

Problemi o pseudo-problemi sulla decorrenza dell'effetto abrogativo. Lo strano caso dell'abrogazione dell'art. 19, comma 5, della l. n. 241/1990¹

di Floriana Lisena, dottoranda di ricerca presso l'Università di Palermo

1. Il recente caso dell'abrogazione dell'art. 19, comma 5, della l. n. 241/1990, come di seguito descritto nella sua scansione cronologica, offre lo spunto per riflettere su alcuni problemi connessi alla decorrenza dell'effetto abrogativo.

Va premesso che la disposizione in questione, come modificata dal comma 6 dell'art. 9 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recitava, nella sua originaria versione, quanto segue: *“Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 [recanti la disciplina della dichiarazione di inizio attività] è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20”*.

Il comma in esame è stato abrogato dal n. 14) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo). Tuttavia l'effetto abrogativo decorre dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento (*“Il presente decreto entra in vigore il 16 settembre 2010”*).

Nel frattempo, l'intero art. 19 è stato sostituito dal comma 4-bis dell'art. 49 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*), nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (legge 30 luglio 2010, n. 122).

Il nuovo testo del comma 5 era il seguente: *“Il presente articolo non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Ogni controversia relativa all'applicazione del presente articolo è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20”*.

La modifica, come noto, ha comportato la sostituzione della dichiarazione di inizio attività (D.i.a.) con la segnalazione certificata di inizio attività (S.c.i.a.).

Tuttavia, il 16 settembre 2010, al verificarsi dell'effetto abrogativo disposto dal Codice del processo amministrativo, il quinto comma del citato art. 19 è risultato abrogato.

Per la precisione, l'unico periodo “sopravvissuto” era quello relativo alla devoluzione delle controversie ivi disciplinate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto trasferito nell'art. 133, comma 1, lett. a) n. 3 del D.Lgs. n. 104/2010 (*“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: (...) 3) dichiarazione di inizio attività”*), la quale, a norma del comma 4-ter dell'art. 49 d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, è sostituita, ovunque ricorra, dalla “segnalazione certificata di inizio attività”).

¹ L'espressione del titolo è tratta da MODUGNO F., *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Rass. giur. sarda*, 1966, ora in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1972, I.

Tuttavia, il decreto-legge 5 agosto 2010, n. 125, recante misure urgenti per il settore dei trasporti e disposizioni in materia finanziaria, convertito con modificazioni, dalla legge 1 ottobre 2010, n. 163, ha ripristinato le norme contenute nell'art. 19, comma 5.

All'art. 2 di tale decreto, sono stati, infatti, aggiunti in sede di conversione, i commi 1-quinquies e 1-sexies:

“1-quinquies. All'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 4 è inserito il seguente:

“4-bis. Il presente articolo non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

1-sexies. All'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 5 è aggiunto il seguente:

“5-bis. Ogni controversia relativa all'applicazione del presente articolo è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

Si noti che, le disposizioni del quinto comma dell'art. 19 sono sì “rientrate” in vigore ma collocate in sedi normative diverse: il primo periodo del comma in questione è riprodotto dall'art. 19, comma 4-bis, l. 241/1990; il secondo, dall'art. 133, comma 1, lett. a) n. 3 del D.Lgs. n. 104/2010 ed il terzo, dall'art. 20, comma 5-bis, della l. n. 241/1990.

In definitiva, per riepilogare la scansione cronologica della vicenda:

a) l'art. 19, comma 5, è rimasto in vigore nella originaria versione dalla modifica intervenuta con la legge 18 giugno 2009 n. 69 fino a quando non è stato convertito in legge il d.l. di manovra finanziaria che ha sostituito l'intero articolo;

b) con il decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010 (Codice processo amministrativo) è stata disposta l'abrogazione di detto comma (con effetto abrogativo postdatato);

c) il 30 luglio 2010 è stato convertito il d.l. n. 78/2010, a seguito del quale il comma in questione presentava una nuova formulazione;

d) il 16 settembre 2010 si è verificato l'effetto abrogativo;

e) con legge del 1 ottobre 2010 è stato convertito il d.l. n. 125/2010, che, nel testo integrato dalla legge di conversione, ha ripristinato la vigenza del comma abrogato riproducendone le disposizioni. Non è certo questa la sede per valutare quali conseguenze abbia comportato la scomparsa della disposizione in esame nel periodo intercorso tra d) ed e).

