garanzie di segretezza, eguaglianza, libertà e personalità del voto. Una legge avente questo contenuto dovrà ritenersi valida ed efficace fino all'eventuale instaurazione e conclusione di un giudizio di legittimità costituzionale? Potrà la Corte dichiarare ammissibile un *referendum* siffatto, che eliminerebbe radicalmente la stessa democraticità della nostra Repubblica?

E se, per un verso, appare discutibile la base di tutto il ragionamento svolto dalla Corte per ricavare l'esistenza di alcuni limiti impliciti al *referendum* abrogativo, che cioè a quest'ultimo non sia consentito far ciò che la legge ordinaria non potrebbe fare, e che, quindi, dal sistema costituzionale possa indursi il principio della parità di trattamento tra le due fonti - quella normativa in positivo (la legge) e quella normativa in negativo (il

referendum) - dubbia dovrebbe essere, per altro verso, anche la reciproca, per cui i limiti di ammissibilità del *referendum* impliciti nel sistema dovrebbero applicarsi anche alle leggi ordinarie, onde tutto ciò che il *referendum* non potrebbe fare - non tanto per esplicita e speciale disposizione della Costituzione, ma per la sua intrinseca natura o per ragioni di sistema - neppure la legge ordinaria potrebbe fare. Sarebbe, quindi, irrazionale che alcune abrogazioni, non ammissibili per via referendaria a causa della sussistenza di un limite implicito, potessero, invece, essere introdotte per via legislativa. Ci si vuole riferire ad esempio ad alcune incostituzionalità degli esiti referendari tanto evidenti e *quodammodo* "pesanti" da non poter attendere un eventuale giudizio di costituzionalità della normativa di risulta, mentre, se introdotti con legge ordinaria, dovrebbero trovare negli ordinari mezzi di garanzia predisposti dal sistema il proprio naturale correttivo. Per restare nell'ambito di un esempio già fatto, l'eliminazione per via referendaria, in aperta violazione dei principi costituzionali (tale da determinarne una vera e propria inoperatività), di alcune norme che garantiscono il libero voto dei cittadini può essere sindacata in via preventiva dalla Corte in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum*, mentre l'estinzione dell'efficacia delle medesime disposizioni per via legislativa potrà trovare un sindacato, che precede lo svolgimento delle elezioni gravemente irregolari, solo in quanto l'osservanza di quelle norme possa dar vita a procedimenti giurisdizionali instaurati prima dello svolgimento delle operazioni elettorali.

Detto in altri termini, mentre in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo la Corte costituzionale dovrebbe porsi il problema se la proposta abrogazione di norme regolanti il procedimento elettorale non determini come conseguenza un'evidente inoperatività dei principi costituzionali relativi a quei procedimenti, ed in caso di risposta positiva dichiarare inammissibile la relativa richiesta, nel caso di legge ordinaria avente identico contenuto si dovrebbe distinguere l'ipotesi in cui sia possibile dar vita ad un sindacato di costituzionalità della normativa di risulta prima che le norme abroganti trovino applicazione, da quella in cui tale sindacato non potrebbe instaurarsi e dovrebbe, invece, farsi luogo all'applicazione di una legislazione evidentemente e gravemente incostituzionale per il contenuto della nuova regolamentazione introdotta o per le lacune che potrebbero determinarsi.

Si perviene con ciò ad uno degli aspetti centrali della problematica della quale ci si occupa: mentre un esito del *referendum* abrogativo gravemente incidente sul funzionamento

di organi ed istituti, previsti come necessari dalla Costituzione, o sull'operatività di principi costituzionali può essere agevolmente evitato attraverso il giudizio di ammissibilità dello stesso, una legge ordinaria, che intendesse operare nella medesima direzione, potrebbe essere "folgorata" per incostituzionalità prima di trovare applicazione solo in presenza di alcune condizioni; ed un volta applicata, potrebbe diventare assai difficile sollevare la relativa questione di costituzionalità, soprattutto quando – come nel caso delle leggi elettorali degli organi rappresentativi – i procedimenti di verifica della legittimità dell'attività applicativa siano affidati ad organi interessati al mantenimento della situazione di fatto ormai determinatasi.

