



*A Giuliano Marini,  
già ordinario di Diritto penale nell'Università di Torino,  
fine dommatico e sincero amico, in memoriam*



## INDICE

	<i>pag.</i>
1. Il concetto di abrogazione. Legge, disposizione, norma	1
2. L'inizio dell'esistenza della legge, della disposizione e della norma	13
3. La cessazione dell'esistenza di leggi, disposizioni, norme. Il ricorso al concetto di abrogazione	22
4. La vincolatività della previsione di "limiti" a certi tipi di abrogazione da parte di norme dello stesso livello gerarchico delle norme abrogande	35
5. I tipi di abrogazione: a) l'abrogazione espressa c.d. "nominata"	43
6. <i>Segue:</i> b) l'abrogazione tacita	58
7. <i>Segue:</i> c) l'abrogazione espressa c.d. "innominata" e l'abrogazione implicita	69
8. I "fatti abrogativi" e la loro integrazione come "condizione di cessazione di esistenza" della norma	77
9. La "revoca di validità" della norma come effetto dell'abrogazione. I due significati del termine "ambito temporale di validità" di una norma	86
10. L'ambito temporale di "efficacia" della norma. La regola della "irretroattività"	100
11. <i>Ratio</i> dell'art. 11 preleggi. L'esistenza di una norma "implicita" di contenuto identico a quello della norma abrogata ad efficacia temporale "limitata" ai fatti pregressi	106

	<i>pag.</i>
12. Le norme “transitorie” come norme “speciali” di disciplina dei fatti realizzati durante l’esistenza delle norme abrogate	113
13. Le deroghe all’art. 11 preleggi. L’art. 2 c.p. e la <i>ratio</i> della “retroattività” delle norme penali “di favore”	120
14. I tre casi di successione di norme penali. <i>a)</i> La modifica del trattamento sanzionatorio	130
15. <i>Segue: b)</i> La nuova incriminazione. L’esistenza di una norma generale di “liceità penale” implicita	135
16. <i>Segue: c)</i> La <i>abolitio criminis</i> e la norma generale di “liceità penale”	142

1. *Il concetto di abrogazione. Legge, disposizione, norma.*

Nell'uso comune, prima ancora che nel linguaggio giuridico, il termine “abrogazione” evoca l'idea di “eliminazione”, “cancellazione”, di un *quid* fino a quel momento “esistente” nel mondo dei fenomeni. Nell'esperienza giuridica, questo concetto si avvicina a quello di “revoca”, riferito a un “atto” o a un “provvedimento”, e/o a quello di “estinzione”, riferito agli “effetti” di un atto giuridicamente rilevante, spesso confondendosi con essi; fino ad essere accostato al concetto di “deroga”, inteso come “deviazione”, totale o parziale, nel senso di “soppressione” o “limitazione” (onde il suo comune collegamento, oggi, con l'idea di “specialità”/“eccezione”), rispetto a un *quid* esistente, in una dimensione sia statica che dinamica<sup>1</sup>. In particolare, proprio in quanto vicino ai concetti di revoca ed estinzione, anche il concetto di abrogazione viene comunemente inteso come espressivo del venir meno dell'esistenza di qualcosa a partire da un certo momento: *ex nunc*, dunque.

---

<sup>1</sup> Ciò trova conferma nel celebre passo di Modestino (*Digesto*, 50, 16, 102), secondo cui «la legge può essere derogata o abrogata: si deroga quando se ne sopprime una parte e si abroga quando la si sopprime tutta». Da ricordare come al termine “abrogazione” corrisponde nella lingua inglese – oltre all'espressione *repeal* – il lemma *derogation* e in spagnolo/castigliano quello di *derogación*. Nella stessa prospettiva si muove il brocardo *lex posterior derogat priori*; e ancor più l'altro *lex posterior generalis non derogat (o derogat) priori speciali*, dove il termine “deroga”, contrapposto a “speciale”, assume un significato chiaramente autonomo rispetto a quest'ultimo e sinonimico rispetto ad “abroga”.

È un dato di comune esperienza l'uso dei termini "legge" "disposizione" e "norma" indifferentemente, quasi fossero sinonimi, secondo un'abitudine invalsa nella prassi ma anche nella stessa redazione – spesso sciatta – dei testi legislativi. Tale mancanza di precisione concettuale, anche se per lo più non dà luogo a conseguenze rilevanti sul piano della interpretazione e della applicazione del diritto, non è però sempre innocua ai fini della stessa ricostruzione dogmatica degli istituti giuridici. Un esempio macroscopico si ha proprio con riferimento al fenomeno della "abrogazione".

Stando infatti alla lettera dell'art. 15 delle «Disposizioni sulla legge in generale» (da ora indicate come "preleggi")<sup>2</sup>, che nell'ordinamento italiano prende specificamente in considerazione il fenomeno abrogativo, la rubrica, ma anche il testo dell'articolo, parla esplicitamente di «Abrogazione delle leggi»<sup>3</sup>;

---

<sup>2</sup> Si tratta di disposizioni di legge "materialmente", anche se non formalmente, costituzionali, concernendo la materia delle fonti, dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, chiamate anche – nel gergo comune dei giuristi italiani – "Disposizioni preliminari al codice civile" o anche, appunto, "preleggi", in quanto approvate preliminarmente al codice civile con Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262. Il «valore costituzionale» delle preleggi è sottolineato da A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, Rimini, Maggioli, 1983, pp. 9-10 e 52. Di «materia sostanzialmente d'ordine costituzionale» con specifico riferimento all'art. 11 preleggi parla M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 128. Dal fatto che si tratti di "materia costituzionale", consegue come per la loro eventuale abrogazione (o modificazione) deve essere sempre adottata, per i relativi disegni di legge, «La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera» (ad esclusione quindi della procedura decentrata in Commissione in sede deliberante) (c.d. "riserva di assemblea": art. 72 comma 4 Cost.).

<sup>3</sup> Art. 15 Disposizioni sulla legge in generale: «*Abrogazione delle leggi.* – Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le prece-

così come l'art. 11 dello stesso corpo normativo<sup>4</sup> – l'altra disposizione che, da sempre, la dottrina dominante utilizza in combinato col succitato art. 15 per individuare gli effetti dell'abrogazione<sup>5</sup> – parla di «Efficacia della legge nel tempo»<sup>6</sup>. Il

---

denti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».

<sup>4</sup> Art. 11 Disposizioni sulla legge in generale: «Efficacia della legge nel tempo. – La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo. (...)». Si noti che sia nell'art. 15 che nell'art. 11 preleggi il termine “legge” deve essere inteso in senso non formale, ma come mero sinonimo di “atto normativo”, di qualunque livello gerarchico.

<sup>5</sup> Per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, Cedam, 1971, 2<sup>a</sup> ed., pp. 167-168; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 194. Secondo M. S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali della Fac. di Giurisprudenza – Univ. Perugia*, vol. LVI, Padova, Cedam, 1942, p. 28, «irretroattività della norma posteriore e abrogazione della norma anteriore si pongono come le due facce della disciplina giuridica di una fattispecie nel tempo, in quanto nel nostro diritto positivo vige il principio generale dell'irretroattività, o, in altre parole, che l'effetto dell'abrogazione si verifica *ex nunc*». Parla di “confusione” nella quale incorre in genere la dottrina nell'interpretazione “combinata” degli artt. 11, 10 e 15 preleggi, come se si riferissero ad aspetti diversi dello stesso fenomeno normativo, trattandosi viceversa di disposizioni che disciplinano materie diverse, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro italiano, 1974, pp. 46-53.

<sup>6</sup> Il riferimento alla “legge”, intesa – oltre che in senso “materiale” – come *atto normativo scritto* (*rectius*: come documento in cui la volontà normativa del legislatore si è esteriorizzata in enunciati linguistici), è viceversa senz'altro corretto negli artt. 10 e 12 Disposizioni sulla legge in generale, rispettivamente rubricati «*Inizio dell'obbligatorietà delle leggi e dei regolamenti*» e «*Interpretazione della legge*». Secondo l'art. 10 comma 1, «Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a



riferimento esplicito da parte dell'art. 15 solo alle "leggi" e alle "disposizioni" non può però significare che l'abrogazione abbia senz'altro ad oggetto "leggi" o "disposizioni" (e non "norme"). Contro questa conclusione, non solo milita l'ambiguità del significato che assumono nei diversi testi normativi i termini "legge" e "disposizione", utilizzati altresì come sinonimi di "norma giuridica" e addirittura di "diritto oggettivo" (si veda ad es. l'art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini ... sono eguali davanti alla legge»)<sup>7</sup>; ma anche la circostanza – il che forse aiuta a spiegare l'origine "storica" di questa tralaticia ambivalenza terminologica – che, quando fu elaborato l'"archetipo" di tutte (o quasi) le disposizioni legislative le quali, negli ultimi due secoli, hanno specificamente disciplinato nei diversi ordinamenti il fenomeno abrogativo, ossia il *code civil* napoleonico, era dominante l'idea della identificazione assoluta tra "legge" (= "disposizione") e "norma": infatti, essendo il giudice ideologicamente considerato mera "bocca della legge" e dovendo pertanto l'interpretazione limitarsi necessariamente – almeno in apparenza – alla semplice "esegesi" del testo, ne conseguiva come, potendo discendere dal testo della legge espressione del-

---

quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto»; ai sensi dell'art. 12, «Nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

<sup>7</sup> La polisemia del vocabolo "legge" è sottolineata da R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 73 ss. e 85-86. Sullo scambio dei termini "legge" e "norma" come pure "legge" e "diritto" richiama l'attenzione F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1973, XXIII, pp. 874-883. Vedi anche *infra*, nota 10.

la volontà legislativa una e una sola interpretazione “corretta” (onde l’introduzione di una Corte di Cassazione, quale tutore della «esatta osservanza» e «uniforme interpretazione della legge») <sup>8</sup>, una e una sola doveva ritenersi la “norma” ricavabile dalla “disposizione” di legge <sup>9</sup>. Da ciò la corrispondenza “biunivoca” tra i due termini e il loro uso promiscuo nella prassi (e, a volte, anche nei testi legislativi) <sup>10</sup>.

*Rebus sic stantibus*, la prima domanda da porci è: che cosa è “oggetto” di “abrogazione”? Le “disposizioni” o le “norme”? O, ancora, tanto le disposizioni quanto le norme ovvero, a seconda dei casi, ora le une ora le altre?

Teoricamente, nulla esclude che con lo stesso termine “abro-

<sup>8</sup> Art. 65 Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 – Ordinamento giudiziario: «*Attribuzioni della Corte suprema di cassazione.* – La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. (...)».

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda a M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l’interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. web*, 2017, n. 1, spec. parr. 6 e 7.

<sup>10</sup> Di «uso promiscuo delle locuzioni “legge” e “norma”» parla V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 10. Del diverso significato che può assumere la locuzione “norma”, da intendere ora come sinonimo di “disposizione” (“enunciato legislativo”) ora come “contenuto di senso” della disposizione (suo “significato”, prodotto della sua interpretazione), R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 15-16 e 136-137. Sul piano legislativo si veda, ad es., l’art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. laddove, fra i motivi di ricorso per cassazione, parla di «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell’applicazione della legge penale», mostrando di considerare equivalenti i termini “legge” e “norma”.

gazione” possa farsi riferimento a fenomeni radicalmente diversi sul piano sia dell’oggetto che degli effetti, oltre che della struttura e natura <sup>11</sup>. È infatti opinione largamente diffusa sia fra i giuristi positivi che fra i teorici generali del diritto che una forma di abrogazione, l’“espressa”, abbia ad oggetto “disposizioni” mentre un’altra, la “tacita”, “norme” <sup>12</sup>.

Essendo l’abrogazione legata, con ogni evidenza, alla “dimensione temporale” dei fenomeni giuridici, un corretto approccio alla comprensione della “dinamica” dei sistemi normativi, in particolare proprio attraverso il riconoscimento del

---

<sup>11</sup> È comune in dottrina l’affermazione che il termine “abrogazione” sia usato in contesti diversi per designare sia l’“atto di abrogare” che l’“effetto abrogativo” (che risulta da un atto di abrogazione): R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in *L’abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, a cura di C. Luzzati, Milano, Giuffrè, 1987, p. 3; F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, I, p. 4; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 107-108; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 169 (con riferimento specifico all’abrogazione “espressa”). Nel senso, viceversa, che «l’abrogazione, a stretto rigore, non è né un atto giuridico né un fatto giuridico, bensì un effetto giuridico; e cioè l’effetto della cessazione dell’efficacia della forza qualificatoria di una norma per le situazioni di fatto posteriori a un certo momento», esplicitamente M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 10; nella stessa direzione si muove S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, I, p. 142, secondo cui «propriamente si parla di abrogazione con riferimento all’effetto che un atto legislativo produce rispetto ad un atto legislativo preesistente, ponendo fine alla sua efficacia».

<sup>12</sup> Così R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 18 ss.; F. SORRENTINO, *L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 17; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 110-117. Nel senso viceversa che oggetto dell’abrogazione siano sempre e solo “disposizioni”, decisamente, R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., pp. 340-341 e 346.

significato e della portata dell'istituto dell'abrogazione fra gli strumenti che un ordinamento giuridico può (o, forse, deve) predisporre in funzione della risoluzione dei problemi legati al “mutamento” normativo<sup>13</sup>, impone di procedere alla preven-

---

<sup>13</sup> L'istituto dell'“abrogazione” consente di evitare l'“immutabilità” e quindi la “staticità” dell'ordinamento giuridico attraverso la previsione e la disciplina del “cambio normativo” come conseguenza della naturale “modificabilità” nel tempo della valutazione sociale, e quindi giuridica, delle situazioni già normativamente qualificate per mutamento delle ragioni di opportunità “politica” che ne costituiscono il fondamento. Diverso discorso – se non addirittura opposto – va fatto per il “cambio normativo” che discende dalla introduzione nel sistema di una norma “incostituzionale”: trattandosi infatti di norma “annullabile” o meglio, a mio parere, “nulla” (nel senso di “inesistente” in quanto “invalida”: vedi *infra*, nota 35), siamo qui in presenza di un cambio normativo “estraneo”, per la sua “illegittimità”, alla “regolarità” della “dinamica” dell'ordinamento giuridico. Onde la radicale differenza concettuale tra i due fenomeni della “abrogazione” e della “invalidità costituzionale” della norma giuridica (anche se entrambi hanno in comune la “non appartenenza” – *infra*, par. 2 – della norma abrogata o costituzionalmente invalida al “sistema/ordinamento”). Ciò anche perché la invalidità di una norma avente valore di legge ordinaria non è necessariamente connessa alla sua introduzione nel sistema *posteriormente* all'entrata in vigore di una Costituzione “rigida”, ponendosi il problema della invalidità (dato il diverso “livello gerarchico”) anche per le norme aventi valore di legge entrate in vigore *anteriormente*, vicenda nella quale è viceversa la Costituzione a succedere temporalmente alla legge. E non è un caso che la questione se si dovesse fare riferimento alla “abrogazione” o alla “invalidità” si è storicamente posta in Italia con riferimento a tutta la legislazione previgente all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, incompatibile col nuovo assetto costituzionale (a favore della «piena sindacabilità delle leggi anteriori, con riguardo al loro contenuto» – ma non alle formalità procedurali della loro adozione –, da parte della sola Corte costituzionale, come conseguenza della loro illegittimità “sopravvenuta”, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, Cedam, 1974, 2<sup>a</sup> ed., pp. 85-87; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 176-179;

---

nello stesso senso C. ESPOSITO, *Leggi vecchie e costituzione nuova*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 283-286; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, Cedam, 1969, 8<sup>a</sup> ed., pp. 1265-1266; sia pure in posizione parzialmente critica, perché tale soluzione finirebbe col limitare l'applicazione diretta della Costituzione da parte della magistratura ordinaria, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 140-145).

Nel senso viceversa della “immodificabilità” dell’ordinamento giuridico come conseguenza della durata indeterminata, e quindi della – tendenziale – “eternità”, delle norme che lo compongono laddove lo stesso ordinamento non contenga, alla stregua del suo *diritto positivo*, una *Derogationsnorm* che preveda e disciplini le eventuali “condizioni di modificabilità” delle sue norme, vedi A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi, principio normologico*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 129-145, *passim*: «Il principio dell’essere-dato-una volta per tutte vale non soltanto per la costituzione ma anche per la legge ordinaria legittimata dalla costituzione. La immodificabilità della legge una volta data, da affermarsi in caso di dubbio, non è affatto incompatibile con l’autorizzazione a legiferare, quale è conferita nella costituzione agli atti legislativi. ... Questa immodificabilità delle leggi, che in caso di dubbio va affermata, cede alla modificabilità nei limiti in cui l’abrogazione della legge è possibile mediante un atto di eguale valore e ferma restando la necessità di una autorizzazione da parte della legge da abrogare» (pp. 138-139). Infatti, non esiste di per sé nella legge posteriore nessuna caratteristica per cui si possa dire che possiede maggior “forza” della legge anteriore, con la conseguenza che se ne debba predicare la “prevalenza” nel tempo. Laddove dunque la Costituzione preveda *espressamente* la possibilità della sua modifica (sia pure attraverso particolari formalità), con riferimento alla legge ordinaria «Il ragionamento *a maiori ad minus* consente – anche se in modo non del tutto soddisfacente sul piano logico – di ammettere anche la possibilità di modifica». È infatti lo stesso Autore ad affermare – con specifico riferimento alla Costituzione – come, dato per presupposto che «la immodificabilità è un fatto ovvio e che invece la modificabilità dev’essere espressamente stabilita ... per arrivare alla nozione di modificabilità di fronte ad una costituzione che tace circa la propria modificabilità, postulo una norma che statuisca la modificabilità; la immodificabilità è infatti per me un principio normologico». Infatti – prosegue l’A. –

---

«per me la modifica di una costituzione che taccia circa la possibilità della propria modifica è qualcosa di logicamente impossibile» (pp. 141-142). Si veda anche *infra*, nota 42. Sottolinea correttamente come la tesi – oggi dominante come modello esplicativo del fenomeno abrogativo (su cui vedi *infra*, par. 9) – per cui l’abrogazione determinerebbe, non la revoca della validità/esistenza della norma abrogata, ma solo la delimitazione temporale del suo ambito di efficacia ai fatti realizzati sotto la sua vigenza comporta logicamente la conseguenza che «le leggi (purché) costituzionalmente legittime, una volta emanate, sarebbero eterne, avrebbero cioè un ambito di validità illimitato nel tempo, ancorché spazialmente limitato», C. LUZZATI, *Abrogazione e indeterminazione dell’ordinamento giuridico*, in *L’abrogazione delle leggi*, cit., pp. 66-67. Nel senso della – almeno tendenziale – “eternità” delle norme giuridiche vedi anche F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936, p. 94, laddove afferma che «non bisogna credere che la efficacia delle norme giuridiche sia limitata nel tempo; quando una norma giuridica governa una concreta situazione di fatto, la governa per sempre, cioè rispetto a tutto il tempo come rispetto a tutto lo spazio». Sottolinea come «le leggi normalmente hanno un carattere di *stabilità*, e sono destinate ad una durata indefinita» anche F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I, *Dottrine generali*, Parte I, *Il diritto-I soggetti-Le cose*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 250. Sotto un certo profilo, anche l’idea della tendenziale “eternità” delle leggi/norme (fino, in genere, alla loro abrogazione) è comunque, almeno implicitamente, presupposta anche da quella dottrina che vede nella “generalità” della norma, intesa come “ripetibilità indeterminata” delle sue statuizioni nel tempo con riferimento ad una serie indefinita di casi concreti, uno dei caratteri distintivi del concetto stesso di “norma”: per tutti, V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, IV, pp. 245-247 e 256. Muovendo a sua volta dal presupposto che ogni norma possa porre limiti alla sua abrogazione (*infra*, par. 4 e nota 46), M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 15, fa coerentemente notare come, «se una legge, per regolare la propria abrogazione, abbisogna di esplicita e precisa disposizione, vuol dire che nel nostro diritto positivo vige il principio generale contrario, che le leggi vanno annoverate fra gli atti a durata indeterminata, e che (salvo appunto contraria disposizione espressa) la loro cessazione è rimessa agli atti normativi successivi»; il che significa che la legge, «in via normale, ha, nel tempo, il carattere della perpetuità» (p. 17).

tiva individuazione degli “ambiti temporali” di “esistenza” – eventualmente differenti – della “legge” (intesa propriamente come sinonimo di “atto normativo”), della “disposizione” e della “norma”; ossia di quelle entità “basilari” della fenomenologia giuridica che presentano tutte – almeno sino a prova contraria – il comune denominatore della “modificabilità” nel tempo.

Anzitutto è indispensabile indicare, attraverso definizioni stipulative, che cosa si intende in questa sede per “legge”, “disposizione”, “norma”. Il termine “legge” è qui utilizzato come sinonimo di “atto normativo”<sup>14</sup>, ossia come atto di volontà dell’organo deputato alla produzione di norme adottato in conformità alle regole procedurali stabilite dalle metanorme<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> È superfluo a sua volta sottolineare come, in questo lavoro, prendo in considerazione esclusivamente il problema della validità temporale delle norme che si ricavano interpretativamente da un “atto normativo scritto” e non anche delle norme di origine consuetudinaria. Così come non mi occupo dei problemi che nascono dalla successione temporale tra legge e atti normativi di rango inferiore.

<sup>15</sup> Sul concetto di “metanorma” come “norma sulle norme” (= avente ad oggetto altre norme e non fatti costituiti da comportamenti umani) R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 23 e 30-32; T. MAZZARESE, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, Cedam, 1989, p. 19 ss. Qualifica quelle che oggi chiamiamo “metanorme” – sia pure muovendo dalla prospettiva specifica del diritto internazionale privato – come «diritto sul diritto» o, senz’altro, «supradiritto» o anche «regole giuridiche sul diritto» E. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Dir. intern.*, 1961, p. 153 ss., al quale probabilmente si deve far risalire la fondazione della dottrina delle “norme sulle norme”; norme che l’Autore classifica fundamentalmente in tre gruppi: regole sulla formazione del diritto, ossia sulle sue fonti; regole sull’interpretazione del diritto e sul modo in cui debbono essere colmate le lacune dell’ordinamento giuridico (cui appartiene il principio dell’estensione analogica di una norma); infine, regole che delimitano la sfera di validità o di applicazione delle norme nel tempo e nello spazio.

sulla produzione normativa; volontà normativa che trova espressione semantica, oggettivandosi, in uno o più enunciati linguistici contenuti in un documento scritto (= testo legislativo), risultato del legiferare come atto, che chiamiamo “disposizioni”. Disposizioni che possono essere tecnicamente definite anche “fonti del diritto”, in quanto è dalla loro interpretazione da parte degli organi deputati all’applicazione del diritto che si ricavano, come risultato di detta attività interpretativa, le “norme”, da intendere propriamente come l’espressione di “senso”, il “significato”, dell’atto di volontà normativo contenuto nelle disposizioni<sup>16</sup>.

Più in particolare, ciò significa che da una stessa “disposizione” (da sola o in combinato con altre disposizioni) possono legittimamente trarsi più “norme” a seconda dei diversi risultati interpretativi cui possono pervenire i diversi organi deputati all’applicazione del diritto, sia in una dimensione “sincronica” che “diacronica” (si pensi ad es. alla c.d. interpretazione “evolutiva”)<sup>17</sup>. Il che dimostra con tutta evidenza come sia nient’altro che un preconcetto, diffuso specie tra i giuristi che si occupano di diritto positivo ma smentito oltre che a livello di teoria generale anche dalla prassi giudiziaria, che la “regola giuridica”, cioè la “norma”, idonea a disciplinare una certa

---

<sup>16</sup> In questa direzione – sulle orme di Kelsen (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1975, p. 10 ss.; ID., *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1985, pp. 4 e 52-69) – si muove R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 15-16. In generale, sulla distinzione tra “disposizione” e “norma” si vedano V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XIII, *passim*; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 25 e 39-40; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 101 ss.

<sup>17</sup> M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., *passim*, spec. parr. 7-10.



“situazione di vita”<sup>18</sup> secondo un certo ordinamento in un determinato momento storico sia sempre una e una sola<sup>19</sup> (onde, come abbiamo visto, la corrispondenza biunivoca e l’uso promiscuo dei termini “disposizione” e “norma”). A sua volta, è un dato di comune esperienza che ogni organo deputato all’applicazione del diritto tragga di regola la singola “norma” idonea a qualificare il caso concreto sottoposto alla sua cognizione dalla interpretazione “sistematica” di una pluralità di “disposizioni”, ognuna delle quali contiene pertanto un

---

<sup>18</sup> Uso anch’io la bella espressione “situazione di vita” (la *Lebenszustand* della tradizione tedesca), tanto cara a Giuliano Marini, alla cui memoria questo scritto è dedicato.

<sup>19</sup> Residui di questo modo di ragionare si hanno, fra l’altro, nella previsione legislativa, tra i motivi di ricorso per cassazione, della “erronea applicazione della legge” (così, in materia penale, l’art. 606 comma 1 lett. *b* c.p.p.: «Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: ... *b*) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell’applicazione della legge penale; ...»); si veda anche, in materia civile, l’art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c., a tenore del quale «Le sentenze pronunciate in grado d’appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: ... 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto ...»). Anche se questa “finzione” serve, con ogni evidenza, a garantire uno dei massimi valori “politici” di esistenza e di “tenuta” di qualunque ordinamento giuridico, ossia l’aspirazione alla “certezza” del diritto intesa come ragionevole prevedibilità (meglio, *predicibilità*: M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., pp. 60-62), almeno nel breve periodo, da parte dei cittadini della valutazione che gli organi deputati all’applicazione del diritto faranno dei comportamenti che essi porranno in essere. “Certezza” intesa come aspirazione alla “uniforme applicazione del diritto”, istanza che, nei diversi sistemi, è perseguita attraverso strumenti diversi, ma convergenti nella finalità: la c.d. funzione “nomofilattica” attribuita alla competenza delle Corti Supreme (o di Cassazione) nei sistemi di *civil law* e la regola dello *stare decisis* negli ordinamenti di *common law*. Sul punto si rimanda a M. TRAPANI, *Creazione giuridiale della norma penale*, cit., par. 11.

“frammento di norma”<sup>20</sup>; anche se non è escluso che da un’unica disposizione si possano ricavare più norme diverse<sup>21</sup>. Il che consente di affermare che gli enunciati linguistici in cui si sostanziano le disposizioni legislative possono anche definirsi come mere “aspettative di norme” (o anche “proposte di norme”)<sup>22</sup>.

## 2. *L’inizio dell’esistenza della legge, della disposizione e della norma.*

Ovvio anzitutto che quando si parla, a proposito di “legge” “disposizione” e “norma”, di “esistenza”, non ci si riferisce ad

---

<sup>20</sup> In generale, sulla distinzione tra “norma” e “frammento di norma” C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni e G. B. Ratti, Torino, Giappichelli, 2005, p. 72 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 19, 33 e 39 (anche se in termini non coincidenti con quelli del testo). Riconduce i “frammenti di norme” sotto la categoria generale delle “norme non autonome” H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., pp. 68-72. In posizione critica verso la teoria kelseniana della norma giuridica, sulla base della distinzione – ritenuta fondamentale (sempre in una prospettiva di teoria generale) – tra norme che impongono “doveri” e norme che attribuiscono “poteri”, H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Torino, Einaudi, 1965, p. 34 ss. (si vedano anche pp. 282-283).

<sup>21</sup> Nell’esperienza giuridica penalistica è ben nota, ad es., la problematica che l’esistenza di “disposizioni a più norme” pone con riferimento alla individuazione della linea di confine tra i fenomeni del concorso di norme e del concorso di reati. Sul punto, per tutti, sinteticamente, R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Parte prima, *Diritto penale sostanziale*, Torino, Utet, 1958, I, pp. 140-141 e 349.

<sup>22</sup> Su questo profilo più approfonditamente M. TRAPANI, *Creazione giuridiale della norma penale*, cit., *passim*, spec. par. 9.

una “qualità” di tipo “ontologico/naturalistico”<sup>23</sup> ma “giuridico” in quanto dipendente dalla “qualifica” operata da altre norme (*rectius*: “metanorme”).

Qual è dunque, con riferimento alla legge, alla disposizione e alla norma, l’ambito temporale della loro “esistenza” giuridica? Diciamo subito che la “dimensione temporale” di questi istituti giuridici, contrariamente a quanto spesso si crede, non coincide; e che l’esatta individuazione dei momenti di inizio e di cessazione della loro “esistenza” non è, ovviamente, un problema di teoria generale del diritto, ma di stretto diritto positivo, la cui soluzione è dunque data da ciascun ordinamento giuridico.

Quanto all’“atto normativo” (= “legge” in senso lato), inteso come complesso delle “disposizioni” (enunciati linguistici) in cui si è espressa la volontà normativa, il problema è se la sua “esistenza” inizi con la sua “entrata in vigore” ovvero con la sua “promulgazione”<sup>24</sup> (o atto analogo: si pensi alla “ema-

<sup>23</sup> Inutile e senza fondamento, dunque, la critica che parte della dottrina muove all’idea stessa di “esistenza” di leggi, disposizioni e norme sulla base di una presunta loro “antropomorfizzazione”, quasi che attraverso il ricorso al concetto di “esistenza” si volesse veramente, e non solo metaforicamente, sostenere che le suddette entità come gli uomini nascono, vivono e muoiono. Anche se è un dato di comune esperienza l’utilità che, sul piano didattico, hanno le metafore. Nel senso, viceversa, che «le norme non hanno una “esistenza” biologica, cioè una nascita, una vita e una morte» vedi R. GUASTINI, *Replica*, in *L’abrogazione delle leggi*, cit., p. 103, che poi prosegue: «Da questo punto di vista, dubito che abbia senso dare alla validità – intesa come appartenenza, cioè come conformità [rispetto alle metanorme sulla produzione di quel sistema] – una dimensione temporale. Non mi sembra appropriato dire che una relazione di conformità abbia una “durata”». Critico nei confronti del concetto di “esistenza” della norma giuridica anche L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 234-238.

<sup>24</sup> Nell’ordinamento italiano, l’art. 73 Cost. stabilisce che «Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall’approvazione. ... Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entra-

nazione” dei decreti aventi valore di legge e dei regolamenti del Governo *ex art. 87 Cost.*)<sup>25</sup>, ossia con la formale attestazione dell’avvenuta approvazione di un atto normativo da parte dell’organo competente secondo le formalità procedurali previste dalle metanorme sulla produzione giuridica.

A mio avviso, ci sono buone ragioni – che non è in questa sede possibile approfondire – per ritenere che l’atto normativo “esista” già con la “promulgazione”, mentre solo la sua “obbligatorietà”, intesa come produzione dei suoi “effetti giuridici” ossia delle “norme”, decorra dal momento, successivo, della sua “entrata in vigore”<sup>26</sup>. Questa “dissociazione” temporale

---

no in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso». Si veda anche, nello stesso senso, l’art. 10 preleggi (*retro*, nota 6). Ovvio, a sua volta, che il problema prospettato nel testo non si porrebbe in quegli ordinamenti in cui il momento di entrata in vigore della legge dovesse, in ipotesi, coincidere con quello della sua promulgazione.

<sup>25</sup> Art. 87 Cost.: «Il Presidente della Repubblica ... promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti. ...». Da questo momento, per comodità espositiva, si farà riferimento solo alla “promulgazione”; così come, per brevità, si parlerà solo di “legislatore” per indicare tutti gli organi titolari della potestà normativa.

<sup>26</sup> *Infra*, nota 28. Evidenza come «la validità (nel senso di appartenenza e applicabilità) si acquista nel nostro ordinamento con la promulgazione della legge e si perda simmetricamente (anche) con la sua abrogazione» M. JORI, *Abrogazione, validità, atti linguistici*, in *L’abrogazione delle leggi*, cit., p. 57. Nel senso che la legge come atto legislativo “esiste” nel momento in cui si perfeziona con la sua “promulgazione”, per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, cit., pp. 703-715. Afferma come «decisiva per la cessazione dell’efficacia di una legge non è la data della promulgazione né della pubblicazione della legge che l’abolisce, ma quella in cui quest’ultima diventa obbligatoria», N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I (Parte generale), Milano, Società Editrice Libreria, 1910, p. 95.

tra “esistenza” ed “efficacia” dell’atto giuridico – di cui l’atto normativo è una specie – non è d’altronde un fenomeno sconosciuto sia alla teoria generale che alla dommatica<sup>27</sup>. Discorso collegato all’“esistenza” è poi quello della “validità” dell’atto normativo – e quindi delle “disposizioni” che ne costituiscono il contenuto –, che dipende dalla sua conformità alle regole procedimentali stabilite dalle metanorme sulla produzione giuridica, ossia dall’assenza di vizi formali (il che – laddove le suddette metanorme sulla produzione giuridica siano contenute in una costituzione “rigida” – si risolve in una tipica applicazione del principio della *lex superior* e dunque in un problema di “gerarchia” delle “fonti” del diritto).

Quanto alla “norma”, se essa è il “significato” dell’enunciato linguistico in cui si sostanzia la “disposizione”, ne discende che essa “esiste” giuridicamente dal momento in cui il “dover essere” che ne rappresenta il “contenuto” può ricavarsi in via interpretativa dalla “disposizione”, ossia dall’“entrata

---

<sup>27</sup> Per tutti, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. Ed. del «Foro italiano», 1940, p. 394 ss.; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1965, XIV, p. 432 ss., spec. pp. 481-484 (che designa col termine di “rilevanza giuridica” la «giuridicità peculiare del fatto, perfezionatosi in tutti gli elementi essenziali ma non ancora produttivo dei suoi effetti tipici e fondamentali»: p. 482). La tesi che l’inizio di esistenza dell’atto normativo coincida col momento della sua promulgazione consente, fra l’altro, di risolvere agevolmente il problematico e assai dibattuto caso della “abrogazione” (vedremo – *infra*, par. 5 – che l’uso di questo termine non è corretto con riferimento agli atti normativi e alle disposizioni che ne costituiscono il contenuto) di una legge promulgata ma non ancora entrata in vigore ad opera di un’altra legge promulgata successivamente, ma entrata in vigore prima della legge abrogata (nel senso che, in caso di contraddizione, prevale la legge promulgata posteriormente F. FERRARA, *Trattato*, cit., pp. 252-253; N. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 96; sul punto, *adde* le considerazioni di R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., pp. 324-326).

in vigore” dell’atto normativo che la contiene. Solo per metonimia si può dire che anche la norma “entra in vigore”: infatti, essendo in quel momento “obbligatorio” dare “esecuzione” a quanto stabilito dalla “legge”, intesa come *corpus* di “disposizioni”<sup>28</sup>, è da quel momento che gli organi cui l’ordinamento attribuisce il potere di “applicare” il diritto dovranno trarre da quelle “disposizioni”, come risultato della loro interpretazione, le “norme” da “applicare” alle situazioni concrete corrispondenti alle fattispecie che costituiscono la protasi delle norme stesse. In realtà, solo degli atti normativi, e quindi delle disposizioni, si può predicare che entrano in vigore<sup>29</sup>.

Portando alle estreme conseguenze il ragionamento, si potrebbe forse addirittura sostenere che, dipendendo l’esistenza

---

<sup>28</sup> La stretta connessione e interdipendenza tra i concetti di “entrata in vigore” e “obbligatorietà” della legge è, nel diritto positivo italiano, plasticamente evidenziata dalla lettura combinata e sistematica degli artt. 73 comma 3 Cost. («Le leggi ... *entrano in vigore* il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione») e 10 comma 1 preleggi («Le leggi e i regolamenti divengono *obbligatori* nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione»).

<sup>29</sup> Nel senso viceversa che anche per la norma si debba parlare di “promulgazione”, quale «unica condizione sufficiente e necessaria per la sua esistenza» (al pari della legge) C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México D. F., Distribuciones Fontamara, 1997, p. 28. Diversamente E. BULYGIN, *Tempo e validità*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 85, secondo cui la esistenza di una norma – intesa come “appartenenza” ad un “sistema” (*infra*, nota 108) – non comincia dal momento della sua “promulgazione”, ma da quello della sua “applicabilità”. Parla esplicitamente di “entrata in vigore” anche con riferimento alla “norma” F. MODUGNO, voce *Norma. a) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1978, XXVIII, p. 379, che afferma come «Di regola, ossia in assenza di particolari determinazioni, l’entrata in vigore della norma coincide con l’entrata in vigore della fonte dalla quale essa si ricava».

delle norme da un'attività interpretativa delle disposizioni di cui esprimono il senso, non basterebbe per affermare l'esistenza di una norma che sia entrato in vigore l'atto normativo da cui essa si ricava interpretativamente, ma *occorrerebbe che detta attività interpretativa sia stata in concreto effettuata*. In ultima analisi, la norma, in quanto risultato di attività interpretativa, verrebbe a giuridica esistenza *solo nel momento in cui fosse "applicata"* (o dovesse comunque essere presa in considerazione ai fini dell'applicazione di un'altra norma)<sup>30</sup> per la risoluzione di un caso concreto da parte degli organi istituzionalmente preposti. Con la conseguenza che l'esistenza della norma, seguendo questa ricostruzione estrema, potrebbe essere – anzi di regola sarebbe – logicamente *successiva* all'entrata in vigore della disposizione di cui costituisce il contenuto<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Si pensi ad es. all'accertamento dell'esistenza di un elemento c.d. "normativo" di una fattispecie di reato (*infra*, nota 184); si veda anche, a questo proposito, l'art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. – già citato *retro*, note 10 e 19 –, che, fra i motivi di ricorso per cassazione, indica esplicitamente la «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale».

<sup>31</sup> Accogliendo questa impostazione, diverrebbe, fra l'altro, probabilmente più semplice dal punto di vista dommatico anche la soluzione del problema – dalle gravissime implicazioni per la libertà personale dell'individuo sul piano della prassi applicativa – del mutamento della "interpretazione" giurisprudenziale delle "disposizioni" ("leggi") penali incriminatrici in senso "più sfavorevole" all'imputato, posto che l'eventuale applicazione della (nuova) "norma" così ricavata comporterebbe la sicura violazione, non solo sostanziale *ma anche formale*, del principio – sancito anche costituzionalmente (art. 25 comma 2 Cost.: *infra*, nota 157) oltre che a livello di trattati internazionali (artt. 7 comma 1 CEDU e 15 comma 1 Patto internazionale sui Diritti civili e politici: *infra*, nota 160) – del divieto di retroattività *in peius* della disciplina sanzionatoria in materia penale.

In questa direzione si muove d'altronde la giurisprudenza consolidata delle Corti europee – Corte EDU e Corte di Giustizia UE – laddove individua come requisiti "qualitativi" di riconoscimento della "esistenza" e della "effi-

Dal momento dell'entrata in vigore dell'atto normativo, la norma "esiste" in quanto "appartiene" ad un sistema giuridico, nel senso che si ricava (o, forse, *rectius*: potrebbe essere ricavata) interpretativamente dalle disposizioni di un atto normativo adottato in conformità alle metanorme sulla produzione del diritto di quel sistema. In questo senso la norma è altresì "valida", intendendo appunto per "validità", kelsenianamente, la sua esistenza specifica come "appartenenza" al sistema<sup>32</sup>. Breve: con riferimento alla norma, i predicati di "validità", "appartenenza", "esistenza" sono sinonimi<sup>33</sup>. In particolare, la

---

cacia" di una "norma penale" la sua "accessibilità" e la "ragionevole prevedibilità" della "sostanza" del suo contenuto, e dunque del suo ambito applicativo come discendente dalla interpretazione giurisprudenziale, da parte del destinatario. Per tutte, vedi Corte EDU, Grande Camera, 11 novembre 1996, *Cantoni c. France*, ricorso n. 17862/91, in *hudoc.echr.coe.int.*; Id., Grande Camera, 22 novembre 1995, *S. W. c. The United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, *ibidem*; Id., Seconda Sezione, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ricorso n. 75909/01, *ibidem*; Id., Quinta Sezione, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, ricorso n. 12157/05, *ibidem*; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 giugno 2005, *Dansk Røroindustri e altri c. Commissione*, C-189/02 P e a., in *curia.europa.eu*; Id., Seconda Sezione, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione*, C-3/06 P, *ibidem*. Sul delicato problema (specie dal punto di vista delle "garanzie" del cittadino) della modifica *in peius* dell'"interpretazione" delle disposizioni penali ad opera della giurisprudenza si rimanda a M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., spec. par. 13.

<sup>32</sup> E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., pp. 65-66; M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., p. 15: «Validità è funzione logica che riconosce e dichiara l'appartenenza di una regola o di un giudizio ad un sistema unitario, anche se articolato e complesso».

<sup>33</sup> H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 5 e 54. *Contra*, distinguendo in particolare tra "validità" ed "esistenza" della norma, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 129-132. Critico nei confronti della distinzione, sempre operata da R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 14 ss., all'interno del concetto di "validità", tra "appartenenza" e "applicabilità" M. JORI, *Abrogazione*, cit., *passim*.



norma è valida, e quindi esistente, in quanto appartenente ad un sistema normativo nel quale l'atto normativo da cui è ricavata in via interpretativa è a sua volta formalmente valido<sup>34</sup>. La validità formale dell'atto (normativo) determina la validità dell'effetto (ossia della norma)<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Come già detto (*retro*, nota 14), in questo lavoro mi riferisco esclusivamente alle norme che si ricavano da un atto normativo scritto e *non alle norme consuetudinarie*. Evidenziano correttamente come, laddove ci si muovesse da una definizione di “validità della norma” come quella accolta nel testo se riferita indistintamente a qualsiasi esperienza normativa, non potrebbero qualificarsi come valide o invalide le norme consuetudinarie (per le quali in particolare, a differenza delle norme da fonte scritta, l’“efficacia”, nel senso di “effettività”, diventa una proprietà necessaria), C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., pp. 11-12.

