

Giuseppe Ugo Rescigno

La manutenzione delle fonti

Roma 26 ottobre 2007
(redazione provvisoria)

1. *La parola manutenzione; distinzione e sovrapposizioni con Better Regulation, semplificazione, qualità della regolazione*
2. *Il diritto come discorso*
3. *Perché le regole generali e astratte vengono prima di ogni altra*
4. *Il diritto come progetto*
5. *Diritto (oggettivo) e fatto*
6. *Gli atti normativi e la loro manutenzione*
7. *La conoscibilità legale degli atti normativi – gli archivi normativi*
8. *La costruzione dell'archivio corrente*
9. *L'abrogazione in generale*
10. *L'abrogazione espressa*
11. *L'abrogazione tacita*
12. *Si abrogano disposizioni o norme?*
13. *Abrogazione per rinnovazione di materia*
14. *La deroga*
15. *Sovrapposizione parziale di disposizioni*
16. *Abrogazione e illegittimità sopravvenuta*
17. *Soppressione al posto di abrogazione*
18. *Il testo unico*
19. *La legge di disinquinamento*
20. *Il meccanismo taglialeggi*
21. *I testi unici, aboliti, che riunificano leggi e regolamenti*
22. *Le modificazioni espresse testuali; le ipotesi di legge organica; i divieti di abrogazioni tacite disposti con legge ordinaria nei confronti di altra legge ordinaria*
23. *Cinque gruppi di atti normativi: a) primo gruppo*
24. *(segue): b) secondo gruppo*
25. *(segue): c) terzo gruppo*
26. *(segue): d) quarto gruppo*
27. *(segue): la legge di interpretazione autentica*
28. *(segue): disposizioni modificative: soppressive, integrative, sostitutive*

29. *(segue): sospensione, reiterazione, rifinanziamento, conferma, ratifica, convalida, sanatoria*
30. *(segue): quinto gruppo – la catena normativa verticale*
31. *Legificazioni e delegificazioni*
32. *Le catene normative orizzontali: leggi madre e leggi figlie; la legge sulla legge comunitaria, quella sulla legge finanziaria, quella sulla legge di semplificazione*
33. *L'analisi tecnico normativa (ATN) – la logistica*
34. *L'analisi sull'impatto della regolamentazione (AIR) e la valutazione dell'impatto della regolamentazione (VIR)*
35. *Checklist (o griglia di fattibilità), diagrammazione a blocchi, Pert*

1. *La parola manutenzione; distinzione e sovrapposizioni con Better Regulation, semplificazione, qualità della regolazione*

La parola manutenzione è stata ripresa, come ovvio, dalla pratica relativa alle strade, agli edifici, in generale ai manufatti: dato un manufatto, posto che l'uso e il passare del tempo lo degradano, il problema è come mantenerlo in buono stato, prevenendo se possibile, e comunque riparando i danni e i malfunzionamenti. Allo stesso modo col passare del tempo il sistema normativo diventa sempre più confuso, obsoleto, inadeguato rispetto ai mutamenti intervenuti, contorto, incerto, inquinato dagli scarti, cosicché si pone anche in questo caso il problema di prevenire e comunque correggere gli aspetti negativi di cui la pratica dimostra la esistenza e il continuo riprodursi.

La manutenzione può essere vista poi sotto due aspetti complementari. Come anticipazione dei rimedi in modo da prevenire per quanto possibili difetti e danni (costruire la strada in modo tale e con materiali tali che l'usura sia più lenta), o come insieme di correttivi ed integrazioni successive (la riparazione delle buche). Così anche rispetto al nostro tema possiamo chiederci quali sono gli accorgimenti, i meccanismi preventivi che permettono che il sistema normativo sia costruito al meglio e risulti composto solo da buoni prodotti, e quali sono gli accorgimenti e i meccanismi che permettono di porre riparo alle disfunzioni ed ai danni provocati da prodotti del sistema normativo o cattivi o usurati o inadeguati.

Questo sarà l'oggetto delle pagine seguenti.

Nelle leggi, nelle pubblicazioni che ruotano intorno al tema delle tecniche per migliorare i prodotti normativi, nel dibattito corrente tra gli esperti e gli interessati, le espressioni più usate sono oggi altre: analisi tecnico-normativa, analisi dell'impatto della regolamentazione, valutazione dell'impatto della regolamentazione, semplificazione, qualità della normazione, better regulation. In passato si usavano altre espressioni ancora (ad es. analisi di fattibilità, che era usata nella relazione del 1980 della Commissione Barettoni Arleri). Ciascuna di essa, se non usata come sinonimo di un'altra, sottolinea alcuni aspetti a preferenza di altri, e per conseguenza tratta argomenti in parte comuni in parte diversi, e in ogni caso li tratta seguendo una esposizione e una ottica particolare, con tematiche e risultati che spesso si sovrappongono, ma in qualche caso sono diversi, proprio perché esposti in modo diverso e visti da una ottica diversa. Better regulation e qualità della legislazione sembrano sinonimi, e hanno come centro del loro interesse tutte le questioni, le tecniche, i criteri, le raccomandazioni, le metodologie, gli obiettivi che nel loro insieme possono migliorare senza limiti prefissati sia l'attività del produrre regole sia la qualità del prodotto: sono cioè le espressioni più generali possibili, e quindi, se si vuole, comprendono sia le tematiche di qualunque altro approccio sia qualunque tematica appaia pertinente al tema generale. Semplificazione si occupa di un problema molto specifico, e cioè, come dice il nome, di come semplificare l'insieme normativo di un dato Stato. Analisi tecnico normativa, analisi dell'impatto della regolamentazione, valutazione dell'impatto della regolamentazione sono nomi propri attribuiti dalla legge italiana o da direttive e documenti della Presidenza del Consiglio con i quali vengono

denominate specifiche tecniche e metodologie che saranno brevemente descritte nel seguito. Infine manutenzione è la parola che viene qui usata per segnalare che l'attenzione viene concentrata, come prima detto, su quelle tecniche, accorgimenti, criteri, raccomandazioni, regole, procedure che hanno lo scopo principale di mantenere in buona efficienza il sistema normativo. Che vi siano molte sovrapposizioni con modi diversi di esaminare il tema delle tecniche migliori per produrre buone leggi è inevitabile: ciò non toglie l'utilità di trattare il tema secondo l'ottica particolare qui prescelta e seguita.

2. *Il diritto come discorso*

Il diritto, o, con una diversa espressione che meglio cattura la realtà oggettiva, l'esperienza giuridica in tutte le sue dimensioni può essere studiata sotto diverse angolature. Qui il punto di vista che viene privilegiato è quello che vede il diritto anzitutto come un discorso fatto di parole, spesso scritte, talvolta orali (ma forse, se teniamo presente la vita quotidiana, il diritto si manifesta attraverso discorsi orali piuttosto che scritti: pensiamo ai milioni o miliardi di contratti che milioni di persone concludono ogni giorno facendo la spesa; noi non ce ne rendiamo conto perché gli innumerevoli contratti della vita quotidiana, di scarso valore e piuttosto elementari (quasi sempre si tratta di compravendita di beni per la persona) non danno luogo a controversie giuridiche; invece i casi che danno luogo a controversie e che per questa ragione vengono studiati si basano su discorsi scritti, e scritti per varie ragioni facilmente intuibili). In ogni caso l'attenzione sarà ristretta ai discorsi scritti.

Discorso scritto è quello del testamento, quello della sentenza, quello del provvedimento amministrativo, quello della legge: un atto di diritto privato, un atto della funzione giurisdizionale, un atto di quella amministrativa, infine un atto della funzione legislativa. Un universo di discorsi giuridici scritti troppo ampio e per questa ragione di scarso interesse, perché troppo differenti sono le regole che reggono questi discorsi appartenenti a campi giuridici così diversi. Per questa ragione la seconda e più importante restrizione che operiamo seleziona, tra tutti i discorsi giuridici scritti, quelli che servono alle autorità competenti per introdurre nel sistema regole generali e astratte, o anche regole serventi nei confronti di regole generali e astratte. Senza troppo approfondire l'analisi, che ci porterebbe troppo lontano, è facile constatare che nel sistema vi sono regole che si riferiscono a classi aperte di soggetti (tutti gli esseri umani, tutti i cittadini, tutti i coltivatori diretti, e così via; sono classi aperte perché in esse rientrano individui già presenti ed individui futuri, fino a che la regola resta in vigore, e quindi in ogni momento, rispetto al futuro, nessuno può dire quanti saranno i destinatari della regola); vi sono poi regole che, rispetto a tali classi aperte (regole dunque che chiamiamo generali, in questo significato convenzionale), descrivono tipi di comportamento, e quindi sono applicabili in futuro a innumerevoli comportamenti, tanti quanti in concreto saranno tenuti nel tempo dai destinatari della regola (regole dunque, in questo senso, astratte). Vi sono poi moltissime regole che a rigore non hanno specifici destinatari e non disciplinano comportamenti, ma che sono serventi rispetto alle regole generali e astratte, perché nel loro insieme servono alla costruzione

ed al funzionamento del sistema giuridico. Quest'ultimo punto sarà ripreso se e quando esamineremo qualcuna di queste regole non di comportamento.

3. *Perché le regole generali e astratte vengono prima di ogni altra*

Le regole generali e astratte vanno separate da tutte le altre regole per molti motivi collegati: 1) anzitutto vi sono alcuni casi importanti per la vita di tutti che, a difesa della eguale libertà, e contro l'arbitrio sempre possibile delle autorità o la prevaricazione portata da altri, esigono che prima venga approvata ed entri in vigore una legge generale e astratta, e successivamente, solo sulla base di tale legge, una specifica autorità, diversa da quella che ha emanato la legge e indipendente rispetto a questa, abbia il compito di verificare in concreto se un individuo si è comportato in modo difforme rispetto alla legge, ed eventualmente infliggergli la sanzione prevista in astratto. Nel diritto penale, sulla base delle costituzioni moderne, e comunque in quella italiana, solo il giudice può accertare se qualcuno ha commesso reato, e solo il giudice sulla base dell'accertamento compiuto può infliggere la pena: ma il giudice, quando accerta, deve mettere a confronto il comportamento effettivamente tenuto con il tipo astrattamente previsto dalla legge del parlamento, e deve infliggere soltanto la pena nella misura prevista dalla legge. Lo stesso meccanismo si ripete in altri casi (per esempio rispetto ai diritti di libertà). In questi casi si dice che esistono due riserve, una riserva di legge, e di legge necessariamente generale e astratta, ed una riserva di giurisdizione (si noti, a conferma di quanto detto, che la riserva di giurisdizione in tanto può sussistere in quanto la legge è, e quindi deve essere generale e astratta). Più in generale, secondo il principio di legalità che, anche se non scritto, si ritiene faccia parte delle costituzioni moderne e comunque della nostra, nessun potere è ammesso se non è fondato sulla legge (non necessariamente generale e astratta, se la Costituzione non lo prevede). In altre parole, le regole previste dalle leggi formali (leggi in senso stretto) ed in generale dagli atti normativi (leggi in senso lato) diventano il fondamento ed il limite di tutti gli altri atti giuridici. 2) Per questa ragione qualunque operatore giuridico prima si chiede qual è la regola, imposta da una legge o comunque da un atto normativo legittimo, applicabile al caso che intende o deve risolvere, e poi, sulla base di tale regola, o di un insieme di regole collegate, decide il caso. Questo modo di procedere riguarda chiunque intenda obbedire al diritto vigente: il contribuente che non vuole evadere le tasse deve studiare le regole che lo riguardano e comportarsi come esse prescrivono; lo stesso deve fare il funzionario della pubblica amministrazione o il giudice. Le regole generali e astratte dunque stanno prima delle decisioni caso per caso, sia concettualmente sia cronologicamente. 3) Le regole generali e astratte diventano criterio di giudizio, quando, per qualsiasi ragione, qualcuno vuole o deve valutare l'accaduto secondo diritto: la valutazione dell'accaduto si compie in termini giuridici alla luce delle regole che in astratto avrebbero dovuto essere applicate all'accaduto: se l'accaduto si rivela conforme alle regole che preesistevano ad esso, la valutazione è di conformità; in caso contrario l'accaduto viene valutato difforme rispetto alle regole, e questa valutazione negativa, secondo altre regole che disciplinano i casi di difformità, innesca altri meccanismi rivolti a togliere le illegittimità, se è ancora possibile toglierle, e comunque sanzionare i

colpevoli ed eventualmente risarcire i danni prodotti (non tratto per ora della cosiddetta retroattività che però, a ben guardare non contraddice quanto qui detto, come vedremo).

4. *Il diritto come progetto*

Un altro modo di guardare al diritto è quello che vede in esso un progetto, o meglio un insieme multiforme di innumerevoli progetti, ora come progetti astratti, ora come progetti in concreto.

La parola chiave ora è progetto. Ritornano, con parole diverse e diverse accentuazioni, i medesimi aspetti già schematizzati. Vi è anzitutto il progetto apicale e più generale: la Costituzione. E' apicale perché tutti gli altri progetti non debbono essere contrari ad esso; è generale perché riguarda l'intero sistema giuridico, e non questa o quella parte. Questo progetto generale ed apicale possiamo dividerlo in due parti fondamentali (che, non per caso, ritroviamo nella sostanza nella divisione in due parti, più i principi generali, del nostro testo costituzionale). Per una parte esso pone già alcune regole fondamentali alle quali tutti si debbono attenere (ad es. è vietato dare morte, se non per difesa legittima: notare che questa regola non sta scritta proprio così, ma si ricava facilmente da altre regole scritte e da altri principi coordinati). Per un'altra parte però il progetto costituzionale progetta per così dire i progettatori futuri, dice cioè quali sono le autorità ed i soggetti che hanno il potere di progettare: dice ad es. che il parlamento approva le leggi; che vi sono leggi delle regioni, che vi sono regolamenti dello Stato, delle regioni, dei comuni e delle province; e così via. La Costituzione cioè è per buona parte un progetto su futuri progetti che altri dovranno o potranno formulare. Questi progetti previsti dalla Costituzione a loro volta possono o dare direttamente regole applicabili in concreto ai casi della vita, oppure anch'essi progettare futuri progetti: si apre cioè, in questo secondo caso, la possibilità di una catena normativa, con progetti a cascata in scala diversa. Come in architettura esiste il progetto di massima, ed esistono poi molti progetti in diversa scala sempre minore secondo le necessità della ingegneria e della architettura, così nel diritto possiamo avere, ed abbiamo spesso, molti progetti a cascata, ciascuno dei quali aggiunge qualcosa ai progetti su scala maggiore che lo precedono e lo condizionano, fino a che la progettazione è finita, e può cominciare la concreta realizzazione del progetto.

I paragoni vanno sempre presi con buon senso: l'analogia aiuta a capire meglio, ma va abbandonata o integrata quando una esperienza di vita è diversa da un'altra. Così, per fare solo un esempio, nel diritto spesso il progetto normativo esige un non fare (non uccidere, non rubare, ecc.) e ovviamente in questi casi non ha molto senso paragonarlo ad un progetto architettonico (che è un fare), ed è difficile immaginare una catena normativa (tra la regola e il non fare c'è, o meglio ci deve essere, appunto, il non fare, cioè niente che sia contrario alla regola).

5. *Diritto (oggettivo) e fatto*

Nelle cose fin qui dette a proposito del progetto è implicita una summa divisio che ora deve essere esplicitata e chiarita: da un lato sta l'insieme delle regole generali e

astratte, e di tutte quelle altre regole serventi rispetto alle prime, che vigono per un intero periodo, in generale indeterminato (fino a che la regola non viene tolta; rare sono le leggi temporanee), e che verranno applicate ad un numero indeterminato di casi; dall'altro lato stanno le regole concrete, e cioè quelle regole che i soggetti competenti, sulla base delle prime, introducono per disciplinare casi specifici della vita, collocati nel tempo e nello spazio, uno per uno, come fossero individui. Da un lato vi sono le regole sui contratti, dall'altro lato i singoli contratti; da un lato vi sono le regole sul provvedimento di espropriazione in generale, dall'altro i singoli provvedimenti di espropriazione; da un lato il diritto processuale civile o penale e le regole sulle sentenze civili o penali, dall'altro i singoli processi e le singole sentenze civili o penali; e così via. Al termine di questa catena, dopo che è stata formulata l'ultima regola concreta, sta la materiale esecuzione della regola: quel comportamento o quei comportamenti che realizzano nella realtà oggettiva la regola (il condannato al carcere viene tenuto in carcere, il debitore condannato paga il debito oppure subisce l'espropriazione forzata, l'ordine di demolizione di un muro pericolante viene eseguito con la ruspa e il lavoro degli operai, e così via). Questi comportamenti concreti costituiscono o adempimenti rispetto alle regole o violazioni delle regole: nel primo caso quella specifica vicenda giuridica si chiude, salvo il possibile riaprirsi di altre vicende giuridiche eguali sulla base dei futuri accadimenti; nel secondo caso si apre (si deve aprire) una diversa fase che comunque è destinata anch'essa a concludersi, con la concreta esecuzione di ciò che il diritto prevede o con la fine della questione per decorso del tempo (pensate ad es. alle scadenze e prescrizioni) o per inerzia (le regole non sempre vengono seguite: l'esperienza giuridica conosce anche fatti non conformi alle regole, senza rimedio).