E' possibile toccare con mano a quali difficoltà può dar vita il fatto che il *modus operandi* delle leggi elettorali sia tale da rendere assai difficile l'instaurarsi su di esse un giudizio di costituzionalità in via incidentale. E' sufficiente richiamare in proposito le disposizioni della legge n. 270 del 2005, che a cinque anni dalla loro entrata in vigore non sono state sottoposte ancora a scrutinio di costituzionalità, malgrado l'evidente violazione del principio di eguaglianza del voto, per il fatto che quello dei cittadini della Valle d'Aosta non concorre con quello degli altri cittadini alla determinazione della cifra elettorale nazionale di una coalizione di liste valida al fine dell'attribuzione del c.d. premio di maggioranza. Se si fosse voluto, attraverso un ipotetico *referendum* manipolativo del d.P.R. n. 361 del 1957 (T.U. delle leggi elettorali per la Camera dei deputati), raggiungere il medesimo risultato, oggi previsto dalla l. n. 270 del 2005, di escludere cioè la lista vincitrice in Valle d'Aosta dal computo della cifra necessaria al conseguimento del premio di maggioranza su scala nazionale, non si sarebbe riusciti, con ogni probabilità, a superare il vaglio di ammissibilità.

Cave a consequentiariis! E' evidente che a questo punto sorgerebbe spontanea l'obiezione: come potrebbe essere mai possibile che una legge ordinaria potrebbe compiere un vero e proprio colpo di Stato, impedendo il realizzarsi di un corretto e genuino ordinamento democratico o paralizzando il funzionamento di un organo costituzionale, mentre ciò sarebbe impedito (e correttamente impedito) al *referendum*? Si tratta di un'aporia del sistema che deve trovare, in certo qual senso, una soluzione, nel senso, appunto, di un'omogeneità del trattamento giuridico di una legge abrogativa di una legge c.d. costituzionalmente necessaria rispetto ad un *referendum* avente gli stessi fini. Ciò nel senso, appunto, dell'assimilazione del

trattamento giuridico del *referendum* a quello della legge ordinaria, dovendo essere impedito che quest'ultima possa raggiungere il suo fine di paralizzare il sistema o anche più semplicemente trovare applicazione prima di passare al vaglio del sindacato di costituzionalità.

In altri termini, se è vero che il *referendum* gravemente incostituzionale potrebbe essere paralizzato in occasione del vaglio di ammissibilità, è anche vero che – stando alle affermazioni della stessa Corte costituzionale – la legge ordinaria avente lo stesso contenuto potrebbe giungere a dispiegare i propri effetti antisistema prima che il sistema stesso possa attivare i meccanismi di garanzia necessari e ciò per varie ragioni impeditive: ad es. perché non vi sarebbe possibilità di attivare un giudizio sull'applicazione della legge, nel corso del quale sollevare la relativa questione di costituzionalità, “perché la legge abrogativa potrebbe essere in grado di paralizzare gli stessi strumenti di garanzia (si è immaginata, ad es., l'abrogazione della legge n. 87 del 1953).

5. Appare necessario a questo punto riflettere *funditus* sul c.d. effetto abrogativo in relazione alle leggi costituzionalmente necessaria ed in particolare a quelle leggi alla cui entrata in vigore è subordinata la stessa operatività degli organi o di istituti costituzionali, come il *referendum*, mettendo per ora da parte la questione, che pur si pone in certo qual modo per le leggi attuative di organi aventi semplice rilevanza costituzionale o di principi costituzionali in senso stretto. Si tratta, in altri termini e largamente esemplificando, delle leggi elettorali per la Camera e per il Senato, della legge sulla Presidenza del Consiglio, della legge n. 87 del 1953, della stessa legge sul *referendum*.

Su tutte queste leggi la Corte costituzionale ha ritenuto che al legislatore il costituente abbia lasciato un largo margine di discrezionalità in ordine alle concrete modalità, con le quali dare attuazione alle disposizioni di rango superiore che quegli organi, quegli istituti, quei principi stabiliscono. Sicché altri sarebbero gli effetti dell'abrogazione di una delle possibili modalità attuative delle disposizioni costituzionali, con connessa introduzione – o per modificazione della normativa o per mero ritaglio delle disposizioni precedentemente vigenti – di una diversa attuazione, rispetto agli effetti di un'abrogazione che, invece, dovesse comportare l'eliminazione radicale della stessa attuazione costituzionale e la conseguente inoperatività dell'organo costituzionale in questione. Nel primo caso l'abrogazione (referendaria o legislativa, qui poco importa) sarebbe conforme a

Costituzione ed un eventuale *referendum* sarebbe ammissibile, nel secondo essa cozzerebbe frontalmente con le disposizioni della Carta, che disciplinano l'istituto o l'organo e le sue funzioni ed un eventuale *referendum* dovrebbe ritenersi inammissibile.

