

ABROGAZIONE DI NORME E RAZIONALITÀ DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

di *Raffaele Manfredi*^{*}

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'evoluzione sociale come fondamento logico dell'abrogazione. - 3. Il fondamento dell'abrogazione come problema al di fuori del diritto costituzionale positivo. - 4. Abrogazione espressa e istanze di certezza del diritto. - 5. L'abrogazione tacita e la nuova regolamentazione dell'intera materia nell'attualità dell'ordinamento. - 6. I presupposti e gli effetti dell'abrogazione. - 7. Casi particolari di abrogazione.

The work analyses the abrogation in Italian legal order. It proposes a study about classical categories concerning with some new apparentnesses of phenomenon. The doctrinal reconstruction is completed with examples token from the praxis of Italian legal system.

^{*} Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università di Foggia.

1. Premessa.

L'eccessivo numero di atti legislativi in vigore nel nostro sistema è un problema che è stato segnalato da tempo sia nelle sedi di applicazione del diritto, sia al livello politico. L'istanza di "disboscare" questa selva selvaggia di norme si è, da qualche anno, concretata in provvedimenti di abrogazione generalizzata, finalizzati a razionalizzare l'ordinamento attraverso l'eliminazione sistematica di norme percepite come inutili; nel linguaggio comune tali provvedimenti sono stati a buon diritto conosciuti come deleghe "taglialeggi".

L'operazione si basa sulla presunzione di inutilità di atti normativi particolarmente datati (anteriori al 1970), presunzione *juris tantum* perché il Governo ha facoltà di "salvare" singoli atti individuandoli espressamente prima del determinarsi dell'effetto abrogativo generalizzato. Essa ha consentito l'abrogazione di norme effettivamente scarsamente funzionali nella realtà contemporanea, quali quella sulla disciplina dei treni in ritardo (del 1899) o sull'impiego dei colombi viaggiatori (del 1928). Disgraziatamente, l'intervento abrogativo indiscriminato ha coinvolto altresì provvedimenti della cui inutilità appare lecito dubitare.

Sono state, ad esempio, abrogate le leggi istitutive di 79 Comuni. Ora, il accorpamento dei Comuni italiani è un intervento normativo che va probabilmente salutato con favore sia nella prospettiva di riordinare il governo del territorio sia in quella di ridurre le spese legate alla gestione della cosa pubblica; tuttavia si ha qualche riserva a che ciò avvenga con un tratto di penna, indipendentemente da qualsivoglia partecipazione dei Comuni interessati, che pure l'autonomia costituzionalmente riconosciuta a tali soggetti avrebbe consigliato, ma altresì indipendentemente da una stessa precisa volontà riformatrice in tal senso, poiché l'abrogazione *de qua* è stato più l'effetto "collaterale" del ricorso all'abrogazione generalizzata che il risultato di una consapevole politica in tal senso.

L'operazione "taglia leggi", ha, altresì, abrogato leggi istitutive di enti quali la Camera dei Fasci e delle Corporazioni e la Corte dei Conti; il che non può non lasciare perplessi, considerando che, nel primo caso, l'abrogazione era probabilmente già stata compiuta dall'entrata in vigore della stessa Carta costituzionale (o, forse, addirittura prima, con i decreti luogotenenziali del 1943 e del 1944), nel secondo si è abrogato una legge necessaria per il funzionamento di un organo costituzionalmente previsto e, pertanto, "costituzionalmente necessaria", la cui abrogazione per legge non può non incontrare il limite del residuo di una normativa tale da consentire il funzionamento dell'organo (escludendo dunque la mera abrogazione totale) secondo quanto rilevato dalla Corte a proposito dell'abrogazione referendaria di tali provvedimenti¹.

Tra gli enti abrogati figura, altresì, il Tribunale per i minorenni, che non vanta la tutela costituzionale riconosciuta alla Corte dei Conti ma la cui abrogazione deve, tuttavia, ritenersi parimenti inopportuna alla luce del comune sentire sociale.

¹ Cfr. C. cost., sent. n. 16 del 1978.

In ambito penale questo non è, tra l'altro, l'unico profilo di criticità a cui ha dato luogo l'intervento "taglialeggi". È stata infatti abrogata la legge abolitrice della pena di morte, il che non ha probabilmente effetti giuridici di una qualche rilevanza ma ha lasciato perplessi in ragione del valore simbolico di tale provvedimento. Parimenti, è stata abrogata la repressione penale dell'adulterazione e della vendita di cibo avariato.

Molti di questi interventi sono stati poi corretti da interventi normativi puntuali, tuttavia la vicenda rappresenta un'occasione interessante per riflettere sul significato del fenomeno abrogativo sotteso alla vicenda (che, si anticipa, trascende il piano meramente fenomenico per assurgere al ruolo di autonomo strumento di politica del diritto) e sulle modalità con cui essa è stata portata a termine, nell'ambito di una più generale riflessione tesa a verificare ciò che è vivo e ciò che è morto nella ricostruzione tradizionale dell'abrogazione.

2. L'evoluzione sociale come fondamento logico dell'abrogazione.

L'abrogazione è un fenomeno che si connette all'esigenza di rinnovamento dell'ordinamento giuridico. Sicché, essa non opera che alle condizioni, e nei limiti, in cui l'ordinamento stesso avverte tale esigenza². Questa constatazione, in sé poco originale, consente tuttavia di collegare il fenomeno abrogativo al grado di penetrazione delle istanze sociali al rinnovamento nei centri di produzione del diritto oggettivo.

Nelle società caratterizzate da un elevato immobilismo economico e sociale, tale penetrazione è, ovviamente, assai superficiale: la regola, quale strumento di risoluzione dei conflitti interni ad una società tendenzialmente statica, tende a persistere, potendo essere legittimamente modificata o sostituita soltanto in forma espressa e, comunque, in casi abbastanza rari. L'abrogazione è dunque, in questo caso, circondata da garanzie e condizioni tali da renderla eccezionale, all'interno di un sistema giuridico che si legittima in ragione della sua continuità con il passato. Viceversa, nelle società più dinamiche, in cui la circolazione delle risorse economiche è più frequente e, dunque, in cui la fluidità dei rapporti sociali è sensibilmente maggiore, si registra una maggiore esigenza di ricambio delle norme legittimamente poste. Tale esigenza si traduce, sul piano normativo, nella pluralizzazione dei centri di produzione giuridica, ossia delle fonti del diritto oggettivo³, che pone il problema di coordinare le diverse statuizioni succedentisi nel tempo.

A seconda della complessità sociale che esso disciplina, ciascun ordinamento definisce dunque i criteri di avvicendamento delle norme, e li definisce in misura variabile man mano che si contrae o si dilata la flessibilità socio-economica dei soggetti di diritto.

² G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, I, Firenze, 1871, pp. 489 ss.