<sup>35</sup> E sempre, ovviamente, che la norma sia altresì “materialmente” valida con riferimento al “contenuto” di qualunque altra norma – laddove esista – di “rango gerarchico” superiore (si ricordi anche, a questo proposito, come nell’ordinamento italiano per le “leggi” anteriori alla Costituzione la eventuale declaratoria di incostituzionalità possa intervenire *solo* in presenza di “vizi materiali”: *retro*, nota 13). La norma dovrà dunque essere dichiarata *originariamente* “invalida” e quindi “inesistente” (diverso discorso, come vedremo, va fatto per la dichiarazione della sua intervenuta abrogazione e quindi della sua *sopravvenuta* invalidità: *infra*, par. 9) – con una pronuncia, a mio parere, di *mero accertamento* e non costitutiva (*contra* la dottrina maggioritaria, che, a proposito della norma di legge incostituzionale, parla di “annullabilità”, e non di “nullità” o “inesistenza”: per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, cit., p. 145 ss.) –, da un lato quando l’atto normativo o la disposizione da cui è tratta interpretativamente è dichiarato originariamente invalido, cioè inesistente, per vizi “formali”, e quindi in via consequenziale; dall’altro quando, in seguito all’interpretazione di una disposizione di rango superiore, si tragga una norma contenutisticamente contrastante con quanto stabilito dalla norma in oggetto, quindi per vizi c.d. “materiali”. A ben vedere dunque non è la norma dichiarata invalida, ad es. in conseguenza di una declaratoria di incostituzionalità, ad aver prodotto comunque effetti per il periodo anteriore alla suddetta dichiarazio-

---

ne, dal momento che la declaratoria di invalidità ne ha solo accertato appunto l'inesistenza originaria, ma sono *altre norme* dell'ordinamento, valide, che dispongono *se e in che limiti* "stabilizzare", retroattivamente, gli effetti *apparentemente* prodotti dalla norma invalida; ciò, evidentemente, sempre in funzione di quel supremo valore giuridico-politico costituito dalla "certezza" del diritto e da quel suo aspetto particolare costituito dalla "sicurezza" delle relazioni giuridiche e quindi di "affidamento" del cittadino; valore, in ultima analisi, riferibile a supreme istanze di "giustizia sostanziale". A conferma di ciò si veda, nell'ordinamento italiano, l'art. 30 commi 3 e 4 legge 11 marzo 1953, n. 87 ("Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale"), che, a specificazione – e a chiarimento – di quanto stabilito dall'art. 136 comma 1 Cost. (secondo cui «Quando la Corte [costituzionale] dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma *cessa di avere efficacia* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»), dispone: «Le norme dichiarate incostituzionali *non possono avere applicazione* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. *Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*» (formula apparentemente identica a quella contenuta nell'art. 2 comma 2 c.p. a proposito degli effetti della c.d. *abolitio criminis* – su cui vedi *amplius infra*, par. 16 – ma fondata su presupposti radicalmente diversi: M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2014, p. 107 ss.). Con la conseguenza, ricavabile *a contrario*, che tutte le pronunce giurisdizionali passate in giudicato in materie diverse da quella penale, seppure in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale, non vengono toccate dalla pronuncia di incostituzionalità (per tutti, V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, pp. 143-144), rimanendo viceversa "stabilizzate" in funzione della garanzia di certezza dei rapporti giuridici.

Una disciplina parzialmente analoga è quella prevista dall'art. 77 comma 3 della Costituzione italiana che, a proposito dei rapporti giuridici sorti nel periodo di vigenza di un decreto-legge del Governo non convertito dal Parlamento, stabilisce esplicitamente che «I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. *Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*». Anche se, a mio parere – contrariamente all'opinione dominante nella dottrina italiana che tende ad avvicina-

### 3. *La cessazione dell'esistenza di leggi, disposizioni, norme. Il ricorso al concetto di abrogazione.*

L'individuazione del momento di "cessazione" della "esistenza" tanto dell'"atto normativo", e delle "disposizioni" che ne costituiscono il contenuto, quanto delle "norme", con la conseguente loro "eliminazione" dal sistema normativo, è, in genere, unitariamente collegato dalla dottrina all'istituto della "abrogazione"<sup>36</sup>. Ciò, in particolare, quando la "succes-

---

re, se non addirittura a parificare, sul piano della ricostruzione dommatica, l'ipotesi del decreto-legge non convertito con la dichiarazione di incostituzionalità di una norma avente valore di legge (ravvisando in entrambi i casi una perdita di efficacia *ex tunc* della norma non convertita o incostituzionale: M. GALLO, *op. ult. cit.*, pp. 107-113) –, nel caso del decreto-legge non convertito siamo in presenza di una situazione normativa più vicina all'invalidità sopravvenuta che a quella originaria, in quanto determinata da una sopravvenuta valutazione di "inopportunità" politica da parte del Parlamento (esplicita, laddove l'organo legislativo rifiuta di ratificare il provvedimento governativo; implicita, nel momento in cui lascia "decadere" il decreto-legge, non convertendolo in legge formale), ossia ad una *ratio* più vicina a quella che sta dietro al fenomeno dell'abrogazione che a quello dell'incostituzionalità (vedi *amplius infra*, par. 9).

<sup>36</sup>Non mancano tuttavia altre situazioni – diverse dall'abrogazione – che determinano la *cessazione dell'esistenza* di una "disposizione" (e conseguentemente delle "norme" che se ne possono trarre in via interpretativa). Premesso che, per semplicità espositiva, utilizzerò nel prosieguo del discorso il termine "legge" anziché quello, proprio, di "norma", anzitutto, si può avere "successione di leggi" aventi ad oggetto la disciplina della stessa situazione di vita *senza abrogazione*: si pensi, ad es., alle leggi *ad tempus*, la cui vigenza è sottoposta ad un termine, stabilito dalla stessa legge, "esplicito" (*certus an et quando*: leggi c.d. "temporanee") o anche "implicito" (*certus an et incertus quando*: leggi c.d. "eccezionali", come quelle previste dall'art. 2 comma 5 c.p.; manifestazione specifica, a sua volta, del principio *cessante ratione legis cessat et ipsa lex*); termine decorso il quale riprende la sua efficacia qualificatoria delle situazioni ipotizzate dalla legge *ad tem-*

pus la legge precedente mai abrogata, ma semplicemente “quiescente” (in quanto la sua efficacia è stata temporalmente “sospesa”: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 172-173; S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., pp. 142 e 147; parla viceversa di “abrogazione temporanea” R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 330-331), che quindi “succederà” alla legge *ad tempus* una volta scaduto il suo termine di vigenza. Altri casi di successione senza abrogazione si possono poi individuare nelle – particolari – vicende “successorie” determinate dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma penale “di favore” o dalla decadenza di un decreto-legge non convertito sempre contenente una norma penale “di favore”, dovendosi comunque applicare questa norma almeno ai fatti verificatisi *durante* la sua esistenza: esistenza meramente “apparente”, per la norma poi dichiarata incostituzionale (*retro*, nota 35), “reale”, nel caso di norma contenuta nel decreto-legge non convertito (M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 109-111; ID., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 52-63). È noto infatti come in presenza di una declaratoria di incostituzionalità o di decreto-legge non convertito si parli, in generale, di “successione” meramente “apparente”, data l’affermazione, comune in dottrina, che la norma incostituzionale o decaduta perderebbe efficacia *ex tunc*, come cioè se non fosse mai venuta ad esistenza.

Viceversa, si può avere anche *abrogazione che non sia conseguenza di una successione di “leggi”* regolative, in modo diverso, della stessa fattispecie: si pensi al caso dell’abrogazione c.d. “espressa” (vedi *infra*, par. 5), nella quale la “eliminazione” di una “legge” o di una sua parte (“disposizione”) dipende, semplicemente, dalla introduzione nel sistema di una nuova “disposizione” avente come *contenuto esclusivo*, appunto, quello meramente “negativo” della “eliminazione” di un testo normativo già in vigore (c.d. abrogazione “secca”); lasciando quindi, di per sé, priva di disciplina la situazione in precedenza oggetto di un “dover essere” (normativo) interpretativamente ricavato dalla “disposizione” “espressamente”, e “nominativamente”, abrogata. Qui, al massimo, si può dire che la disposizione contenente la “clausola abrogativa espressa” è stata introdotta nel sistema da un atto normativo (da una “legge”) posteriore rispetto a quello contenente la disposizione “abrogata” (*rectius*, come vedremo *infra*, par. 5, “eliminata”); ma è allora evidente come in questo caso la “successione di leggi” *non abbia ad oggetto situazioni “omogenee”*, contenendo la disposizione “abrogata” una vera e propria norma “materiale” (in quanto) regolativa di una

sione” della disciplina normativa dipende da un mutamento della valutazione “politica” di certe situazioni da parte del legislatore.

Come abbiamo visto accadere con riferimento al momento di inizio della “esistenza” di tali fenomeni normativi, dove i giuristi positivi parlano, indistintamente e con nessuna precisione dommatica, di “entrata in vigore” sia della legge che della norma, altrettanto indistintamente la dottrina e la giurisprudenza parlano di “abrogazione” con riferimento sia alle

---

certa situazione di vita e la disposizione “abrogatrice”, al massimo (come vedremo, *infra*, par. 5), una “norma sulle norme”, ossia una c.d. metanorma, in particolare una norma “di” abrogazione di altra norma. Semmai – ma si tratta di un problema non di teoria generale, ma di stretto diritto positivo –, laddove il singolo ordinamento non preveda la possibilità di lacune “formali” (*infra*, par. 5 e nota 69) e quindi, come nel nostro sistema, per la soluzione del caso non espressamente previsto da una precisa disposizione di legge si debba, come regola generale (salvo che non ci sia una specifica eccezione, espressamente prevista a livello legislativo, per qualche materia particolare, come nel nostro ordinamento avviene per la materia penale, almeno per le norme “sfavorevoli”: arg. *ex art.* 13 comma 2 Cost., art. 1 c.p. e art. 14 preleggi), utilizzare il procedimento analogico (art. 12 comma 2 preleggi), si potrebbe dire che non è il fenomeno abrogativo ad essere determinato da una successione di leggi, ma, tutt’al contrario, che è l’abrogazione espressa (e nominata) a determinare una successione tra diverse discipline (regolamentazioni) della stessa fattispecie: in particolare, tra quella dettata dalla “disposizione” (meglio: dalla “norma” che si trae interpretativamente dalla disposizione) “abrogata” e quella dettata dalla “norma” introdotta attraverso il ricorso all’analogia.

Non ci occupiamo, poi, in questa sede neppure del delicato problema, anch’esso di stretto diritto positivo, se e in che limiti il fenomeno abrogativo interessi altresì la successione temporale fra norme *di diverso livello gerarchico*. In particolare, questa questione si è storicamente posta, nell’ordinamento italiano, al momento dell’entrata in vigore della Costituzione del 1948, fonte “sovraordinata” alla legge, con riferimento alla normazione legislativa previgente (sul punto, vedi *retro*, nota 13).

leggi (o alle disposizioni di legge) sia alle norme<sup>37</sup>. Con maggiore precisione i teorici generali, facendo leva sull'art. 15 preleggi – che comunque, a livello semantico, utilizza sempre e solo i termini “leggi” e “disposizioni”, mai “norme”<sup>38</sup> –, distinguono fra la c.d. abrogazione “espressa”, che avrebbe ad oggetto “disposizioni” (ed eventualmente per alcuni, ma solo indirettamente, anche norme), e la c.d. abrogazione “tacita”, che avrebbe viceversa ad oggetto direttamente (e solo) “norme”<sup>39</sup>; in tal modo però determinando una “rottura” nell'ambito di un istituto giuridico, l'abrogazione, che il legislatore delle “preleggi” sembrerebbe, al contrario, voler trattare in modo “unitario” sia sul piano dell'oggetto che dell'efficacia.

Con riferimento in particolare agli “atti normativi”, si dice comunemente che, così come la “legge” viene a giuridica esistenza con la “promulgazione” – o, per altri, con la “entrata in vigore”<sup>40</sup>, laddove come nell'ordinamento italiano i due momenti non coincidono –, essa cessa di esistere con la “abroga-

---

<sup>37</sup> Ciò, ancora una volta, in conseguenza della già segnalata – *retro*, par. 1 – polisemia, se non proprio ambiguità semantica, dei termini “legge”, “disposizione” (di legge) e “norma”.

<sup>38</sup> Per il contenuto dell'art. 15 preleggi vedi *retro*, nota 3. Occorre a questo proposito anche sottolineare come, se l'art. 15 preleggi dispone espressamente che «Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori», da ciò si deduce inequivocabilmente che, di per sé, una volta entrata in vigore, la legge spiega i suoi effetti obbligatori *indefinitamente*, ossia sino a quando non intervenga un'altra legge integrativa di uno dei “fatti abrogativi” previsti dallo stesso art. 15 (*infra*, par. 8). Sul concetto di “immodificabilità” dell'ordinamento giuridico come conseguenza della durata indeterminata e quindi – tendenziale – “eternità” delle norme che lo compongono fino a che non si verifichi una di quelle circostanze cui lo stesso ordinamento condiziona la cessazione della loro esistenza vedi *retro*, nota 13.

<sup>39</sup> *Retro*, nota 12.

<sup>40</sup> *Retro*, par. 2 e nota 26.

zione”<sup>41</sup>. Promulgazione e abrogazione rappresenterebbero dunque due fatti di normazione correlativi e complementari.

Un punto va però subito sottolineato: la “successione di leggi”, determinata da un mutamento della valutazione normativa operata dal legislatore storico con riferimento ad una certa “situazione di vita”, non comporta necessariamente, *dal punto di vista logico* – come viceversa comunemente si crede specie fra i cultori del diritto positivo –, l’abrogazione della “legge” (o, a seconda dei presupposti teorici da cui si muove, della “norma”) precedente. Detto altrimenti, il principio *lex posterior derogat priori* non appartiene alla “logica delle norme”, *ma solo al diritto positivo*, esistendo giuridicamente abrogazione *solo se e nei limiti in cui un certo ordinamento la preveda espressamente*. Ciò contrariamente a quanto ritenuto da una dottrina, tradizionale, che vede nel fenomeno abrogativo (o meglio nell’“atto di abrogazione”), l’espressione “naturale” della essenza stessa della “legge” (*rectius*: atto normativo) come “fonte” inesauribile di norme in quanto manifestazione di una “potestà legislativa” (*rectius*: normativa) che non si esaurisce col suo esercizio *una tantum*, potendo il legislatore esercitarla tutte le volte che lo consideri opportuno politicamente; nel senso che, laddove un ordinamento non assumesse come presupposto logico il principio della *lex posterior* e quindi l’esistenza dell’istituto dell’abrogazione degli atti normativi (e/o delle norme) precedenti, finirebbe per limitare il potere del legislatore attuale rispetto alla volontà (politica) del legislatore passato<sup>42</sup>. Ma è la storia, specie con l’esperienza del diritto

---

<sup>41</sup> Per tutti, fra i teorici del diritto, M. JORI, *Abrogazione*, cit., p. 57.

<sup>42</sup> Secondo l’opinione dominante, il *fondamento* della abrogazione è stato visto ora nell’idoneità di ogni legge ad innovare l’ordinamento, facendo venir meno la legge precedente, sulla base della c.d. “forza di legge” vista nel suo aspetto “attivo” (così A. M. SANDULLI, *Legge – Forza di legge – Va-*

---

lore di legge, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 272), ora nella permanenza e nella potenziale “inesauribilità” della potestà legislativa, nel momento del suo rinnovato esercizio concreto e individuato attraverso un “atto” normativo in attuazione della sua funzione: così S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., pp. 142-143; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 158-159 e 164-165 (che sottolinea come «solo in apparenza e in modo figurato l'effetto abrogativo esprime una “prevalenza” della fonte successiva, dal momento che ... esso è – tutt'al contrario – logica conseguenza della pari efficacia ad essa attribuita nei confronti di fonti anteriori omogenee»: p. 166); F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 25 (che vede anch'egli nell'abrogazione una «conseguenza dell'inesauribilità della fonte (o, più precisamente, della funzione) normativa»); R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 69 ss. e p. 321 ss. Nello stesso senso, con particolare riferimento all'ordinamento costituzionale spagnolo, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 102-106. Chi muove da questi presupposti deve però inevitabilmente riconoscere la possibilità logica di “antinomie” nel sistema (in generale, sul concetto di “antinomia” e sui vari tipi di antinomie N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 208-217), e dunque di “conflitti fra norme”, antinomie che, per il postulato dell'unità “materiale” del sistema, e quindi della sua “coerenza” interna, in funzione del “valore politico” della “certezza” del diritto, debbono essere a loro volta necessariamente ricomposte e superate attraverso il ricorso ai diversi “criteri di risoluzione” previsti (o logicamente presupposti) dall'ordinamento; in particolare, laddove si tratti di “conflitto intertemporale” fra norme *di pari rango gerarchico*, attraverso il ricorso al “criterio cronologico” della *lex posterior* (per tutti, V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 159 ss., che, fra l'altro, ravvisa «Natura sostanzialmente costituzionale ... anche nelle norme – scritte o non scritte, ma desumibili dall'ordinamento positivo – rivolte a comporre ed eliminare le antinomie»). In generale, sui diversi “criteri di risoluzione” delle antinomie normative comunemente riconosciuti in dottrina (criterio “cronologico”: *lex posterior derogat priori*; criterio di “specialità”: *lex specialis derogat generali*; criterio “gerarchico”: *lex superior derogat inferiori*; criterio della “competenza”) e sui conflitti tra criteri si vedano, per tutti, N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 217-235; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 195-198 e 231 ss.; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 75-109; 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, Giappichelli, 1994, *passim*; L. M. DIEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 68 ss. Nel senso che «il dogma della “completezza” esclude la possibilità di vere antinomie fra norme» A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, cit., p. 62 nota 1, che rimanda all'affermazione di Coviello, secondo il quale «Se la contraddizione s'incontra tra due precetti legislativi di uguale importanza, di cui nessuno può considerarsi secondario e accessorio rispetto all'altro, allora i due principi eguali e contrari debbono considerarsi come non esistenti, perché eliminatisi a vicenda», che definisce questo fenomeno come “interpretazione abrogativa” (N. COVIELLO, *Manuale*, cit., pp. 80-81).

Importante è poi comunque evidenziare come in ordinamenti quale quello italiano a costituzione “rigida”, quando c'è una successione temporale tra norme “eterogenee”, ossia di diverso rango gerarchico o a competenza riservata per certe materie, non operi l'effetto di “abrogazione” ma quello di “annullamento”: H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas Libri, 1974, 5<sup>a</sup> ed. it. (rist.), *Appendice*, p. 409; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, p. 175 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 150-153, 162-163 e 199-202; A. FRANCO, *op. ult. cit.*, pp. 169-170; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, Cedam, 1969, 8<sup>a</sup> ed., p. 347, il quale sottolinea come «effetti abrogativi per la successione tra norme possono verificarsi solo nei confronti di quelle fra esse che siano poste in posizione di parità, prevalendo altrimenti la norma della fonte superiore», escludendo pertanto che, nell'ordinamento italiano, si possa presentare un fenomeno abrogativo tra norme costituzionali e norme con valore di legge ordinaria, ma solo un effetto di “annullamento”.

Sul “valore logico” del principio della *lex posterior* nella tradizione del “positivismo giuridico” vedi H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 233, secondo cui, «Poiché l'organo legislativo, per esempio il monarca o il parlamento, sono di regola autorizzati a statuire norme suscettibili di essere modificate e quindi annullate, si può ritenere che nell'autorizzazione sia compreso il principio *lex posterior derogat priori*»; ID., *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 409: «Non essendo questo principio [quello della *lex posterior*] affermato espressamente, esso può venir posto soltanto mediante interpretazione, ossia mediante una interpretazione del materiale giuridico. Ciò significa soltanto che esso è presupposto molto opportunamente come un principio per l'interpretazione del materiale dato, perché un ordina-

mento giuridico modificabile non può venir interpretato con un qualche significato senza un tale presupposto». Ancora più chiaro in ID., *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 32, fasc. 1-2, p. 206: «Che una norma più recente ne abroghi una anteriore, con la quale contrasta per ciò che riguarda il contenuto, e che d'ora in poi preveda in sua vece un comportamento come dovuto, è un principio di logica giuridica valido naturalmente solo all'interno di un sistema normativo unitario» (brano riportato da A. MERKL, *L'unità giuridica dello Stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior*, in ID., *Il duplice volto del diritto*, cit., p. 167) (posizione che Kelsen ha poi radicalmente modificata nella *Teoria generale delle norme*, su cui vedi dopo in questa stessa nota). Sottolinea a sua volta F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, cit., p. 2, il quale pure muove da una diversa – e direi opposta – ricostruzione dommatica dell'istituto dell'abrogazione (riprendendo la nota tesi di Esposito, su cui vedi *infra*, in questa stessa nota), che «Il fondamento del fenomeno abrogativo *va ritrovato in teoria generale a livello delle norme sulla normazione* necessarie in qualsiasi ordinamento giuridico, *indipendentemente* da eventuali espresse norme positive (come l'art. 15 disp. prel.)» (corsivi miei). Nella stessa direzione, fondamentalmente, anche E. BULYGIN, *Norme permissive e sistemi normativi*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., p. 182, secondo cui «il principio “lex posterior” non è una regola contingente: è un principio concettualmente necessario ogniqualvolta vi sia un'autorità normativa cui è attribuita la competenza di cambiare le qualificazioni deontiche di certe azioni». Ritiene A. ROSS, *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965, pp. 124-125, che il criterio interpretativo della *lex posterior derogat priori*, per cui «di due leggi di uguale grado l'ultima prevale sulla precedente», «è certamente principio giuridico fondamentale *anche se non positivamente formulato*» (corsivo mio). (Lo stesso Ross tuttavia fa notare subito dopo che «non è corretto elevare questo principio ad assioma assoluto. L'esperienza dimostra che il principio non vale incondizionatamente, ed anzi che esso può venire messo da parte quando sia in conflitto con altre esigenze», specie «in caso di incompatibilità tra norme particolari precedenti e norme generali successive», dove «la *lex specialis* può, secondo i casi, prevalere sulla *lex posterior*»; e anche «nei casi in cui le norme si intersecano»).

*Contra*, nel senso che il canone interpretativo della *lex posterior derogat priori* non sarebbe un principio logico, *ma solo giuridico-positivo*, A. MERKL,

---

*L'unità giuridica*, cit., *passim*, spec. pp. 167-181; H. KELSEN, *La derogazione*, in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 200-203 e ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 195-198 (il quale – superando la tesi precedentemente sostenuta in *La dottrina pura del diritto* e in altri saggi, su cui vedi *retro*, in questa stessa nota – afferma: «un conflitto di norme non è una contraddizione logica e soprattutto non è qualcosa che possa essere paragonato ad una contraddizione logica. ... Come il conflitto di norme non è una contraddizione logica, così la deroga che risolve il conflitto non è un principio logico ... bensì la *funzione ... di una norma giuridica positiva*. ... Questa funzione non è quella di una delle due norme in conflitto, bensì di una *terza norma*, la quale stabilisce che in caso di conflitto di norme l'una o l'altra delle due norme o entrambe perdono validità [corsivi miei]; situazione, quest'ultima, che potrebbe verificarsi, in particolare, laddove «una sola e medesima legge contenga due norme fra loro in conflitto. A meno che l'organo che applica il diritto possa, secondo il diritto positivo, scegliere quale norma applicare tra le due confliggenti, una norma può disporre che entrambe perdano validità»: ID., *La derogazione*, cit., p. 201); L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 59-64 e (in generale, con riferimento alla impossibilità di costruire regole di c.d. diritto intertemporale “universalmente valide”) pp. 184-187. Parla di «crisi del valore logico del principio della *lex posterior* nella teoria del diritto» A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, cit., p. 100 (che indica in particolare due cause di questa crisi: «da un lato la frequenza dello *ius superveniens*, dall'altro il mutamento del sistema delle fonti»). In generale, sulla inutilità (e anzi: erroneità dommatica) del ricorso al criterio di “specialità” (“in astratto”) per risolvere il – presunto – “conflitto” tra norma “generale” e norma “speciale”, trattandosi di *norme tra loro strutturalmente “incompatibili”* (e quindi logicamente non antinomiche), che conseguentemente non possono costituire parametro di qualificazione della stessa situazione di fatto, funzionando l'elemento “specializzante” come *elemento “negativo implicito”* della fattispecie generale, v. M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, I, Torino, Giapichelli, 2006, p. 220 ss.

Una diversa – e direi opposta rispetto all'opinione dominante – ricostruzione dommatica del fondamento del fenomeno abrogativo è rappresentata dalla tesi, originariamente formulata da Esposito e successivamente ripresa da Modugno, secondo cui l'effetto abrogativo non dipenderebbe

comune e dell'*ancien régime*, a dimostrare come i “conflitti

---

dalla logica della inesauribilità del potere legislativo e della forza innovativa tipica della legge, con conseguente prevalenza della legge posteriore. Infatti, «manifestando le due leggi in contraddizione un volere statale di pari forza e di eguale intensità», ciò «non spiega né giustifica come e perché la legge posteriore abroghi quella anteriore con cui sia in contrasto». Per superare le difficoltà, la costruzione dommatica più convincente, in grado di consentire una adeguata spiegazione non solo del fenomeno abrogativo ma anche di altri istituti giuridici, sarebbe allora che «In realtà la legge posteriore abroga quella anteriore ... perché ogni singola legge contiene implicito un termine o forse, ad essere più precisi, una condizione risolutiva con effetto *ex nunc* della sua efficacia e validità; vuole valere fino a emanazione di disposizione contrastante, divergente o espressamente abrogante. ... E 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 si sia disposto diversamente»: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1964 (rist. inalterata della edizione del 1934), spec. pp. 63-65 (che fa propria la tesi della impossibilità logica di ritenere prevalente la legge posteriore rispetto all'anteriore, limpidamente già sostenuta da A. MERKL, *L'unità giuridica*, cit., *passim*, spec. par. 4); conf. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 29 nota 57 e 25 nota 54; ID., voce *Norma*, cit., p. 379 ss. (che, fra l'altro, di fronte all'obiezione della “pari efficacia” della fonte successiva rispetto all'anteriore, fa notare come «una pari efficacia non decide affatto circa la prevalenza dell'una o dell'altra, ma se mai depone per l'opposizione o, se si vuole, per l'annullamento reciproco o per la coesistenza di entrambe»: p. 381 nota 250); ID., voce *Abrogazione*, cit., p. 2. Per la critica a questa tesi vedi per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 165-167; F. PERGOLESÌ, *Sistema delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1973, 3<sup>a</sup> ed. (rist.), p. 153 e nota 14; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 67-69; M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1973, XXIII, pp. 909-910; F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., pp. 23-25.

temporali” tra norme possano essere risolti anche attraverso strumenti diversi dall’abrogazione<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Per il ricorso nell’evoluzione del diritto comune tra medioevo ed età moderna, data la pluralità e “stratificazione” delle fonti e la “compilazione” come strumento principale di trasformazione dell’ordinamento giuridico, al criterio della *rationabilitas* nell’*interpretatio legum* e all’*auctoritas doctorum* e quindi, fondamentalmente, alle tecniche di una logica argomentativa e confutatoria, come strumenti per risolvere ciò che noi definiremmo oggi “conflitti di norme”, si vedano A. GIULIANI, *L’applicazione della legge*, cit., p. 9 ss. (il quale sottolinea che «– dal punto di vista della logica dell’argomentazione – il principio della *lex posterior* ha il valore di mera presunzione»: p. 12 nota 3; più specificamente, «Dal punto di vista della *rationabilitas*, il criterio della “*lex posterior*” – che giustifica il principio della abrogazione e della irretroattività della legge – non ha un valore assoluto, meccanico, automatico: *il capitolo del diritto intertemporale* – per usare un linguaggio moderno – *era attratto in quello della “interpretatio”, e pertanto della equità*» [corsivi dell’Autore]: p. 26); L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 38 ss. e pp. 64-68. In generale, con riferimento anche alla questione dei conflitti intertemporali di norme nell’evoluzione del diritto comune fino all’età moderna come problema di coordinamento delle fonti, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, Giuffrè, 1982 (rist.), *passim*, spec. p. 202 ss.

Si noti come anche nell’attuale ordinamento giuridico inglese (di cui, come noto, il primo carattere che ne individua la peculiare fisionomia è quello della *antiquity and continuity*: G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 9 ss.), dove – ferma la regola che «*no statute becomes obsolete by the passing of time*», ossia per desuetudine (WALKER & WALKER’S, *English Legal System*, a cura di R. Ward e A. Akhtar, New York, Oxford University Press Inc., 2011, 11th ed., p. 35; C. K. ALLEN, *Law in the making*, London, Oxford University Press, 1964, 7th ed., pp. 478-479) – l’abrogazione – *repeal* – di un *Act of Parliament* da parte di uno successivo può teoricamente essere sia espressa (*express*) che tacita (*implied*) (C. K. ALLEN, *op. ult. cit.*, p. 472 ss.), e pur costituendo principio generale che un *Act* successivo abroghi uno precedente con cui sia in contrasto («*It is a Common Law rule that leges posteriores priores contrarias abrogant*»: C. K. ALLEN, *op. ult. cit.*, p. 474), nella

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'istituto dell'abrogazione è esplicitamente previsto e disciplinato dall'art. 15 preleggi, che distingue tre “fatti abrogativi”, *produttivi dell'“effetto abrogazione”*, tradizionalmente ricondotti dalla dottrina alle tre modalità dell'abrogazione “espressa” («per dichiarazione espressa del legislatore»), “tacita” («per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti») e “implicita” («perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»). Già da una semplice lettura del disposto, sembrerebbe dunque che il legislatore voglia riferirsi all'abrogazione come a un fenomeno giuridico “unitario” sia nella natura che negli effetti, solo distinguendosi al suo interno per “tipologie”.

Nell'ambito dell'abrogazione espressa, si è poi ulteriormente distinto tra abrogazione “nominata” e “innominata”. L'abrogazione “nominata” si ha quando la nuova legge, nella c.d. clausola abrogativa espressa contenuta in una “disposizione

---

realtà applicativa la giurisprudenza è contraria ad ammettere – *in pari materia* – l'abrogazione “tacita” in base alla “presunzione interpretativa” “*against the implied repeal of an Act*”; con la conseguenza che, quando due leggi (meglio: le norme ricavabili dalle disposizioni di due leggi) appaiano tra loro “contraddittorie” (ossia apparentemente “incompatibili”), laddove la posteriore non abroghi espressamente l'anteriore, il giudice o l'interprete deve fare *ogni ragionevole sforzo per “conciliarle” e “armonizzarle”*; e solo nel caso in cui il contrasto rimanga insanabile, risultando una inequivoca incongruenza, dovrà ritenere tacitamente abrogata la legge precedente (WALKER & WALKER'S, *op. ult. cit.*, p. 36; G. CRISCUOLI, *op. ult. cit.*, p. 445). A ciò si aggiunge la considerazione – non certo secondaria – che il mutamento del diritto inglese nel tempo avviene principalmente per mezzo dell'evoluzione giurisprudenziale, collegata al principio dello *stare decisis*, attraverso, in particolare, gli istituti del *distinguishing* e dell'*overruling* (quest'ultimo definibile come forma di “abrogazione giurisprudenziale”). Per tutti, si vedano U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, Utet, 1992, p. 214 ss.; G. CRISCUOLI, *op. ult. cit.*, spec. pp. 345-360.

abrogativa”, fa diretto ed esplicito riferimento, come oggetto di “abrogazione”, ad una “legge” o ad una o più “disposizioni” di legge o, addirittura, a parti o a singole frasi o parole di un comma di un articolo di legge. Classico esempio: «È abrogato l’art. *x* della legge *y*». L’abrogazione “innominata” si ha viceversa quando la “disposizione abrogativa”, pur contenendo una dichiarazione espressa della volontà abrogativa del legislatore, non identifica con precisione l’oggetto dell’abrogazione, che rimane pertanto indeterminato. L’esempio tipico è dato dalla formula: «Sono abrogate tutte le disposizioni (o le norme) incompatibili con le disposizioni (o le norme) della presente legge», o da altre formule di analogo tenore.

A questo punto, si tratta allora di vedere quale sia alla luce di una corretta e rigorosa analisi dommatica l’“oggetto” dell’abrogazione; in particolare se, per ipotesi, sia corretta la ricostruzione di chi distingue nell’ambito del fenomeno abrogativo, riferendo l’abrogazione espressa alle “disposizioni” e l’abrogazione tacita alle “norme”; ovvero se, al contrario – privilegiando una ricostruzione in chiave “unitaria” del fenomeno abrogativo, secondo le stesse indicazioni dell’art. 15 preleggi –, non si debba alla fine pervenire a considerare sempre come oggetto di abrogazione le “norme”<sup>44</sup>. Non potrebbero viceversa ritenersi oggetto di abrogazione sempre e comunque le “disposizioni” di legge, dal momento – come vedremo (*infra*, par. 6) – che almeno l’abrogazione “tacita” ha sicuramente ad oggetto esclusivo “norme”.

---

<sup>44</sup> *Retro*, nota 12 e *infra*, par. 5.

4. *La vincolatività della previsione di “limiti” a certi tipi di abrogazione da parte di norme dello stesso livello gerarchico delle norme abrogande.*

Una puntualizzazione preliminare, ma della massima importanza ai fini di una corretta ricostruzione dommatica del fenomeno abrogativo. Essendo l’istituto dell’abrogazione rilevante se e nei limiti in cui un ordinamento giuridico positivo lo preveda, nulla esclude che lo stesso ordinamento ne possa *limitare* la rilevanza – in generale ovvero con riferimento ad una specifica materia – ad una delle tipologie teoricamente ipotizzabili, come, in particolare, l’abrogazione espressa. Con la conseguenza, in presenza di una tale limitazione, che, laddove ad esempio tra la norma anteriore e la successiva vi fosse solo “incompatibilità” non accompagnata tuttavia dall’abrogazione espressa della disposizione da cui interpretativamente si trae la norma anteriore, si dovrebbe ritenere che, in quell’ordinamento, entrambe le norme siano “valide”, cioè “esistenti”, e quindi entrambe potenzialmente “applicabili” al medesimo fatto. Il che determinerebbe la presenza di una “antinomia *reale*” nel sistema, dipendente da un “conflitto intertemporale” di norme<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> In mancanza di metanorme, anche tacitamente presupposte, di risoluzione dei conflitti fra norme, detti conflitti rimarrebbero dunque non risolti, non potendosi evidentemente rimetterne la soluzione all’arbitrio dell’interprete. A ben vedere tuttavia, essendo il principio di “coerenza” dell’ordinamento giuridico (su questo concetto, per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., pp. 201-235), anche a non volerne ammettere la natura logico-giuridica, comunque di primaria rilevanza politica (e quindi di giustizia sostanziale), è evidente che un ordinamento che non conoscesse l’istituto dell’abrogazione, in tutto o in parte, dovrebbe in ogni caso prevedere meccanismi diversi e sostitutivi in grado di risolvere le antinomie temporali *reali*. In mancanza di qualunque indicazione normativa espressa, ciò signi-



*Quid juris* allora laddove, in un ordinamento come quello italiano che riconosce, ammettendoli in via generale, tutti i tipi astrattamente ipotizzabili di abrogazione, fosse prevista una “metanorma” (“norma sulle norme”) – dello stesso livello gerarchico dell’art. 15 preleggi<sup>46</sup> – che limitasse eccezionalmen-

---

ficherebbe, in realtà, che l’ordinamento conferisce agli stessi organi di applicazione del diritto il potere di scegliere tra l’una e l’altra norma a seconda della soluzione sentita come più “equa” nel caso concreto; ammettendosi così l’esistenza di una *norma di autorizzazione* “implicita” nel sistema.

*Mutatis mutandis*, qualcosa di analogo avviene nell’ordinamento italiano quando l’art. 669 comma 2 c.p.p., in caso di pluralità di sentenze di condanna per il medesimo fatto contro la stessa persona, e dunque in presenza di un “conflitto pratico” tra giudicati (o, dicendola kelsenianamente, tra norme “individuali” e “concrete”), rimette all’interessato, cioè allo stesso condannato, la possibilità di indicare la sentenza che deve essere eseguita.

<sup>46</sup>Ossia avente lo stesso valore di legge formale ordinaria. Se detta, ipotetica, metanorma fosse viceversa prevista ad un livello gerarchico superiore – costituzionale o di trattato internazionale –, non vi sarebbe alcun dubbio sulla sua forza “vincolante” nei confronti del legislatore ordinario e quindi sulla sua “prevalenza” su tutte le altre norme di legge ordinaria alla stregua del criterio “gerarchico” di risoluzione delle “antinomie” fra norme appartenenti allo stesso ordinamento. In generale, sul problema dell’ammissibilità di leggi ordinarie che – prescindendo dalla natura flessibile o rigida della Costituzione – pongano limiti ad altre leggi e, specificamente, condizioni che rendano più difficile o addirittura escludano la loro stessa abrogazione si vedano, in senso favorevole, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 66 ss.; M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 15 (secondo cui «una legge può richiedere per la propria abrogazione l’osservanza di una certa procedura, o escludere l’abrogazione espressa, o determinare una abrogazione a tempo») e pp. 35-37; F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, cit., p. 2. Si noti come si tratti di Autori che criticano la costruzione kelseniana gerarchico-piramidale del sistema delle fonti a favore, sostanzialmente, del criterio della “competenza” come principale parametro di validità delle norme; anche se, in una prospettiva di teoria generale, è poi lo stesso Kelsen ad ammettere la configurabilità di norme che pongano condizioni alla pro-

te, in un certo settore, il fenomeno abrogativo ad un tipo di abrogazione, ad esempio quella espressa<sup>47</sup>? Il caso, a parte l'indiscutibile rilevanza che avrebbe di per sé anche solo dal punto di vista teorico-domatico, si è presentato, storicamente, nella legislazione italiana, con l'art. 1 comma 2 della legge 7 gennaio 1929, n. 4<sup>48</sup>, espressamente abrogato nel 1982, che, con specifico riferimento alle «disposizioni generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, relative ai tributi dello Stato» (comma 1), prevedeva il c.d. principio di "fissità" stabilendo che «Le disposizioni della presente legge, e in quanto questa non provveda, quelle del libro primo del codice penale, non possono essere abrogate o modificate da leggi posteriori concernenti i singoli tributi, se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole

---

pria validità temporale (H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 175-176; ID., *La derogazione*, cit., pp. 193-194). *Contra* – sulla base della considerazione che il legislatore passato non può mai vincolare normativamente il legislatore futuro posto che, ragionando altrimenti, si finirebbe per riconoscere un'inammissibile "primazia" fra norme di pari rango gerarchico – è la dottrina maggioritaria: per tutti, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 90-101 (sia pure con riferimento alla Costituzione spagnola) e M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, cit., pp. 919-920.

<sup>47</sup> Secondo F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, cit., p. 2 – che muove dalla tesi secondo cui «ogni atto normativo può disporre, in principio, della propria permanenza in vigore e della propria efficacia, condizionandole alle circostanze più diverse»: *retro*, nota 46 –, precisa poi che l'abrogazione di norme che stabilissero, come limite, la propria immodificabilità, potrebbe realizzarsi soltanto in forma espressa ovvero (ID., voce *Norma*, cit., p. 382) comunque inequivocabile.

