



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

**DIALOGANDO CON FRANCO MODUGNO SUL
FONDAMENTO
DELL'ABROGAZIONE E... DINTORNI**

di

Paolo Carnevale

*(Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico
– Università degli Studi “Roma Tre”)*

13 luglio 2011

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il tema del dialogo: la tesi della clausola risolutiva implicita ed il fondamento del fenomeno abrogativo. - 3. L'abiura di Esposito? - 4. La ripresa di Franco Modugno. - 5. Una breve digressione: la radice del fenomeno abrogativo in un racconto molto antico. - 6. Il problema dei vincoli all'abrogazione futura ed la condizione di rimovibilità. - 7. *Segue*: la distinzione fra limiti formali e limiti sostanziali. - 8. Il problema delle conseguenze del mancato rispetto delle condizioni all'abrogazione poste dalla *lex anterior* da parte della *lex posterior*. - 9. La questione della compatibilità costituzionale della tesi della clausola abrogativa implicita. - 10. Epilogo.

1. *Introduzione*

La scelta metodica della forma dialogica come strumento di espressione e trasmissione del riflettere rimonta, come si sa, alle origini della nostra civiltà. È, infatti, la filosofia greca antica, in specie Socrate e Platone, a farne l'involucro elettivo del pensare, per Socrate, del pensiero, per Platone. Già metodica della precarietà del vero, nel primo, si fa, nel secondo, più che mezzo di persuasione, metodo di ricerca aperta proprio di una comunità di parlanti, teso all'acquisizione di una verità di cui ognuno è privo, ma che può essere attinta da ciascuno attraverso la reminescenza, quale forma di arricchimento spirituale per cui non si impara dall'altro, ma si impara da sé rispecchiato nell'altro.

Non solo, è sempre in Platone che il dialogo, come luogo di espressione del pensiero, si correda di una funzione ulteriore: quella della rappresentazione del proprio maestro, del suo magistero intellettuale e della sua persona, tanto più importante se, come nel caso di Socrate, il rappresentato non ha lasciato di sé traccia scritta, affidando esclusivamente alla forma orale il compito di trasmettere la sua lezione. Peraltro, tranne per certi versi che nello scritto più dichiaratamente apologetico (in cui, peraltro, si registra l'abbandono della forma del dialogo), la celebrazione non è statica o cronachistica raffigurazione encomiastica, è bensì insieme trasmissione e stimolo, è

sollecitazione di un pensiero e di una riflessione debitrice e progressivamente libere, al medesimo tempo.

Ora, se è vero che quello della riflessione filosofica rappresenta il terreno ideale cui è maggiormente legata la fortuna del modo dialettico *quoad formam*, nondimeno non mancano significativi utilizzi anche in altri ambiti speculativi. Eppure nel campo degli studi da me praticato non mi pare si riscontri un impiego significativo¹, prediligendosi largamente la forma del soliloquio, della trattazione del *thema* in chiave espressiva unipersonale dell'autore, ove la dialettica si afferma quale modo dell'argomentazione e non quale forma della dinamica espositiva e del confronto - sia pur sotto le spoglie della finzione letteraria - fra parlanti.

Ebbene, proprio la destinazione di questo contributo alla raccolta di scritti in onore del proprio maestro ha convinto chi scrive a tentare di proporre questa modalità espressiva anche per uno studio di natura giuridica. Difatti, la funzione celebrativa, da un verso, la conoscenza che la relazione maestro-allievo consente², dall'altro, aggiunta alla larghezza di interessi filosofici del celebrato, sono all'origine della decisione di immaginare un

¹ Corre l'obbligo, in questa sede, di far menzione del recentissimo scritto di F. Modugno e A. Longo, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, in *Sociologia*, 2/2007, 7 ss., in cui, sia pur nella forma della disputa "a distanza" e della interlocuzione effettiva (svolta, cioè, fra due reali parlanti), nonché sul terreno più propriamente filosofico-giuridico, gli autori eleggono in modo dialogico ad involucro della comune riflessione.

² Viene qui ribaltata la prospettiva del breve, ma ricco e complesso dialogo - la cui conoscenza devo proprio al maestro celebrato in queste pagine - che sant'Agostino dedica alla funzione magisteriale, intitolandolo proprio *De magistro*, nel quale è Agostino stesso, nella veste del maestro, a condurre il figlio Adeodato alla scoperta dei principali problemi della comunicazione e della trasmissione della conoscenza per giungere, a traverso una complessa indagine linguistica e semiotica, alla rivelazione del Maestro interiore.

dialogo con Franco Modugno, dando voce al suo pensiero e (inevitabilmente) a quanto del mio può ad esso mescolarsi, in un intreccio che anche a me è difficile dipanare.

Che si tratti di un'operazione riuscita o meno, non sono certo in grado di dirlo. Lo potranno valutare, semmai, innanzitutto l'onorato, destinatario(-protagonista) di questo studio, e poi tutti coloro che avranno la voglia e la bontà di leggere le pagine che seguono.

2. Il tema del dialogo: la tesi della clausola risolutiva implicita ed il fondamento del fenomeno abrogativo

I: Il campo tematico prescelto per questo nostro dialogo, oltre ad essere un classico argomento di riflessione per chi, a vario titolo e secondo diverse professionalità, si è accostato al fenomeno giuridico, è sicuramente un oggetto di indagine e di approfondimento che ha accompagnato l'evoluzione del suo pensiero sin dai primissimi studi, per poi essere varie volte ripreso, rimeditato, in tutto l'arco temporale della sua attività speculativa. Alludo all'istituto dell'abrogazione.

M: Beh, sì, me ne sono occupato in modo specifico - se non ricordo male - a partire dal mio lavoro su *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, che è del 1965. Sono tornato ad interessarmene *ex professo* nel primo volume de *L'invalidità della legge* (1970) e successivamente nelle voci *Norma (teoria generale)* dell'*Enciclopedia del diritto* (1978) e ovviamente *Abrogazione* dell'*Enciclopedia giuridica Treccani* (1988); oltre

che nei miei *Appunti per una teoria generale del diritto*, la più recente edizione dei quali è del 2000. Senza, poi, dire dei numerosi scritti su profili peculiari riguardanti l'abrogazione referendaria, la delegificazione, ecc.

I: Questo nostro discorrere vuole, in particolare, affrontare uno dei punti più critici (e soprattutto più criticati) della sua riflessione in materia. Mi riferisco al problema del fondamento del fenomeno abrogativo e alla tesi della c.d. clausola risolutiva implicita.

M: Beh, più che incontrare critiche - come lei dice - essa in realtà si è imbattuta in una feroce reazione contraria che - come ebbi già a dire in passato³ - ha oscillato fra derisione e discredito per quella che

è stata percepita come una stravaganza degna di miglior causa ...

I: In effetti, anche il suo maestro Vezio Crisafulli non fu tenero, parlando di «curiosa costruzione» e di aderenza al «comune buon senso spicciolo (che non guasta)» della opposta e tradizionale concezione fondata sulla prevalenza della *lex posterior*⁴. Per non dire delle posizioni critiche, talora improntate (anche lessicalmente) a severa riprovazione, talaltra a liquidatoria sufficienza, assunte, fra i tanti, da Giannini⁵, Pugliatti⁶, Rolando Quadri⁷, Patrono⁸, Paladin⁹; sino ad arrivare ai più recenti

³ F. Modugno, voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, 1978, 381, nt. 250.

⁴ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II. L'ordinamento costituzionale italiano (*Le fonti normative*), Padova, 1993, 213

⁵ M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Perugia*, 1942 (estr.), 7 ss.

⁶ S. Pugliatti, voce *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. del dir.*, I, 1958, 142 e s.

⁷ R. Quadri, *Dell'abrogazione delle leggi in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1974, 321.

⁸ M. Patrono, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, 1973, 909 ss.

⁹ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 87-88.

Giuseppe Ugo Rescigno¹⁰ e Ruggeri¹¹ e non mancando di contemplare nell'elenco anche il nome di Emilio Betti¹².

Orbene, penso che la cosa migliore che si possa fare per principiare questa nostra riflessione sia ricostruire con sufficiente precisione i termini della questione.

È noto che la tesi della condizione risolutiva implicita quale fondamento dell'abrogazione si deve a Carlo Esposito che la formula, per la prima volta, nella sua opera maggiore e più conosciuta: *La validità delle leggi*, che è del 1934. Secondo l'impostazione di questo grande maestro, il fondamento del venir meno dell'efficacia di una legge per *ius superveniens* legislativo successivo incompatibile non andrebbe ricercato - secondo l'orientamento tradizionale - nella idoneità a prevalere della *lex posterior*, bensì nell'esistenza, in capo a ciascuna legge, di «un termine o forse, ad essere più precisi, [di] una condizione risolutiva con effetto *ex nunc* della sua efficacia e validità», in forza della quale essa legge manifesta la volontà di «valere sino a emanazione di disposizione contrastante, divergente o espressamente abrogante, sicché, dal momento in cui viene

¹⁰ G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 98-99.

¹¹ A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2009, 54 ss.

¹² Devo rivelare, in proposito, un piccolo ricordo personale. Conservo ancora a casa una copia della *Validità delle leggi* di Carlo Esposito, che ebbi in dono dal prof. Emilio Betti in una delle tante occasioni in cui avevo modo di incontrarlo quando, da giovane studioso, mi capitava di frequentare l'istituto di teoria dell'interpretazione. Ebbene quella copia aveva sul frontespizio interno - vergata a matita dallo stesso Betti - una scritta composta di una sola parola: DUMM! Termine tedesco che in italiano corrisponde a scemo, sciocco, stolto, stupido, ecc. La scritta l'ho poi cancellata, ma non certamente il ricordo di quel giudizio così sprezzante.

Ad ogni modo, per una recente panoramica del dibattito della dottrina sul punto può rinviarsi a A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 156 ss.

emanata la legge posteriore solo questa e non quella antecedente manifesta la volontà dello Stato per i casi futuri»¹³.

In sostanza, l'entrata in vigore della nuova legge altro non sarebbe che il fatto al verificarsi del quale si avvera la condizione in parola, determinando l'effetto abrogativo. Quest'ultimo quindi non può farsi risalire alla maggior forza di quest'ultima, bensì alla ragione per cui «la sua volontà non trova ostacolo nella vecchia legge; ma anzi si accorda con la volontà ivi contenuta di valere solo fino a quando non si sia disposto diversamente; e rappresenta quindi per questo lato un fatto previsto e approvato dalla legge precedente malgrado il contrasto totale o parziale dei due atti legislativi su ogni altro punto»¹⁴.

Solo così - prosegue il chiaro A. - è possibile uscire dalla contraddizione logica in cui si avvolge la tesi tradizionale della prevalenza *tout-court* della *lex posterior*, la quale non riesce in alcun modo a dar conto del fatto che le due leggi - la anteriore e la posteriore contrastante - esprimendo «un volere statale di pari forza e di eguale intensità, o dovrebbero sussistere tutte e due, o dovrebbero tendere a negarsi reciprocamente come forze contrastanti», a meno di dover postulare il principio di «assai [...] dubbia consistenza (anzi indubbiamente inesatto) che l'intensità del volere statale cresca col tempo»¹⁵. La tesi patrocinata, invece, è l'unica in grado di fornire «spiegazione soddisfacente del fenomeno empirico per cui di due atti legislativi formali dotati di eguale forza pare che il posteriore prevalga sull'anteriore»¹⁶.

¹³ C. Esposito, *La validità delle leggi*, [1934], rist. inalt., Milano, 1964, 64.

¹⁴ *Ivi*, 65.

¹⁵ *Ivi*, 65. *Ivi*, 64.

¹⁶ *Ivi*, 65.

Ne consegue che, la volontà legislativa «potrà a volte disporre esplicitamente che la condizione da cui dipende la fine della sua validità è diversa o più grave che non l'emanazione di una legge posteriore, che il termine [della sua efficacia. *N.d.r.*] è determinato dallo scadere di un lasso di tempo e non dalla emanazione di una nuova legge, oppure potrà stabilire che la sua volontà non è condizionata alla emanazione di una nuova legge»¹⁷.

M: Mi permetta qualche precisazione, prima di andare avanti.

Innanzitutto, vale la pena di ricordare che la tesi in parola registra echi evidenti della discussione su questo *thema* svoltasi qualche anno prima all'interno della c.d. Scuola di Vienna ed, in particolare, delle posizioni espresse a più riprese da Adolph Julius Merkl (specialmente del Merkl di *Die Lehre von der Rechtskraft*, del 1923, che pure Esposito stranamente considera assai meno rispetto ad altri scritti dell'illustre studioso viennese) e alla sua teoria sulla c.d. *Derogationsnorm*, secondo la quale - come noto - solo in presenza di una specifica norma che statuisca la limitazione o cessazione di efficacia delle norme in vigore (la *Derogationsnorm*, per l'appunto), di cui l'ordinamento deve esplicitamente dotarsi, sarebbe assicurato il ricambio normativo (c.d. *Normänderung*), altrimenti impedito dalla condizione di tendenziale perpetuità del sistema giuridico, al medesimo tempo predicabile per l'ordinamento come un tutto e per ogni sua singola parte¹⁸. Essa costituisce, congiuntamente, condizione del mutamento e ancor di più garanzia dell'unità ed impenetrabilità dell'ordinamento giuridico, che affida ad essa il delicato compito

¹⁷ *Ivi*, 66.

¹⁸ Cfr. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig-Wien, 1923, 228 ss.

di fare in modo che l'antinomia legata alla successione nel tempo di norme incompatibili non si traduca in un attentato a quella unità¹⁹.

Ora, a parte i molteplici e non marginali profili di differenza con la tesi di Esposito - dal carattere necessariamente esplicito della *Derogationsnorm* alla sua necessaria sovraordinazione rispetto alla norma di cui si prevede la modificazione²⁰ - nondimeno a me pare evidente che l'intuizione di fondo circa la non necessità logica, né tantomeno l'assolutezza del principio della *lex posterior*²¹ abbia rappresentato la scintilla, la scaturigine primigenia anche della costruzione espositiana.

Ed in ciò si racchiude il debito del maestro italiano rispetto a quello viennese²².