Questa summa divisio sta alla base di una distinzione molto comune (e necessaria ai fini della applicazione di molte regole): quella tra diritto (oggettivo) e fatto. Diritto oggettivo in questa dicotomia non sta per esperienza giuridica (che comprende tutti i fatti giuridicamente rilevanti), ma per quell'insieme di regole (di massima generali e astratte) che vengono trattate in modo particolare rispetto a tutto il resto. Per es. il ricorso in Cassazione è un istituto che si basa su questa distinzione, perché in principio si ricorre in Cassazione solo se si assume che in una sentenza vi è stata violazione del diritto, non se in quella sentenza il giudice ha accertato in modo erroneo i fatti. La Cassazione non ripete l'intero processo, non accerta nuovamente i fatti, ma esamina se la sentenza oggetto del ricorso ha bene o male interpretato e applicato il diritto. Al di là delle numerose questioni non facili e non sempre chiare, tutto il meccanismo riposa però sulla idea e sulla possibilità che sia sempre possibile tracciare una linea di divisione tra diritto oggettivo, in questo senso, e fatto.

Nella realtà della esperienza giuridica è facile incontrare regole generali e astratte che non vengono trattate come costituenti del diritto oggettivo ai fini del ricorso in Cassazione (o di altri istituti che egualmente fanno perno su questa distinzione tra diritto e fatto). Reciprocamente non è raro incontrare leggi formali che non sono generali e astratte e che però, poiché leggi formali, vengono sempre trattate come atti creatori diritto, con quel che ne consegue.

In questa sede la questione non ci interessa particolarmente, perché qui ci interessa il concetto di atto normativo nel senso più ampio possibile della espressione. Ci interessa cioè quell'atto, che noi qui ipotizziamo legittimo, da chiunque posto, che introduce nel sistema regole generali e astratte, o regole serventi rispetto alle prime, e non ci interessano quegli atti, quale sia il loro nome e il loro regime giuridico, che pretendono di regolare casi concreti (una legge ad es. che istituisce uno specifico parco, oppure concede la pensione ad una persona che non ne avrebbe diritto, o concede la cittadinanza in esecuzione o in deroga a precedente legge, e così via).

6. *Gli atti normativi e la loro manutenzione*

Questo insieme enorme e variegato di atti normativi, proprio perché generali e astratti, pone problemi particolari per quanto riguarda la loro manutenzione e cioè quell'attività servente e successiva che ha lo scopo di tenere sempre in buon ordine il sistema, per quanto possibile e al massimo livello ipotizzato. Le questioni che si sono poste e si pongono rispetto a tale domanda sono numerose e diverse, e le soluzioni, seguite o tentate o proposte, sono numerose e diversificate secondo lo specifico problema. Qui mi riprometto di elencare ed analizzare i casi più frequenti e problematici.

7. *La conoscibilità legale degli atti normativi – gli archivi normativi*

Il primo problema che qualunque legislatore (nel senso ampio del termine) deve affrontare è quello della conoscibilità dei suoi atti, e il problema conseguente del trattamento della ignoranza. Come è noto, nel nostro ordinamento, e in tutti quelli comparabili al nostro, il primo problema viene risolto con la pubblicazione chiamata legale, e il secondo con il principio di massima per cui l'ignoranza della legge non costituisce scusante.

La pubblicazione legale oggi in Italia viene assicurata a livello statale dalla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana; a livello regionale dai Bollettini ufficiali di ciascuna regione (in Sicilia il nome peraltro è Gazzetta ufficiale); a livello comunale e provinciale con la pubblicazione nell'Albo pretorio. E' opportuno elencare gli effetti giuridici della pubblicazione legale: 1) la pubblicazione legale costituisce il solo testo ufficialmente vigente; se vi sono errori nella pubblicazione, spetta a chi di dovere la rettifica con una nuova pubblicazione legale che tolga l'errore (in generale si usa il meccanismo dell'errata corrige); 2) la pubblicazione legale fissa l'inizio della vigenza, che in Italia in principio decorre dal quindicesimo giorno dalla pubblicazione (cosiddetta *vacatio legis*); ma, per le leggi e gli atti aventi forza di legge (nota bene), la *vacatio* può durare di più o di meno, fino all'immediata entrata in vigore con la pubblicazione, sulla base di ciò che la stessa legge dispone; 3) con l'entrata in vigore dell'atto normativo entra in vigore rispetto alle disposizioni di tale atto il principio secondo cui nessuno può addurre come sua scusante l'ignoranza dell'atto, salvo che (sulla base di quanto ha stabilito la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988) costui riesca a provare che vi era una impossibilità oggettiva di conoscenza (a rigore la

Corte ha enunciato il principio solo in materia penale, rispondendo così alla specifica domanda, ma è facile e necessario estendere il principio a tutto l'ordinamento).

Come è noto, accanto alla pubblicazione legale, vi sono innumerevoli pubblicazioni di fatto, curate in generale dai privati (sono spesso libri o files a pagamento) o dalle stesse autorità: queste però non hanno alcun valore legale; se sono erronee, peggio per chi le ha usate. Anche le pubblicazioni legali possono contenere ripubblicazioni di fatto: ad es. la Gazzetta ufficiale oggi, da alcuni anni, pubblica il testo integrato del decreto-legge e della sua legge di conversione. Precedentemente, quando i due testi rimanevano separati, ogni interessato doveva pazientemente fare un collage dei due testi, togliendo le parti non convertite e aggiungendo le parti della legge di conversione non presenti nell'originario decreto-legge, oppure collocando il nuovo testo della legge di conversione al posto di quello del decreto-legge sostituito. Le pubblicazioni legali però restano quelle originarie, del decreto legge come fu emanato dal Presidente della Repubblica, e della legge di conversione come è stata promulgata e pubblicata; a scanso di equivoci la Gazzetta ufficiale avverte appunto che si tratta di una pubblicazione di fatto dei due testi integrati.

Diverso ancora il problema della divulgazione degli atti normativi, di come cioè ottenere nel modo più efficace possibile che un atto normativo venga effettivamente conosciuto, ed applicato, dagli interessati. Questo è un tema che sfugge al diritto, e comunque viene disciplinato poco o niente dal legislatore. In pratica vi sono i quotidiani, che informano e spiegano il contenuto delle leggi più importanti (ad es. una nuova legge tributaria); le televisioni, talvolta con comunicati ripetuti molte volte (ad es. i comunicati per mesi sul TFR); le diverse organizzazioni (ad es. i sindacati); e così via. Il tema comunque fuoriesce dall'oggetto di questa trattazione.

Infine due questioni acute in tema di pubblicazione (e manutenzione delle fonti).

Anzitutto il fatto che le pubblicazioni legali ancora oggi o sono a stampa (la Gazzetta e i Bollettini regionali) o, peggio ancora, consistono in affissioni (gli Albi pretori). Non inganni il fatto che i testi vengono scritti elettronicamente: il documento elettronico è puramente interno, e serve come base per la stampa cartacea, da diffondere in molti esemplari (la Gazzetta e i Bollettini) oppure da affiggere. Oggi è pensabile (ed in alcuni Stati è già realtà, e mi risulta che sia allo studio del Cnipa) la pubblicazione legale elettronica, e cioè una pubblicazione su supporto magnetico al quale si può accedere in ogni momento da qualunque terminale collegato con la memoria centrale. Naturalmente c'è il problema di garantire l'autenticità del testo, che in nessun caso e per nessuna ragione può essere manipolato rispetto a quello promulgato dal Presidente della Repubblica (o da altra autorità legittimata), ma questo è un problema tecnico già risolto. In tal modo si salterebbe la stampa cartacea, e il testo verrebbe reso accessibile (si spera gratuitamente) in tempo reale per un numero senza limiti di utenti (questo naturalmente non esclude la possibilità di scaricare il testo elettronico su supporto cartaceo, ed anzi è opportuno che ciò sia possibile con attestazione della provenienza in modo che il testo cartaceo possa sempre essere allegato ad altri documenti, se serve). E' augurabile che la cosa diventi presto realtà.

In secondo luogo è ben noto, e comunque costituirà il leitmotiv di tutta la trattazione, che gli atti normativi vengono continuamente sostituiti e modificati, talvolta in modo espresso, talvolta in modo tacito (ed è intuibile, e vedremo, quanto è grave la cosa). Concettualmente dunque vi sono due archivi: a) l'archivio storico, chiamiamolo così, e cioè l'archivio di tutte e solo le pubblicazioni legali, le uniche che fanno fede fino a modificazione della pubblicazione erronea; b) l'archivio corrente, e cioè l'archivio di tutte e solo gli atti normativi vigenti nel momento in cui esso viene interrogato (escludendo quindi quelli abrogati o comunque non più in vigore). Per la verità è concepibile anche un terzo archivio, o meglio una variante più ricca dell'archivio corrente: un archivio (che chiameremo per comodità temporale) capace di dire quali disposizioni sono oppure erano in vigore al tempo rispetto al quale bisogna decidere; in altre parole, proprio perché nella esperienza giuridica spesso bisogna, e comunque i giudici debbono giudicare fatti già accaduti sulla base delle norme che sono pertinenti a tali fatti, può accadere che la legge oggi sia mutata, ma la legge applicabile al fatto sia quella vecchia; l'archivio temporale ora ipotizzato è in grado, dovrebbe essere in grado, di individuare le disposizioni scaglionate nel tempo; chi interroga questo archivio non vuole sapere quale regola è in vigore nel momento in cui avviene la interrogazione, ma quale regola era in vigore nel momento x anteriore al momento della interrogazione. Vedremo alla fine che non è facile costruire l'archivio corrente (ed ancora meno l'archivio temporale), e che esso comunque non scioglie tutte le difficoltà e le incertezze (per dire solo la cosa più importante: non può garantire intorno alle abrogazioni tacite, proprio perché tacite). Però chiunque deve applicare il diritto deve comunque costruire un archivio corrente (o temporale) nel momento in cui deve decidere rispetto a fatti sui quali deve decidere (e naturalmente gli errori, soprattutto per omissione delle più recenti modificazioni, che talvolta si susseguono un mese dopo l'altro, sono facilissimi, anche per gli esperti).

Esiste una raccolta curata da privati che oggi rappresenta il massimo di completezza ed aggiornamento: la raccolta della casa editrice De Agostini (interrogabile sia su supporto cartaceo sia soprattutto su supporto magnetico: naturalmente è a pagamento). Però neanche la De Agostini garantisce un aggiornamento in tempo reale. Qualche anno fa un mio amico, purtroppo morto molto giovane, Paolo Petta, dirigente di un ufficio del Senato che aveva il compito di mettere in buona forma e stampare i progetti di legge da distribuire ai senatori, mi spiegava come aveva risolto il problema di essere sicuro che i molti rinvii che i progetti contengono fossero corretti, e quindi il problema di avere un archivio aggiornato alla mezzanotte di ogni giorno. Petta aveva incaricato un addetto del suo ufficio di leggere ogni mattina presto tutta la Gazzetta ufficiale di quel giorno e di apportare a mano le modificazioni nei luoghi opportuni della raccolta De Agostini. Non so se l'ufficio usi ancora oggi questo metodo: mi pare però significativo dello stato della questione. A mio parere uno Stato serio e responsabile dovrebbe curare lui, gratuitamente, tale archivio corrente, insieme a quello storico (che è fornito dall'ufficio che cura la pubblicazione della Gazzetta ufficiale, ma a pagamento), con tutti gli indici e links che gli stessi testi suggeriscono (si riproporrebbe il problema degli errori: a mio parere il principio dell'affidamento dovrebbe dar luogo a regole che assolvono l'errore

incolpevole di chi ha fatto affidamento su tale pubblicazione, che diventa, fino a correzione, la vera pubblicazione legale per quanto riguarda il testo dell'atto).

8. *La costruzione dell'archivio corrente*

Immaginiamo ora di dover costruire l'archivio corrente, o di dover costruire quel frammento di archivio corrente che attiene al caso su cui dobbiamo decidere (ricordando che questo secondo caso si verifica continuamente per qualunque operatore giuridico: ogni operatore giuridico, data la domanda (nota bene), deve selezionare ricavandole dal sistema tutte e solo quelle disposizioni e/o norme che egli dovrebbe applicare per risolvere il suo caso; sulla distinzione tra disposizione e norma ritornerò successivamente).

La difficoltà è costituita dal fatto che il sistema normativo si costruisce e viene modificato nel tempo; dal fatto cioè che il legislatore, nel senso più ampio del termine, attraverso numerosi atti di tipi diversi (che qui per semplicità presupponiamo tutti legittimi), ritorna, ora in modo consapevole ed esplicito, ora in modo tacito (e verosimilmente inconsapevole), sul proprio precedente discorso ed in qualche modo lo modifica, con modalità e risultati complessi e diversificati che saranno appunto l'oggetto della successiva analisi.

9. *L'abrogazione in generale*

Il primo meccanismo che dobbiamo esaminare va sotto il nome, di uso comunissimo, di abrogazione. Come molte parole italiane che finiscono in -zione, la parola abrogazione designa sia l'atto che abroga, sia l'effetto abrogativo prodotto dal fatto che abroga, sia le due cose insieme (il contesto dovrebbe chiarire in che senso la parola viene usata). Si presuppone che vi sia o vi sia stato un atto normativo (una legge) in vigore; successivamente, in immediato contatto con il precedente (si noti: la cosa spesso non viene ricordata, tanto appare ovvia; è bene invece sottolinearla), un nuovo atto normativo (che presupponiamo legittimo) entra in vigore, e questo nuovo atto o dice espressamente che vuole abrogare il precedente (e lo nomina, nota bene), oppure è incompatibile col precedente (cosicché o si applica l'uno o si applica l'altro, ma non si può applicare l'uno e l'altro e neppure è possibile non applicare né l'uno né l'altro); se si dà questo caso, posto che l'atto successivo è legittimo, la conclusione universale è che l'atto successivo scaccia quello precedente: da un certo momento in poi si deve applicare il nuovo atto e non più quello anteriore (che appunto si dice essere stato abrogato). Come vedremo subito le cose non sono così semplici come fin qui sembrano.

La prima cosa da sottolineare è che, se presupponiamo che l'atto normativo successivo sia legittimo, presupponiamo implicitamente che possa essere anche illegittimo, cosicché l'abrogazione non si verifica (dobbiamo escluderla). Cioè diamo per scontato che vi siano regole sulle regole, regole che dicono chi, come e quando può introdurre nuove regole, scacciando, se necessario, precedenti regole. Alcune di queste regole sono chiare e pacifiche: la legge ordinaria non contraria a Costituzione ha il potere di abrogare la legge o l'atto con forza di legge anteriore, ma non può

abrogare le leggi costituzionali; i regolamenti del Governo e di altre amministrazioni pubbliche non possono abrogare le leggi e gli atti con forza di legge; la consuetudine contra legem non è ammessa. Altre vengono discusse: ad es. si discute se la Costituzione possa vietare l'abrogazione di proprie disposizioni (come, stando alla lettera, dispone l'art. 139) e se vi siano principi costituzionali non abrogabili (se in fatto venissero sostituiti si avrebbe una rottura, e la nascita di un nuovo ordinamento costituzionale). Non è possibile e neppure utile in questa sede approfondire questa tematica, perché dovremmo esaminare come va ricostruito l'intero sistema normativo. Qui basta ricordare che, secondo una tradizione millenaria, le disposizioni preliminari al codice civile contengono ancora oggi specifiche disposizioni intorno alla abrogazione (art. 15). Queste disposizioni fanno distinzione tra abrogazione espressa, abrogazione tacita, e abrogazione per rinnovazione della materia. Per la verità le parole usate non sono proprio queste, ma i nomi convenzionali sono sufficienti a catturare questi tre diversi casi (con la precisazione che farò per cui essi non sono tutti allo stesso livello, perché il terzo caso è una sottospecie del secondo, e cioè della abrogazione tacita).

10. *L'abrogazione espressa*

Primo caso, abbastanza pacifico e semplice: la abrogazione espressa. Il legislatore scrive espressamente, indicando con esattezza l'atto o le disposizioni che intende abrogare, che, partire da un momento preciso (momento che in mancanza di indicazione espressa è quello generale dell'inizio di vigenza del nuovo atto, quello che abroga, terminata la *vacatio legis*), la legge o la disposizione *x* è abrogata (potrebbe anche usare altre parole equivalenti: ad es. cessa di essere in vigore; è consigliabile però, se la intenzione è proprio quella di abrogare, usare la parola abrogazione ed il verbo abrogare, date le molte figure diverse dalla abrogazione che troveremo tra poco). Può darsi che il legislatore si limiti col nuovo atto ad abrogare: che cosa prende il posto delle disposizioni abrogate dipende dal sistema che resta (la mera abrogazione potrebbe dar luogo ad una libertà al posto di un precedente obbligo che è stato tolto; potrebbe aver tolto una regola eccezionale, facendo riespandere la regola generale che prima era stata limitata dalla eccezione; e così via). Può darsi però, ed è il caso più frequente, che il legislatore voglia disciplinare con nuove regole un oggetto che era già stato disciplinato, cosicché la nuova legge prima dice quali sono le nuove regole, e poi, alla fine, indica espressamente quali sono le vecchie regole che vengono abrogate.

Non è abrogazione espressa la formula, purtroppo usata molte volte dal legislatore pigro o ignorante, che dice: "sono abrogate le norme incompatibili con la presente legge". Questa formula, e formule equivalenti, hanno ricevuto il nome di abrogazione innominata: poiché non fanno che ripetere quanto è già stato prescritto in generale, e cioè che è ammessa l'abrogazione per incompatibilità, e cioè tacita, le formule citate non aggiungono nulla, ed in particolare, esattamente come avviene con l'abrogazione tacita, scaricano sull'operatore giuridico l'onere di individuare quali disposizioni sono incompatibili e quindi abrogate, con due conseguenze inevitabili: a) possono darsi decisioni divergenti perché diversi operatori non concordano su quali

disposizioni anteriori sono incompatibili con le nuove disposizioni; b) non si dà mai certezza che una disposizione sia stata abrogata tacitamente, perché nel tempo è sempre possibile che nasca una divergenza tra gli operatori (e soprattutto tra i giudici, cioè le autorità che dicono l'ultima parola nei casi concreti). I manuali di legistica invitano i redattori a non usare queste formule ed a cercare per quanto possibile di abrogare in modo espresso.