Se il giudizio preventivo d'inammissibilità del *referendum* costituisce un sufficiente baluardo contro cervelotiche (o dolose) iniziative referendarie tendenti a determinare una vera e propria paralisi del sistema, il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi non appare idoneo ad impedire – come si è visto – che leggi di tal genere varate da un legislatore distratto o malintenzionato, realizzando una vera e propria *fraus constitutionis*, restino in vigore prima di poter essere sottoposte al vaglio della Corte e paralizzino *medio tempore* (se, non addirittura, definitivamente) il sistema attraverso la creazione di veri e propri vuoti normativi, che esigono di essere colmati, invece, con immediatezza.

Una prima via sarebbe quella di ritenere le leggi, che dovessero provocare la paralisi di organi o istituti costituzionalmente necessari, nulle ed inesistenti, mentre un'altra via ci è stata implicitamente suggerita dalla stessa Corte, che - affermando che la “suprema esigenza di salvaguardia di costante operatività” di quegli organi e di quegli istituti implica che essi non possano essere privati “neppure temporaneamente del complesso delle norme elettorali contenute nelle proprie leggi di attuazione” e che queste ultime possano essere eliminate “nel loro insieme esclusivamente per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere” – ha posto le basi perché si possa distinguere tra la pura e semplice attuazione delle norme costituzionali e la “prima” attuazione delle stesse.

La problematica relativa a tale disposizione si è già posta in relazione alla legge n. 87 del 1953, sulla Corte costituzionale, qualificata dall'art. 1 legge cost. 11 marzo 1953, n. 1, “legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali”, con la conseguenza che la dottrina si è dovuta confrontare con la questione della particolare efficacia da attribuire a tale legge, fino al punto di ritenerla, per così dire, “costituzionalizzata”. Ma essa riguarda *quodammodo* tutte le altre leggi necessarie alla vita e vitalità di organi ed istituti costituzionali, soprattutto quando si tratti degli organi supremi e degli istituti caratterizzanti la forma di Stato e di Governo voluta dalla Carta fondamentale: si pensi alla normativa sul funzionamento del Governo, alla legge sul *referendum* abrogativo (inteso come mezzo per assicurare un diretto esercizio della

sovranità popolare) ed anche e soprattutto alle leggi elettorali per gli organi rappresentativi della volontà popolare.

Mentre l'attuazione della Costituzione si svolge nel tempo ed assume una qualificazione, per così dire, dinamica, sicchè è ben possibile che sulla stessa materia o in ordine allo stesso organo o istituto si succedano diverse leggi di attuazione, ognuna delle quali realizzi specifiche e differenti modalità di concreta realizzazione delle norme costituzionali (ovviamente purchè compatibili con i principi costituzionali), la "prima" attuazione si realizza *uno actu*, consentendo il concreto avvio degli istituti costituzionali e trasformando la Costituzione da carta priva di un'anima in norma operante e vivente. Sicchè la "prima" attuazione si configura come elemento essenziale per l'inveramento della normatività della Costituzione. Quest'ultima in tanto può dirsi una "costituzione vivente", in quanto la sua normatività non viene eliminata o radicalmente alterata. La "prima attuazione" è un po' l'avviamento del motore del sistema costituzionale, mentre le successive leggi di attuazione potrebbero paragonarsi alle diverse "marce", che possono essere innestate per consentire la marcia del veicolo. Di qui la fissità della "prima attuazione", le leggi di prima attuazione derivando questa caratteristica dalla necessaria stabilità nel tempo delle costituzioni e dei loro istituti.

Ciò significa che tutta l'attuazione successiva delle norme costituzionali, concernenti organi ed istituti essenziali al funzionamento del sistema costituzionale, non può che svolgersi all'ombra della "prima attuazione", che quegli organi ed istituti hanno ricevuto nel momento in cui si è trattato di dare operatività al sistema costituzionale, di fare della Carta c.d. fondamentale una "Costituzione vivente e vitale", nel senso appunto che norme di attuazione successive non potranno rendere, come che sia, del tutto priva di efficacia quella di "prima attuazione".

Se ciò è vero, sembra appunto che il rapporto tra prima attuazione ed attuazione successiva non possa essere risolto sulla semplice base di un'insussistente gerarchia tra le due leggi, ma piuttosto sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, nel senso, appunto, delle modalità con cui opera il principio *lex posterior derogat priori*. Il criterio gerarchico di soluzione delle antinomie non sembra idoneo a regolare i rapporti tra legge di "prima attuazione", intesa nel senso delle pagine precedenti, e legge di attuazione delle norme su organi ed istituti costituzionali, neppure sotto il profilo della configurazione della legge di "prima attuazione" come norma interposta. E ciò in

quanto la Costituzione non ha fissato per la maggior parte dei casi un termine perentorio per la propria “prima attuazione” e non ha voluto escludere che l’attuazione delle proprie disposizioni possa avere diversi svolgimenti, a seconda delle modalità secondo le quali il legislatore intende esercitare la propria discrezionalità. Né ha recepito a livello superiore il contenuto delle leggi di “prima attuazione” operandone una costituzionalizzazione, in quanto l’uso dell’aggettivo “prima” implica in ogni caso l’astratta possibilità che ad essa segua una “seconda” o una “terza” e così via.