³ Metafora che esprime con la sua stessa terminologia l'inesauribilità della produzione normativa (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova, 1993, pp. 4 ss.), al punto che, come è noto, un'antica dottrina (P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, tr. it., Milano, 2007, pp. 9 ss.) ravvisava proprio nella capacità innovativa l'elemento caratterizzante delle fonti normative.

Si pensi all'esperienza giuridica romana, che al riguardo è esemplare. L'immobilismo di una società prevalentemente agricola espresse, sul piano giuridico, un sistema di regole percepite come fisse (lo *jus civile vetus*), cui si affiancò un ordinamento assai più flessibile e cangiante (lo *jus honorarium*) man mano che la *civitas* si apriva agli scambi commerciali; la crisi tardoimperiale e la sclerosi sociale ed economica che ne seguì⁴ condusse alla codificazione di un sistema giuridico poco mutevole da parte di Teodosio e, soprattutto, di Giustiniano.

In tempi a noi più vicini, nel nostro Paese l'affermazione della tendenziale immodificabilità dei valori fondamentali dell'ordinamento che sottende all'entrata in vigore della Costituzione rigida nel secondo dopoguerra è stata messa in discussione dal massiccio ricorso alla legislazione costituzionale, che nel sistema del 1948 era una misura eccezionale di adeguamento circoscritto della disciplina della Carta fondamentale al contesto politico, quando il consenso sociale relativo a tali valori è divenuto meno stabile, instaurando, di fatto, un ordinamento con caratteristiche parzialmente diverse⁵.

Se, dunque, l'evoluzione della società e la sua tendenza al cambiamento condizionano la capacità dell'ordinamento di integrare se stesso, il fenomeno dell'abrogazione non può considerarsi in astratto, ma è storicamente condizionato dal carattere statico o dinamico⁶ della società civile.

Nell'attuale momento storico, nel quale il pluralismo degli interessi sociali ha moltiplicato i centri di produzione giuridica e gli ambiti materiali interessati dalla produzione, il fenomeno dell'abrogazione assolve ad un ulteriore compito: la semplificazione normativa. L'abrogazione risponde, in altri termini, all'esigenza di togliere dall'ordinamento "il troppo e 'l vano" non meno che a quella di garantire l'adeguamento della disciplina al mutare della società civile. Si può anche dire che l'abrogazione è un fenomeno che si spiega non soltanto sulla base dell'esigenza concreta di rispondenza dell'ordinamento ai bisogni della società civile, ma, altresì, di riconduzione dell'ordinamento stesso a sistema, determinandone l'unità attraverso l'eliminazione delle antinomie ma, altresì, delle superfetazioni o delle previsioni assistematiche⁷. Questa è la prospettiva di studio del fenomeno in esame nell'ambito del presente lavoro.

⁴ E. GIBBON, *Declino e caduta dell'Impero Romano*, tr. it., Milano, 2009, pp. 267 ss.

⁵ Per qualche ulteriore considerazione sul punto, R. MANFRELLOTTI, *Costituzione materiale e revisione della Costituzione: brevi considerazioni sulla flessibilità costituzionale in rapporto al sistema maggioritario nel vigente sistema costituzionale*, in *Rappresentanza politica e legge elettorale*, a cura di C. DE FIORES, Torino, 2007, pp. 253

⁶ Occorre precisare che, nel presente lavoro, i due termini non vogliono avere in assoluto alcuna accezione positiva o negativa, ed esprimono soltanto la tendenza al cambiamento (che sarà desiderabile o meno a seconda dei casi: per tornare agli esempi fatti nel testo, appare desiderabile una condizione sociale di dinamicità legata allo scambio delle risorse economiche, ma non alla percezione dei valori supremi dell'ordinamento costituzionale).

⁷ Non può infatti aderirsi all'opinione (di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, pp. 182 ss.) per la quale sarebbe concepibile un ordinamento giuridico irriducibile a sistema, non solo perché un tale concetto sembra una contraddizione in termini (l'ordinamento presuppone, evidentemente, un

3. Il fondamento dell'abrogazione come problema al di fuori del diritto costituzionale positivo.

Sul piano ontologico, l'abrogazione è tradizionalmente configurata come una causa di cessazione della vigenza delle norme⁸. Essa è l'effetto dell'applicazione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, che come accennato discende dalle diverse conseguenze giuridiche che l'ordinamento, a partire da un determinato momento storico, connette ad una determinata fattispecie in precedenza disciplinata.

Se questa acquisizione può considerarsi pacifica, spostando il discorso dalla teoria generale al diritto positivo il problema del fondamento giuridico dell'abrogazione, vale a dire la giustificazione giuridica per la quale una norma successiva possa determinare la cessazione della vigenza di una norma precedentemente posta, appare assai più controverso.

Nel sistema giuridico italiano l'unica norma che si propone una disciplina compiuta dell'abrogazione quanto ai presupposti e quanto agli effetti è, come noto, l'art. 15 disp. prel. c.c.; ma tale norma, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e la consequenziale introduzione di nuovi criteri di risoluzione delle antinomie, ha perso molto del suo valore precettivo⁹. Non appare dunque fruttuoso rivolgersi ad essa ai fini della soluzione del problema dommatico che ci si è posti.

In verità, la Carta del 1948 non disciplina l'abrogazione, se non per profili specifici legati ad aspetti peculiari (si confronti l'art. 75 Cost.). Essa tuttavia la presuppone in numerose norme, a cominciare da quelle che configurano l'attività normativa come funzione e, pertanto, tendenzialmente inesauribile, suscettibile di indefinite manifestazioni (come ad esempio nell'art. 70 e nell'art. 138 Cost.). Sicché, i tentativi degli studiosi di giustificare l'abrogazione hanno dovuto necessariamente prescindere dal dato normativo, giungendo ad elaborazioni teoriche assai raffinate (quali la teoria della clausola risolutiva che sarebbe implicita in ciascuna fonte¹⁰) le quali però, per loro natura, si pongono sul piano della teoria generale del diritto e risultano, sul piano del diritto positivo, indimostrabili. L'unico punto fermo che è possibile trarre dalla disciplina costituzionale è la volontà del Costituente di diminuire il grado di flessibilità dell'ordinamento relativamente al ricambio normativo di determinati profili di alcune materie, i quali sono presi in considerazione direttamente dalla Costituzione e non possono essere modificati che con la macchinosa procedura *ex art. 138 Cost.* Anzi, si è accennato che per taluni aspetti della disciplina costituzionale l'abrogazione è affatto esclusa, essendo vietata esplicitamente (art. 139) o implicitamente (sent. n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale) qualsivoglia ricambio normativo. Alla luce di quanto

“ordine”, *ergo* un sistema), ma altresì perché ciò lederebbe l'esigenza di certezza del diritto che è ragione d'essere dello stesso fenomeno giuridico.

⁸ Per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1 (le fonti normative)*, cit., pp. 219 ss.

⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1 (le fonti normative)*, cit., pp. 215 ss.