2. Pur ritenendo l'intervento del legislatore in materia quanto mai opportuno e risolutivo, la questione poteva forse essere risolta senza ricorrere all'utilizzo dello strumento normativo bensì in via interpretativa. Applicando, in particolare, i canoni di teoria generale del diritto in tema di abrogazione.

A tal proposito, occorre considerare l'abrogazione nelle sue due vesti di "atto" e di "effetto"².

Con il termine "abrogazione" si designa ora l'effetto abrogativo, ora l'atto che abroga³, ossia l'atto che dispone l'abrogazione, concepito dalla dottrina come «un aspetto dell'attività normativa» e caratterizzato dall'attitudine a delimitare cronologicamente l'applicazione delle norme precedenti⁴.

Per potersi avere validamente abrogazione, occorre che l'atto abrogativo abbia specifiche circostanze di operatività, consistenti nella posteriorità cronologica rispetto all'atto da abrogare; nella specifica competenza a disciplinare gli oggetti disciplinati dalle disposizioni abrogande; nell'appartenenza allo stesso tipo di fonte dell'atto abrogando (o ad un tipo di fonte i cui atti sono qualificati dall'ordinamento come idonei ad operare l'abrogazione di atti appartenenti ad altri tipi).

Il principale effetto connesso all'abrogazione, come noto, è la delimitazione dell'efficacia di una norma nel tempo: come osservato dalla Corte costituzionale, «l'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo, che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima»⁵.

Ulteriore caratteristica peculiare dell'abrogazione consiste nel fatto che i suoi effetti – a differenza dell'annullamento che opera in genere *ex tunc* – si esplicano di regola *ex nunc*. Detto in altri termini, l'abrogazione è di regola irretroattiva. Normalmente, infatti, il discrimine temporale del fenomeno abrogativo, detto momento consumativo dell'abrogazione, corrisponde all'entrata in vigore della legge successiva che dispone l'abrogazione di quella precedente. L'atto e l'effetto abrogativo sono, quindi, solitamente congiunti. Tuttavia, non è da escludere una non coincidenza tra entrata in vigore della fonte ed inizio dell'efficacia delle norme abroganti.

È, infatti, ammessa la possibilità che gli atti legislativi successivi abroghino, con previsione espressa, anche retroattivamente leggi anteriori. Ciò è consentito perchè il principio generale di irretroattività delle leggi ha rango primario, in quanto sancito dall'art. 11 disp. prel. cod. civ. ("*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*"), salvo che nella materia penale, ove comunque la successione delle norme nel tempo trova specifica regolazione nell'art. 25 Cost., oltre che nell'art. 2 cod. pen. Una legge successiva pariordinata alla previsione legislativa che contiene detto principio può quindi placidamente derogarvi. In queste ipotesi gli effetti dell'abrogazione vengono fatti risalire ad un momento anteriore rispetto a quello dell'entrata in vigore della nuova disposizione: si assiste, cioè, ad uno spostamento all'indietro del momento consumativo dell'abrogazione.

Del pari può accadere che detto momento consumativo sia fissato in avanti nel senso che venga posticipato rispetto all'entrata in vigore dell'atto abrogativo, così come è accaduto, ad esempio, nei vari provvedimenti di abrogazione succedutisi nel procedimento c.d. "taglia-leggi" (in particolare, i due decreti-legge di abrogazione espressa, il d.l. n. 112/2008 ed il d.l. n. 200/2008). In ciascuno dei due atti citati, la decorrenza dell'effetto abrogativo era differita rispetto all'entrata in vigore, per consentire, evidentemente, interventi correttivi senza cesure temporali nella vigenza degli atti normativi presi in considerazione dai due provvedimenti. Ciò dimostra come, per valutazioni dettate da svariate ragioni di opportunità, il legislatore possa decidere di rimandare ad un momento successivo il verificarsi dell'effetto abrogativo.