Tuttavia la Costituzione ha implicitamente subordinato la propria normatività all’evento “prima attuazione”, che, come si è visto, è unico ed irripetibile. Onde senza questo evento mancherebbe alle norme costituzionali la normatività necessaria a costituire parametro per poter valutare la costituzionalità di norme successive, che dovessero in realtà mirare all’estinzione dell’efficacia delle norme di “prima attuazione” ed alla “disattivazione” delle relative norme della Costituzione.

Se è vero che senza la “prima” attuazione non vi sarebbe neppure “mancata attuazione” o “cattiva attuazione” della Costituzione, ma solo inadempimento di un obbligo del legislatore, che finirebbe per non consentire la giuridica efficacia delle relative norme costituzionali, ne risulterebbe una conferma della tesi che le norme costituzionali si caratterizzerebbero per il fatto di perdere ogni validità nel caso in cui si dovessero rivelare inefficaci, nel caso, cioè, in cui dovessero essere prive della necessaria attuazione.

Tra leggi di “prima” attuazione e leggi di attuazione, quindi, non sussisterebbe una relazione di sovra-sottordinazione, visto che le seconde avrebbero solo capacità derogatoria dalle prime. Ma le prime non potrebbero mai sparire del tutto dall’ordinamento, pena il venir meno della validità-efficacia delle norme costituzionali che le giustificano, e sarebbero, quindi, dotate di una resistenza passiva alla c.d. abrogazione eliminativa assai più forte rispetto a quella delle seconde. A loro volta le leggi di attuazione potrebbero derogare, modificare, parzialmente abrogare le leggi di “prima” attuazione, senza mai tuttavia provocarne la sparizione dall’ordinamento o la radicale perdita di efficacia, altrimenti finirebbero per incidere sull’efficacia delle norme costituzionali attuate. Per riprendere il banale esempio fatto precedentemente, senza che l’auto sia stata messa in moto, l’uso del cambio di velocità perderebbe ogni significato, così come non potrebbe mai il mero cambio della marcia determinare lo spegnersi del motore. Sotto quest’angolo visuale, legge

ordinaria e *referendum* abrogativo risulterebbero posti sullo stesso piano, onde alla legge ordinaria non sarebbe consentito incidere sulle leggi costituzionalmente necessarie negli stessi termini in cui al *referendum* non sarebbe consentito – secondo la giurisprudenza della Corte – operare.

Risulta evidente come il rapporto tra leggi costituzionalmente necessarie, in quanto di “prima” attuazione di norme costituzionali e leggi successive incidenti sull’attuazione delle medesime norme costituzionali, ci riporta al problema più generale della ricostruzione del fenomeno abrogativo e dei suoi effetti, onde non potrebbe distinguersi in astratto tra norma, che abroga, e norma, che deroga, potendo al limite la stessa evenienza della compresenza di due norme successive nel tempo, ora, determinare un’abrogazione in senso tecnico (cioè una radicale perdita di efficacia) della norma precedente, ora una mera deroga da parte delle norme successive alle norme precedenti, che vedrebbe così riprendere tutta la propria forza espansiva, ove si dovesse procedere all’abrogazione della norma derogatoria. L’esecuzione delle norme costituzionali, quando si configura come “prima attuazione” della stessa, è suscettibile di “deroga e non di quella che viene comunemente chiamata “abrogazione”. Ogni modifica (e, quindi, ogni abrogazione) della legge di “prima” attuazione si configurerebbe secondo lo schema che è stato detto dell’ “abrogazione derogatoria”.

L’abrogazione delle leggi di “prima” attuazione può configurarsi, quindi, o come abrogazione parziale, o come abrogazione totale per nuova regolamentazione dell’intera materia o, infine, come eliminazione radicale della stessa legge attuativa della Costituzione. L’ultima eventualità, come si è più volte accennato, non può verificarsi né in astratto né in concreto, in quanto tutti gli operatori sarebbero autorizzati a continuare a dare applicazione alla legge di “prima” attuazione nel testo vigente al momento dell’abrogazione totale dell’ultima legge di attuazione. La legge abrogativa produrrebbe, bensì, il proprio effetto, ma finirebbe per essere, in certo qual senso, parificata ad un atto nullo-inesistente, in quanto, rivivendo la legislazione precedentemente vigente, non riuscirebbe a determinarne l’effetto estintivo della legge di “prima attuazione”; così come nulla-inesistente sarebbe una legge ordinaria, che pretendesse di modificare direttamente il testo della Costituzione (del resto, impedire la concreta operatività delle disposizioni riguardanti organi e istituti essenziali al funzionamento del sistema non sarebbe, in fondo, la stessa cosa che modificare il testo della Costituzione?). Analogamente sarebbe inammissibile una

richiesta di *referendum* abrogativo diretta ad ottenere gli stessi effetti.