¹⁰ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964 (rist.), pp. 63 ss., ripresa in tempi più recenti da F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 2.

detto nel paragrafo precedente, si può affermare che l'ordinamento non intende, per questi profili, adeguarsi all'eventuale evoluzione della società, ma esprimere una decisione politica precisa nel senso di cristallizzarla in determinati valori percepiti come immutabili¹¹.

Per chi non voglia abbandonare i confini dello *jus positum* l'abrogazione rappresenta dunque un dato di fatto, un fenomeno connaturato alla realtà di un ordinamento giuridico vivo, impossibile da studiare con gli strumenti scientifici a sua disposizione non meno di quanto sia per il biologo l'indagine sulle cause della vita organica. L'effetto abrogativo è un corollario della costruzione di una determinata funzione pubblica come inesauribile: se non vi fosse abrogazione, la funzione si consumerebbe dopo il suo primo esercizio e non sarebbe una funzione¹². Posta l'inesauribilità della funzione di produzione normativa, l'abrogazione della norma precedente è la delimitazione temporale della sfera di applicazione di tale norma necessaria per conservare l'unità logica dell'ordinamento, il quale non può tollerare al proprio interno il permanere delle antinomie che fisiologicamente si producono in ragione del suo adeguarsi alla realtà sociale¹³. Tuttavia, andare oltre questa mera constatazione logica significherebbe addentrarsi in ricostruzioni teoriche che sono compito dei filosofi e degli studiosi di teoria generale. In altri termini, in assenza di dati positivi sufficienti il fondamento dell'abrogazione non è un problema di diritto costituzionale; il giurista positivo non può che constatarne l'esistenza e "stare quieto al quia", astenendosi da ipotesi che spettano ai cultori di altre discipline.

4. Abrogazione espressa e istanze di certezza del diritto

Sul piano fenomenologico, l'art. 15 disp. prel. c.c. conserva la sua valenza descrittiva riferendosi a tre possibili modalità di abrogazione: la dichiarazione espressa dell'avvenuta abrogazione da parte della stessa norma abrogante (abrogazione espressa), l'incompatibilità di nuove disposizioni con altre precedentemente poste (abrogazione tacita), la nuova regolazione dell'intera materia.

Il primo caso è senz'altro quello più coerente con la prospettiva di coniugare l'esigenza di logicità dell'ordinamento con la certezza del diritto: l'abrogazione espressa non lascia dubbi sulla vigenza delle norme. La crescente complessità degli ordinamenti giuridici, composti da migliaia di atti normativi che pongono discipline di carattere generale derogate per categorie specifiche o, talvolta, per casi individuali della medesima fattispecie, ha posto i giuristi di fronte alla necessità di temperare il principio *ignorantia legis non excusat* con l'obiettivo impossibile di conoscere tutte le norme che compongono il sistema¹⁴. In tale contesto, la circostanza che gli atti normativi indichino espressamente le norme che essi vanno a sostituire rappresenta un'esigenza

¹¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, tr. it., Milano, 1984, pp. 38 ss.

¹² S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 142 ss.

¹³ Si confronti, sul punto, F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 9 ss.

¹⁴ Cfr. C. cost., sent. n. 364 del 1988.

imprescindibile. La preferenza per l'abrogazione espressa è del resto affermata in maniera molto chiara in tutte le sedi deputate alla produzione del diritto¹⁵; anzi, l'abrogazione espressa è assurta al rango di vero e proprio strumento di politica legislativa tesa alla razionalità normativa nell'ambito delle "stagioni della semplificazione"¹⁶.

In verità, l'abrogazione espressa è effettivamente uno strumento utilissimo di semplificazione normativa, ma, appunto, solo uno strumento, incapace di risolvere i problemi legati alla chiarezza e alla coerenza dell'ordinamento giuridico ove svincolato da una precisa politica normativa in tal senso¹⁷. Non mancano infatti casi in cui l'obiettivo di certezza del diritto è stato parzialmente fallito in ragione del fatto che la norma abrogante era contenuta in una disposizione avente un ambito di applicazione affatto diverso, confondendo non poco l'interprete¹⁸; casi che stridono con altri in cui l'eccesso di zelo nell'esprimere le disposizioni oggetto di abrogazione ha rasentato il grottesco (si pensi all'affermata necessità di abrogare espressamente la legge istitutiva della Camera dei Fasci e delle Corporazioni a più di sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana¹⁹).

La preferenza per l'abrogazione espressa si concreta oggi in una prassi assai diffusa all'interno dei provvedimenti legislativi "di sistema", tesi cioè a dare una disciplina organica ad una determinata materia (lo Statuto del contribuente, numerosi testi unici, e così via²⁰). Si tratta della previsione, contenuta in tali provvedimenti, dell'impossibilità di una loro modifica se non attraverso un'esplicita dichiarazione in tal senso da parte

¹⁵ Si confronti l'accordo interistituzionale comunitario del 22 dicembre 1998 (*Legiferare meglio*), tradotto in numerosi atti interni di indirizzo.

La questione si inserisce nella più generale politica comunitaria di peculiare attenzione alla qualità della normazione, espressa in numerosi atti non vincolanti ma, altresì, in non poche pronunzie della Corte di Giustizia. La tematica appare tuttavia collaterale alla prospettiva del presente lavoro, e si rinvia perciò all'esame di A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2 del 2008.

¹⁶ Così il *Dossier: La semplificazione normativa* del Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato della Repubblica (XVI legislatura), giugno 2008. Le fasi sono rappresentate dalle delegificazioni della legge n. 59 del 1997 (I fase), dal consolidamento della normativa attraverso i testi unici della legge n. 50 del 1999, dal riordino perseguito tramite i codici di settore istituiti dalla legge n. 229 del 2003 e, infine, dall'abrogazione generalizzata delle leggi attraverso la legge n. 146 del 2005 (e i decreti n. 112 e 200 del 2008).

Sulle "fasi della semplificazione" si veda, altresì, N. LUPO, *Quando la legge si propone di semplificare ma, purtroppo, non ci riesce. A proposito della legge n. 245 del 2005 (legge di semplificazione 2005)*, in *Rass. Parl.*, 2006, pp. 274 ss.

¹⁷ Si confrontino le considerazioni di M. AINIS, *La legge oscura*, Roma – Bari, 1997, in part. pp. 48 ss.

¹⁸ L'art. 12 della legge n. 383 del 2001 ha disposto l'abrogazione di talune norme relative al trasferimento di docenti universitari in un articolo rubricato "*funzioni in materia di giochi, formazione e trasferimento ai comuni di beni immobili*".

¹⁹ Il decreto legge n. 200 del 2008 ha espressamente abrogato la legge del 1939 istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni, ritenuta ancora in vigore dal ministro per la semplificazione normativa...