² Sui problemi connessi all'abrogazione come atto ed a quella come effetto, cfr. ampiamente, CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, 159 ss.

³ Cfr. RESCIGNO G. U., *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 98.

⁴ Cfr. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, II ediz., Genova, 1997, 27.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. 2 aprile 1970, n. 49, in *Giur. Cost.*, 1970, 558.

Il caso preso in esame non rientra in nessuna delle due ipotesi sopra richiamate: l'effetto abrogativo delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, infatti, non è sfalsato rispetto all'entrata in vigore del medesimo provvedimento, posto che entrambi decorrono dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 del decreto. Tuttavia, sia l'entrata in vigore che l'effetto abrogativo sono stati posticipati rispetto alla emanazione dell'atto avvenuta il 2 luglio 2010⁶. La tesi maggioritaria in dottrina, avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale, sostiene che per l'applicazione del criterio cronologico debba farsi riferimento al momento della promulgazione (emanazione, nel caso di specie, trattandosi di un decreto legislativo), dato che è questa che fornisce efficacia formale alla legge⁷.

Nella vicenda analizzata, la questione consiste proprio nel fatto che una delle disposizioni abrogate dal Codice del processo amministrativo – l'art. 19, comma 5, della l. n. 241/1990 – al momento della decorrenza dell'effetto abrogativo aveva un contenuto diverso rispetto a quello che aveva al momento della emanazione dell'atto che ne ha disposto l'abrogazione. In tale intervallo di tempo, la norma era stata infatti inaspettatamente modificata.

Come ogni atto normativo, anche quello abrogativo ha una sua *voluntas* che lo giustifica. Ma tale volontà abrogativa va ricondotta al momento dell'atto o a quello della decorrenza dell'effetto? Dall'adesione all'una o all'altra tesi discendono necessariamente conseguenze diverse: far risalire la *voluntas legis* al primo momento, infatti, significa "salvare" dall'abrogazione la nuova norma come modificata, mentre spostarla al tempo dell'effetto abrogativo significa, al contrario, ritenere abrogato il comma 5 del citato art. 19 anche nella nuova versione.

Tuttavia, è sufficiente considerare che, se la volontà abrogativa fosse posticipata alla decorrenza dell'effetto, il legislatore, nel momento dell'emanazione dell'atto di abrogazione, avrebbe voluto eliminare in realtà una disposizione "futura" (senza sapere evidentemente quale

4

⁶ Come noto, i provvedimenti legislativi assumono la data della promulgazione dell'atto, al pari degli atti aventi forza di legge che assumono quella della loro emanazione. Tale circostanza è una delle argomentazioni a favore della configurazione della promulgazione come elemento che attiene alla perfezione dell'atto e non alla successiva fase dell'integrazione dell'efficacia, la quale comincerebbe dalla pubblicazione, cfr., CICONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2001, 251 ss.