Nel caso, invece, di abrogazione parziale della legge di “prima” attuazione o per sottrazione o per aggiunta o per modificazione, sarebbero bensì ammissibili e, quindi, efficaci tutte le leggi che, volendo ulteriormente incidere sulle leggi di “prima” attuazione e sulle eventuali modificazioni da esse subite, operino, tuttavia, nel senso che le norme costituzionali relative ad organi o istituti necessari al sistema possano continuare ad avere concreta attuazione conformemente ai principi fondamentali del sistema stesso. Ove, però, l’incisione sia tale da inceppare l’attuazione della Costituzione e determinarne l’inoperatività di organi o istituti essenziali, gli interpreti sarebbero autorizzati a dare applicazione all’ultimo testo vigente delle leggi di “prima” attuazione e ad operare in modo che il sistema costituzionale possa continuare a funzionare. La Corte, in sede di giudizio di ammissibilità di un eventuale *referendum* abrogativo, che tendesse ad incidere più o meno parzialmente sul testo della legge di “prima” attuazione, quale risultante dalle eventuali modifiche ad essa arretrate nel tempo, dovrebbe valutare l’ammissibilità del *referendum* stesso, non ammettendo la relativa proposta solo quando la stessa non sia formulata in modo che sia chiara la riespansione del testo precedentemente vigente della legge di “prima” attuazione. In quest’ultimo caso, infatti, l’inammissibilità del quesito deriverebbe non soltanto per il fatto che esso sarebbe diretto ad abrogare una legge costituzionalmente necessaria, ma anche perché ad esso mancherebbe il carattere dell’omogeneità e della chiarezza.

6. E’ quasi impossibile prefigurarsi tutte le eventualità che possono determinarsi nel concreto svolgersi della realtà, che – come la storia dimostra – supera sempre ogni umana capacità di previsione e di immaginazione; tuttavia l’esame delle singole fattispecie concrete da parte del giudice di costituzionalità e da parte degli altri operatori del diritto sarà agevolato dal fatto che, nella maggior parte dei casi, abrogazione parziale e deroga si confondono, sicchè ogni parziale abrogazione (anche quella per sostituzione) della legge di “prima” attuazione si configurerà *quoad effectus* come deroga, la cui eventuale eliminazione consentirà alla norma precedentemente derogata (o abrogata, qui poco importa) di riprendere integralmente la propria efficacia. Poco servirebbe replicare che tra deroga e abrogazione corre una profonda differenza quanto agli effetti. L’effetto derogatorio e quello c.d. abrogativo – come insegnavano gli antichi giuristi - si

confondono fra loro, in quanto non sono determinabili preventivamente ed in astratto, ma vanno riguardati al momento stesso in cui deve farsi applicazione di una norma alla fattispecie concreta, sicchè ogni ritenuta abrogazione in null'altro si risolve che in una deroga ed ogni deroga null'altro è che abrogazione di una norma potenzialmente applicabile ad una fattispecie concreta ed applicazione in sua vece di un'altra norma.

Quanto poi all'abrogazione per nuova regolazione dell'intera materia, poiché essa opera - a seconda dei casi e dell'interpretazione da dare alle disposizioni precedentemente vigenti, nonché a quelle della nuova legge - ora, alla stregua di un'abrogazione tacita, ora, alla stregua di un'abrogazione espressa, ora, facendo *tabula rasa* della precedente normazione, ora, invece, determinandone il parziale mantenimento in vigore; la nuova legge regolativa della materia "attuazione della Costituzione" non potrà mai, come si è visto, rientrare tra quelle di "prima" attuazione, dovendosi quest'ultima qualifica riservare solo alla legge precedente. Onde tutte le vicende, che dovessero riguardare l'efficacia di quest'ultima, non potrebbero mai determinarne la scomparsa dall'ordinamento; la nuova legge di attuazione (non essendo paragonabile a quella di "prima" attuazione, quanto ad efficacia e ad inestricabile collegamento con le corrispondenti norme costituzionali) non potrebbe che configurarsi nel suo complesso come derogatoria della prima disciplina. E come tale dovrebbe essere interpretata dagli operatori del diritto: produttiva di effetti sinchè se ne possa predicare la funzione attuativa della Costituzione, salvo che, perdendo essa tale funzione (ad es., per abrogazione), sarebbe sempre la legge di "prima" attuazione a riespandere in pieno la propria efficacia. Corrispondentemente un *referendum* abrogativo della nuova legge, implicante una nuova e diversa attuazione della normativa costituzionale, sarebbe bensì ammissibile, purchè la relativa proposta sia formulata in modo chiaro ed univoco, nel senso appunto che suo imprescindibile ed unico presupposto sia la "reviviscenza" (*rectius*: riespansione) della legge di "prima" attuazione nell'ultimo testo vigente o, in altri termini, della legge di attuazione successiva alla prima legge attuativa, ma in ogni caso vigente precedentemente a quella di cui si chiede l'abrogazione.