²⁰ Confermando la natura "settoriale" di tali atti e la loro aspirazione a descrivere veri e propri sottosistemi normativi, distinti dalla legislazione "generale". Ampiamente, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 26 ss.

della norma successiva. Viene posta, in buona sostanza, una vera e propria riserva di abrogazione espressa. Il fenomeno va senz'altro condiviso nella sua *ratio* di certezza del diritto, particolarmente a proposito di atti normativi che dovrebbero rappresentare le colonne portanti della disciplina di una determinata materia. Vi sono, però, perplessità legate alla circostanza che tali vincoli al futuro legislatore sono contenuti in norme di legge, e anzi nelle stesse norme di legge che per ipotesi si intende abrogare. La questione è quella dell'efficacia degli autolimiti che si pone il legislatore, problema aperto già prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale²¹. Potrebbe, certamente, ipotizzarsi un arduo²² sindacato severo di ragionevolezza da parte della Corte sulla norma che abrogasse tacitamente disposizioni contenute in tali provvedimenti, ma il rimedio del giudizio davanti alla Corte solo per sanzionare la circostanza che il legislatore non abbia abrogato una data norma in maniera espressa coerentemente con quanto si era impegnato a fare appare, francamente, di dubbia percorribilità pratica. Come si diceva, la certezza del diritto e la semplificazione normativa debbono essere un obiettivo di politica del diritto, e qualunque tentativo di risolverli esclusivamente in formule giuridicamente vincolanti rischia di essere frustrato.

5. *L'abrogazione tacita e la nuova regolamentazione dell'intera materia nell'attualità dell'ordinamento.*

L'art. 15 disp. prel. c.c. prevede poi il caso che l'abrogazione avvenga per semplice incompatibilità logica della nuova disciplina con la precedente, senza che tuttavia le nuove disposizioni indichino espressamente le norme su cui vanno ad incidere. In caso di abrogazione tacita, viene dunque rimesso all'interprete non soltanto l'individuazione dell'eventuale contrasto, ma altresì la qualificazione del fenomeno in termini di abrogazione e non di fenomeni contigui (deroga o sospensione²³). L'abrogazione si determina in ragione della mera circostanza dell'inconciliabilità della nuova disciplina con la precedente, prescindendosi dalla ricerca di un fantomatico *animus abrogandi* a cui in passato si riconnetteva il fenomeno abrogativo: l'abrogazione, come si è detto, deriva dall'esigenza di coerenza dell'ordinamento, non da una volontà in tal senso di dubbia ricostruzione dommatica²⁴.

Come si è accennato, il perseguimento dell'istanza di certezza del diritto fa sì che l'ordinamento guardi al fenomeno in esame con una certa diffidenza. La certezza del diritto assurge anzi, in taluni casi, a scopo autonomo, svincolato dal fenomeno abrogativo e perseguito indipendentemente da esso: è ad esempio il caso della

²¹ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., pp. 112 ss.; e per l'ordinamento repubblicano, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1 (le fonti normative)*, cit., pp. 102 ss.

²² Perché più sensibile ad una comprensibile esigenza di salvaguardare la certezza del diritto che al rigore di un ragionamento giuridico ortodosso (al'interno del quale il principio *lex posterior derogat priori* lascerebbe in verità poco spazio a dubbi di legittimità costituzionale).

²³ F. MODUGNO, *Abrogazione*, cit., p. 1.

²⁴ F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 11.

previsione di testi unici regionali che prevedano l'abrogazione espressa di disposizioni precedentemente abrogate tacitamente e dunque, a rigore, insuscettibili di abrogazione perché non più vigenti²⁵.

Il contrasto tra la disciplina vecchia e la nuova deve, ovviamente, essere accertato dall'interprete caso per caso; e anzi nella scarsa limitazione della discrezionalità interpretativa risiede lo sfavore verso il fenomeno. Esistono tuttavia alcune ipotesi in cui è possibile quanto meno ipotizzare il determinarsi dell'abrogazione tacita. La prima è rappresentata dal cambiamento delle norme costituzionali, per le quali occorre presumere la *vis abrogans* nei riguardi della disciplina previgente sia di rango costituzionale, sia legislativo. Sin dai primi studi sul tema, era, invero, considerato "come principio inconcusso in materia di abrogazione, che ogni legge la quale sia in opposizione assoluta con lo spirito generale delle nuove istituzioni politiche di uno Stato, rimane di pieno diritto abrogata"²⁶; ma talvolta giova ribadire anche l'ovvio, come purtroppo dimostra l'esempio dell'abrogazione della legge sulla Camera dei Fasci e delle Corporazioni cui si è fatto riferimento. La seconda ipotesi concerne l'effetto abrogativo di interventi normativi generali nei riguardi di norme eccezionali previgenti. Nonostante un'autorevole opinione abbia in passato ritenuto che la regolazione generale successiva non lasci presumere di aver valutato diversamente la fattispecie precedentemente disciplinata come eccezionale²⁷, la soluzione inversa si lascia oggi preferire nel quadro del perseguimento dell'obiettivo della semplificazione dell'ordinamento, che nell'attuale stagione, come accennato e come meglio si dirà, rappresenta uno degli elementi qualificanti della politica normativa. In questo quadro, le norme eccezionali debbono essere valutate con particolare severità²⁸. L'intervento normativo generale deve, dunque, essere considerato alla stregua di questo dato e inserito anch'esso nella generale prospettiva della semplificazione normativa: sicché sembra corretto presumere l'abrogazione tacita di tutte le disposizioni previgenti incompatibili con la nuova normativa, ancorché in rapporto con essa di specie a genere, e dunque l'onere del legislatore, il quale voglia mantenere nel sistema una norma eccezionale previgente ad un intervento normativo generale, di prevederlo espressamente.

La terza tipologia di abrogazione descritta nell'art. 15 disp. prel. c.c., la nuova regolamentazione dell'intera materia, descrive l'ipotesi in cui il legislatore abbia inteso riordinare la materia intervenendovi organicamente (sistemando, dunque, prima che innovando: in ciò va ricercato il principale elemento di differenziazione tra questa fattispecie e l'abrogazione tacita). Ciò pone un preliminare problema di definizione

²⁵ Cfr. l'art. 3, lett. g) della l. r. Lombardia n. 7 del 2006.

²⁶ G. SAREDO, *Trattato*, cit., p. 501.

²⁷ D. DONATI, *Abrogazione della legge*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, pp. 160 ss.; T. MARTINES, *Sulle norme eccezionali e sulla loro abrogazione da parte di norme generali*, in *Giur. completa della Suprema Corte di cassazione, Sez. Civ.*, XXXIII, Roma, 1954, pp. 421 ss.

²⁸ Si intende, a prescindere dalla ragionevolezza della differenziazione rispetto alla norma generale derogata, che è valutazione sulla legittimità della norma, qui presupposta in ipotesi.

della materia come unità logica, trattandosi di un concetto alquanto sfuggente²⁹ da cui può prescindersi, tuttavia, ai limitati fini del presente lavoro. Qui può essere sufficiente sottolineare che la mera circostanza dell'intervento normativo su di un determinato ambito non è sufficiente a far presumere l'abrogazione della disciplina previgente³⁰, dovendo invece risultare l'effetto abrogativo in maniera incontrovertibile. Ciò non può avvenire, evidentemente, che in due modi: per espressa indicazione in tal senso, ovvero per incompatibilità logica della nuova disciplina. In altri termini, la regolamentazione dell'intera materia non sembra distinguersi, sul piano concettuale, dall'abrogazione espressa o dall'abrogazione tacita, di cui si pone, più che altro, come ipotesi particolare in cui l'abrogazione interviene in maniera organica, tale da coinvolgere non singole norme ma un intero settore.