<sup>48</sup> Legge intitolata «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie». All'art. 1 comma 2 legge n. 4/1929 proprio come esempio di «esclusione dell'abrogazione tacita» faceva riferimento M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 37.

disposizioni abrogate o modificate»<sup>49</sup>. La portata e soprattutto

---

<sup>49</sup> Si noti come il principio di “fissità” era addirittura esteso – laddove le disposizioni della legge n. 4 del 1929 non avessero provveduto – alle stesse disposizioni del libro primo del codice penale (come logica conseguenza sistematica dell’art. 16 c.p., riferito alle “Leggi penali speciali”, a tenore del quale «Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti»), ossia alle disposizioni costitutive della c.d. parte generale del diritto penale che venivano così “stabilizzate” (sia pure esclusivamente rispetto alle norme penali incriminatrici concernenti i singoli tributi statali). Proprio per la delicatezza dell’oggetto di tale tipo di abrogazione, concernente principi generali di cui si voleva garantire al massimo livello giudiziario la “stabilizzazione”, la stessa legge n. 4 del 1929 prevedeva un singolare meccanismo procedurale all’art. 23 – anch’esso abrogato insieme all’art. 1 comma 2, che ne costituiva il presupposto – secondo cui «Il giudice non può dichiarare, per effetto della disposizione del capoverso dell’art. 1, la inapplicabilità di norme penali contenute in leggi concernenti i singoli tributi, se prima non abbia promosso la decisione della Corte di cassazione. A tal uopo dispone con ordinanza, anche di ufficio, la sospensione del procedimento e la trasmissione degli atti alla Corte medesima. Questa delibera a Sezioni unite e la sentenza costituisce giudicato irrevocabile sul punto da essa deciso. Copia della sentenza è comunicata, a cura del Procuratore generale, al Ministro per la giustizia». Su questa particolare disposizione si vedano le considerazioni di M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 105-107. Singolare è però il fatto che il principio di “fissità”, sempre in materia tributaria ma con un ambito applicativo ancora più esteso in quanto non limitato ai principi generali della legislazione penale (e in genere punitiva, anche amministrativa), sia stato reintrodotta dalla legge 27 luglio 2000, n. 212, concernente le “Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente”, all’art. 1 comma 1, secondo cui «Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell’ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali». Un ulteriore “limite” per il futuro legislatore, stabilito ancora una volta in una disposizione con valore di legge ordinaria, è poi quello oggi contenuto nell’art. 3-bis c.p. che

to l'efficacia di tale metanorma erano ritenute sostanzialmente "nulle" dalla maggioranza della dottrina, sulla base della considerazione che il legislatore passato non potrebbe mai "vincolare" il legislatore futuro: ragionando altrimenti, si diceva, si sarebbe finiti sostanzialmente con l'ammettere una sorta di "primazia" tra norme di pari "rango gerarchico" logicamente, prima ancora che giuridicamente, inammissibile<sup>50</sup>. Affermazione, quest'ultima, in realtà frutto della non chiara percezione del significato e della portata dell'art. 1 cit. quale "metanorma" sulla "abrogazione": essendo infatti la previsione e la disciplina del fenomeno abrogativo una questione non di teoria generale, ma di stretto diritto positivo, operante quindi nei limiti e con gli effetti voluti dal singolo legislatore, una metanorma come quella dell'art. 1 cit., che prevedesse ec-

---

prevede il "Principio della riserva di codice", a tenore del quale «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia» (articolo che riprende, quasi letteralmente, l'art. 129 comma 4 del Progetto di legge costituzionale nel testo approvato nella seduta di martedì 4 novembre 1997, secondo cui «Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»; disposizione che, se definitivamente approvata, avrebbe avuto però valore di legge costituzionale e quindi "vincolante", in quanto proveniente da fonte "gerarchicamente superiore", per il futuro legislatore ordinario). Sul punto della c.d. riserva di codice, sia pure nella prospettiva particolare delle norme penali meramente "ripetitive", si veda anche *infra*, nota 155.

<sup>50</sup> Nella dottrina penalistica, autorevolmente, M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 105-106. *Contra*, attribuendo direttamente all'art. 1 comma 2 legge n. 4/1929 natura costituzionale, P. NUVOLONE, *La «fissità» della legge penale finanziaria italiana*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, Padova, Cedam, 1969, II, pp. 1184-1195. In una prospettiva di teoria generale delle norme vedi anche la dottrina cit. *retro*, nota 46.

cezionalmente, in una certa materia, una limitazione rispetto alle tipologie abrogative ipotizzate, in via generale, dalla metanorma sull'abrogazione ricavabile dall'art. 15 preleggi<sup>51</sup>, rispetto alla quale si porrebbe in una relazione di *species ad genus*, sarebbe non solo legittima ma, in quanto valida, di obbligatoria applicazione da parte degli organi competenti per tutto il tempo della sua esistenza e quindi fino alla sua eventuale abrogazione<sup>52</sup>. Il che, con ogni evidenza, non significherebbe

---

<sup>51</sup> Qualifica espressamente come "metanorme" quelle contenute nella (meglio: interpretativamente ricavabili dalla) disposizione dell'art. 15 preleggi C. LUZZATI, *Abrogazione*, cit., p. 72. Vedi anche *infra*, par. 8 e altra dottrina cit. in nota 96.

<sup>52</sup> Una situazione analoga a quella dell'art. 1 cit. si è presentata con la disposizione dell'art. 20 della stessa legge 7 gennaio 1929, n. 4 (a tenore della quale «Le disposizioni penali delle leggi finanziarie [*rectius*: concernenti i tributi verso lo Stato] e quelle che prevedono ogni altra violazione di dette leggi si applicano ai fatti commessi quando tali disposizioni erano in vigore, ancorché le disposizioni medesime siano abrogate o modificate al tempo della loro applicazione»), anch'essa oggi espressamente "abrogata" (dapprima parzialmente ad opera dell'art. 7 comma 2 della legge 15 maggio 1991, n. 154, di conversione con modificazioni del d.l. 16 marzo 1991, n. 83, poi integralmente ai sensi dell'art. 24 d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507), dalla quale si ricavava una metanorma "speciale-derogatoria", avente natura di "eccezione" rispetto alle metanorme ricavabili dall'art. 2 c.p. (che disciplinano la "successione di leggi penali": vedi *infra*, parr. 13-16) per la parte concernente la c.d. "ultrattività" delle norme penali incriminatrici relative ai tributi verso lo Stato. Sul significato e – soprattutto – la effettiva portata che questa disposizione aveva nel sistema come espressa "deroga" all'art. 2 c.p. (e soprattutto sulla irriducibilità delle leggi penali tributarie alle leggi eccezionali o temporanee, onde la non coincidenza della disciplina dettata dall'art. 20 – a differenza di quanto comunemente si credeva – con quella prevista dalla deroga di cui all'art. 2 comma 5 c.p. per le leggi penali eccezionali e temporanee) si rinvia a M. TRAPANI, *L'art. 20 della legge 7 gennaio 1929 n. 4 e la c.d. ultrattività delle norme penali tributarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 203-235. Di «equivoco in cui cadono

affatto menomare in qualche modo le competenze (*rectius*: il potere) del legislatore futuro, posto che quest'ultimo manterrebbe comunque la facoltà di abrogare direttamente tali metanorme speciali ripristinando la disciplina generale<sup>53</sup>. Breve:

---

tutti i penalisti che definiscono ultrattive le leggi penali temporanee, finanziarie ed eccezionali», relativamente alle quali «non di ultrattività della vecchia legge si tratta ma di irretroattività della legge nuova», parla G. U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XIII, p. 223 nota 24.

<sup>53</sup>“Abrogazione” (*rectius*, “eliminazione”, trattandosi di “disposizione”: v. *infra*, par. 5) dell'art. 1 cit. che è infatti avvenuta, in modo espresso e nominato, ad opera di una legge successiva (art. 13 comma 1 legge 7 agosto 1982, n. 516, di conversione con modificazione del d.l. 10 luglio 1982, n. 429), dimostrando così, *ex adverso*, come fino a quel momento la metanorma che esprimeva il c.d. principio di “fissità” dovesse considerarsi valida e quindi applicabile in quanto vincolante per l'interprete. In generale, con riferimento ai casi di singole norme che regolino la propria abrogazione (*retro*, nota 46), osserva esattamente M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 15, che «anche siffatta possibilità di una norma di disciplinare la propria cessazione, non esclude che una norma posteriore intervenga, abrogando proprio la disposizione autoregolativa, riportando così la norma nel novero di quelle a ragione comune». Nella stessa direzione si muove sostanzialmente anche F. MODUGNO, voce *Norma*, cit., p. 382 (che – si ricordi – segue la tesi originariamente formulata da Esposito per cui ogni singola norma, potendo disporre della propria abrogazione, contiene implicita una “condizione risolutiva” *ex nunc* della sua validità: *retro*, nota 42), secondo il quale «un'espressione normativa che disponga la propria immodificabilità o che la condizioni espressamente al verificarsi di determinate condizioni, si scinde almeno in due norme, in quella che prescrive alcunché e nell'altra che prescrive l'immodificabilità della prima. Quest'ultima non è a sua volta immodificabile, ma sottoposta alla condizione implicita risolutiva della propria efficacia e può quindi essere esplicitamente rimossa da una terza norma (successiva) che finisce col liberare la prima norma dal vincolo di immodificabilità dalla quale era astretta dalla seconda norma. Si spiega, pertanto, come la concezione della “condizione risolutiva” conduca a ritenere possibile, anche in sede dogmatica, l'abrogazione di norme immodificabili

una norma in senso stretto, c.d. “materiale” (avente cioè come contenuto un “dover essere” riferito ad un comportamento umano)<sup>54</sup>, non potrebbe *direttamente* escludere la sua abrogazione ad opera di una norma successiva o limitare la sua abrogazione ad un certo tipo di fatto abrogativo (ad es. alla dichiarazione espressa e specifica del legislatore), perché nessun legislatore ha la competenza di limitare la potestà normativa del legislatore futuro. Tale esclusione o limitazione potrebbe viceversa legittimamente provenire *solo da una terza norma* avente come oggetto l’applicabilità di altre norme, ossia *da una “metanorma” che eccezionalmente* (con riferimento ad un settore specifico dell’ordinamento o per un tempo determinato) *preve-*

---

o condizionatamente modificabili, ma soltanto in forma espressa o inequivocabile» (su quest’ultimo aspetto vedi anche *retro*, nota 47).

È anche interessante ricordare come, essendo unico “limite” *espressamente* previsto dalla Costituzione italiana alla sua “modificabilità” quello indicato dall’art. 139 Cost. («La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale»), una legittima modifica dell’assetto “istituzionale” dello Stato italiano da Repubblica a Monarchia potrebbe intervenire solo previa abrogazione “espressa” dello stesso art. 139 Cost. (e non attraverso un’abrogazione “tacita”, come avverrebbe modificando *indirettamente* l’art. 139 mediante una legge costituzionale che reintrodusse *sic et simpliciter* la forma monarchica dello Stato) (in questo senso, sostanzialmente, M. BON VALSASSINA, «Referendum» *abrogativo, revisione costituzionale, mutabilità della forma di governo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1949, I, pp. 91-94). Ciò conferma, oltretutto al massimo livello del sistema delle fonti, come relativamente a certe disposizioni (*rectius*: norme) si possa legittimamente ipotizzare solo un “tipo” di abrogazione – in particolare, l’espressa – e come *tale “limite” possa essere addirittura “implicito”*, essendo ricavabile solo in via di interpretazione sistematica.

<sup>54</sup> Sul concetto di “ambito di validità materiale” di una norma come «il comportamento che la norma statuisce come dovuto e le condizioni in cui esso è statuito dalla norma» H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 178 e 228-229.

*desse detta esclusione o limitazione in deroga alla disciplina generale*, metanorma a sua volta applicabile in quanto vincolante per gli organi deputati all'applicazione del diritto finché ne permanga la "validità".

### 5. *I tipi di abrogazione: a) l'abrogazione espressa c.d. "nominata"*.

La potestà normativa, di cui è titolare anzitutto il legislatore, può teoricamente esprimersi secondo due modalità tipiche: "immettendo" o "eliminando" norme dall'ordinamento. E siccome le norme sono solo il risultato dell'attività interpretativa di "disposizioni", esse esistono solo come conseguenza dell'esistenza di tali enunciati linguistici. Dunque, il legislatore può "immettere" o "eliminare" in via diretta solo "disposizioni". Tale affermazione è particolarmente rilevante per intendere esattamente il significato e la portata dell'abrogazione "espressa", specie di quella "nominata".

Fra i teorici generali del diritto è frequente l'affermazione che il legislatore con un "atto normativo" di "promulgazione" "immette" norme (o disposizioni) nell'ordinamento e con un altro "atto normativo" di "abrogazione" le "elimina"<sup>55</sup>. A ben

---

<sup>55</sup> Così C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., p. 74 (che però, per evitare confusioni terminologiche, preferiscono denominare convenzionalmente "atto di rigetto" ciò che io definisco "atto normativo di abrogazione"): «L'atto di rigetto [ossia l'atto compiuto dall'autorità normativa con cui si produce la eliminazione di norme dal sistema] è un atto normativo analogo, però in un certo modo opposto alla promulgazione». Più in particolare, secondo gli stessi Autori, «L'abrogazione consta di due componenti: l'atto realizzato dall'autorità normativa che chiameremo *atto di rigetto* e la *eliminazione* di certe norme che si opera in conseguenza dell'atto di rigetto», precisando poi che, «Come l'atto di promulgazione, il ri-



vedere, anche il c.d. atto normativo di abrogazione come tutti gli atti normativi presuppone un atto di promulgazione e la sua entrata in vigore<sup>56</sup>; con la conseguenza che sempre, anche con un atto normativo c.d. di abrogazione (col quale si esprime la volontà abrogativa del legislatore), il legislatore “introduce” nuove “disposizioni” nell’ordinamento. Ciò che varia, in realtà, è solo la “funzione” che il legislatore attribuisce a ciascuna “disposizione” introdotta nel sistema: *funzione “positiva”*, di “aggiungere” una o più “norme” nel sistema, ovvero *funzione meramente “negativa”*, di “sottrarre” altre norme dal sistema<sup>57</sup>.

Ora, nell’abrogazione “espressa” “nominata” tale *funzione “negativa”* si attua *attraverso la “eliminazione” immediata e diretta di una o più “disposizioni”* o anche di un intero testo legi-

---

getto è essenzialmente un *atto linguistico* che si esprime attraverso formule linguistiche. ... Però è importante non confondere l’abrogazione con una norma» (criticando l’opinione di coloro che, viceversa, parlano di “norme abrogative”, come Kelsen: vedi *infra*, nota 57). «Le differenze tra gli atti di promulgazione e di rigetto sono altresì molto note. L’atto di promulgazione consiste nella formulazione di una norma, mediante la quale la autorità esteriorizza la sua volontà che questa norma *sia*, cioè che si faccia ciò che la norma prescrive (o, nel caso della norma permissiva, manifesta la sua tolleranza di fronte agli atti che la norma permette). In un atto di rigetto, al contrario, l’autorità manifesta la sua volontà che la norma *non sia*, cioè che non sia preteso ciò che la norma esige, o non sia permesso ciò che la norma permette» (pp. 75-76). Si veda anche *infra*, nota 60.

<sup>56</sup> Collegano espressamente il *dies a quo* dell’effetto abrogativo con l’entrata in vigore della legge di abrogazione R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 320; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 173 e 182.

<sup>57</sup> Nello stesso senso, sostanzialmente – pur parlando senz’altro di “norme” abrogative –, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 173-174. Vedi anche F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, cit., p. 4, che evidenzia come «la particolarità dell’abrogazione» stia nel fatto che questa «è, in sé, mera eliminazione e non già immissione e sostituzione di norme».

slativo specificamente individuati – in cui si è espressa la precedente volontà legislativa – ad opera di un'altra “disposizione” introdotta successivamente nel sistema, costituita da una c.d. “clausola abrogativa espressa” del seguente tenore: «È abrogato l'art. *x* della legge *y*» o senz'altro «È abrogata la legge *y*». La “dichiarazione espressa” della volontà legislativa di “abrogazione” è contenuta in un enunciato che non ha (né è parafrasabile in) forma deontica né verte su comportamenti umani, ma ha struttura meramente “asseverativa” o, meglio, “performativa” o “costitutiva” di un *quid* prima inesistente, ossia di una realtà normativa diversa: la “eliminazione” della “disposizione” *x* (o della “legge” *y*) («È abrogato ecc.»)<sup>58</sup>. Sicché, come un atto normativo introduce “disposizioni”, così un altro atto normativo può direttamente “eliminare” “disposizioni” precedenti, attraverso un atto linguistico la cui enunciazione esplicita è essa stessa *immediatamente* produttiva dell'effetto giuridico nominato<sup>59</sup>. Ritenendo al contrario che dal-

---

<sup>58</sup> Nel senso che l'“enunciazione performativa” contenuta in una disposizione c.d. abrogativa non è una norma, ma – riprendendo sostanzialmente C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., pp. 73-77 – «l'espressione di un atto di rigetto», A. G. CONTE, *Tre domande sull'abrogazione*, in *L'abrogazione delle leggi*, cit., pp. 40-41 (che più specificamente, nell'ottica della logica deontica, definisce l'atto di rigetto «un atto thetico di invalidazione di uno *status* deontico»). In generale, sugli enunciati c.d. “performativi” (*performative utterances*, che hanno la caratteristica di non limitarsi a descrivere qualcosa, ma la realizzano immediatamente) G. CARCATERA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, Bulzoni, 2000 (rist.), p. 202 ss. e ID., *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*. Lezioni 1987/88, Roma, Bulzoni, 1988, p. 63 ss. Sulle c.d. “norme costitutive”, che realizzano di per sé immediatamente il contenuto dell'enunciato performativo giuridico in cui si esprimono, ID., *op. ult. cit.*, p. 100 ss. e, con specifico riferimento al fenomeno abrogativo, pp. 103-104.

<sup>59</sup> Ciò trova conferma, a mio avviso, nell'istituto del *referendum* popola-

la “disposizione abrogativa” possa trarsi una “norma” il cui contenuto deontico sia «La disposizione  $x$  deve essere eliminata», ci si dovrebbe allora chiedere chi è il destinatario di questo “dover essere”<sup>60</sup>. Se si rispondesse: “il legislatore”, avremmo una petizione di principio, dal momento che il legislatore ha già provveduto proprio introducendo la disposizione abrogativa; se viceversa si facesse riferimento agli organi di applicazione del diritto, *in primis* i giudici, è evidente come non potrebbe essere, ad es., il singolo giudice nella decisione di un caso concreto a dichiarare la “eliminazione” – in via definitiva – di un testo legislativo, in tutto o in parte, in quanto ciò avrebbe una portata *erga omnes*, ossia generale e astratta, tipica della funzione normativa ma incompatibile per definizione con la funzione di applicazione del diritto, che per sua natura è individuale e concreta. “Eliminando” e quindi dichiarando “non più esistente” nel sistema l’enunciato linguistico normativo

---

re “abrogativo” (art. 75 comma 1 Cost., secondo cui «È indetto *referendum* popolare per deliberare la abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali»), la cui natura è, appunto, quella di un atto normativo direttamente promanante dalla volontà popolare, titolare esclusiva della sovranità (art. 1 comma 2 Cost.: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»), avente la funzione meramente “negativa” di “abrogare”, indirettamente, le “norme” ricavabili dalle “disposizioni” aventi forza di legge, oggetto diretto della “eliminazione” contenuta nella disposizione in cui si esprime l’approvazione della proposta referendaria. Funzione dunque di mera “eliminazione” di altro “testo” normativo (e, solo indirettamente, di norme).

<sup>60</sup> Osservano C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., p. 75, che «Neppure si può interpretare l’atto di rigetto [l’atto normativo di abrogazione: *retro*, nota 55] come un ordine di eliminare la norma dal sistema. Un ordine di eliminare una norma, non la elimina; solo crea l’obbligo di eliminarla». Si veda anche G. CARCATERA, *Il normativismo*, cit., p. 105.

esplicitamente indicato (ossia la “fonte” di certe norme), la disposizione c.d. “abrogativa” “elimina” anche, di conseguenza, tutte le “norme” che possono in via interpretativa ricavarsi dalla “disposizione” eliminata (da sola o in combinato con altre disposizioni)<sup>61</sup>. Il che conferma che oggetto della c.d. “abrogazione” espressa nominata non possono essere “disposizioni” ma solo e sempre “norme”<sup>62</sup>. Parlare dunque di “*abrogazione di una disposizione*” significa solo utilizzare, *per metonimia*, una formula “riassuntiva” che, in realtà, significa “*abrogazione di tutte le norme che da quella disposizione – da sola o in combinato con altre – si possono trarre in via di interpretazione*”; *circoscrivendo* così l’ambito dell’effetto abrogativo in funzione di una sua maggiore determinatezza e quindi di una maggiore certezza del diritto.

Distinguendo tra “esistenza” e “vigenza” (ossia “efficacia”) dell’atto normativo e quindi delle disposizioni che ne costituiscono il contenuto, si può allora concludere nel senso che la “eliminazione” della disposizione, operata con l’atto di promulgazione dell’atto normativo che contiene la c.d. clausola

---

<sup>61</sup> Così anche L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 120-121 (che però, diversamente da quanto io sostengo *retro* nel testo, ritiene oggetto diretto della “abrogazione” la “disposizione di legge” cui la “disposizione c.d. abrogativa” espressamente si riferisce, e non le norme che da essa possono trarsi in via interpretativa. Per la dottrina secondo cui oggetto dell’abrogazione espressa sono le disposizioni e non le norme vedi *retro*, nota 12).

<sup>62</sup> Conf. T. MAZZARESE, *Variazioni in tema di abrogazione*, in *L’abrogazione*, cit., p. 82 ss.; A. G. CONTE, *Tre domande*, cit., p. 44; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 169-170. Nel senso viceversa che l’abrogazione espressa “nominata” – a differenza dell’abrogazione espressa “innominata” e dell’abrogazione “tacita” e “implicita” – abbia direttamente ad oggetto non “norme” ma “disposizioni” R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., pp. 18-19; vedi anche *retro*, note 12 e 61.

abrogativa espressa (e dunque con gli effetti generali e astratti tipici della normazione), avrà “efficacia” dalla data della “entrata in vigore” di detto atto normativo, momento dal quale, correlativamente, cesserà la “vigenza” della disposizione eliminata<sup>63</sup>.

Data la funzione meramente “negativa” di “eliminazione” di una “disposizione” e conseguente “abrogazione” di tutte le “norme” da essa ricavabili in via interpretativa, la disposizione contenente la clausola di abrogazione espressa “nominata” *di per sé* non introduce una nuova disciplina con riferimento ad una certa situazione di vita, ma si limita a sottrarre quest’ultima alla efficacia qualificatoria della norma abrogata; il che significa che questo “tipo” di abrogazione *non* ha come presupposto – a differenza dell’abrogazione tacita – una relazione di “incompatibilità” fra due norme c.d. “materiali” (aventi cioè come contenuto un “dover essere” riferito ad un comportamento umano) che si succedono nel tempo («se A deve essere B»; «se A deve essere C») e quindi un “conflitto” tra norme quantomeno potenziale (cui l’istituto dell’abrogazione serve appunto a dare soluzione)<sup>64</sup>. Lo stesso discorso va

---

<sup>63</sup> A meno di non voler ritenere, conformemente d’altronde alla dottrina dominante, che l’esistenza della disposizione inizia con l’entrata in vigore dell’atto normativo che la contiene e la sua cessazione di esistenza, ossia la sua eliminazione, si ha con l’entrata in vigore dell’atto normativo che contiene la clausola abrogativa espressa, facendo così coincidere l’esistenza della disposizione con la sua vigenza (*retro*, par. 2).

<sup>64</sup> Chiarissimo, nel senso che di abrogazione si può parlare *anche in assenza di un conflitto di norme*, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 173 e 181; ID., *La derogazione*, cit., pp. 191 e 198. In senso contrario, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 169 (che anzi, presupponendo in ogni tipo di abrogazione una relazione di “incompatibilità” tra norme anteriori e norme successive, sottolinea come, «nell’abrogazione espressa, tale incompatibilità è autoritativamente accertata dallo

comunque fatto laddove, insieme alla clausola abrogativa espressa, si introduca una nuova disposizione da cui si ricava una norma che disciplina in maniera diversa la stessa situazione di vita già regolata dalla norma abrogata; il che può avvenire, per evidenti ragioni di economia legislativa, anche attraverso una disposizione “sostitutiva” del seguente tenore: «L’art. *x* della legge *y* è così sostituito»<sup>65</sup>. Fermo che anche l’enunciato linguistico della disposizione “sostitutiva” contiene espressamente la clausola abrogativa, ancora una volta l’abro-

---

stesso legislatore, e deve quindi presumersi *iuris et de iure*»); R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 9 (secondo cui «l’abrogazione è principalmente uno strumento per eliminare o prevenire un conflitto tra norme che altrimenti sarebbero tra loro “antinomiche”»); F. SORRENTINO, *L’abrogazione*, cit., p. 12 (che vede in ogni tipo di abrogazione solo «il contrasto tra due discipline che si succedono nel tempo, e non una volontà espressa o tacita del legislatore di dar luogo ad abrogazione»). *Contra*, criticamente rispetto all’idea che il denominatore comune delle tre forme di abrogazione previste dall’art. 15 preleggi sia sempre la relazione di “incompatibilità” tra norme, G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, cit., p. 79 ss. e L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 257-260 (con riferimento specifico proprio ai casi di abrogazione espressa “secca”, che parla a questo proposito di «finzione che la disposizione abrogativa costituisca una presunzione assoluta della esistenza di una tale antinomia»: p. 258).

<sup>65</sup> Se viceversa la disposizione “sostitutiva” introduce una norma che fa riferimento ad una situazione di vita *del tutto diversa strutturalmente* rispetto a quella prevista dalla norma che si ricava dalla disposizione che si vuole eliminare, siamo di nuovo in presenza di una disposizione la cui plurima funzione è, da un lato, attraverso una norma “di” abrogazione, eliminare *tout court* la efficacia qualificatoria di quella situazione di vita da parte della norma che si vuole abrogare e, dall’altro lato, ancora una volta per ragioni pratiche di economia legislativa, introdurre contestualmente, attraverso la nuova disposizione “sostitutiva”, norme regolative di *altre* situazioni di vita completamente distinte. Il che, se si tratta di situazioni già *aliunde* precedentemente disciplinate, determina, a sua volta, la presenza di un fenomeno abrogativo.

gazione non dipende dalla “incompatibilità” tra il contenuto normativo della nuova disposizione e di quella eliminata, ma solo dalla eliminazione (“secca”) di quest’ultima da parte della clausola abrogativa espressa e nominata.

Semmai, ci si deve chiedere, laddove l’abrogazione espressa nominata non sia accompagnata dalla contestuale introduzione di una nuova disciplina per la stessa situazione di vita, se l’ordinamento giuridico tolleri la presenza di situazioni normativamente “indifferenti” in quanto non disciplinate da alcuna norma<sup>66</sup>. La risposta deve essere – almeno di regola –

---

<sup>66</sup>In senso favorevole SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 171 ss., *passim*, il quale in particolare sottolinea come, «Poiché ci sono materie giuridicamente irrilevanti è perfettamente naturale che per esse non si abbiano e non si debbano avere norme giuridiche. Anzi, rovesciando questa proposizione, essendo quelle materie costituite precisamente da casi per cui non ci sono norme, la mancanza di norme non significa altro che si tratta per l’appunto di rapporti o di azioni che l’ordinamento statale ha escluso dalla sua sfera: il che, in altri termini, vuol dire che potrà parlarsi di *limitazione dell’ordinamento medesimo, ma non già di lacune*» (corsivi miei) (p. 177); lacune – se riferite a “norme” – impossibili dal punto di vista logico (pp. 177 ss. e 183). Conformemente però alla sua costruzione dell’ordinamento giuridico quale “sistema di istituzioni”, lo stesso Autore ammette l’esistenza di “lacune” quando non si faccia riferimento ad una norma o a un gruppo di norme, ma, appunto, «all’aspetto istituzionale che l’ordinamento giuridico presenta», di cui allora si dovrebbe postulare l’“incompletezza” laddove esso resti «privo di una sua parte integrante, che continua ad essere giuridicamente necessaria per esso» (p. 181 ss.).

Ammette l’esistenza di una zona di “indifferenza giuridica” (definibile anche come “spazio giuridico vuoto” o “sfera del giuridicamente irrilevante”: N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 249) – in quanto riferibile a situazioni “non valutate” dall’ordinamento né in termini positivi (attraverso la previsione di conseguenze “favorevoli”), né in termini negativi (prevedendo conseguenze “sfavorevoli”) – ARTH. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*,

---

München, C. H. Beck, 1997, 2. Aufl., (15. Kapitel. *Die Lehre vom „rechtsfreien Raum“*), pp. 226-234 (che parla, in particolare proprio con riferimento al sistema penale, di «spazio libero dal diritto» nel senso di «non valutato» dal diritto). Fondamentale H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 158-162, laddove distingue il “permesso” in senso “positivo” da quello semplicemente “negativo” come sinonimo di condotta “libera”, in quanto giuridicamente non vietata né comandata; escludendo poi la possibilità che un “permesso” in senso meramente “negativo” possa costituire “funzione” di una qualunque norma; a differenza del permesso “positivo” che – non a caso – è viceversa, specificamente, proprio «la funzione ... di una norma che abolisce o limita la validità di un'altra norma, cioè una norma derogatoria» (ossia “di abrogazione”). Più precisamente, è «la sua funzione indiretta perché l'essere permesso di un comportamento è la conseguenza del fatto che il divieto di questo comportamento (o il comando di omettere questo comportamento) viene abolito o limitato» (p. 159). Nella stessa direzione si muove, sostanzialmente, anche E. BULYGIN, *Norme permissive*, cit., pp. 179-187, il quale, dopo aver evidenziato come «le norme permissive giocano almeno un ruolo importante: quello cioè di cancellare o abrogare divieti (il che non potrebbe farsi mediante norme imperative)» (p. 183), distinguendo conseguentemente anch'egli tra “permesso negativo” e “permesso positivo”, «che discende come tale da un atto di un'autorità normativa» (p. 185), così conclude: «lo status normativo delle azioni disciplinate da un sistema normativo ... è il risultato dell'interazione di norme di diverso tipo: norme imperative, norme permissive, e norme di competenza» (p. 185); più in particolare, «le norme permissive sono, in un senso importante, sistemicamente dipendenti: è solo nella prospettiva dinamica di un sistema normativo gerarchicamente strutturato (con una pluralità di autorità normative di grado diverso), che cambia nel corso del tempo in seguito ad atti normativi compiuti dalle diverse autorità normative, che le norme permissive diventano davvero utili» (p. 187).

In generale, sul problema della “completezza” dell'ordinamento giuridico, e quindi sulla conseguente inesistenza di “lacune” (almeno “formali”: *infra*, nota 69) vedi H. KELSEN, *op. ult. cit.*, pp. 204-207, 314 nota 6, 411 nota 3, 379-380. Secondo questo A., «Si parla per lo più di una “lacuna” nel diritto quando un comportamento permesso dal diritto vigente in modo negativo (cioè né giuridicamente vietato né prescritto, quindi giuridicamente libero) dovrebbe essere giuridicamente prescritto o vietato da un



negativa. Anzitutto, occorre ricordare come, essendo l'ordinamento giuridico costituito da disposizioni da interpretarsi "sistematicamente", la "eliminazione" di una di esse non significhi necessariamente la "indifferenza normativa" della situazione di vita da essa precedentemente disciplinata, come accade ad es. nel caso in cui la "eliminazione" abbia ad oggetto

---

certo punto di vista politico-morale. Una "lacuna nel diritto" significa che tra diritto e morale, cioè fra un diritto positivo e un determinato ordinamento politico-morale, esiste un conflitto; non già che il diritto positivo non possa in questo caso essere applicato» (p. 205). Infatti, di fronte ad un comportamento "non regolato" da una norma giuridica (generale e astratta) e quindi "permesso", sia pure soltanto in modo "negativo", come mera "libertà di fatto", «se il giudice deve in questo caso respingere l'azione e assolvere l'imputato, cioè statuire una norma individuale secondo la quale non deve essere posto in essere un atto coercitivo (come sanzione) contro il convenuto o l'imputato, ciò avviene in applicazione del diritto vigente» (p. 379); «l'applicazione del diritto, quindi, non è logicamente esclusa» (ID., *La dottrina pura*, cit., p. 277). Decisamente a favore della tesi della necessaria "completezza" dell'ordinamento giuridico, alla cui base starebbe una "norma generale esclusiva" implicita, D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, *passim* (sul concetto di "norma generale esclusiva" *infra*, nota 174). *Contra*, muovendo dalla tesi dell'esistenza di una "sfera di irrilevanza" dal punto di vista "normativo" (*retro*, in questa stessa nota), afferma che, anche laddove non esista alcuna norma da applicare nel caso concreto, «una valutazione giurisdizionale è sempre possibile, nel senso che essa sarà, perciò che è giuridicamente irrilevante, un *giudizio giuridico negativo*» (corsivo mio), SANTI ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 178. Si veda anche N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 237-273, che, fra l'altro – a differenza di Kelsen –, esclude che si possa distinguere tra una sfera di permesso o di libertà giuridicamente rilevante e l'altra giuridicamente irrilevante (spec. p. 249 ss.). Sempre sulla "completezza" dell'ordinamento giuridico *adde* R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 243 ss.; A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962, *passim*; A. FRANCO, *I problemi*, cit., p. 213 ss. Sui concetti di permesso c.d. "debole" e "forte" si veda anche *infra*, nota 174.

una disposizione avente un contenuto normativo qualificabile come “speciale” rispetto al contenuto normativo, qualificabile come “generale”, ricavabile da altra disposizione coesistente<sup>67</sup>. Ma anche laddove non esista una norma ricavabile da una “precisa disposizione” che regoli direttamente quella situazione, l’ordinamento italiano non solo prevede ma addirittura impone il ricorso al procedimento analogico (art. 12 comma 2 preleggi)<sup>68</sup>, escludendo di conseguenza al suo interno la presenza di “lacune” (quantomeno “formali”)<sup>69</sup>. La rispo-

---

<sup>67</sup> Per un cenno alla problematica relativa ai rapporti successivi tra norme di cui una strutturalmente generale rispetto ad un’altra speciale v. *infra*, nota 131.

<sup>68</sup> *Retro*, nota 6.

<sup>69</sup> Sull’inesistenza di “lacune formali” nell’ordinamento italiano come *questione di “diritto positivo”* espressamente risolta proprio per la presenza nel sistema dell’art. 12 comma 2 preleggi – regola (= metanorma) che impone di ritenere esistente, accanto ad ogni norma, un’altra norma cui ricondurre tutti i casi “simili” rispetto a quelli previsti dalla prima norma – vedi M. GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 67 ss., che afferma conseguentemente come il ricorso al procedimento analogico coprirebbe solo le c.d. lacune “sostanziali”, risolvendosi pertanto, logicamente, in un’attività *interpretativa* dell’intero ordinamento giuridico: nel senso che il giudice individuebbe la norma concretamente applicabile sempre all’“interno” dell’ordinamento sulla base di una sua interpretazione complessiva di tutte le norme che lo compongono. Anche se occorre comunque sottolineare come, a differenza di quanto affermato da Kelsen (secondo cui dire che «l’ordinamento giuridico abbia una lacuna, vale a dire che il diritto in vigore non possa venire applicato ad un caso concreto perché non vi è alcuna norma generale che si riferisca a quel caso», si risolve in realtà in una vera e propria «finzione» di “impossibilità logica di applicazione” del diritto effettivamente valido: H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 149-151), Gallo, per mantenere viceversa anche l’analogia – laddove esplicitamente “autorizzata” o “imposta” da un certo “sistema” di diritto positivo tra le regole di “applicazione” della legge – nell’ambito di una me-

sta al problema, ancora una volta, non è dunque di teoria generale, ma di stretto diritto positivo. A diverse conclusioni si deve tuttavia pervenire in quei settori dell'ordinamento, come il penale, in cui è vietato il ricorso all'analogia – quantomeno – per le norme “incriminatrici”. Qui l'esistenza di vere e proprie “lacune di incriminazione” è connaturata alla “natura” propria di quel ramo del diritto, caratterizzato dai principi di “frammentarietà” e di “*extrema ratio*” di tutela, tutti, in ultima analisi, riconducibili come corollari al superiore principio

---

ra attività di “interpretazione” del diritto (e non di “creazione” di norme generali e astratte), esclude che «l'attività svolta da chi pone in essere un procedimento di estensione analogica possa essere considerata interpretazione del diritto soltanto alla stregua di una finzione: si converrebbe, cioè, di considerare dichiarativa una attività che, fuori di ogni dubbio, sarebbe invece creativa» (M. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 68). Che, almeno con riferimento al diritto penale, l'interpretazione ad opera del giudice non sia mai una attività “dichiarativa” ma sempre e solo “creativa” è la tesi viceversa da me sostenuta in M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., *passim*.

In particolare, poi, occorre ricordare come Santi Romano, sulla base della formula dell'art. 3 comma 2 Disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 laddove faceva riferimento, quale ultimo criterio di decisione della controversia utilizzabile dal giudice, ai «principi generali del diritto», affermasse che «il processo di costruzione di principi generali ... non ha niente a che fare col problema delle lacune. Si tratta di un procedimento che è e vuole essere soltanto un mezzo di “interpretazione” del diritto positivo, che serve per accertare quest'ultimo e così decidere sui “casi dubbi” o “controversi”, cioè per colmare le cosiddette lacune apparenti, per “trovare” una norma che, a prima vista, manca, ma che in realtà esiste» (SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, cit., pp. 178-179). Tale conclusione dovrebbe valere *a fortiori* oggi nel momento in cui l'art. 12 comma 2 preleggi, modificando l'art. 3, parla espressamente di «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Col che si afferma in modo inequivoco che la soluzione di qualunque controversia deve allora essere oggi comunque trovata *all'interno* dell'ordinamento giuridico.

di “stretta legalità” o “tassatività” delle incriminazioni; per cui, nel sistema degli illeciti penali, tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso<sup>70</sup>.

Dire che la clausola abrogativa espressa non risolva un “conflitto” (neppure potenziale) fra norme “materiali”, ossia di disciplina di una stessa situazione di vita, ma abbia solo l’effetto, negativo, di “eliminare” dalla sfera del giuridicamente rilevante una specifica “disposizione”, implica logicamente che da detta disposizione abrogativa si debba trarre, sia pure implicitamente<sup>71</sup>, una “norma *di* abrogazione” di tutte le norme che dalla disposizione direttamente “eliminata” possono trarsi in via di interpretazione. Tale norma, definibile propriamente come “metanorma” (norma sulle norme) avendo ad oggetto le vicende applicative di altre norme, ha in quanto tale come destinatari esclusivi gli organi di applicazione del diritto (*in primis*, i giudici), in capo ai quali costituisce un “dover essere” avente come contenuto il “divieto” di applicare le norme ricavabili interpretativamente dalla disposizione “eliminata” (che quindi non potrà più essere indicata come “fonte” di possibili decisioni). Da ciò deriva come anche fra la norma *di* abrogazione e le norme abrogate non possa determi-

---

<sup>70</sup> Sempre che non sia addirittura “dovuto”, nel senso di giuridicamente imposto, o comunque espressamente “permesso” (nel senso di: “facoltizzato”) alla stregua di un’altra norma giuridica di natura “extrapenale” (“prevalente” su quella penale incriminatrice *ex art.* 51 c.p.). Permesso – in senso “forte” o “debole” (*retro*, nota 66, e *infra*, nota 174), non importa – o dovuto, comunque, tutto ciò che non è espressamente “vietato” dalla legge penale deve ritenersi *penalmente lecito*. Sull’esistenza di una *norma generale “esclusiva” di “liceità penale” implicita* si veda *infra*, par. 15. In generale, sul concetto di “norma generale esclusiva” *infra*, nota 174.

<sup>71</sup> Qualifica viceversa le norme meramente “implicite” o “inespresse” come «norme prive di disposizione» R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 19.

narsi alcuna “incompatibilità” e quindi “conflitto”<sup>72</sup>, trattandosi di norme che hanno non solo contenuto ma anche destinatari diversi. Schematizzando, si potrebbe dire che, laddove la norma abrogata è: «se A deve essere B», la norma di abrogazione è: «se A non deve essere B». Qui l'apparente antinomia è facilmente superabile esplicitando i passaggi che portano alla seconda formula: “non esistendo più, in quanto abrogata e quindi inapplicabile, la norma «se A deve essere B», allora «se A non deve essere (più) B»”. Dove il “dover essere” della norma abrogata costituisce il “contrario” del contenuto del “dover essere” della norma di abrogazione<sup>73</sup>. Con la

---

<sup>72</sup> Sostanzialmente nella stessa direzione (sia pur muovendo dal diverso presupposto che oggetto dell'abrogazione espressa siano le “disposizioni” e non le “norme”) L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 117 ss., il quale esclude in caso di abrogazione espressa una “antinomia” tra norme, posto che qui la relazione si pone tra «realità normative di diversa natura: una regolamentazione materiale (legge abrogata) e una disposizione il cui oggetto è un'altra norma (disposizione abrogativa)» (p. 118).

<sup>73</sup> Con la consueta chiarezza Kelsen – muovendo dal postulato che «Derogare [abrogare] – accanto a: comandare, permettere, e autorizzare – è una specifica funzione delle norme» (H. KELSEN, *La derogazione*, cit., p. 189) – sottolinea come «La norma derogatoria [= abrogativa] annulla il dover essere, cioè la validità, di un'altra norma (secondo la quale si deve commettere od omettere un dato atto)». «Perciò essa non può, come le altre norme, essere espressa mediante un enunciato imperativo (o in termini di dovere)» (ID., *op. ult. cit.*, pp. 190-191). Più specificamente, «Una norma mediante la quale viene annullata o limitata la validità di un'altra norma (norma derogatoria) stabilisce il non-più-dover-essere (*Nichtsollen*) di un determinato comportamento (a differenza di una norma che stabilisce il dovere di astenersi da una determinata condotta)». In altre parole, «Se una [norma] stabilisce il dover essere di un certo tipo di comportamento, l'altra, la norma derogatoria, non statuisce il dover essere di un comportamento di tipo diverso, bensì il non-dover-essere del primo comportamento. Se la seconda è valida, non può essere valida la prima, perché la

conseguenza che la norma di abrogazione può esistere logicamente solo nel momento in cui la norma che ne costituisce il contenuto ha cessato di esistere in quanto abrogata.