¹⁹ Cfr., ad esempio, *ivi*, 238-239, là ove si dice che, se la possibilità del mutamento esiste, non in base ad «un principio logico [ma] grazie ad una preposizione legittimante la norma successiva, allora non potrà essere avvertito in alcun modo anche un cambiamento del diritto nel suo complesso, nonostante i mutevoli contenuti giuridici. "Ciò che muta sono soltanto determinate disposizioni materiali; formalmente essa" - la costituzione come simbolo e parentesi del sistema giuridico, e, sostituendo il tutto alla parte, lo stesso ordinamento giuridico - "resta uguale a se stessa, giacché tutti i possibili cambiamenti, *in nuce* già posti nella costituzione, vengono previsti dalla clausola di modificabilità"». Ne segue che la «Derogationsnorm, e però soltanto essa, *garantisce l'identità del sistema normativo che si modifica*» (corsivo mio) (239).

²⁰ In proposito, v. l'efficace sintesi proposta, sia pure nel quadro della dimostrazione della tesi dell'inesistenza di limiti invalicabili alla revisione costituzionale, da S.M. Cicconetti, *La revisione costituzionale*, Padova, 1972, 241 ss.

²¹ Circa il dibattito sviluppatosi fra maestro (Kelsen) e allievo (Merkel) in merito alla natura - logico-teoretica, per il primo; dommatico-positiva, per il secondo - del principio della *lex posterior*, v. la sintesi proposta da F. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3739-3740, in nt. (50) Qualche riferimento, se si vuole, può trovarsi anche in F. Modugno, *L'invalidità*, I, cit., 36 ss., in nt. (37).

²² V. F. Modugno, voce *Norma*, cit., 381, in nt. (250). Sui rapporti fra la teoria espositiana e le elaborazioni di Merkel, Kelsen e Ross, v. le considerazioni svolte da A. Cerri, *La teoria dell'abrogazione della legge in Costituzione flessibile ed il "paradosso" dell'onnipotenza del legislatore*, in Aa.Vv., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Atti del convegno svoltosi presso l'Università di Macerata il 5-6 aprile 1991, Milano, 1993, 258.

Secondariamente, va rilevato che quella condotta da Esposito è una indagine ed una trattazione moventesi *sul piano della teoria gene-rale* e che la tesi della clausola risolutiva implicita sta e cade, secondo l'Autore, con la premessa che l'ordinamento giuridico dato non assuma decisioni diverse, che cioè il diritto positivo non si atteggi in modo difforme statuendo in senso avverso. Essa quindi è in grado di farsi valere sia in regimi a costituzione flessibile che in regimi a costituzione rigida, purché però il singolo ordinamento storicamente e concretamente prescelto, ascrivibile all'una o all'altra specie che sia, non occupi esplicitamente il campo della normazione sulla normazione, dettando all'uopo una regola specifica di diverso avviso²³. Sempre che peraltro, come nel caso dell'allora art. 5 delle disposizioni preliminari al codice civile (oggi art. 15), la regola diversa, statuendo la prevalenza della legge posteriore, non finisca per restare vittima ... di se stessa, potendo risultare a sua volta, ove non accompagnata da una clausola di inderogabilità che introduca per sé un'eccezione a se medesima, derogabile dalle leggi successive che ponessero limiti alla prevalenza della legge posteriore²⁴.

²³ Cfr. esattamente sul punto, di recente, G.U. Rescigno, *"Sul libro La validità delle leggi" di Carlo Esposito*, in M. Ruotolo (a cura di), *Gli scritti camerti di Carlo Esposito. 1928- 1935*, Editoriale scientifica, 2008, 71 ss.

²⁴ Dal che può dedursi il carattere necessariamente dispositivo (e non cogente) delle disposizioni che statuiscono l'abrogazione di leggi precedenti ad opera di leggi posteriori e, conseguentemente, che simili regole valgono «solo ad escludere che all'infuori delle leggi, degli atti parificati, o cui sia attribuita tale efficacia, altri atti possano in mancanza di esplicita disposizione tendere con la propria emanazione a risolvere l'efficacia delle leggi». Altrimenti, «il fatto stesso che le leggi posteriori non possono derogarvi sarà la migliore prova dell'esattezza della tesi che una legge può disporre validamente che la sua efficacia e la sua validità non sia eliminata da ogni legge posteriore che voglia contraddirvi» (C. Esposito, *op. cit.*, 70 [ma pure, nei medesimi termini, 146]). Sulla stringente logica argomentativa esibita sul punto da Esposito v. le considerazioni di A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale*,

Una terza - e ai nostri fini più rilevante - osservazione riguarda il contesto concettuale e teleologico in cui matura la tesi della clausola risolutiva implicita. C'è un contesto polemico più immediato (*minor*, lo definirei) che è quello della *querelle* sulla qualificazione e graduazione degli atti di manifestazione della volontà dello Stato e, in specie, sulla pari forza di quelli espressivi del medesimo potere, ancorché dia- cronicamente adottati. C'è poi un contesto più ampio (che definirei *maior*) che investe ed abbraccia il senso complessivo dell'intera trattazione, il suo macro-obiettivo, verrebbe da dire: la dimostrazione della possibilità che la legge possa incontrare limiti e vincoli anche in regime di costituzione flessibile. Emerge, infatti, con tutta evidenza la stretta funzionalità fra la tesi della clausola risolutiva, quale fondamento dell'abrogazione, e la teoria dei limiti materiali e formali che la legge può incontrare anche laddove manchi un vero e proprio livello costituzionale del sistema di produzione del diritto oggettivo, la prima rappresentando una palese riprova della correttezza della seconda, testimoniando o quantomeno corroborando, attraverso la dimostrazione della condizionalità dell'abrogazione *ex lege praeterita*, la giustizia della configurazione delle auto-obbligazioni legislative e, quindi, della possibilità che per la violazione delle stesse possa delinearsi il caso di un vizio d'invalidità della legge²⁵.

autovincoli legislativi, Padova, 2002, 185 ss.; nonché pure A. Cerri, *op.e loc. ultt. citt.*, che parla di "paradosso dell'abrogazione" (*ivi*, 259).

²⁵ Come dice esplicitamente lo stesso Esposito subito dopo aver avanzato la tesi in esame, la rilevanza non solo teorica, ma anche pratica della stessa sta nel fatto ch'essa «spinge a ritenere validi i limiti che una legge imponga a una legge futura», aggiungendo, di lì a poco, che quest'ultima, ove non li rispettasse, «essendo diretta ad effetti che l'ordinamento giuridico valido nel momento in cui essa dovrebbe sorgere le vieta di raggiungere, non ha forza per farsi valere e non può raggiungere gli effetti desiderati [...] non perché la legge anteriore prevalga sulla posteriore e perché vi sia un rapporto di

3. *L'abiura di Esposito?*

I: Senonché, a questo punto va registrato un fatto significativo.

Ebbene, tanto vigorosamente sostenuta nella *Validità* e poi successivamente ripresa in modo esplicito in un lavoro di qualche anno successivo²⁶, la teoria della clausola risolutiva implicita, nel passaggio dal sistema a costituzione flessibile, in cui aveva visto la luce, a quello a costituzione rigida di epoca repubblicana, sembra avere perso *appeal* agli occhi dello stesso Esposito che, non solo non pare più richiamarla, ma addirittura sembra manifestare qualche segnale di ripensamento, laddove, ad esempio, nella voce *Decreto-legge* dell'*Enciclopedia del diritto* riconosce che per statuizione costituzionale non sarebbe consentito a nessuna legge di prescrivere la propria immodificabilità, se non a pena di sottrarre «ad organi ed enti investiti della funzione legislativa dalla Costituzione di esercitare in futuro parte della propria funzione»²⁷. Sembra, quasi, un epitaffio o, se preferisce, il segnale di una tardiva conversione alla teoria della inesauribilità della funzione legislativa

prevalenza o di inferiorità tra due leggi valide di cui una sopraffaccia l'altra, ma perché la legge anteriore è atto valido e quella posteriore, poiché è contraria al diritto da cui è regolata, è invalida e perciò non produce effetti [...] è nulla e giuridicamente inesistente». Coglie molto bene il nesso, V. Crisafulli, *Lezioni*, II, cit., 214.

²⁶ Il riferimento è alla voce *Legge* del *Nuovo digesto italiano*, XVII, 1938, 734.

²⁷ V. C. Esposito, voce *Decreto-legge*, ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di Damiano Nocilla, Milano, 1992, 201 (e in origine in *Enc. del dir.*, XI, 1962).

patrocinata da Pugliatti ed utilizzata quale argomento principe avverso la teoria espositiana²⁸.

M: Mi consenta di intervenire sul punto. Considerare il passo richiamato come una sorta di sconfessione mi pare davvero eccessivo; interpretarlo, poi, come un avvicinamento alla teorica dell'inesauribilità del potere legislativo è addirittura un azzardo. Bisogna, infatti, tener conto dello specifico contesto in cui si inserisce il passo citato, che è quello della polemica sull'*ubi consistam* della nozione di forza di legge e, in specie, del rifiuto della tesi che vuole individuarlo nel fatto che la legge «possa perdere efficacia solo ad opera di legge posteriore e possa privare di efficacia ogni legge ed atto giuridico anteriore»²⁹. Ma, soprattutto, si deve tener presente il prosieguo dell'argomentare di Esposito, il quale aggiunge la considerazione per cui dalla possibilità che vi siano prescrizioni che impongono che «determinate statuizioni costituzionali o di legislazione ordinaria non siano mutevoli nella forma della legge costituzionale o ordinaria» non può certamente dedursi «che le leggi di revisione della Costituzione, costituzionali od ordinarie abbiano perduto in tutto o in parte la propria forza»³⁰. Osservazione, quest'ultima, che potrebbe tranquillamente utilizzarsi proprio per comprovare come la previsione di limiti all'abrogazione (qui non importa a quale livello avvenga)³¹ non revochi in dubbio la natura non

²⁸ V. S. Pugliatti, voce *Abrogazione*, cit., 142.

²⁹ C. Esposito, *op. ult. cit.*, 199.

³⁰ *Ivi*, 201.

³¹ «Sul punto v., rispettivamente art. 139 Cost., per esempio di disposizione di legge costituzionale che non può essere mutata nella via della legge costituzionale, e art. 72 ultimo comma, per esempio di leggi ordinarie che non possono essere mutate da ogni legge ordinaria ma solo quelle di determinata specie (*op. e loc. ultt. citt.*, in nt. [22]).

esauribile della funzione legislativa che quei limiti si trova a subire.

Peraltro, se si tiene conto del modo di Esposito di intendere il rapporto fra teoria generale e diritto positivo, cui s'è fatto cenno in precedenza, l'inversione di rotta sembra - a tutto concedere - assai ridimensionata.

I: Va bene, mi correggo. Prendendo in prestito le parole di Mario Patrono, si può dire che «sebbene non sembra che l'Esposito (neanche in *Decreto-legge*, cit., 837) abbia mai esplicitamente respinto o abbandonato la sua teoria, neppure risulta però che l'abbia mai e in nessun luogo confermata (cfr. Crisafulli, *Lezioni*, II, t. 1, 166) dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione»³².

M: Mi scusi, ma sono costretto ancora ad intervenire per un'altra precisazione. L'affermazione che Esposito non abbia mai più richiamato la sua tesi in epoca repubblicana è, almeno se espressa in questi termini netti, un falso. Difatti, in uno dei lavori post 1948 (a mio avviso, quello di maggior pregio) - vale a dire nel suo saggio sulla consuetudine costituzionale (originariamente presentato come voce dell'*Enciclopedia del diritto* [1961] e poi ripreso con qualche integrazione come contributo agli scritti per Emilio Betti [1962]) - nel confutare la tesi di stampo gradualistico circa il carattere costituzionale delle norme sulla normazione di solo livello primario (e, in quel quadro, l'impostazione che vuole ciò come conseguenza della diversa forza giuridica degli atti o fatti normativi collocati a diversi livelli nel sistema), volendo sostenere che, piuttosto che ad una diversità di forza, la possibilità di legittimamente abrogare una più o meno

³² M. Patrono, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, 1973, 910, in nt. (30).

estesa sfera di *species* normative discende da quanto disposto, per ciascuna fonte, dalla correlativa norma sulla produzione, aggiunge un'ulteriore notazione. Egli avverte che, anche «nei confronti di una disposizione legislativa legittima (e perciò rispettosa delle disposizioni sulla propria abrogazione) non può dirsi che la abrogazione ad opera di disposizioni emesse con atti legittimi di diversa specie (e perciò prevista dalle norme disciplinatrici della produzione e cessazione di efficacia delle disposizioni giuridiche) dia prova della minor forza della disposizione abrogata ... Nella specie configurata non esiste alcuna volontà o nullità della disposizione abrogata di resistere o opporsi alla abrogazione (volontà che sarebbe sopraffatta da quella superiore o più forte propria dell'atto abrogante), ma la abrogazione *invera una clausola o una condizione immanente nella disposizione abrogata* (su ciò v. Esposito, *La validità*, cit., 85 ss.)»³³.

Insomma, mi parrebbe tutt'altro che una presa di distanza.

I: Prendo atto. Converrà, tuttavia, con me che si tratta di un accenno confinato in nota come semplice argomento *ad adiuvandum*. Nulla di più. Anzi, ad onor del vero, andrebbe menzionata - cosa che di rado avviene - la brevissima osservazione comparsa lo stesso anno sulla rivista «Giurisprudenza costituzionale», ove, interrogandosi sulla inderogabilità dell'art. 1 del codice penale, il chiaro A. precisa che, circa la possibilità che leggi pongano limiti assoluti alle leggi ordinarie posteriori, essa, asseribile in regime di costituzione flessibile, «dovrebbe essere cessata in Italia per il

³³ C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, 1962, ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, cit., 320-321, in nt. (69) (*corsivo mio*).

sopravvenire della nuova Costituzione, che riconosce all'art. 70 la permanente spettanza del potere legislativo alle Camere con i soli limiti fissati, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione»³⁴.

Un passo abbastanza chiaro, mi sembra, ancorché si tratti anche in questo caso di un mero accenno, velato dalla forma condizionale e relegato in nota, che, tuttavia, può controbilanciare il brano sopra citato.