Diversa è quella che è stata chiamata abrogazione parzialmente innominata. Il legislatore sa che le nuove disposizioni possono risultare incompatibili con alcune o molte disposizioni di un precedente atto, ma non sa (e talvolta è davvero difficile saperlo prima della esperienza) quali sono esattamente: in tal caso indica l'atto entro il quale stanno le disposizioni probabilmente incompatibili (e cioè fa qualcosa che è analogo alla abrogazione espressa), però non indica esattamente quali sono queste disposizioni (e cioè fa qualcosa che è identico alla abrogazione tacita). Dà un indizio, ma non conclude: da qui il nome di abrogazione parzialmente innominata.

L'abrogazione espressa sembra garantire il massimo di certezza per quanto riguarda la vigenza delle disposizioni: se sono state abrogate espressamente, dopo l'abrogazione non sono più in vigore per tutti, e cioè tutti debbono considerarle non più in vigore. E' certo che, da un certo momento in poi, i nuovi casi della vita non possono più essere disciplinati da disposizioni abrogate espressamente. Come è noto, questo non vuol dire che le disposizioni abrogate non verranno mai più applicate: è probabile anzi che esse verranno ancora applicate ai casi della vita cominciati quando esse erano in vigore. Le disposizioni abrogate sono però, anche in questo caso, diverse da quelle in vigore, perché, a tutto ammettere sono disposizioni ad esaurimento: continuano ad esistere fino a che sarà esaurito l'ultimo caso al quale esse erano applicabili. La questione è molto complessa, e si lega ai temi collegati (due facce della stessa cosa) della retroattività e della ultrattività. Queste questioni, che verranno riprese perché anch'esse rientrano nel tema della manutenzione delle fonti, non toccano però il fenomeno abrogativo in sé, e cioè quel momento unico e necessario che segna lo spartiacque fra una disposizione già in vigore ed oggi abrogata, e quell'altra disposizione che l'ha abrogata (espressamente o tacitamente).

Anche l'abrogazione espressa però comporta qualche incertezza, nonostante le apparenze. In particolare ci si è chiesti se l'effetto abrogativo sia davvero definitivo oppure se, almeno in qualche caso, può essere per dir così revocato, tolto, con la conseguente reviviscenza della disposizione abrogata. Se così fosse, per lo meno in alcuni casi, l'abrogazione sarebbe un effetto reversibile sul piano giuridico.

Cominciamo con un caso che non dà luogo, non può dar luogo a dubbi (siccome in tema di abrogazione espressa è il caso più frequente, questo ci assicura che i casi dubbi sono pochi e secondari, e dunque conferma che l'abrogazione espressa, quand'anche non sempre certa, per lo più rimane certa). Se una legge A ha disciplinato un certo oggetto, poi una successiva legge B (qui ipotizzata come valida) ha disciplinato in modo diverso quello stesso oggetto abrogando espressamente A, ed una terza legge C ha disciplinato in modo ancora diverso lo stesso oggetto, abrogando

espressamente C, l'abrogazione di A è certa, perché a tutto ammettere potrebbe rivivere B, ma non A che è stata abrogata espressamente ed in modo legittimo da B.

Vediamo allora quali sono i casi discussi e meritevoli di discussione.

La legge A è stata abrogata espressamente dalla legge successiva B che si è limitata ad abrogare A senza introdurre alcuna altra regola; una terza legge C abroga espressamente B; come interpretare C, se non come la volontà, espressa anche se in maniera criptica, di far rivivere A? Se non si dà questa interpretazione, C non ha alcun senso. Fermo restando che il legislatore che si comportasse in tal modo sarebbe da criticare, perché avrebbe dovuto e potuto dire con chiarezza la sua intenzione, in questo caso però a rigore non si ha alcuna reviviscenza di A, che è stata e resta effettivamente abrogata da B: si ha un fenomeno diverso e cioè la entrata in vigore di una nuova legge C che assume come suo contenuto quello originario di A. In altre parole non è A che rivive, ma è C che prende il posto di B assumendo come suo contenuto le parole scritte a suo tempo nel testo di A.

Secondo caso da discutere. La legge A è stata abrogata espressamente dalla legge B che si è limitata ad abrogare B senza introdurre nuove regole; una sentenza della Corte costituzionale dichiara incostituzionale la legge B; poiché l'unico effetto di B era quello di abrogare A, questo effetto viene travolto dalla dichiarazione di incostituzionalità di B, altrimenti la sentenza della Corte non avrebbe alcun effetto giuridico. La conclusione sembra convincente, ma a ben guardare non riguarda la abrogazione, ma la validità delle leggi: l'effetto abrogativo di B non si era prodotto, nonostante le apparenze, perché la legge B era incostituzionale, e la dichiarazione della Corte ristabilisce il diritto contro la violazione del diritto. Non è propriamente reviviscenza di una legge, ma accertamento che la legge A, giuridicamente, non era mai morta (magari non era stata applicata perché ritenuta abrogata, ma oggi si scopre che invece doveva essere applicata e la legge B doveva essere ritenuta nulla; questo però non vuol dire che tutto ciò che è stato fatto in applicazione di B, e cioè la non applicazione di A, diventa nullo o annullabile: ogni ordinamento risolve in modi diversi questi problemi che derivano da accertamenti di illegittimità successivi ai fatti sui quali giudicare, per varie ragioni di opportunità: ad es. non sconvolgere eccessivamente gli affidamenti e gli errori incolpevoli).

Terzo caso. Una (o più) disposizioni della legge A (notare che adesso parliamo di singole disposizioni entro l'atto e non dell'atto come tale) vengono sostituite da nuove disposizioni della legge B che contestualmente abroga espressamente le disposizioni della legge A sostituite (cioè B usa la tecnica di introdurre nuove disposizioni che, di fatto ma senza dirlo in questo modo, prendono il posto di disposizioni di A, e poi, alla fine, abroga le disposizioni di A che ha modificato: si faccia molta attenzione su questa tecnica, che è diversa da quella che invece dice espressamente di sostituire precedenti disposizioni). Successivamente la Corte costituzionale dichiara incostituzionale una disposizione di B che aveva preso il posto della corrispondente disposizione di A, ma nulla dispone intorno alla abrogazione espressa contenuta in B. Bisogna concludere che l'effetto abrogativo non si è verificato, perché determinato dalla nuova disposizione contenuta in B, cosicché, espulsa tale disposizione perché

giudicata incostituzionale, ritorna in vigore la disposizione di A illegittimamente sostituita dalla disposizione di B? A questo modo di ragionare si oppongono due obiezioni, di diversa portata: a) niente esclude che anche la disposizione originaria di A sia affetta dalla stessa incostituzionalità riconosciuta in capo alla disposizione di B; b) il legislatore aveva mostrato con chiarezza la sua volontà di abrogare la disposizione di A; il fatto che quella di B risulti ora incostituzionale comporta l'onere per il legislatore di approvare una nuova disposizione non contraria a Costituzione, ma non implica la reviviscenza della disposizione di A che il legislatore aveva già mostrato con chiarezza di non condividere più. Questa mi pare la soluzione corretta. La Corte costituzionale, restando fedeli al carattere impresso alla sua funzione da parte del testo costituzionale, ha un compito meramente negativo, quello di togliere le disposizioni e le leggi incostituzionali, non quello di introdurre nuove regole, compito che invece spetta al legislatore. Comunque anche in questo caso la questione non riguarda l'istituto della abrogazione, ma una possibile conseguenza sulla abrogazione delle sentenze della Corte, e cioè riguarda il tema della validità-invalidità delle leggi. Ciò non toglie che anche le sentenze dei giudici che dichiarano nulle o annullano atti normativi (leggi o regolamenti o altro ancora) rientrano nella tematica della manutenzione delle fonti, perché a seguito di esse gli archivi sia temporale che corrente che storico debbono essere aggiornati riportando le sentenze che intervengono su atti normativi comunque a loro tempo entrati in vigore (comunque pubblicati legalmente).

Quarto caso. La legge A contiene una disposizione x; la successiva legge B contiene una disposizione y che di fatto prende il posto di x ed una disposizione z che abroga espressamente x; una terza legge abroga espressamente y, nulla dice intorno a z, nulla di nuovo introduce che prenda il posto di y. Qual è il risultato finale di questa vicenda? al posto di y espressamente abrogata si determina un vuoto (salvo stabilire come il sistema nel suo complesso reagisce a questo vuoto) oppure al posto di y rivive x, nonostante la abrogazione espressa disposta da z? Anche in questo caso il problema però non è tanto di abrogazione, quanto di interpretazione della volontà dell'ultima legge (e cioè dell'ultimo legislatore). Il suo modo criptico di legiferare (e quindi da sconsigliare) ha creato negli operatori un dubbio, dubbio tanto più forte quanto più il vuoto creato dalla terza legge deve comunque essere colmato in positivo, con una regola, cosicché è forte la tentazione di ricorrere a quella originaria regola già presente nell'ordinamento e a suo tempo comunque voluta dal legislatore. Qui si entra nella tematica della terza forma di abrogazione, e cioè quella tacita per rinnovazione di materia: in altre parole si tratta di stabilire se il legislatore ha talmente rinnovato la materia che l'espulsione di y non comporta la reviviscenza di x perché contraria allo spirito complessivo della rinnovazione introdotta dalla seconda legge, oppure se invece x è compatibile con la nuova disciplina. Un problema dunque di interpretazione. In ogni caso, a tutto ammettere, x non rivive come disposizione introdotta dalla prima legge, ma come contenuto prescrittivo fatto proprio implicitamente dalla terza legge (la cosa produce come minimo la conseguenza che i vizi eventuali della prima legge non toccano la disposizione x fatta propria dalla terza legge, e viceversa la incostituzionalità della intera terza legge travolge comunque anche la disposizione x, anche se originariamente la prima legge che la conteneva in ipotesi è conforme a

Costituzione; qui emerge con chiarezza la distinzione tra vizi dell'atto, e vizi delle disposizioni contenute in un atto).

11. *L'abrogazione tacita*

Veniamo ora alla c.d. abrogazione tacita.

Il nome abrogazione è lo stesso e quindi sottintende che si tratti dello stesso fenomeno abrogazione sia in quella espressa che in quella tacita; in altre parole l'abrogazione è un fenomeno unitario che si divide in due o tre sottospecie. In realtà tra abrogazione espressa e abrogazione tacita corre una differenza così profonda da farle ritenere specie diverse, anziché sottospecie della medesima specie.

Anzitutto in quella tacita manca proprio l'atto dell'abrogare, e cioè la dichiarazione di volontà diretta alla abrogazione. Dire che in quella tacita la volontà di abrogare si ricava indirettamente ma sicuramente dalla volontà di immettere nel sistema una regola incompatibile con precedente regola è argomento capzioso facilmente smontabile: a) il silenzio usato come argomento dà sempre luogo a due conclusioni opposte egualmente sostenibili; si può dire che il legislatore sapeva della incompatibilità e dunque ha voluto l'abrogazione sia pure in modo implicito, ma si può dire con altrettanta persuasività che se il legislatore avesse voluto l'abrogazione l'avrebbe detto, e il non averlo detto vuol dire che non l'ha presa in considerazione e quindi non l'ha voluta; detto diversamente, se il legislatore avesse avuto consapevolezza della incompatibilità avrebbe forse rinunciato alla nova regola; b) mentre con l'abrogazione espressa è praticabile una legge meramente abrogativa di precedente legge, la cosa è impensabile con l'abrogazione tacita: da questa constatazione si ricava che la vera ragione della c.d. abrogazione tacita non sta in una presunta volontà di abrogare, ma nella incompatibilità oggettiva quale risulta dal confronto tra due disposizioni; c) l'abrogazione espressa, proprio perché espressa, avviene anche se non c'è incompatibilità tra nuova e vecchia legge: avviene per il solo fatto che viene dichiarata; d) l'abrogazione espressa è certa, perché la disposizione abrogata viene esattamente individuata, mediante segni sicuri (quella legge, quell'articolo, quel comma, quelle parole da x a y), e viene detta una volta per tutte; la abrogazione tacita viene dichiarata volta per volta dall'operatore giuridico, che la ricava se e quando è costretto a mettere a confronto una disposizione più antica con una più recente e conclude che tra le due vi è incompatibilità (cioè non può applicarle ambedue ma se applica la prima non può applicare la seconda, e viceversa, cosicché deve scegliere) e data questa incompatibilità sceglie la più recente e dichiara abrogata la più antica; ne consegue che nel tempo possono verificarsi divergenze tra i diversi operatori, e alcuni ritengono sussistente l'abrogazione tacita ed altri no, con perdita della certezza; ne consegue ancora che non può esistere una dichiarazione unica per tutti della avvenuta abrogazione, ma vi saranno tante dichiarazioni di avvenuta abrogazione tacita quanti sono i casi che comportano questa valutazione.

Questa irrimediabile incertezza (a parte casi di scuola, piuttosto rari, nei quali vengono messe a confronto due frasi la seconda delle quali nega espressamente la prima, del tipo: il divorzio non è ammesso, il divorzio è ammesso) dipende anche dal

fatto che, come vedremo, vi sono rapporti tra disposizioni che configurano un risultato diverso, in cui la incompatibilità non è totale, ma parziale, cosicché possono essere applicate ambedue le regole, la anteriore per la parte rimasta compatibile, e la successiva per la parte che deroga a quella anteriore: questo tipo di rapporto si chiama appunto deroga, e può anche essere descritto come il rapporto tra regola ed eccezione. Come vedremo, non è facile distinguere tra abrogazione tacita e deroga tacita, e talvolta la distinzione diventa una decisione arbitraria del giudice.

12. *Si abrogano disposizioni o norme?*

Prima però di esaminare la figura della deroga tra atti normativi è opportuno esaminare un'altra questione molto importante in tema di abrogazione tacita. La questione può essere così sintetizzata: si abrogano disposizioni oppure norme?

Naturalmente la domanda presuppone che tra disposizione e norma vi sia una qualche differenza giuridicamente significativa. Premesso che si tratta di un linguaggio convenzionale in uso tra i giuristi, ed in particolare tra i costituzionalisti, per lo meno a partire da un'importante voce della Enciclopedia del diritto redatta da Crisafulli, in prima approssimazione disposizione è il testo della legge (o di altro atto normativo) così come sta scritto, norma è la regola che si ricava dal testo (o da più testi). Si possono dare così almeno due risultati di grande portata sul piano giuridico: a) norme alle quali non corrisponde alcun testo ufficiale (è il caso canonico delle consuetudini giuridiche, alle quali per questo aspetto possono aggiungersi i principi non scritti); norme quindi senza corrispondenti disposizioni; b) disposizioni che danno luogo a più norme, ora incompatibili (con la necessità quindi scegliere tra di esse), ora compatibili (tali comunque da non trovare esatta corrispondenza nella disposizione o nelle disposizioni da cui sono state tratte).

La cosa si vede con particolare evidenza nelle sentenze c.d. manipolative della Corte costituzionale. La Corte costituzionale a rigore dovrebbe emanare solo due tipi di sentenze: o di accoglimento, e cioè dichiarative della incostituzionalità di una o più disposizioni, o di una intera legge, con quel che ne consegue, oppure di rigetto della questione. L'esperienza ormai cinquantennale (ma si tratta di scoperta di tutte le Corti costituzionali, a dimostrazione che la radice del fenomeno sta proprio nel linguaggio e quindi è ineliminabile) mostra che la Corte spesso compie operazioni linguistiche, e per conseguenza giuridiche, molto più complesse e diversificate.

Un primo caso si ha con la sentenza c.d. interpretativa di accoglimento: il giudice remittente, assumendo che la disposizione x significhi y (vada interpretata come se dicesse y), sostiene la sua probabile incostituzionalità; la Corte costituzionale, nel presupposto che è possibile una diversa interpretazione di x, non dichiara incostituzionale la disposizione x, ma dichiara incostituzionale la norma y ricavata dalla disposizione x: per conseguenza la disposizione x resta in vigore, ma tutti nell'applicare x non debbono più usare la interpretazione y.

Un secondo caso si ha simmetricamente con la sentenza c.d. interpretativa di rigetto. Il giudice remittente sostiene che la disposizione x è incostituzionale; la Corte

sostiene che il giudice ha dato di x una interpretazione sbagliata (la chiameremo y, e cioè la norma y basata sulla disposizione x), che la disposizione x va invece interpretata come se dicesse z, e in questa sua interpretazione la disposizione x non è incostituzionale (o meglio non è contraria alle norme costituzionali invocate come parametro del giudizio dal giudice remittente). Tutto il ragionamento, sia del giudice remittente sia della Corte, si basa sulla distinzione tra il testo (la disposizione) e la norma che viene ricavata dal testo. Qui non ci interessa il problema spinoso e non risolto se la interpretazione z della disposizione x ricostruita dalla Corte è vincolante per i giudici (trattandosi di una sentenza di rigetto molti sostengono che non è vincolante, o è vincolante al massimo per il giudice remittente, ma non per tutti); ci interessa la distinzione chiara ed evidente tra la cosa che chiamiamo disposizione e la cosa che chiamiamo norma, distinguendo tra le due.

Un terzo caso si ha nelle sentenze cosiddette additive: la Corte dichiara incostituzionale una disposizione x nella parte in cui non contiene qualcosa: questa assenza la rende incostituzionale; l'integrazione secondo quanto prescrive la Corte la rende conforme a Costituzione. Un caso da manuale si ha con la sentenza n. 364 del 1988; era stata sollevata questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 5 del c.p. che non ammette mai l'ignoranza della legge penale; la Corte ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 5 del c.p. nella parte in cui non ammette la ignoranza della legge penale nel caso di ignoranza inevitabile. Si notino le seguenti cose: a) il testo dell'art. 5 del c.p. è rimasto il medesimo di prima; b) la Corte non ha formulato le parole esatte che vanno aggiunte al testo originario: spetta all'operatore giuridico ricavare volta per volta dalle parole della sentenza della Corte le parole che vanno aggiunte all'art. 5 del c.p. al fine di applicarlo non come sta scritto nel testo originario (e formalmente ancora in vigore) ma come da questo testo bisogna ricavare la norma (ovviamente non scritta; non scritta dal legislatore beninteso, perché l'operatore ovviamente deve scriverla) attenendosi alla sentenza della Corte costituzionale.