La norma *di* abrogazione sarebbe pertanto espressiva di una volontà legislativa meramente “negativa”, nel senso che attraverso essa non si vuole disciplinare diversamente la fattispecie A, ma solo eliminare (e quindi rendere inapplicabile) la disciplina precedente B, senza introdurre, almeno direttamente, una nuova disciplina C. In questo caso, il “*conflitto*” è dunque meramente “*improprio*” in quanto non è tra norme, ma *tra diverse “funzioni” della potestà legislativa* (c’è chi si spinge a parlare di “conflitto” tra “atti normativi”, di promulgazione e di abrogazione)<sup>74</sup>.

---

sua validità è abolita dalla seconda» e dunque «non esiste più». Ciò significa allora che «le due norme non stanno in contraddizione logica e neppure hanno un rapporto simile ad una contraddizione logica» (H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 5 e 366-367). «Alle due asserzioni in conflitto fra di loro non si contrappongono due norme in conflitto, ma soltanto una, cioè la norma derogatoria, perché l’altra non esiste più» (*ibidem*, p. 367). In sintesi: «Tra la norma derogatoria e la norma derogata non vi è conflitto, poiché, in ragione della validità della norma derogatoria, l’altra norma diviene invalida» (ID., *La derogazione*, cit., p. 202). Vero “conflitto di norme” ci può essere infatti solo quando le norme in conflitto sono *contemporaneamente valide*.

Una – reale – “incompatibilità” tra due norme a struttura condizionale, in cui l’apodosi della seconda costituisca il “contrario” dell’apodosi della prima (rispettivamente «deve essere B» e «non deve essere B» ovvero – il che è lo stesso – «deve essere non B»), potrebbe logicamente prospettarsi solo laddove la protasi della seconda norma presenti un *requisito ulteriore* rispetto alla prima: «se A deve essere B»; «se A + C non deve essere B», dove C potrebbe, ad es., indicare l’intervento di una causa estintiva degli effetti di un atto giuridico, come la prescrizione.

<sup>74</sup> C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., p. 79 ss. (che si soffermano anche sul caso particolare in cui sia la *medesima legge* che, si-

## 6. Segue: b) *l'abrogazione tacita.*

A differenza dell'abrogazione espressa, l'abrogazione "tacita" – che è probabilmente quella di più frequente verifica nella prassi<sup>75</sup> (insieme all'abrogazione espressa innominata, su cui vedi *infra*, par. 7) – è un meccanismo predisposto, una volta per tutte e quindi in via generale e astratta, dall'ordinamento giuridico per ovviare, *in caso di successione di leggi aventi ad oggetto la disciplina della stessa situazione di vita*, la mancanza di una espressa presa di posizione, caso per caso, del legislatore<sup>76</sup> su quale debba essere la disciplina applicabile e quindi *prevenire* un "conflitto" (effettivo) tra norme.

L'abrogazione c.d. "tacita" è quella che, secondo l'art. 15 preleggi, si verifica «per incompatibilità tra le nuove *disposizioni* e le precedenti». Ora, essendo le disposizioni meri enun-

---

multaneamente, introduca una norma che preveda la disciplina di una certa situazione di vita e un'altra norma che viceversa la abroghi; «per esempio, perché la norma promulgata [*rectius*: contenuta in un atto normativo di promulgazione] implica logicamente una norma espressamente abrogata dalla stessa legge»: p. 82).

<sup>75</sup> L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 301.

<sup>76</sup> Afferma R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 10, come, «nei casi di abrogazione "tacita", propriamente parlando non vi è atto abrogativo alcuno: quanto meno non vi è alcun atto abrogativo *legislativo*. Con una leggera forzatura, si potrebbe dire piuttosto che vi sia un atto abrogativo (autorizzato dal legislatore, ma) compiuto direttamente dal giudice e da questi imputato ad una presunta volontà del legislatore stesso. A questo riguardo è forse il caso di parlare di abrogazione *giurisprudenziale*. È questo uno di quei casi in cui il giudice commette una "intrusione" nel discorso legislativo» (corsivi dell'A.). Escludono senz'altro la riconduzione dell'abrogazione tacita ad una volontà implicita o presunta del legislatore M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., pp. 23-25; F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 10.

ciati linguistici l'individuazione del cui significato necessita della "mediazione" dell'attività interpretativa, è evidente come una relazione di "incompatibilità" si possa instaurare solo tra i suddetti "significati", cioè tra norme: nel senso che l'osservanza della prima norma comporta, logicamente, l'inosservanza della seconda, e viceversa<sup>77</sup>. Solo per metonimia dunque l'art. 15 cit. fa riferimento come termini della relazione di "incompatibilità" alle disposizioni, cioè al "significante", anziché, come sarebbe più corretto, al "significato", ossia alle norme.

Esplicitando, siccome da una stessa disposizione si possono interpretativamente ricavare più norme, se la disposizione A può esprimere come suoi significati le norme  $a^1$  e  $a^2$  e la disposizione B, entrata in vigore successivamente, le norme  $b^1$  e  $b^2$ , laddove  $b^1$  sia "incompatibile" con  $a^1$  regolando diversamente la stessa situazione di vita, quest'ultima dovrà ritenersi tacitamente abrogata, con la conseguenza che non sarà ulterior-

---

<sup>77</sup> C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, 6<sup>a</sup> ed., p. 156; A. FIORENTINO, *Sulla abrogazione tacita della legge*, in *Foro. it.*, vol. LXV, 1940, I, c. 890 (che sottolinea altresì come debba trattarsi di un contrasto *obbiettivo* tra i significati delle due norme cui si è in precedenza pervenuti attraverso l'attività interpretativa, senza dare alcuna rilevanza alla intenzione del legislatore storico). In generale, sul concetto di "incompatibilità tra norme", quale loro "relazione logica" equivalente (meglio: sinonimica) rispetto a quella di "antinomia", come presupposto dell'abrogazione tacita L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 301-305. Dell'incompatibilità come «concetto soprattutto logico: ... concetto di relazione, che si stabilisce caso per caso, mediante comparazione del contenuto delle norme» parla anche M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 18, il quale aggiunge come, «Se alcune volte la semplice e diretta comparazione delle due norme è sufficiente a stabilire l'incompatibilità, molte altre volte non lo è: si trovano norme che, comparate singolarmente, appaiono pienamente compatibili, ma ove si salga ai principi cui si subordinano, risultano in realtà incompatibili».



mente applicabile. Tale abrogazione, interessando solo una delle norme desumibili dalla disposizione A, non tocca logicamente l'esistenza e/o la vigenza della stessa disposizione A, che potrà quindi continuare a operare come "fonte" legittima di altre norme (diverse dalla tacitamente abrogata). Ciò significa che: 1) l'abrogazione tacita non elimina dall'ambito del giuridicamente rilevante la disposizione da cui si trae interpretativamente la norma abrogata quale possibile "fonte" di (ulteriori) norme<sup>78</sup>; 2) nell'abrogazione tacita la stessa norma dichiarata abrogata, proprio in quanto l'abrogazione non dipende qui da una manifestazione espressa di volontà da parte del legislatore (e quindi dalla previa eliminazione della disposizione da cui si ricava in via interpretativa), non è espunta in via definitiva ed *erga omnes* dall'ordinamento, posto che un altro organo di applicazione del diritto (o anche lo stesso organo, ma in occasione di un'altra decisione) potrebbe al contrario ritenere, sulla base di una diversa interpretazione delle disposizioni coinvolte<sup>79</sup>, che la norma a<sup>1</sup> non è incompatibile con b<sup>1</sup> – o perché ritiene che a<sup>1</sup> e b<sup>1</sup> non abbiano ad oggetto la stessa situazione di vita ovvero perché dà alla disposizione posteriore un significato b<sup>1</sup> compatibile con a<sup>1</sup> – e quindi continuare ad applicarla<sup>80</sup>; eliminazione della norma dichiarata tacitamente abrogata che non potrebbe comunque essere definitiva<sup>81</sup> ed *er-*

---

<sup>78</sup> Conf. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 197; A. FRANCO, *I problemi*, cit., p. 169.

<sup>79</sup> Nel senso che «l'interpretazione sistematica è l'unico mezzo per determinare l'abrogazione tacita» M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 26. La stretta connessione tra attività interpretativa e fenomeno abrogativo è in genere correttamente evidenziata dalla maggioranza della dottrina: così F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., *passim*.

<sup>80</sup> Sostanzialmente conf. F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., pp. 16-18.

<sup>81</sup> Muovendo viceversa dal presupposto – a mio parere errato (*infra*,

*ga omnes* perché provvedere in via generale e astratta appartiene alla funzione normativa e non a quella di applicazione del diritto (per sua natura individuale e concreta e quindi logicamente *limitata* al singolo caso deciso); 3) non incidendo l'abrogazione tacita sulla disposizione A da cui si trae interpretativamente la norma abrogata a<sup>1</sup>, laddove sia in seguito abrogata – secondo una qualunque delle modalità previste dall'art. 15 preleggi, quindi anche espressamente – la seconda norma (c.d. abrogante) b<sup>1</sup>, dalla prima disposizione A, non eliminata dal sistema, si potrà nuovamente ricavare in via interpretativa la stessa norma a<sup>1</sup> già abrogata. Ciò significa dunque che, a differenza dell'abrogazione espressa, nell'abrogazione tacita l'abrogazione della norma b<sup>1</sup> c.d. “abrogante”, facendo venir meno la situazione di incompatibilità, potrebbe riportare ad esistenza la prima norma a<sup>1</sup> già abrogata; o forse, *rectius*, determinare l'introduzione nel sistema di una nuova norma a<sup>3</sup>, *contenutisticamente identica* alla norma a<sup>1</sup> precedentemente abrogata<sup>82</sup>.

---

par. 9) – che la vigenza della norma non coincide con la sua efficacia e applicabilità, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 331-332, perviene alla conclusione (opposta a quella sostenuta nel testo) che «L'abrogazione per incompatibilità ... non è vera abrogazione. È semplice *sospensione dell'efficacia* della legge. ... Questa conservazione della vigenza determina che gli effetti dell'abrogazione per incompatibilità siano essenzialmente reversibili; cioè, se scompare la causa della sospensione dell'efficacia, la legge riacquista tutta la sua capacità regolativa, giacché continua ad appartenere all'ordinamento»; da ciò consegue che «l'abrogazione della *lex posterior* produce la *reviviscenza* della legge antica» (corsivi dell'Autore).

<sup>82</sup> Se dunque dalla disposizione A, in seguito all'abrogazione della norma c.d. abrogante b<sup>1</sup>, è possibile trarre interpretativamente una *nuova* norma a<sup>3</sup> *contenutisticamente identica* alla già (tacitamente) abrogata a<sup>1</sup>, ne consegue che – venuta meno la situazione di “incompatibilità” per l'abrogazione della norma b<sup>1</sup> – non è neppure corretto parlare di “*reviviscenza*” della norma a<sup>1</sup> (già abrogata). Come ribadisce infatti H. KELSEN, *Teoria*

---

*generale delle norme*, cit., p. 179, «se la validità della nuova norma giuridica viene abrogata, la vecchia norma non torna in vigore» (più specificamente, lo stesso Autore evidenzia come, propriamente, «Quando ha adempiuto la sua funzione, cioè quando la norma alla quale si riferisce ha perduto la sua validità, la norma derogatoria [abrogante] perde la sua validità riguardo alla norma di cui ha abrogato la validità. La sua validità quindi rispetto alla norma, di cui ha già abrogato la validità, non può neanche essere abrogata; essa non è derogabile [abrogabile] nei riguardi di questa norma da essa abrogata»: ID., *op. ult. cit.*, p. 172). La *c.d.* “*abrogazione di abrogazione*” di per sé significa infatti soltanto che, venuta definitivamente meno con la abrogazione la prima norma (si noti: anche laddove essa abbia lo stesso contenuto della *c.d.* norma “abrogante”: ID., *op. ult. cit.*, p. 179), nel caso in cui anche la norma “abrogante” viene successivamente abrogata, è possibile solo che venga *eventualmente* introdotta nell’ordinamento una *nuova norma* magari di *contenuto identico* a quello della prima norma abrogata (sia pure, mi sembra, con implicito riferimento all’abrogazione espressa “secca”, ossia non accompagnata dalla contestuale introduzione di una nuova disciplina per la stessa situazione di vita – *retro*, par. 5 –, sostanzialmente a questa stessa conclusione perviene anche S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., p. 153, laddove riconosce come «la legge abrogatrice di precedente norma abrogatrice contenga una norma che, da un lato, ha funzione abrogativa, dall’altro assume, *per relationem*, il contenuto normativo della norma legale precedentemente abrogata»; di «norma che ha il medesimo contenuto della norma abrogata» parla H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 172). Fermo ovviamente, come vedremo (*infra*, par. 9), il problema dell’ambito applicativo di questa nuova norma (se solo per il futuro o anche o solo per il passato). In questa stessa logica, anche la *c.d.* “*abrogazione parziale*” di una norma, da intendere propriamente come «parziale modifica del suo contenuto, in particolare del suo ambito di validità», si risolve, in realtà, nella abrogazione “totale” della prima norma *c.d.* “modificata” e nella contestuale introduzione di una nuova norma dal contenuto corrispondente a quello della *c.d.* norma “modificata” (H. KELSEN, *op. ult. cit.*, pp. 178-180; ID., *La derogazione*, cit., pp. 195-197; vedi *infra*, par. 10). Di vera e propria “modifica” si può viceversa correttamente parlare con riferimento non alla “norma” (meglio, ai differenti aspetti del suo ambito di validità: temporale, spaziale, personale, materiale), ma alla “legge” che contiene la “disposizione” da cui la norma si ricava interpretativamente.

---

Come infatti bene evidenzia H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 179-181 (anche se, nella traduzione italiana, con una terminologia non corrispondente a quella da me usata nel testo), «Non è possibile l'abrogazione parziale di una singola norma mentre lo è l'abrogazione totale di una singola norma, che è elemento costitutivo di una legge, formata da più norme. ... [Allora] si può dire che la legge è ancora valida, con un contenuto modificato in quanto manca la norma abrogata. Poiché la validità di una legge, costituita da più norme, null'altro è se non la validità di queste norme e non la validità della legge distinta dalla validità delle singole norme, il processo modificativo non significa l'abrogazione parziale della validità della legge, bensì l'abrogazione totale di una delle norme il cui insieme viene definito legge».

Se dunque la c.d. “*reviviscenza*” della norma abrogata – che è in realtà introduzione di una *nuova norma di contenuto identico* a quello della norma che si pretende di far rivivere – non è un problema risolvibile sulla base della logica delle norme ma è solo una *questione di stretto diritto positivo* (così anche F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 18), è allora essenziale che la volontà legislativa c.d. ripristinatoria della prima disciplina sia manifestata *in modo inequivoco*. Il che può avvenire: 1) o, nel caso di abrogazione *tacita* della norma b<sup>1</sup> che ha in precedenza *tacitamente* abrogato altra norma a<sup>1</sup>, “*negativamente*”, ossia *salvo espressa volontà legislativa in senso contrario* in grado di superare la “presunzione” di volontà positiva che discende dalle normali potenzialità di “assestamento” naturalmente inerenti alla “dinamica” del sistema normativo, consentendo alla prima disposizione A, mai eliminata dal sistema, di costituire la fonte anche di una *nuova* norma a<sup>3</sup> contenutisticamente identica alla norma a<sup>1</sup> già tacitamente abrogata; 2) ovvero – come avviene di regola – “*positivamente*” attraverso una disposizione abrogativa *espressa* della norma b<sup>1</sup>.

Da ciò consegue come un discorso almeno parzialmente diverso deve allora essere fatto, in particolare, per l'*abrogazione “espressa” di abrogazione “espressa”*. Se infatti la norma b<sup>1</sup> ha abrogato la norma a<sup>1</sup> come conseguenza dell'espressa eliminazione della disposizione A da parte della disposizione B, laddove anche la disposizione B venga a sua volta espressamente eliminata dalla successiva disposizione C, con conseguente abrogazione anche della “norma di abrogazione” tratta dalla disposizione B, ciò non consentirà comunque la c.d. “*reviviscenza*” di tutte le norme originariamente ricavabili dalla disposizione A in quanto, trattandosi di disposizione

---

già definitivamente eliminata dal sistema, la stessa non potrebbe più *direttamente*, e quindi validamente, costituire “fonte” di norme. A meno che con la c.d. “abrogazione espressa di abrogazione espressa” il legislatore non voglia indicare in modo inequivoco la sua *volontà di “reintrodurre”* nel sistema una *disciplina normativa* esattamente *corrispondente* a quella (che era stata abrogata) ricavabile dalla disposizione già eliminata A; volontà legislativa che, ad avviso di autorevole dottrina, potrebbe essere anche “implicita” – o forse meglio: “presunta” – considerando che lo «scopo pratico che può indurre il legislatore ad abrogare una norma abrogatrice, non può essere altro che quello di richiamare in vita la norma già abrogata» (S. PUGLIATTI, *loc. ult. cit.*; nello stesso senso, D. DONATI, *Abrogazione della legge*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1914, pp. 9-10). In tal caso, però, non sarà la disposizione A (in quanto – ripetesi – già definitivamente eliminata) a costituire la “fonte” delle norme c.d. “reintrodotte”, ma la stessa disposizione C, che immetterà nell’ordinamento – non attraverso una clausola “sostitutiva” (*retro*, par. 5), ma *tacitamente* – tante *nuove norme* dal contenuto *corrispondente* a quello delle norme che si potevano ricavare dalla disposizione A (il che è tecnicamente possibile attraverso il meccanismo del c.d. “*rinvio recettizio*”). Contrariamente però a quanto spesso si crede, non è detto che la c.d. “reviviscenza” delle norme originariamente abrogate come conseguenza della c.d. “abrogazione di abrogazione” abbia sempre “effetto retroattivo”: la regola generale in tema di ambito temporale di applicabilità delle norme (*infra*, par. 10) è infatti che «La legge non dispone che per l’avvenire» (art. 11 preleggi). Ciò significa allora che, affinché si abbia ciò che viene comunemente chiamato, anche se impropriamente e quindi erroneamente, *abrogazione “retroattiva”*, occorre che sia la ultima legge “abrogativa” a stabilire *espressamente* – in deroga all’art. 11 preleggi – la “efficacia retroattiva” delle nuove norme, contenutisticamente identiche a quelle ricavabili dalla prima disposizione A già definitivamente eliminata dal sistema, desumibili dalla disposizione c.d. abrogativa di precedente abrogazione (conf., sostanzialmente, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 242-248). In generale, sul fenomeno della “abrogazione della norma abrogatrice”, vedi anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 202-207; F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, pp. 18-23 (che parla esplicitamente di *reviviscenza di norme abrogate*); R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 330 (secondo cui «È piuttosto nella logica del sistema legislativo ed è, quindi, principio generale che, in linea di massima, fino a quando non

Ciò però significa, con altrettanta evidenza, che è la stessa natura dell'abrogazione tacita a determinare un notevole margine di *incertezza* nella sua rilevazione. Incertezza che si manifesterebbe: 1) nel fatto che l'accertamento della "incompatibilità" fra norme che si succedono nel tempo e che disciplinano la stessa situazione di vita è un risultato meramente "eventuale" dell'attività interpretativa; 2) nel fatto che, dipendendo la dichiarazione dell'avvenuta abrogazione dall'esito dell'attività interpretativa compiuta dal singolo organo dell'applicazione, l'abrogazione tacita di una norma è fondamentalmente "relativa" (potendo esistere per un organo dell'applicazione ma non per un altro); 3) nel fatto che la dichiarazione che una norma deve ritenersi tacitamente abrogata "non è definitiva" nel tempo, neppure per lo stesso organo

---

si provveda ad una diversa disciplina, l'ultimo atto *utile* riprenda vigore»). Esclude viceversa, almeno come regola, la "reviviscenza" delle norme abrogate. M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 31 ss., sulla base della considerazione che «la ripristinazione è evento eccezionale negli ordinamenti e che essa esige una specifica esplicita disposizione legislativa»; «per cui è da ritenere esistente un principio generale non scritto, secondo il quale, nel dubbio, l'abrogazione di norme di abrogazione non ha effetto ripristinatorio». Nello stesso senso, per cui, affinché si abbia "reviviscenza" della «legge antica, ... è necessario un'espressa dichiarazione legislativa che la richiami in vigore (*legge ripristinatoria*)», F. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 254; conf. N. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 98.

Da non confondere con l'abrogazione di abrogazione è il caso dell'"invalidità costituzionale" della norma abrogativa: venendo meno, in conseguenza dell'invalidità originaria della norma abrogativa, ogni suo effetto, e quindi anche l'effetto di abrogazione di altra norma, quest'ultima – in quanto solo *apparentemente* abrogata – riprenderà la sua validità ed efficacia con effetto *ex tunc*, non essendo mai venuta meno. Onde *solo impropriamente* si potrà qui parlare di "reviviscenza" (*contra* L. M. DIEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 251, che parla in questo caso di *reviviscenza della legge in senso proprio*).

dell'applicazione che la ha in precedenza riconosciuta<sup>83</sup>.

A ben vedere, tuttavia, la *differenza* tra l'abrogazione tacita e l'abrogazione espressa nominata mi sembra *più quantitativa che qualitativa*. Non v'è dubbio che le "operazioni decisive" degli organi dell'applicazione sono senz'altro più complesse nell'abrogazione tacita (e in quelle altre forme di abrogazione ad essa per qualche aspetto riconducibili, come la "implicita" e la "espressa innominata")<sup>84</sup>, posto che nell'abroga-

---

<sup>83</sup> All'"incertezza" come momento ineliminabile dell'abrogazione tacita e implicita, di cui «l'interpretazione sistematica ... è il mezzo rivelatore», fa riferimento M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 18 ss. Sull'intrinseca "indeterminatezza" dei due tipi di abrogazione "tacita", per incompatibilità e per regolamentazione dell'intera materia, dal momento che essi lasciano «un ampio margine di discrezionalità all'interprete», C. LUZZATI, *Abrogazione*, cit., pp. 72-73. Nello stesso senso si muovono le considerazioni di M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., pp. 82-87, che vede nella ineliminabile indeterminatezza dell'abrogazione tacita e implicita, «affidata tutta alla decisione del giudice precedente», «un altro esempio particolarmente vistoso [accanto a quello dell'analogia: pp. 79-81] della diffidenza che accompagna la normativa imperniata sul giudizio, in definitiva sulla risoluzione dell'organo giudicante, di volta in volta impegnato su una certa *res*».

<sup>84</sup> Riconducono al concetto di abrogazione "tacita" anche l'abrogazione "implicita" per regolamentazione dell'intera materia M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., pp. 17 e 25 (che definisce l'abrogazione c.d. implicita «l'altra forma paradigmatica dell'abrogazione tacita»); N. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 96 ss.; F. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 254; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, cit., p. 347; S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., p. 143; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 168; A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, cit., p. 96; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 339; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 285-287 (che tuttavia evidenzia come «nel caso di nuova regolamentazione integrale della materia il carattere tacito dell'abrogazione è solo formale, nel senso che il legislatore non indica direttamente l'oggetto abrogato; ma, dal punto di vista sostanziale, questo oggetto si ricava necessariamente dalla *materia* che ha ricevuto una nuova regolamentazione»). *Contra*, F.

zione tacita l'effetto abrogativo dipende da una certa interpretazione delle disposizioni che si succedono temporalmente e quindi da una riscontrata "incompatibilità" tra i rispettivi risultati interpretativi, cioè tra le "norme" da esse ricavate. L'attività funzionale alla dichiarazione della intervenuta abrogazione non è tuttavia meramente "automatica" nell'abrogazione espressa nominata, dal momento che l'organo dell'applicazione deve comunque individuare tutte le norme ricavabili dalla disposizione – per metonimia – "abrogata" perché si attualizzi il "divieto" di applicarle; tipica attività "interpretativa" anch'essa, con tutte le difficoltà e le incertezze che ne conseguono, anche se il margine di incertezza è, almeno tendenzialmente, più ristretto che nell'abrogazione tacita (avendo almeno come punto di riferimento certo l'eliminazione di una specifica disposizione come possibile fonte di norme). In ultima analisi, a differenza che nell'abrogazione tacita, dove la "mediazione" dell'attività interpretativa è "presupposto logico" della dichiarazione di abrogazione – nel senso che, se e solo se all'esito dell'interpretazione di due disposizioni entrate in vigore in tempi diversi si traggono due norme tra loro incompatibili, l'organo della applicazione dovrà *dichiarare* la (*avvenuta*) *abrogazione* della norma tratta dalla disposizione entrata in vigore anteriormente –, nell'abrogazione espressa l'attività interpretativa serve solo ad individuare quali norme debbono considerarsi abrogate in conseguenza della eliminazione della

---

MODUGNO, voce *Norma*, cit., p. 383, escludendo in particolare che l'abrogazione implicita possa essere ridotta ad una forma di abrogazione tacita «sotto il comune denominatore della "incompatibilità", perché non si tratta ... di vera e propria incompatibilità tra norme, bensì di *praesumptio iuris et de iure* dell'incompatibilità delle norme complessivamente ricavabili dalla legge (fonte?) precedente con le norme complessivamente ricavabili dalla legge (fonte?) successiva».



corrispondente disposizione; in questo tipo di abrogazione dunque l'interpretazione interviene *ex post*, dopo l'avvenuta eliminazione della disposizione, con la conseguenza che l'effetto abrogativo delle norme è solo "indiretto" dipendendo da detta eliminazione.

Anche nell'abrogazione tacita, l'abrogazione di norme è comunque *sempre effetto di una volontà legislativa, manifestata però* – a differenza che nell'abrogazione espressa – "*tacitamente*" attraverso l'introduzione nel sistema di norme "incompatibili" (*rectius*: giudicate incompatibili dagli organi dell'applicazione) con norme anteriormente esistenti<sup>85</sup>; incompatibilità tra norme che, per volontà legislativa "espressa" nella disposizione dell'art. 15 preleggi, costituisce uno dei "fatti abrogativi" previsti dall'ordinamento<sup>86</sup>. Si può dire pertanto che anche nell'abrogazione tacita *l'effetto abrogativo è direttamente de-*

<sup>85</sup> Sottolinea F. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 253, come nell'abrogazione tacita «la volontà di abrogazione risulta dalla nuova disciplina giuridica che viene a sostituirsi a quella precedente, *per l'incompatibilità* che il nuovo ordinamento coesista con l'antico. Ma ciò addita il limite di tale forma di soppressione. L'abrogazione tacita sussiste *nella misura della contraddittorietà*: la legge anteriore è abrogata *in quanto è incompatibile* con la legge nuova, ma dove questa contrarietà non c'è, è possibile la coesistenza e penetrazione della legge anteriore parzialmente abrogata con la legge nuova modificatrice» (corsivi dell'A.). Secondo A. FIORENTINO, *Sulla abrogazione tacita*, cit., c. 891, «Che, *in fatto*, questa *voluntas abrogans* sia o meno esistita è del tutto irrilevante, o, meglio, è del tutto irrilevante la sua ricerca, perché il fatto stesso della incompatibilità fra norma anteriore e norma posteriore *vale come volontà di abrogare*» (corsivi dell'A.).

<sup>86</sup> Sembra viceversa escludere la piena "equivalenza normativa" tra i "fatti abrogativi" previsti dall'art. 15 preleggi A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, cit., p. 99, laddove afferma: «Se la volontà del legislatore è l'unica norma di riconoscimento, il modello è costituito dall'abrogazione espressa ... Nel dubbio l'abrogazione non si presume, e sul legislatore grava l'onere di abrogazione espressa».

*terminato dall'esistenza di una norma "di" abrogazione "tacita"*<sup>87</sup> implicitamente desumibile dalla stessa disposizione da cui si ricava interpretativamente la norma di disciplina incompatibile; vera e propria *norma "autonoma"* (anche se "tacita"), o meglio "metanorma" avendo come contenuto l'applicabilità di altre norme, in particolare il "non dover essere" della norma anteriore incompatibile.

### 7. Segue: c) *l'abrogazione espressa c.d. "innominata" e l'abrogazione implicita.*

Nello spazio logico tra l'abrogazione espressa nominata e l'abrogazione tacita, ci sono altri due tipi di abrogazione – l'abrogazione espressa "innominata" e l'abrogazione "implicita" – che presentano, entrambi, la caratteristica di collocarsi in una posizione "mediana" tra gli altri due, che sarebbero dunque gli archetipi "estremi" delle forme ipotizzabili di abrogazione.

Quanto all'abrogazione espressa c.d. innominata<sup>88</sup>, essa non

---

<sup>87</sup> Di «norma abrogatrice *inespressa* (o implicita)» parla R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 10. Sottolinea come «Quando una norma annulla la validità di un'altra norma» svolge la «specifica funzione» di «derogazione», ossia appunto di "abrogazione", H. KELSEN, *La derogazione*, cit., p. 189. Vedi anche *retro*, nota 73. Sempre Kelsen ricorda poi che «La norma, la cui validità è annullata, può essere stata creata mediante un atto consapevole, oppure per via consuetudinaria. La norma derogatoria [abrogatrice], però, non può essere creata per consuetudine. Una norma può perdere efficacia, e perciò anche validità, per via consuetudinaria, se è costantemente disobbedita e disapplicata, senza che sia creata alcuna norma prescrittiva di un dato comportamento» (ID., *op. ult. cit.*, p. 192; v. anche *infra*, nota 118).

<sup>88</sup> Usa la locuzione "abrogazione innominata", fra gli altri, R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 7. Sui problemi applicativi che sorgono

è direttamente presa in considerazione tra le tipologie abrogative individuate dall'art. 15 preleggi, ma si è ormai decisamente affermata nella prassi legislativa, quasi come clausola di stile, in quanto richiamata da disposizioni espresse con formule del tipo: «È abrogata ogni disposizione in contrasto (o incompatibile) con le disposizioni (o le norme) della presente legge».

Il fatto che anche qui ci sia una disposizione abrogatrice espressa, in cui cioè il legislatore manifesta espressamente la sua volontà abrogativa, accompagnata però dalla mancata indicazione in termini precisi delle disposizioni che si vogliono “abrogare” – *rectius*: eliminare – dal sistema, insieme all'esplicito riferimento all'abrogazione come conseguenza della “incompatibilità” tra norme o disposizioni (o anche – esempio estremo di sciatteria legislativa – tra norme e disposizioni tra loro), ha fatto ritenere alla maggioranza della dottrina che questo tipo di abrogazione sia, sostanzialmente, niente altro che una forma specifica di abrogazione tacita, ma priva in realtà di rilevanza autonoma<sup>89</sup>.

---

dalle disposizioni abrogative che denomina “indeterminate” vedi L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 149-157. Senza usare il termine abrogazione “innominata”, rimarca, in particolare, A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, cit., p. 101, come «Il potere del giudice [in sede di “interpretazione”, rispetto al potere del legislatore], è favorito altresì da una tecnica legislativa, che aumenta le situazioni di dubbio con le ricorrenti disposizioni finali, in cui il legislatore dichiara che sono abrogate le norme contrarie, ma senza una espressa indicazione delle stesse. ... La relativizzazione dell'onere dell'abrogazione espressa per il legislatore ha indebolito la presunzione di non abrogazione della legge, rendendo incerti i confini tra abrogazione espressa e tacita».

<sup>89</sup> Così, fra gli altri, R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 20; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 338-339; F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 11; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 152 ss. Secondo M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 25 nota 23, la «formula di rito» nella quale si sostanzia la c.d. abrogazione innominata «in sé non vale co-

Una precisa indicazione normativa che l'abrogazione innominata è da considerare comunque una forma, sia pure particolare, di abrogazione espressa e non un *quid* assolutamente privo di rilevanza autonoma si desumeva *a contrario*, nell'ordinamento italiano, dal già citato art. 1 legge 7 gennaio 1929, n. 4 (*retro*, par. 4). Dove il duplice presupposto, per l'operatività dell'effetto abrogativo, della *dichiarazione espressa* del legislatore e dello *specifico riferimento alle singole disposizioni* abrogate o modificate non era affatto un'endiadi, ma la conseguenza necessaria del fatto che l'abrogazione espressa può manifestarsi, in realtà, in due differenti tipologie: appunto, la "nominata", in cui sono presenti entrambi i suddetti requisiti, e la "innominata", in cui c'è solo la dichiarazione espressa del legislatore.

Ci si può allora chiedere se l'abrogazione espressa innominata indichi qualcosa di diverso e ulteriore rispetto all'abrogazione tacita<sup>90</sup>. La differenza potrebbe forse essere colta nella circostanza che, laddove da una disposizione anteriore A possa

---

me abrogazione, né espressa né tacita: è anzitutto un atto di pigrizia del legislatore che, si deve riconoscere, ha anche una certa giustificazione poiché altrimenti occorrerebbe fare ogni volta lunghissimi elenchi di disposizioni abrogate, cosa fastidiosa e non sempre utile, in quanto la completezza di essi è probabilmente rarissima. D'altra parte, mancando ogni formula di abrogazione, l'interprete poco esperto potrebbe credere ancora in vigore disposizioni precedenti. Essa è perciò una formula di comodo, che si pone per ragioni pratiche».

<sup>90</sup> In senso parzialmente affermativo, anche se perviene a conclusioni non coincidenti con quelle qui sostenute, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 153-157 (muovendo dalla presunzione interpretativa del "legislatore non ridondante"). Nel senso viceversa della ridondanza, e quindi della sostanziale inutilità, della abrogazione espressa c.d. innominata in quanto, in tutto e per tutto, praticamente coincidente con l'abrogazione tacita J. AGUILÓ, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México D. F., Distribuciones Fontamara, 1999, p. 49.

ricavarsi interpretativamente una norma incompatibile con una qualunque norma ricavabile da una delle disposizioni della legge successiva – e contenente la disposizione abrogativa espressa, sia pure “innominata” –, pur non potendo quella disposizione A ritenersi formalmente eliminata dal sistema, dalla disposizione abrogativa espressa debba comunque ricavarsi una norma “di” abrogazione che costituisca in capo agli organi di applicazione il “divieto” di trarre interpretativamente dalla disposizione A qualunque norma. Breve: a differenza dell’abrogazione tacita, nell’abrogazione innominata *la disposizione anteriore contenente la norma incompatibile*, pur non eliminata formalmente dal sistema, *non potrà più costituire in futuro fonte di norme valide*, da ritenersi quindi *tutte abrogate*.

L’abrogazione “implicita” o “per regolamentazione dell’intera materia” ha per presupposto la regolamentazione integrale *ex novo* di una certa “materia” da parte di un *corpus* organico di disposizioni – in genere contenute in un’unica legge – che ha come effetto l’abrogazione di tutte le norme anteriori, da qualunque disposizione ricavabili, aventi ad oggetto la disciplina totale o parziale di quella stessa “materia”. Con la conseguenza che, a differenza dell’abrogazione tacita, si ha abrogazione anche quando tra le norme anteriori e le posteriori non si configuri una relazione di “incompatibilità” (si pensi, come esempio estremo, ai c.d. testi unici laddove ci sia solo “novazione” della fonte, in quanto meramente – o quasi – “riproduttivi” di norme precedenti)<sup>91</sup>. Se è vero poi che, quando

---

<sup>91</sup> Si consideri infatti come la “regolamentazione dell’intera materia” attraverso l’introduzione di un testo unico possa essere “innovativa” – anche se solo parzialmente – ovvero “riproduttiva”, e quindi *meramente “ripetitiva”*, della disciplina anteriore (magari in funzione anche solo di una sua maggiore, e quindi migliore, “organicità sistematica”). Come ricorda infatti S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., p. 144, «il “testo unico”, per

---

sua funzione istituzionale, non produce modificazioni sostanziali nell'ordinamento legislativo» (per un interessante riferimento ai testi unici “non innovativi” ai fini di una corretta definizione del concetto stesso di “retroattività” dal punto di vista non meramente formale ma “contenutistico” v. M. GALLO, *Le fonti rivisitate*, cit., pp. 64-65). Non è vero quindi che il fenomeno abrogativo si basi sempre su una diversa valutazione legislativa con riferimento ad una stessa situazione di vita (e conseguentemente su una necessaria relazione di “incompatibilità” fra norme isolatamente considerate: *retro*, par. 5 e nota 64; nel senso viceversa che anche l'abrogazione “implicita” per regolamentazione dell'intera materia presupponga «una forma di incompatibilità, ma in senso più lato (e di meno agevole determinazione nella pratica), potendo darsi che non tutte le singole norme anteriori siano – di per sé – in puntuale e specifico contrasto con norme sopravvenute», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 168. Sottolineando come la relazione di “incompatibilità” caratterizzi, oltre la figura ordinaria dell'abrogazione tacita, anche quella per regolamentazione dell'intera materia, M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 17, evidenzia che, «se nel primo caso l'incompatibilità riflette direttamente il contenuto delle norme, nel secondo riflette la posizione sistematica reciproca del vecchio e del nuovo gruppo di norme contenute in certi atti normativi»; di «una specie di incompatibilità implicita» parla a sua volta N. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 97 ), per cui il fondamento della *lex posterior* non può rinvenirsi neppure nella mera modificazione nel tempo della “volontà legislativa”. Ricorda esattamente, sia pure *ad abundantiam*, come, in caso di abrogazione “implicita”, la “riproduzione” di norme in un testo unico, con conseguente “novazione della fonte” (in genere, nell'ordinamento italiano, attraverso un decreto delegato), comporta che «le norme raccolte nel testo riformulato non sono le stesse, anche se hanno identico contenuto, di quelle raccolte nei testi oggetto di riformulazione», per cui anche per esse si pone un problema di “ambito temporale di efficacia” (nel senso che, salvo che non sia disposto altrimenti, valgono solo per il futuro: *infra*, par. 10), L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 298.

In generale, nel caso di successione di norme meramente “ripetitive”, ricavabili tuttavia da disposizioni ubicate al di fuori dei testi unici “non innovativi”, il problema dell'esatta individuazione del “fatto abrogativo” ai sensi dell'art. 15 preleggi (*infra*, par. 8) si pone perché – in mancanza di una disposizione contenente una clausola abrogativa espressa – non si potrebbe

---

comunque neppure parlare di abrogazione “tacita” appunto perché tra le due norme in successione temporale non vi sarebbe, per definizione, una relazione logica di incompatibilità, trattandosi di norme di contenuto “materiale” identico (ammette in questo caso la possibilità dell’abrogazione «anche se non vi è conflitto fra norme» H. KELSEN, *La derogazione*, cit., pp. 191 e 198). Secondo C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., p. 76, trattandosi di formulazioni normative «ridondanti», occorrerebbe qui distinguere tra *abrogazione di una norma* (che si produce con un “atto di rigetto”, secondo la terminologia da loro usata: *retro*, nota 55) e *abrogazione di una formulazione di una norma*, con cui si realizza lo scopo di «cancellare le formulazioni superflue, ma *senza eliminare la norma stessa*»; il che significa necessariamente passare attraverso l’“eliminazione espressa” della disposizione (ridondante) che la contiene (vedi *retro*, par. 5). A ben vedere, mi sembra che la soluzione dommaticamente migliore per spiegare il meccanismo abrogativo di una norma da parte di una norma posteriore meramente “ripetitiva”, in grado di ricomprendere *anche* i casi in cui manchi una espressa eliminazione della disposizione anteriore, e quindi della formulazione linguistica, superflua, sia ritenere che qui ci sia proprio – ancora una volta – *abrogazione implicita per “regolamentazione dell’intera materia”* (conf., sostanzialmente, anche R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., pp. 342-343, che, non a caso, parla delle disposizioni “riproduttrici” proprio con riferimento all’abrogazione per regolamentazione dell’intera materia; nel senso, viceversa, che l’abrogazione di una norma “ridondante” possa avvenire solo attraverso una “clausola abrogativa espressa” J. AGUILÓ, *Sobre la derogación*, cit., p. 51): infatti, data la postulata *identità* di contenuto “materiale” tra le due norme (ossia di “dover essere” di un certo comportamento), ben si può allora affermare, *a fortiori*, che la “materia”, oggetto della precedente disciplina, sia stata *interamente* “regolata” dalla nuova norma. Trattandosi però di una *nuova norma*, questa soluzione dommatica presenta delle ricadute oltre che teoriche soprattutto pratiche di notevole rilevanza, dal momento che il problema diventa allora stabilire qual è l’ambito temporale della sua efficacia, e quindi della sua applicabilità (*infra*, parr. 9 e 10), se cioè limitato ai fatti realizzati dopo l’inizio della sua validità/esistenza – e quindi della sua appartenenza all’ordinamento – o anche prima; il che non è, con ogni evidenza, giuridicamente indifferente: si pensi, ad es., all’istituto della prescrizione (“estintiva”, ma anche “acquisitiva”, ossia all’usucapione), con riferimento al momento dell’inizio della sua decorrenza (*infra*, nota 138).

c'è regolamentazione *ex novo* di una intera materia, il legislatore introduce di regola anche una disposizione abrogativa espressa, quantomeno contenente una clausola “innominata”, la previsione autonoma dell'abrogazione “implicita” fra i tipi di abrogazione serve proprio per quei casi in cui detta disposizione abrogativa espressa manchi.

A parte la difficoltà connessa alla esatta individuazione del significato che, in questo contesto, assume l'espressione “intera materia”, su cui non è in questa sede possibile soffermarsi<sup>92</sup>, occorre sottolineare come l'abrogazione “implicita” si collochi anch'essa in una posizione “mediana” tra i due archetipi del-

---

A proposito della categoria delle norme c.d. “ripetitive” o “riproduttive”, occorre comunque ricordare come, secondo A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 125-126, «Esiste la presunzione che la legge non contenga ridondanze e una apparente coincidenza fra due norme è quindi intesa come invito ad interpretare una di esse in modo che la ridondanza scompaia. Ma non è possibile sostenere il principio assoluto che le ridondanze non debbano essere ammesse. ... Il punto essenziale è che anche per la ridondanza non esiste una soluzione meccanica, ma la decisione dovrà basarsi su varie considerazioni, compreso il presupposto generale che non vi sia affatto ridondanza».