E perciò, se non apostata, rispetto alla sua teoria di molti anni prima Esposito pare effettivamente dimostrare una sensibile incertezza e un certo qual sentimento di freddezza³⁵. Resta quindi, la sensazione di una tesi storicamente situata e tendenzialmente confinata nel contesto temporale in cui è germinata; del che il giurista, per dirla ancora con Patrono, che non manifesti «scarso senso storico»³⁶ dovrebbe avere coscienza.

Ed allora sorge spontanea la domanda: cosa l'ha spinto a riprendere la tesi della clausola risolutiva implicita e a farne oggetto di appassionato e personale recupero, unico fra i costituzionalisti di epoca repubblicana, raccogliendo il testimone da una dottrina che, pur avendola coniata, mostrava quantomeno una certa indifferenza?

4. *La ripresa di Franco Modugno*

³⁴ Si tratta dello scritto *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537 ss., ora in C. Esposito, *Scritti giuridici scelti. IV Note di giurisprudenza*, a cura di J.P. Berardo, Napoli, 1999, 167-168.

³⁵ Il che, forse, vale a corroborare quel carattere di quasi "enigmatico", evidenziato da Augusto Cerri come qualità specifica dell'opera, che fa della *Validità* un testo che sembra «conservare celati i suoi motivi ispiratori» (A. Cerri, *La teoria dell'abrogazione*, cit., 255).

³⁶ M. Patrono, *op. e loc. ultt. citt.*

M: Ho cercato di spiegarlo in diversi luoghi, ma forse questa è l'occasione (anche per me) di effettuare una ricapitolazione e rimediazione sul punto. E di questo la ringrazio.

Il fatto è che, innanzitutto, io non credo affatto che si tratti - ad onta di quanto sostenuto da Mario Patrono - di una tesi storicamente datata e, peraltro, ritengo che il disincanto di Esposito potrebbe essere spiegato alla luce del venir meno dell'attualità di quello che ho sopra definito il macro-obiettivo cui quella tesi e l'intero suo lavoro del 1934 erano ordinati e non piuttosto interpretato come segno di un processo di revisione teorica, se non proprio di resipiscenza³⁷. Senonché, bisogna considerare che il mutamento di scenario costituzionale, di cui s'è detto, se può aver resa non più bisognevole di dimostrazione la plausibilità giuridica della tesi dell'esistenza dei limiti posti alla legge, non ha del tutto assorbito, né del tutto eroso il campo delle limitazioni, lasciando impregiudicato (secondo quel che vedremo più avanti) il problema dei *vincoli resi al legislatore dal legislatore medesimo*.

Ma, principalmente, va rilevato che la nuova Costituzione, seppur pare supporre il fenomeno abrogativo - come quando parla di *referendum* abrogativo, di revisione costituzionale e di

³⁷ Alla luce della lettura operata da A. Cerri, *op. cit.*, 257 ss, si potrebbe pensare che il passaggio dal regime a costituzione flessibile a quello a costituzione rigida abbia spostato verso l'alto - dalla legge ordinaria alla Costituzione - il problema dei limiti di modificabilità della fonte che, trovando in se medesima le condizioni della sua validità, sola può porre quei limiti. Senonché, risolvere il problema dei limiti all'abrogazione futura con quello della rigidità costituzionale rischia, a mio avviso, di far dimenticare il piano teorico-generale su cui si muove la riflessione di Esposito (come Egli stesso ricorda nella prefazione alla ristampa del 1964) e, conseguentemente, che la teoria della condizione risolutiva implicita è potenzialmente riferibile non ad un certo tipo di fonte, bensì ad ogni fonte del diritto e, perciò, in definitiva alla norma.

irretroattività delle leggi in materia penale - «nulla dice circa il modo in cui lo si deve intendere e ricostruire»³⁸. Manca, cioè, una norma sulla normazione di livello costituzionale e, si sa, la lezione chiarissima e poco disputabile di Esposito è stata proprio questa: che l'istituto dell'abrogazione non può che essere previsto e regolato sul piano delle c.d. metanorme. Illuminante (ed utilissimo), a questo proposito, il passo, già richiamato della *Validità* in cui si asserisce che «la nuova legge entra in vigore non perché sia più forte della precedente, ma perché la sua volontà non trova ostacolo nella vecchia legge; ma anzi si accorda con la volontà ivi contenuta di valere solo fino a quando non sia disposto diversamente; e rappresenta quindi per questo lato un fatto previsto ed approvato dalla legge precedente *malgrado il contrasto totale o parziale dei due atti legislativi in ogni altro punto*»³⁹. È, infatti, evidente il delinearsi di una duplicità di piani: quello delle norme sulla normazione, dominato dall'armonia e dalla continuità, su cui si colloca e, quasi, si adagia il problema dell'abrogazione, e quello delle norme di produzione, del concreto regolare rapporti giuridici, ordinare interessi, ponderare esigenze, segnato invece dal contrasto e dalla discontinuità, le quali addirittura assurgono a condizioni necessarie del manifestarsi di quella armonia.

I: Mi consenta l'interruzione. Sembra così delinearsi un ulteriore (e meno tradizionalmente rilevato) profilo di assonanza con la impostazione teorica merkliana, secondo cui la *Derogationsnorm*

³⁸ Così mi sono espresso in F. Modugno, voce *Norma*, cit., 382. Consente, sul punto, anche A. Pace, *Potere costituente*, cit., 187, il quale considera tale "indifferenza costituzionale" condizione necessaria per sostenere la suppletività del disposto dell'art. 15 delle preleggi.

³⁹ Così C. Esposito, *La validità*, cit., 65 (*corsivo mio*).

viene designata come mezzo necessario per assicurare l'unità e continuità ordinamentale.

M: Sì, credo si possa avallare il parallelismo.

Quel che, tuttavia, mi interessa porre in evidenza è un'altra cosa. E cioè che, nella prospettiva ricordata, emerge chiaramente un assunto di fondo: quello per cui «qualunque cosa si dica in tema di abrogazione, sia che si dica che prevale la legge posteriore, sia che si dica che prevale quella anteriore, sia che si dica che non c'è regola, si pone automaticamente e necessariamente una regola sulle regole (anche quella che dice che nella ipotesi di due regole incompatibili non c'è regola su quale bisogna applicare e quale non applicare diventa appunto una regola sul caso ipotizzato)»⁴⁰.

Orbene, ciò che esiste sul piano metaregolatorio è, quindi, nel nuovo ordinamento costituzionale come nel precedente, un disposto di legislazione ordinaria - l'art. 15 delle preleggi - per il quale sembra possa ancora predicarsi - come già fatto da Esposito - la suppletività necessaria, sia quanto alle modalità espressive del fenomeno, sia eventualmente anche con riferimento alla asseritamente (ivi) prefigurata prevalenza della *lex posterior in tempore*.

Peraltro, un simile disposto - debbo ancora una volta concordare con Esposito - appare sostanzialmente descrittivo di un effetto, definendo l'istituto abrogativo da un punto di vista empirico, piuttosto che esplicativo del suo fondamento, che potrebbe identicamente risposare, sia sulla autolimitazione della *lex praeterita*, sia sulla maggior forza di quella posteriore, ambo i presupposti causali risultando idonei a supportare e giustificare

⁴⁰ Così G.U. Rescigno, *Sul libro*, cit., 72.

quel medesimo effetto⁴¹. Insomma, la capacità di un diritto legislativo sopravvenuto di sostituirsi ad uno preesistente nella disciplina di una determinata materia può discendere, allo stesso modo, dalla circostanza che il primo sia stato (in certo qual senso) autorizzato dal secondo a subentrare ad esso, come pure dal fatto che il primo trovi in se stesso la forza di prevalere.

I: A proposito di questa prevalenza, l'obiezione - da cui muove l'argomentazione di Esposito - circa l'incompatibilità fra la pari idoneità di ogni legge ad esprimere la volontà statuale e la maggior forza della più recente rispetto alla precedente in contrasto, presupposta dalla tradizionale lettura del principio della *lex posterior*, è stata di recente messa in dubbio nella sua fondatezza. È stato, infatti, osservato che essa parrebbe combattere un nemico apparente, giacché a fondamento della prevalenza della legge successiva non vi sarebbe una (assolutamente erronea) concezione della variazione di intensità del volere legislativo, poiché «la volontà posteriore, potrebbe dirsi, prevale non in quanto più intensa, bensì, e più semplicemente, perché più attuale, ovvero *hinc et nunc* esprime l'esercizio immediato e presente (in quanto irripetibile) di una funzione normativa [...]. Nel carattere di attualità dev'essere dunque rinvenuto il momento di prevalenza

⁴¹ Anche se, ad onor del vero, è lo stesso Esposito a riconoscere - con il consueto realismo - che, se in astratto niente vieta che la legge vincoli la legge futura, in concreto per la interpretazione del diritto positivo italiano si deve tener presente che la tesi opposta era ed è dominante, e che costituisce l'ambiente storico nel quale vennero emesse le disposizioni le quali secondo lettera (ma forzando lo spirito e l'intenzione di chi le emise) potrebbero essere interpretate nel senso che esse impongono nel nostro ordinamento giuridico un vincolo assoluto alle leggi future» (C. Esposito, *La validità*, cit., 146).

della legge posteriore (e della potestà del legislatore che la pone in essere)»⁴².

M: Si potrebbe, tuttavia, ribattere che il tempo non è semplicemente il luogo cronologico della assunzione della decisione, cornice esterna, meglio ancora, scenario del decidere nel suo diuturno esplicarsi, ma è al medesimo tempo fattore ed elemento del decidere, onde si potrebbe replicare all'osservazione appena richiamata che a prevalere non è tanto l'*oggi* della volizione legislativa (rispetto allo *ieri* di altra volizione), bensì pure la volizione dell'*oggi* e quindi, in definitiva, la volizione in quanto tale.

Ad ogni modo, non è tanto su questa disputa da indirizzare il discorso. Invero, la impostazione tradizionale si distingue da quella qui patrocinata essenzialmente pel fatto di considerare un mero automatismo la prevalenza della *lex posterior*, la cui insorgenza giustifica di per sé l'abrogazione della antecedente incompatibile sulla base dell'assunto per cui - data la funzione ordinativa della società, propria del diritto, e supposta la razionalità dell'agire del legislatore - vi è una *praesumptio iuris et de iure* che il diritto successivo si presenti più adeguato a regolare il presente sociale.

È ragionevole ciò e non intendo revocarlo in dubbio. Quel che richiede la tesi della condizione risolutiva è semmai che l'automatismo si trasformi da assoluto a relativo, essendo l'affermazione della legge posteriore veicolata da una norma generale accompagnatoria di ogni singola norma che può, laddove se ne presenti la necessità, essere contraddetta da esplicita previsione contraria. Ma questo non si pone assolutamente in contrapposizione con il principio cronologico e

⁴² Così F. Rimoli, *Costituzione rigida*, cit., 3745.

con le ovvie esigenze della nomodinamica. Anzi, chiunque abbia letto le mie cose sa quanto ho insistito sul fatto che, ancor più che la teorica della *lex posterior*, quella qui in considerazione «esprime meglio l'essenziale temporalità propria di qualsiasi ordinamento positivo»⁴³, in ragione del fatto che, attraverso la figura dell'atto condizionato, essa propone l'idea che ciascuna norma, se non diversamente ed espressamente disposta, nasca con impresse già *ab origine* le stimate della sua caducità. Del resto, temporalità e ordinamento giuridico rappresentano una sorta di endiadi e, in fondo, la stessa nascita dell'istituto abrogativo lo può testimoniare.

5. Una breve digressione: la radice del fenomeno abrogativo in un racconto molto antico

I: Lei qui allude all'esperienza romanistica e all'origine della figura dell'*abrogatio* - intesa quale forma di revoca esplicita di una legge vigente attraverso una *rogatio* rivolta al popolo, adunato nei *comitia*, perché esprimesse un nuovo *iussus* di senso contrario - il cui affermarsi, avvenuto in presenza, almeno a stare a una diffusa ricostruzione, di una tendenziale idea conservativa della legislazione e della potenziale perpetuità della *lex* - testimoniata dalle clausole sanzionatorie minaccianti pene nei confronti di chi avesse proposto l'abrogazione della legge e dal c.d. *caput tralaticium de impunitate* che, invece, aveva funzione di esimente dalla responsabilità per chi, obbedendo alla nuova legge trasgredisse la vecchia - proverebbe, appunto,

⁴³ Sono parole utilizzate in più occasioni. La citazione testuale è qui tolta dalla voce *Norma*, cit., 381.

l'irrefragabilità dell'esigenza sottesa al rinnovamento nel tempo del diritto oggettivo.

M: Si tratta di riferimenti che abbiamo fatto un po' tutti. Ma io vo- levo tornare ancora più indietro. C'è una cosa che mi è capitato di leggere tempo fa e che mi ha sorpreso.

I: Si riferisce a qualche testo giuridico dell'antichità romana.

M: No, il testo non è assolutamente giuridico e riguarda un conte- sto storico ed ideale molto distante. Si tratta di un libro della Bibbia: il libro di Ester, la cui redazione, secondo storici e biblisti, si colloca presumibilmente intorno al secondo secolo avanti Cristo, ma racconta di fatti che, ove fossero accreditati, offrirebbero una testimonianza ben più antica (V o VI secolo).

La vicenda, in sintesi, è questa. Siamo a Susa, sede della corte del re Artaserse (Assuero) (verosimilmente Artserse I [465-423 a. C.]), al tempo della dominazione persiana sugli ebrei. Il re prende in sposa Ester, una giovane fanciulla di stirpe ebraica, orfana, adottata dallo zio Mardocheo «uomo ragguardevole, che prestava servizio alla corte del re» (Est. 1, 1b del testo greco), costituito «funzionario della Corte» per aver sventato un complotto ai danni dello stesso Artaserse. Presso quella corte si trova a svolgere il suo ufficio Aman, di stirpe macedone, il quale acquisisce molto credito agli occhi del re che ne fa il suo primo dignitario. Questi ha in odio Mardocheo che non gli presta il rispetto dovuto, rifiutando di inchinarsi al suo passaggio, e per questo prende la decisione di punire con lui l'intero popolo ebraico, decidendo «di sterminare tutti i Giudei che si trovavano sotto il dominio di Artaserse» (3, 6). Scrive, a questo proposito, un editto di sterminio, che ottiene il sigillo regio, avendo egli convinto Artaserse del fatto che gli ebrei costituiscono un popolo con leggi

autonome, che «differiscono da quelle di tutte le altre nazioni», assolutamente riottoso ad obbedire a quelle persiane. L'editto, prescrivente il massacro degli Ebrei per il quattordicesimo giorno del mese di Adar, è inviato e pubblicato in ogni provincia dell'impero, talché «a tutte le nazioni fu ordinato di stare pronte per quel giorno» (3, 14).