Gli esempi potrebbero continuare ma sono più che sufficienti per dimostrare la necessità, la portata ed il senso della distinzione tra disposizione e norma.

Ritorniamo ora alla abrogazione tacita. Non c'è dubbio che la abrogazione espressa produce la abrogazione di una disposizione: il legislatore indica esattamente quale parte scritta dei suoi precedenti testi in vigore va espunta dal sistema. Quante e quali norme cadono insieme alla abrogazione del testo indicato è altra questione che non tocca il fenomeno abrogativo come descritto (e voluto dal legislatore). La cosa è confermata anche da quel caso che apparentemente sembra smentirla: spesso il legislatore abroga un vecchio testo che egli riproduce esattamente eguale nel nuovo atto che dispone l'abrogazione; qui addirittura, dal punto di vista del contenuto normativo, non c'è nessuna soppressione, perché il contenuto normativo continua ad applicarsi esattamente come prima. Però questo contenuto si applica come contenuto del nuovo atto e non più del vecchio atto: cioè il vecchio atto, per questo aspetto, è davvero abrogato. Il senso giuridico dell'operazione è almeno duplice: a) novare la fonte mutando il livello gerarchico, ad es. delegificando o legificando; b) col novare la fonte rendere il nuovo atto indipendente dal vecchio, cosicché eventuali vizi del

vecchio atto non toccano il contenuto del nuovo atto (contenuto che in ipotesi è il medesimo) e viceversa vizi del nuovo atto non rendono illegittimo il vecchio atto e quindi il suo contenuto, in ipotesi non viziato.

Con l'abrogazione tacita invece ha senso porsi la domanda se viene abrogata la disposizione oppure la norma (ha senso, e quindi merita di essere esaminata, anche se ritengo che la risposta corretta sia che anche in questo caso viene abrogata la disposizione e non la eventuale norma ricavata dalla disposizione). Ogni nuova disposizione, o comunque ogni atto che ha la forza di incidere sul sistema normativo (ad es. le sentenze della Corte costituzionale) reagisce sul sistema preesistente e viene determinata dal sistema entro cui si inserisce. Nessuno può dire in anticipo ed una volta per tutte quante saranno le conseguenze rispetto ad altre parti del sistema a causa della immissione di una nuova legge. Il fenomeno è ben conosciuto da tutti i giudici e giuristi. Se questo è vero, ogni volta che si scopre che una disposizione ha ricevuto o deve ricevere un significato in qualche punto diverso da quello fin qui seguito a causa di una nuova legge intervenuta, si potrebbe dire che la nuova interpretazione ha abrogato la vecchia interpretazione, e cioè che la vecchia norma (la norma ricavata mediante interpretazione da una disposizione) è stata abrogata (mentre la disposizione, secondo l'ipotesi è la medesima, essendo mutata solo la interpretazione, e cioè la norma ricavata dalla disposizione). Il risultato di questo modo di parlare e ricostruire il fenomeno porta però non solo ad una dilatazione senza confini certi del fenomeno abrogativo ma anche ad una confusione tra fenomeni che invece mantengono le loro differenze. Se una disposizione x ha lo stesso raggio d'azione di una successiva disposizione y, e tra le due c'è totale incompatibilità (cioè non esiste alcuna norma ricavabile da una delle due che sia indipendente dall'altra, ma ogni norma ricavabile da una entra in conflitto con le norme ricavabili dall'altra), si ha proprio lo stesso effetto dell'abrogazione espressa, e cioè la espulsione dal sistema di un testo normativo, e dunque è pienamente giustificato che si usi la parola abrogazione. Se invece il risultato di questa successione nel tempo tra due disposizioni non è quello prima descritto, e quindi la vecchia disposizione per qualche aspetto non può essere considerata espunta, perché proprio da essa bisogna ricavare una nuova norma, allora il fenomeno è diverso, e dunque non conviene usare la parola e la nozione di abrogazione.

La distinzione ha una non piccola ricaduta in tema di drafting e di manutenzione delle fonti.

Se la domanda rivolta al redattore è quella di scrivere un testo unico che metta ordine e chiarezza riunificando in un solo documento organico molte leggi sparse, questo redattore deve aver ben chiara la distinzione tra abrogazione tacita e mutamento di interpretazione a seguito di nuove leggi o di sentenze della Corte costituzionale: nel primo caso, se vera abrogazione sia pure tacita vi è stata, la disposizione abrogata tacitamente va semplicemente cancellata e non più riprodotta; nel secondo caso si pone il problema di una migliore riformulazione della vecchia disposizione per renderla linguisticamente più aderente alla nuova interpretazione (alla nuova norma) che col tempo ne è stata data.

13. *Abrogazione per rinnovazione di materia*

Quella che nell'art. 15 delle disp. prel. al c.c. viene descritta come una terza forma di abrogazione è in realtà una forma particolare di abrogazione tacita, ancora meno certa della forma base: mentre nella abrogazione tacita per incompatibilità il confronto avviene tra disposizioni e si realizza se e solo se tra le due esiste totale incompatibilità, per cui o si applica l'una o si applica l'altra, nella abrogazione per rinnovazione di materia il confronto viene fatto tra le rationes di due complessi normativi organici, tali per cui una disposizione del precedente complesso appare incompatibile non con una specifica disposizione del complesso successivo ma con la ratio che ispira tale complesso successivo: a rigore dunque le due disposizioni non sono incompatibili, ma lo diventano perché una segue una ratio incompatibile con la ratio che ispira la seconda. In questo caso la discrezionalità del giudice è molto più grande che nella comune abrogazione tacita, appunto perché basata su qualche cosa non scritta e non facilmente delimitabile come è la ratio di un insieme di norme. La incertezza per conseguenza, dato il gran numero di giudici e di giudizi, diventa particolarmente rilevante, fino al punto di rendere su questo punto indeterminato il sistema normativo, che per alcuni comprende una disposizione e per altri la esclude.

14. *La deroga*

Esaminiamo ora la figura della deroga. Va premesso che spesso la parola deroga (e quella in questo caso sinonima di dispensa) viene usata per indicare un caso concreto che fa eccezione ad una regola (il caso ad es. delle norme dispositive in diritto privato che si applicano se e solo se i privati non hanno disposto diversamente, oppure i caso dell'atto amministrativo che, nei casi previsti dalla legge, esenta qualcuno da un obbligo al quale gli altri, nelle stesse condizioni, sono tenuti): in tali casi, se legittima, la deroga è prevista da un atto normativo e si esaurisce con l'atto che realizza la deroga prevista. A noi interessa qui direttamente il rapporto tra la disposizione derogata e la disposizione derogante, e cioè al livello non dei singoli atti concreti, ma delle norme generali e astratte. Ridotta a schema la deroga tra atti normativi si presenta così: la disposizione X (grande) comprende concettualmente (cioè idealmente, senza alcuna scrittura della cosa) più oggetti minori (che chiameremo x_1 , x_2 , x_3 ... x_n); successivamente la disposizione Y disciplina in modo diverso uno degli x (piccoli) disciplinati da X (grande), ad es. x_1 , senza modificare in nulla il testo di X (grande); leggendo insieme queste due disposizioni, il risultato sembra ovvio: X (grande) continuerà ad applicarsi a tutti gli oggetti che rientrano nel suo raggio d'azione tranne x_1 , mentre x_1 verrà disciplinato da Y. Fin qui non sorge problema. Il problema sorge se viene abrogata puramente e semplicemente Y oppure X (grande). Nel primo caso viene tolta la disposizione derogante: il caso x_1 viene di nuovo disciplinato da X (grande) oppure resta senza regola? Va sottolineato che il dilemma si pone oggettivamente e va comunque risolto: se, facendo leva sulla lettera di X (grande) che concettualmente comprende x_1 , si sostiene che si riespande il raggio d'azione di X (grande) e cioè x_1 viene di nuovo disciplinato da X (grande), la

differenza tra deroga e abrogazione in termini giuridici è evidente: la deroga non abroga, ma appunto pone una eccezione che lascia in vigore la disposizione derogata, la quale, cessata la compressione operata dalla disposizione derogante, automaticamente riespande la sua efficacia seguendo la lettera della disposizione. Se invece si sostiene che X (grande) non riespande la sua efficacia su x1, si sostiene in realtà che non di deroga si è trattato (e cioè di un fenomeno giuridico diverso dalla abrogazione) ma appunto di abrogazione parziale tacita, in base alla quale la disposizione X (grande) va interpretata e quindi riscritta come se non comprendesse più il caso x1 a seguito della entrata in vigore di Y: la successiva abrogazione di Y non comporta la eliminazione della abrogazione tacita che a suo tempo si è consumata. Se si dà questa ricostruzione del fatto, viene riproposto il dilemma se viene abrogata una disposizione oppure una norma, e si abbraccia la tesi che viene abrogata almeno in questo caso una norma, proprio perché ciò che viene dichiarata abrogata non è la disposizione X (grande) ma quella norma ideale ricavata da X (grande) che si limita a disciplinare l'oggetto x1. I due ragionamenti sono in astratto ambedue sostenibili: hanno senso, e non vi sono ragioni decisive per negare ogni validità ad un dei due. Proprio per questa ragione i manuali di legistica consigliano vivamente di usare formule espresse, per cui nel caso di Y è bene dire espressamente che Y sta derogando a X (grande), e nel caso di abrogazione di Y è bene dire espressamente che ad x1 torna ad applicarsi X (grande) se questa è la intenzione, oppure che non si applica X (grande), e cioè X (grande) viene abrogato in modo espresso nella parte in cui disciplinerebbe anche x1. Se però, come spesso avviene, il legislatore non chiarisce la sua intenzione, la pratica assolutamente prevalente ritiene che, abrogata la disposizione derogante, riespande la sua efficacia la disposizione derogata, appunto perché rimane il dato certo del suo tenore letterale, contro cui nulla vale una supposta e indimostrabile intenzione del legislatore.

Fino a questo punto abbiamo presupposto che la disposizione derogante venga dopo quella derogata (qui il tempo è elemento cruciale, perché rende certa la intenzione di derogare: nessuno può seriamente interpretare la disposizione derogante come volontà di togliere la disposizione derogata, e cioè più generale, per lasciare solo la disposizione successiva, che in tal caso non sarebbe neppure più derogante, visto che non rimarrebbe nulla di derogato). Del tutto diverso il caso in cui la disposizione derogata viene immessa dopo che è stata già introdotta la disposizione derogante (meglio: dopo che è stata introdotta una disposizione che solo ora, a causa della immissione di una nuova disposizione più generale, diventa deroga rispetto a questa seconda; prima della immissione della disposizione successiva non c'era alcuna deroga, mancando la disposizione derogata). In questo caso il silenzio del legislatore resta irrimediabilmente ambiguo: tanto vale dire che il legislatore, se avesse voluto mantenere la deroga, lo avrebbe detto, cosicché il non averlo detto significa che intendeva abrogare quella disposizione concettualmente derogatoria, quanto vale dire che il legislatore, se avesse voluto togliere la disposizione derogante, lo avrebbe detto, e quindi il non averlo detto vuol dire che intendeva mantenerla. In questo caso non si trovano regolarità giudiziarie significative da poter addurre, e in conclusione è ciascun giudice che decide se vi è stata abrogazione o creazione di una deroga (bisogna dire

creazione di una deroga perché prima della successiva disposizione generale non c'era deroga: questa nasce solo con la sopravvenienza della disposizione derogata).

L'analisi prima condotta dimostra che bisogna fare chiara distinzione tra la figura logica della deroga, e l'istituto della deroga (o meglio della derogazione, per comprendere anche l'atto del derogare e non solo l'effetto) in quanto distinto dalla abrogazione. La figura logica della deroga, proprio perché logica, prescinde dal tempo. Essa si realizza allo stato puro, per così dire, quando è contenuta nello stesso atto normativo, per cui non si pone alcun problema di successione nel tempo tra disposizioni o norme. Sono di uso comune, in principio del tutto giustificato, formule del tipo: la disposizione Z si applica ai soggetti o casi z1, z2 ... zn, tranne il soggetto o il caso z4. Questa scrittura si impone perché, se il legislatore non facesse eccezione per il caso z4, esso rientrerebbe concettualmente nella disposizione Z. Come si vede la disposizione Z, così scritta, dice ad un tempo la regola e dice anche l'eccezione alla regola. Qualche volta il legislatore scrive la regola e la eccezione nella medesima frase (è il caso più chiaro per l'operatore giuridico). Qualche volta dice l'eccezione in una frase diversa da quella che dice la regola; in questo secondo caso, nel dire l'eccezione, dice anche che fa eccezione e a quale regola sta facendo eccezione ("in deroga all'art. x ..."); ma altre volte dice l'eccezione ma non dice che è eccezione (e questo ovviamente rende più difficile il compito dell'operatore giuridico, e provoca errori se l'operatore giuridico legge solo la regola generale e non ha letto la frase che contiene l'eccezione). Tutti i manuali di legistica ovviamente raccomandano di scrivere le deroghe in modo espresso, e non tacito. In ogni caso, anche se la deroga è stata introdotta in modo tacito, il solo fatto che regola ed eccezione stiano nel medesimo atto è sufficiente per imporre agli operatori la banale interpretazione sistematica, per cui tutte le parole di un testo sono egualmente significative, e dunque non si può leggere ed applicare la disposizione generale senza leggere ed applicare contemporaneamente le eventuali disposizioni eccezionali contenute nello stesso atto normativo. In questo caso la figura logica della deroga diventa anche una figura giuridica del tutto distinta dalla abrogazione: l'abrogazione toglie una disposizione, la deroga nel caso qui descritto impone la applicazione di ambedue le disposizioni, ricavando da esse volta per volta la norma applicabile al caso concreto, e cioè ora la applicazione della regola generale, ora l'applicazione della regola che fa eccezione a quella generale.

Se alla figura logica applichiamo lo scorrere del tempo, per cui disposizione generale e disposizione eccezionale si seguono nel tempo, e prima viene una e poi l'altra, alla figura logica (che rimane comunque, perché costituisce l'oggetto della analisi e corrisponde alla realtà della successione normativa) si aggiunge la tematica del mutamento e quindi della possibile abrogazione di quella disposizione che viene prima nel tempo. L'abrogazione, se ritenuta sussistente, assorbe per dir così la deroga, perché toglie uno dei due termini; però, se si ritiene che la deroga conserva una sua autonomia, e cioè non viene tolta dalla abrogazione, allora essa è una figura giuridica diversa dalla abrogazione non solo quando la deroga sta nello stesso atto della disposizione derogata, ma anche quando le due disposizioni si seguono nel tempo.

Insomma: deroga ed abrogazione sono due cose diversi e incompatibili: se c'è l'una non può esserci l'altra. Diverso è il problema se c'è l'una o l'altra, quando la successione nel tempo tra disposizioni potrebbe dar luogo all'uno o all'altro fenomeno.

15. *Sovrapposizione parziale di disposizioni*

Nella deroga fin qui descritta il rapporto corre tra una legge o disposizione generale ed una legge o disposizione che rispetto alla prima si presenta come eccezione, e dunque disciplina una fattispecie che concettualmente potrebbe rientrare nella legge o disposizione generale. Se usassimo di diagrammi di Venn dovremmo rappresentare la legge o disposizione generale con un cerchio grande, e la disposizione o legge che fa eccezione con un cerchio più piccolo tutto all'interno di quello più grande.

E' possibile però che si crei un diverso tipo di rapporto tra due atti normativi: può accadere che due atti che disciplinano due materie diverse abbiano però in comune, sul piano concettuale e quindi ideale, una parte, cosicché, se la legge non risolve espressamente il problema, resta indeciso se quella parte in comune viene disciplinata dall'uno o dall'altro atto (premessi che comunque bisogna decidere, e non è possibile applicarle ambedue). Se usassimo di nuovo i diagrammi di Venn, dovremmo disegnare due cerchi che si sovrappongono parzialmente determinando nel disegno una lunula, cosicché dal disegno risultano tre parti, una appartenente solo al cerchio A, un'altra appartenente soltanto al cerchio B, ed una terza, la lunula, che è comune ai due cerchi. Il caso più clamoroso si verifica continuamente a proposito delle ripartizioni di materie tra Stato e regioni: la Corte costituzionale riceve continui ricorsi ora da parte dello Stato contro una legge regionale ora da parte di una regione contro una legge statale, perché uno sostiene contro l'altro che una certa legge ha preteso di disciplinare una materia che spetta invece al primo. La difficoltà continua nella quale si trova la Corte sta nel fatto che è impossibile tracciare rigorose e sicure linee di confine tra una materia e l'altra, e vi sono continuamente oggetti e situazioni che potrebbero rientrare sia nell'una che nell'altra materia. Uno dei criteri che la Corte usa è quello della prevalenza: se l'oggetto conteso presenta aspetti prevalenti che rientrano in un materia piuttosto che nell'altra, in base a questo criterio la Corte risolve la controversia. Tutto dipende naturalmente dagli ulteriori criteri in base ai quali decidere intorno alla prevalenza: è evidente che al fondo la questione è politica e, se le parti contendenti non si mettono d'accordo, la Corte svolge la funzione di arbitro secondo ragionevolezza.