Ciò si realizza, tipicamente, quando l'atto abrogante assume la forma del testo unico. Si è discusso in passato circa l'efficacia abrogativa di tali fonti nei riguardi delle norme previgenti che confluivano nel nuovo testo senza subire modificazioni, pervenendo la dottrina alla conclusione per cui tale fenomeno deve essere considerato una *novatio fontis*, che prescinde dalla modifica della disciplina mutandone, quanto meno, la base giuridica di riferimento³¹. La questione pare, in verità, di scarsa rilevanza pratica, essendo il caso dei testi unici meramente compilativi abbastanza raro³². Tuttavia, essa è assai utile per dimostrare l'autonomia dell'istanza di semplificazione del sistema rispetto a quella di regolazione che sottendono al fenomeno abrogativo. Invero, la rinnovazione di norme previgenti da parte di un atto non avrebbe senso, sul piano logico, a meno di non attribuire un valore assiologico autonomo (nell'ambito della politica del diritto) all'esigenza di ordinare tali norme all'interno di una disciplina organica, semplificando i singoli interventi settoriali che concorrono a dettare le regole della disciplina. Insomma, la regolazione non deve soltanto dettare le norme, ma anche dettarle in maniera ordinata: e quest'esigenza di ordine giustifica l'abrogazione di determinate norme e il loro rinnovamento all'interno di una disciplina organica e, per questo, immediatamente comprensibile.

Sicché, anche la regolamentazione dell'intera materia è stata utilizzata in tempi relativamente recenti nella prospettiva di semplificare l'ordinamento attraverso la cessazione della vigenza delle norme superflue. Ciò è talvolta avvenuto, tuttavia, secondo modalità parzialmente non coincidenti con la vera e propria regolazione della materia: si è infatti disposta una sorta di "presunzione di abrogazione" per tutte le

²⁹ Per ulteriori profili di analisi del concetto di materia, R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 2006, pp. 890 ss.

³⁰ L'entrata in vigore del codice del processo amministrativo del 2010 non ha, ad esempio, avuto effetti sulla vigenza di taluni provvedimento legislativi (quali la legge n. 2248 del 1865, all. E) che pure, a stretto rigore, sono compresi nella materia della giustizia amministrativa.

³¹ Per una panoramica del problema, L. CARLASSARE CAIANI, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 93 ss., che preferisce parlare di rinnovazione della fonte più che di novazione potendo mancare l'*aliquid novi*; nonché P. A. CAPOTOSTI, *Problemi relativi alla definizione dei rapporti tra testi unici di leggi e disposizioni normative preesistenti*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 1498 ss.

³² L. CARLASSARE CAIANI, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, pp. 79 ss.

norme precedenti al 1970³³, tranne quelle espressamente “graziate” contestualmente all’abrogazione ovvero individuate successivamente tramite decreto legislativo. La peculiarità di tale meccanismo è che la regolamentazione non ha altro effetto che l’abrogazione di norme percepite come superflue, indipendentemente da una nuova disciplina di sistema. L’intervento normativo di semplificazione ha dunque raggiunto l’autonomia concettuale dall’intervento normativo di regolazione: al punto da rappresentare un obiettivo politico tanto urgente da giustificare un intervento *ex art. 77 Cost.*³⁴. Purtroppo però anche questo meccanismo, senz’altro lodevole negli intenti, patisce le incertezze inevitabili quando il legislatore ricorre alla veloce ed imprecisa mannaia dell’abrogazione generalizzata piuttosto che al lento ma preciso cesello dell’abrogazione espressa delle singole norme³⁵. La delega “taglialeggi” ha infatti sollevato problemi di non poco momento in ordine alla permanenza in vigore di talune norme di non piccola importanza, alcuni risolti dallo stesso legislatore (che ha “salvato” con un intervento *in extremis* l’obbligo di utilizzare la lingua italiana negli uffici giudiziari di cui alla legge n. 1796 del 1925) o da una coraggiosa e “acrobatica” giurisprudenza (che ha ritenuto in vigore il reato di frode alimentare di cui alla legge n. 283 del 1962³⁶), altri rimessi al “buon cuore” del futuro legislatore (come nel caso dell’abrogazione del divieto delle associazioni di carattere militare, in qualche misura costituzionalmente necessario, di cui al d. lgs. n. 43 del 1948³⁷, caso che come si vedrà è stato effettivamente affrontato dal legislatore ma con scarsi risultati in termini di chiarezza e semplificazione).

6. I presupposti e gli effetti dell’abrogazione.

Come si è detto, l’abrogazione è l’effetto dell’applicazione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie; essa presuppone, dunque, la successione nel tempo di fonti. Si è autorevolmente insegnato³⁸ che con la strutturazione del sistema delle fonti secondo un modello di gerarchia e competenza, quello cronologico assume una posizione di residualità rispetto agli altri criteri: per aversi abrogazione sarebbe dunque necessario che le fonti che si succedono siano omogenee, abbiano cioè la stessa competenza e lo stesso grado gerarchico³⁹.

³³ L. n. 246 del 2005 e n. 69 del 2009 (c.d. delega “taglialeggi”).

³⁴ D. l. 112 e 200 del 2008.

³⁵ Evidenziati dalla *Relazione sullo stato di attuazione del procedimento per l’abrogazione generalizzata di norme di cui all’art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246* della Commissione parlamentare per la semplificazione del Senato della Repubblica approvata il 9 febbraio 2001 (doc. XVI-bis n. 4), pp. 95 ss.

³⁶ C. Cass., sez. III pen., ud. del 19 gennaio 2011.

³⁷ Cfr. *Relazione sullo stato di attuazione del procedimento per l’abrogazione generalizzata di norme*, cit., p. 98.

³⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1 (le fonti normative)*, cit., pp. 223 ss.

³⁹ La tesi più risalente (D. DONATI, *Abrogazione della legge*, cit., pp. 162 ss.) per la quale le fonti in successione avrebbero dovuto essere non omogenee, ma identiche, tali che avrebbe potuto esservi abrogazione solo in caso di successione di leggi o di atti del governo, ma non, ad esempio, in caso di

Tale conclusione è senz'altro condivisibile all'interno di un ordinamento nel quale i rapporti tra le fonti sono definiti in maniera rigida. Nel nostro attuale sistema, però, la flessibilità dei tradizionali criteri ordinatori e l'emergere di nuovi (quali quello di sussidiarietà⁴⁰) ha influito anche sul requisito dell'omogeneità delle fonti ai fini del determinarsi dell'effetto abrogativo.