Successivamente, però, a seguito di una serie di intricate vicende, il re viene convinto dalla regina Ester e da Mardocheo che Aman è niente altro che un calunniatore degli ebrei e che la sua è stata una macchinazione fondata sull'inganno. Aman cade, così, in disgrazia e viene ucciso; le sue proprietà confiscate e date a Mardocheo.

Né Ester, né Mardocheo possono però cantare vittoria: non si tratta (ancora) di un lieto fine. Resta, infatti, l'editto di sterminio che in quanto «comando del re [...] sigillato con il mio anello non può essere revocato» (8, 8). Come fare? È lo stesso Artaserse a suggerire la soluzione. Stante l'irrevocabilità del primo decreto, propone che sia scritto un secondo decreto, adottato e diffuso nelle medesime forme, di significato contrario al primo, atto ad impedire che il primo decreto produca i suoi effetti, consentendo agli Ebrei di reagire all'attacco e di far perire a loro volta i nemici, questa volta con l'appoggio dei dignitari e dei funzionari locali oramai posseduti dalla paura di Mardocheo.

Sembra, a ben vedere e con tutte le cautele del caso, l'atto di nascita o, comunque, la più risalente testimonianza di quella che noi chiamiamo l'abrogazione implicita o per incompatibilità fra due *leges* antinomiche in successione temporale. Istituto che, a stare a questo racconto, parrebbe condividere quel ruolo di *escamotage* empirico per aggirare il principio di irremovibilità

della legge e di veicolo necessario ed imprescindibile per assicurare la riproduzione del diritto oggettivo che nel mondo romano pare essere stato assolto dalla figura dell'*abrogatio* (*id est*, espressa). Non solo con quest'ultima parrebbe, altresì, sostanzialmente condividere anche il classico significato di atto di revoca, con buona pace della autorevolmente affermata riduzione ad unità delle diverse forme dell'abrogazione sotto il segno esclusivo ed assorbente della normatività⁴⁴ e a tutto favore della riaffermazione di quel «senso di caducazione irreversibile, di ritiro della legge, che, anche se riveduto e corretto, è indubbiamente alla base dell'istituto»⁴⁵.

Ora, non voglio certamente enfatizzare il significato di un racconto, sulla cui attendibilità storica si discute assai e che ovviamente non si propone alcun interesse giuridico, ma il cui valore, ai nostri fini, non per questo può essere trascurato, non foss'altro perché, anche ad assecondare una sua lettura tutta in chiave morale, esso appare quantomeno riflettere un clima ed una cultura anche se non necessariamente raccontare una vicenda reale⁴⁶. Orbene, io l'ho richiamato, non solo per quel gusto un po'

⁴⁴ Secondo la nota impostazione di F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. Trim. di dir. Pubbl.*, 1972, 3 ss. (spec. 10 ss.).

⁴⁵ Così mi sono espresso, proprio in contrapposizione alla tesi patrocinata dalla dottrina citata alla nota precedente, in F. Modugno, voce *Abrogazione*, cit., 4.

⁴⁶ Forse, degno di un certo interesse, a riguardo, può essere il fatto che in un altro libro biblico, quello del profeta Daniele, si racconta, al capitolo sesto, di un (coevo) episodio parallelo. Si narra, in particolare, dell'adozione, da parte del re Dario il Medo, di un decreto di condanna a morte per chiunque fosse stato scoperto adorare un uomo o un dio diversi dal re; decreto sollecitato dai funzionari di corte che avevano invidia della stima goduta da Daniele presso il re e volevano contrastarne l'ascesa. Il profeta viene scoperto in atteggiamento di preghiera a Iahwè e portato dinanzi al re Dario, il quale, avendo in animo di salvarlo, fa ogni tentativo per scagionarlo, trovando tuttavia la netta reazione dei propri funzionari che gli oppongono l'argomento decisivo: «i Medi e i Persiani hanno per legge che qualunque decreto emanato dal re non può essere mutato» (Dn., 6, 16). Ne segue l'ineluttabile esecuzione della pena: che

compiaciuto che dà la sofisticata scoperta di un documento del passato sinora ignorato, ma soprattutto per avvalorare il ruolo fondamentale avuto, sin dall'origine, dal fenomeno abrogativo quale leva principe per ovviare alla (asserita) immobilità dell'ordinamento, assicurando il suo naturale divenire. Esso è per il diritto la condizione essenziale del suo permanere in quanto strumento irrinunciabile del suo riprodursi. Proprio perché credo profondamente al nesso fra temporalità degli ordinamenti e abrogazione mai avrei potuto sostenere una tesi sul punto che potesse revocare in dubbio il suo rapporto con il criterio cronologico⁴⁷. Del resto - sia consentita la notazione - fra i critici della tesi della clausola abrogativa implicita si è posta assai di più l'attenzione sulla (mera) *eventualità* del condizionamento dell'abrogazione futura ad opera della legge anteriore, piuttosto che sulla *certezza* del condizionamento che ogni norma, ordinariamente e *ab origine*, subisce per l'incombere, generale ed automatico, della clausola su di essa⁴⁸.

Daniele sia gettato nella fossa dei leoni. A far salva la vita di Daniele, non sarà questa volta però - come nel caso raccontato nel libro di Ester - l'abile *escamotage* giuridico di ricorrere ad un nuovo decreto eguale e contrario al precedente comando regio - che, qualora messo per iscritto, è «immutabile, come sono le leggi di Media e di Persia, che sono irrevocabili» (Dn., 6, 9) - bensì l'intervento miracoloso di Dio.

⁴⁷ Bene ha perciò osservato chi ha sottolineato il fatto che «proprio a causa della c.d. inesauribilità della fonte, cioè proprio per permettere il naturale ed ineliminabile rinnovarsi dei fatti di produzione normativa, ogni norma deve nascere già autolimitata, ossia implicitamente sottoposta nella sua efficacia alla condizione risolutiva del venire in essere di una norma successiva incompatibile prodotta dalla stessa fonte o da fonte omogenea» (A. Franco, *I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1994, 164).

⁴⁸ Proprio tale incombenza, che si giustifica col fatto che la condizione risolutiva implicita si attegga ad elemento strutturale e qualificatorio della normatività, spiega l'erroneità del rilievo secondo il quale la elaborazione teorica che fa leva su di essa si avvolgerebbe nella stessa contraddizione in cui si vorrebbe incappi la tesi avversa - cioè la disparità di forza fra *lex anterior* e

Ed anche questo, forse, è il segnale di un atteggiamento un po' pregiudiziale.

6. Il problema dei vincoli all'abrogazione futura ed la condizione di rimovibilità

I: Senz'altro interessante il racconto biblico che non conoscevo e che comunque non avevo mai sentito evocato in relazione al *thema* di cui stiamo discutendo. Tornando, tuttavia, al nostro discorso e, in specie, all'ultima affermazione da lei fatta, verrebbe da osservare che, al di là di quanto detto, resta una verità poco disputabile: che, cioè, la teoria della clausola risolutiva implicita, consentendo alla legge di porre condizioni alla sua abrogazione futura, sino all'estremo della declaratoria della propria immodificabilità, pone il legislatore futuro e quello presente "nelle mani" di quello passato. E se, alla stregua di essa, le leggi si dichiarassero, tutte o in buona parte, immodificabili, come sarebbe garantita la temporalità dell'ordinamento giuridico? L'attrito al cambiamento che si riscontrerebbe nel sistema come

posterior - in quanto essa comporta che la forza venga «a crescere a dismisura procedendo, stavolta, a ritroso nel tempo; ed il fondamento ultimo (o primo ...) del potere di normazione del legislatore presente riposerebbe in un suo lontanissimo antenato, il cui ricordo si perderebbe nella notte dei tempi!» (Così A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 56). Ebbene, il fondamento del potere del legislatore presente non sta, invero, nell'atto di volontà del legislatore risalente - che semmai può decidere, al contrario, la limitata abrogabilità (o l'inabrogabilità) del proprio prodotto normativo - bensì nella natura condizionata propria di ogni norma dell'ordinamento. E se l'abrogazione incide, circoscrivendola nel tempo, sulla capacità produttiva di norme da parte di un enunciato prescrittivo, essa spiega effetto non sull'enunciato storicamente ancorato nel tempo, ma sullo stesso nel suo diuturno e continuo riprodursi nell'applicazione degli operatori giuridici: non nella notte dei tempi, ma sino a ieri!

sarebbe compatibile con l'esigenza di rinnovamento sottesa al criterio cronologico?

M: Vedo che ci avviciniamo ai nodi più caldi del problema e questo non può che farmi piacere perché mi consentirà - spero - di sgombrare il campo da una serie di equivoci che la lunga *querelle* ha in qual- che modo finito per alimentare.

Lei dice che la teoria da me abbracciata mette il legislatore futuro "nelle mani" (forse, si potrebbe dire, nelle grinfie) del legislatore che lo ha preceduto, rendendo così assolutamente vischioso, se non addirittura mettendo a rischio, il processo normoriproduttivo. La conseguenza è (*recte*: sarebbe), da un lato, il pericolo di una progressiva inadeguatezza dell'ordinamento giuridico a rispondere alla domanda sociale di normazione e, quindi, della sua tendenziale cristallizzazione; dall'altro, l'attentato alla inesauribilità della funzione normativa «che per sua natura trascende ogni momento del proprio esercizio, e quindi ogni atto specifico che ne deriva, e mantiene integro il proprio vigore, che non può essere compromesso o affievolito dal concreto esercizio»⁴⁹.

Le cose, però, non stanno così. In realtà, se si vuole parlare di "mani" del legislatore passato sul futuro della legislazione bisogna avere consapevolezza del grado di vincolatività che le eventuali norme che ponessero limiti all'abrogazione ventura sono in grado di sprigionare. È stato, in proposito, osservato, che il paradosso logico in cui si avvita l'intera impalcatura argomentativa di Esposito sarebbe rappresentato dal fatto che, «costruendo la condizione risolutiva implicita nei termini della sua esistenza relativa ad ogni singola norma, [... essa]

⁴⁹ Così S. Pugliatti, voce *Abrogazione*, cit., 142.

impedirebbe in sostanza ogni possibilità, per il legislatore, di escludere l'incidenza della condizione suddetta, data l'impossibilità di porre in essere disposizioni che non ne siano esse stesse accompagnate. È dunque proprio il caso limite della norma sull'abrogazione, e dell'eventuale norma di eccezione apposta alla sua derogabilità che in un contesto di flessibilità costituzionale (o comunque di inesistenza di un gradino gerarchico superiore), nega la validità, logica prima che giuridica, del vincolo imposto al legislatore successivo: questo stesso vincolo infatti, per ribadire definitivamente il concetto, sarebbe posto con una norma che, al pari di ogni altra singolarmente presa, recherebbe in sé la condizione della propria derogabilità (o, se del caso, abrogabilità). [Cosicché, la] teoria in esame [...] perde gran parte della sua utilità pratica»⁵⁰.

Senonché, di contro a quanto ritiene la citata dottrina, quello che ad essa appare come un *vizio*, ai miei occhi risulta invece come una *virtù*, su cui far leva proprio per rispondere alle domande poste in precedenza sull'impatto sulla nomodinamica della costruzione teorica in esame

Infatti, se il precetto che dispone la propria immodificabilità (o comunque vincola la propria modifica a peculiari condizioni) è scindibile nella norma che prescrive alcunché e in quella che dispone l'immodificabilità (o la condizionata modificabilità) e se quest'ultima è a sua volta sottoposta alla condizione risolutiva della propria efficacia, allora è evidente che anche la asserita condizione di immodificabilità (o più difficile modificabilità) «può quindi essere esplicitamente rimossa da una terza norma (successiva) che finisce così col liberare la prima norma dal

⁵⁰ V. F. Rimoli, *Costituzione rigida*, cit., 3738-3739

vincolo [... al] quale era astretta dalla seconda norma»⁵¹. Quindi, per come intendo io la prospettiva teorica della clausola risolutiva implicita, l'immodificabilità (così come la limitata modificabilità) di una legge potrà al più essere *dichiarata* dal legislatore, senza tuttavia atteggiarsi a *risultato concretamente ottenibile* se non con il decisivo concorso del legislatore futuro che non intenda provvedere a rimuovere il vincolo: l'immodificabilità, perciò, anche quando esplicitamente asserita dal *conditor legum*, non potrà che presentarsi come un'ambizione assolutamente fragile, se non, più precisamente, come pretesa contraddetta dalla sua propria natura di prescrizione normativa.

I: Ed allora - si potrebbe dire - tanto rumore per nulla?

M: No, direi proprio di no. Per vero, oltre a consentire di spiegare in maniera più piana «la possibilità di porre limiti alla revisione costituzionale, la "naturale" irretroattività delle leggi successive, risponde[re] più dell'altra alle origini storiche dell'istituto, esprime[re] meglio l'essenziale temporalità di ogni ordinamento positivo»⁵², la tesi *de qua* offre un formidabile contributo - come già accennato - alla definizione del ruolo e della funzione che in un ordinamento debbono avere le norme sulla normazione, sul cui piano si collocano evidentemente anche le regole che presiedono alla successione delle leggi nel tempo e, quindi, il fenomeno abrogativo. Ecco davvero il *quid pluris* e l'effettivo beneficio dell'impostazione qui patrocinata. Senza risultare sconvolgente dell'assetto complessivo del sistema delle fonti, ma senza, per converso, rivelarsi astretta nella *turris eburnea* delle dispute esclusivamente teoriche prive di effetti concretamente apprezzabili, essa ci dice che il condizionamento posto dalla *lex*

⁵¹ V. F. Modugno, voce *Norma*, cit., 382.