Se casi del genere si presentano davanti ai giudici, saranno essi secondo ragionevolezza a decidere se ad una determinata situazione si applica una legge o un'altra, posto che in astratto la situazione in esame rientra nel raggio d'azione di ambedue e nello stesso tempo le due leggi sono incompatibili rispetto a quella situazione. Naturalmente il problema non si pone se il legislatore è consapevole di questa sovrapposizione e dice con chiarezza quale normativa si applica al caso che astrattamente potrebbe rientrare in più leggi. Anche questa è una raccomandazione dei manuali di legistica: ma nessuno può garantire che il legislatore si avveda di

queste possibili sovrapposizioni, e quindi sono sempre possibili casi privi di indicazioni legislative. Saranno i giudici a risolvere il dilemma.

Questo caso non riceve un nome specifico: siccome però tanto si può dire che A deroga a B per la parte che A sottrae a B (se si applica A), quanto si può dire che B deroga ad A per la parte che B sottrae ad (se si applica B), il nome più appropriato sembra quello di deroga incrociata (nome però che si limita a fotografare il rapporto logico, ma non suggerisce la soluzione del dilemma). Se A e B sono due atti normativi separati nel tempo, è innegabile una certa preferenza per quello successivo nel tempo, proprio perché successivo. Se invece le due normazioni in conflitto stanno nello stesso atto, tutto dipende dalla interpretazione dei giudici.

16. *Abrogazione e illegittimità sopravvenuta*

Già a questo punto si vede come sia impossibile costruire un archivio corrente completo e sicuro: in questo archivio vanno tolte tutte le disposizioni che sono state abrogate espressamente, e quelle il cui termine di scadenza è già spirato, ma debbono rimanere quelle abrogate tacitamente, quelle derogate, quelle che comunque verranno dichiarate vigenti e applicabili caso per caso sulla base di una valutazione concreta fatta dai giudici in riferimento a specifici casi della vita. Al più l'archivio corrente potrà riportare in nota le sentenze della Corte costituzionale o di altri giudici che si sono pronunciati sul punto, o suggerire che forse una determinata disposizione è stata abrogata o derogata tacitamente da altra nominata disposizione.

La manutenzione delle fonti, con gli strumenti fin qui esaminati, si rivela difficile e necessariamente incompleta. E' necessario vedere se sono possibili altri strumenti.

Prima però è opportuno esaminare un altro problema in tema di abrogazione. E' pacifico che non si dà abrogazione se un atto successivo gerarchicamente inferiore o comunque incompetente pretende di introdurre regole incompatibili con quelle contenute in un altro gerarchicamente superiore o competente. Così il regolamento governativo o di altra autorità amministrativa non può abrogare o derogare ad una legge formale o atto con forza di legge; il regolamento statale in materia regionale non può abrogare il regolamento regionale. Come va costruito il caso cronologicamente inverso per cui è un atto gerarchicamente superiore che entra in vigore dopo un atto gerarchicamente inferiore e vi è incompatibilità tra i due? L'opinione dominante è che anche in questo caso l'atto successivo abroga quello anteriore. Però la vicenda può egualmente essere costruita, in termini concettuali, come illegittimità sopravvenuta, cosicché l'atto anteriore divenuto illegittimo non viene abrogato ma deve essere dichiarato illegittimo, nei modi previsti dall'ordinamento. E' il caso dell'art. 2 del d.lg. 16 marzo 1992, n. 266 relativo allo statuto del Trentino-Alto Adige/Sud Tirolo, nel quale viene stabilito che, se una legge cornice statale introduce nuovi principi generali in una materia di competenza concorrente e la legge regionale o provinciale non è conforme a tali principi, non si ha abrogazione, ma decorre un termine a carico della regione o della provincia per modificare la legge regionale o provinciale adeguandola ai nuovi principi, scaduto inutilmente il quale lo Stato potrà impugnare la legge regionale o provinciale davanti alla Corte costituzionale. Come si vede può determinarsi una

differenza tra abrogazione e illegittimità sopravvenuta, ed aversi una regola sulle regole che tratta questo evento non come abrogazione ma come illegittimità sopravvenuta, con diverso regime giuridico. E' lo stesso problema che si pose, e si potrebbe ancora porre, nei rapporti tra Costituzione repubblicana e leggi prerepubblicane: in caso di contrasto si dà abrogazione delle leggi prerepubblicane, con la conseguenza che qualunque giudice può e deve dichiarare l'avvenuta abrogazione, oppure vizio di incostituzionalità, con la conseguenza che solo la Corte può dichiarare questa illegittimità? La Corte costituzionale ha risolto la questione stabilendo che spetta ai giudici comuni decidere se c'è stata abrogazione oppure c'è solo dubbio di costituzionalità, con la conseguenza che, se il giudice rimette la questione alla Corte, essa comunque deciderà sulla questione (la conseguenza ulteriore, nei fatti, è che i giudici hanno preferito ricorrere alla Corte, dal momento in cui era in funzione, perché il giudizio della Corte ha efficacia erga omnes, mentre la decisione del giudice caso per caso vincola solo le parti del processo; d'altra parte, se esaminiamo la giurisprudenza della Corte, noi vediamo che molto spesso la Corte dichiara la incostituzionalità in casi nei quali nessun giudice potrebbe dire che vi è stata abrogazione tacita: in altre parole, mentre l'abrogazione tacita esige una radicale impossibilità di applicare ambedue le disposizioni, la incostituzionalità viene dichiarata quando vi è una incoerenza tra legge ordinaria e ratio delle norme costituzionali, anche se questa incoerenza non impedirebbe affatto la applicazione di ambedue le disposizioni).

In conclusione, quando una legge gerarchicamente superiore entra in vigore successivamente ad altra legge incompatibile che è gerarchicamente inferiore, nel silenzio del diritto sul punto, si applica l'istituto generale della abrogazione (l'abrogazione assorbe per dir così la illegittimità sopravvenuta). Questa conclusione conferma però che l'abrogazione, di per sé, è basata soltanto sulla volontà successiva che disvuole quanto voluto in precedenza, e non sulla illegittimità dell'atto abrogato. Per questa ragione non viene considerata abrogazione la dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale (del resto anche l'effetto giuridico è in principio diverso, perché l'abrogazione, di regola, salvo dichiarazione contraria e salvi i divieti costituzionali, non è retroattiva, mentre la dichiarazione di incostituzionalità è concettualmente (naturalmente) retroattiva, e in Italia giuridicamente retroattiva in base al diritto positivo; è naturalmente retroattiva proprio perché accerta una illegittimità che esisteva fin dall'inizio o comune da un momento anteriore al giudizio).

17. *Sopprimere al posto di abrogare*

Qualche volta si trova nelle leggi l'espressione "sopprimere", "soppressione" "soppresso": si usano queste parole quando il legislatore toglie da un testo singole parole o stringhe di parole, oppure elimina un organo, un ufficio, un collegio e simili.

Appare improprio dire "è abrogata la parola x nell'art. ... della legge ...", mentre appare corretto dire "la parola x (o "la frase ...", o "il periodo ..." o "le parole da ...a ...") nell'art. Y della legge z è soppressa". Questo modo istintivo di scrivere

rivela una questione concettuale di grande interesse che può avere riflessi pratici di grande importanza. Nella abrogazione il togliere è significativo e comprensibile col leggere ciò che viene tolto; nel sopprimere parole il togliere è significativo e comprensibile solo se si legge ciò che rimane dopo aver tolto. Se viene abrogata una legge, o una parte di una legge, o un articolo, o anche un comma, comunque una partizione dal significato compiuto entro un atto normativo, chiunque (magari esperto di diritto, perché purtroppo le leggi in generale non sono cosa delle persone comuni) legge ciò che viene abrogato capisce che cosa viene fatto. Se invece vengono tolte singole parole, una o più parole, ma tali che da sole non significano nulla, per capire ciò che viene fatto bisogna leggere ciò che rimane del testo dopo aver tolto quelle parole (naturalmente si presuppone che la soppressione di alcune parole lascia comprensibile il testo rimasto: se così non fosse il legislatore si sarebbe comportato come un incapace irresponsabile). Questa distinzione ha, o meglio dovrebbe avere una importanza capitale in tema di referendum abrogativo: è costituzionalmente ammissibile quel referendum abrogativo che toglie parti del testo che sono significative e comprensibili da sole; non è ammissibile quel referendum che toglie singole parole al solo fine di ottenere un nuovo testo diverso dal precedente (un referendum cioè deliberativo, nonostante le apparenze, e non abrogativo, e quindi in frode della Costituzione).

Alte volte però la parola sopprimere, o parole equivalenti, non si riferiscono ad altre parole, ma a organizzazioni, collegi, uffici, organi: viene ad es. soppresso l'ufficio x, ed i suoi compiti trasferiti all'ufficio y. Anche questa è una forma di abrogazione, una abrogazione delle disposizioni che si riferiscono all'ufficio x soppresso.

18. *Il testo unico*

Veniamo ora a tutti quegli strumenti che dovrebbero garantire una migliore manutenzione delle fonti, cercando un rimedio ora alla cattiva scrittura, ora alla eccessiva proliferazione di esse, ora all'inquinamento del sistema determinato dalla impossibilità di eliminare da esso con certezza le scorie determinate nel tempo dal sovrapporsi di innumerevoli atti normativi.

Il principale strumento, quello che, se bene usato, permette di raggiungere il risultato migliore e più duraturo è il testo unico, accompagnato, se necessario, da successive modificazioni testuali. L'espressione testo unico si presta a risultati giuridicamente molto diversi. Qui per testo unico intendo un nuovo testo, con forza di legge se deve riunificare testi anteriori con forza di legge, e comunque con forza giuridica se deve riunificare atti normativi senza forza di legge, che presenti contemporaneamente e seguenti caratteristiche: a) riorganizza, riordina e numera nuovamente un insieme di diversi testi preesistenti abrogandoli tutti, cosicché dal momento in cui entra in vigore il testo unico i vecchi testi debbono essere considerati non più in vigore e da allora in poi viene applicato al loro posto soltanto il testo unico; b) stabilito il suo raggio d'azione, e cioè quali sono gli oggetti collegati e coordinati da disciplinare, sia il più completo possibile, nel senso che quegli oggetti coordinati e collegati trovino nel testo unico la intera loro disciplina.

A queste caratteristiche del testo unico, per raggiungere il risultato voluto e sperato si deve aggiungere la pratica, che dovrebbe essere rigorosamente seguita, di non apportare modifiche ad esso se non in forma espressa e testuale. Cioè tutte le successive leggi e atti con forza di legge che modificano il testo unico debbono dire espressamente che lo stanno modificando, quali parti stanno modificando e scrivere le parti modificative in modo tale che le nuove formulazioni verbali prendono materialmente il posto delle vecchie modificate o espunte. In altre parole, scrivendo di seguito il testo base con tutte le sue modificazioni testuali via via intervenute, deve essere possibile avere sempre l'intero testo vigente nel momento in cui serve. Dovrebbe essere possibile, sia con la pubblicazione cartacea sia a maggior ragione con quella elettronica, ogni volta che una legge successiva modifica testualmente il testo unico, ripubblicare o leggere nella memoria elettronica il nuovo testo unico con le modificazioni apportate; ci sarebbero nel tempo tante ripubblicazioni quante sono le modificazioni intervenute, fino all'ultima ripubblicazione che fornirebbe l'ultimo testo aggiornato e vigente. Purtroppo questo non avviene mai, nel senso che o prima o poi, magari da subito, i testi unici subiscono deroghe e modificazioni non testuali e addirittura non espresse, cosicché non è possibile riscrivere il testo unico in modo continuo e legalmente certo: l'operatore giuridico deve sapere che vi sono modificazioni, e ricavare dal testo base e dalle modificazioni non espresse e non testuali via via intervenute la norma che fa al suo caso. Si tenga presente che spesso vi sono modificazioni sulle modificazioni, cosicché la ricostruzione della disposizione vigente diventa particolarmente faticosa e difficile (e gli errori sono molto facili).

Un testo unico è veramente tale non solo perché raccoglie in un unico testo molti testi precedenti, ma anche e soprattutto perché riformula in modo organico e razionale precedenti leggi sparse, secondo una ratio unitaria che verosimilmente le molte leggi parziali accumulate nel tempo non possiedono, proprio perché concepite in tempi diversi, in diverse occasioni, da legislatori diversi, sotto la spinta di esigenze particolari, tenendo presenti aspetti particolari di un oggetto complesso, e quindi senza vedere tutte le connessioni e le caratteristiche di questo oggetto complesso.

Questa notazione spiega perché, mentre i manuali di legistica vedono con favore i testi unici ben concepiti e ben scritti, vedono con sfavore la tecnica della novellazione quando essa viene usata per inserire in un vecchio testo nuove parti che seguono una ratio del tutto diversa rispetto a quella del vecchio testo. All'apparenza si segue la regola di portare modificazioni espresse testuali, offrendo agli operatori un solo testo organico, nella realtà viene compilato un testo sbilanciato e disorganico, perché vi saranno vecchie parti concepite secondo una certa logica e nuove parti concepite secondo una logica diversa. In questo caso sarebbe invece opportuno riscrivere la intera legge, togliendo la vecchia.

Tornerò sulla tecnica della novellazione. Ora riprendo il tema dei testi unici. Ho distinto tra prima formazione di un testo unico e manutenzione del testo unico. Concentriamo l'attenzione sulla prima formulazione. Il presupposto è che su un certo argomento si sono accumulate molte leggi e atti con forza di legge (prescindo per ora

dai regolamenti), magari partendo da un precedente testo unico che ha subito nel tempo molte integrazioni e modificazioni non espresse e comunque non testuali.

Nasce il bisogno di formare un nuovo documento organico, che riunifichi tutte queste diverse leggi e atti con forza di legge e costituisca un nuovo punto di partenza rispetto all'oggetto o alla materia su cui deve verte il testo unico e vertevano nel loro insieme le precedenti leggi parziali e slegate. E' ovvio che la prima operazione è quella che garantisce sia la legittimità del testo unico sia con la legittimità la abrogazione di tutte le precedenti leggi e atti con forza di legge che vengono riunificati. Poiché si tratta di leggi e atti con forza di legge o il Parlamento si sobbarca alla fatica di scrivere e approvare lui stesso questo testo unico, o, meglio, questa legge unica che costituisce un nuovo testo unico (per la sostanza e non per il nome), oppure è necessaria (come avviene sempre per la verità) una legge di delegazione. Qualsiasi altro modo non garantisce la cosa più importante, e cioè la abrogazione di tutte le preesistenti leggi. Poiché questa riunificazione viene fatta con un atto con forza di legge, dipende dalla legge di delegazione indicare quante novità possono essere introdotte nel testo unico. In altre parole, mentre è ovvio che il testo unico è come minimo una riorganizzazione dei precedenti testi, ai quali vengono apportate comunque quelle minime e in principio irrilevanti modificazioni linguistiche necessarie per coordinare secondo un buon linguaggio giuridico molte proposizioni scritte in tempi e luoghi diversi, non è affatto ovvio che il legislatore delegato apporti modificazioni sostanziali alla precedente disciplina. Se si vogliono modificazioni sostanziali, il legislatore delegante deve dire, attenendosi alla Costituzione, quali sono i criteri e i principi direttivi che il legislatore delegato deve seguire nella nuova formulazione. Poiché in questa sede ci interessa la tecnica di redazione dei testi e non il legislatore in quanto soggetto politico, immaginiamo che sia stato emanato e sia entrato in vigore la legge di delegazione che prevede il testo unico. La prima cosa ovvia che deve fare il redattore è raccogliere tutte le precedenti leggi ancora in vigore che, seguendo le indicazioni della legge di delegazione, andranno riunite in un solo testo unitario. La seconda cosa, dopo aver delimitato accuratamente il raggio d'azione del testo unico, è elaborare una ripartizione organica delle diverse questioni che nel loro insieme compongono l'oggetto complessivo del testo unico da redigere, dividendo razionalmente l'intero testo nelle massime partizioni che la materia disciplinata comporta, e poi ciascuna parte in parti ancora minori, fino all'unità elementare che è l'articolo. Non è questa la sede per esaminare il tema approfonditamente. Qui basta da un lato dire che l'operazione è estremamente complessa, e quindi lunga; dall'altro che il risultato è buono se qualunque operatore competente (e possibilmente anche il grande pubblico se il testo unico riguarda grandi masse di cittadini) riesce ad orientarsi facilmente, attraverso le rubricazioni di tutte le diverse partizioni, trovando l'articolo o gli articoli che verosimilmente riguardano la domanda alla quale deve rispondere, e non deve andare alla ricerca di altre disposizioni sparse nel testo (se necessario, sono le stesse disposizioni trovate che operano i rinvii necessari ad altre disposizioni dello stesso testo unico o di altre leggi che disciplinano oggetti diversi ma collegati (ad es. come presupposto) al testo unico).

Si potrebbe idealmente immaginare l'intero ordinamento composto da tanti testi unici (in fondo anche i grandi codici sono testi unici) quante sono le partizioni significative della realtà operate dal sistema giuridico. Si faccia attenzione: nessun testo unico può togliere la necessità in molti casi di ricorrere nei casi concreti a disposizioni contenute in altre leggi: è sbagliata perché impossibile l'idea di poter sezionare la realtà in tante parti rigorosamente indipendenti l'una dall'altra. La realtà è continua e intrecciata, e le leggi possono solo porre sezionamenti utili che non tolgono tali intrecci e dunque non tolgono la necessità di collegare volta per volta tutte le disposizioni pertinenti ad un caso concreto, dovunque esse si trovino. Un testo unico è ben fatto se nella grande maggioranza dei casi esso è autosufficiente, nel senso che, tranne casi particolari, esso riesce a contenere tutte le disposizioni necessarie e sufficienti per rispondere al maggior numero di domande che possono venire proposte nella materia oggetto del testo unico.