<sup>92</sup>Sulla difficoltà di individuare il significato del concetto di “intera materia” si vedano A. FIORENTINO, *Sulla abrogazione tacita*, cit., c. 892; F. MODUGNO, voce *Norma*, cit., p. 383; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 288-295. Parla di «incerto ambito» del «concetto di rinnovamento integrale di normazione di materia», aggiungendo poi che la stessa «nozione di “materia” è indeterminata», M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 23, che così riassume: «La conclusione che vorrei trarre dall'esperienza giurisprudenziale, è che le due forme di abrogazione tacita dell'art. 15 disp. gen. e della corrente opinione, costituiscono forme meramente paradigmatiche, cioè forme logiche estreme, di cui colui che applica il diritto si serve come strumenti tecnici, separabili per comodità di pratico ragionamento. In concreto possono darsi tanto forme miste, quanto, soprattutto, forme intermedie, per cui non si direbbe, insomma, che trattisi di due forme giuridicamente determinate».



l'abrogazione espressa nominata e dell'abrogazione tacita, anche se in una prospettiva esattamente simmetrica e speculare rispetto all'abrogazione espressa "innominata". Mentre in quest'ultima infatti l'oggetto dell'abrogazione è "indeterminato" nel *quantum*, essendo le norme abrogate non circoscrivibili *ex ante* con riferimento ad una specifica disposizione da eliminare, pur essendo la volontà abrogativa del legislatore manifestata espressamente in una disposizione abrogativa; nell'abrogazione "implicita", al contrario, l'oggetto dell'abrogazione – ossia le norme concernenti una certa "materia" –, se non direttamente determinabile *ex ante* mancando il riferimento espresso ad una specifica disposizione, è quantomeno *determinabile indirettamente*, posto che le disposizioni da cui si traggono le norme da considerare abrogate sono individuabili in via interpretativa dall'organo di applicazione del diritto in un "perimetro" comunque *legislativamente "delimitato" dal ricorso al concetto di "stessa materia"* (avvicinandosi così, sotto questo profilo, all'abrogazione espressa nominata). Mancando d'altro canto (come nell'abrogazione tacita) una disposizione abrogativa espressa, la volontà abrogativa del legislatore deve ritenersi anche qui manifestata "tacitamente" nel "fatto concludente" della introduzione nel sistema di disposizioni regolative dell'intera materia. Anche nell'abrogazione implicita infine, a maggior ragione che nell'abrogazione innominata, si deve ritenere che, una volta individuate *le disposizioni da cui anteriormente si traevano le norme di disciplina della materia*, queste stesse disposizioni, anche se non formalmente eliminate dal sistema mancando una dichiarazione espressa del legislatore, *non possano comunque più essere utilizzate in futuro quali "fonti" di norme valide*. Con la conseguenza che *tutte le norme ricavabili da queste disposizioni debbono ritenersi "implicitamente" abrogate*, anche se – ripetesi – non incompatibili con le nuove norme di disciplina; nel che sta, in fondo, l'elemento di-

stintivo tra questo tipo di abrogazione e l'abrogazione tacita. Abrogazione implicita la cui *ratio* sta dunque solo nella idea della organicità e coerenza, e quindi della "sufficienza", di un sistema normativo particolare che detta la regolamentazione integrale di una certa materia.

8. *I "fatti abrogativi" e la loro integrazione come "condizione di cessazione di esistenza" della norma.*

Abbiamo visto, attraverso un'analisi delle forme in cui si può manifestare, come l'abrogazione, quale istituto normativamente disciplinato dall'art. 15 preleggi – direttamente come nell'abrogazione tacita o indirettamente, per il tramite della eliminazione totale o parziale di un testo legislativo, come nell'abrogazione espressa nominata –, abbia ad oggetto sempre ed esclusivamente "norme" e mai "disposizioni". Ma come opera, tecnicamente, l'abrogazione? Detto altrimenti: come può essere spiegato dommaticamente il fenomeno abrogativo?

È opinione largamente diffusa che l'abrogazione di una norma costituisca uno degli effetti tipici di una norma successiva – non per nulla definita norma "abrogante" – con la prima "incompatibile", in virtù della propria "forza" normativa di regolamentare *ex novo*, secondo una insindacabile valutazione di opportunità politica del titolare del potere normativo, qualunque situazione di vita, dunque anche tutte quelle già regolamentate da altre norme; il che sarebbe nella logica di qualunque sistema giuridico. Ragionando altrimenti, si dice, e cioè non ritenendo logicamente prevalente l'ultima valutazione normativa sulle precedenti, si condannerebbe il legislatore futuro in una situazione di "minorità" rispetto al legislatore passato, dalle cui scelte sarebbe inevitabilmente "vincolato"

in palese violazione del principio di gerarchia delle fonti<sup>93</sup>.

A parte che questo modo di ragionare non potrebbe spiegare in modo soddisfacente il meccanismo abrogativo nella abrogazione espressa nominata “secca” (senza cioè contestuale introduzione, ad opera di un’altra norma, di una nuova disciplina rispetto a quella prevista dalla norma abrogata), nella quale non c’è, per definizione, come presupposto una relazione di “incompatibilità” fra norme<sup>94</sup>, è altrettanto noto come esista una autorevolissima corrente di pensiero fra i teorici generali del diritto secondo cui l’abrogazione non sarebbe “funzione”

---

<sup>93</sup> *Retro*, par. 3 e nota 42 (anche contro la “logicità” del principio/criterio della *lex posterior*).

<sup>94</sup> Con la consueta chiarezza afferma H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 181: «La deroga [traduzione letterale del termine inglese *derogation*, da intendere propriamente come “abrogazione”] è necessaria se vi è conflitto di norme, ma può verificarsi anche se non esiste alcun conflitto di norme; ad esempio quando viene abrogata la validità di una norma senza che un’altra norma la sostituisca, oppure quando acquista validità una norma che ha il medesimo contenuto di una norma già valida in precedenza» (ossia meramente “riproduttiva” del suo contenuto). Vedi anche *retro*, par. 7 e nota 91. Ritengono, al contrario, che tutte le forme di abrogazione abbiano come presupposto l’“incompatibilità” tra norme anteriori e successive V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 169; F. SORRENTINO, *L’abrogazione*, cit., p. 10 ss. (che anzi si spinge fino a considerare non solo l’abrogazione implicita ma anche quella espressa come specie abrogative sostanzialmente riconducibili all’abrogazione tacita, in quanto tutte produttive dello stesso effetto, quello di «delimitare cronologicamente l’ambito di applicazione delle norme abrogate»; nel senso che «Ciò che differenzia, dunque, le tre forme di abrogazione è un dato meramente estrinseco: il fatto cioè che nella legge abrogante la nuova disciplina sia indicata direttamente (abrogazione tacita e per nuova disciplina dell’intera materia) o indirettamente (abrogazione espressa) attribuendo così all’interprete il compito di ricavarla da altre disposizioni»: p. 12). Vedi anche *retro*, nota 64.

né della norma anteriore né di quella posteriore, *ma di una terza norma*, che stabilirebbe quale delle due norme debba prevalere (o se addirittura nessuna delle due, ma un'altra norma ancora)<sup>95</sup>; terza norma che regolerebbe, superandola, la situazione di “conflitto” determinata dalla contestuale “validità” delle due norme fra loro incompatibili revocando la validità di una delle due. Il fondo di verità di questa tesi sta nel fatto che l'istituto dell'abrogazione – e in particolare il principio *lex posterior derogat priori* – non appartiene alla logica di un sistema giuridico, neppure visto nella sua dimensione “dinamica”, ma rappresenta solo il frutto di una scelta, politica, che ciascun ordinamento storicamente dato fa, quindi di stretto diritto positivo.

Tale “norma *sulla* abrogazione”, che tecnicamente è una “metanorma”, ossia una “norma sulle norme” (di “secondo grado”), riferendosi all'applicabilità di altre norme e avendo quindi come unici destinatari gli organi dell'applicazione (*in primis* i giudici), si ricava nell'ordinamento italiano dalla disposizione dell'art. 15 preleggi<sup>96</sup>. Art. 15 che – insieme all'art.

---

<sup>95</sup> Sulla teoria della c.d. *Derogationsnorm* vedi *retro*, nota 42. La regolamentazione *diretta* di una certa situazione di vita ad opera di una norma “materiale” “terza” rispetto a quanto stabilito dalla norma di cui si è già accertata l'abrogazione e da quella successiva abrogante si ha con le c.d. norme “transitorie”, previste proprio per regolamentare il “passaggio” tra la vecchia e la nuova normativa come norme “speciali” di disciplina dei fatti realizzati durante l'esistenza delle norme abrogate: sul punto v. *infra*, par. 12.

<sup>96</sup> Conf. T. MAZZARESE, *Variazioni*, cit., p. 79 (che sottolinea tra l'altro come la metanorma sull'abrogazione dipenda dalle scelte fatte da ciascun ordinamento giuridico positivo; specificando poi che «Altro sono le metanorme sull'abrogazione, altro le metanorme abrogative (o abroganti)»: *ibidem*, nota 2); R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 22; C. LUZZATI, *Abrogazione*, cit., p. 72. Nello stesso senso, con riferimento all'art. 2 comma

Il preleggi<sup>97</sup> concernente il principio generale di “irretroattività” della legge – è, non a caso, con encomiabile precisione tecnica, collocato dal legislatore italiano delle “Disposizioni sulla legge in generale” nel Capo II rubricato proprio «Dell’applicazione della legge in generale». Quale (meta-)norma *sulla* abrogazione (a differenza della norma *di* abrogazione, che fa viceversa riferimento a singoli e concreti casi di abrogazione di norme specificamente determinabili, come nell’abrogazione espressa), essa individua tassativamente, *in via generale e astratta*, quali sono, per l’ordinamento italiano, i “fatti abrogativi”, più propriamente: le condizioni produttive dell’effetto abrogativo, cioè i fatti in presenza dei quali gli organi di applicazione del diritto debbono – alla stregua del “dover essere” nascente dalla metanorma e di cui sono destinatari – *dichiarare*, “riconoscendola” come già avvenuta, l’abrogazione di una o più norme.

Tali fatti abrogativi – *ciascuno dei quali è condizione sufficiente ma non necessaria dell’effetto abrogativo*<sup>98</sup> – sono i tre che, secondo l’art. 15 cit., danno luogo ai “tipi” dell’abrogazione espressa, nelle sue varianti dell’abrogazione nominata e innominata, e dell’abrogazione tacita, comprensiva di quella sua variante costituita dall’abrogazione implicita, ossia la «dichiarazione espressa del legislatore», la «incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti» e «la nuova legge [che] regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore». Più precisamente: una norma è legittimamente “eliminata” dal sistema giuridico – tecnicamente: “abrogata” – allorché vengono introdotte nello stesso sistema, in conformità alle metanor-

---

2 del codice civile spagnolo, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 317. Per il contenuto dell’art. 15 preleggi v. *retro*, nota 3.

<sup>97</sup> *Retro*, nota 4.

<sup>98</sup> T. MAZZARESE, *Variazioni*, cit., pp. 79-80.

me sulla produzione del diritto, “norme” che integrano almeno uno dei “fatti” qualificati come “abrogativi” secondo la metanorma generale sulla abrogazione ricavata dall’art. 15 preleggi. “Fatti abrogativi” (*rectius*: di abrogazione) che sono dati: 1) dall’introduzione di una (meta-)norma “di” abrogazione (di norme anteriori individuabili) ricavata da una “disposizione abrogativa” in cui è “dichiarata espressamente” la “volontà abrogativa” del legislatore (il che avviene nei soli casi di abrogazione “espressa”, sia nominata che innominata); 2) dall’introduzione di una norma “incompatibile” con altra norma anteriore valida (è il caso dell’abrogazione “tacita”); 3) dall’introduzione di una o – in genere – più norme, integralmente regolative di una “materia” già disciplinata da un *corpus* di altre norme (non necessariamente incompatibili con le nuove) (è il caso dell’abrogazione “implicita”). Dal che consegue come non sia corretta l’affermazione secondo cui la metanorma “sulla” abrogazione ricavabile dall’art. 15 preleggi avrebbe la funzione di risolvere i “conflitti” determinati dalla successione temporale di norme: ciò perché, come abbiamo visto, il fenomeno abrogativo non è necessariamente legato, dal punto di vista del diritto positivo, a un “conflitto”, neppure solo potenziale, di norme.

Quanto detto consente altresì di precisare, fra l’altro, come, nel caso dell’abrogazione espressa (nominata), non sia – propriamente – la “dichiarazione espressa del legislatore” a determinare, come “effetto abrogativo”, la “eliminazione” della “disposizione” precedente (come sembrerebbe da una lettura testuale dell’art. 15), ma, tutt’al contrario, sia proprio l’esistenza di una “disposizione abrogativa” contenente la “dichiarazione espressa del legislatore” con cui si è automaticamente “eliminata” la disposizione oggetto della dichiarazione di “abrogazione” a integrare, attraverso la introduzione di una “norma di abrogazione” da essa tacitamente ricavata, uno dei “fatti abrogati-

vi” previsti dall’art. 15 preleggi, fatto che ha, come suo effetto immediato e diretto, la “abrogazione”, cioè la “revoca della validità/esistenza”, di tutte le norme interpretativamente ricavabili dalla disposizione eliminata (da sola o in combinato con altre). Il che conferma, ancora una volta, come oggetto di abrogazione – in senso proprio – siano solo norme e mai disposizioni. Anche semanticamente, poi, è comunque preferibile usare il termine “abrogazione” con riferimento alla eliminazione di un “dover essere”, contenuto di una norma, anziché alla eliminazione di un enunciato linguistico, che, meglio, viene “cancellato”. Con ogni evidenza, si tratta in ogni caso di definizioni “stipulative”, anche se, dommaticamente, il rigore metodologico impone sempre, in funzione della massima chiarezza concettuale, di ricorrere a espressioni diverse per individuare fenomeni che, giuridicamente, sono diversi.

L’affermazione che l’abrogazione di una norma è condizionata dalla integrazione di (almeno) uno dei fatti abrogativi previsti dall’art. 15 preleggi ci consente di fare un passo ulteriore nella direzione di una corretta ricostruzione dommatica del fenomeno abrogativo.

Si potrebbe infatti sostenere che anche la disposizione dell’art. 15 preleggi possa essere *direttamente* utilizzata, in combinato con le altre disposizioni, per individuare interpretativamente l’ambito di validità delle singole norme. In particolare, si potrebbe affermare che la disposizione dell’art. 15, innestandosi su ciascuna disposizione appartenente al sistema dalla quale, da sola o in combinato con altre, si trae in seguito ad una attività interpretativa una certa norma, inserisce in questa norma una (vera e propria) “condizione di estinzione”<sup>99</sup>, o,

---

<sup>99</sup> Parlare di “estinzione” con riferimento ad una “norma” è senz’altro esatto dal punto di vista della teoria generale, dal momento che di estinzione si può correttamente parlare con riferimento non agli “atti” giuridici

forse meglio, una “condizione di cessazione di esistenza” (o, il che è lo stesso, di “validità”), il cui contenuto è dato dalla *integrazione di uno dei “fatti abrogativi”* previsti dallo stesso art. 15; vera e propria “condizione” dal punto di vista tecnico in quanto ne è incerto sia l’an che il quando e la cui verifica determina l’eliminazione *ex nunc* della norma dall’ordinamento come conseguenza della intervenuta abrogazione<sup>100</sup>. In que-

---

ma agli “effetti” giuridici degli atti (per tutti, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, pp. 60-61). E la norma, quale risultato di un’attività interpretativa della disposizione (ossia di uno o, in genere, più enunciati linguistici), può ben essere considerata “effetto dell’atto normativo” da cui viene ricavata, in quanto esprime una situazione giuridico-soggettiva di “dover essere” di un certo comportamento. Nel senso però che «la cessazione del vigore delle norme in seguito ad abrogazione è certamente definitiva, ma non per questo chiamarla “estinzione” può valere più che come descrizione approssimativa del fenomeno», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 169-170. Critico nei confronti del termine “estinzione”, sia se riferito alla “fonte” sia alle “norme”, F. MODUGNO, voce *Norma*, cit., pp. 383-384.

<sup>100</sup> Nonostante le apparenti somiglianze, questa ricostruzione del fenomeno abrogativo non coincide con quella proposta dall’Esposito (*retro*, nota 42). Il vero aspetto problematico della, per molti versi ingegnosa, costruzione teorica di Esposito (come pure è stato esattamente notato, e che ne determina la ambiguità e quindi la debolezza: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 166-167), infatti, è che non si indica chiaramente “chi e/o che cosa” pone e/o “attraverso quale meccanismo” viene posta, con riferimento alla “legge” o, meglio, “norma” che da essa si trae, la «condizione risolutiva con effetto *ex nunc* della sua efficacia e validità» (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 64: vedi *retro*, nota 42). Se, come sembra doversi dedurre da una attenta lettura del ragionamento di Esposito, fosse la stessa legge/norma a stabilire la durata della sua “validità”, nel senso che la sua vigenza/validità deve durare fino a quando non intervenga una legge/norma diversa, avrebbe allora ragione Crisafulli a dire che, in tal modo, sarebbe la vecchia legge/norma ad avere sostanzialmente un “valore” superiore rispetto alla nuova: si avrebbe cioè, non già la



---

prevalenza della legge posteriore rispetto all'anteriore (secondo la critica mossa da Esposito alla opinione dominante), ma – al contrario – «si avrebbe invece vera “prevalenza” della fonte anteriore, poiché da essa verrebbe a dipendere la sua cessazione di efficacia col verificarsi della condizione; ma una tale prevalenza rimarrebbe priva di giustificazione», trattandosi, per definizione, di atti normativi, e quindi di norme, di pari “rango gerarchico” (V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 166).

In realtà, non è la singola legge/norma a porre la condizione della sua cessazione di esistenza, ma *lo stesso ordinamento giuridico attraverso la “metanorma” ricavabile dalla disposizione dell’art. 15 preleggi, e quindi in via generale e astratta*, che stabilisce la disciplina di diritto positivo di quando si possa ritenere presente il fenomeno abrogativo nell’ordinamento giuridico italiano; metanorma, più specificamente ed esattamente: “norma sulla abrogazione”, che viene ad introdurre un “*frammento di norma*” in ciascuna delle norme appartenenti al “sistema”, condizionandone così la cessazione di esistenza-validità (quindi *ex nunc*) al verificarsi di uno dei “fatti abrogativi” ivi previsti. Così argomentando, si viene a superare anche l’ulteriore obiezione di Crisafulli (ID., *loc. ult. cit.*) che, «se, per contro, la condizione dovesse intendersi come prescritta in generale per tutte le fonti da un principio sovrastante dell’ordinamento positivo, la tesi non differirebbe, altro che verbalisticamente, dalla comune concezione dell’efficacia abrogante della *lex posterior* insita nell’efficacia delle fonti, e rivelerebbe oltre tutto la propria completa inutilità»: non è così perché, anche ammesso che il principio o criterio cronologico della *lex posterior* sia operante per tutti i casi di abrogazione (ma, già sappiamo, non di cessazione di esistenza/validità di una norma: si pensi alle leggi *ad tempus*; vedi *retro*, nota 36), esso discenderebbe non dalla “logica” dell’idea stessa di “fonte del diritto”, in quanto tale “inesauribile”, *ma da una precisa disposizione di diritto positivo* (vedi *retro*, nota 42), appunto, nel nostro ordinamento, l’art. 15 preleggi. In tal senso aveva allora ragione A. MERKL, *L’unità giuridica*, cit., pp. 173-174, quando – sia pure muovendo da presupposti diversi, come la tendenziale “immodificabilità” dell’ordinamento (*retro*, nota 13) – affermava: «In contrasto con tutta la precedente dottrina su questo punto, riteniamo quindi che *il principio della lex posterior, rettamete inteso, possa essere soltanto espressione di una norma giuridica*, che preveda la possibilità di modificare il diritto, in particolare la costituzione. La modificabilità dell’ordinamento in conformità di un’apposita norma costituisce il criterio per stabili-

st'ottica, si potrebbe anche dire che la disposizione dell'art. 15 preleggi prevede un “*frammento di norma*”<sup>101</sup> che *contribuisce ad individuare l'ambito temporale di “validità” di ciascuna norma*, nel senso di condizionarne – in positivo – la (perdurante) esistenza alla *mancata verifica*zione di uno dei fatti abrogativi. Questa costruzione consente poi, fra l'altro, di *escludere la stessa ipotizzabilità teorica di un “conflitto temporale” fra norme*, anche laddove ciò fosse astrattamente possibile come nell'abrogazione tacita, posto che l'esistenza di una norma posteriore “incompatibile” con una anteriore, integrando, come fatto abrogativo, la “condizione di estinzione” di quest'ultima, ne determinerebbe *automaticamente (ipso iure)* la revoca dell'esistenza; per cui *unica norma esistente* sarebbe quella *posteriore*<sup>102</sup>.

---

re che una legge ne ha modificato un'altra e, in particolare, che la più recente ha modificato la meno recente. Non è esatto dire che il principio *lex posterior derogat priori* consente la modifica delle leggi; *al contrario, è la possibilità di modifica (insita nell'ordinamento) che permette di affermare il principio della lex posterior*» (corsivi miei).

<sup>101</sup> Correttamente afferma Guastini che le c.d. norme in senso lato, cioè le metanorme (sotto le quali va senz'altro ricondotta anche la “norma sulla abrogazione” desumibile dall'art. 15 preleggi), sono, in realtà, solo “frammenti di norme” (R. GUASTINI, *Replica*, cit., p. 110). Di “frammento di norma” (però – secondo la concezione comune: *infra*, par. 9 – «destinato a saldarsi con quella abrogata, circoscrivendone nel tempo la fattispecie») con riferimento alle “disposizioni abrogative” (a partire da quella introdotta con *referendum* abrogativo, ma con considerazioni vevoli per l'intero fenomeno abrogativo) parla V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 88.

<sup>102</sup> Ciò significa allora che non sarebbe corretto dire che, in caso di “successione” di due norme tra loro “incompatibili”, entrambe sarebbero (esistenti e quindi) “valide” e il “conflitto” – *reale* – potrebbe allora essere risolto solo da una “*terza norma*” che “annullasse” la validità di una delle due norme in conflitto. In questo senso viceversa ad es. H. KELSEN, *La derogazione*, cit., pp. 200-201; ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 195-

9. *La “revoca di validità” della norma come effetto dell’abrogazione. I due significati del termine “ambito temporale di validità” di una norma.*

Se oggetto dell’abrogazione sono esclusivamente norme, un problema assai dibattuto attiene alla individuazione degli “effetti” dell’abrogazione, ossia di *come* l’abrogazione opera sulle norme abrogate. Detto altrimenti: che cosa significa parlare di abrogazione di una norma.

Si è visto come l’abrogazione comporti la “eliminazione” dal mondo dei fenomeni giuridici della norma (qualificata come) abrogata. Più analiticamente, la abrogazione determina la “revoca” – quindi con efficacia *ex nunc*<sup>103</sup> – della “validità”

---

196, che riprende fundamentalmente la tesi della c.d. *Derogationsnorm* già formulata dal suo allievo A. MERKL, *L’unità giuridica*, cit., p. 167 ss. (*retro*, nota 42). Ritiene «logicamente impossibile» la coesistenza della norma abrogata e di quella abrogante, e quindi il sorgere di una antinomia, all’interno dello stesso ordinamento giuridico, trattandosi di norme che – per definizione – si succedono temporalmente, E. G. MÁYNEZ, *Lógica del racio-cinio jurídico*, México D. F., Distribuciones Fontamara, 2002 (tercera reimpression), pp. 98-99 (dando per presupposta l’avvenuta «estinzione» della norma anteriore come conseguenza della sua “contraddittorietà” con quella anteriore, senza tuttavia spiegare il “meccanismo” attraverso cui si perviene all’effetto abrogativo).

<sup>103</sup> Sulla efficacia *ex nunc* dell’“abrogazione”, a differenza dell’efficacia *ex tunc* che caratterizzerebbe l’“annullamento” della norma per sua inco-stituzionalità, è concorde la dottrina maggioritaria. Per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, cit., p. 347; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 168 e 174 e II, 2, cit., p. 142; R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., p. 12 ss.; nel senso che «secondo un principio di massima l’effetto abrogativo si produce *ex nunc*» M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 29. All’effetto *ex nunc* dell’abrogazione fa riferimento anche C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 64, pur muovendo dalla tesi che vede nella norma c.d. “abrogante” la “condizione risolutiva”

di una norma e quindi della sua “esistenza” intesa come “appartenenza” ad un sistema giuridico. E, se la validità è condizione di applicabilità della norma – nel senso che se una norma è valida è anche applicabile e se una norma è applicabile lo è perché valida –, *la norma abrogata è inapplicabile appunto perché non è più valida*. Esiste, in altri termini, con riferimento alla norma giuridica, una corrispondenza “biunivoca” tra i concetti di “validità” (come sinonimo di “esistenza” e “appartenenza”) e di “applicabilità”<sup>104</sup>.

Se allora l’abrogazione comporta la revoca della “esistenza”, e quindi della “validità” della norma intesa come sua “appartenenza” ad un determinato “sistema normativo”, ne deriva logicamente che l’abrogazione costituisce un’ipotesi di “invalidità sopravvenuta” della norma. A differenza però della declaratoria di incostituzionalità<sup>105</sup>, nel caso dell’abrogazione la eliminazione dal sistema di una norma dipende solo da una *sopravvenuta valutazione di “inopportunità” politica* di detta norma, conseguenza di un diverso apprezzamento del legisla-

---

dell’efficacia e della validità della norma abrogata (*retro*, nota 42). La differenza tra gli istituti della abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata affermata anche dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, e ribadita nella sentenza n. 193 del 1985. In generale, sulla distinzione tra abrogazione e declaratoria di incostituzionalità vedi altresì M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, cit., pp. 912-915 (e la dottrina ivi cit.); R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., pp. 346-347; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 260-268. Sulle interferenze tra abrogazione e validità della legge *adde* le considerazioni di A. GIULIANI, *L’applicazione della legge*, cit., pp. 103-105. Per una diversa ricostruzione del fenomeno della incostituzionalità come “invalidità originaria” della norma vedi però *retro*, nota 35.

<sup>104</sup> Conf. M. JORI, *Abrogazione*, cit., *passim* (contestando la posizione di Guastini).

<sup>105</sup> *Retro*, nota 35.

tore con riferimento ad una certa situazione di vita (nel “merito”, si potrebbe dire)<sup>106</sup>, che non tocca la sua originaria “validità”; ciò che spiega la sua operatività *ex nunc*, trattandosi appunto di “revoca” (per sopravvenuta inopportunità) e non di “annullamento” (o, *rectius*, di “nullità”).

Ci sarebbe tuttavia un vero e proprio paralogismo in questa spiegazione del fenomeno abrogativo. Dire infatti che solo la norma valida, quindi esistente, è suscettibile di applicazione dovrebbe portare alla logica conclusione che, siccome tutti gli ordinamenti giuridici che, come quello italiano, conoscono il principio di “irretroattività” della norma posteriore prevedono conseguentemente, come altra faccia della stessa medaglia (almeno in apparenza, secondo la *communis opinio*), la perdurante applicabilità della norma abrogata ai fatti realizzati prima della sua abrogazione, la norma abrogata in quanto ancora applicabile deve senz’altro ritenersi ancora esistente e quindi valida. Costituirebbe pertanto un evidente ragionamento “in circolo” sostenere, come fa in genere la dottrina, che la norma abrogata, cioè estinta e quindi giuridicamente inesistente, continui ciononostante ad applicarsi ai fatti pregressi rispetto alla sua abrogazione. Tra i tanti tentativi teorici di trovare una giustificazione dommaticamente sostenibile a questa – almeno apparente – contraddizione (seguendo la strada di distinguere ora l’esistenza della norma dalla sua applicabilità<sup>107</sup>, ora l’appartenen-

---

<sup>106</sup> Ciò almeno in linea tendenziale, posto che in tutti i casi di norme meramente “riproduttive” di precedenti norme (come ad es. nell’ipotesi di testi unici neppure parzialmente “innovativi”: *retro*, nota 91), l’abrogazione non si basa su una diversa valutazione politica del legislatore. Onde non sempre il fenomeno abrogativo postula una “antinomia” – sia pure meramente “potenziale” – fra norme dipendente da una loro “incompatibilità” di contenuto precettivo (*retro*, nota 64).

<sup>107</sup> Così, sia pure sottolineando come questa soluzione non sia piena-

za al sistema dall'appartenenza all'ordinamento<sup>108</sup>), il tenta-

---

mente soddisfacente, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 150-153; vedi anche *infra*, nota 109.

<sup>108</sup> Sulla distinzione, ritenuta fondamentale per una corretta comprensione dei problemi in materia di abrogazione, tra “sistema giuridico” (inteso come “insieme di norme” valide in un momento determinato in quanto promulgate e non abrogate, che contiene altresì tutte le norme che ne derivano come sue conseguenze logiche) e “ordinamento giuridico” (inteso come “sequenza temporale” di sistemi giuridici, ossia «una famiglia di insiemi di norme»), sottolineando che si tratta comunque di una «convenzione terminologica», vedi E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., *passim*, spec. pp. 67-68. In questa logica, infatti, se si muove dalla ipotesi che, in seguito alla sua abrogazione, una norma cessa di esistere, nel senso che essa non appartiene ai sistemi successivi ... dire che un giudice ha il dovere di applicare una norma non più esistente suona strano. Credo che questo risultato sia meno paradossale di quanto sembra: dopo tutto, la norma in questione non esiste nel sistema corrispondente al momento della decisione, ma esiste nell'ordinamento giuridico, poiché è appartenuta ad un sistema anteriore» (pp. 83-84). Una «spiegazione alternativa», sempre secondo Bulygin, potrebbe però essere data ritenendo che «Una norma esiste (cioè appartiene ad un sistema) finché è applicabile; pertanto una norma abrogata ma tuttavia applicabile a certi casi non è stata eliminata dal sistema; essa continua ad appartenere al sistema, anche se l'abrogazione ha circoscritto la sua applicabilità ad un numero limitato di casi (la norma, cioè, non è più applicabile ai casi futuri)». Il che equivale però ad evidenziare come «l'esistenza si converta in una funzione della applicabilità» (pp. 84-85). Per questa tesi, seguita in Italia dalla dottrina dominante (ma respinta dallo stesso Bulygin: pp. 85-87), si veda *infra* nel testo e nota 109. La distinzione convenzionalmente operata da Bulygin tra “sistema giuridico” e “ordinamento giuridico” riprende sostanzialmente – pur trattandosi di costruzioni teoriche differenti – la distinzione fatta da J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1970, pp. 72-73 e cap. VIII, tra “sistema giuridico” e “sistema giuridico momentaneo”: «Un sistema giuridico momentaneo contiene tutte le disposizioni di legge di un sistema valide in un certo momento. ... Un sistema giuridico momentaneo è una sotto-classe di un sistema giuridico: per

tivo più acuto di rompere questo circolo vizioso è stato quello di chi, muovendo dalla – esatta – premessa che, essendo l'appartenenza di una norma ad un sistema giuridico, ossia la sua validità, condizione necessaria della sua applicabilità, se una norma è applicabile significa che è anche valida e quindi esistente, ha concluso affermando che l'abrogazione, in realtà, non elimini la norma dal sistema ma, semplicemente, abbia l'effetto di *delimitarne cronologicamente l'ambito di applicabilità*<sup>109</sup>; nel senso, in particolare, di mutare la protasi della nor-

---

ogni sistema giuridico momentaneo vi è un sistema giuridico che comprende tutte le disposizioni del sistema momentaneo. Due differenti sistemi momentanei che siano sotto-classi di un solo sistema giuridico possono coincidere in parte o persino essere identici nelle loro disposizioni di legge, oppure essi possono non avere alcuna disposizione in comune». Sostanzialmente nella stessa prospettiva si muove anche R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 63.

<sup>109</sup> Nel senso che l'effetto abrogativo non sarebbe né una sorta di "invalidazione" né di "eliminazione" delle norme abrogate, consistendo viceversa nel «delimitare temporalmente (senza tuttavia annullare) la sfera di applicabilità delle norme cui si riferisce», vedi R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, cit., pp. 14-18, secondo cui, più in particolare, alla stregua del combinato disposto degli artt. 15 e 11 preleggi, letti in stretta correlazione (p. 11), «la norma abrogata è non "sottratta" (dal sistema giuridico), ma soltanto modificata, mediante la "addizione" (al sistema giuridico) della norma abrogatrice», che circoscriverebbe nel tempo la portata della fattispecie condizionante della norma abrogata (anche se lo stesso Autore non può comunque fare a meno di evidenziare lo «strano effetto» che norme abrogate, e quindi «respulse» dal sistema, continuano ciononostante ad «esistere» nell'ordinamento, restando così non solo «suscettibili di applicazione» ma anche di «ulteriore espulsione» ad opera di un loro eventuale «annullamento» da parte della Corte costituzionale, in quanto appunto norme ancora applicabili: R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 150-153). Parlando anch'egli di "stranezza" di una simile soluzione, che comunque respinge (*retro*, nota 108), E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., pp. 84-85, sottolinea esattamente come, così ragionando, «l'esistenza si con-

ma abrogata, circoscrivendo nel tempo la sua fattispecie condizionante a tutti i fatti realizzati *prima* della sua abrogazione<sup>110</sup>.

---

verta in una funzione dell'applicabilità»: quindi, non nel senso, corretto, che è applicabile solo una norma esistente, ma, al contrario, che una norma esisterebbe in quanto applicabile. A favore della tesi che vede nell'effetto abrogativo la "delimitazione temporale" dell'ambito di applicabilità della norma anteriore abrogata è comunque la dottrina dominante, secondo cui tale conclusione dipenderebbe dal concorso del principio di irretroattività (*ex art. 11*) con quello cronologico della prevalenza della norma successiva (di cui all'art. 15 preleggi): V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 168-170, 172 e 88 (con specifico riferimento anche al *referendum* abrogativo); A. FRANCO, *I problemi*, cit., pp. 171-172; F. SORRENTINO, *L'abrogazione*, cit., p. 8 ss.; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 232-235. Nella stessa direzione si muove anche la giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sentenze 2 aprile 1970, n. 49, e 28 aprile 1970, n. 63 (in *Giur. cost.*, 1970, Tomo Primo, rispettivamente p. 555 ss. e p. 656 ss.). Alla stessa conclusione, pur muovendo da un diverso fondamento del fenomeno abrogativo (*retro*, nota 42), perviene anche F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, cit., p. 4; ID., voce *Norma*, cit., p. 380 ss. Questo Autore fa comunque esattamente notare come la tesi, sostenuta dall'opinione dominante, che, come detto, fa dipendere la "delimitazione temporale" dell'ambito di applicabilità/efficacia della norma abrogata ai soli fatti realizzatisi prima della sua abrogazione dal concorso del principio di irretroattività con quello cronologico (principio cronologico che, anzi, verrebbe limitato dal primo), consente di spiegare agevolmente il perché si parli comunemente in dottrina di "non retroattività dell'effetto abrogativo": infatti, «riposto il fondamento abrogativo nella legge successiva, essendo la legge di regola non retroattiva, anche l'effetto abrogativo varrà soltanto *pro futuro*» (F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, *loc. ult. cit.*). È evidente però che, così ragionando, la dottrina dominante finisce per confondere i due piani dell'ambito temporale di validità della norma, "esterno" e "interno", che – come subito vedremo – vanno viceversa tenuti rigorosamente distinti.

<sup>110</sup> Precisa correttamente come, «secondo questa tesi che prevale largamente fra i giuristi positivi», «con il termine "abrogazione" s'intende non già la revoca della validità di una norma giuridica, bensì la cessazione



Breve: non “eliminazione” *tout court* della norma dal sistema giuridico come effetto della sua abrogazione, *ma sua semplice “modificazione”*<sup>111</sup>.

Questa tesi, apparentemente suggestiva, confonde in realtà due piani di indagine – quello della “abrogazione” e quello della “irretroattività” della norma<sup>112</sup> – da tenere viceversa ben distinti nell’analisi del fenomeno abrogativo, confusione determinata dalla non chiara percezione della differenza tra le due accezioni in cui può essere assunto il termine “ambito

---

dell’efficacia di quest’ultima in ordine ai rapporti sorti posteriormente all’atto abrogativo», per cui, sotto il profilo dell’“esistenza giuridica” di una norma, c’è un’evidente «asimmetria tra promulgazione e abrogazione», C. LUZZATI, *Abrogazione*, cit., p. 66. L’Autore fa poi esattamente notare come «Questa costruzione comporta una conseguenza indesiderata: le leggi (purché) costituzionalmente legittime, una volta emanate, sarebbero eterne, avrebbero cioè un ambito di validità illimitato nel tempo, ancorché spazialmente limitato» (anche se poi riconosce che «Naturalmente si tratta di un’iperbole. Non si considera che, per il normativismo, l’efficacia è una *conditio sine qua non* della validità. Da questo punto di vista la norma abrogata verrebbe meno per desuetudine o perché l’intero ordinamento giuridico non viene più osservato» (p. 67 e nota 3; vedi anche *infra*, nota 118, laddove si riporta la tesi di Kelsen che condiziona la perdurante validità di una norma alla sua effettiva osservanza e applicazione). Sull’idea della – almeno tendenziale – “eternità” delle norme e quindi “immodificabilità” dell’ordinamento giuridico v. *retro*, nota 13.

<sup>111</sup> Sulla impossibilità logica di parlare di una “modificazione” della norma dal punto di vista della sua validità temporale come conseguenza della sua abrogazione vedi *infra*, par. 10, e *retro*, nota 82. In generale, sottolineo come «La derogazione [abrogazione] ha a che fare con la sfera di validità delle norme, specie con la loro sfera temporale di validità», H. KELSEN, *La derogazione*, cit., p. 190.

<sup>112</sup> Pur muovendo da presupposti diversi da quelli del testo, rimarca la confusione operata in dottrina tra i concetti di vigenza della legge e di sua irretroattività-retroattività R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 46 ss.

temporale di validità” di una norma giuridica. Ambiguità semantica che si ripercuote anche nell’uso dell’espressione “ambito di applicabilità”<sup>113</sup>.

La “norma giuridica” ha infatti una duplice “dimensione temporale”: una “esterna” e un’altra “interna”. La prima, quella “*esterna*”, che potremmo stipulativamente definire<sup>114</sup> “ambito temporale di *validità*” *in senso stretto*, attiene, propriamente, all’arco temporale di “esistenza” di una norma all’interno di un certo sistema normativo, in quanto “appartemente” ad esso<sup>115</sup>. “Limiti temporali” che vanno dal momento in cui la norma può essere interpretativamente ricavata da una disposizione di cui esprime il senso, e quindi dall’entrata in vigore dell’atto normativo che la contiene, al momento in cui è intervenuto uno dei “fatti abrogativi” previsti in via generale dall’art. 15 preleggi. È questa l’accezione del termine “ambito temporale di validità” della norma finora qui utilizzata nell’analisi del fenomeno dell’abrogazione.

L’altra “dimensione temporale” della norma, quella “*interna*”, attiene viceversa all’arco temporale nel quale si deve verificare (o essersi verificata) la situazione di fatto riconducibile sotto la fattispecie condizionante ipotizzata dalla norma<sup>116</sup> af-

<sup>113</sup> Rimarca l’ambiguità del termine “validità”, utilizzato principalmente come sinonimo ora del concetto di “appartenenza” ora di quello di “applicabilità” della norma, E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., p. 65 ss.

<sup>114</sup> Sulle nozioni di “definizione stipulativa” e di “stipulazione” si veda R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 5.

<sup>115</sup> Di «*tempo esterno* di un sistema giuridico» come «l’intervallo tra i due momenti temporali in cui una norma è introdotta e/o eliminata» parla (anche se in un senso parzialmente diverso da quello del testo, conformemente alla distinzione operata tra i concetti di “sistema giuridico” e di “ordinamento giuridico”: *retro*, nota 108) E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., p. 69 s.