Per quanto concerne il profilo dell'identità di competenze, esso è stato messo in discussione dalla "degradazione" del criterio di competenza a mera preferenza per una fonte piuttosto che un'altra, particolarmente nel quadro dei rapporti tra la legge statale e le fonti delle autonomie locali. Già l'art. 10 della legge Scelba, ad esempio, ha previsto la possibilità dell'abrogazione di norme legislative di dettaglio regionali da parte di leggi quadro statali successive.

La prassi dell'abrogazione ha però mostrato di abbandonare anche l'ulteriore requisito dell'equiordinazione gerarchica delle norme che si succedono nel tempo. Si è infatti ammessa, sin dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'abrogazione di norme legislative da parte di norme di rango costituzionale successivamente entrate in vigore⁴¹; ma si è altresì ammessa, a livello subcostituzionale, l'abrogazione di norme regolamentari (o più spesso di parti di esse) da parte di fonti legislative successive⁴², prassi che ha sollevato, peraltro, interrogativi di non poco momento sia sul piano dommatico che su quello delle tutele.

Nelle ipotesi cui si è fatto riferimento si pone il problema di distinguere l'effetto abrogativo da quello di annullamento, entrambi astrattamente applicabili sussistendo i presupposti tanto del criterio cronologico quanto di quello gerarchico.

Al riguardo, può osservarsi che l'abrogazione opera su due piani. In primo luogo, su quello della nomodinamica, dei rapporti tra le norme che compongono l'ordinamento, comportando la perdita di vigenza della norma abrogata, ossia la cessazione dell'appartenenza della norma all'ordinamento giuridico. In questo l'effetto abrogativo coincide, dal punto di vista fenomenico, con quello di annullamento. Ma l'abrogazione opera, altresì, sul piano dell'efficacia, delle relazioni tra la norma e i suoi destinatari. L'effetto dell'abrogazione sull'efficacia delle norme è descritta dal combinato disposto tra gli artt. 15 e 11 disp. prel. c.c.: l'abrogazione non ha effetto retroattivo, sicché i casi sorti precedentemente all'abrogazione restano disciplinati dalla vecchia normativa. Sostanzialmente, essa delimita la "sfera materiale di efficacia" della norma abrogata,

successione tra una legge ed un atto con forza di legge, non si è mai tradotta in realtà ed è stata progressivamente abbandonata dalla dottrina.

⁴⁰ R. MANFRELLOTTI, *La sussidiarietà nella riforma del Titolo V della Costituzione: dal dibattito politico alle soluzioni normative. Riflessi sul sistema delle fonti*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, a cura di M. SCUDIERO, Napoli, 2002, pp. 421 ss.; e più recentemente, F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti*, Milano, 2008, *passim*.

⁴¹ C. Cost., sent. n. 1 del 1956; e più recentemente, successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, sent. n. 439 del 2000.

⁴² Per un'ampia casistica, A. CELOTTO, *La "frammentazione dell'atomo" (dei decreti legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rass. parl.*, 1997, pp. 461 ss. La citazione riportata nel testo è a p. 474.

che continua a disciplinare una serie definita di fatti passati e non una serie indefinita di fatti futuri⁴³.

Vigenza ed efficacia sono bensì concetti connessi, sul piano dell'effettività dell'ordinamento, perché non avrebbe senso affermare priva di vigenza una norma che continuasse ad avere applicazione⁴⁴; ma i due istituti appartengono a due piani diversi. La vigenza riguarda la nomodinamica, è un istituto che si esaurisce nel solo ordinamento giuridico e attiene alla sua struttura; la quale deve essere necessariamente unitaria e non contraddittoria, sicché le eventuali antinomie devono essere risolte attraverso l'abrogazione o l'annullamento delle norme di volta in volta qualificate come cedevoli alla luce di criteri predefiniti⁴⁵.

L'efficacia si colloca in una prospettiva differente, riguarda il rapporto tra l'ordinamento e i suoi destinatari. Come la vigenza, essa presuppone un giudizio di validità sulla norma soggetta ad applicazione: ma tale giudizio, che nel caso della vigenza è finalizzato all'astratta ricostruzione dell'ordinamento giuridico, si qualifica, sotto il profilo dell'efficacia, come la concreta individuazione della norma regolatrice del fatto di vita all'attenzione dell'interprete. Dunque l'efficacia si lega (di regola, non sempre) alla vigenza ma prescinde da essa sul piano fenomenico.

Il risultato di tale attività ricostruttiva, del sistema o della norma concreta, determina in un caso la perdita di vigenza della norma cedevole, dall'altro la sua inapplicabilità al fatto. Tra perdita di vigenza ed inapplicabilità può sussistere, dunque, un rapporto di causa ad effetto, nel senso che la seconda può essere conseguenza della prima, ma i due istituti sono diversi e sono assoggettati ad un regime differente. La perdita di vigenza è un fenomeno strutturale dell'ordinamento giuridico, che ne disciplina i modi e prevede gli organi competenti a dichiararla, i quali possono coincidere con tutti i soggetti dell'ordinamento medesimo (come appunto accade per l'abrogazione). Tale accertamento riguarda, tuttavia, l'attuale appartenenza della norma all'ordinamento, e solo questa. L'inapplicabilità attiene all'inidoneità della norma a disciplinare una fattispecie. Al riguardo, è irrilevante se essa si determini in ragione di una perdita di vigenza e, ovviamente, della forma giuridica attraverso cui essa si manifesta (abrogazione o annullamento). Anzi, l'inapplicabilità, come accennato, non deve neppure necessariamente conseguire ad una perdita di vigenza (si pensi all'ipotesi del contrasto tra una norma interna ed il diritto comunitario): è sufficiente che il soggetto chiamato a disciplinare un fatto concreto rilevi un contrasto tra norme, entrambe astrattamente idonee a regolarlo. Al fine di descrivere la differenza tra i due istituti, il caso dell'abrogazione è emblematico. Essa può essere dichiarata da tutti i soggetti dell'ordinamento, eppure, ancorché non più vigente, la norma continuerà ad avere applicazione ai rapporti sorti precedentemente al prodursi dell'effetto abrogativo⁴⁶. La

⁴³ C. Cost., sent. n. 49 del 1970.

⁴⁴ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970, pp. 97 ss.

⁴⁵ Sembra superfluo qualunque rinvio diverso da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1990, pp. 238 ss.

⁴⁶ *Contra*, nel senso della distinzione ontologica tra l'abrogazione e la disapplicazione, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, pp. 26 ss., che tuttavia confonde i piani dei due fenomeni i

norma abrogata, in altri termini, non è più vigente, eppure nel caso sorto prima dell'abrogazione deve applicarsi quest'ultima, non la vigente norma abrogante⁴⁷.