Il guaio è che non solo i testi unici in questo senso sono pochi di fronte alle migliaia di leggi parziali su oggetti circoscritti, ma anche che essi vengono rapidamente resi obsoleti e poco utili per l'accumularsi di modificazioni successive contenute in tante piccole leggi, senza provvedere, come già detto, a modificazioni espresse testuali del testo unico.

19. *La legge di disinquinamento*

Un altro meccanismo per tenere sotto controllo in qualche modo l'inflazione normativa e quello che efficacemente è stato chiamato l'inquinamento legislativo è stato inventato e viene praticato da alcune regioni (mi risulta che la prima è stata la Provincia di Trento). Una legge molto semplice di uno o due articoli più gli allegati stabilisce che vengono abrogate o restano abrogate le leggi e le disposizioni contenute nell'allegato o negli allegati, o comunque dispone che non sono più in vigore per decorso del tempo o altri motivi le leggi o le disposizioni elencate negli allegati. La formula "sono o restano abrogate" viene suggerita e giustificata dal fatto che nell'elenco possono figurare leggi e disposizioni già abrogate tacitamente, e poiché è difficile e rischioso stabilirlo, proprio perché a loro tempo tacite, la formula dice che non è intenzione del legislatore far decorrere le abrogazioni soltanto dal momento della nuova legge, e quindi addirittura imporre la vigenza per il passato di disposizioni che in realtà erano già state tacitamente abrogate, ma è intenzione del legislatore soltanto quella di disporre tutte abrogazioni espresse a partire da una data certa. Si tratta di un'opera di disinquinamento del sistema: in un colpo solo vengono tolte dall'archivio corrente una massa di leggi e disposizioni che non hanno titolo per rimanerci. Naturalmente l'operazione funziona se subito dopo questa legge disinquinante viene pubblicato elettronicamente o su supporto cartaceo l'insieme di tutte le altre leggi accumulate nel tempo e rimaste in vigore (non si può escludere naturalmente che nonostante l'operazione di pulizia rimangano nell'archivio leggi in realtà abrogate tacitamente o esaurite). Se l'operazione viene fatta regolarmente con una cadenza ravvicinata (non necessariamente ogni anno), l'ente interessato può sperare di avere sempre un archivio legislativo aggiornato con pochi casi di inquinamento, facilmente

controllabili. Ne dovrebbe risultare un vantaggio per tutti ai fini della conoscibilità. Indici accurati e rinvii completi e giustificati accrescerebbero di molto l'efficacia e l'efficienza della pubblicazione elettronica o cartacea.

20. *Il meccanismo taglialeggi*

Un altro meccanismo, del tutto nuovo per l'Italia e molto pericoloso, è stato introdotto di recente dall'ultima legge di semplificazione: il c.d. meccanismo taglia leggi. La legge costruisce un meccanismo automatico per cui, scaduto un termine, se un atto normativo non viene confermato, cessa di essere vigente. Esaminiamo più da vicino i commi da 12 a 18 dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005". Queste disposizioni prevedono che: 1) fatte salve tutte le eccezioni di cui dirò tra poco, decorso il termine di 48 mesi dalla data di entrata in vigore della legge (e, aggiungo, fatta salva una eventuale e probabile dilazione di tale termine) "le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, sono abrogate"; 2) sono escluse da questa abrogazione automatica le disposizioni legislative statali pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali i decreti con forza di legge delegati contestualmente al Governo, da adottare entro 24 mesi dall'entrata in vigore della legge delegante, abbiano ritenuto indispensabile la permanenza in vigore, attenendosi ai numerosi criteri e principi direttivi indicati (e che qui non importa commentare); 3) sono comunque esclusi dal meccanismo e restano in vigore una serie di atti elencati nel comma 17 (ad es. i codici civile, penale, di procedura civile, di procedura penale, della navigazione, e "ogni altro atto normativo che rechi nell'epigrafe l'indicazione codice ovvero testo unico").

La prima cosa da notare è la tecnica in negativo usata: a differenza delle leggi regionali di cui ho parlato prima, che elencano le leggi e le disposizioni che vengono o restano abrogate, questa legge statale elenca o prevede la elencazione delle leggi che rimangono in vigore, cosicché vengono automaticamente abrogate tutte quelle anteriori ad una certa data che non vengono elencate. E' un meccanismo molto pericoloso, perché è molto facile che incappi nella tagliola qualche disposizione che invece mantiene la sua necessità e il suo valore pratico, con la prima conseguenza negativa che per qualche tempo interessi degni di tutela restano indifesi fino a che il legislatore non interviene, e la seconda conseguenza che anziché semplificare si moltiplicano le richieste di interventi legislativi per tamponare le falle create da questo meccanismo.

Il secondo elemento negativo sta nella incertezza che inevitabilmente determina l'elenco per tipi di legge contenuto nel comma 17: 1) se un atto reca nella intitolazione la dizione "legge organica su ..." oppure "norme generali intorno ..." rientra nella classe prevista dalla lettera a) oppure vi rientrano soltanto gli atti che riportano letteralmente le parole "codice" oppure "testo unico" e nessun altra? 2) se, come è noto, la Corte costituzionale ha molta difficoltà nell'individuare le leggi tributarie e di bilancio da sottrarre ai referendum abrogativi, è inevitabile che le stesse incertezze si ripresenteranno quando si tratta di stabilire se una legge pubblicata prima del 1°

gennaio 1970 è una legge tributaria o di bilancio, e quindi esclusa dalla abrogazione automatica, oppure non lo è, e quindi va considerata abrogata; 3) vi sono criteri certi per separare le disposizioni in materia previdenziale e assistenziale da ogni altra disposizione?

Insomma, è prevedibile un enorme contenzioso e per questa via la necessità di continui interventi del legislatore, contro la ratio della semplificazione. Ritengo che approssimandosi il termine verrà emanata una nuova legge che tolga questa bomba ad orologeria, o almeno è questo che spero.

Va comunque notato che l'automatismo dovrebbe funzionare solo una volta, fino a che una nuova legge non lo ristabilisca a partire da una nuova data, successiva al 1° gennaio 1970. In altre parole non è stata seguita la strada di un automatismo permanente, del tipo "tutte le leggi che superino i trenta anni dalla loro entrata in vigore, se non confermate, sono abrogate", ma appunto un meccanismo che per ora fissa una data certa e unica, il 1° gennaio 1970, come termine a partire dal quale si discrimina tra leggi anteriori, abrogate, e leggi posteriori, che restano in vigore (salve ovviamente tutte le eccezioni di cui si è detto).

21. I testi unici, aboliti, che riunificano leggi e regolamenti

Sempre in tema di testi unici conviene ricordare un meccanismo inventato dalla legge 24 novembre 2000 n. 340 (che aveva modificato l'art. 7, comma 2 della legge n. 50 del 1999), ed oggi abbandonato (con la legge n. 229 del 2003) dopo le molte critiche ricevute. Questo meccanismo che ora descriverò è figlio della politica delle delegificazioni, e della parificazione pratica tra legge e regolamento, al di là dell'ossequio formale alla subordinazione dei regolamenti verso le leggi e gli atti con forza di legge. Perché le delegificazioni come oggi si praticano siano una frode alla Costituzione lo spiegherò successivamente. Adesso descrivo questa curiosa forma di testo unico (che resta nelle citazioni di quei testi unici compilati secondo questa forma, anche se i nuovi sono tornati all'antico, e cioè ad una chiara distinzione tra testi unici con forza di legge e testi unici senza forza di legge, anche se hanno adottato spesso la parola codice anziché testo unico). Secondo questo meccanismo venivano emanati tre testi unici denominati A, B e C: B riunificava i testi con forza di legge, non secondo un ordine unitario e organico, ma a salti secondo l'ordine quale risultava dal terzo testo unico, quello denominato A (la conseguenza era ed è per quelli ancora in vigore, che la numerazione era piena di vuoti: all'art. 2 seguiva ad es. l'art 5, dopo gli articoli 15-22 si saltava all'art. 28, e così via); C riunificava i testi con forza di regolamento, seguendo la stessa logica di prima, con l'ovvia differenza che C aveva tutti i numeri degli articoli che mancavano a B e naturalmente nessuno di quelli di B; finalmente si arrivava all'effettivo testo unico, quello A, nel quale venivano scritti di seguito tutti gli articoli di B e di C, senza più buchi; però mentre B aveva forza di legge (e cioè era un vero decreto legislativo) e C aveva forza di regolamento (e cioè era un vero regolamento), A non aveva alcuna forza giuridica, ma era meramente compilativo. In pratica però era ed è il solo che viene usato, perché completo, mentre gli altri due sono irrimediabilmente lacunosi e quindi incomprensibili.

La cosa si spiega e appare giustificata solo se in pratica tra legge e regolamento non c'è alcuna differenza, sono intercambiabili: è la conferma di quanto dicevo, e cioè della frode alla Costituzione, la quale invece distingue con estrema forza e chiarezza tra atti con forza di legge ed atti senza forza di legge.

22. *Le modificazioni espresse testuali; la ipotesi di legge organica; i divieti di abrogazioni tacite disposti con legge ordinaria nei confronti di altre leggi ordinarie*

Ritorno al problema di come mantenere in ordine i testi unici (e con molti testi unici l'intero sistema o almeno la maggior parte). Il modo sarebbe semplice: approvare ogni modificazione ad un testo unico in modo espresso e testuale, cosicché è facile e certo riprodurre un nuovo testo completo e aggiornato, soprattutto se la riproduzione viene fatta, come oggi è possibile e in qualche modo doveroso, con mezzi elettronici. Che questo sia il modo viene confessato da tutte quelle numerose leggi che, pateticamente, dicono di se stesse che non possono essere modificate o abrogate se non in modo espresso. Se però la legge che così dispone è, come accade, una legge ordinaria o un atto con forza di legge, essa non può nulla contro una legge o atto con forza di legge successivo, cosicché non conosco un caso in cui un giudice abbia ritenuto illegittima una disposizione perché aveva modificato o abrogato una precedente disposizione senza dirlo espressamente, né la Corte costituzionale ha mai detto qualcosa del genere.

In altri paesi, più seri del nostro (penso in questo caso alla Francia ed alla Spagna) esiste, con caratteri formali propri e forza giuridica diversificata, la legge organica, e cioè una legge che si colloca a metà strada tra le leggi costituzionali e le leggi ordinarie. Se i testi unici anche in Italia venissero approvati con legge organica o atto avente la stessa forza giuridica, essi sarebbero al riparo rispetto a tutte le leggi ordinarie successive, e poiché per modificare una legge organica sarebbe necessaria una nuova legge organica è ragionevole pensare che la cosa verrebbe fatta in modo consapevole e quindi sarebbe facile rispettare il criterio di apportare modifiche espresse e testuali. Però per introdurre la legge organica vi vuole una riforma costituzionale. Non si pensi alla legge organica come qualcosa molto farraginoso: basta stabilire che la legge organica è tale in virtù della sua forma (ad es. perché porta il nome ufficiale di legge organica) e stabilire che vi sono anche decreti legislativi con forza di legge organica se delegati da legge organica (e magari stabilire per essi una forma specifica che li individui con certezza rispetto ad altri decreti) per ottenere il risultato voluto.

23. *Cinque gruppi di atti normativi: a) primo gruppo*

I criteri per classificare secondo tipi le innumerevoli leggi presenti in ogni ordinamento sono naturalmente anch'essi innumerevoli, e dipende dall'osservatore (o dallo stesso legislatore se classifica le sue leggi) scegliere il criterio o i criteri che appaiono adeguati rispetto allo scopo che persegue. Per collocare il tipo testo unico all'interno dello spettro che raccoglie anche altri tipi costruiti secondo un criterio analogo è necessario dividere tutti gli atti normativi in grandi gruppi costruiti secondo il

criterio del grado di innovazione e complessità che ciascuno di essi porta nel sistema. Seguendo questi due criteri (qualità e quantità della innovazione e complessità) troviamo cinque grandi gruppi.

Primo gruppo. Il legislatore si pone per la prima volta il problema di disciplinare un fenomeno nuovo, e intende disciplinarlo in modo organico e completo (ad es. il trapianto di organi; la fecondazione assistita; e così via: naturalmente le leggi di questo tipo sono poche per ciascun anno o addirittura decennio). Poiché non vi sono precedenti, il legislatore viene guidato dagli studi preparatori (se vi sono), dai fini che intende perseguire, dalla valutazione delle diverse posizioni che la società esprime sul progetto, e così via. In casi come questi non esiste un problema di manutenzione di ciò che già esiste, ma il problema di qualcosa che possa funzionare bene. Una manutenzione preventiva si potrebbe dire, e cioè una costruzione che prevenga possibili disfunzioni. Ne parleremo a proposito dell'AIR, e cioè Analisi dell'impatto della regolamentazione (che riguarda peraltro tutti i progetti di legge, anche se ovviamente sono diverse le metodologie e gli obiettivi secondo il tipo di legge da valutare preventivamente). Il paragone che chiarifica questo gruppo è con un abito del tutto nuovo in quanto abito (fatto naturalmente con pezze di stoffa adeguate e sufficienti).

24. *(segue): secondo gruppo*

Il legislatore intende disciplinare secondo criteri nuovi una intera questione che è stata già disciplinata ma in modo giudicato ora insoddisfacente. Ad esempio vuole mutare profondamente la legge elettorale, vuole mutare sostanzialmente la disciplina sulle tossicodipendenze, e così via. Poiché la questione da disciplinare è già stata disciplinata, sia pure in modo che al legislatore attuale appare insoddisfacente, da un punto di vista razionale la prima cosa da fare, se non stata già fatta, è quella di far eseguire una valutazione ex post intorno alla applicazione della o delle precedenti leggi in materia. La cosa viene chiamata oggi VIR (Valutazione dell'impatto della regolamentazione): ne parleremo dopo. Per quanto riguarda la redazione del testo, al legislatore si aprono varie strade, che alla fin fine però possono ridursi a due principali: 1) o scrivere da capo la intera legge (in tal caso la o le precedenti leggi sono utili come promemoria intorno questioni da affrontare e come schema possibile di organizzazione della materia, salvi quei mutamenti resi necessari dalla nuova ratio); 2) oppure prendere come base la precedente legge, se c'è, e portare ad essa solo quelle integrazioni, abrogazioni e modifiche che permettono di ottenere il risultato voluto. E' la tecnica della novellazione, fatta di modificazioni espresse testuali. Naturalmente in questo secondo caso gli operatori debbono assemblare (cioè in pratica riscrivere per se stessi) l'intero testo prendendo da quello base le parti rimaste in vigore e dalla legge di novellazione le parti che vanno aggiunte o sostituite al testo base. Chi si limitasse a leggere solo la nuova legge capirebbe poco e male, ed egualmente capirebbe poco e male chi si limitasse a leggere le parti del vecchio testo rimaste in vigore. Ragioni ovvie di rapidità spingono il legislatore a preferire la seconda tecnica. Essa presenta alcuni svantaggi anche in sede di discussione e approvazione della legge di novellazione: se i parlamentari non dispongono di un testo unificato che

chiarisca il senso delle modificazioni apportate al vecchio testo, rischiano di approvare il nuovo testo senza capirne il senso e la portata (a questo inconveniente è facile porre rimedio se i lavori sono ben organizzati con accurati dossier distribuiti a tutti gli interessati). Se poi la Gazzetta ufficiale provvede, come oggi provvede, a ripubblicare (sia pure senza valore legale) il testo integrato, l'inconveniente di cui sopra viene tolto anche rispetto ai lettori (che capirebbero poco e male leggendo solo la pubblicazione legale della nuova legge che modifica la precedente). Il problema più difficile è un altro: si tratta di sapere se le novelle, rispetto al testo originario, sono poche e stanno dentro l'impianto originario, limitandosi ad apportare modificazioni opportune ma secondarie rispetto all'insieme della legge modificata, oppure se le modificazioni sono più ampie di quella parte del testo originario che resta invariata e se soprattutto seguono una ratio diversa da quella originaria (ad es. si passa da un sistema elettorale proporzionale ad uno maggioritario). Nel primo caso appare ragionevole limitarsi a modificare un precedente testo, limitandosi ad apportare ad esso quelle modifiche espresse testuali che si rendono necessarie dati gli obbiettivi che si intendono raggiungere. Nel secondo caso otterremo un testo disarmonico, difficile da leggere e comprendere, proprio perché la parte originaria e quella nuova seguono due logiche diverse, e talvolta profondamente diverse e confliggenti. Sarebbe meglio, più coerente e lineare scrivere un nuovo testo da capo. Siccome però il legislatore è sovrano in questo campo, registriamo solo questa diversità di casi e risultati. Il parallelo è con un vestito nuovo fatto rivoltando un vecchio vestito.

25. (segue): c) *terzo gruppo*

Si sono accumulate nel tempo una serie di leggi slegate che nel loro insieme disciplinano un oggetto complesso e che dovrebbe essere disciplinato unitariamente (e forse lo è, ma attraverso molti atti separati tra loro e quindi difficili sia da leggere che da applicare). Talvolta anche in questo caso esiste una legge base originaria, più ricca e complessa delle altre intorno alla stessa materia, ma nel tempo si sono accumulate leggi parziali che non hanno provveduto a modifiche espresse e testuali di tale legge originaria, cosicché si pone comunque l'esigenza di avere un testo unitario che riunifichi tutte le leggi accumulate nel tempo. E' proprio il caso che va sotto il nome di testo unico. Qui il nome ufficiale dell'atto che ha questo contenuto non ha importanza: potrebbe essere una legge formale, o, come accade quasi sempre per non dire sempre, un decreto legislativo; potrebbe portare nella intitolazione l'espressione "testo unico", che in Italia è tradizionale, ma potrebbe anche essere chiamato "codice" (ed è il nome che si sta affermando recentemente). Volendo si può fare distinzione tra un testo unico che si limita a portare minime e poco significative variazioni di forma, quali possono essere la diversa collocazione delle disposizioni riunificate, la loro inevitabile diversa numerazione, l'uso di parole omogenee rispetto a parole disomogenee a causa dei diversi stili legati ai diversi tempi, e simili. Ma se il legislatore vuole, si può approfittare della riscrittura per apportare variazioni significative, ad es. semplificazioni nei procedimenti, riorganizzazioni di collegi, e simili. Il parallelo è con un vestito nuovo fatto con pezzi tratti da più vestiti che vengono distrutti (e magari anche con pezzi del tutto nuove).