⁷ Cfr., per le varie tesi in dottrina, CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie*, cit., 167 ss. Per la giurisprudenza, v. Corte cost. sent. 20 ottobre 1983, n. 321, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 385: «La pubblicazione della legge costituisce un atto diretto a dare "comunicazione" della stessa ai cittadini per renderne possibile la conoscenza ed impone conseguentemente la generale osservanza. Ma, ancor prima della pubblicazione, interviene nel procedimento legislativo, inteso in senso lato, la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, la quale consiste in un atto che si compone di tre elementi: l'accertamento della sussistenza e dell'identità della volontà delle due Camere, espressa mediante l'approvazione del disegno o della proposta di legge; la manifestazione della volontà del Presidente della Repubblica di procedere alla promulgazione suddetta, ed infine l'ordine di esecuzione diretto ad assicurare la piena operatività della legge. Tale atto non costituisce soltanto il presupposto della successiva pubblicazione, la quale viene attuata attraverso una serie di operazioni (il c.d. "visto", l'inserzione nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e la pubblicazione, propriamente detta, nella Gazzetta Ufficiale). Esso attribuisce altresì immediata efficacia, o se si vuole "esecutorietà" (che si distingue dalla obbligatorietà "erga omnes" conseguente alla pubblicazione), all'atto normativo. Quest'ultimo, pertanto, deve considerarsi non solo esistente nell'ordinamento giuridico ma, a taluni fini, anche efficace nei confronti di alcuni organi pubblici, tra cui sicuramente il Presidente della Repubblica nonché il Governo; ciò che è avvenuto nel caso di specie, in cui il Consiglio dei ministri è intervenuto con la sua deliberazione nel procedimento conclusosi con l'emanazione dell'atto di clemenza. Da ciò le varie applicazioni che dal principio conseguono, e che sono generalmente ricordate in dottrina. Così per stabilire l'antioriorità o la posteriorità di una legge rispetto ad un'altra deve farsi riferimento alla data della promulgazione e non a quella della pubblicazione, sicché la legge promulgata successivamente abroga quella promulgata prima anche se pubblicata dopo; così, ai fini dell'osservanza del termine fissato dalle leggi di delegazione, è sufficiente che l'atto (delegato) sia perfezionato con la emanazione prima della scadenza di detto termine anche se la pubblicazione avviene successivamente (cfr. in tali sensi anche le sentenze di questa Corte 6 luglio 1959 n. 39; 24 maggio 1960 n. 34; 12 novembre 1962 n. 91; 21 marzo 1974 n. 83)».

contenuto avrebbe assunto). Appare invece più ragionevole ritenere che il legislatore volesse abrogare la disposizione che “aveva sotto gli occhi” al momento della formazione dell’atto abrogativo. Si potrebbe, quindi, concludere che per accertare l’effettiva *voluntas legis* bisognerebbe addirittura risalire fino al momento della deliberazione dell’atto da parte dell’organo competente ad adottarlo (Parlamento per le leggi, Consiglio dei ministri per gli atti con forza di legge), dato che è quello il momento più rilevante della formazione del provvedimento, quello che esprime la volontà più attuale dell’ordinamento.

In altri termini, il Codice del processo amministrativo voleva di certo abrogare l’art. 19, comma 5, l. n. 241/1990 nella vecchia versione, non prevedendo nemmeno una sua possibile imminente modifica. La nuova versione del citato articolo resterebbe “immune” dall’effetto abrogativo in quanto la sua abrogazione non è stata *voluta* dall’atto abrogante. Ciò che è stato eliminato dall’ordinamento è stato soltanto il vecchio comma 5, il quale, tuttavia, prima ancora di essere abrogato era già stato sostituito.

Troppo frettolosamente si è giunti alla conclusione che la norma del Codice del processo amministrativo succitata avesse abrogato anche il nuovo comma 5 dell’art. 19 l. n. 241/1990 e troppo frettolosamente il legislatore è corso ai ripari. Ma molto tempo fa, ancor prima di assistere al caos normativo dei tempi moderni, qualcuno aveva già compreso che «la proliferazione delle leggi deriva da due inclinazioni naturali dell’uomo: il bisogno di agire e il piacere che prova nel crederci necessario. Tutte le volte che affidate a un uomo un compito speciale, egli tenderà a fare più di quello che gli è stato richiesto e non meno. (...) I governanti vogliono sempre governare; e quando, in virtù della divisione dei poteri, una categoria di governanti è incaricata di fare le leggi, questa ritiene di non poterne fare mai troppe.»⁸.

5

⁸ Cfr. CONSTANT B., *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, 81 s.