Quest'ultima ricostruzione, così come quella relativa all'ipotesi di abrogazione pura e semplice della legge di attuazione, che abbia sostituito la legge di "prima" attuazione, troverebbe conferma, ammettendosi, in via generale, la "reviviscenza" delle norme preabrogate nell'ipotesi di

abrogazione delle norme abrogative. La soluzione positiva di tale questione, che non trova né in dottrina né in giurisprudenza un consenso prevalente ed ormai consolidato, incontra per la verità numerose obiezioni, più o meno superabili.

Superabile è quella basata sul fatto che una legge (o un *referendum*) di mera abrogazione espressa potrebbe comportare solo effetti ablatori e non innovativi dell'ordinamento, in quanto – a parte che ogni effetto ablatorio si traduce, nel sistema normativo, in effetto innovativo dello stesso - va considerato che gli eventuali effetti innovativi eccedono l'effetto principale ablativo, come avverrebbe nel caso di abrogazione di una disposizione espressiva di un principio generale, che poi dovesse trovare applicazione in altre disposizioni sparse qua e là nelle leggi, disposizioni che dovrebbero ritenersi implicitamente abrogate dalla legge o dal *referendum*, anche se il distratto legislatore o il quesito referendario non ne avessero tenuto conto.

Né convince quella basata sul fatto che la pura e semplice abrogazione della legge abrogativa nulla direbbe (nell'ipotesi di una legge) o potrebbe dire (nell'ipotesi di un *referendum*) sulla normativa, che dovrebbe trovare applicazione, visto che scopo di una disposizione meramente abrogativa di una norma contenente l'abrogazione di una precedente disciplina “non può essere altro che quello di richiamare in vita la norma già abrogata”. Del resto questo scopo inequivocabile è ricavabile anche da tutte le abrogazioni di leggi abrogative per nuova regolazione della materia, vista l'assimilabilità di queste ipotesi all'abrogazione espressa, o di disposizioni integralmente ed espressamente sostitutive di disposizioni precedentemente vigenti.

Quanto poi all'idea che l'abrogazione di una disposizione abrogatrice si limiterebbe ad imporre al legislatore il mero obbligo di provvedere a colmare il vuoto legislativo determinatosi, occorre considerare che appare assai discutibile che scopo di un'abrogazione sia quello di determinare un vuoto normativo colmabile solo con il ricorso all'analogia o ai principi generali.

Né è possibile postulare che la reviviscenza delle disposizioni espressamente preabrogate dall'abrogata disposizione abrogatrice avrebbe l'effetto radicale di una ripresa di efficacia *ex tunc* delle disposizioni precedentemente vigenti, con conseguente eliminazione radicale e retroattiva della disposizione abrogatrice espressamente abrogata. Infatti, ognuno degli effetti abrogativi, che in casi di questo genere si verificherebbero nel tempo, opererebbe *ex nunc*, onde non si avrebbe nessuna efficacia

retroattiva e gli effetti della reviviscenza sarebbero quelli normali della successione delle leggi nel tempo.