26. *(segue): d) quarto gruppo*

Il legislatore si limita a portare qualche modificazione ad una legge in vigore. Il paragone è con i rammendi e le ricuciture di un vestito. Si tratta del gruppo in realtà più numeroso. Non deve trarre in inganno il fatto che con lo stesso documento approvato con legge o atto avente forza di legge o comunque con atto normativo vengono modificate contemporaneamente più leggi anteriori. Questa legge, che è unitaria per la forma, nella sostanza è un coacervo di tante leggine, tante quante sono le leggi modificate. Qui si trova il più ricco campionario di configurazioni nei rapporti tra atti normativi. L'elemento che accomuna tutte queste leggi sta nel fatto che con esse il discorso del legislatore verte sul proprio precedente discorso; il legislatore prende ad oggetto del suo nuovo discorso il discorso che ha già tenuto precedentemente. La cosa si vede formalmente nel fatto che il legislatore si riferisce espressamente ad un suo precedente atto, lo richiama, e non può fare diversamente perché il suo scopo è proprio quello di modificare tale atto precedente. Naturalmente, come sempre, il legislatore si propone in ultima istanza di riferirsi al mondo che egli intende disciplinare, ma mentre in altre leggi (quelle del gruppo primo e secondo) il mondo sociale è il suo oggetto immediato, nel caso qui trattato esso è l'oggetto mediato, perché l'oggetto mediato di questo tipo di leggi è una precedente legge, che viene in qualche parte modificata (o abrogata puramente semplicemente).

27. *(segue): la legge di interpretazione autentica*

Esiste anzitutto la figura tradizionale, e continuamente usata, della legge di interpretazione autentica. Il caso paradigmatico, ed in principio accettato, è il seguente: una disposizione ha dato luogo presso i giudici ad interpretazioni divergenti; il legislatore, reso edotto della cosa, approva una nuova legge che interviene per dire qual è la interpretazione a suo dire corretta, o scegliendo una delle interpretazioni seguite e scartando tutte le altre, o addirittura dicendo una nuova interpretazione e scartando tutte quelle praticate dai giudici. In ogni caso, poiché la legge viene ufficialmente chiamata "di interpretazione autentica", con espressione che figura nella intitolazione, è pacifica e praticata da sempre la regola secondo cui la legge di interpretazione autentica è naturalmente retroattiva (a meno che il legislatore non dica espressamente il contrario, e fatta salva la Costituzione, per cui ad es. non può essere retroattiva la legge di interpretazione autentica sfavorevole in materia penale). La legge di interpretazione autentica può avere due modi di scrittura: con un modo il legislatore successivo riscrive letteralmente la disposizione che ha dato luogo ad interpretazioni divergenti, e dunque opera in modo espresso e testuale (è in realtà una sostituzione, con efficacia retroattiva; proprio perché si tratta di un modo che svela il trucco, il legislatore usa quasi sempre il secondo modo); col secondo modo il legislatore dice che sta interpretando autenticamente, dice qual è la sua interpretazione, ma non formula testualmente il nuovo testo, e spetta all'operatore giuridico compiere tale operazione di riscrittura della disposizione originaria sulla base della interpretazione imposta dal legislatore (è operazione pur sempre espressa

perché il legislatore dice che la sta facendo e dice quale disposizione viene interpretata, ma non è testuale). A ben vedere si tratta essenzialmente di una nuova legge retroattiva che modifica una precedente legge: non si tratta di vera interpretazione, sia perché una interpretazione che viene imposta a tutti non è appunto interpretazione ma pretesa di imporre una regola, sia perché comunque, a conferma del primo punto, la c.d. interpretazione autentica deve essa stessa essere di nuovo interpretata (e non è escluso che di luogo a nuove divergenze interpretative); in secondo luogo che vi sia stata divergenza di interpretazione è un fatto giuridicamente irrilevante, perché la legge che chiama se stessa di interpretazione autentica è comunque obbligatoria, anche se non vi stata alcuna divergenza tra i giudici intorno alla interpretazione della disposizione “interpretata” dal legislatore, ed il legislatore si è sbagliato oppure (come in realtà accade) ha usato maliziosamente la dizione interpretazione autentica per coprire la sua reale intenzione, che era appunto quella di imporre retroattivamente una nuova regola. E’ vero poi che la legge di interpretazione autentica può essere incostituzionale perché retroattiva, ma appunto lo diventa non perché di interpretazione ma perché retroattiva (se il legislatore avesse detto che non è retroattiva il vizio scomparirebbe e l’uso della dizione “interpretazione autentica” sarebbe innocua e senza rilievo, giacché quel che conta è il fatto che il legislatore ha introdotto una nuova disposizione). E’ vero del pari che il legislatore approfitta delle leggi di interpretazione autentica (naturalmente retroattive) per contrastare sentenze che gli dispiacciono: se questo è il motivo effettivo della legge, essa dovrebbe essere dichiarata incostituzionale, non perché si chiama di interpretazione autentica e non lo è (giacché a rigore una legge non può mai interpretare ma solo volere), ma perché ha maliziosamente usato il meccanismo per ottenere qualcosa che è incostituzionale, e spetta alla Corte costituzionale il compito di dichiarare incostituzionale una tale legge.

28. *(segue): disposizioni modificative: soppressive, integrative, sostitutive*

La categoria più generale che comprende anche le leggi di interpretazione autentica è quella di modificazione: qualunque atto normativo che apporta una qualunque modificazione ad un precedente atto normativo. Se restringiamo l’analisi a quelle modificazioni che sono espresse e testuali, e cioè consistono in testi che riscrivono in modo testuale precedenti testi (magari limitandosi a togliere senza nulla aggiungere o sostituire), possiamo distinguere con facilità i seguenti tipi di modificazione: 1) soppressioni (o talvolta abrogazioni, ricordando la distinzione tra soppressioni e abrogazioni già illustrata): l’atto successivo indica esattamente a che cosa si riferisce e si limita a toglierle, nel presupposto che ciò che resta sia egualmente significativo e giuridicamente produttivo, anche se ovviamente in modo diverso rispetto a prima; 2) integrazioni: l’atto successivo aggiunge una parola, alcune parole, una frase, un comma, un articolo e così via ad un precedente testo, e si limita ad aggiungere senza nulla togliere; 3) sostituzioni: l’atto normativo prescrive che al posto di una parola, o di più parole, o di una frase, o di un comma, o di un articolo, e così via, venga posto una diversa parola, o insieme di parole, o frase, o comma, o articolo, e così via; l’operazione è espressa e testuale se solo se da un lato vengono

individuata con certezza le parti sostituite e dall'altro con eguale certezza viene scritta la parte che ne prende il posto.

Il contrassegno formale e certo di questa operazione sta sia nella parte introduttiva della disposizione che compie l'operazione, sia nelle virgolette (alte) o caporali (o virgolette basse), che distinguono la parte da introdurre, sia nei due punti che separano la porzione introduttiva (chiamata oggi alinea) dalla parte nuova che viene introdotta all'interno del precedente testo. In schema la intera disposizione viene scritta così:

L'art. x della legge z (o il coma x o altra parte esattamente individuata) è così integrato/ sostituito/ modificato:

<< ... nuovo testo ...>>, compresa la numerazione, o originaria, se vi è sostituzione, o nuova mediante i prefissi bis, ter e così via, e la rubricazione se si tratta di una parte numerata e rubricata.

Purtroppo, trattandosi di operazioni anzitutto concettuali, è possibile che esse vengano compiute in modo espresso ma non testuale oppure (magari inconsapevolmente) addirittura in modo neppure espresso, oltre che non testuale. Il legislatore successivo cioè apporta una qualunque modificazione ad un precedente testo perché scrive proposizioni che modificano comunque sul piano concettuale precedenti proposizioni, o integrandole, o sopprimendo parti, o sostituendo parti, o in qualunque in qualche modo. Spetta all'interprete operare questa modificazione in termini testuali, riscrivendo idealmente le disposizioni in modo che il vecchio testo comprenda le modificazioni apportate sostanzialmente e concettualmente dal nuovo atto normativo. Che siano possibili, ed anzi molto probabili, errori è del tutto evidente. In questo caso non si ha una manutenzione delle fonti, ma una cattiva gestione delle fonti, che rischia di produrre danni anche gravi, se non altro in termini di tempo e difficoltà che incontrano gli operatori giuridici, anche quando alla fine riescono a ricostruire il testo esatto che essi debbono applicare. Ritorna la difficoltà di produrre un archivio corrente delle fonti completo e attendibile: spesso nel migliore dei casi il redattore dell'archivio può solo avvertire in nota delle probabili modificazioni, ma deve riprodurre i testi così come sono stati pubblicati legalmente, e non è autorizzato a correggerli seguendo le modificazioni tacite apportate, le quali, proprio perché tacite, non sono certe.

29. (*segue*): *sospensione, reiterazione, rifinanziamento, conferma, ratifica, convalida, sanatoria*

Se le parole vengono usate con proprietà, si ha sospensione di un intero atto normativo o di una o alcune sue disposizioni se un successivo atto normativo (in ipotesi legittimo) prescrive che da una certa data l'atto o le disposizioni precedenti non sono applicabili, fino ad una certa data (termine) o fino all'avverarsi di un fatto incerto (condizione) o fino ad esplicita successiva dichiarazione che toglierà la sospensione.

Si ha reiterazione se un atto scaduto o in scadenza viene reintrodotta (è il caso di un decreto-legge non ancora convertito o non convertito perché è scaduto il termine di sessanta giorni).

Si ha rifinanziamento se un legge non trovava più applicazione per esaurimento dei fondi stanziati per la sua attuazione, ed una legge successiva dispone un nuovo finanziamento.

Si ha conferma se un atto successivo conferma la vigenza di un precedente atto o di precedente disposizione.

Si ha ratifica se un atto è stato deliberato eccezionalmente da un soggetto diverso da quello normale (ad es. per ragioni di urgenza) e successivamente quello normale ratifica appunto l'atto deliberato dall'altro in via eccezionale.

Si ha convalida se l'ordinamento prevede che per la deliberazione di un atto sono necessarie una prima deliberazione di un soggetto ed una seconda deliberazione di altro soggetto che convalida appunto a prima (cioè concorre a dare validità all'atto).

Si ha sanatoria se un atto è invalido ed un successivo atto lo sana, cioè toglie la invalidità.

In questa sede non tratto dei molti problemi a cui può dar luogo ciascuna figura e mi limito ad una mera descrizione del fenomeno, che mostra ancora in quanti modi diversi un atto normativo successivo può collegarsi ad un atto normativo precedente.

30. *(segue): e) quinto gruppo – la catena normativa verticale*

Il quinto gruppo, che resta da esaminare, è quello delle leggi che si inseriscono in una catena normativa (verticale). In alcuni casi, ad es. nel diritto penale, la catena normativa di massima è vietata. Tra la legge generale e astratta del parlamento (o un atto con forza di legge) e la decisione del giudice non ci può essere in mezzo alcun altro atto normativo. Siamo nel campo della riserva assoluta di legge. Il fatto che tale riserva talvolta venga violata non è una buona ragione per difenderla contro la Costituzione. Così, per fare un esempio, il fatto che spetti al ministro dire quali sono le sostanze stupefacenti, o la dose massima giornaliera al di sopra della quale comincia la responsabilità penale, è una violazione della riserva assoluta di legge in materia penale, qualunque cosa dica la Corte costituzionale. Resta comunque vero che quasi sempre in materia penale non troviamo catene normative.

Viceversa nel diritto amministrativo le catene normative sono spesso la regola. Vi sono materie nelle quali la catena comincia con un regolamento o una direttiva dell'Unione europea; prosegue con un legge statale di attuazione del regolamento (se così esso prevede) o della direttiva; conosce poi, poiché in ipotesi siamo in materia regionale concorrente, con leggi regionali quante sono le regioni; queste leggi a loro volta prevedono regolamenti provinciali, e al di sotto regolamenti comunali. Come si vede una catena di cinque anelli. Ce ne possono essere di più lunghe e di meno lunghe. E' possibile compiere altre distinzioni interessanti in materia, ma non è questa la sede. Qui, ai fini della nostra trattazione, è sufficiente far notare i problemi di

legistica che le catene normative pongono. Il senso complessivo di una catena sul piano giuridico è chiaro: ottenere che alla disciplina complessiva di un determinato oggetto partecipino, ciascun per una parte, più centri di produzione normativa, nel presupposto che l'oggetto presenta diversi livelli di complessità, e dunque sia opportuno che per ciascun livello se ne occupi l'ente meglio attrezzato (è in fondo un'altra manifestazione implicita del principio di sussidiarietà, almeno dal punto di vista ideale). Ciò significa che per gli operatori si pongono due problemi distinti secondo il luogo in cui si collocano: per quelli che debbono adottare provvedimenti e decisioni concrete si pone il problema di ricostruire la intera catena, e da questa ricavare la norma che essi debbono applicare al caso su quale debbono decidere; per quelli che debbono scrivere un atto normativo entro la catena si pone il problema di ricostruire l'insieme normativo degli anelli superiori nella catena ai quali debbono attenersi, di selezionare le disposizioni cogenti rispetto a quelle che ammettono poteri di variazione, e alla fine scrivere la parte di propria competenza, stando attenti a non scrivere disposizioni contrarie a quanto prescritto negli anelli superiori oppure disposizioni che invadono la competenza degli anelli inferiori.

C'è un problema di scrittura che rimane irrisolto in termini generali anche se per qualche caso vi sono regole. Possiamo immaginare due modi estremi di scrittura entro la catena. Nel primo modo ciascun centro si limita a scrivere solo le disposizioni che lo riguardano; al termine vi sarà una sommatoria di atti normativi parziali e indipendenti che solo nel loro insieme permettono la formulazione della norma applicabile al caso concreto. Nel secondo modo ciascun anello della catena riscrive tutte le disposizioni, sia quelle già approvate dagli anelli superiori sia quelle che egli deve approvare; al termine della catena vi sarà un atto normativo completo, perché frutto di questa operazione di scrittura che non tralascia nulla di quanto già scritto. In pratica non si danno quasi mai questi due modi per così dire estremi, ma un modo che mescola senza criteri predeterminati i due modi. Però in catene molto semplici essi si ritrovano allo stato puro: ad esempio nella delegazione legislativa, nella quale vi sono due anelli, in principio il decreto legislativo riscrive l'intero testo, assorbendo la legge di delegazione (non mancano però casi nei quali il decreto legislativo si astiene dal dettare una disciplina su un determinato oggetto e rinvia alla legge di delegazione); i regolamenti esecutivi non riscrivono mai le disposizioni di legge rispetto alle quali sono esecutivi. Vi sono casi per i quali vi sono regole: la Corte costituzionale ha stabilito che le leggi statali non possono riprodurre i regolamenti comunitari, perché si tratterebbe di una novazione della fonte, illegittima; egualmente le leggi regionali non possono riprodurre disposizioni statali nelle materie che sono statali. In altri casi regna la più grande libertà di scrittura: l'esempio più chiaro è dato dagli statuti comunali e provinciali, che usano la tecnica ora di riprodurre disposizioni statali per essi cogenti, ora le riscrivono con parole diverse anche se sono cogenti, ora invece si limitano a rinviare ad esse, ora non dicono assolutamente nulla; in tutti i casi spetta all'interprete ricavare la norma legittima tenendo presenti tutte le regole che disciplinano i rapporti tra fonti diverse.

31. *Legificazioni e delegificazioni*

Abbiamo visto più volte che la stessa disposizione, talvolta con le medesime parole, talvolta con parole diverse, può essere contenuta in atti normativi diversi. Questa banale notazione ci introduce nel tema delle legificazioni e delle delegificazioni. Va premesso che il tema della delegificazione è molto di moda, ma in principio è cosa vecchia quanto la legge. Se non vi sono riserve di legge assolute, o comunque è stata rispettata la riserva di legge relativa, la legge può sempre spogliarsi di una competenza e demandarla al regolamento, delegificando la materia. All'inverso può sempre legificarla, togliendola al regolamento e attribuendola a se stessa (la cosa è automatica per il solo fatto di disciplinare un oggetto con legge, perché solo un'altra legge o atto con forza di legge può abrogarla o modificarla). Ciò che è oggi nuovo è il modo della delegificazione, che costituisce una vera e propria frode alla Costituzione. Cominciamo con un caso che non dà luogo a problemi. Una legge disciplina un certo oggetto; una legge successiva, in materia non coperta da riserva assoluta di legge oppure non contraria ai principi contenuti nella riserva relativa di legge, stabilisce che quell'oggetto sarà disciplinato con regolamento e contestualmente dispone che con l'entrata in vigore del regolamento previsto la disposizione di legge su quel medesimo oggetto sarà abrogata. Questo è un caso pacifico, del tutto rispettoso della Costituzione.

Se invece una legge dispone genericamente che una materia verrà disciplinata da regolamento, e che con l'entrata in vigore del regolamento saranno abrogate le leggi incompatibili con tale regolamento, si tratta in questo caso di una frode alla Costituzione, perché, contro l'art. 76, si attribuisce forza di legge ad un regolamento. Non vale obiettare che l'abrogazione avviene perché una legge l'ha prevista e perché tale legge ha dettato i criteri e i principi direttivi per rispettare la eventuale riserva di legge relativa: sta di fatto che prima del regolamento nessuno sa e può dire quali disposizioni di legge verranno abrogate, e solo il regolamento individua tali disposizioni, a conferma che non è la legge ad abrogare ma il regolamento autorizzato dalla legge ad abrogare (violando appunto la Costituzione).