⁵² Id., voce *Abrogazione*, cit., 2.

anterior alla sua abrogazione vincolerà la legge successiva *se* (e *sintanto che*) *quest'ultima non decida di rimuoverlo*, dettando all'uopo una norma di segno contrario (del tenore: "in deroga a quanto previsto da ..." oppure "è abrogata la norma che ha posto la condizione"). In sostanza, la liberazione dal vincolo potrà avvenire «soltanto in forma espressa o inequivocabile»⁵³, nel rispetto di una regola antica che vige e caratterizza il piano (o, forse, più correttamente, l'intera specie) delle norme sulla normazione - sul quale si accomoda, come detto più volte, la dinamica abrogativa - per cui una norma di tale *species* non può essere neutralizzata per semplice disattenzione, richiedendosi all'uopo l'adozione di una norma congenere che la sostituisca. Ciò, in quanto «sono regole sulle regole, metanorme; si collocano su di un piano logico-linguistico diverso e distinto dalle regole di comportamento; e non possono essere abrogate, modificate o sostituite se non da norme di pari struttura logico-linguistica»⁵⁴. Come si fa a dire che una norma che prevede per una certa disciplina la sola abrogazione espressa potrà essere tranquillamente ignorata dalla legge successiva che, senza alcun ostacolo, potrà provvedere a dettare una disciplina in contrario avviso, disponendo l'abrogazione tacita della prima legge. E la norma che ha posto il vincolo di sola abrogazione espressa che fine ha fatto? È forse addirittura nulla-inesistente? E perché? E se non lo è dovrà considerarsi come norma che regola la successione nel tempo di quelle due leggi, salvo a ritenere che si applichi in sua vece la disposizione dell'art. 15 delle preleggi in deroga -

⁵³ Id., voce *Norma*, cit., 382.

⁵⁴ Id., *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009, § 5. Ma v. pure, sul punto, le considerazioni di G.U. Rescigno, *Tipi di regole*, in *Rass. Parl.*, 1996, 707-708.

questa volta sì - ad ogni logica, supponendosi una sorta di sua (assolutamente irragionevole) reviviscenza, in forza della quale essa riprenderebbe improvvisamente il suo spazio anche in costanza di vigenza della norma successiva che l'ha derogata.

I: Insomma, lei ci sta dicendo che la classe delle norme sulla normazione è l'ambito dell'ordinamento normativo che conosce per statuto e *ante litteram* le regole della *better regulation* ...

M: Apprezzo lo spirito (che spero non sia sarcastico). Del resto, l'osservazione è rispondente alla radice romanistica dell'istituto.

Ma mi faccia, però, concludere il discorso. Da quanto detto, emerge con sufficiente chiarezza l'enfasi assoluta dell'argomento che fa leva sul pregiudizio arrecato all'esigenza di inesaribilità del potere legislativo e, in una prospettiva ancora più ampia, allo stesso principio democratico che, imponendo la pari legittimazione in ogni tempo di ciascuna maggioranza politica, richiede che, per usare una formula celebre, "parliament may not bind its successors" o, come dice T. Paine, che in democrazia i vivi siano governati dai vivi e non dai morti⁵⁵. E che, l'unico vincolo che quest'ultimi possono porre ai primi è il laccio di quella democrazia più alta che è racchiusa nelle pagine delle Costituzioni.

Alla luce di quanto sin qui osservato, le maggioranze dell'oggi non subiscono, da parte di quelle di ieri, alcuna limitazione alla quale non prestino il loro consenso, avendo bene la possibilità di liberarsene; onde, ove non ciò avvenga, l'atteggiamento assunto dal legislatore successivo va interpretato come adesione e concordanza circa il valore di quella limitazione (e, quindi, circa

⁵⁵ T. Paine, *The rights of men (1791-92)*, trad. it. *I diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo ed altri saggi*, Roma, 1978, 121 ss.

la sua persistenza). In sostanza, la limitazione si trasforma in un'auto-limitazione, espressione di libertà e non di vincolo.

D'altronde, mi chiedo se siamo così certi che, anche a non voler accedere alla tesi in questione, non sono dati esempi pacificamente accettati in cui la legge anteriore frappone ostacolo alla cessazione d'efficacia disposta dalla legge successiva, senza potersi giovare di un presidio costituzionale. Due esempi mi vengono subito in mente. È il caso, innanzitutto, del c.d. criterio di specialità, positivizzato in materia penale nella previsione dell'art. 15 c.p.⁵⁶, in forza del quale la norma speciale resiste all'abrogazione ad opera di norma generale posteriore⁵⁷. Ma si pensi pure al principio del c.d. *favor rei*, enunciato nell'art. 2, terzo comma, c.p., in base al quale, se «la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile»; esso, in definitiva, consente alla norma più favorevole, ancorché - per quel che qui interessa - cronologicamente anteriore, di restare applicabile anche ai fatti e rapporti successivi all'entrata in vigore delle norme più sfavorevoli, di fatto paralizzando l'efficacia abrogativa delle *leges posteriores*.

In questi casi, l'ostacolo frapposto dal diritto più risalente alla sua sostituzione da parte di quello sopravvenuto pare davvero difficile trovare un serio aggancio in Costituzione. D'altro canto,

⁵⁶ «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

⁵⁷ Un riferimento lo si può leggere anche in A. Pace, *Potere costituente*, cit., 187, che tuttavia richiama il criterio di specialità essenzialmente come testimonianza del carattere meramente suppletivo dell'art. 15 disp. prel. cod. civ.

a voler allargare l'orizzonte anche un po' al di là del nostro campo di indagine, la stessa ospitalità offerta da quest'ultima al principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino, che pure costituisce, a certe condizioni, un fattore di attrito al prevalere *tout-court* della (dis)volizione legislativa posteriore su quella precedente, è un tantino forzata e di comodo⁵⁸.

I: Eh sì, la Costituzione... su ciò torneremo fra un attimo. Piuttosto vorrei fare una considerazione e porle un quesito.

Osservo, per prima cosa, che gli esempi da lei ricordati, seppur testimoniano della possibile assenza di (effettivo) fondamento costituzionale del vincolo alla futura abrogazione, sono tutti espressivi di principi od esigenze ordinamentali profonde e di carattere assolutamente generale, dal *suum cuique tribuere* al *favor libertatis*, sino ad arrivare alla effettività della salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive ed alla certezza del diritto. Mi sembra cosa abbastanza diversa dalla ipotesi di vincolo alla propria abrogazione apposto dalla singola legge (*id est*: atto individuo) rispetto alla legislazione posteriore.

M: La interrompo. È vero. Ma non è affatto escluso che simili esigenze di pregio vengano a fare da sfondo anche alla ipotesi da

⁵⁸ Cfr. ad esempio sul punto A. Pace, *ult. op. cit.*, 173 ss. e 183 in nt (62-bis), nonché F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001, 6-7, peraltro sulla scorta della nota opinione che fa del legittimo affidamento una sorta di principio generale costituzionale non scritto (secondo l'indirizzo prediletto, ad esempio, nell'ordinamento comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), riconducibile all'ancor più generale principio di buona fede oggettiva. Per una recente riflessione sul punto v. M. Luciani, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, (prima parte), in *Giur. it.*, 2007, 1838-1839 e P. Carnevale, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in corso di pubblicazione per gli scritti in onore di A. Pace, § 3.

ultimo ricordata. Ad esempio, è ben possibile che, a sostegno di clausole di sola abrogazione espressa richieste da singole leggi quale condizione necessaria per la loro abrogazione, possano essere evocati il bisogno di mantenimento della stabilità e organicità di una riforma di settore, come pure la salvaguardia della certezza del diritto vigente⁵⁹. Né può tantomeno escludersi che taluni oneri procedimentali ulteriori, che la singola legge può richiedere perché si determini l'effetto abrogativo delle proprie disposizioni o delle correlative norme, siano riconducibili alla necessità di salvaguardare il ruolo e la posizione dell'organo nel sistema⁶⁰.

⁵⁹ Si pensi, ad esempio, a significative riforme di settore, come la legge n. 142 del 1990 in materia di enti locali, la legge n. 109 del 1994 in materia di lavori pubblici o ancora la legge n. 335 del 1995 in materia pensionistica, come pure la legge n. 212 del 2000 recante il c.d. statuto del contribuente, tutte assistite dalla clausola di salvaguardia della soggezione alla sola abrogazione espressa. Su un simile indirizzo legislativo v. P. Carnevale, *Il caso delle leggi contenenti clausole di «sola abrogazione espressa» nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli autovincoli legislativi*, in F. Modugno (a cura di), *Le trasformazioni della funzione legislativa. I "Vincoli" alla funzione legislativa*, Milano, 1999, 3 ss.

⁶⁰ Il caso può essere, ad esempio, quello del r. d. l. 9 febbraio 1939, n. 273, convertito in legge 2 giugno 1939, n. 739, il cui art. 1 dispone che su ogni provvedimento legislativo che incida sulle attribuzioni o sull'organizzazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti deve essere acquisito il parere dei suddetti consessi. Sul punto v. di recente il parere reso dal Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 7 maggio 2007, n. 1500/07 che, fra l'altro, si pronunzia esplicitamente, oltre che per la vincolatività del precetto nei confronti dei disegni di legge governativi e dei decreti legislativi delegati, anche in favore della correlazione della previsione con il regime costituzionale ex art. 100, quarto comma, Cost., in specie sotto il profilo della «indipendenza della Corte dei conti (e del Consiglio di Stato) nel loro complesso (oltre che dei singoli magistrati che vi appartengono) nei confronti del Governo» (§ 7.2). Posizione, quest'ultima, che potrebbe forse applicarsi anche alla previsione - che costituisce, per quanto qui interessa, *species* del medesimo *genus* - dell'art. 10, comma 2, della l. n. 195 del 1958, istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, che attribuisce a quest'ultimo il potere di dare «pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie». Rilievi critici, in proposito, possono leggersi in S. Scagliarini, *Una strana alleanza. Consiglio*

In tali casi, com'è ovvio, il discorso si sposta semmai dal piano della contrapposizione generale-particolare o etero-autoriferimento, a quello dello scrutinio di ragionevolezza della condizione apposta⁶¹.

7. Segue: la distinzione fra limiti formali e limiti sostanziali

I: Ho capito. Resta, a questo punto, l'interrogativo che volevo porle. Lei ha prefigurato, in caso di limitazione posta dalla legge all'abrogazione futura, una situazione di sempre possibile rimozione del vincolo ad opera della legge successiva. Tuttavia, mi sentirei di dover distinguere l'ipotesi che il vincolo riguardi e si attesti - come dire - sul *versante delle norme*, come nel caso delle leggi abrogabili solo in via espressa, e quella invece in cui esso si concreti, ad esempio, in un onere procedimentale o di rispetto di determinati presupposti (c.d. *versante della qualificazione dell'atto*)⁶². Nella prima eventualità, qualsiasi

di Stato e Corte dei conti alla (problematica) difesa delle loro prerogative, in www.forumcostituzionale.it, cui si rinvia per indicazioni di dottrina.

⁶¹ Invero, «nell'ambito della meta-regolazione del diritto l'esigenza di assicurare standard e modelli di produzione normativa risulta particolarmente avvertita, in quanto strettamente connessa alla necessità di governare il processo di riproduzione ordinamentale», onde evitare che si dia corpo ad «un universo atomistico e fondamentalmente anarchico, risultante di un processo di disarticolazione la cui inaccettabilità è persino inutile asserire». Per questo, «ipotesi di discipline per atto individuo [...] richiederebbero, proprio per le ragioni anzidette, quantomeno una specifica motivazione a sostegno [... su cui] dovrebbe appuntarsi, sotto il profilo in esame, uno scrutinio di ragionevolezza teso a saggiare la giustificazione invocata (o invocabile)» (così P. Carnevale, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *Diritto romano attuale*, 2003, § 3.3 [ripubblicato con modifiche in www.costituzionalismo.it]).

⁶² Per questa terminologia v. ancora *op. ult. cit.*

legge successiva che volesse intervenire potrà, al contempo, sciogliere il "laccio" apposto dalla vecchia legge e dettare la nuova disciplina in sostituzione di quella protetta, abrogandola; nella seconda, invece, a stare ad un insegnamento pacifico e poco contestabile, la rimozione sarà condizionata dal rispetto (per l'ultima volta) della condizione all'abrogazione fissata dalla *lex anterior* da parte della *lex posterior* che volesse sostituirsi a quella. Di modo che, vi sarebbe una *rimovibilità condizionata* all'adempimento della *condizione* stabilita dalla legge preesistente e, quindi, una residua capacità di vincolo quanto meno nei riguardi del primo atto con il quale il legislatore futuro intendesse ribellarsi ad essa, essendo questi necessariamente costretto a prestarvi ossequio.

M: Non solo, bisognerebbe allora ancora distinguere la circostanza del vincolo autoreferente, posto dalla singola legge alla sua propria abrogazione successiva, da quella del limite all'abrogazione che una legge possa porre con riguardo ad una classe di leggi relative ad una determinata materia.

Senonché, si tratta a mio avviso da una tassonomia di scarsa rilevanza pratica. Mi spiego subito. È necessario, a questo punto, richiamare (e qui, ancora una volta mostra tutta la sua utilità) la collocazione del fenomeno abrogativo sul piano delle norme sulla normazione e la conseguente separazione da quello delle norme propriamente regolatorie di fatti, situazioni, rapporti giuridici. Separazione che, come già visto in precedenza, investe non soltanto - com'è abbastanza ovvio - il profilo funzionale, ma anche l'aspetto della nomodinamica. Ebbene, proprio inquadrandolo in quest'ultima prospettiva, va a mio avviso affrontato e risolto il problema che lei pone.