<sup>116</sup> *Convenzionalmente*, per semplicità, parlo qui di “situazione di fatto”

finché si producano gli effetti collegati dalla stessa norma alla

---

per riferirmi ad un *quid* pienamente identificabile in una *precisa e puntuale* dimensione spazio-temporale. Non mi occupo in questa sede, in quanto fuori dai limiti di questo lavoro, dei delicatissimi problemi che si presentano laddove, con particolare riferimento ai fatti “passati”, occorra distinguere tra diversi gruppi di casi. Anzitutto tra situazioni, normativamente rilevanti, che hanno già interamente prodotto i loro effetti nel passato; situazioni che li hanno prodotti solo in parte e situazioni, verificatesi anteriormente, che produrranno i loro effetti solo nel futuro; casi spesso collegati al dibattutissimo problema della disciplina dei c.d. “diritti quesiti” (visti già da Gabba come limiti alla “normale” retroattività delle leggi: *infra*, nota 134) e/o alla teoria c.d. del “fatto compiuto” (sulle teorie degli *iura quaesita* e dei *facta praeterita* F. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 261 ss.; G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., pp. 221-224). Inoltre, occorre ancora distinguere tra situazioni aventi natura c.d. “sostanziale” e quelle oggetto di norme “processuali”; e infine tra situazioni ancora da giudicare e situazioni definitivamente giudicate con una sentenza irrevocabile (salvo i casi specificamente disciplinati dall’art. 2 c.p., su cui vedi *infra*, parr. 14 e 16). Da questa breve panoramica, appare a sua volta in modo evidente come la difficoltà di soluzione dei problemi legati alla “dinamica” del diritto conseguenti al mutamento di legislazione, in una parola: alle questioni transitorie, aumenti in maniera esponenziale considerando altresì i diversi significati attribuiti dalla dottrina a ciascuno dei termini utilizzati per indicare le situazioni sopra descritte e quindi all’incertezza che ne deriva non solo dal punto di vista pratico-applicativo, ma anzitutto proprio a livello teorico (si pensi alla difficoltà di rinvenire un criterio che permetta di definire univocamente il concetto di “diritti quesiti” e anche al significato dell’espressione “effetti”, se da intendere solo in senso “giuridico” o anche “naturale”). Il che – muovendo dalla distinzione tra situazioni interamente “esaurite” e “pendenti” – ha fatto addirittura parlare della «idea della retroattività» come di un «concetto giuridico indeterminato», dovendosi distinguere fra almeno “tre gradi” della retroattività, la massima, la media e la minima, le ultime due corrispondenti a diversi “stadi” di situazioni pendenti, relativamente alle quali è poi anche discutibile se si tratti di vera retroattività: L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 209-215. Sul punto vedi anche G. U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pp. 223-224.

verificazione di detto fatto<sup>117</sup>. “Ambito temporale” che può essere “*indefinito*”, laddove la norma sia idonea a qualificare tutte le situazioni di fatto riconducibili sotto la fattispecie condizionante *a prescindere dal momento in cui si sono verificate*, se prima o dopo l’entrata in vigore dell’atto normativo che contiene la disposizione da cui si ricava interpretativamente la norma stessa; ovvero essere “*limitato*” alle situazioni di fatto realizzate o “*dopo*” l’inizio di esistenza della norma o – ipotesi, in genere, non considerata autonomamente dalla dottrina – anche *solo “prima”* di tale inizio. Per evitare qualunque equivoco terminologico con la “dimensione temporale” “esterna”, convenzionalmente, e quindi stipulativamente, potremmo definire questo diverso ambito temporale di validità, in senso lato, della norma più esattamente come “ambito temporale di efficacia”<sup>118</sup>. Così intesa, la dimensione temporale della norma

---

<sup>117</sup> Secondo E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., p. 70, «La sequenza di tutti i momenti temporali in cui la norma è applicabile ad un certo caso si chiamerà *tempo interno* della norma. Il tempo esterno della norma è una funzione della sua appartenenza ad un sistema, il suo tempo interno è una funzione della sua applicabilità» (anche se questo Autore giunge a sostenere l’applicabilità anche di una norma abrogata, e quindi non appartenente più al “sistema” in quanto non più esistente – appartenente però a ciò che convenzionalmente lo stesso A. chiama “ordinamento”: vedi *retro*, nota 108 –, facendo come esempio proprio il caso di un «reato commesso mentre la legge in questione era ancora in vigore, sebbene il giudice debba decidere il caso in un momento in cui la legge non esiste più, cioè non appartiene al sistema corrispondente al momento della decisione»; conclusione tuttavia a mio avviso inaccettabile: vedi *infra* nel testo e anche par. 10). Nello stesso senso, sostanzialmente, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 174-175 e 177.

<sup>118</sup> Anche il termine “efficacia” è, comunque, ambivalente, potendo avere un significato “formale”, che è quello usato nel testo, e un significato “sostanziale” o “materiale”, intendendosi in questo secondo senso l’efficacia come *effettiva osservanza* della norma da parte dei cittadini e come sua

attiene, propriamente, alla “retroattività” o “irretroattività” della *qualificazione* da essa operata in funzione dell’applicazione del tipo di disciplina da essa previsto.

Correlativamente rispetto a questa duplicità di significati, in senso stretto e in senso lato, del termine “ambito temporale di validità”, abbiamo una corrispondente duplicità di significati, nell’uso giuridico corrente, anche con riferimento all’espressione “ambito di applicabilità” della norma. C’è infatti un significato del termine “applicabilità”, di cui si è fatto finora uso, strettamente connesso a quello di “validità/esistenza”, nel senso che gli operatori giuridici (*in primis* i giudici) possono (*rectius*: debbono) “applicare” solo le norme “esistenti”, ossia “valide” in quanto “appartenenti” ad un certo “sistema normativo” *al momento della loro applicazione*. Detto altrimenti, si applica solo la norma che esiste nel momento in cui l’operazione della sua applicazione deve essere compiuta.

Ma c’è un secondo significato di “applicabilità” che è, viceversa, sinonimo di “efficacia”, nel senso che si deve “applicare” solo la norma idonea a qualificare una certa situazione di vita in considerazione del momento in cui si è verificata <sup>119</sup>.

---

*effettiva applicazione* da parte dei giudici, sia pure «a grandi linee»; condizione necessaria com’è noto, secondo Kelsen, affinché la norma continui ad esistere, mantenendo la sua validità (H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 217-218. Nello stesso senso già ID., *La dottrina pura*, cit., pp. 19 ss., 57 ss., 104 ss., 238 ss.).

<sup>119</sup> Una conferma di questa anfibologia di significati può vedersi anche nell’uso non univoco del termine “ultrattività” (o anche “extrattività”), inteso tradizionalmente come sinonimo di “applicabilità” della norma ai fatti realizzati “*durante*” *la sua esistenza anche dopo la sua estinzione* (eliminazione/abrogazione). In questo senso E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., p. 71, con specifico riferimento all’applicabilità della norma penale in vigore al momento della commissione del reato, anche se giudicato dopo la abrogazione della norma che lo prevede e quindi il venire meno della sua

Breve: *mentre il tempo “esterno” è funzione della “esistenza” della norma, il tempo “interno” è funzione della sua “efficacia”*. Ciò significa, in particolare, che tempo “esterno” e “interno” molto spesso non coincidono. Da un lato, infatti, il concetto di “efficacia” è più ristretto (o, meglio, deve ritenersi compreso in quello) di “validità”, posto che solo nell’ambito di norme “valide” e quindi “applicabili” dagli organi a ciò deputati è possibile stabilire, per ciascuna di esse, l’ambito di “efficacia” della propria capacità qualificatoria, tenendo conto del “tem-

---

validità/esistenza; conf. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 175-176, che anzi sottolinea come «ogni norma abrogata, ma non abrogata retroattivamente, è perciò stesso ultrattiva». Evidenzia esattamente come, per il modo in cui viene per lo più intesa, «la ultrattività della vecchia norma rappresenta solo il rovescio della irretroattività della nuova norma» G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., p. 223; nel senso, come specificato “in positivo” da M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., p. 130, che «è ultrattiva ogni legge cui, una volta abrogata, non faccia seguito una legge retroattiva». Per la dottrina spagnola, L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 220 ss. Lo stesso termine “ultrattività” è stato però diversamente inteso anche come “applicabilità” di una norma, ormai non più esistente, a fatti realizzati “dopo” la sua estinzione. Una tale evenienza si sarebbe storicamente verificata – almeno in apparenza – nell’ordinamento giuridico italiano con riferimento alle norme ricavabili dai contratti collettivi di lavoro nell’ordinamento corporativo, le quali, anche in caso di scadenza del contratto, e quindi di cessazione della sua vigenza, continuavano ad essere efficaci fino alla pubblicazione del contratto nuovo o all’entrata in vigore di altro strumento normativo: art. 3 legge 25 gennaio 1934, n. 150. Sul punto, si veda per tutti G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Milano, Giuffrè, 1937, 3<sup>a</sup> ed., p. 292. Anche qui però, a ben vedere, si doveva – più correttamente – ritenere che non fosse, direttamente, la norma ormai non più esistente ad essere applicabile a fatti verificatisi dopo la sua “estinzione”, ma una *nuova norma*, dal contenuto corrispondente a quello della prima norma non più valida per scadenza del termine, nuova norma ricavabile dalla “metanorma”, desumibile dall’art. 3 legge n. 150/1934, che disponeva l’*apparente* ultrattività della norma non più esistente.

po” in cui si sono verificate le situazioni da ciascuna norma ipotizzate come produttive di certi effetti (non mi sembra viceversa ipotizzabile una efficacia della norma che vada a coprire situazioni realizzatesi *dopo* la cessazione della sua “validità/esistenza”, ossia l’ipotesi di “ultrattività” in senso proprio)<sup>120</sup>. Sotto un altro profilo, il concetto di “efficacia” è più ampio di quello di “validità”, potendo una norma “valida/esistente” anche qualificare – e quindi essere “efficace” con riferimento a – situazioni verificatesi *prima* dell’inizio della sua esistenza (si tratta dei casi di norme ad ambito temporale di efficacia “indefinito” – normalmente confusi con i casi di norme “retroattive”<sup>121</sup> – e dei casi di “retroattività” in senso proprio, cioè di norme che hanno capacità qualificatoria *solo di situazioni pregresse*, come le c.d. “norme transitorie”)<sup>122</sup>.

Da ciò consegue che, nella “dinamica” dei sistemi giuridici, in caso di “successione” di norme, l’organo di applicazione del diritto deve logicamente procedere in due fasi: prima, accertare l’avvenuta abrogazione della norma anteriore e quindi la sua eliminazione dal sistema; poi, data risposta affermativa, verificare qual è l’ambito temporale di efficacia della norma postero-

---

<sup>120</sup> *Retro*, nota 119.

<sup>121</sup> Evidenzia F. FERRARA, *Trattato*, cit., pp. 258-259, come l’espressione “retroattività della legge” sia altresì, di per sé, «equivoca e imprecisa, perché fa supporre che la legge nuova s’applichi ad un tempo anteriore alla sua entrata in vigore, influenzando o modificando effetti prodotti nel passato, mentre invece significa semplicemente *applicazione attuale ex nunc* della legge nuova ai rapporti *anteriori*, con esclusione dell’ordinamento precedente. ... Di vera retroattività potrebbe parlarsi solo nel caso che la legge nuova attaccasse modificando o distruggendo gli effetti già *realizzati ed esauriti* di fatti anteriori, ma comunemente non si arriva mai a questo estremo, e tutto si riduce a sottoporre alla legge recente i fatti anteriori, per gli effetti *nuovi* che produrranno sotto l’impero di essa» (corsivi dell’A.).

<sup>122</sup> Vedi *amplius infra*, parr. 11 e 12.

re, ossia la sua riferibilità solo a fatti realizzati dopo l'inizio della sua esistenza o anche (o solo) prima. A sua volta, nel caso di norme che hanno – anche o solo – efficacia qualificatoria di situazioni pregresse, occorre ulteriormente domandarsi se tale capacità di qualificazione abbia ad oggetto solo situazioni ancora pendenti o anche situazioni esaurite o, addirittura, situazioni per cui è già intervenuto il giudicato<sup>123</sup>. L'idea, assai antica e diffusa, che sia nella logica della norma, addirittura intrinseca alla sua reale “essenza”, che il legislatore possa legittimamente disporre solo per il futuro finisce per essere, a ben vedere, niente altro che uno dei tanti “miti” che hanno, da sempre, accompagnato la riflessione giuridica; mito legato, molto probabilmente, alla formulazione “classica” della concezione imperativistica della norma<sup>124</sup>, ma assolutamente smentito dalla realtà dei sistemi giuridici positivi. Se la realtà normativa non appartiene al mondo dell’“essere” ma del “dover essere”, è allora evidente come, se il legislatore non può modificare gli accadimenti, essendo vincolato – come si sarebbe detto un tempo – da *ontologischen Strukturen* o dalla *Natur der Sachen*, possa viceversa benissimo modificare in qualunque momento (e a sua discrezione) la *valutazione normativa* di quei fatti, cioè la loro disciplina.

---

<sup>123</sup> *Retro*, nota 116.

<sup>124</sup> Diceva N. COVIELLO, *Manuale*, cit., pp. 109-110, che, risolvendosi il diritto in “comandi” e “divieti” (*ibidem*, p. 12), la “irretroattività” come momento logico della norma sarebbe «fondata sulla stessa natura delle cose la quale non permette concepire una norma a cui si debba ubbidienza prima ch'esista». E aggiungeva: «La norma di legge non può obbligare prima della sua esistenza; epperò è ragionevole e giusto ch'essa non estenda la sua efficacia a' fatti compiuti prima del suo apparire» (pur non potendosi escludere che il legislatore possa sempre disporre nel senso contrario della “retroattività”). Nella stessa prospettiva, muovendo dalla logica del “comando”, F. FERRARA, *Trattato*, cit., p. 257; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1967, 2<sup>a</sup> ed. (rist. anastatica), p. 189.



## 10. *L'ambito temporale di "efficacia" della norma. La regola della "irretroattività"*.

Come per l'abrogazione, anche il problema dell'"ambito temporale di efficacia" della norma trova risposta a livello non di teoria generale del diritto<sup>125</sup>, *ma di stretto diritto posi-*

---

<sup>125</sup> Ad es., come abbiamo visto *retro*, nota 124, legando logicamente il concetto di "irretroattività" della norma alla sua struttura di "imperativo". Tesi non errata di per sé ma solo nella sua assolutezza, laddove cioè si ritenga che la norma abbia *sempre*, come sua caratteristica costante, dal punto di vista della teoria generale, struttura di "imperativo" (il che non è); modello euristico viceversa pienamente valido e quindi utilizzabile laddove in un particolare ambito dell'ordinamento giuridico – ad es., laddove la norma sia corredata da una sanzione c.d. "punitiva" (per la classica distinzione tra sanzioni "punitive" e sanzioni "esecutive" vedi A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1939, pp. 22-66; H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 130 ss.) –, e quindi sulla base della disciplina complessivamente dettata dal diritto positivo, si debba ritenere che la norma abbia necessariamente struttura di "imperativo". Non è un caso infatti che il principio di "irretroattività" abbia addirittura una copertura costituzionale, che ne garantisce l'inderogabilità da parte del legislatore ordinario, proprio nel settore penale dell'ordinamento (art. 25 comma 2 Cost.) alla luce, in particolare, del principio, sempre costituzionalizzato, di "personalità" della "responsabilità penale" (art. 27 comma 1 Cost.), principio che implica, tra l'altro, la piena "dominabilità" del fatto di reato concretamente realizzato da parte del suo autore perché quest'ultimo possa essere punito, posto che può logicamente essere "comandato" o "vietato" solo ciò che rientra nella "sfera personale di controllo" del destinatario del precetto in quanto riferibile – direttamente (come la condotta) o indirettamente (come l'evento naturalistico) – alle sue capacità, in quanto persona umana, di rappresentazione e volontà. «Retroattiva è, pertanto, la norma che tra gli elementi di fattispecie, cui è collegato l'effetto sanzionatorio, annoveri un elemento incalcolabile da parte del destinatario del comando, impossibilitato, quindi, a tenerne conto al momento dell'opzione tra il sì ed il no»: M. GALLO, *Postille di un penalista ad una Costituzione (fi-*

*tivo*: nel senso che spetta a ciascun ordinamento storicamente dato dettarne la relativa regolamentazione. Il legislatore italiano si occupa di questo tema, in via generale, nell'art. 11 comma 1 preleggi, correttamente rubricato «Efficacia della legge nel tempo», secondo cui «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Termine “legge” da intendere qui, con ogni evidenza, come sinonimo di “norma”<sup>126</sup>, dal momento che solo la norma “dispone” cioè detta il “dover essere” di una certa disciplina applicabile alle situazioni di fatto conformi alla sua fattispecie condizionante. Ciò significa che il nostro sistema accoglie, come *regola generale*, la “irretroattività” della norma, cioè la sua applicabilità/efficacia solo ai fatti realizzati *dopo* l'inizio della sua esistenza. Tale regolamentazione vale *in mancanza di una disposizione speciale-derogatoria espressa*<sup>127</sup>, che può, a sua volta, essere o

---

*no a quando?) sovrana*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 29. Riconosce senz'altro la struttura di “imperativo” della norma penale incriminatrice (più precisamente: dell'obbligo di “fare” o di “non fare” che se ne ricava interpretativamente) M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 7-14, che riprende in ID., *La regola e il giudizio*, cit., pp. 48-60, la concezione più raffinata dell'“imperativo”, quella di K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, Etas Kompass, 1972, pp. 156-173; ID., *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 21-38, il quale, in posizione critica nei confronti della teoria “volontaristica”, afferma che l'imperativo non è propriamente un comando, in quanto prescinde dalla relazione interpersonale tipica del comando, ma si sostanzia strutturalmente in un enunciato linguistico costruito in modo da poter funzionare come comando; onde la qualificazione della norma come “imperativo indipendente”.

<sup>126</sup> A proposito, in particolare, del significato da attribuire al termine “legge” nell'art. 11 preleggi, osserva M. GALLO, *Postille*, cit., p. 32, che «il buon senso, prima ancora della prassi interpretativa, ha fatto sì che per legge s'intenda ogni regola di diritto vigente o applicabile nel nostro sistema», ossia ogni “norma”.

<sup>127</sup> M. GALLO, *Postille*, cit., pp. 32-33, dopo aver ricordato che «L'irre-

*di carattere “generale”*, concernendo l’efficacia temporale di tutte le norme (o anche di una parte delle norme) appartenenti ad un settore dell’ordinamento giuridico (si pensi all’art. 2 c.p. per la materia penale), *o di carattere “particolare”*, avendo ad oggetto una specifica vicenda successiva (a sua volta, concernente una o più norme posteriori ricavabili da una singola disposizione o tutte le norme posteriori ricavabili da un’intera legge).

Proprio il non aver adeguatamente distinto il profilo della dimensione temporale “esterna” da quella “interna” della norma ha indotto larga parte della dottrina a ricostruire dommaticamente il fenomeno abrogativo utilizzando come referente normativo, accanto all’art. 15, anche l’art. 11 preleggi, sovrapponendo quindi indebitamente i due piani dell’abrogazione e dell’ambito di efficacia della norma che vanno viceversa tenuti rigorosamente distinti attenendo ad aspetti del fenomeno “tempo” diversamente rilevanti <sup>128</sup>.

---

troattività è la regola, il sistema ammette il contrario solo come eccezione», evidenzia come ciò «importa che i segni che indicano come alla regola sia apportata una deroga, debbano essere assolutamente diretti ed espliciti, non debbano permettere incertezze. Deve essere esplicitamente dichiarato che una regola ha efficacia retroattiva». Nel senso però che la volontà della legge a favore della deroga alla regola della irretroattività, purché inequivoca, possa essere anche manifestata “tacitamente” L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 215-216. Sottolinea correttamente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 168, come, «anche per quanto riguarda le leggi formali e gli atti ad esse equiparati, il principio della irretroattività si traduce in criterio di interpretazione, dovendosi – nel dubbio, e salvo che il contrario non risulti univocamente disposto – attribuire alle norme un significato non retroattivo».

<sup>128</sup> Conf., sostanzialmente, M. S. GIANNINI, *Problemi*, cit., p. 28 ss., secondo cui «Il problema [dell’attività della norma nel periodo di tempo anteriore alla propria emanazione] si pone d’altronde, più che come problema d’abrogazione, come problema di retro o irretroattività della norma poste-

In questo chiaro errore metodologico è incorsa quella dottrina che, per superare l'apparente paralogismo della (perdurante) applicabilità di una norma non più esistente in quanto abrogata, ha ritenuto che l'unica strada logicamente praticabile fosse quella di ribaltare l'equazione norma abrogata = norma inesistente, affermando, al contrario, che l'abrogazione non "elimina" la norma dal sistema, ma, semplicemente, ne "delimita" l'ambito temporale di applicabilità (intesa come efficacia) ai soli fatti pregressi "modificandone" conseguentemente il contenuto<sup>129</sup>.

Questa impostazione, a parte ogni altra considerazione, non può essere accolta per due fondamentali ordini di ragioni.

La prima evidenza è una incongruenza "interna" alla stessa spiegazione fornita del fenomeno abrogativo. La costruzione proposta non riuscirebbe infatti a spiegare adeguatamente i casi, teoricamente possibili e in pratica frequenti (si pensi alla materia penale), in cui la norma posteriore (c.d. abrogante) abbia efficacia "retroattiva" (quantomeno in senso lato), rife-

---

riore; ove volesse porsi in termini di abrogazione dovrebbe infatti formularsi come problema dell'attività della norma nel tempo anteriore alla propria cessazione, formulazione evidentemente paradossale, data la relazione negativa che essa enuncerebbe», che parla pertanto di "confusione". Sulla necessità di distinguere concettualmente in modo rigoroso il fenomeno dell'abrogazione da quello della retroattività, a proposito – in particolare – dell'ipotesi della norma c.d. abrogativa con efficacia retroattiva (definita in dottrina anche, impropriamente, con una metonimia, "abrogazione retroattiva": per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., pp. 168 e 170), S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., p. 153. Si consideri tuttavia come l'espressione "abrogazione retroattiva" sia usata anche per indicare il fenomeno particolare della "abrogazione di abrogazione" (*retro*, nota 82).

<sup>129</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 194-195. Si veda anche la dottrina cit. *retro*, nota 109.

rendo la sua capacità qualificatoria – anche o solo – ai fatti realizzati prima dell’abrogazione (c.d. “abrogazione retroattiva”)<sup>130</sup>; con la conseguenza che la norma abrogata non avrebbe qui, per definizione e contro le stesse premesse sulla natura e gli effetti del fenomeno abrogativo da cui la tesi in esame muove, alcun ambito residuo di efficacia e quindi di applicabilità ulteriore. Ma, se una norma è esistente in quanto applicabile (e viceversa), qui la norma “abrogata”, essendo, per definizione, totalmente (inefficace e quindi) inapplicabile in quanto “svuotata” di ogni suo possibile contenuto autonomo, cesserebbe inevitabilmente di “esistere”. Sarebbe tuttavia assurdo ritenere che l’abrogazione determini la cessazione di esistenza della norma abrogata solo nei casi di deroga espressa all’art. 11 preleggi (ossia solo laddove la legge posteriore abbia efficacia “retroattiva”). Evidente allora il paralogismo insito in questo ragionamento: si arriva ad una certa conclusione – l’abrogazione (non elimina ma) limita temporalmente l’ambito di applicabilità delle norme abrogate – solo perché si assume, implicitamente e apoditticamente, il principio di irretroattività a fondamento della spiegazione del fenomeno abrogativo.

L’altra ragione che impone il rigetto della tesi in esame si basa sulla inaccogliabilità in sede di teoria generale delle norme della premessa su cui poggia l’intero ragionamento: la possibilità teorica di una semplice “modificazione” di una norma che rimarrebbe tuttavia inalterata nella sua “essenza” con la conseguente ammissibilità di una sua abrogazione “parziale”. Se infatti la fattispecie di una norma ha per contenuto un comportamento umano, comportamento che ha una sua “dimensione” materiale, personale, spaziale e temporale, ognuna delle

---

<sup>130</sup> *Retro*, nota 128.

quali individua un corrispondente ambito di “efficacia” della norma stessa, ne deriva come qualunque modifica di uno di questi ambiti comporti logicamente una modifica di quella fattispecie, ossia la presenza di una fattispecie diversa, e quindi una norma *diversa* essendo mutato il contenuto del “dover essere” che la caratterizza. Ciò significa allora che non è logicamente ammissibile una c.d. abrogazione “parziale” di una norma per “modifica” parziale del suo contenuto<sup>131</sup>. In un ca-

---

<sup>131</sup> Così H. KELSEN, *La derogazione*, cit., pp. 195-198; ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 177-179. Vedi anche *retro*, nota 82. Diverso discorso – che non posso affrontare *funditus* in questa sede – va comunque fatto laddove la c.d. “modifica” del contenuto “materiale” di una norma avvenga in conseguenza di un fenomeno di *successione tra norme di cui una sia strutturalmente “speciale” rispetto ad un’altra “generale”*, nel caso in cui la nuova norma non comporti l’abrogazione della precedente, potendo (in mancanza di una sua abrogazione espressa e come comunemente si ripete) logicamente “coesistere” con essa. Conclude infatti H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 179, come «Ciò che qui viene inteso come abrogazione “parziale” o non è affatto un’abrogazione oppure è un’abrogazione “totale” – non di una norma, bensì della validità di una norma». Anche se, a ben vedere, nella c.d. successione tra norme di cui una “generale” e l’altra “speciale”, laddove non ci sia una disposizione “sostitutiva” (*retro*, par. 5), occorre comunque sottolineare come, se ad es. viene introdotta nel sistema una norma strutturalmente speciale rispetto ad un’altra già esistente, si debba ritenere che dalla stessa disposizione da cui si ricava interpretativamente la nuova norma speciale discendano *implicitamente* anche *tre altre nuove norme*: una “di” abrogazione della precedente norma “generale”; la seconda, sempre strutturalmente “generale”, ma avente un *contenuto parzialmente diverso* rispetto alla norma generale abrogata, in quanto non più riferibile *anche* al contenuto della nuova norma “speciale” (e, dal punto di vista dell’ambito temporale di efficacia, *limitata ex art. 11* preleggi ai soli fatti futuri); l’ultima, avente lo *stesso contenuto* della norma “generale” abrogata (ma *limitata*, quanto ad ambito temporale di efficacia, ai soli fatti pregressi). Per l’*iter* argomentativo attraverso cui si perviene a questo complessivo assetto normativo vedi *amplius infra*, par. 11.

so del genere, si è in realtà in presenza di una abrogazione “totale” – e quindi di una eliminazione dell’esistenza/validità – della norma di cui si vuole modificare parzialmente il contenuto e della contestuale introduzione nel sistema di una *nuova norma* che sostituisce la norma abrogata e il cui contenuto è parzialmente diverso da quello della norma abrogata. In nessun caso dunque si può logicamente ammettere la permanenza di validità di una norma con uno degli ambiti di efficacia della sua fattispecie – come ad es. quello temporale – parzialmente o totalmente mutato<sup>132</sup>.

11. *Ratio dell’art. 11 preleggi. L’esistenza di una norma “implicita” di contenuto identico a quello della norma abrogata ad efficacia temporale “limitata” ai fatti pregressi.*

Posto che la “irretroattività” della norma, intesa come una delle possibili modalità che individuano la sua efficacia temporale, non ne costituisce un momento “logico”, ma è solo il frutto di una precisa opzione politica del legislatore, la domanda è quale sia la *ratio* che l’art. 11 preleggi assolve nel si-

---

<sup>132</sup> Così anche E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., pp. 86-87, il quale sottolinea come, «anche ammettendo che una norma esista in un sistema finché è applicabile a qualche caso, da ciò non possiamo concludere che si tratti della stessa norma che continua ad esistere dopo la sua abrogazione». Trattandosi infatti di norma che ha un ambito temporale di applicabilità *diverso* da quello della norma “abrogata” – non essendo più riferibile, come la norma “abrogata”, anche ai casi futuri –, è allora «corretto dire che non è più la stessa norma: la norma N è stata sostituita dalla norma N<sup>1</sup>, la quale ha lo stesso contenuto, ma un diverso ambito di applicabilità, e ciò è sufficiente per dire che N ed N<sup>1</sup> sono due norme distinte».

stema. Per dare una risposta al quesito, occorre anzitutto spostare la domanda e chiederci quale sia la ragione che ha indotto il legislatore a dare la “prevalenza”, in presenza di una diversa disciplina di una stessa situazione di fatto ad opera di due norme che si sono succedute nel tempo, alla *lex posterior*, con conseguente abrogazione della norma anteriore, considerando che anche il principio *lex posterior derogat priori* non appartiene alla logica della dinamica del diritto<sup>133</sup>.

La ragione della prevalenza della *lex posterior* è, con ogni evidenza, squisitamente *politica*: se infatti, con riferimento ad una certa situazione di vita, il legislatore decide di regolamentare in modo diverso da quanto stabilito da una norma anteriore l’assetto degli interessi coinvolti, è perché ritiene la nuova valutazione, a suo insindacabile giudizio politico, più adeguata della precedente a soddisfare gli interessi generali della società, in una parola: più “giusta”. Il che, sempre dal punto di vista della logica connessa a quella scelta politica, dovrebbe inevitabilmente portare ad applicare la nuova disciplina a

---

<sup>133</sup> Che il principio *lex posterior derogat priori* non sia un principio logico ma solo un principio giuridico-positivo è sottolineato da H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 197-198, che evidenzia a sua volta come, a suo avviso, detta proposizione induca in errore «perché sembra affermare che la deroga [= abrogazione] è funzione di una delle due norme in conflitto» e non di una “terza norma” derogatoria (*retro*, nota 102). È noto infatti come la dottrina maggioritaria (*retro*, nota 42) veda nel principio *lex posterior derogat priori* una esigenza logica strutturalmente connaturata allo stesso concetto di ordinamento giuridico, nel senso che l’organo che ha la competenza di introdurre norme deve avere logicamente anche la competenza per eliminarle: *eius est abrogare cuius est condere*. Ma, come sottolineato correttamente dallo stesso Kelsen, proprio muovendo da una prospettiva logica, «Il fatto che due norme in conflitto non possano essere applicate parallelamente non è un motivo per supporre che l’una abroghi la validità dell’altra» (ID., *op. ult. cit.*, p. 177).



tutte indistintamente le situazioni di fatto riconducibili sotto la nuova norma a prescindere dal momento della loro verifica-  
zione, quindi anche a quelle pregresse<sup>134</sup>; attribuendo così all'ultima norma un ambito temporale di efficacia "indefinito" (e quindi "illimitato").

Di fronte all'esigenza politica di privilegiare sempre e comunque l'ultima regolamentazione, si pone tuttavia un'altra esigenza, anch'essa non meno forte politicamente, di assicurare quel bene sommo di qualunque sistema giuridico costituito dalla stessa "stabilità" dell'ordinamento, stabilità per il cui mantenimento uno dei principali "strumenti" è costituito dalla "certezza" dei (e nei) rapporti giuridici; certezza che, nella dinamica della successione di norme, è – com'è noto – garantita dalla regola generale della "irretroattività". In funzione della sicurezza giuridica, il cittadino deve cioè essere messo in grado di sapere quale sarà la valutazione che l'ordinamento – attraverso gli organi deputati all'applicazione del diritto – farà con riferimento ai comportamenti che egli potrà in essere; in una parola, deve essere garantito il suo "affidamento" nel

---

<sup>134</sup> Per analoghe considerazioni vedi già C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, Pisa, Nistri, 1868, spec. pp. 1-10, 34-37, 144-181, secondo cui, di per sé considerata, «la retroattività delle leggi non è ingiusta, se non allorquando viola diritti acquisiti» (p. 37). Retroattività che dunque, in materia di successione temporale delle norme giuridiche, dovrebbe considerarsi la "regola", con la conseguenza di vedere allora nel principio di "irretroattività" l'"eccezione". Ciò pur riconoscendosi da parte dello stesso Gabba che, a fondamento dell'idea, viceversa comunemente accolta come l'unica realmente "conforme a giustizia", che le leggi dispongono "solo per l'avvenire", vi sia la consapevolezza della «poca frequenza dei casi nei quali le leggi possono realmente influire sulle conseguenze di fatti e rapporti giuridici anteriori, senza ledere diritti acquisiti» (p. 36); per cui, di fatto, le "eccezioni" alla "regola" della retroattività sono quantitativamente più numerose.

sistema<sup>135</sup>. Attraverso la previsione dell'art. 11 preleggi, dunque, il legislatore, con una precisa scelta normativa funzionale a garantire l'esigenza di "certezza" del diritto e di "affidamento" dei cittadini, *limita* quello che sarebbe stato il *normale* ambito temporale di efficacia "indefinito" della *lex posterior*, dettando, come regola generale, un diverso criterio di efficacia temporale della norma: quello della sua riferibilità – salvo espressa previsione contraria – *solo* ai fatti realizzati *dopo* l'inizio della sua esistenza, ossia la sua "irretroattività"<sup>136</sup>.

Ora, se l'art. 11 pone una regola, quella della (normale) irretroattività della *lex posterior*, che costituisce solo il frutto di una precisa scelta legislativa dettata dalla necessità, tutta politica, di garantire il soddisfacimento di interessi diversi, di "stabilità" dell'ordinamento, ritenuti prevalenti, ne deriva – questa volta sì per necessità logica – che dallo stesso art. 11 si deve trarre, *implicitamente*, la regola generale che, *per i fatti pregressi*, si deve applicare (ancora una volta, salvo deroga espressa) la "*disciplina*" *vigente al tempo della loro realizzazione*.

Qui sorge però la domanda: alla stregua di quale norma? Sembra naturale rispondere: alla stregua della norma anteriore che, in seguito all'abrogazione, vedrebbe appunto delimitato il suo ambito temporale di efficacia ai soli fatti già

<sup>135</sup> In generale, sulla esigenza politica della "certezza del diritto" come fondamento del principio di "irretroattività" delle norme giuridiche v. F. CARNELUTTI, *Retroattività penale*, in ID., *Questioni sul processo penale*, Bologna, Zuffi, 2<sup>a</sup> ed., pp. 59-60; M. GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 83 (che rinvia a Corte cost. n. 364/1988); C. LUZZATI, *Abrogazione*, cit., p. 68. In prospettiva filosofica, sulla certezza come «specifica eticità del diritto» (titolo dell'ultimo capitolo del suo libro) F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, *passim*.

<sup>136</sup> Sottolinea energicamente M. GALLO, *Postille*, cit., p. 32, come, dal punto di vista del nostro diritto positivo, «L'irretroattività è la regola, il sistema ammette il contrario solo come eccezione».

realizzati prima dell'abrogazione. Ma già abbiamo visto come sia teoricamente inaccettabile ritenere che la "modifica parziale" del contenuto di una norma, e in particolare (ciò che a noi qui interessa) del suo ambito temporale di efficacia, escludendone una parte dei fatti – quelli futuri – che prima vi sarebbero rientrati, lasci "in vita" la stessa norma (così modificata). In realtà, già abbiamo visto come il caso della c.d. abrogazione "parziale" si risolva nella abrogazione "totale" della norma anteriore e nella contestuale immissione nell'ordinamento di un'altra norma dal contenuto corrispondente a quello della norma abrogata come risulta in seguito alla modificazione. Se allora si deve ribadire che l'abrogazione determina senz'altro la revoca della validità della norma abrogata e quindi la sua eliminazione dal sistema e ciononostante dall'art. 11 preleggi, ragionando *ex adverso*, discende che ai fatti realizzati nel periodo della esistenza della norma abrogata deve essere comunque applicata la "disciplina" da essa prevista, ne deriva logicamente un'unica conclusione: che, in ogni caso di abrogazione, dalla disposizione dell'art. 11 si deve ricavare, *implicitamente*, una *nuova norma di contenuto identico a quello della norma abrogata, salvo per la limitazione del suo ambito temporale di efficacia ai soli fatti realizzati durante il periodo di validità/esistenza della norma abrogata.*

In particolare, questa *nuova norma* si ricava, *implicitamente*, dalla interpretazione combinata della disposizione dell'art. 15 preleggi, delle disposizioni da cui si ricavano la norma anteriore abrogata e la norma posteriore che stabilisce una nuova disciplina per la stessa situazione di vita e dalla disposizione dell'art. 11 preleggi<sup>137</sup>. Art. 11 che, anzitutto, introduce *di-*

---

<sup>137</sup> Sembra muoversi, sostanzialmente, nella stessa prospettiva del testo M. JORI, *Abrogazione*, cit., p. 58, laddove afferma come il problema della «(residua) "applicabilità" apparente delle norme abrogate, vada risolto

rettamente un “*frammento*” della norma posteriore che detta la nuova disciplina (c.d. abrogante) concernente il suo ambito temporale di efficacia, *espressamente limitato* ai fatti realizzati dopo l’inizio della sua esistenza/validità. Il *contenuto della nuova norma “implicita”* si determina, a sua volta, attraverso il rinvio “*recettizio*” (“materiale”) operato dall’art. 11 *al contenuto della norma abrogata*; con l’*unica particolarità* (nella quale si sostanzia la “novità” di questa norma rispetto all’abrogata) che il suo ambito temporale di efficacia è a sua volta *limitato, indirettamente*, dallo stesso art. 11 *ai soli fatti pregressi*. Applicandosi *solo* ai fatti pregressi, la nuova norma può ben essere qualificata come “*retroattiva*” *in senso proprio*<sup>138</sup>.

---

sostenendo che tali effetti normativi non vengono direttamente dalle norme abrogate, ma indirettamente, in quanto sono effetti prescritti da altre norme ben valide, cioè le (meta)norme sulla abrogazione, che possono prescrivere (o meno) “effetti residui” (“applicabilità residua”) per le norme abrogate ... “effetti” o “applicabilità” residui [che] altro non sono che le prescrizioni contenute in un’altra norma, composta combinando il significato di varie disposizioni, e di cui la disposizione e/o norma abrogata costituisce il frammento». E conclude: «la discussione sugli “effetti” delle norme abrogate e in generale invalide non può essere risolta con i soli strumenti della teoria generale, dal momento che tali “effetti” non sono per niente effetti delle norme abrogate in virtù del concetto generale di abrogazione, ma delle norme di diritto positivo che regolano l’abrogazione delle leggi».

<sup>138</sup> Un problema estremamente delicato, non solo dal punto di vista teorico ma per le notevoli ricadute pratiche che può comportare, è quello della successione temporale di norme di cui la seconda sia meramente “ripetitiva” della prima. Ferma comunque la sicura abrogazione della norma precedente (*retro*, nota 91, cui *adde* H. KELSEN, *La derogazione*, cit., pp. 191 e 198; *contra* però C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sobre la existencia*, cit., p. 76), ci si domanda quale sia l’ambito temporale di efficacia, e quindi di applicabilità, della nuova norma “ripetitiva”. Mi sembra che la soluzione, dal punto di vista del diritto positivo, non possa essere che una: salvo che non

Nessuna difficoltà deriva poi dall'ipotizzare un "rinvio" al contenuto di una norma abrogata e quindi, per definizione, non più appartenente al sistema. Dal punto di vista normativo, la tecnica del rinvio "recettizio" può legittimamente avere ad oggetto qualunque tipo di norma, giuridica o no (come ad es. una norma sociale o del costume), esistente o abrogata, appartenente allo stesso sistema normativo giuridico o a sistemi diversi e quindi *di per sé* non valida per l'ordinamento giuridico rinviante (si pensi al rinvio alle norme di ordinamenti giuridici stranieri o alle norme del diritto internazionale); l'unica condizione di validità di qualunque tipo di rinvio è che esso sia operato da una norma (di "rinvio") "valida" in quanto "appartenente" al sistema "rinviante"<sup>139</sup>. Trattandosi poi, ancora una volta, di scelte di stretto diritto positivo, sarà lo

---

sia espressamente disposto altrimenti, si applica la regola generale della "irretroattività" ex art. 11 preleggi della nuova norma, anche se meramente "ripetitiva". Quanto poi alla disciplina delle situazioni pregresse, se, come detto nel testo, dall'art. 11 preleggi si ricava implicitamente anche una nuova norma dal "contenuto" corrispondente a quello della norma abrogata e applicabile ai soli fatti realizzati durante il periodo della sua validità/esistenza, non mi sembra dubbio che il "rinvio" della nuova norma all'intera "disciplina" della norma abrogata comporti che ai fatti pregressi si applichi l'intero "statuto giuridico" vigente al momento della realizzazione della situazione ivi ipotizzata; momento che costituisce allora anche il *dies a quo* per la decorrenza del termine per la prescrizione degli effetti giuridici del fatto o per l'usucapione di un diritto. Sulla particolare problematica che si presenta in caso di norme meramente ripetitive che abbiano come loro contenuto la previsione di fattispecie di reato, data la presenza della deroga rappresentata dall'art. 2 c.p. rispetto all'art. 11 preleggi, v. *infra*, nota 155.

<sup>139</sup> Sui concetti di rinvio "recettizio" (o "materiale") e "formale", particolarmente studiati dalla dottrina internazionalistica, vedi, per tutti, A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966, *passim*, spec. p. 507 ss.

stesso sistema giuridico di rinvio a stabilire i modi e i limiti di efficacia del rinvio stesso.

Tra le due nuove norme, entrambe posteriori rispetto all'abrogazione, quella che detta una diversa disciplina per una situazione di vita già in precedenza regolamentata dalla norma abrogata e quella che, per effetto del rinvio, ha un contenuto corrispondente a quello della norma abrogata eccetto l'ambito temporale di efficacia (limitato ai fatti pregressi), non esiste poi, neppure astrattamente, alcuna situazione di "conflitto temporale" – conflitto che non si riferirebbe qui, chiaramente, all'ambito temporale di "validità" ma a quello di "efficacia" delle due norme (ossia a quello che abbiamo definito "tempo interno") – dal momento che è proprio l'art. 11 preleggi che consente di *delimitare nettamente l'ambito temporale di efficacia di ciascuna norma*, rispettivamente, ai fatti futuri e a quelli pregressi rispetto al momento dell'abrogazione. L'art. 11 preleggi avrebbe dunque altresì la funzione di "prevenire", in caso di abrogazione, il sorgere di qualsiasi "conflitto" tra norme con riferimento al rispettivo ambito temporale di "efficacia". Sotto questo profilo, la disposizione dell'art. 11 conterrebbe dunque una "*metanorma*" *sull'ambito temporale di efficacia, e quindi di applicabilità, di altre norme*, che potremmo anche, stipulativamente, definire di "conflitto (*rectius*: di prevenzione di conflitto) temporale" fra norme.