Sta di fatto comunque che i regolamenti di delegificazione così costruiti stanno dilagando, con il consenso entusiasta del parlamento (che quindi non si cura di difendere se stesso e la Costituzione) e delle forze politiche, e la connivenza della Corte costituzionale, che fa finta di non vedere lo scempio costituzionale. Qui interessa far notare che questa pratica ha per lo meno due inconvenienti: contro quanto hanno sostenuto i suoi sostenitori non ha affatto diminuito la inflazione legislativa, sia perché sostituire un regolamento ad una legge vuol dire appunto non diminuire gli atti normativi ma cambiare il soggetto formatore, sia perché la maggiore facilità di mutamento per burocrati e ministri li induce a continui mutamenti, secondo l'interesse di chi in quel momento ha preso il sopravvento; inoltre i microinteressi che hanno il loro punto di riferimento nei singoli parlamentari non hanno rinunciato ad intervenire nella normazione, col risultato grottesco che in qualche caso abbiamo rilegificazioni di parti di un regolamento, cosicché la stessa disciplina per lo stesso oggetto viene divisa

casualmente tra un atto con forza di legge ed uno senza. Di nuovo questa non è manutenzione delle fonti, ma pessima gestione delle fonti.

32. *Le catene normative orizzontali: leggi madre e leggi figlie; la legge sulla legge comunitaria, quella sulla legge finanziaria, quella sulla legge di semplificazione*

Accade abbastanza spesso che il legislatore emani una legge con l'obbiettivo di disciplinare una o più successive leggi: in altre parole c'è una legge madre e c'è o ci sono leggi figlie. Ad es.: una legge disciplina in generale la istituzione dei parchi, e prevede che i singoli parchi siano costituiti con successive leggi. In questo caso le successive leggi figlie, anche se sfalsate nel tempo, costituiscono attuazione orizzontale, per dir così, della legge madre (potrebbero essere emanate tutte nello stesso momento, ed in ogni caso sono in vigore contemporaneamente, ciascuna per uno specifico parco). Altre volte la legge madre prevede più leggi figlie, ma annuali o periodiche, cosicché esse non vigono contemporaneamente, ma successivamente nel tempo. Ad es.: la legge comunitaria (meglio sulla legge comunitaria) che prevede leggi comunitarie annuali; la legge finanziaria (meglio sulla legge finanziaria) che prevede leggi finanziarie annuali; la legge sulla semplificazione (meglio sulle leggi di semplificazione) che anch'essa prevede leggi annuali o comunque periodiche.

Non tratto qui dei problemi di costituzionalità. In particolare, se le leggi figlie potrebbero essere sostituite da comuni provvedimenti amministrativi, e cioè sono leggi provvedimento, molti sostengono che sono leggi incostituzionali, o per lo meno sono incostituzionali alcune di esse.

Qui interessa sottolineare che, trattandosi di leggi ordinarie, la successiva legge ordinaria può tranquillamente non solo derogare alla legge madre, ma addirittura modificare la legge madre. E' quello che succede con le leggi comunitarie, o finanziarie o di semplificazione annuali che per una parte applicano la legge madre, e per una parte modificano la legge madre (e spesso quando operano deroghe neanche lo dicono). Qui si vede con chiarezza che esiste la necessità della legge organica come legge superiore alla legge ordinaria, e che è maturo il tempo di una sua introduzione con legge costituzionale.

33. *L'analisi tecnico normativa (ATN) – la legistica*

Da tempo in Italia viene praticata una disciplina che si chiama legistica, a somiglianza di quanto si dice in Germania, in Austria, in Francia, in Spagna, in Portogallo e altrove. La legistica si occupa delle regole, dei criteri, delle raccomandazioni sullo scrivere al meglio un testo normativo. E' cioè una disciplina che rientra nel campo del diritto. Esistono ottimi manuali di legistica, vi sono documenti più o meno ufficiali che codificano tali regole e criteri, e vengono seguiti, di fatto o per obbligo, dai redattori di testi normativi, sia a livello statale che regionale (anche se per ora le regioni usano un manuale diverso da quello statale: la cosa curiosa è che a Palermo nel 1990 fu tenuto un convegno proprio al fine di giungere ad un manuale unificato). La cosa oggi a livello statale riceve il nome ufficiale di Analisi tecnico normativa (in sigla ATN).

Qui mi limito a due osservazioni: a) ogni ente, se lo ha fatto, e non tutti lo hanno fatto, ha costruito una sua scheda particolare che documenta l'avvenuta analisi ed i suoi risultati, cosicché manca una rigorosa formalizzazione della analisi; b) la procedura che stabilisca i tempi dell'analisi, gli effetti di essa, i necessari controlli sulla sua completezza e validità, i rapporti tra i diversi soggetti implicati in essa, i rapporti tra esecutivo e legislativo, o non è disciplinata, o è casuale, o è lacunosa e alla fine inefficace.

In generale in tutte le proposte fin qui avanzate e parzialmente praticate per il miglioramento della legislazione la pare che quasi mai viene tematizzata e adeguatamente disciplinata è proprio la procedura, in tutta l'ampiezza del termine, col risultato che i meccanismi ipotizzati non funzionano bene e spesso neppure si riesce a capire perché.

34. *L'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) e la valutazione dell'impatto della regolamentazione (VIR)*

Tutti i meccanismi fin qui descritti sono deboli o addirittura controproducenti. Da tempo gli studiosi, ed ora anche il legislatore, hanno immaginato ed elaborato strumenti più incisivi.

Poiché oggi sono previsti addirittura da una legge (l. 246/05) comincio con l'AIR e il VIR. L'AIR riguarda un momento preventivo, che viene prima della scrittura della legge; la VIR riguarda un momento successivo, destinato alla valutazione del rendimento di una legge in vigore; siccome però anche la VIR, ed anzi soprattutto essa, sarebbe essenziale per la buona redazione di una nuova legge, se questa è necessaria, questo strumento rientra a pieno titolo nel nostro tema.

Ecco come il primo comma dell'art. 14 della legge 246/05 definisce l'AIR: "L'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative." Come si vede questa analisi riguarda tutti gli atti normativi; qui per semplicità del discorso e importanza dell'atto ci riferiremo ai progetti di legge.

Il comma 2 dice una banalità rispetto alla quale non riesco a vedere la portata normativa: "L'AIR costituisce un supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo". Ma forse la portata normativa (e sarebbe davvero enorme) starebbe nel riservare la conoscenza dell'AIR solo ai ministri. Ora è vero che la legge non prevede che il documento che contiene l'AIR sia trasmesso o possa su domanda essere trasmesso al parlamento insieme col disegno di legge del Governo o col progetto di decreto legislativo sul quale è richiesto un parere di una Commissione di una Camera, o per informazione su qualsiasi altro atto del Governo, ad es. un progetto di regolamento, (ed è una omissione a mio avviso ingiustificata e grave), ma, se una camera, a conoscenza della esistenza di questa valutazione ne chiedesse la trasmissione non vedo come il

Governo potrebbe rifiutarsi di comunicare il documento. Il fatto che il comma 10 prevede che “Entro il 31 marzo di ogni anno le amministrazioni comunicano al DAGL i dati e gli elementi informativi necessari per la presentazione al parlamento, entro il 30 aprile, della relazione annuale del Presidente del Consiglio dei ministri sullo stato di applicazione dell’AIR” non riguarda la questione prima trattata: una cosa è una relazione annuale e generale sullo stato di attuazione dell’AIR, altra cosa è prevedere che, o d’ufficio o su domanda, i disegni di legge governativi siano accompagnati dal documento dell’AIR.

Il comma 3 prescrive: “L’elaborazione degli schemi di atti normativi del Governo è sottoposta all’AIR, salvo i casi di esclusione previsti dai decreti di cui al comma 5 e i casi di esenzione di cui al comma 8”. Se ne ricava un principio e la possibilità di eccezioni: il principio è che come regola i progetti di legge del Governo sono sottoposti all’AIR; l’eccezione è che, come dice il successivo comma 5, il Presidente del Consiglio, con suo decreto stabilisce “le tipologie sostanziali, i casi e le modalità di esclusione dell’AIR”, mentre il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) “su motivata richiesta dell’amministrazione interessata, può consentire l’eventuale esenzione dall’AIR” (comma 8).

I commi 5 e 6 prevedono come si costruisce la normazione attuativa sia sull’AIR che sulla VIR. Nel comma 5 sono previsti decreti del Presidente del Consiglio, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, mediante i quali sono definiti: “i criteri generali e le procedure dell’AIR, compresa la fase della consultazione; b) le tipologie sostanziali, i casi e le modalità di esclusione dell’AIR; c) i criteri generali e le procedure, nonché l’individuazione dei casi di effettuazione della VIR; d) i criteri ed i contenuti generali della relazione al Parlamento di cui al comma 10”. Nel comma 6 si prevede che “I metodi di analisi e i modelli di AIR, nonché i metodi relativi alla VIR, sono adottati con direttive del Presidente del Consiglio dei ministri e sono sottoposti a revisione, con cadenza non superiore al triennio”.

I commi 7, 8 e 9 disciplinano la sequenza successiva alla predisposizione della normativa sull’AIR e sulla VIR di cui sopra. Il comma 7 dice a chi spetta provvedere all’AIR (non alla VIR, si noti): “L’amministrazione competente a presentare l’iniziativa normativa provvede all’AIR e comunica al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) della Presidenza del Consiglio dei ministri i risultati dell’AIR”. Il comma 8 dice i compiti che spettano sul tema al DAGL: “ Il DAGL assicura il coordinamento delle amministrazioni in materia di AIR e di VIR. Il DAGL, su motivata richiesta dell’amministrazione interessata, può consentire l’eventuale esenzione dall’AIR”. Il comma 8 prescrive: “Le amministrazioni, nell’ambito della propria autonomia organizzativa e senza oneri aggiuntivi, individuano l’ufficio responsabile del coordinamento delle attività connesse all’effettuazione dell’AIR e della VIR di rispettiva competenza Nel caso non sia possibile impiegare risorse interne o di altri soggetti pubblici le amministrazioni possono avvalersi di esperti o di società di ricerca specializzate, nel rispetto della normativa vigente e, comunque, nei limiti delle disponibilità finanziarie.”

Alcune cose sembrano chiare, anche se non dette: sembra chiaro ad es. che il DAGL possa chiedere alla amministrazione competente di fare, se non l'ha fatto, o rifare, o integrare l'AIR. Quello che non è chiaro, almeno nella legge, è il rapporto tra amministrazioni (e cioè ministri) e Consiglio dei ministri: a) è possibile che un ministro porti in Consiglio un disegno di legge, per il quale sarebbe prevista l'AIR, senza questa valutazione? E' possibile scavalcare il DAGL, e portare il disegno di legge con AIR senza che prima il DAGL abbia verificato la sua adeguatezza? Sono questioni importanti per la riuscita o il fallimento del meccanismo. In particolare, posto che non si può subordinare l'iniziativa politica in caso di urgenza a procedure ritardanti, la Presidenza del Consiglio (e cioè il DAGL sotto l'autorità del Presidente del Consiglio) dovrebbe essere almeno in grado di mantenere le eccezioni per ragioni di urgenza a livelli fisiologici e fondati.

A mio parere tutti questi meccanismi rivolti alla migliore elaborazione di progetti di legge dovrebbero tutti ripetere la discreta riuscita della procedura per cui tutti i disegni di legge governativi sono accompagnati da una relazione per quanto riguarda la valutazione delle maggiori o minori entrate e delle spese. I punti di forza di questa specifica procedura stanno: a) nel fatto che la Ragioneria generale dello Stato esamina preventivamente le relazioni finanziarie e garantisce che siano fatte e rifatte secondo criteri omogenei (dovrebbe essere il compito del DAGL); b) il fatto che tali relazioni sono trasmesse alle camere insieme al disegno di legge; c) il fatto che ciascuna Camera si è attrezzata in modo da avere un proprio ufficio che ripete le valutazioni, scrive una propria relazione in tempi utili, e quindi consente ai parlamentari interessati di discutere con cognizione di causa con il Governo intorno alla attendibilità delle previsioni di entrata e di spesa. A mio parere fermo restando che per il momento non è prudente rendere obbligatorio l'AIR per tutti i disegni di legge, sarebbe stato opportuno e sarebbe opportuno stabilire che, quando l'AIR è stata fatta e il Consiglio dei ministri ha deliberato l'iniziativa legislativa, e quindi anche il relativo documento AIR, l'AIR deve accompagnare la trasmissione del disegno di legge alle camere. Sta poi a queste attrezzarsi in modo da dialogare alla pari col Governo.

Vedremo comunque se e quante volte sarà compiuta l'AIR, come sarà compiuta, quali rendimenti darà questa pratica.

Per quanto riguarda la VIR, senza ripetere le cose già dette rispetto all'AIR e che si applicano anche alla VIR, è sufficiente riportare la definizione che la legge dà nel comma 4: "La verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR) consiste nella valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulla attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni. La VIR è applicata dopo il primo biennio dalla data di entrata in vigore della legge oggetto di valutazione. Successivamente essa è effettuata periodicamente a scadenze biennali."

E' abbastanza evidente che, se la VIR viene fatta bene e periodicamente, essa starà alla base di qualunque modificazione degli atti normativi che sono stati oggetto della valutazione, e cioè starà alla base anche dell'AIR, così come l'AIR starà alla base

delle domande e delle investigazioni della VIR, in modo tale che tra le due indagini e metodiche si deve stabilire un circolo virtuoso.

Tutto questo, se attuato bene ed effettivamente, sarebbe un vero salto di qualità nella manutenzione delle fonti dell'ordinamento italiano.

35. *Checklist (o griglia di fattibilità), diagrammazione a blocchi, Pert*

Le metodologie suggerite per le analisi preventive o successive intorno agli atti normativi sono abbastanza numerose e diversificate per sconsigliare qui qualunque tentativo di descrizione ed enumerazione di esse.

Qui ricordo e descrivo brevemente, a titolo indicativo, tre metodiche molto efficaci e produttive.

La Checklist (che nella relazione della Commissione Barettoni Arleri del 1980 veniva chiamata griglia) è banalmente un serie ordinata di domande intorno ad un progetto di legge alle quali il redattore deve rispondere. Il parallelo è con i manuali sulla manutenzione delle grandi macchine (ad es. un aeroplano) che contengono in modo ordinato una serie di domande che prescrivono ai tecnici quali operazioni vanno fatte ed in che tempi rispetto a tutte le parti della macchina. Allo stesso modo, sulla base della esperienza, è possibile costruire una serie più o meno ampia di domande alle quali sottoporre un progetto di legge (o una legge già in vigore se l'analisi è successiva), con l'intesa ovviamente che se alcune domande non sono pertinenti a quella legge non ricevono risposta, ed eventualmente è possibile integrare la griglia con qualche domanda specifica suggerita dallo specifico progetto esaminato. Vi sono moltissime checklist proposte, in particolare in Germania, e molte sono le considerazioni che esse suggeriscono. In generale queste griglie non sono state adottate perché risultano allo stato attuale troppo complesse ed esigono troppo tempo e troppe competenze coordinate per poter rispondere. Comunque le attuali schede per compiere l'AIR sono un esempio di tali checklist, anche se molto semplificate.

La diagrammazione a blocchi o di flusso è una tecnica ispirata dagli informatici, con molti adattamenti e semplificazioni rispetto al linguaggio giuridico. In buona sostanza si tratta di un grafico più o meno lungo che descrive con opportuni simboli le sequenze o cronologiche o anche semplicemente logiche contenute in una legge. In particolare, usando la figura del rombo con una entrata e due sole uscite, e cioè si o no, questa tecnica consente di individuare tutti i punti critici di una legge, allorché la legge prevede una decisione che può, dal punto di vista logico, essere presa oppure mancare (si faccia attenzione: la logica usata è quella della mera negazione, o contraddizione, per cui la domanda suona sempre: viene fatto oppure non viene fatto? se in ipotesi la legge prevede due o tre alternative, la disposizione di legge viene sciolta in tante domande quante sono le alternative previste, e per ciascuna di esse la risposta è sempre o si o no). Se la risposta è sì, il grafico mostra che cosa deve o può succedere a causa di tale risposta; egualmente il grafico dice che cosa deve o può succedere se la risposta è no. Un esempio di diagrammazione di una specifica legge sarebbe molto più proficua di una descrizione a parole: impadronirsi di questa tecnica

è relativamente facile; i vantaggi per la migliore comprensione del testo, comprese le lacune che la diagrammazione evidenzia con molta chiarezza, sono enormi. A mio parere tutti i redattori di atti normativi dovrebbero padroneggiare questa tecnica e usarla sistematicamente.

Il Pert è una graficazione ideata al tempo della costruzione dei missili Polaris allorché l'unità responsabile del progetto si pose il problema di come tenere sotto controllo, soprattutto per quanto riguarda i tempi, le molte imprese che avevano il compito di costruire i diversi pezzi che dovevano poi essere assemblati. Nel grafico vi sono cerchi ed archi che connettono i cerchi: i cerchi sono gli eventi, gli archi le attività che connettono gli eventi; scrivendo i tempi stimati o previsti di ogni attività, è possibile coordinare i tempi delle diverse attività che convergono su un comune cerchio (che permettono cioè congiuntamente il compiersi dell'evento scritto nel cerchio). E una tecnica che, per chi ha provato ad applicarla agli atti normativi, si rivela quasi sempre impraticabile come descrizione esatta della legge: ma proprio questa è la sua potenzialità, perché consente al redattore di riflettere sul progetto individuando i suoi punti critici per quanto riguarda il raggiungimento degli obiettivi nei tempi previsti.