Ora, se teniamo in debito conto tale separazione, possiamo comprendere che, anche qualora il vincolo all'abrogazione venga a riguardare il versante del confezionamento dell'atto legislativo (e non il processo di applicazione-definizione delle relative norme), la condizione di rimovibilità dello stesso non muta sensibilmente. L'onere procedimentale, la determinazione di specifici presupposti *et similia*, non meno che le clausole di abrogazione espressa, si presentano come condizioni poste da una norma sulla normazione che *risulta rivolta a salvaguardare la legge sostantivamente considerata*, cioè il suo *contenuto precettivo*. Si chiede, in pratica, che il voluto dalla legge possa essere mutato da una nuova volizione del legislatore solo "a condizione che ...". Ma ciò sta anche a significare che la norma che pone il vincolo è estroversa e non autoreferente, essendo orientata a coprire *quoad substantiam* e non *qua talis* la legge che (pure) la contempla. Dal che si deduce che il limite da essa posto vale per tutte le disposizioni della legge *tranne... che per se stessa*. Ed allora, una legge posteriore potrà rimuovere il vincolo senza rispettarlo, *se si limiterà ad abrogare la norma* (sulla normazione) *che lo ha previsto*, non incidendo sul contenuto precettivo della *lex anterior* che ne costituiva l'oggetto e ne definiva la portata. Quest'ultimo, una volta liberato dal condizionamento potrà, a quel punto, essere modificato da una legge successiva senza più alcun ostacolo.

In pratica, il tutto si risolve in un procedimento bi-fasico, la caducazione *ex nova lege* della previsione legislativa che statuisce il limite all'abrogazione dovendo necessariamente

precedere l'abrogazione (*ex altera lege superveniente*) della normativa sostanziale cui quello offriva protezione⁶³.

In questa prospettiva, la stessa distinzione fra vincoli di tipo formale-procedimentale e vincoli di tipo sostanziale-contenutistico finisce per sfumare, non solo laddove se ne voglia ricavare una radicalmente diversa attitudine condizionante - cogente, per i primi; direttiva e meramente politica, per i secondi - ma anche per il fatto che, sia agli uni che agli altri, si attaglia l'affermazione per cui ogniqualvolta la legge condiziona la propria abrogazione «in realtà esclude che leggi future abbiano determinati contenuti»⁶⁴.

⁶³ Nonostante le evidenti assonanze non si aderisce, in tal modo, alla tesi del c.d. doppio grado di revisione, tesa come noto a dimostrare, proprio attraverso l'esperibilità di un analogo procedimento bifasico di revisione, l'inesistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale (per questa tesi v. ancora di recente S.M. Cicconetti, *Le fonti*, cit., 94 ss. ed *ivi* ampie indicazioni). Invero, il prefigurato regime di rimovibilità dei limiti posti dalla fonte alla sua abrogazione deve essere collocato e mantenuto all'interno della prospettiva nomodinamica in cui lo si è posto, nel senso che esso sta e cade con l'esigenza di presidiare la funzione normoriproduttiva o, per dirla con Pugliatti, l'inesauribilità della funzione normativa. Ed allora se, come sicuramente è, quella destinata a porre la Costituzione è funzione esauribile *uno actu*, destinata a proiettarsi nel tempo solo a traverso una funzione (costituita) diversa che è quella di revisione costituzionale, allora ben si comprende che i limiti eventualmente posti alla revisione della Carta non possono essere arruolati fra quelli rimovibili *ex post*, secondo quanto s'è appena detto nel testo, mediante l'esercizio della potestà legislativa *ex art. 138 Cost.* Insomma, non sono costretto a rivedere una cosa di cui sono stato sempre convinto: che la tesi della clausola risolutiva implicita riesca, molto meglio di quella tradizionale, a spiegare, giustificare e dare sostegno alla possibilità di porre limiti alla revisione costituzionale (peraltro, per una interessante notazione circa lo stretto legame esistente fra le critiche alla tesi della clausola risolutiva implicita e l'esclusione del valore assoluto dei limiti alla revisione costituzionale v. S.M. Cicconetti, *La revisione costituzionale*, cit., 255 ss. Sul fatto che «la dimostrazione della possibilità di limiti delle leggi in costituzione flessibile giova assai per dimostrare che anche le leggi costituzionali possono essere limitate [ed anzi che] quivi le ipotesi trovino più frequente concreta e pratica applicazione», aveva già opportunamente portato l'attenzione l'Esposito [cfr. C. Esposito, *La validità*, cit., 170]).

⁶⁴ V. S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 65

I: Eppure, come lei sa bene, su questa distinzione si è fatto leva per ricavarne una variegata serie di conseguenze in tema di legittimità e di effetti prodotti.

Così, si è, ad esempio, ascritta capacità condizionante ai soli limiti di carattere procedimentale, negandola a quelli di portata materiale e restringendo la possibilità di apporli ai soli atti con forza di legge⁶⁵. Per contro, rigettando in assoluto la legittimità di limiti procedurali, in quanto in grado di incidere sull'esercizio della funzione, si è invece affermata, assieme alla piena legittimità, anche la vincolatività di quelli contenutistici⁶⁶.

M: Né l'una, né l'altra delle posizioni espresse mi pare andare esente da mende e rilievi.

La prima trae ragione dell'inapplicabilità di vincoli procedurali all'abrogazione operata da leggi formali dall'esistenza della clausola di "riservato dominio" per Costituzione e regolamenti parlamentari in materia di procedimento legislativo. Onde, l'assenza di una simile condizione per decreti-legge e decreti legislativi consente invece, in questo caso, di affermare il «carattere cogente dei vincoli procedurali prescritti da una fonte nei confronti di fonti successive aventi il suo stesso grado gerarchico»⁶⁷.

Senonché, da un verso, andrebbe osservato che l'incompetenza della legge e degli atti equiparati ad intervenire sul procedimento legislativo risulta circoscritta alla sola fase parlamentare di quel procedimento, di modo che sarebbe ben possibile che un limite di carattere procedurale sia previsto, ad esempio, con riguardo alla

⁶⁵ *Ivi*, 66.

⁶⁶ Cfr. A. Pace, *Potere costituente*, cit., 181 ss.

⁶⁷ S.M. Cicconetti, *op. ult. cit.*, 66.

fase dell'iniziativa non parlamentare⁶⁸. Nondimeno, andrebbe per altro verso rilevato che, data l'incompetenza ad incidere sul procedimento legislativo, una norma legislativa che ponesse un onere procedurale all'abrogazione futura di una legge dovrebbe risultare affetta da incompetenza e per questo costituzionalmente illegittima. Ma se così fosse, come potrebbe predicarsi *sic et simpliciter* l'inidoneità a spiegare effetti: forse che una norma incostituzionale è nel nostro ordinamento *ipso facto* inefficace e non piuttosto precariamente efficace in attesa dell'accertamento della sua illegittimità? Oppure si deve arrivare ad asserire che una simile norma debba considerarsi affetta dal più grave vizio della nullità-inesistenza?

Una identica obiezione, del resto, può essere mossa anche alla seconda impostazione che, in modo del tutto analogo, dalla giuridica invalidità del vincolo procedimentale ricava direttamente il suo carattere «*non vincolante* [...] a meno che lo spontaneo rispetto ad esso prestato determini l'insorgere di una norma consuetudinaria costituzionale»⁶⁹.

Peraltro, evocare in caso di vincoli procedimentali l'attentato alla funzione legislativa in quanto tale e, quindi, il rischio di revoca in dubbio della sua inesauribilità, mi sembra davvero eccessivo. Si potrebbe, infatti, replicare, valorizzando ancora una volta uno spunto di Esposito, che se così fosse, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che anche le diverse ipotesi di leggi rinforzate configurate a livello costituzionale sarebbero potenzialmente

⁶⁸ Possono qui utilmente richiamarsi i casi ricordati *supra* in nt. (60), relativi a prescrizioni legislative che contemplano l'obbligo di acquisizione del parere di organi quali il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio superiore della magistratura, in occasione della presentazione di disegni di legge relativi agli ambiti materiali lì indicati.

⁶⁹ A. Pace, *op. ult. cit.*, 183, nt. 62 *bis* (*corsivo nel testo*).

lesive di quella inesauribilità. Se, infatti, essa è assicurata solo dalla condizione della libera successione nel tempo di fonti del medesimo tipo in astratto fra loro fungibili, ne risulta che ogniqualvolta l'ordinamento ponga un qualche ostacolo a quella libertà l'inesauribile funzione si presenterebbe esaurita (o, al più, a rischio esaurimento). E ovviamente nulla rileva che si tratti di vincolo posto dalla Costituzione o da legge costituzionale, giacché il problema è di ordine concettuale, riguardando un attributo, un carattere della funzione *in quanto tale*. Per cui, delle due l'una: o c'è incompatibilità logica fra limite formale-procedimentale all'abrogazione ed inesauribilità della funzione legislativa, ed allora ogni vincolo di quel tipo deve essere bandito onde preservarla; oppure se si ammette che il vincolo possa derivare dalla normazione sulla normazione di rango costituzionale, allora si deve escludere che quella incompatibilità logica vi sia o, comunque, che possa essere irrimediabilmente asserita in presenza di singoli vincoli individui, per specifica fattispecie normativa.

Quanto poi alla (diversa) ipotesi di limiti di ordine materiale e contenutistico le conclusioni cui la dottrina qui ricordata perviene - come da lei già accennato - sono ancora una volta opposti. La prima, infatti, esclude recisamente che essi, pur sicuramente ammissibili, siano in grado di spiegare qualsiasi capacità di condizionamento sul legislatore futuro, «fermo restando il loro valore soltanto politico e dunque il loro carattere derogabile, espressamente o tacitamente, da parte di successive leggi od atti con forza di legge»⁷⁰. Ciò in quanto, risolvendosi essi nel divieto per le leggi posteriori di assumere determinati contenuti, possono

⁷⁰ S.M. Cicconetti, *Le fonti*, cit., 66.

essere tranquillamente aggirati da quest'ultime per il semplice fatto di assumerli.

Il fatto è però che, in tal modo, si fornisce una giustificazione non sufficiente alla non vincolatività. È, infatti, abbastanza evidente la disomogeneità di genere dei termini posti a raffronto e la incomunicabilità dei rispettivi piani operativi. Per un verso, si assume il nesso fra norma - quella che pone il limite alla futura abrogazione - e fatto - il legiferare in spregio al limite normativamente posto - ricavandone la conclusione che quest'ultimo possa auto-liberarsi dal vincolo. Così, però, si finisce per derubricare quella che appare, in sostanza, come una violazione in *ius superveniens contrario*⁷¹. Peraltro, anche ad abbandonare la prospettiva che intende la norma sulla normazione come norma sul comportamento del legislatore (o dell'interprete), resta il fatto che - secondo quanto osservato già in precedenza - la norma che

statuisce la immodificabilità temporanea di una legge o la sua abrogazione solo in forma espressa non può considerarsi in alcun modo, né abrogata, né derogata, da altra successiva norma che, disciplinando di- rettamente la materia senza per nulla avvedersi di quei limiti, non presenta (*recte*, non può presentare) profili di interferenza con essa per l'irriducibile differenza di portata o meglio di sfera applicativa. Ciò determina l'impossibilità logica che si verifichi quella situazione di in- compatibilità, di antinomia

⁷¹ Cfr., in proposito, le esatte considerazioni di R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1998, 250-251 e 316 ss. - che pure non ne trae le debite conseguenze - circa la necessaria distinzione fra abrogazione e violazione, richiedendo la prima un contrasto fra norme incompatibili che suppone una identità di fattispecie.

che sola può consentire che di deroga o di abrogazione della prima norma ad opera della seconda si possa parlare.

E quindi, se non in alcun modo sostituita da altra norma congenere, la norma statuente il vincolo come potrà non considerarsi nella definizione del rapporto di successione temporale fra *ius anterior* e *ius posterior* che ne costituisce l'oggetto specifico? Tornano, dunque, le domande retoriche che mi ero già posto in precedenza.

Diversamente, la seconda dottrina ritiene, al contempo, ammissibili e capaci di effettivamente vincolare il legislatore futuro i limiti d'ordine contenutistico e, in particolare, quelli che «presuppongono la stabilità della disciplina "materiale" per un certo periodo di tempo [come nel] caso [...] delle leggi d'incentivazione [...] delle leggi che concedono amnistie e condoni "condizionatamente" al compimento entro un certo termine di dati atti o alla verifica di dati fatti: autodenunce, pagamenti di somme ecc.; o che prescrivono per una certa ipotesi criminosa si riterrà realizzata qualora, *entro un dato termine*, non si pongano in essere dati atti o non si verificano certi fatti: dichiarazioni dell'interessato, pagamenti di somme, rientro in Italia di capi- tali depositati all'estero, nazionalizzazione di somme beni esterovestiti ecc.»⁷². Posizione, questa, accompagnata e corroborata dalla esatta considerazione per cui «un efficace governo della società non può limitarsi ad imporre divieti, prescrivere obblighi, prevedere facoltà, ma deve altresì stimolare il compimento di determinate attività che, altrimenti, gli individui non avrebbero alcun interesse a compiere (e ciò è tanto più vero, quanto più la società è complessa, come la società

⁷² A. Pace, *op. ult. cit.*, 182.

moderna)»⁷³. Ciò che reca con sé «la legittimità costituzionale del vincolo del legislatore a mantenere "ferma" quella data disciplina "incentivante" per il tempo previsto dalla legge di incentivo»⁷⁴.

8. *Il problema delle conseguenze del mancato rispetto delle condizioni all'abrogazione poste dalla lex anterior da parte della lex posterior.*

M: Si impone, però, a questo punto una precisazione per evitare che il discorso prenda una piega che potrebbe portarci un po' fuori- strada.

Non si può assorbire del tutto la problematica che qui stiamo affrontando nella *quaestio* più generale degli autovincoli legislativi. Altro è, infatti, il caso di una legge che, assurgendo a norma sulla normazione relativamente a tipi di atti legislativi o alle fonti legislative di un certo micro-sistema, ponga norme qualificatorie di quegli atti, richiedendo la presenza di elementi strutturali in aggiunta a quanto previsto dalla Costituzione, oppure norme che incidano sulla delimitazione della relativa sfera temporale di efficacia o, infine, norme sulla interpretazione dei rispettivi enunciati. Altra, invece, è l'eventualità che un singolo atto legislativo, volendo emancipare le norme ritraibili dai propri enunciati dalla soggezione alla (ordinaria) clausola di risoluzione implicita di efficacia, ponga limiti all'abrogazione futura.

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ivi*, 183, in nt. (61 *bis*).

E l'alterità, a mio parere, si coglie e si misura soprattutto sul piano delle conseguenze da ascrivere al mancato rispetto dei limiti posti nelle due ipotesi.