La correlazione tra perdita di vigenza e inapplicabilità è la causa principale della confusione che spesso ricorre nelle ricostruzioni della dottrina; essa concerne, appunto, la competenza a dichiarare la perdita di vigenza e quella a dichiarare l'inapplicabilità. Si è già detto che la prima è un problema di diritto positivo, perché è l'ordinamento che sceglie i soggetti abilitati ad accertarne la struttura e, pertanto, a decretare con efficacia *erga omnes* quali norme appartengano ad esso e quali no. La seconda attiene ai fatti che l'ordinamento stesso deve regolare, riguarda il singolo episodio di vita di volta in volta preso in considerazione; ed è, pertanto, naturalmente connessa alla funzione di regolare tali episodi di vita nella loro manifestazione storica, ossia, in primo luogo, alla funzione giurisdizionale.

Da quanto detto appare chiara la distinzione tra l'effetto abrogativo e quello di annullamento nell'ipotesi di successione di norme non equiordinate: il contrasto determina, in entrambe le fattispecie, la cessazione di vigenza, che però rileva in maniera diversa sul piano dell'efficacia della norma perché lascia impregiudicati gli effetti per il passato della norma medesima. Nell'ipotesi che si considera, si è di fronte ad un mero ricambio di norme dell'ordinamento, non ad un vizio della norma abrogata, ancorché di rango inferiore. La differenza di rango non rileva, perché la legittimità della norma previgente non può che apprezzarsi alla luce dell'ordinamento vigente al momento in cui la norma stessa era stata posta (*tempus regit actum*). Contrariamente a quanto autorevolmente stabilito dalla Corte costituzionale⁴⁸, non sembra che i due effetti possano coesistere, e appare più corretto, dal punto di vista del rigoroso ragionamento giuridico, risolvere l'antinomia sulla base del (solo) criterio cronologico.

Le osservazioni che precedono offrono qualche elemento per risolvere alcuni casi pratici in passato oggetto di attenzione particolare da parte degli studiosi.

Una prima questione concerne la reviviscenza della disciplina abrogata nell'ipotesi di abrogazione della norma abrogante⁴⁹. Come si è detto, in linea di principio l'irretroattività dell'abrogazione fa salvi gli effetti prodotti per il passato dalla norma abrogata e, pertanto, anche l'effetto abrogativo sulla disciplina previgente. La reviviscenza di questa non opera, dunque, automaticamente per la sola circostanza di un nuovo mutamento di normativa, ed è necessaria un'espressa previsione in tal senso⁵⁰; al

quali sembrano rapportarsi in termini di specie a genere (come lo stesso A. è costretto implicitamente a riconoscere esprimendosi in termini di applicazione della norma abrogata ai fatti passati e sua disapplicazione ai fatti sorti successivamente: cfr. p. 26).

⁴⁷ Ecco perché il brocardo che descrive gli effetti del criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*) preferisce parlare, appunto, di deroga. Sul punto, ampiamente, F. MODUGNO, *Abrogazione*, cit., p. 1.

⁴⁸ C. cost., sent. n. 1 del 1956.

⁴⁹ Problema in passato assai dibattuto dagli studiosi: D. DONATI, *Abrogazione della legge*, cit., p. 163; S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., p. 153.

⁵⁰ Sebbene possano, astrattamente, ipotizzarsi fattispecie (in verità, non frequenti) in cui la reviviscenza potrebbe operare in via automatica. Se ne veda un esame in F. SORRENTINO, *Abrogazione*, cit., pp. 18 ss.

contrario, essa sembra configurarsi come un effetto normale (non dell'abrogazione, ma) della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma abrogatrice⁵¹.

Quest'ultima questione si offre, tuttavia, ad una riflessione ulteriore nell'ipotesi in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima abroghi una fattispecie penale incriminatrice: è il caso dell'art. 2268, co. I, n. 297, che ha espressamente abrogato il d. lgs. n. 43 del 1948, cui si è già fatto riferimento. La citata disposizione abrogante è attualmente al vaglio della Corte costituzionale⁵². Si pone dunque il problema della reviviscenza di una norma penale *in malam partem* in caso di dichiarazione di illegittimità della norma abrogatrice.

Come è noto, l'interpretazione più rigorosa (verrebbe da dire: quasi ossessiva, dimentica che nel reato oltre all'imputato c'è, di regola, anche un offeso) del principio del *favor rei* ha sottratto il diritto penale all'applicazione di una serie di principi pacificamente applicati nel resto dell'ordinamento (in verità, senza mai offrire una convincente giustificazione dal punto di vista dommatico). Tali principi riguardano sia l'ambito di applicazione di taluni istituti (l'interruzione della prescrizione, che opererebbe per qualunque processo, tranne che per quello penale), sia, ai fini che qui interessano, le modalità con cui l'ordinamento si evolve. In particolare, l'abrogazione di norme penali avrebbe l'effetto di una vera e propria sanatoria dei delitti compiuti, sia per l'efficacia straordinariamente retroattiva dell'abrogazione⁵³, sia per il divieto, di natura pretoria, di sollevare questioni di legittimità costituzionale il cui effetto sarebbe l'espunzione dall'ordinamento di un beneficio in materia penale illegittimamente attribuito⁵⁴. Il proliferare delle leggi penali *ad personam* (di cui parrebbe del resto un esempio anche il caso concreto in esame⁵⁵) ha tuttavia spinto la Corte costituzionale a temperare la rigidità di questo orientamento e ad ammettere, sia pure con non poche cautele, la reviviscenza di norme penali illegittimamente abrogate⁵⁶.

Senza poter ulteriormente approfondire la questione, è sufficiente notare, in questa sede, che l'illegittimità di un'abrogazione, quale che sia la norma abrogata, determina, in primo luogo, una lesione della Carta fondamentale. Tale lesione non può essere tollerata, se non al prezzo della certezza del diritto e, in definitiva, della stessa credibilità del sistema giuridico; ed è francamente, ad avviso di chi scrive, un prezzo troppo alto. Il principio del *favor rei* è senz'altro un caposaldo di civiltà giuridica, ma affinché resti tale e non si trasformi in arbitrio è necessario che sia inserito e coordinato all'interno di un sistema complessivamente considerato. Esso può risolvere dubbi, non infrangere certezze; sicché, non può essere utilizzato per derogare ad acquisizioni pacifiche, spesso perché espresse *per tabulas*, quali l'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Non si avrebbero dunque dubbi ad

⁵¹ Ancora F. SORRENTINO, *Abrogazione*, cit., pp. 22 ss.

⁵² Trib. Verona, ord. 10 dicembre 2010.

⁵³ Cfr. per tutti G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, pp. 83 ss.

⁵⁴ Recentemente, C. cost., sent. n. 273 del 2010, e precedenti ivi richiamati.

⁵⁵ Tra gli imputati del reato abrogato figuravano numerosi esponenti di uno dei partiti di maggioranza, tra cui lo stesso Ministro per la semplificazione che aveva proposto l'abrogazione...

⁵⁶ Sent. n. 394 del 2006.

ammettere il sindacato della Corte su norme abroganti fattispecie incriminatici⁵⁷ e, per altro verso, la reviviscenza di queste qualora il giudizio della Corte fosse di accoglimento.