Anche le specifiche obiezioni formulate in ordine all'eventuale reviviscenza di disposizioni abrogate da leggi abrogative, di cui si chiede l'abrogazione con mezzi diversi dalla legge ordinaria, come il *referendum*, possono essere superate. Non convince quella dedotta dall'interferenza tra reviviscenza ed eventuale sopravvenienza, nel corso di un procedimento referendario, di una legge abrogatrice della disposizione abrogante, sulla quale il *referendum* è stato richiesto, in quanto il paradosso sistematico ipotizzato non si produrrebbe. Né insuperabile appare quella fondata sull'art. 37 legge n. 352 del 1970, a norma del quale "l'abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto [del Presidente della Repubblica dichiarativo dell'avvenuta abrogazione della legge] nella Gazzetta Ufficiale. Il Presidente della Repubblica nel decreto stesso, su proposta del Ministro interessato, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, può ritardare l'entrata in vigore dell'abrogazione per un termine non superiore a 60 giorni dalla data di pubblicazione". Tale disposizione si riferisce solo al *dies a quo* della produzione degli effetti dell'abrogazione referendaria e non disciplina (né intendeva disciplinare) l'incidenza di tali effetti; sicchè voler ricavare dalla mera possibilità di differimento degli effetti un obbligo del Parlamento di provvedere a colmare la lacuna eventualmente verificatasi, obbligo che presupporrebbe che la norma preabrogata dalla norma abrogatrice, successivamente cassata con *referendum*, sia ormai venuta meno e piombata in una sorta di "inesistente" giuridico, appare francamente esagerato.

Del resto è possibile verificare l'ipotesi ricostruttiva prospettata nella considerazione di tre casi di legislazione di "prima" attuazione, che nessuna legge successiva potrebbe far venir meno, casi nei quali l'ampiezza e la profondità dei fenomeni abrogativi dovrebbe essere sempre determinata dall'interprete, che, a sua volta, dovrebbe interpretare il sistema normativo sempre alla luce del principio che la concreta operatività delle norme costituzionali non dovrebbe in ogni caso andare persa.

Il primo caso è costituito dalla legge n. 87 del 1953, che, in quanto legge di "prima" attuazione, consente che il supremo organo di garanzia della conformità dell'azione dei pubblici poteri alla Costituzione possa sempre funzionare. Su questa legge non potrebbe mai operare un'abrogazione che ne determini

l'inoperatività ed anche l'eventuale sua integrale sostituzione, se soggetta, poi, ad abrogazione, non potrebbe determinare – come, invece, determinerebbe se non se ne ammettesse la “reviviscenza” – la sostanziale paralisi dell'organo “Corte costituzionale” e, quindi, l'impossibilità per quest'ultimo di sindacare l'incostituzionalità della normativa di risulta, che in questo caso potrebbe risolversi in una vera e propria omissione legislativa (in alternativa dovrebbe sperimentare l'ipotesi di fare applicazione del co. 2 della VII disposizione transitoria della Costituzione).

Il secondo caso potrebbe identificarsi nella legge n. 400 del 1988. Questa legge, pur attuativa dell'art. 95 Cost., non potrebbe considerarsi legge di “prima” attuazione, in quanto la “prima” attuazione delle norme costituzionali sul Governo è conseguita alle disposizioni vigenti prima dell'entrata in vigore della Costituzione e che, a norma della XVI disposizione transitoria, hanno consentito il funzionamento dell'organo costituzionale Governo e dell'intero Esecutivo nelle loro articolazioni. Sicchè un'abrogazione *en bloc* della legge n. 400 del 1988, senza l'approvazione di una normativa che la sostituisca, non farebbe altro che far “rivivere” quelle norme precostituzionali.

Infine va considerato il caso delle leggi elettorali. Qui la normativa di “prima” attuazione può considerarsi, per la Camera dei deputati, la legge 5 febbraio 1948, n. 25, che contiene la legge principale, dalla quale è stato tratto il d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, recante il testo unico delle leggi per l'elezione della Camera, e, per il Senato della Repubblica, la legge 6 febbraio 1948, n. 29. Il sistema previsto da queste leggi, che peraltro hanno subito nel tempo numerose modifiche di dettaglio, è restato inalterato fino al 1993, quando, in seguito agli esiti del *referendum* popolare abrogativo, relativo a parte della legge 6 febbraio 1948, n. 29, veniva introdotto un sistema basato su collegi uninominali, da assegnare secondo la regola *first past the post*, e su un limitato numero di seggi, da assegnare secondo il sistema proporzionale. Le norme relative a tale nuovo sistema, denominato “*mattarellum*”, sarebbero state contenute, per il Senato, nel d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, e per la Camera nella legge 4 agosto 1993, n. 277.

Ma il c.d. “*mattarellum*” avrebbe avuto vita breve, in quanto la legge 21 dicembre 2005, n. 270, avrebbe introdotto tanto per la Camera che per il Senato un ulteriore diverso sistema, denominato sulla base di quanto dichiarato alla stampa dal suo stesso proponente “*porcellum*”, per i discutibili (si fa per dire!) effetti cui avrebbe potuto dar luogo (effetti che anche la Corte

non avrebbe mancato di stigmatizzare nella sentenza n. 15 del 2008).