## 12. *Le norme "transitorie" come norme "speciali" di disciplina dei fatti realizzati durante l'esistenza delle norme abrogate.*

Per risolvere il problema della disciplina applicabile ai fatti realizzati durante il periodo di validità della norma abrogata, accanto alla disposizione (generale) dell'art. 11 preleggi, l'ordi-

namento giuridico può anche, con riferimento ad un caso particolare di abrogazione, dettare una disciplina “specifica” attraverso una norma *ad hoc*, stabilendo qual è la regolamentazione applicabile per le situazione pendenti (o addirittura anche per quelle esaurite) e realizzatesi durante il periodo di esistenza/validità della norma abrogata<sup>140</sup>.

Tali norme “speciali”, ricavabili dalle c.d. disposizioni “transitorie”, possono essere di due tipi<sup>141</sup>. Anzitutto, le norme “transitorie” che stabiliscono quale delle due “discipline” tra quella corrispondente alla norma abrogata o quella introdotta dalla norma c.d. abrogante è applicabile ai fatti pregressi. Si tratta di norme che, non regolando direttamente in modo autonomo e specifico alcuna situazione di vita, ma semplicemente “rinviando” al contenuto di altre norme, esistenti o abrogate, costituiscono delle vere e proprie “metanorme”<sup>142</sup> stipulativamente definibili di “conflitto temporale”, sia pure “speciali” rispetto alla metanorma ricavabile dall’art. 11 preleggi, la cui funzione è, ancora una volta (parallelamente alla funzione svolta dallo stesso art. 11), risolvere, prevenendolo, un conflitto sull’ambito temporale di efficacia di due norme.

In secondo luogo – ma si tratta delle ipotesi statisticamente più frequenti – abbiamo le norme “transitorie” che dettano *di-*

<sup>140</sup> Evidenzia come «La configurazione della teoria della retroattività dipende dalla definizione dei rapporti tra diritto intertemporale e diritto transitorio» A. GIULIANI, *L’applicazione della legge*, cit., p. 76 e nota 1, ricordando altresì come l’idea che il diritto transitorio sia *fuori* della teoria della retroattività – oggi dominante nella dottrina italiana – si afferma con l’opera di C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, cit., pp. 9-10 e 240 ss.

<sup>141</sup> G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., *passim*, spec. pp. 224-231; L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 193-195.

<sup>142</sup> Così, sostanzialmente, anche G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., pp. 226-227.

*rettamente*, per i fatti pregressi<sup>143</sup>, una disciplina “specificata”, *diversa* sia da quella della norma abrogata che della norma c.d. abrogante. Queste norme transitorie, a differenza delle precedenti, non sono norme di “conflitto” in senso tecnico, ossia metanorme, ma vere e proprie norme “materiali” dal momento che prevedono direttamente per una certa situazione di vita determinate conseguenze; norme “terze” (e ulteriori) rispetto sia alla norma abrogata che alla c.d. abrogante. In questi casi, si deve ritenere che dalla stessa disposizione transitoria “espressa” si ricavino in via interpretativa, accanto alla metanorma transitoria di “conflitto” (regolatrice di un potenziale conflitto temporale), anche la norma transitoria “materiale”.

Interessante è notare come, quando la norma transitoria “rinvia” alla norma abrogata per individuare la disciplina applicabile, dal punto di vista strettamente normativo non “ripristinano” affatto direttamente la “validità” della norma abrogata rendendola nuovamente applicabile (sia pure nei limiti dei fatti pregressi), quasi che con la norma transitoria si abrogasse la precedente abrogazione, eliminandone gli effetti<sup>144</sup>. Nel caso di

---

<sup>143</sup> Di norme che «hanno per oggetto situazioni giuridiche pendenti nel momento in cui inizia l'efficacia delle nuove norme» parla G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., p. 227; con la conseguenza però di spostare il problema, data la difficoltà di stabilire univocamente che cosa si intenda col termine “rapporti giuridici pendenti”.

<sup>144</sup> Si ricordi come, in generale, dal punto di vista della teoria delle norme, la c.d. “abrogazione di una precedente abrogazione” non implichi affatto il ripristino della validità – e quindi dell'esistenza – della norma abrogata dalla prima abrogazione, ma sia – di regola – solo un modo, indiretto e tecnicamente improprio, per introdurre nel sistema una *nuova norma* dal contenuto identico a quello della norma precedentemente abrogata (*retro*, nota 82). Nuova norma che, a sua volta, salvo deroga espressa, avrà un ambito temporale di efficacia limitato ai fatti futuri, secondo quanto disposto in via generale dall'art. 11 preleggi. Muovendo dal diverso postulato dommatico che



“rinvio” alla norma abrogata, infatti, la norma di disciplina applicabile non è la stessa norma abrogata, *ma un'altra norma*, di contenuto corrispondente a quello della norma abrogata ad efficacia tuttavia limitata ai soli fatti pregressi, ricavata dalla disposizione “transitoria” e avente efficacia “retroattiva” in senso proprio essendo destinata a regolare solo situazioni verificatesi *prima* dell’inizio della sua “validità”.

Non è chi non veda, a questo punto, la *stretta analogia* tra queste norme transitorie il cui contenuto si ricava dal rinvio alla norma abrogata e le norme ricavate in via generale, in ogni ipotesi di abrogazione, dall’art. 11 preleggi, aventi anch’esse un contenuto corrispondente a quello della norma abrogata e destinate a regolamentare le situazioni pendenti al momento dell’abrogazione<sup>145</sup>. A ben vedere, anzi, si potrebbe anche pervenire alla conclusione che, in ogni caso di abrogazione, dal combinato delle disposizioni da cui si ricavano la

---

«il conflitto che inevitabilmente – salvo casi in verità rari – sorge in ogni successione temporale di leggi che regolano una stessa materia si può risolvere solo, in assenza di specifiche disposizioni transitorie, mediante il ricorso ad una di queste due regole: la retroattività della legge abrogativa o la ultrattività della legge abrogata», «regole [che] sono di segno opposto e si escludono mutuamente», definisce questa situazione come un caso di “*ultrattività impropria*” della legge (*rectius*: norma) abrogata L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., pp. 220-224, sulla base della considerazione che «Qui non c’è vera ultrattività, per qualcosa tanto elementare come il fatto che la forza normativa della legge abrogata non deriva da essa stessa, ma dalla disposizione transitoria che la chiama a regolare certe situazioni».

<sup>145</sup> Pur muovendo da presupposti dommatici diversi da quelli del testo (in particolare, ritenendo che la norma “abrogata” continui a regolare le situazioni insorte durante la sua “vigenza”), ravvisa una situazione di “analogia” tra la norma “transitoria” (avente contenuto “materiale”) e la norma “abrogata”, norme entrambe caratterizzate dalla loro natura «necessariamente temporanea» (nel senso di: “ad esaurimento”), G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., pp. 228-229.

norma c.d. abrogante e la norma abrogata con le disposizioni degli artt. 15 e 11 preleggi si tragga sempre – *salvo l'esistenza di una disposizione transitoria "espressa"* – una nuova norma, accanto alla norma c.d. abrogante, che ben potrebbe definirsi come *vera e propria norma "transitoria"* in senso tecnico: norma transitoria "*materiale*", in quanto avente ad oggetto la specifica disciplina delle situazioni di vita già regolamentate dalla norma abrogata e ancora pendenti, disciplina identica a quella della norma abrogata per effetto di un rinvio recettizio al suo contenuto normativo; "*speciale*", in quanto dettata non per qualunque successione di norme, ma solo per una particolare vicenda successiva, secondo una caratteristica tipica di tutte le norme transitorie (che, in quanto tali, sono tutte "*speciali*" concernendo una ipotesi successiva determinata)<sup>146</sup>; e, per la sua natura di norma transitoria, altresì "*retroattiva*" *in senso proprio*, avendo ad oggetto *solo* fatti pregressi.

Dunque, ogni abrogazione porta con sé, accanto alla norma c.d. "abrogante", una norma "transitoria" "materiale" dal contenuto normativo identico, per effetto di un "rinvio recettizio", a quello della norma "abrogata"; norma transitoria, per sua natura, ad ambito temporale di efficacia limitato ai fatti realizzati durante il periodo di esistenza/validità della norma abrogata. Si noti tuttavia come qui si possa correttamente parlare solo di "norma" e non di "disposizione" transitoria, non essendo que-

---

<sup>146</sup> Com'è chiaro, qui il termine "speciale" viene utilizzato nello stesso senso in cui è assunto, ad es., dall'art. 16 c.p., rubricato «*Leggi penali speciali*», a tenore del quale «Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti», e non dall'art. 15 dello stesso codice, rubricato «*Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale*», secondo cui «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».

sto tipo di norma transitoria direttamente ricavabile da un preciso enunciato linguistico (la disposizione transitoria “espressa”), ma solo in via interpretativa dal combinato di altre disposizioni di carattere generale (come gli artt. 15 e 11 preleggi).

In ultima analisi dunque *tutta la regolamentazione di situazioni pregresse in caso di abrogazione si riduce all'applicazione di norme aventi comunque natura “transitoria”*, che possono essere o “espresse”, in quanto *direttamente* ricavabili da disposizioni transitorie “espresse” (contenute nella stessa legge della disposizione da cui interpretativamente si ricava la norma c.d. abrogante) ovvero “tacite”, in quanto *indirettamente* desumibili da un insieme di disposizioni fra cui quelle generali degli artt. 15 e 11 preleggi, dalle quali si ricavano “metanorme” la cui funzione è quella di “prevenire” “conflitti temporali” di norme (in particolare, l’art. 15 con riferimento alla “validità” e l’art. 11 alla “efficacia” delle norme)<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Si può allora anche concludere dicendo che le – nuove – norme transitorie “tacite”, che hanno un contenuto corrispondente a quello delle norme abrogate, hanno *natura “sussidiaria”* rispetto alle norme transitorie “espresse” (che normalmente – ma non necessariamente: così invece G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., pp. 227-228 – comportano una disciplina *diversa* rispetto a quella delle norme abrogate in quanto ritenuta dal legislatore politicamente “più opportuna”); nel senso che la loro presenza, nell’ottica dell’“unità” e “coerenza” dell’ordinamento, si può logicamente ipotizzare solo se *manchino* norme transitorie “espresse”, risultando altrimenti la loro introduzione “tacita” nel sistema “ridondante”; circostanza che non si può giuridicamente ammettere sul piano interpretativo per il principio di “conservazione” degli atti normativi e, *a fortiori*, del valore “innovativo” che si deve postulare per tutte le nuove norme (in generale, sull’“argomento economico o ipotesi del legislatore non ridondante” si veda G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 371-372; sul criterio della “novità” come carattere identificativo degli atti normativi e delle norme V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, cit., pp. 241-245).

*Mutatis mutandis*, lo stesso discorso deve essere ripetuto in caso di nor-

Dal punto di vista sistematico, poi, la presenza nell'ordinamento di norme transitorie "materiali", che cioè assolvono la specifica funzione di disciplinare in modo particolare, in caso di abrogazione conseguente ad una successione di norme nel tempo, i fatti pregressi, conferma ancora una volta, da una diversa angolazione, come l'abrogazione non possa lasciare in vita, sia pure entro certi limiti, la norma abrogata posto che, se così fosse, tra la norma abrogata e la transitoria si creerebbe una situazione di "conflitto" *reale* (rispetto alle situazioni pregresse) e quindi una vera "antinomia" nel sistema, non superabile in alcun modo<sup>148</sup>. Così come, d'altro canto, non avreb-

---

ma posteriore ad efficacia "indefinita" (o addirittura "retroattiva" in senso stretto): anche in questa ipotesi, bisogna infatti postulare la "sussidiarietà" della (nuova) norma che si dovrebbe ricavare "implicitamente" dalla meta-norma dell'art. 11 preleggi per regolare i fatti realizzati *prima* dell'entrata in vigore della *lex posterior* (*retro*, par. 11) nel caso in cui fosse la nuova norma ricavabile dalla stessa *lex posterior* a regolarli *direttamente* dettando un certa disciplina sia per i fatti pregressi che per quelli futuri (o, addirittura, solo per i fatti pregressi); nuova norma "implicita" la cui introduzione nel sistema sarebbe dunque logicamente ipotizzabile solo laddove *manchi* nella nuova norma desumibile dalla *lex posterior* un ambito di efficacia *esteso* anche ai fatti pregressi. Pur muovendo da presupposti dommatici diversi, sottolinea L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación*, cit., p. 221, che «la ultrattività in senso proprio [da intendere come applicabilità della legge abrogata ai fatti realizzati durante la sua vigenza] si produce soltanto nei casi di assenza di effetti retroattivi nella legge abrogativa» (e comunque anche «sempre in assenza di specifiche disposizioni transitorie»).

<sup>148</sup> Nessuno dei criteri indicati dalla dottrina per la risoluzione delle "antinomie normative" potrebbe infatti essere qui utilizzato per individuare la norma "prevalente" e quindi "applicabile": non il "criterio cronologico", posto che, se l'abrogazione si traducesse – secondo le premesse – esclusivamente nella delimitazione dell'ambito temporale di efficacia della norma abrogata ai soli fatti pregressi, senza però eliminarla dall'ordinamento (*retro*, par. 9 e nota 109), rimarrebbero contemporaneamente nel sistema comunque due norme entrambe valide con riferimento alla stessa situazione di vita; non il

be più alcun significato autonomo l'eventuale rinvio che una (meta-)norma transitoria facesse al contenuto della norma abrogata limitandolo ai fatti pregressi perché, muovendo sempre da quelle premesse, alle stesse conclusioni si dovrebbe giungere già alla stregua della sola norma abrogata.

### 13. *Le deroghe all'art. 11 preleggi. L'art. 2 c.p. e la ratio della "retroattività" delle norme penali "di favore".*

La regola generale della "irretroattività" della norma giuridica, stabilita dall'art. 11 preleggi in funzione del soddisfacimento dell'esigenza politica di garantire la "certezza" del diritto – in particolare, della sua applicazione –, vale sempre che non ci siano altre norme che prevedano *deroghe espresse* al criterio generale di efficacia temporale della norma che, come dice lo stesso art. 11, dispone *solo «per l'avvenire»*. Deroghe che consentono il ritorno alla *ratio* originaria che sta dietro l'accoglimento, sempre alla stregua del diritto positivo (art. 15 preleggi), del criterio della prevalenza della *lex posterior*, ossia l'esigenza di logica politica della prevalenza dell'ultima valutazione operata dal legislatore con riferimento ad una certa situazione di vita; *ratio* che, di per sé, dovrebbe logicamente portare all'applicazione della *lex posterior* a tutti i fatti riconducibili sotto la sua disciplina a prescindere dal momento della loro verifica-

---

"criterio di specialità", posto che le due norme avrebbero, per ipotesi, lo stesso contenuto "materiale"; non il "criterio gerarchico", trattandosi di norme di uguale "rango"; non il "criterio di competenza", essendo entrambe riferibili – per definizione – allo stesso organo di produzione normativa (in ipotesi, il legislatore). *Contra*, nel senso che tra norma "transitoria materiale" e norma "abrogata" (muovendo dal presupposto della sua perdurante applicabilità: *retro*, nota 109) si possono porre «questioni transitorie», coerentemente, G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., pp. 230-231.

prima o dopo l'inizio di esistenza della norma posteriore, che quindi avrebbe un ambito temporale di efficacia “*indefinito*” o, *rectius*, “*illimitato*”. Sempre, ovviamente, che non ci siano ulteriori esigenze politiche di certezza del diritto, come ad es. quella di “definitività” dei rapporti giuridici che costituisce la *ratio* della c.d. “intangibilità” del giudicato, ritenute ancora una volta prevalenti e tali da determinare comunque un limite alla indiscriminata applicabilità dell'ultima valutazione normativa circoscrivendola alle sole situazioni pendenti<sup>149</sup>. In mancanza di limiti temporali di efficacia, una norma potrebbe anche essere qualificata, stipulativamente, come “retroattiva” – conformemente d'altronde a quanto comunemente afferma la dottrina dominante<sup>150</sup> –, purché sia ben chiaro che essa si riferisce non solo ai fatti pregressi ma anche a quelli futuri. Norma veramente “retroattiva”, in senso tecnico, è viceversa solo quella avente ad oggetto di disciplina *esclusivamente* fatti pregressi, come la norma transitoria, espressa o tacita.

Le deroghe espresse alla regola generale dell'irretroattività possono, a loro volta, essere contenute o in disposizioni da cui si ricavano norme di disciplina specificamente rivolte a situazioni di vita determinate (come le norme transitorie) ovvero in disposizioni “generali” concernenti uno o più settori dell'ordinamento giuridico.

La più importante *deroga espressa di carattere generale* all'art. 11 preleggi è, nell'ordinamento italiano, quella contenuta nell'art. 2 c.p., in particolare nei suoi commi secondo e – in

---

<sup>149</sup> È ciò che, come vedremo (*infra*, par. 14), avviene nell'ordinamento italiano con l'art. 2 comma 4 c.p. (*infra*, nota 166).

<sup>150</sup> Con specifico riferimento a quanto stabilito per le norme penali c.d. “favorevoli” dai commi 2 e 4 dell'art. 2 c.p., visti dalla generalità della dottrina penalistica come espressione tipica del “principio di retroattività”, vedi *infra*, nota 158.

parte – quarto (già terzo), articolo avente ad oggetto le disposizioni “generalì” sulla «*Successione di leggi penali*». Deroga che era stata a sua volta derogata, sempre espressamente, per i reati concernenti i tributi verso lo Stato dall’art. 20 legge 7 gennaio 1929, n. 4<sup>151</sup> – anch’esso attualmente abrogato –, che, in quanto “deroga alla deroga”, ripristinava la “regola generale” dell’art. 11 preleggi<sup>152</sup>.

Come accade per l’art. 11, anche dalle disposizioni dell’art. 2 c.p. si ricavano una serie di “metanorme” la cui funzione è individuare l’ambito temporale di “efficacia” delle norme penali (incriminatrici)<sup>153</sup>. Dall’interpretazione sistematica dei

<sup>151</sup> *Retro*, nota 52.

<sup>152</sup> Non importa in questa sede stabilire se la deroga apportata dall’art. 20 alla deroga all’art. 11 preleggi ad opera dell’art. 2 commi 2 e (allora) 3 c.p., concernenti la c.d. retroattività della legge penale più favorevole al reo, fosse totale (come riteneva la dottrina dominante) o solo parziale. Su questo aspetto specifico, si rimanda a M. TRAPANI, *L’art. 20*, cit., spec. pp. 214-217 (vedi anche *retro*, nota 52). In quanto però disposizione “eccezionale-derogatoria” rispetto all’art. 2 c.p. – più esattamente: rispetto alle sole disposizioni che sanciscono la c.d. retroattività “benigna” – l’art. 20, in seguito alla sua abrogazione, ha oggi determinato anche per la particolare materia della successione di leggi penali tributarie la riconducibilità di quest’ultima sotto la disciplina – parzialmente derogatoria rispetto all’art. 11 preleggi – dell’art. 2 c.p. nella sua totalità.

<sup>153</sup> Si ricordi, a questo proposito, come, potendo la successione di norme avere ad oggetto *anche* le c.d. “metanorme”, ossia le norme sulle norme (= sull’applicabilità di altre norme), anche per esse vigano i principi generali, *in primis* quello di “irretroattività” (salvo espressa previsione contraria da parte del legislatore). Occorre infatti osservare come, nel caso in cui la successione interessi “metanorme” che dettano, in tutto o in parte, una disciplina “speciale”/derogatoria rispetto all’art. 11 preleggi, come ad es. è già storicamente accaduto per la materia penale con l’abrogazione espressa dell’art. 20 legge n. 4/1929, disposizione che prevedeva una disciplina “eccezionale” rispetto a quella stabilita nei commi 2 e 4 dell’art. 2 c.p. (*retro*, nota 52), non si

primi quattro commi dell'art. 2 c.p.<sup>154</sup> si evince che le norme penali hanno un ambito di efficacia temporale diversificato: solo rivolte al futuro, e quindi “irretroattive”, quelle c.d. “di sfavore”; rivolte *anche* al passato, e quindi anche ai fatti pregressi, quelle c.d. “di favore”<sup>155</sup>. Regola generale della “irre-

---

potrebbe comunque fare riferimento all'art. 2 c.p. in quanto deroga all'art. 11 preleggi posto che, come vedremo (*infra*, par. 14-16), le disposizioni previste da questo articolo hanno ad oggetto solo ipotesi di successione di norme di cui *almeno una* sia penale incriminatrice. Con la conseguenza che, laddove si tratti di successione di “metanorme” *anche* in materia penale, l'unica disposizione applicabile è allora quella dell'art. 11 preleggi.

<sup>154</sup> Art. 2 c.p.: «1. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. 2. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. 3. Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135. 4. 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. (...)». Non è inutile qui ricordare che il riferimento esplicito all'applicazione della “legge”, data la più volte sottolineata ambiguità nell'uso atecnico da parte del legislatore dei termini “legge”, “disposizione” e “norma” quasi fossero sinonimi (*retro*, par. 1), deve essere in questa sede, più propriamente, inteso come applicabilità della “disciplina” prevista dalla “norma” (da intendere quale “regola di giudizio”: vedi M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., *passim*), a seconda dei casi, valida (e quindi esistente) al momento della commissione del fatto di reato o successivamente.

<sup>155</sup> Un delicato problema, anche dal punto di vista delle sue conseguenze pratiche, si presenta per le norme c.d. “ripetitive” nel settore penale dell'ordinamento laddove, sulla base dell'orientamento di una accreditata dottrina (L. FERRAJOLI, *Una proposta riformatrice: la riserva di codice*, in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, *passim*, spec. par. 3), che ha poi recentemente portato all'espressa introduzione di una “riserva di codice”



---

nell'art. 3-*bis* c.p. (*retro*, nota 49), una fattispecie incriminatrice prevista da una norma ricavabile da una legge c.d. "speciale" (ai sensi dell'art. 16 c.p.) venga *trasferita senza modifiche* nel codice penale attraverso una disposizione che si potrebbe definire "*aggiuntiva*" (del tipo: «Dopo l'articolo *x* è inserito il seguente»). Con riferimento, infatti, all'ambito di "efficacia", e quindi di "applicabilità", di norme relativamente alle quali, in caso di successione, vi-ge espressamente il principio di retroattività della disciplina "più favorevole", ci si deve allora chiedere quali siano le "metanorme" applicabili e dunque alla stregua di quale norma incriminatrice debba essere chiamato a rispondere il soggetto che abbia realizzato il fatto di reato nel periodo di validità, e quindi di esistenza, della norma abrogata. Contrariamente a quanto potrebbe apparire a prima vista, *nessuna* delle disposizioni di cui si compone l'art. 2 c.p. sarebbe in questo caso direttamente applicabile: non il comma 1, perché, in caso di norma incriminatrice abrogante meramente ripetitiva, il fatto «secondo la legge del tempo in cui fu commesso» costituiva pur sempre reato (di più: strutturalmente lo *stesso* reato); non il comma 4, considerando che la norma successiva non è né meno né più favorevole dell'abrogata, prevedendo, in quanto ripetitiva, un trattamento sanzionatorio esattamente uguale a quello della norma abrogata.

Se dunque, con riferimento alle situazioni pregresse, non è applicabile nessuna delle metanorme derogatorie ricavabili dall'art. 2 c.p., ne consegue inevitabilmente il ritorno alla regola generale dell'art. 11 preleggi: nel senso che, se la nuova norma, sia pure meramente ripetitiva, vale solo per l'avvenire, per i fatti di reato commessi in precedenza, dalla stessa disposizione dell'art. 11, in combinato con la disposizione dell'art. 15 preleggi, con quella che introduce la nuova norma incriminatrice meramente ripetitiva di quella abrogata e con la disposizione che prevede la norma abrogata, oltre alla norma "di" abrogazione, si deve ricavare implicitamente anche una *nuova norma incriminatrice* dal "contenuto" corrispondente a quello della norma abrogata (*retro*, par. 11) e applicabile ai soli fatti realizzati durante il periodo della validità/esistenza di quest'ultima. Dal "rinvio recettizio" della nuova norma all'intera "disciplina" della norma abrogata discende a sua volta che ai fatti pregressi debba applicarsi l'*intero* "*statuto giuridico penale*" – sostanziale, processuale e penitenziario – *vigente al momento della realizzazione del fatto di reato ivi ipotizzato*; momento che costituisce allora, ad es., anche il *dies a quo* per la decorrenza del termine per la prescrizione del reato o per la decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare. Il che sarebbe congruente, tra l'altro,

troattività” delle norme penali c.d. “di sfavore”<sup>156</sup>, costituzionalizzata dall’art. 25 comma 2 Cost.<sup>157</sup> (unico caso espresso, nell’ordinamento italiano, di costituzionalizzazione del principio di irretroattività). “Irretroattività” delle norme penali “sfavorevoli” e “retroattività” delle norme penali “di favore”<sup>158</sup>,

---

col “principio generale” desumibile dall’intero art. 2 c.p. specificamente per la materia penale, secondo cui “nessuno può essere sottoposto ad un trattamento più severo di quello vigente al momento della commissione del fatto di reato”. Principio di “garanzia” della libertà personale che sta anche alla base della *ratio* del divieto di retroattività della legge penale più severa ad opera dell’art. 25 comma 2 Cost.; il che impedisce pertanto di ritenere violata questa disposizione in caso di applicazione retroattiva di una norma penale incriminatrice meramente ripetitiva di una precedente incriminazione per i fatti di reato realizzati prima della sua validità/esistenza (ciò argomentando *a fortiori* rispetto alla “non incostituzionalità” della “punizione” da parte di una norma penale incriminatrice per fatti anteriormente commessi se “più favorevole” ai sensi dell’art. 2 comma 4 c.p.: *infra*, par. 16; vedi anche note 193 e 194).

<sup>156</sup> Sottolinea correttamente come la “irretroattività della legge penale”, più che mero “principio”, sia «vera e propria regola» giuridica M. GALLO, *Postille*, cit., pp. 26-27.

<sup>157</sup> Art. 25 comma 2 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Evidenzia la circostanza che «la limitazione [alla materia penale] è di stampo e vigore prescrittivo, come tendenza l’art. 25 si proietta oltre il penale», M. GALLO, *Postille*, cit., p. 32.

<sup>158</sup> Occorre ancora una volta sottolineare come l’affermazione, pur generalizzata nella dottrina penalistica (per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, VII ed., 2018, p. 121 ss.), secondo cui le norme penali “favorevoli” al reo hanno *tout court* “efficacia retroattiva”, non è, dal punto di vista della teoria generale, propriamente corretta, dal momento che dette norme si applicano *anche* – ma *non solo* – ai fatti pregressi (e quindi già necessariamente qualificati da altre norme, abrogate). Non rilevando dunque tra gli elementi significativi della loro capacità qualificatoria il momento di verifica del fatto di reato da esse ipotizzato – se prima o dopo la entrata in

da ritenere comunque *principi vincolanti* per il legislatore ordinario *ex art. 117 comma 1 Cost.*<sup>159</sup> in quanto, rispettivamente, previsti dagli artt. 7 comma 1 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU) e 15 comma 1 Patto internazionale sui Diritti civili e politici<sup>160</sup>.

---

vigore delle disposizioni da cui vengono tratte in via di interpretazione –, si deve allora più correttamente concludere che, in realtà, dette norme hanno un ambito di efficacia temporale “illimitato” (e quindi “indefinito”). Come abbiamo visto, infatti (*retro*, par. 9), retroattive in senso proprio sono esclusivamente le norme che hanno ad oggetto di qualificazione *solo* fatti pregressi (e non anche futuri). E sarebbe logicamente una vera e propria contraddizione in termini sostenere che una medesima norma sia, nello stesso tempo, irretroattiva perché guarda al futuro e, contestualmente, retroattiva applicandosi anche ai fatti pregressi.

<sup>159</sup> Art. 117 comma 1 Cost.: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario [oggi: dall'Unione europea] e dagli obblighi internazionali».

<sup>160</sup> Art. 7 comma 1 CEDU: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». Dopo aver ribadito – quasi testualmente – questa disciplina, l'art. 15 comma 1, ultima parte, Patto internazionale sui Diritti civili e politici va oltre disponendo che, «Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne». In quest'ultima direzione si muove anche l'art. 49 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, a tenore del quale «Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima». *Unica eccezione*, “ragionevole” e quindi costituzionalmente legittima (M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 101-102), al principio della “retroattività” delle norme penali “di favore” – con un ritorno quindi alla regola generale della irretroattività – è quella stabilita nell'art. 2 comma 5 c.p. per le leggi penali “eccezionali” o “temporanee”, posto che è «la natura stessa» di

Quanto alla *ratio* che ha indotto il legislatore a derogare, per le norme penali “di favore”, alla regola generale della irretroattività, le diverse esigenze che sono state prospettate – di “giustizia” sostanziale, di “uguaglianza”, di *favor rei*<sup>161</sup> – a ben ve-

---

queste leggi «ad impedire che si applichino a fatti non commessi sotto la loro vigenza» (ID., *Postille*, cit., pp. 46-48; vedi anche *retro*, nota 36). Una distinzione assolutamente irrazionale tra norme “favorevoli” (conformi a Costituzione) e norme “di favore” (incostituzionali per contrasto col principio di “uguaglianza”, con conseguente possibile declaratoria di incostituzionalità anche *in malam partem* laddove si tratti di «norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comuni»), in quanto sostanzialmente impraticabile, non potendosi logicamente individuare un criterio sufficientemente determinato e univoco per distinguere le due situazioni (ciò anche prescindendo dalla violazione del principio della “riserva assoluta di legge” in materia penale), è stata viceversa effettuata dalla Corte costituzionale con la sentenza 8 novembre 2006, n. 394. Un’analoga impossibilità logica di distinzione è poi quella, sempre proveniente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito della portata – ritenuta “non assoluta” – del divieto di “responsabilità oggettiva” discendente dall’art. 27 comma 1 Cost., tra gli «elementi più significativi della fattispecie» («che non possono non essere “coperti” almeno dalla colpa dell’agente») e quelli che non lo sono (che ben potrebbero essere imputati anche oggettivamente) (Corte cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, punto 12); distinzione poi specificata in quella tra «elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie» ed «elementi estranei alla materia del divieto», ossia all’“offesa” contenuto del reato (Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, punto 5). Così come altrettanto insostenibile logicamente è la distinzione, questa volta operata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione seguita sul punto dalla maggioranza della dottrina penalistica, tra norme extrapenali “integrative” e “non integrative” del precepto penale ai fini della delimitazione dell’ambito applicativo dell’art. 47 comma 3 rispetto a quello dell’art. 5 c.p. (sul punto si vedano le lucide considerazioni di M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 396-400).

<sup>161</sup> Ravvisa la *ratio* della retroattività della legge penale “favorevole”, non nel *favor rei*, ma in una «esigenza di giustizia» F. CARNELUTTI, *Retroattività*

dere possono essere tutte ricondotte a quell'esigenza di "logica politica" che sta dietro la "prevalenza" della *lex posterior* che, in quanto portatrice dell'ultima valutazione normativa di una certa situazione di vita sentita come "giusta" in un determinato momento storico, dovrebbe, di per sé considerata, portare alla (normale) "efficacia" della norma "abrogante" senza limiti temporali e dunque anche nei confronti dei fatti pregressi<sup>162</sup>.

---

*penale*, cit., p. 61; ID., *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in ID., *Questioni sul processo penale*, cit., p. 191, laddove poi opera un corretto collegamento tra il concetto di "giustizia" e il "principio di uguaglianza" (criticando «il carattere nettamente superstizioso del *favor rei*»: p. 193).

<sup>162</sup> Proprio muovendo da considerazioni analoghe a quelle del testo sull'esigenza di "opportunità politica" di applicare sempre l'ultima disciplina in quanto politicamente sentita come la più "giusta", il principio di irretroattività, visto quale "deroga" alla "regola" della retroattività – meglio: alla efficacia temporale "indefinita" – come momento logico della norma (*retro*, par. 11), è stato sottoposto a forte critica addirittura anche per la materia penale da F. CARNELUTTI, *Retroattività penale*, cit., *passim*, spec. p. 61, che, sul punto, riprende sostanzialmente le considerazioni già autorevolmente svolte in precedenza da C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, Pisa, Nistri, 1869, *passim*, secondo cui «La dottrina della retroattività delle leggi penali, quale è oggi universalmente ricevuta, non proviene da sole necessità razionali, ma eziandio da pratici riguardi, sia di equità, sia di politica prudenza» (p. 262). Retroattività della nuova legge che, secondo i «principi fondamentali della filosofia penale», dedotti «dalla ragione e dallo scopo della pena», pena vista anzitutto quale «esigenza dell'ordine morale», avrebbe dovuto caratterizzare sia le norme "di favore" che quelle "sfavorevoli"; norme penali "di sfavore" che, viceversa, solo nei tempi moderni «per gravi ragioni di politica prudenza» sono state definitivamente sottratte al logico ambito applicativo del «principio della retroattività di tutte quante le nuove leggi penali»; «eccezioni» tuttavia «dimostrabili con pratici riguardi ai pericoli ed alle necessarie guarentigie della civile libertà, ma in questo modo pienamente e incrollabilmente giustificati» (pp. 310-316). Per cui, come riassume Carnelutti riprendendo Gabba, «non tanto la retroattività della legge più tenue quanto la irretroattività della legge più grave rappresenta una conces-

Piuttosto, considerando che il sistema penale è dominato dal principio del *favor libertatis*, costituzionalmente sancito nell'ordinamento italiano dall'art. 13 Cost.<sup>163</sup> – di cui i principi di “sussidiarietà”, *extrema ratio* di tutela e “frammentarietà” delle incriminazioni costituiscono espressioni particolari –, le metaforme ricavabili dall'art. 2 c.p. che stabiliscono, rispettivamente, la irretroattività delle norme “sfavorevoli” e la retroattività di quelle “favorevoli”<sup>164</sup> potrebbero essere viste non solo in rapporto di “regola-eccezione” (= “regola” la irretroattività, conformemente a quanto disposto in via generale dall'art. 11 preleggi, “eccezione” la retroattività), ma anche come espressione di due sottoprincipi “equiordinati”, manifestazioni specifiche dell'unico principio “generale” del *favor libertatis*: nel senso che, se regola è la libertà personale (dichiarata esplicitamente “inviolabile” dalla Costituzione), debbono essere sempre applicate quelle norme che, sia pure da direzioni opposte, retroattivamente o irretroattivamente, vadano comunque a favore dell'imputato/condannato, “ampliando” la sua “sfera di libertà”. Tale *favor* può anzi spingersi fino ad estendere eccezionalmente la regola della retroattività “benigna” anche oltre il “giudicato”, travolgendone gli effetti, come avviene in

---

sione fatta dalla logica alla pratica, *propter aliquam utilitatem*» (F. CARNELUTTI, *Retroattività penale*, cit., p. 57).

<sup>163</sup> Art. 13 Cost.: «1. La libertà personale è inviolabile. 2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. (...)».

<sup>164</sup> Evidenzia correttamente come, anche sotto la vigenza dello Statuto Albertino, «non v'è dubbio che il disposto dell'art. 2 c.p., concernendo fondamentali diritti di libertà, fosse costituzione in senso sostanziale, vale a dire precetto regolatore del perimetro della legittimità dell'ordinamento», M. GALLO, *Postille*, cit., p. 41.

caso di c.d. *abolitio criminis* (art. 2 comma 2 c.p.)<sup>165</sup>; ma a sua volta, in quanto eccezione, esclusivamente nei “limiti logici” dello stesso *favor libertatis* e quindi dei soli “effetti penali” della condanna (sul punto, vedi *amplius infra*, par. 16).

#### 14. *I tre casi di successione di norme penali.* a) *La modifica del trattamento sanzionatorio.*

In caso di successione di norme che prevedono una diversa regolamentazione per la stessa fattispecie di reato, situazione prevista dall’art. 2 comma 4 (già comma 3) c.p.<sup>166</sup>, in seguito all’abrogazione abbiamo, come di regola, la revoca della validità/esistenza della norma abrogata e la presenza nel sistema di due norme, entrambe valide/esistenti e cronologicamente posteriori rispetto alla norma abrogata: la norma c.d. abrogante, contenente la nuova (e diversa) disciplina, e una norma corrispondente come contenuto, per effetto del rinvio, alla norma abrogata, ma ad ambito temporale di efficacia limitato ai fatti pregressi.

La particolarità della deroga rispetto all’art. 11 preleggi è che la metanorma che si ricava dall’art. 2 comma 4 – che stabilisce

---

<sup>165</sup> Art. 2 comma 2 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali».

<sup>166</sup> Art. 2 comma 4 c.p.: «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». La stessa regola è sostanzialmente affermata anche dagli artt. 15 comma 1 Patto internazionale sui Diritti civili e politici e 49 comma 1 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea, disposizioni di trattato internazionale (o aventi lo stesso valore giuridico) in quanto tali vincolanti per il legislatore italiano ex art. 117 comma 1 Cost. (*retro*, par. 13 e nota 160).

l'applicazione, per i fatti pregressi, della disciplina *in concreto* "più favorevole" tra quelle previste dalle norme che si sono succedute dal momento della commissione del fatto di reato a quello del giudizio – non consente di individuare *ex ante* e in modo generale e astratto i rispettivi ambiti temporali di efficacia delle due norme, eliminando *a priori* il loro possibile "conflitto".

A differenza di quanto accade con l'art. 11 preleggi, dove la previsione come regola generale dell'irretroattività della norma c.d. abrogante ne delimita logicamente l'ambito temporale di efficacia ai soli fatti futuri, l'art. 2 comma 4 c.p., stabilendo, al contrario, la "retroattività" della norma c.d. abrogante laddove la sua disciplina risulti in concreto più favorevole per l'imputato, impone di ritenere che questa norma abbia un ambito temporale di efficacia astrattamente non limitato ai soli fatti futuri, ma esteso anche ai fatti pregressi: dunque, "indefinito". Con conseguente sovrapposizione, anche se parziale, del suo ambito temporale di efficacia con quello della norma contenutisticamente corrispondente all'abrogata per quanto riguarda i fatti pregressi. Ciò significa che *tra la norma c.d. abrogante e la norma corrispondente come contenuto alla norma abrogata c'è un vero e proprio "conflitto", in particolare del tipo "totale-parziale", nel senso che tutti i casi che ricadono sotto la norma contenutisticamente corrispondente all'abrogata rientrano anche sotto la norma c.d. abrogante, mentre non è vero il contrario. A differenza dunque di quanto accade con la metanorma ricavabile dall'art. 11 preleggi, che "previene" il potenziale "conflitto" delimitando rigorosamente *a priori* in via generale e astratta i rispettivi ambiti temporali di efficacia della norma c.d. abrogante ai soli fatti futuri e della norma contenutisticamente corrispondente alla norma abrogata ai soli fatti pregressi, la metanorma ricavabile dall'art. 2 comma 4 c.p. consente di individuare la norma applicabile, superando il "conflitto" *effettivamente esistente* solo *ex post* e con riferimento al *singolo* fatto pregresso og-*



getto di giudizio, in seguito ad una valutazione *in concreto* da parte dell'organo di applicazione (il giudice) su quale sia, fra le due discipline, quella "più favorevole" per l'imputato<sup>167</sup>. In caso di successione di norme aventi ad oggetto la stessa ipotesi di reato ma diversamente disciplinata, dunque, l'art. 2 comma 4 c.p. non "previene" – in via generale e astratta – ma, al contrario, "elimina" – *ex post* in concreto – un "conflitto" concernente l'ambito temporale di efficacia delle norme coinvolte.

Ma c'è di più. L'art. 2 comma 4 c.p. infatti, stabilendo che «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», impone di applicare, se in concreto più favorevole, la disciplina anche della c.d. *lex intermedia*, ossia di una norma che non era né quella valida/esistente al momento della commissione del fatto di reato né quella valida/esistente al momento del giudizio in quanto già abrogata<sup>168</sup>. In questo

<sup>167</sup> Sul concetto di "disposizioni più favorevoli" per l'autore del fatto di reato v. M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 91-92; ID., *Postille*, cit., p. 38 ss.