Una seconda questione, in verità assai meno complessa, concerne l'ammissibilità dell'abrogazione per desuetudine, ossia l'ammissibilità di una consuetudine abrogatrice⁵⁸. La questione prescinde, in realtà, dall'inquadramento della consuetudine nel sistema delle fonti, trattandosi di una fonte peculiare, astrattamente capace di inserirsi in tutti i livelli del sistema normativo. Invero, il requisito dell'*opinio juris ac necessitatis* a cui si condiziona il legittimo manifestarsi di tale fonte sin dalle prime riflessioni su di essa⁵⁹ deve coniugarsi col il principio *ignorantia legis non excusat* che, sebbene edulcorato nei termini cui si è fatto cenno, resta tuttavia una condizione di esistenza di ciascun ordinamento giuridico. Ne consegue che la presunzione di conoscenza di una norma esclude la configurabilità dell'*opinio juris* relativa ad una prassi che operi in senso inverso dalla prescrizione. La desuetudine di norme non abrogate, in altri termini, è semplicemente un illecito.

Altro è il discorso circa la configurabilità di una qualche efficacia abrogativa relativamente alle consuetudini internazionali in relazione al diritto interno, che però riguarda, appunto, il rapporto tra questo e il diritto internazionale e non rileva nella prospettiva del presente lavoro⁶⁰.

7. Casi particolari di abrogazione.

Il problema della legittimità dell'effetto abrogativo cui si è fatto cenno al termine del paragrafo che precede introduce un ulteriore interrogativo derivante da una prassi ormai diffusa: la possibilità di determinarsi abrogazione in caso di successione nel tempo di

⁵⁷ Appare privo di pregio l'argomento, frequentemente utilizzato, per cui a ciò osterebbe la riserva di legge formale ex art. 25, co. II Cost., la quale escluderebbe l'intervento di pronunzie della Corte.

In primo luogo, infatti, il comportamento penalmente rilevante è effettivamente disciplinato dalla legge formale, non dalla sentenza della Corte che, a stretto rigore, si limita a pronunziarsi sulla legittimità dell'abrogazione e non pone, di per se stessa, alcuna norma.

Per altro verso, questo percorso argomentativo vorrebbe sottrarre al sindacato della Corte una legge, in ipotesi illegittima, adducendo la previsione di una riserva di legge. In realtà, è facile osservare che, se fosse corretta, questa conclusione dovrebbe, *a fortiori*, valere per tutte le ipotesi di riserva di legge previste in Costituzione e non soltanto nella fattispecie ex art. 25, co. II Cost., il che condurrebbe al risultato di fare della riserva di legge una sorta di zona franca di incostituzionalità nella quale il legislatore non potrebbe essere sindacato nelle proprie scelte, ancorché in deroga al dettato costituzionale. Tale conclusione, assurda in punto di diritto positivo, appare peraltro stravolgere la stessa funzione della riserva di legge, che è di limitare la discrezionalità legislativa (così V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., pp. 61 ss.) e che dunque richiederebbe, semmai, uno scrutinio più severo di costituzionalità in quelle materie, non certamente la loro sottrazione al giudizio della Corte.

⁵⁸ G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Darmstadt, 1965 (rist.), pp. 180 ss.; S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., pp. 146 ss.

⁵⁹ Ancora G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, cit., pp. 77 ss.

⁶⁰ Per un inquadramento della questione, L. CAPPUCCIO - A. D'ALOIA, *Art. 15*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. CENDON, I, Milano, 2009, pp. 247 ss.

fonti non equiordinate, nell'ipotesi in cui la fonte successiva sia gerarchicamente subordinata alla fonte precedente.

Non si avrebbe difficoltà ad osservare che la stessa esistenza del principio di gerarchia tra le fonti esclude la legittimità di una tale prassi. Eppure è avvenuto che, in sede di delegificazione di ambiti materiali anche vasti, l'individuazione delle norme da abrogare sia stata rimessa al regolamento delegato⁶¹. La prassi si comprende nella prospettiva di riordino della normativa vigente, nella quale lo stesso legislatore affida alla più flessibile produzione normativa del Governo l'individuazione delle disposizioni legislative da semplificare e la determinazione della nuova disciplina, particolarmente in materie caratterizzate da un elevato grado di complessità⁶². Appare, tuttavia, evidente che tutto questo va oltre il ruolo di *condicio juris* dell'effetto abrogativo che il modello generale di delegificazione *ex art. 17* della legge n. 400 del 1988 riconnette al regolamento, in cui viene, di fatto, a risiedere la decisione relativa alla vigenza delle norme di legge oggetto di delegificazione.

Un secondo caso particolare di abrogazione è costituito dal *referendum* abrogativo per come esso è stato utilizzato nella realtà del sistema. Il *referendum* era infatti stato concepito come strumento di controllo da parte del corpo elettorale sull'attività delle Camere, strutturandosi come meramente abrogativo, quasi preordinato alla creazione di vuoti normativi quanto a discipline non gradite dal corpo elettorale, ma si è rivelato, nella prassi, uno strumento di partecipazione attiva del corpo elettorale alla scelta politica, teso a manipolare profili specifici di una determinata disciplina e dunque teso a regolare la disciplina stessa⁶³. Questo ruolo positivo (e non meramente eliminatorio) dell'abrogazione referendaria non solo non è stato ritenuto dalla Corte in contrasto con il modello costituzionale, ma è anzi considerata l'unica manifestazione costituzionalmente ammissibile di consultazione referendaria a proposito di talune tipologie di leggi ritenute costituzionalmente necessarie⁶⁴.

In passato si è, altresì, ricondotto al fenomeno abrogativo anche l'effetto della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale⁶⁵. La questione non riveste un'importanza prettamente storica: in taluni casi la Corte ha infatti declinato gli effetti delle proprie pronunzie esclusivamente per il futuro⁶⁶, assimilando, di fatto, gli effetti delle proprie decisioni di accoglimento all'abrogazione e svolgendo un ruolo di *dominus* dell'efficacia delle proprie decisioni che, forse, la Costituzione non le ha attribuito.

⁶¹ Sulla questione, V. COCOZZA, *la delegificazione: riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2005, *passim*.

⁶² La casistica è molto ricca. Si confronti l'art. 32 della l. n. 36 del 1994, ma anche le delegificazioni avviate con le leggi n. 59 del 1997 (art. 21) e n. 127 del 1997 (art. 1).

⁶³ Per un'efficace sintesi dell'evoluzione dell'istituto, anche alla luce delle riflessioni della dottrina, F. PIZZOLATO - V. SATTA, *art. 75*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, II, Torino, 2006, pp. 1466 ss.

⁶⁴ C. cost., sent. n. 16 del 1978; e più recentemente, sent. n. 45 del 2005.

⁶⁵ Per una ricostruzione del panorama dottrinario, R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, pp. 313 ss.

⁶⁶ C. cost., sent. n. 266 del 1988; sent. n. 50 del 1989.