Bisogna, infatti, tener presente che la diversa ambizione funzionale vantata dalla legge nelle due diverse eventualità: nell'una, atteggiandosi a strumento conformativo con chiara valenza sistematica e prospettiva ordinamentale; nell'altra, limitandosi a dettare al legislatore futuro le condizioni della propria abrogazione, se ed in quanto diverse da quella normalmente operante, con evidente efficacia riflessa e portata "singolare".

Ebbene, tale distinto orientamento teleologico è ben in grado di gettare luce sulla questione degli effetti del non ossequio da parte del legislatore sopravvenuto.

Se, difatti, si tende a ragionare per lo più in termini di validità della legge successiva nella prima evenienza, sia qualora si tratti di violazione di limiti formali sia laddove si registri il mancato rispetto di vincoli di tipo materiale; diversa è secondo me la soluzione da offrire nel caso in cui la *lex posterior* non abbia ottemperato ai vincoli abrogativi posti per sé dalla *lex anterior*.

A quest'ultimo proposito, mi è di recente capitato di osservare che, ove a non esser seguita sia una norma sulla normazione che operi sul versante della delimitazione dell'«ambito di efficacia di altre norme (sulla successione nel tempo, sullo spazio temporale di efficacia)» la conseguenza che si produrrà sarà «l'inefficacia della norma di produzione». Così che - come ritenuto da una recente dottrina⁷⁵ - nel caso in cui la legge ponga una clausola di sola abrogazione espressa quale condizione della propria futura

⁷⁵ Il riferimento è a P. Carnevale, *Il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa"*, cit. 73 ss.

abrogazione, la legge successiva incompatibile tacitamente in contrasto con quanto in essa disposto, ma priva di una norma sulla normazione di tenore opposto operante sul medesimo versante, dovrebbe considerarsi inidonea ad abrogarla. Quest'ultima legge, quindi, non sarebbe affetta da invalidità, bensì da inefficacia, fintanto che la norma-clausola non venga *quodammodo* rimossa.

Nondimeno - qui mutando sia il pensiero di Esposito, che il comune modo di ragionare; nonché rivisitando anche le conclusioni cui sono fino ad oggi pervenuto - ritengo che alla medesima soluzione debba arrivarsi anche in ogni altro caso, a nulla rilevando (ancora una volta) che i limiti fissati siano di natura formale o sostanziale, che si verta sul versante del ciclo produttivo della fonte o delle norme. Se di condizioni all'abrogazione si tratta, il mancato inverarsi della condizione non può che produrre la medesima conseguenza: la perdurante vigenza della *lex anterior* a fronte dell'entrata in vigore della *lex posterior* antinomica, inidonea a determinarne la caducazione.

In sostanza, mi chiedo: se è l'abrogazione ad essere condizionata al rispetto di taluni requisiti fissati dalla legge della cui abrogazione si discute, l'omissione di questi requisiti perché dovrebbe produrre effetti diversi dalla mancata abrogazione? Poco importa che l'omissione riguardi l'acquisizione di un parere o il termine temporale di immodificabilità: se ad essere sottoposto a condizione è l'effetto abrogativo, ad essere pregiudicato dal non inverarsi della condizione(-limite) non potrà che essere quel medesimo effetto⁷⁶.

⁷⁶ *Contra*, decisamente A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione*, cit., § 5, il quale ritiene che la questione vada inserita nel quadro di una alternativa secca per cui «o si conviene a riguardo del fatto che la legge dispone di

Immaginare, per contro, pregiudizi diversi, ora sul piano dell'efficacia, ora su quello della validità, a seconda del tipo di limite non rispettato, ovvero solo ed esclusivamente riguardanti la validità della legge successiva⁷⁷, significa - a mio avviso - prefigurare soluzioni non sufficientemente vigilate.

Il che, peraltro, non vuol dire che la *lex posterior* inossequente sia configurabile al pari di un atto *inutiliter dato*, giacché essa sarebbe immersa in una condizione di quiescenza, pronta a sprigionare tutta la sua *vis* produttiva di effetti, qualora la norma della *lex anterior* che pone il limite venga meno per qualsiasi ragione (e a partire ovviamente da quel momento)

A me sembra abbastanza lineare. Non le pare?

9. *La questione della compatibilità costituzionale della tesi della clau-sola abrogativa implicita.*

un'autorizzazione costituzionale (*sia pure tacita...*) a regolare se stessa, nel qual caso potrebbe (pur se con non poca forzatura) farsi ricorso allo schema della invalidità, oppure si ritiene che la legge sia priva di un'abilitazione siffatta, nel qual caso sarebbe del tutto fuori posto ragionare della invalidità della legge che si sia discostata dall'indicazione contenuta nella legge anteriore (e, segnatamente, che vi abbia innovato in modo non espresso) ed, anzi, come s'è dietro veduto, parrebbe piuttosto doversi rilevare l'usurpazione di un potere che la Costituzione, non conferendo alla legge comune né ad altra fonte a ciò abilitata, non può che avere rimesso a... *se stessa* e, perciò, ai soli atti dotati della capacità di apportarvi integrazioni e modifiche in genere, le leggi costituzionali, ricongiungendosi in tal modo - secondo il già richiamato insegnamento kelseniano - forma e materia costituzionale. In ogni caso, non è chiaro su quali basi possa poggiare la soluzione della disapplicazione della fonte tacitamente abrogativa, restando l'alternativa ristretta alla sola esistenza ovvero alla non esistenza del vizio in capo alla fonte medesima». Senonché il *vizio* in questo caso è proprio nell'impostazione di un simile ragionamento che non tiene conto che la *base* della tesi qui proposta sta appunto nel fatto che quello che si vuole qui regolato è l'effetto abrogativo e quindi il piano implicato non è quello della validità, bensì - ed in ogni caso - quello dell'efficacia delle norme. Per ulteriori considerazioni sulla tesi della necessaria autorizzazione costituzionale di cui la legge deve disporre per intervenire "a regolare se stessa" v., *infra*, § 9.

⁷⁷ Come, ancora da ultimo, ritiene, come visto, A. Ruggeri, *op. e loc. ultt. citt.*

I: Quindi, se posso dire in estrema sintesi, la sua personale rivisitazione della teoria della clausola risolutiva implicita, si poggia su due caposaldi: *a)* l'ampio regime di rimovibilità del vincolo alla futura abrogazione da parte della legge successiva e *b)* l'impatto sul solo piano dell'efficacia del mancato rispetto del vincolo. Così - potrei dire - il cerchio si chiude intorno alla questione del regime giuridico dell'abrogazione condizionata.

Resta, in conclusione - cosa cui avevo già fatto cenno - il problema della compatibilità costituzionale di questa costruzione. E non è certo un problema secondario, né marginale.

M: Beh, direi proprio di no.

I: Ebbene, proprio su questo terreno cruciale sono state indirizzate critiche assai severe alla teoria in esame, rea di attentare al fondamentale canone per cui «in sistemi a rigidità costituzionale [...] la potenzialità innovativa dei diversi tipi di fonti è preventivamente regolata in generale e con norme che devono considerarsi cogenti, almeno per quanto riguarda le fonti primarie»⁷⁸. Onde, «è dubbio che particolari leggi possano validamente limitare l'efficacia delle leggi successive, disponendo, ad esempio, la propria immodificabilità»⁷⁹.

Sono stati, in proposito, evocati principi assolutamente essenziali, perché "di sistema", quale quello del c.d. *numerus clausus* a livello costituzionale delle fonti primarie, con il suo corollario del divieto, per la legge, di istituire fonti concorrenziali a sé medesima; ovvero quello della indisponibilità della propria forza da parte della legge stessa. Sino ad arrivare a prefigurare, in caso

⁷⁸ Così V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, cit., 214.

⁷⁹ *Ibidem*.

di inossequenza, scenari di anarchia costituzionale collegati al possibile sovvertimento del sistema gradualistico delle fonti⁸⁰.

Più di recente, da parte di qualificata dottrina, si è in più occasioni proposta, come una sorta di stella polare, il principio (in sé più comprensivo) per cui, in questa materia, «*ciò che non è costituzionalmente previsto è, in tesi, vietato*, nessun ambito materiale essendo lasciato dalla Carta privo di indicazioni circa la fonte competente a darne la regolazione»⁸¹. Tale asserto dà corpo ad una vera e propria «regola ferrea in fatto di competenze costituzionalmente definite»⁸².

Lei come risponde a simili obiezioni?

M: Innanzitutto, perimetrando il campo dei principi-cardine che sono stati richiamati, per limitarlo ai soli rilevanti in questa sede. Chi si interessa a questi temi è ben consapevole dell'approccio un po' disincantato e non privo di riserve che ho sempre avuto nei confronti di tali assiomi, soprattutto con riguardo all'assolutezza di cui vengono normalmente rivestiti, nella prevalente dottrina, come nell'uso giuri-sprudenziiale⁸³.

Bisogna, tuttavia, concentrare il discorso sull'unico canone, fra quelli tradizionalmente affermati, che risulta realmente implicato.

⁸⁰ V. in questo senso, fra i molti, A. Barbera, *Le leggi di piano e sistema delle fonti*, Mi-lano, 1969, 27; M. Patrono, voce *Legge*, cit., 919; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 42.

⁸¹ Così, da ultimo, A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione?*, in www.osservatorio-sullefonti.it (scritto, peraltro, proprio destinato alla presente raccolta di scritti in onore di Franco Modugno), § 1.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr., se vuoi, da ultimo il mio, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, intervento tenuto al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo "*Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*", svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008, consultabile in http://host.uniroma3.it/centri/crispel/Modugno_2008.pdf; nonché pure, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, cit.

Trattando, infatti, qui di condizioni all'abrogazione e di limiti posti dalla legge alla cessazione della propria efficacia ad opera di leggi successive è, a mio parere, abbastanza evidente che non siamo in presenza dell'evenienza della creazione di una nuova fonte, costituzionalmente impreveduta, quanto semmai di una ipotesi di eventuale incidenza sopra il regime di efficacia dell'atto-legge. Ad essere implicata, in questo caso, non sarà certo la *regula del numerus clausus*, né del divieto di istituzione di altre fonti equiparate a quella istitutiva, bensì soltanto il canone della indisponibilità della propria forza da parte della legge. Si tratta, tuttavia, di interrogarsi davvero sul senso e la portata reale di quest'ultimo principio. Mi pare, per prima cosa, che una prassi costante ed una esperienza legislativa cospicua - mai in grado di suscitare particolari reazioni ed allarmi - propongono una nutrita serie di smentite. Penso alle diverse eventualità nelle quali la legge dispone della propria efficacia, rendendo le proprie norme cedevoli rispetto a quelle prodotte da fonti sublegislative o da regole discendenti da fatti od atti neppure necessariamente di natura normativa. Come è possibile considerare compatibili con il predetto principio le molteplici figure ed ipotesi in vario modo espressive della (e riconducibili alla) logica dell'"auto-indebolimento"? Il divieto di disporre della propria forza non vale, forse, a precludere quel disporre *in ogni direzione esso si orienti*?

E, ancora, come si fa a dire che nell'ipotesi in esame ad essere interessati sono gli «effetti "materiali" o "precettivi" della fonte, dei quali essa può liberamente disporre; e non [a]gli effetti "legali", ad essa ricollegati dall'ordinamento in quanto fonte di un

certo tipo (dei quali ultimi, invece, in sistema a costituzione rigida, non può disporre)»⁸⁴?

Se la giustificazione di questo asserto riposa sul fatto che, in questo modo, la legge si limita ad adeguare «il proprio contenuto normativo alla natura delle situazioni che assume ad oggetto, circoscrivendo l'ambito di applicazione delle norme da esso poste»⁸⁵, mi sembra che essa potrebbe essere ugualmente spesa anche per l'ipotesi inversa. In- vero, non solo il depotenziamento-dequalificazione, ma anche il condizionamento in positivo dell'abrogazione può trovare identica motivazione nella necessità di adeguamento alla peculiarità della trama dei rapporti giuridici coinvolti. Nell'un caso, li si vorrà - da un punto di vista gradualistico - meno protetti; nell'altro, invece, li si vorrà circondati da una maggiore protezione.

Senza poi dire, come s'è avuto modo di ricordare in precedenza, che ogni limite posto dalla legge alla sua abrogazione futura è in definitiva ancorato a ragioni legate alle esigenze implicate nella regolazione di una determinata materia.

Se ne dovrebbe dedurre, pertanto, che, se nel primo caso - depotenziamento - non si assiste ad una «deroga alle norme costituzionali sulle fonti»⁸⁶, allora anche in quello opposto - abrogazione condizionata - non può non pervenirsi alla stessa conclusione.

Non solo, a sensibilmente attenuare le preoccupazioni di sconvolgimento della «graduazione costituzionale dell'efficacia degli atti normativi»⁸⁷, sta infine quanto s'è già detto in

⁸⁴ V. Crisafulli, *Lezioni*, II, cit., 215.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ A. Barbera, *Legge di piano*, cit., 27.

precedenza circa l'ampia possibilità di rimozione dei limiti (eventualmente) posti dalla legge alla sua abrogazione futura, onde parlare in queste evenienze di "rafforzamento" della legge parrebbe davvero eccessivo e poco aderente a quanto qui s'è tentato di delineare. Anzi, si può seccamente affermare che la condizione apposta *protegge*, sì, la legge, ma *non incrementa la sua resistenza all'abrogazione* ad opera delle leggi successive.

Rimane, a questo punto, l'ultima posizione critica da affrontare.

Essa muove, come detto, da una sorta di assolutizzazione del canone dell'*ubi lex voluit...* in base alla quale, quantomeno a livello delle norme sulla normazione primaria, non è consentito disporre alcunché non sia esplicitamente previsto (o espressamente autorizzato) in Costituzione.

Il che, tuttavia, non esclude del tutto che la legge possa giocare un (sia pur inautonomo) ruolo in materia, potendo intervenire solo esplicitando «"a rime obbligate", limiti desumibili, *in modo diretto ed esclusivo*, dal dettato costituzionale». Da scartare sarebbe, invece, la «eventualità della integrazione, e non della mera specificazione-attuazione [...], con riferimento alle stesse fonti provviste di espresso fondamento costituzionale, risultando altrimenti esse indebitamente gravate di limiti non consentiti (*e, perciò, vietati*) dalla Carta»⁸⁸. A meno che, «le statuizioni indirizzate dalla legge a... *se stessa* o ad altre fonti di pari grado si considerino non già, appunto, autenticamente... *prescrittive* bensì meramente *persuasive*, rimettendosi pertanto al loro discrezionale apprezzamento da parte degli atti che ne siano destinatari»⁸⁹.