<sup>168</sup> M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., p. 135; ID., *Postille*, cit., p. 37; ID., *Le fonti rivisitate*, cit., pp. 50-51 (che sottolinea come l'applicabilità anche della *lex intermedia*, se più favorevole, varrebbe con riferimento alle vicende previste sia al comma 2 che al comma 4 dell'art. 2, posto che, genericamente, «si parla nel primo di *una* legge posteriore e, nel secondo, delle *leggi posteriori*»). Nel senso che l'art. 2 comma 4, con la relativa retroattività della disciplina più favorevole, ha ad oggetto *anche le regole processuali*, come si ricaverebbe dal riferimento *generico* del disposto alle «*leggi posteriori*», ID., *Diritto penale*, cit., p. 86 (sia pure con particolare riguardo al significato della formula «sentenza irrevocabile»); ID., *Postille*, cit., pp. 42-43. A favore *tout court* dell'applicabilità della disciplina dell'intero art. 2 c.p. anche alle norme processuali F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, cit., pp. 194-198. Estende la portata della formula «punito in forza di una legge» e la connessa garanzia dell'"irretroattività" di cui all'art. 25 comma 2 Cost. anche alle norme processuali che comunque comportano «modifiche riduttive delle garanzie poste a tutela del patrimonio

caso, si deve allora ritenere che, con ambito temporale di efficacia limitato ai soli fatti pregressi, ci siano non una ma tante norme nuove ciascuna contenutisticamente corrispondente, per effetto del rinvio, ad ognuna delle norme, abrogate, che si sono succedute dal momento della commissione del fatto fino all'inizio di validità della norma che ha introdotto l'ultima disciplina. Ciò significa, in ultima analisi e volendo usare una formula riassuntiva in grado di ricomprendere anche le eventuali ipotesi di *leges intermediae*, che in tutti i casi di successione di norme che disciplinano in maniera diversa la stessa fattispecie di reato l'art. 2 comma 4 c.p. impone di ritenere esistenti, accanto all'ultima norma ad ambito temporale di efficacia "indefinito", tante norme contenutisticamente corrispondenti a quante sono le norme che si sono succedute dal momento della commissione del fatto di reato al momento di inizio della validità dell'ultima norma di disciplina e tutte, a differenza di questa, ad ambito temporale di efficacia limitato ai soli fatti pregressi. Proprio la possibilità di applicazione della *lex intermedia* solo se in concreto più favorevole, presupponendo una valutazione *ex post* con riferimento a ciascun fatto storico oggetto di giudizio, con conseguente impossibilità di individuare in via generale e astratta i rispettivi ambiti temporali di efficacia di ciascuna norma, costituisce, da un'altra angolazione particolare, un'ulteriore conferma della inaccogliabilità sul piano teorico-dogmatico della tesi che vede come "effetto" dell'abrogazione la delimitazione cronologica dell'ambito di efficacia temporale della norma abrogata alle situazioni verificatesi durante il periodo della sua esistenza, trattan-

---

giuridico del destinatario del comando» M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., pp. 141-148; ID., *Le fonti rivisitate*, cit., pp. 35-39. Sul concetto di "norma penale reale", «composta da particelle sostanziali e particelle processuali che costituiscono un tutt'uno», ID., *op. ult. cit.*, pp. 24-27.

dosi di teoria che, con ogni evidenza, presuppone necessariamente la possibilità di una netta delimitazione, già in astratto, degli ambiti temporali di efficacia, rispettivamente, della norma abrogata e della norma c.d. abrogante.

Ad ulteriore conferma infine di come i problemi connessi alla dimensione temporale delle norme siano risolvibili solo alla stregua del diritto positivo, occorre ricordare come la possibilità di applicazione “retroattiva” della norma contenente l’ultima disciplina se in concreto più favorevole trova un *limite normativo esplicito* – non importa in questa sede se “ragionevole” o meno – nell’esistenza di una precedente sentenza irrevocabile<sup>169</sup>. Il

---

<sup>169</sup> Salvo il caso, assolutamente marginale, previsto dall’attuale art. 2 comma 3 c.p., a tenore del quale «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135». L’assoluta irragionevolezza, in generale, della preclusione all’applicabilità della (nuova) disciplina più favorevole al reo costituita dalla presenza di una sentenza già passata in giudicato discende, non solo dalla palese disparità di trattamento che in tal modo si determina tra i diversi autori dello stesso tipo di reato commesso nello stesso arco temporale (con violazione quindi dell’art. 3 Cost.), ma anche dalla considerazione che l’applicabilità della disciplina più favorevole finisce, di fatto, per dipendere dalla maggiore o minore celerità del processo che vede coinvolto un certo imputato; che, quindi, in caso di intervento di una sentenza irrevocabile prima dell’esistenza della nuova norma, finirebbe per rispondere penalmente – sia pure in parte – per un fatto “altrui” (il concreto modo in cui gli organi giudicanti hanno adempiuto alla loro funzione di amministrare la giustizia), in palese violazione quindi anche del principio costituzionale di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27 comma 1 della Costituzione italiana. Per l’incostituzionalità di questa disciplina v. M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 86-88, il quale, in particolare, esclude altresì che «il limite della sentenza irrevocabile sia compatibile con la logica della retroattività della disposizione più favorevole» (ritenuta, a sua volta, *direttamente* presidiata dalla garanzia costituzionale dell’art. 25 comma 2 Cost.: *infra*, note 192 e 193); con la conseguen-

che significa che la metanorma dell'art. 2 comma 4 c.p. si applica *solo alle situazioni ancora pendenti*; con un ritorno dunque, nel caso di esistenza di una sentenza irrevocabile, alla metanorma generale dell'art. 11 preleggi (*non* dell'art. 2 comma 1 c.p., dal momento che questa disposizione – come subito vedremo *infra*, par. 15 – fa esclusivo riferimento alla introduzione di una nuova fattispecie di reato e non, come nel nostro caso, alla successione di norme aventi ad oggetto una diversa disciplina di un fatto comunque sempre previsto come reato).

### 15. Segue: b) *La nuova incriminazione. L'esistenza di una norma generale di "liceità penale" implicita.*

Diverso discorso sembrerebbe doversi fare per gli altri due casi previsti sempre dall'art. 2 c.p. rispettivamente nei commi 1 e 2, quelli della nuova incriminazione e dell'abolizione di una incriminazione precedente. In queste ipotesi, sembrerebbe infatti che, contro la stessa lettera della rubrica dell'art. 2, non si abbia, in realtà, alcun fenomeno di «successione di leggi penali» in senso stretto, dal momento che, in entrambi i casi, la vicenda considerata avrebbe ad oggetto *solo una* norma penale incriminatrice<sup>170</sup>.

---

za, allora, che, «per chi legga l'art. 25 Cost. in modo che il terzo [oggi: quarto] comma dell'art. 2 non gli risulti incompatibile, la soluzione adottata dal codice non può non apparire frutto di preoccupazione unita a pigrizia mentale»: ID., *Postille*, cit., pp. 43-44; ID., *La regola e il giudizio*, cit., pp. 136-137.

<sup>170</sup> Così M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, Giuffrè, 2004, 3<sup>a</sup> ed., p. 54, che, con specifico riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sottolinea come «la rubrica [dell'art. 2 c.p.], alludendo in termini generali ad una successione di leggi nel tempo, risulti quanto al co. 1° eccessiva: a rigore, infatti, *non si ha qui una succes-*

Con riferimento in particolare all'art. 2 comma 1 c.p.<sup>171</sup>, si dice addirittura che questa disposizione non prevederebbe né una successione di norme né un caso di abrogazione, posto che si limiterebbe a stabilire che, laddove una norma penale qualifichi come reato un fatto prima penalmente indifferente, quella norma abbia un ambito temporale di efficacia limitato ai fatti futuri e sia quindi "irretroattiva" (ritenendosi qui politicamente prevalenti, come nell'art. 11 preleggi, le esigenze connesse alla "certezza" del diritto). La collocazione di questa ipotesi fra quelle disciplinate dall'art. 2 troverebbe la sua giustificazione, in realtà, solo perché anch'essa fa riferimento a questioni attinenti all'ambito di applicabilità/efficacia di una norma penale, in questo caso incriminatrice *ex novo*; così confermando semmai, ancora una volta, come abrogazione e ambito temporale di applicabilità delle norme – e quindi le meta-norme ricavabili dagli artt. 15 e 11 preleggi – si muovano su piani assolutamente diversi e autonomi.

A ben vedere tuttavia la vicenda descritta dall'art. 2 comma 1 potrebbe essere ricostruita secondo una prospettiva dommatica diversa. Se normalmente ha senso, dal punto di vista della teoria generale, discutere sull'esistenza di una area normativamente "indifferente"<sup>172</sup>, ciò non vale tuttavia laddove, come nel settore penale dell'ordinamento, data l'esistenza del principio di stretta legalità-tassatività delle incriminazioni – oltretutto costituzionalizzato (art. 13 comma 2 Cost., nella parte in cui dispone che «non è ammessa ... restrizione della libertà personale, se non ... *nei soli casi e modi previsti dalla legge*») –,

---

*sione di leggi*, ma soltanto una nuova legge che introduce una fattispecie criminosa prima inesistente» (il corsivo è in grassetto nell'originale).

<sup>171</sup> Art. 2 comma 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato».

<sup>172</sup> *Retro*, nota 66.

*tutto ciò che non è espressamente “vietato” è “permesso” e quindi “penalmente lecito”*. Non potendo dunque teoricamente esistere in materia penale una zona “penalmente indifferente”, se la “regola” è la libertà personale “eccezionalmente” limitata dalle singole norme incriminatrici<sup>173</sup>, si può allora concludere nel senso della esistenza di una *norma “generale” di “liceità penale”*, ricavabile *implicitamente*, sia pure in via di interpretazione sistematica, *a contrario* dalle disposizioni degli artt. 13 commi 1 e 2 e 25 comma 2 Cost., 1 c.p. e 14 preleggi (e quindi “tacita”); norma – “generale esclusiva”, secondo la nomenclatura usata dai teorici del diritto<sup>174</sup> – avente ad oggetto *tutti i possibili comportamen-*

---

<sup>173</sup> Ciò in quanto l’apodosi di qualunque norma penale incriminatrice prevede una sanzione che, in via diretta o indiretta, incide sempre sulla libertà personale dell’autore del reato. Onde si potrebbe logicamente ben sostenere che l’intero corpo delle norme penali incriminatrici costituisca un “diritto di eccezione”, con tutte le conseguenze sul piano applicativo, *in primis* in sede di interpretazione, dove le norme incriminatrici dovrebbero sempre essere interpretate “restrittivamente” cioè nel senso favorevole all’“ampliamento” della sfera di libertà personale dei destinatari. E non mi sembra neppure casuale che, nelle disposizioni che in tutti gli ordinamenti giuridici si occupano dell’interpretazione delle leggi e dei suoi limiti, le norme “penali” siano generalmente affiancate, in sede di disciplina, alle norme “eccezionali”, come avviene nel sistema italiano con l’art. 14 preleggi. Stabilisce infatti detta disposizione, rubricata “*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*”, che «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati». Sul punto si rimanda a M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., par. 5.

<sup>174</sup> Alla stregua del diritto positivo italiano, limitano l’esistenza di una “norma generale esclusiva” al solo settore penale dell’ordinamento, data la presenza *espressa* della regola *nullum crimen, nulla poena sine lege*, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 255 e F. POGGI, *Norme permissive*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 55 ss. (che la definisce senz’altro “norma penale esclusiva”).

In generale, sul concetto di “norma generale esclusiva” v. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., *passim*, spec. p. 28 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale*,

---

cit., pp. 251-257; C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sistemi normativi*, cit., pp. 147-182 (in particolare, con riferimento al contenuto e alle funzioni della «regola di chiusura» del *nullum crimen sine lege*, pp. 178-181); R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pp. 247-250 (secondo cui «la cosiddetta norma generale esclusiva non è affatto una verità necessaria, ma più semplicemente un principio giuridico contingente, eventuale, insomma un principio che è positivamente stabilito solo in alcuni ordinamenti giuridici e/o solo in alcuni settori del diritto»); F. POGGI, *op. ult. cit.*, pp. 50-57 (e, con riferimento specifico alla “norma penale esclusiva”, pp. 57-67); A. FRANCO, *I problemi*, cit., p. 230 ss. A questo proposito, per evitare possibili fraintendimenti, occorre però sottolineare come gli artt. 13 commi 1 e 2 e 25 comma 2 Cost., 1 c.p. e 14 preleggi nel loro contenuto “normativo/precettivo” abbiano come destinatari *direttamente e in modo espresso* solo gli organi dello Stato, in particolare, nel sistema penale, i giudici (quali titolari monopolisti dell’applicazione delle norme penali e delle relative sanzioni: sul punto v. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., par. 4), ai quali, in forza del principio di legalità-tassatività delle incriminazioni, è vietato, in particolare, utilizzare il procedimento analogico (quantomeno *in malam partem*; a mio avviso, detto divieto va esteso anche al procedimento di interpretazione c.d. “estensiva”: M. TRAPANI, *op. ult. cit.*, par. 5). Ricorso all’analogia, come meccanismo espressamente predisposto dal diritto positivo (art. 12 comma 2 preleggi) per colmare le lacune “sostanziali” (*retro*, nota 69), che negli altri settori dell’ordinamento giuridico costituisce oggetto, viceversa, di una norma generale c.d. “inclusiva” (N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 254-257; con la conseguenza che, in presenza di una lacuna, spetta all’organo della decisione la scelta discrezionale, caso per caso, se applicare la norma generale “esclusiva” ovvero quella “inclusiva”, trattandosi di norme, entrambe astrattamente applicabili, che, conducendo ad esiti normativi opposti: *argumentum e contrario* vs. *argumentum a simili*, danno luogo ad una antinomia “reale” nel sistema; per cui, in realtà, la “lacuna” non riguarderebbe il caso oggetto di decisione, ma il *criterio* in base al quale decidere quel caso – lacuna da intendere dunque propriamente come antinomia del metalinguaggio normativo –, operando la scelta tra la norma generale esclusiva o inclusiva, onde comunque l’“incompletezza” dell’ordinamento giuridico). Dalle stesse disposizioni – come detto nel testo – solo *implicitamente* e attraverso il ricorso all’argomento *a contrario* è possibile individuare, *positivamente*, una norma “generale esclusiva” di “liceità penale” che costituisca in capo ai cittadini un “permesso debole”, da

*ti umani, ad eccezione di quelli espressamente “vietati” in quanto costitutivi di reato. Norma di “liceità penale” e non – si sottolinea – dell’intero ordinamento*<sup>175</sup>, posto che i comportamenti ricondu-

---

intendere come mera “libertà” di tenere *tutti* i comportamenti *diversi* da quelli espressamente vietati dalla legge penale (permesso/libertà quindi *non* oggetto di *specifica* valutazione e quindi *tutela* da parte dell’ordinamento e dunque, a mio avviso, da distinguere nettamente dal c.d. “permesso forte”, che si ha viceversa quando esiste una norma giuridica che *espressamente* qualifichi una certa condotta, appunto, come permessa). Contrariamente a quanto spesso si dice, pertanto, non è vero che il “permesso forte” costituisca il contenuto di una norma giuridica *esistente*, mentre il “permesso debole” è quello che discende, al contrario, dalla *manca*za di una norma (che preveda una certa condotta come vietata o comandata: c.d. principio di “proibizione”; così ad es. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pp. 247-250; F. POGGI, *op. ult. cit.*, pp. 29-49, che esclude che il permesso c.d. “debole” dia luogo ad una «qualificazione normativa della condotta»: p. 41), evidenziando quindi una vera e propria “lacuna” nell’ordinamento, posto che *anche* il permesso c.d. “debole” discende comunque dalla *presenza* nel sistema di una vera e propria *norma giuridica*, sia pure *implicita*: quella, appunto, definibile come norma generale “esclusiva” (D. DONATI, *op. ult. cit.*, spec. p. 28 ss.). Norma generale “esclusiva” che, da una prospettiva non di teoria generale *ma di stretto diritto positivo*, esiste *in ogni settore dell’ordinamento giuridico*: per cui abbiamo una norma generale esclusiva di liceità penale, una di liceità civile, una di liceità amministrativa, ecc. In questo senso C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *op. ult. cit.*, p. 181, secondo i quali la «regola di chiusura» *nullum crimen sine lege* «potrebbe dunque essere riformulata nei seguenti termini: “Tutto ciò che non è penalmente vietato (vietato secondo il diritto penale), è penalmente permesso (permesso secondo il diritto penale)”. Il fatto che un’azione sia penalmente permessa significa che la sua commissione non comporta sanzioni penali; *ma non esclude affatto che essa possa essere vietata da una qualche norma di diverso tipo*» (corsivo mio).

<sup>175</sup> L’esistenza di “norme autonome di liceità dell’intero ordinamento” aventi come contenuto le c.d. “cause di giustificazione” è affermata, nella dottrina penalistica, da quegli autori che, nell’analisi della struttura del “reato”, sostengono la teoria della c.d. “tripartizione”, secondo cui la “qualifica” di un fatto corrispondente al “tipo” di un reato come “antigiuri-



cibili sotto la sua fattispecie (ossia il suo ambito “materiale” di applicabilità) ben potrebbero essere rilevanti alla stregua di *altri* settori dell’ordinamento giuridico, anche in termini di illiceità o come fatti comunque produttivi di responsabilità.

Ciò significa che anche la disposizione dell’art. 2 comma 1 c.p. – come afferma esplicitamente la rubrica dello stesso articolo – prevede una vera e propria ipotesi di “successione di norme *penali*”, avendo anche la norma generale di “liceità” *natura “penale” stricto sensu*, posto che la sua “funzione specifica” è *qualificare penalmente* certi fatti sia pure “*in negativo*”, affermandone la “*non* rilevanza penale” come reati. Qui la relazione di successione si ha tra una norma “generale” (di liceità penale) e una norma “speciale” posteriore (incriminatrice *ex novo*); norme che, per definizione, svolgono una funzione di qualificazione diversa, anzi opposta. Ciò determina un quadro senz’altro più complesso: posto infatti che attraverso la introduzione nel sistema della norma incriminatrice A<sup>1</sup> avente ad oggetto il fatto di reato a<sup>1</sup> questo stesso fatto a<sup>1</sup> è conseguentemente *sottratto* all’ambito “materiale” di efficacia della norma generale di liceità penale A, dalla disposizione da cui si ricava la (nuova) norma incriminatrice A<sup>1</sup> – in combinato con

---

ridico” dipenderebbe dall’assenza di cause di giustificazione e quindi dal suo rapporto di contraddizione con l’intero ordinamento giuridico. Al contrario, la presenza di una causa di giustificazione comporterebbe la “liceità assoluta” del fatto come conseguenza della “prevalenza” della “norma di liceità” che la prevede (norma che può essere ubicata in qualsiasi luogo/ settore dell’ordinamento e che autorizza o impone la realizzazione di un fatto penalmente rilevante) in quanto “speciale” rispetto alla “norma incriminatrice”. Per tutti, v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 277-279. Non è questa ovviamente la sede per una adeguata e rigorosa critica di questa teoria. Sulla riconducibilità delle c.d. “scriminanti” sotto la categoria delle “norme permissive”, in una prospettiva di teoria generale, v. F. POGGI, *Norme permissive*, cit., p. 58 ss.

la disposizione dell'art. 2 comma 1 c.p. – si deve, *implicitamente*, ricavare, da un lato, una norma “di” abrogazione della norma di liceità penale A (che non può logicamente più esistere avendone la norma incriminatrice A<sup>1</sup> modificata la fattispecie), dall'altro, la contestuale introduzione di una (nuova) norma generale di liceità penale B, avente ad oggetto tutti i fatti previsti dalla norma di liceità penale A, abrogata, *eccetto* il fatto a<sup>1</sup>. Norma generale di liceità penale B il cui ambito temporale di efficacia sarà individuato, secondo le regole generali, dalla metanorma ricavabile dall'art. 11 preleggi (non è viceversa qui applicabile una delle metanorme ricavate dall'art. 2 c.p., posto che questa disposizione si riferisce, esplicitamente, solo ad una successione di norme di cui *almeno una* sia penale *incriminatrice*). Ciò significa che, avendo la norma di liceità penale B un ambito temporale di efficacia limitato ai fatti futuri, sarà logicamente necessario ipotizzare – sempre alla stregua dell'art. 11 preleggi (vedi *retro*, par. 11) – l'introduzione nel sistema di un'altra norma di liceità penale C *di contenuto “materiale” corrispondente* a quello della norma di liceità A, abrogata, *ma limitata ai fatti pregressi* (quindi ad efficacia retroattiva *stricto sensu*). Quanto al fatto di reato a<sup>1</sup>, dalla disposizione dell'art. 2 comma 1, che stabilisce che la norma penale incriminatrice A<sup>1</sup> ha un ambito temporale di efficacia *limitato ai fatti a<sup>1</sup> futuri*, si deve altresì logicamente desumere – parallelamente a quanto accade con la disposizione dell'art. 11 preleggi – che, per i fatti a<sup>1</sup> pregressi, è applicabile retroattivamente la (nuova) norma di liceità penale C contenutisticamente corrispondente, come abbiamo visto, alla – abrogata – norma di liceità penale A sotto la quale era riconducibile il fatto a<sup>1</sup> al momento della sua commissione.

## 16. Segue: c) *La abolitio criminis e la norma generale di "liceità penale"*.

Analogo discorso, *mutatis mutandis*, può infine essere fatto per la c.d. *abolitio criminis* disciplinata dall'art. 2 comma 2 c.p.<sup>176</sup>. La vicenda qui considerata, esattamente opposta rispetto a quella ipotizzata dal comma 1, fa riferimento al caso in cui, in genere con dichiarazione espressa del legislatore (contenuta o in una disposizione abrogativa espressa "secca" o in una disposizione "sostitutiva", quando ad es. si muta la qualificazione di un illecito da penale in amministrativo "depenalizzandolo"), viene abrogata una norma penale incriminatrice. Qui c'è dunque, specularmente rispetto a quanto pre-

---

<sup>176</sup> Art. 2 comma 2 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali». Rimane impregiudicata, in questa sede, la risposta al quesito – relevantissimo soprattutto sul piano pratico – se la disciplina dell'art. 2 comma 2 c.p. si applichi solo ai casi di "abolizione" di una fattispecie incriminatrice "astratta" (c.d. *abolitio criminis* in senso proprio) ovvero anche ai casi in cui il fatto realizzato, per una vicenda di successione di leggi che non tocca però direttamente la figura astratta del reato, non appaia più "in concreto" penalmente rilevante (perché, ad es., è stata abrogata, e magari sostituita con un'altra che ne restringe la portata, la norma che costituisce il parametro di qualificazione di un elemento c.d. "normativo" della fattispecie incriminatrice: si pensi al caso della calunnia – *infra*, nota 183 – avente, in concreto, ad oggetto un reato poi "depenalizzato"). A favore di quest'ultima interpretazione (correttamente a mio avviso, comportando un ampliamento della "sfera di libertà personale") M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 80 e 88-89. *Contra*, per l'inapplicabilità dell'art. 2 comma 2 c.p. nel caso di modificazioni c.d. "mediate" della fattispecie incriminatrice come conseguenza della successione di norme di qualificazione di "elementi normativi" G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 131-134.

visto nell'art. 2 comma 1, una successione tra una norma "speciale" (incriminatrice) e una norma "generale" posteriore (di liceità penale). Una volta abrogata la norma (speciale) incriminatrice A<sup>1</sup>, *ampliandosi* l'area di liceità penale al fatto a<sup>1</sup> prima escluso in quanto costitutivo di reato, la norma generale di liceità penale A non può logicamente più esistere avvenendo l'abrogazione della norma incriminatrice A<sup>1</sup> modificato l'ambito "materiale" di applicabilità. Ciò comporta, sul piano di una corretta ricostruzione dommatica, che dalla disposizione abrogatrice da cui si ricava la norma "di" abrogazione della norma incriminatrice A<sup>1</sup>, in combinato con la disposizione dell'art. 2 comma 2 c.p., si deve altresì ricavare, *implicitamente*, da un lato, una norma "di" abrogazione della norma generale di liceità penale A, dall'altro, una (nuova) norma generale di liceità penale B, avente ad oggetto tutti i fatti previsti dalla norma di liceità penale A, abrogata, *più* il fatto a<sup>1</sup>.

Norma generale di liceità penale B che avrà un ambito temporale di efficacia "indefinito"<sup>177</sup>, secondo quanto disposto, in deroga alla regola generale dell'art. 11 preleggi, dall'art. 2 comma 2 c.p. (e, a differenza – come abbiamo visto: *retro*, par. 14 – di quanto stabilito dal comma 4 dello stesso art. 2, in via generale e astratta). Ciò significa che sotto la nuova norma generale di liceità penale B ricadranno non soltanto i fatti a<sup>1</sup> futuri ma *anche* quelli pregressi, già costitutivi di reato secondo la norma incriminatrice A<sup>1</sup> abrogata, fatti nei cui confronti la norma B avrà dunque – come impropriamente si esprime in genere la dottrina penalista – efficacia "retroattiva"<sup>178</sup>, addirittura – come pure spesso si dice – "iperretroatti-

---

<sup>177</sup> *Retro*, par. 13.

<sup>178</sup> Su questo, seppure assai diffuso – specie nella dottrina penalistica –, uso terminologicamente improprio dell'aggettivo "retroattivo", vedi *retro*, par. 9 e nota 158.

va”<sup>179</sup> (o a “retroattività estrema”), dal momento che travolge *anche gli effetti penali del giudicato*.

Questa ricostruzione analitica del fenomeno della c.d. *abolitio criminis*<sup>180</sup> consente altresì di dare una risposta al delicato problema se la (nuova) valutazione di liceità “penale” del fatto a<sup>1</sup> (in conseguenza della revoca di validità della norma incriminatrice A<sup>1</sup> e della contestuale introduzione della norma generale di liceità penale B, comprensiva della categoria dei fatti a<sup>1</sup> e ad ambito temporale di efficacia “indefinito”) comporti le stesse conseguenze sia con riferimento ai fatti pregressi che ai fatti futuri, non solo dal punto di vista penale della “non punibilità” dei loro autori, ma anche alla stregua della rilevanza data al fatto a<sup>1</sup> nella sua – precedente – qualità di “reato” da altre norme appartenenti a settori dell’ordinamento giuridico *diversi* dal penale. Infatti, se, secondo il diritto italiano vigente, la norma di liceità “penale” sotto cui ricondurre il fatto a<sup>1</sup> è *unica*, valendo sia per i fatti futuri che pregressi, dal punto di vista della teoria generale, al contrario, nulla potrebbe impedire a ciascun ordinamento giuridico storicamente dato, sulla base di proprie valutazioni di opportunità politica, di disciplinare le due situazioni, pregresse e future, in maniera in tutto o in parte diversa non solo nella prospettiva squisitamente penale della vicenda punitiva (ad es., escludendo la retroattività della legge più favorevole, ritenendosi preferibile privilegiare comunque

---

<sup>179</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, cit., p. 346; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 178.

<sup>180</sup> Ricostruzione condotta alla stregua della disciplina prevista dal codice penale italiano, ma secondo cadenze argomentative estendibili anche agli altri ordinamenti giuridici positivi (almeno quelli appartenenti alla tradizione giuridica occidentale), data la sostanziale identità del quadro normativo di riferimento (che prevede ormai, praticamente ovunque, la c.d. “retroattività” della “legge” penale più favorevole al reo).

istanze di “certezza” del diritto piuttosto che di “garanzia” della libertà personale)<sup>181</sup>, ma anche a seconda degli altri settori del medesimo ordinamento giuridico, *diversi dal penale*, in cui la qualificazione del fatto a<sup>1</sup> come reato viene in evidenza.

Trattandosi dunque, ancora una volta, di una questione di stretto diritto positivo, credo che, con riferimento al sistema italiano vigente, la risposta al quesito sulla – eventuale – diversa rilevanza di un fatto in precedenza qualificato come reato a seconda dei diversi settori dell’ordinamento giuridico in cui viene in considerazione debba essere affermativa già alla stregua di una corretta lettura proprio dell’art. 2 comma 2 c.p. Se infatti la – nuova – norma generale di liceità (penale) B, togliendo *tout court* al fatto a<sup>1</sup> la qualifica astratta di reato, impedisce che quel fatto possa integrare *in futuro* qualunque fattispecie, *penale e non*, di cui l’esistenza di un “reato” è elemento costitutivo, come ad es. accade per le fattispecie di responsabilità civile restitutoria e risarcitoria da reato di cui all’art. 185 c.p.<sup>182</sup> o per il delitto di calunnia<sup>183</sup>, è però altrettanto chiaro

---

<sup>181</sup> Sempre, ovviamente, che il singolo ordinamento giuridico positivo non elevi *espressamente* a rango “costituzionale” anche la regola della “retroattività della legge penale più favorevole”, rendendola quindi – laddove si sia in presenza di costituzione “rigida”, come accade nell’ordinamento italiano (*retro*, par. 13) – “immodificabile” dallo stesso legislatore ordinario.

<sup>182</sup> Art. 185 c.p.: «*Restituzioni e risarcimento del danno* – 1. *Ogni reato* obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. 2. *Ogni reato*, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

<sup>183</sup> Art. 368 c.p.: «*Calunnia* – Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all’Autorità giudiziaria o ad altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, incolpa di un *reato* taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni. (...)».

come, con riferimento alle *situazioni pregresse*, la stessa norma, essendo la sua qualificazione di liceità (ad efficacia temporale "indefinita") riferibile solo alla rilevanza strettamente penale-criminale dei fatti ivi previsti (posto che l'art. 2 comma 2 c.p. si riferisce, esplicitamente, solo alla "non punibilità" di chi li commette), non tocchi, al contrario, gli effetti giuridici, già prodotti, discendenti da *altre* norme di natura *non penale*. Così, essendo ad es. la disposizione dell'art. 185 c.p. di natura civile (ma il discorso si potrebbe ripetere per qualsiasi altra disposizione, non penale, che prevedesse fra gli elementi costitutivi della sua fattispecie un fatto qualificabile come reato)<sup>184</sup>, una volta che

---

<sup>184</sup> Siamo qui in presenza di quel fenomeno – ben conosciuto dalla dottrina penalistica, ma che in realtà interessa ogni settore dell'ordinamento giuridico – dei c.d. "elementi normativi", ossia di quegli elementi, appartenenti alla struttura di una fattispecie, per la cui individuazione e comprensione è necessario passare attraverso la qualificazione operata da norme – giuridiche e non – *diverse* da quella che prevede la fattispecie cui l'elemento normativo appartiene. Così, ad es., per intendere il significato del termine "altruità" della cosa nel delitto di furto, occorre fare riferimento alle norme del diritto civile che disciplinano il trasferimento della proprietà delle cose mobili. Così come, al contrario, per intendere il significato del termine "reato" nelle fattispecie di responsabilità civile di cui all'art. 185 c.p., occorre fare riferimento a tutti i fatti qualificati come illeciti penali sulla base delle norme incriminatrici che compongono il sistema. In particolare, in tutti i casi in cui è la norma penale a qualificare l'elemento normativo previsto da altre fattispecie di responsabilità di natura giuridica *diversa dalla penale* (civile, amministrativa, ecc.), è evidente come per esse si ritorni, in tema di ambito temporale di efficacia, alla regola generale della "irretroattività" di cui all'art. 11 preleggi. Qui però il problema, in modo esattamente speculare a quello della successione di norme extrapenali che costituiscono il parametro di qualificazione di un elemento normativo del fatto di reato (*retro*, nota 176), è complicato dalla circostanza che non c'è, direttamente, successione di norme aventi ad oggetto una fattispecie di responsabilità extrapenale, che prevede come elemento normativo un fatto di reato, nella sua dimensione "astratta", ma solo nella sua applicabilità

le norme da questa ricavabili abbiano già operato la loro qualificazione al momento della commissione del fatto, ossia quando questo era (previsto dalla legge come) reato<sup>185</sup>, determinando il sorgere dei relativi effetti restitutori o risarcitori, occorrerebbe un'ulteriore norma, sempre di natura civile (o quantomeno ad effetti anche civili), che, in conseguenza della perdita *ex post* della qualifica di reato di un elemento che ha integrato una delle fattispecie di responsabilità civile, eliminasse anche gli effetti civili già prodotti<sup>186</sup>. Questa conclusione trova esplicita conferma, già a livello di diritto positivo, nell'ultima parte dell'art. 2 comma 2 c.p., secondo cui la qualificazione di liceità del fatto travolgerebbe in caso di condanna irrevocabile solo gli "effetti penali" del giudicato, *lasciando conseguentemente sussistere la qualificazione del fatto come reato per tutti gli effetti diversi da quelli penali*<sup>187</sup>, *in primis* per quelli civili come il risarcimento del danno non patrimoniale e la durata della prescrizione della azione civile da reato (art. 2947 comma 3 c.c.)<sup>188</sup>. Ovvio che la

---

"concreta" (quando cioè quello che era fatto di reato al momento dell'integrazione della fattispecie di responsabilità non è successivamente più qualificato come tale).

<sup>185</sup> *Rectius*: al momento dell'integrazione della fattispecie di responsabilità civile di cui il fatto già previsto come reato era elemento costitutivo.

<sup>186</sup> *Contra*, nel senso che la liceità penale del fatto prima considerato come reato, incidendo anche sulla *concreta* portata di tutte le altre fattispecie di responsabilità extrapenale di cui la commissione di un reato è elemento costitutivo, imporrebbe l'estensione della retroattività della legge più favorevole *anche agli effetti extrapenali* (come ad es. il risarcimento del danno non patrimoniale), vedi M. GALLO, *Postille*, cit., p. 43, sulla base della considerazione che anche tali effetti, «alla stregua della disciplina successiva, non si sarebbero invece prodotti».

<sup>187</sup> Ciò come conseguenza del ritorno alla regola generale della irretroattività di cui all'art. 11 preleggi.

<sup>188</sup> Art. 2947 comma 3 c.c.: «In ogni caso, se il fatto è considerato dalla



situazione sarebbe stata opposta laddove l'art. 2 comma 2 c.p. avesse parlato, anziché di “effetti penali”, genericamente di “effetti giuridici”<sup>189</sup>; ma, come abbiamo spesso ripetuto, la disciplina dell'ambito di validità e di efficacia delle norme è questione di diritto positivo rimessa alle valutazioni di opportunità politica del singolo legislatore.

Una puntualizzazione si impone però a questo punto: è vero che l'art. 2 comma 2, ultima parte, c.p. sembrerebbe limitare la perdurante qualificazione del fatto come reato agli effetti extrapenali solo laddove sia intervenuta una condanna irrevocabile; ma è altrettanto evidente come una tale limitazione, che escluderebbe le situazioni ancora pendenti, creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee. Al contrario, una interpretazione che, senza forzare la stessa lettera della legge, lasciasse in vita *per tutti indistintamente i fatti pregressi* (giudicati definitivamente o no) la qualificazione del fatto come reato agli effetti *non* penali, non solo sarebbe congruente con la valutazione in termini di liceità penale del fatto limitata alle sole vicende punitive *stricto sensu*, ma “adeguerebbe” altresì il significato della disposizione dell'ultima parte dell'art. 2 comma 2 c.p. ai “limiti logici” del *favor libertatis*, ossia della *ratio* che sta dietro alla regola della “retroattività” delle norme più favorevoli in materia penale: non sarebbe infatti “ingiusta” una disciplina che contemperasse l'interesse di chi ha

---

legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. (...)».

<sup>189</sup> Ovvero esistesse nell'ordinamento italiano una norma, di carattere generale e di natura non penale, che stabilisse una volta per tutte la “retroattività” del venir meno della qualificazione del fatto come reato anche laddove il fatto di reato sia elemento costitutivo (normativo) di una diversa fattispecie extrapenale, di responsabilità o produttiva di altri effetti giuridici, non importa.

commesso il reato a non essere più (o ulteriormente) punito laddove fosse mutata la valutazione sociale di quel comportamento e quindi a non soffrire per quel comportamento limitazioni alla sua libertà personale e, ad esempio, l'interesse di chi ha comunque subito un danno, patrimoniale o no, da un fatto che, al momento della sua commissione, era pur sempre previsto dalla legge come reato a vedere quel danno comunque risarcito<sup>190</sup>.

Nessun problema di legittimità costituzionale, infine, si pone per quanto concerne questa ricostruzione dell'ambito temporale di efficacia delle norme penali. Il dubbio potrebbe sorgere dalla circostanza che, come si è visto, in realtà la regolamentazione dei fatti pregressi è *sempre* dettata da norme la cui validità ha avuto inizio *dopo* la commissione di detti fatti; il che sembrerebbe contrastare con quanto stabilito dall'art. 25 comma 2 Cost.<sup>191</sup>. A parte quelle norme che, come quelle ricavabili dall'art. 2 comma 2 c.p., determinando la "non punibilità" dei fatti precedentemente commessi e quindi ipotizzando una vicenda *opposta* a quella prevista dall'art. 25 comma 2 Cost., non rientrano sotto il suo ambito applicativo già dal punto di vista letterale<sup>192</sup>, ormai da tempo la migliore

---

<sup>190</sup> L'importanza pratica della questione si manifesta soprattutto laddove si tratti di danni "non patrimoniali", dato che la loro risarcibilità è, nell'ordinamento italiano, *limitata* ai «casi determinati dalla legge» (art. 2059 c.c.), come avviene in particolare laddove essi derivino dalla commissione di un fatto di reato (art. 185 c.p.). Ciò, ovviamente, alla stregua del diritto positivo "scritto", non tenendo cioè conto dell'enorme ampliamento della possibilità del risarcimento del danno non patrimoniale operato dalla giurisprudenza negli ultimi decenni.

<sup>191</sup> Occorre ricordare che, secondo l'art. 25 comma 2 Cost., «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore *prima* del fatto commesso».

<sup>192</sup> Letteralmente, infatti, l'art. 25 comma 2 Cost. fa riferimento esplicito solo alle situazioni di "punibilità" dell'autore del fatto di reato, rima-

dottrina non ha mancato di sottolineare come la “punizione” ad opera di una legge entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto non contrasti, se più favorevole, con la *ratio* di “garanzia” della disposizione costituzionale<sup>193</sup>, il cui

---

nendo quindi *fuori* dal suo *diretto* ambito applicativo tutte quelle situazioni che, al contrario, portano alla sua “non punibilità”. In questo senso M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 82 e 84. Da ultimo, sempre ID., *Postille*, cit., p. 36, precisa ulteriormente come, «allorché menziona “legge che sia entrata in vigore”, l’art. 25 [comma 2 Cost.] si riferisce, ovviamente, a legge in vigore anche al momento del giudizio». Per cui il disposto dell’art. 2 comma 2 c.p. non è semplicemente “compatibile” con la Costituzione, ma «è rafforzato dalla Carta, è presidiato dalla garanzia costituzionale».

<sup>193</sup> A proposito dell’art. 2 comma 4 (già 3) c.p., a tenore del quale comunque si “punisce” (più esattamente: si può punire) alla stregua di una “legge” che *non* era in vigore al momento della commissione del fatto di reato, sottolinea M. GALLO, *Postille*, cit., pp. 37-38, che, nonostante si tratti di «effetto che alla lettera è in contrasto con il disposto dell’art. 25, comma II», «la non conformità al dettato costituzionale è tacitamente superata: la disciplina disposta si risolve non contro, ma in favore del destinatario. Come a dire che c’è una zona non grigia, ma chiara e pulita, tra non conformità e contrarietà alla norma costituzionale. La non conformità non invalida una legge ordinaria quando il divario rispetto alla regola costituzionale non tocca la *ratio* che presiede a quest’ultima, ma ad onta dell’imperfetta rispondenza, conferma e rafforza questa *ratio*». E aggiunge: «Dare durezza costituzionale, valore assoluto, alla retroattività della legge penale più favorevole non rappresenterebbe una mera soluzione equitativa: vero che oggi ... manca nella Carta una dichiarazione esplicita in tal senso, ma un aggancio con la Carta c’è, ed è la moralità sottesa al principio di certezza del diritto» (p. 40; a questo proposito, si ricordi anche come Lopez de Oñate, muovendo da una prospettiva filosofica, avesse non a caso intitolato l’ultimo capitolo del suo lavoro su *La certezza del diritto* – cit. *retro*, nota 135 – proprio «La certezza come specifica eticità del diritto»). Ciò significa allora che, sulla base della *ratio* di garanzia che sta alla base dell’art. 25 comma 2 Cost., «occorre, sempre nella dimensione offerta dal tempo, aprire il dato formale ad un contenuto sostanziale. Occorre, cioè, che l’ordinamento non punisca, o continui a punire, per ragioni che, nell’ordinamento stesso, non sono più considerate valide»: ID., *Diritto penale*, cit., pp. 85-86.

“senso” va dunque inteso come se dicesse che «nessuno può essere sottoposto ad un trattamento penale più severo di quello ricavabile dalle disposizioni vigenti al momento della commissione del fatto»<sup>194</sup>; ed abbiamo visto come la norma incriminatrice “retroattiva” abbia un contenuto di disciplina *identico*, per effetto del rinvio, a quello della norma abrogata. Di più, la costituzionalizzazione del principio di retroattività delle norme penali “di favore” si ricaverebbe direttamente, come abbiamo visto (*retro*, par. 13), dall’art. 13 Cost. laddove afferma il principio del *favor libertatis* (parlando di “inviolabilità” della libertà personale); senza contare che esso è altresì *esplicitamente* previsto nell’art. 15 comma 1 del Patto internazionale sui Diritti civili e politici e nell’art. 49 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>195</sup>, il cui rispetto costituisce oggi un vincolo espresso per il legislatore ordinario italiano secondo quanto stabilito dall’art. 117 comma 1 Cost.<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> M. GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 82 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 97-99. Nello stesso senso già C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene*, in ID., *La Costituzione italiana*, cit., p. 90 ss.

<sup>195</sup> *Retro*, par. 13 e nota 160. Con specifico riferimento all’art. 2 comma 2 c.p., per la tesi del suo “rafforzamento costituzionale” ad opera dello stesso art. 25 comma 2 Cost. vedi *retro*, nota 193.

<sup>196</sup> *Retro*, nota 159.

Finito di stampare nel mese di aprile 2019  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220