Ora, anche nella sua forma esteriore, quest'ultima legge si configura come parziale modificazione del d.P.R. n. 361 del 1957 (che, come si è visto, è stato formato principalmente in base alla legge di "prima" attuazione della Costituzione n. 25 del 1948) e del d.lgs. n. 533 del 1993 (che è, invece, semplice legge di attuazione costituzionale) e si configurerebbe come meramente derogatoria della normativa modificata, non soltanto perché legge di semplice attuazione costituzionale, successiva rispetto all'attuazione precedentemente vigente, ma anche perché, in base ai principi generali per i quali la parziale modificazione difficilmente sarebbe distinguibile dalla deroga e *quoad modum operandi* e *quoad effectum*. Conseguentemente una abrogazione totale del c.d. "*porcellum*" farebbe certamente "rivivere" il "*mattarellum*" quale disegnato dall'ultima vigente formulazione del d.P.R. n. 361 del 1957 e dal d.lgs. n. 533 del 1993, consentendone la riespansione dell'efficacia. Ed anche un *referendum* abrogativo diretto a far venir meno nella sua integralità il c.d. "*porcellum*" dovrebbe ritenersi, malgrado le conclusioni apparentemente in senso contrario della Corte costituzionale (sent. n. 15 e n. 16 del 2008), ammissibile.

La Corte ha correttamente affermato che: "Le leggi elettorali appartengono alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, la cui esistenza e vigenza è indispensabile per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali della Repubblica. In coerenza a tale principio generale, questa Corte ha posto in rilievo le caratteristiche proprie della materia elettorale, con riferimento in particolare all'esigenza di poter disporre, in ogni tempo, di una normativa operante".

E tale normativa non può esser data, come si è cercato di dimostrare soprattutto per quanto riguarda l'esistenza ed il funzionamento della stessa Corte costituzionale, che dalla normativa di "prima" attuazione, rispetto alla quale tutta la normativa successiva si configurerebbe come derogatoria. Importante è, quindi, come sottolineato dalla stessa Corte, che il quesito referendario sia omogeneo e riconducibile ad una materia razionalmente unitaria, sicché l'auspicata "reviviscenza" della normativa preabrogata (nel caso da ultimo esaminato il c.d. "*porcellum*"), come effetto di un eventuale esito positivo del *referendum*, dovrebbe risultare dal modo stesso in cui è formulato il quesito referendario.

Da questo angolo visuale appare, per un verso, errata l'assolutezza, con cui la Corte afferma che i *referendum* abrogativi concernenti le leggi elettorali "non possono avere ad oggetto una legge elettorale nella sua interezza" e, per altro verso, interessante la prospettiva, che si apre alle iniziative referendarie. Queste ultime vedrebbero ampliarsi il campo, nel quale possono esercitarsi, e nello stesso tempo il *favor* referendario avrebbe modo di esplicare tutta la sua potenzialità.

Né appare possibile obiettare che in tal modo il *referendum* perderebbe la sua natura di fonte a valenza puramente negativa o "unidirezionale", in quanto la "reviviscenza" della normativa vigente precedentemente a quella abrogata, nel caso delle leggi costituzionalmente necessarie, conseguirebbe automaticamente all'ablazione di disposizioni derivante dal *referendum* stesso, essendo, per così dire, un effetto implicito di quest'ultimo.

Del resto, la stessa Corte, nel momento in cui ha ammesso un uso manipolativo del *referendum*, consentendo addirittura che possano essere eliminati lemmi privi di un proprio autonomo contenuto dispositivo, ha ammesso – ed in ciò non ha mancato di incorrere nelle giuste critiche della dottrina – un uso del *referendum* come strumento di formazione in positivo di disposizioni normative, come fonte, cioè, non solo ablatoria, ma anche creativa di norme nuove, purchè risultanti da mere operazioni di ritaglio.

Le conseguenze del ragionamento della Corte sarebbero costituite, per un verso, dall'incoraggiamento al legislatore a formulare leggi di attuazione insuscettibili di ritagli, con ciò defraudando il popolo del diritto di esprimersi sulle leggi elettorali, e per altro verso, dalla legittimazione di operazioni, come quella avviata con la richiesta di *referendum* popolare (pubblicata in Gazzetta Ufficiale nell'ottobre 2006), che, dichiarando di voler eliminare il c.d. "*porcellum*" (e, forse, turlupinando dietro questo schermo l'opinione pubblica), avrebbero finito per esaltarne gli aspetti di dubbia costituzionalità, creando una legge elettorale aberrante, ben peggiore della c.d. legge Acerbo, anticamera per avventure pericolosissime per il mantenimento del carattere "democratico" della nostra Repubblica.