⁸⁸ A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione?*, cit. § 2.

⁸⁹ *Ibidem*.

Mi chiedo, primieramente, quale possa essere il fondamento costituzionale di una simile teoria e quale esigenza essa voglia in concreto salvaguardare.

Se il primo deve essere individuato nella previsione dell'art. 70 della Costituzione e nell'ivi enunciato principio di attribuzione alle Camere della funzione legislativa in via generale ed ordinaria - principio che può soffrire eccezioni solo per espresso disposto costituzionale (arg. *ex art. 77, comma primo, Cost.*)⁹⁰ - allora è abbastanza evidente che la dottrina in esame non pare cogliere nel segno. Tale riferimento, infatti, supporrebbe l'eventualità dell'istituzione di fonti concorrenziali da parte della legge; circostanza che, come detto, non si presenta al nostro orizzonte. Peraltro, una volta asserito il regime di ampia rimovibilità *ex lege posteriore* delle condizioni ipoteticamente poste dalla *lex anterior* al fine di consentire la sua propria abrogazione, di cui ho già ampiamente detto, ne consegue che quel precetto costituzionale neppure potrebbe essere utilmente invocato a presidio della continuità ed inesauribilità dell'esercizio della funzione legislativa.

Nondimeno, se l'esigenza che si vuole effettivamente tutelare è quella dell'ancoraggio costituzionale delle fonti primarie essa è assicurata dal fatto che in Costituzione vada individuata *necessariamente* la norma di riconoscimento del corrispondente potere normativo, ma non certo dal (preteso) *domaine exclusif* di quest'ultima sull'intero complesso della metanormazione legislativa.

Orbene, non mancano in Costituzione diverse ipotesi di autorizzazione a dettare norme sulla normazione primaria in

⁹⁰ *Ivi*, § 1.

favore della legge o di altre fonti primarie. Si pensi all'amplissimo rinvio-riserva costituzionalmente disposto in favore dei regolamenti parlamentari, risultante dal combinato disposto degli artt. 64 e 72 Cost. o al parallelo rinvio alla legge per la disciplina del procedimento del *referendum* abrogativo ex art. 75 u.c. Cost. Come interpretare simili previsioni? Sono la conferma della necessità, per la legge o per altra fonte primaria, dell'autorizzazione costituzionale ad operare, oppure rappresentano la prova della legittimazione costituzionale del rapporto di reciproca integrazione che anche *in subiecta materia* si registra fra Costituzione e legge, certificando che quest'ultima è per la Carta "atto idoneo"? E nella prima ipotesi, come andrebbe interpretata l'indifferenza (*id est*: silenzio senza neppure rinvio) della Costituzione con riguardo a molti aspetti della normazione sulla normazione primaria? Forse, come una lacuna integrabile solo con legge costituzionale?

Ad aiutare nella risposta soccorrono le molte eventualità in cui l'intervento della legge si ha *pur in assenza di qualsivoglia autorizzazione della Costituzione*. I casi sono numerosi. Si pensi, ad esempio, alle fasi extraparlamentari del procedimento legislativo sotto l'impero della legislazione primaria, al tacito rinvio alla disciplina del procedimento di formazione della legge ordinaria che si ricava dal "mutismo" serbato dall'art. 138 Cost., alla regolazione del *referendum* costituzionale; sino ad arrivare alle evenienze più eclatanti in cui la Costituzione (davvero a tutto concedere) si limita a prestare fondamento al potere normativo, lasciando impregiudicato tutto il resto, implicitamente rilasciato all'azione di altro legislatore (e dell'interprete), come nel caso delle fonti comunitarie

immediatamente applicabili o degli atti di autonormazione della Corte costituzionale.

Certo - si dirà - ciò sarebbe possibile, se ed in quanto, nelle suddette evenienze la legge venga chiamata a disciplinare sub-procedimenti, ad integrare il dettato costituzionale senza tuttavia alterare il regime complessivo degli atti. Diverso è invece il caso in cui la legge ponga limiti, condizioni, vincoli a leggi od atti equiparati.

Senonché, viene da fare, a tutta prima, un'osservazione: appare assai curioso il fatto che alla legge sia consentito auto-limitarsi, permettendo a fonti subordinate, accordi interprivati, ecc. di sostituire la disciplina da essa recata; mentre, sia ad essa impedito porre limiti a se medesima (o ad atti equiparati) in qualità di fonte sulla normazione. Ove la differenza fra le due situazioni si volesse rintracciare nel diverso regime di rimovibilità della limitazione, quanto già osservato sul punto in merito ai limiti posti dalla legge alla propria abrogazione ritengo sarebbe di per sé sufficiente a destituire di fondamento la prospettazione. Non solo, a tingere di un eccesso di astrazione la posizione qui criticata, può richiamarsi l'attenzione sull'imponente fenomeno dell'ordinanza in deroga alla legge che, soprattutto in tema di gestione dell'emergenze di protezione civile, data la dimensione e la diffusione dello stesso, assieme alla sua tendenziale stabilizzazione, rappresenta oggi - al di là di ogni bizantinismo - il caso forse più importante di fonte in grado di sostituirsi con la sua disciplina a quella dettata dalla legge ordinaria che risulti

assolutamente priva di fondamento costituzionale ed in tutto e per tutto regolata dalla legge⁹¹.

Si aggiunga, altresì, che, secondo quanto già rilevato e per quanto qui interessa, è proprio l'istituto abrogativo ad essere privo di un esplicito fondamento costituzionale. E se si ritiene - come mi pare davvero si debba ritenere⁹² - che sia possibile per la legge modificare l'art. 15 delle preleggi, magari per affermare il solo canone dell'abrogazione espressa, non è affatto chiara la ragione della sua assoluta inderogabilità, nel medesimo senso, ad opera di singole leggi.

Peraltro, laddove volesse distinguersi questa ipotesi dalle altre virtualmente ammesse dalla tesi della clausola risolutiva implicita sulla base del fatto che essa si limiterebbe ad incidere sulle *modalità* del- l'abrogazione, senza incidere sulla *possibilità* della stessa, ricavando da ciò la sua ammissibilità e, al contempo, l'inammissibilità delle altre, osservo, ancora un volta, che quanto già asserito in tema di rimozione *ex post* delle condizioni

⁹¹ Le ordinanze *de quibus* sono, come noto, espressive di un potere esclusivamente fondato e regolato dalla legge n. 225 del 1992 (art. 5). La natura normativa di esso, reiterata- mente esclusa dalla giurisprudenza in favore della qualificazione amministrativa, dinanzi ad una prassi caratterizzata da un utilizzo sempre più diffuso, tale ormai da dare vita ad una molteplicità di micro-sistemi derogatori, accanto alla tendenziale stabilizzazione nel tempo dei vari regimi emergenziali, pare ormai difficilmente contestabile, per l'obiettivo difficoltà a continuare a far leva sulla «distinzione teorica tra abrogazione (o modificazione) stabile e deroga-sospensione» sinora utilizzata per giustificare «la negazione della natura di fonti del diritto (e anzi di fonti primarie) per le ordinanze di necessità e urgenza» (cfr. F. Modugno, voce *Fonti del diritto*, in corso di pubblicazione in *Digesto. Disc. Pubbl.*). Nell'imponente letteratura in materia v., da ultimo, G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, in particolare (per la questione che qui interessa) 137 ss. e 253 ss.

⁹² Cfr., in proposito, A. Pace. *Potere costituente*, cit. 174-175, il quale ritiene, perfettamente legittimo, non solo che una legge «ben possa "scegliere", nell'ambito dell'art. 15 disp. prel., la modalità della propria abrogazione», ma anche che « possa prevedere, per la propria abrogazione, modalità pur anche diverse da quelle ivi previste».

all'abrogazione eventualmente poste scongiura in ogni modo che si determini, *anche in tutte le altre ipotesi*, un effettivo impatto sulla «graduazione costituzionale dell'efficacia degli atti normativi»⁹³.

Semmai, qualora il problema si annidasse nella preoccupazione e nel sospetto nutrito in questa materia nei confronti delle prescrizioni per atto individuo, allora il discorso, piuttosto che sul crinale della legittimità costituzionale *tout-court*, andrebbe indirizzato - come già accennato - sul piano della giustificazione, della motivazione addotta (o adducibile) per la deviazione dalla disciplina generale. Con la conseguente possibilità di uno scrutinio di ragionevolezza teso a saggiarne la consistenza.

Insomma, per tutto quanto sin qui osservato, mi sembra che la posizione qui criticata si dimostri realmente affetta da una buona dose di apriorismo.

Se mi è consentito un ultimo auto-riferimento, mi pare che si possa dire che trova conferma anche nella materia *de qua* quel rapporto di reciproca interrelazione fra Costituzione e legge che fa di quest'ultima lo strumento principe per il mantenimento e lo svolgimento del disegno (programma) costituzionale⁹⁴. Mi rendo conto di aver così improvvisamente evocato un altro classico tema polemico nei riguardi della riflessione ultraquarantennale del sottoscritto, il quale però rischia di chiamare in causa un altro ed altrettanto complesso universo problematico, aprendo la strada

⁹³ Così A. Barbera, *Legge di piano*, 27.

⁹⁴ Torno, di recente, su questa assai discussa e spesso equivocata definizione, da me coniata ed elaborata già a partire da *L'invalidità della legge*, I, cit., 157 ss., in F. Modugno, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, cit.

ad una nuova e non meno controversa discussione. Ciò che mi induce senz'altro indugio a chiudere questa nostra conversazione.

I: La ringrazio davvero per l'ampiezza d'orizzonte dell'esposizione e per i molti stimoli lanciati. Credo proprio che questo nostro dialogo, oltre a chiarire nei suoi molteplici aspetti la tesi della condizione risolutiva implicita quale fondamento dell'abrogazione, fornisca a chiunque avrà la bontà di prestare ascolto a queste considerazioni motivi per rimeditare su di una teoria troppo presto e troppo radicalmente confinata nell'universo delle eccentricità. Grazie ancora.

10. *Epilogo*

Termina così il nostro dialogo-finzione con Franco Modugno sul *thema* del fondamento del fenomeno abrogativo. Il lettore si potrebbe, a questo punto, legittimamente chiedere, se ed in qual misura la finzione, oltre alla forma, abbia finito per interessare anche la sostanza. In pratica, l'interrogativo sarebbe il seguente: quanto di ciò che è espresso in queste pagine è realmente riconducibile al pensiero dell'Autore qui onorato?

A questo riguardo, quel che sento di dover dire è, innanzitutto, che quella rappresentata in queste pagine non è (neppure allusivamente) una sorta di intervista⁹⁵. Piuttosto, quello raccontato in

⁹⁵ Del tipo di quella realizzata da Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi con Lorenza Carlassare, in occasione della pubblicazione degli scritti in onore di quest'ultima (*Carlassare su Carlassare: conversazione con una costituzionalista*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, XXI).

queste pagine è senz'altro il "mio" Franco Modugno. E lo è in un duplice senso.

Per prima e più ovvia ragione, perché qualsiasi operazione di rilettura dell'altrui pensiero, pur quando condotta - come nel nostro caso - avvalendosi di un solido ancoraggio ai testi, si risolve, in fatto, sempre in un *ripensare*. È, in sostanza, frutto di un processo di acquisizione e metabolizzazione di quel pensiero da parte del rileggente che, compiendo inevitabilmente delle scelte anche semplicemente nel selezionare o disporre in un certo modo gli argomenti, finisce fatalmente per riconformarlo, subiettivizzandolo. Rileggere è inevitabilmente, in certo qual modo, manipolare.

Ma c'è anche una ragione più profonda.

Invero, quello raccolto in queste pagine non è soltanto un *pensato* dell'Autore in questione, bensì pure un *pensabile*, nel senso che ciò che è scritto non è solo descrizione, ma è al contempo pure proiezione di un pensiero che si fa così sprone e volano di un ulteriore pensare, generando qualcosa in cui descrizione e proiezione risultano alla fine così fortemente implicate una nell'altra, da apparire inestricabilmente mescolate. Intendo così anche testimoniare il grandissimo debito maturato nei confronti del mio maestro e del suo costante magistero, in grado di atteggiarsi davvero a lascito fecondo, idoneo a generare costantemente pensiero nell'allievo che, tantopiù ne trae giovamento, quantopiù è in grado di distinguersi, maturando la "distanza" che, in quanto alimentata incessantemente da quello stimolo, ne accresce il valore e con esso il debito di riconoscenza. Un po' come la pasta che è altra cosa dal lievito, il quale, consentendole di divenire pane, la trasforma in altro da sé.

Senza, poi, dire in conclusione che c'è pure una terza e distinta ragione giustificativa di quel "mio". Come mi è già capitato di osservare, nel rapporto fra maestro e allievo domina l'elemento caratteristico della tendenziale esclusività della relazione. «Il maestro è per l'allievo sempre il "suo" maestro, anche se questi ha molti allievi. La multilateralità della relazione non preclude affatto che essa sia percepita dal singolo allievo come unica. Accade, pertanto, quello che si dice per gli affetti più importanti: il crescere dei destinatari, non ne diminuisce l'intensità e, soprattutto, la percezione di quella medesima intensità»⁹⁶.

Non me ne vogliano, pertanto, i molti allievi di questo così prolifico maestro. L'aggettivo possessivo non è qui irrealistica negazione del condominio o ambizione infantile ad un monopolio che non c'è, né ci può essere. È piuttosto frutto di un irragionevole sentire e di una fuorviante deriva degli affetti, la cui consapevolezza, però, non può menomamente scalfire - in chi scrive - l'intima sensazione della sua veridicità.

⁹⁶ P. Carnevale, *De magistro. Considerazioni circa la figura del maestro nella vita accademica e intorno a quella del mio (nostro) maestro in occasione dei suoi settant'anni*, p. 3 del paper.

