

PUNIRE PER UN FATTO CHE LA LEGGE HA STABILITO NON ESSERE PIÙ REATO? (*)

L'efficacia abrogatrice della legge delega inattuata nelle ipotesi dell'art. 2, terzo comma, lettere a) e b) della legge n. 67 del 2014.

di Carlo Sotis

Abstract. *Il 17 novembre 2015 scade il termine per l'attuazione dei principi e criteri direttivi contenuti nel terzo comma dell'art. 2, della legge n. 67 del 2014. Le lettere a) e b) di questo comma individuano nominalmente una serie di reati di cui espressamente stabiliscono l'abrogazione. In questo contributo si cerca di illustrare per quali ragioni, in caso di mancata attuazione della legge delega, alla scadenza del termine, per questi reati – e solo per questi – l'abrogazione scatta 'in automatico'.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La lezione europea e costituzionale sulla diretta applicabilità di disposizioni di principio contrastanti con norme incriminatrici. – 2.1. Risultato intermedio. – 3. La diretta applicabilità degli artt. 2 secondo comma lettera b) e terzo comma della legge n. 67 del 2014 in caso di non attuazione. – 3.1. Le abrogazioni disposte alla lettera a). – 3.2. L'abrogazione disposta alla lettera b).

1. Premessa.

Che succede se i principi e criteri direttivi di una legge di delega che dispongono l'abrogazione di reati risultano inattuati? Cioè se il Governo non approva, nei tempi concessi dalla legge di delega, il decreto legislativo?

Questo contributo si propone di rispondere a questa domanda.

Anticipo subito la risposta: in caso di non attuazione, le norme di una legge di delega che individuano *nominalmente* i reati a cui si riferiscono ed affermano *espressamente* l'abrogazione, sono provviste di diretta efficacia. Tale abrogazione, questa è la tesi che esporrò, scatta 'in automatico', qualora, *alla scadenza del termine concesso al legislatore delegato*, la delega non fosse stata attuata.

L'occasione da cui muove questa riflessione è offerta dall'art. 2, comma terzo, lettere a) e b)¹ della legge n. 67 del 2014, il cui termine per l'attuazione scade il 17 novembre 2015².

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione (curata da Mauro Catenacci) degli atti del convegno "Dall'emergenza alla 'deflazione': il sistema sanzionatorio dopo la L. 28.04.2014, n. 67" svoltosi

Chiarisco subito che sono consapevole che una parte della dottrina costituzionalista³ continua a ritenere che la legge delega sia un «atto meramente interno all'apparato costituzionale»⁴, con la conseguenza che la legge delega di per sé non sarebbe provvista di alcuna efficacia normativa.

presso l'Università di Roma tre, il 26 e 27 marzo 2015. Ringraziamo il curatore dell'opera per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione sulla nostra *Rivista*.

¹ In queste due lettere il legislatore elenca nominalmente alcune fattispecie incriminatrici disponendo espressamente l'abrogazione. In particolare, nella lettera b) stabilisce che questa venga trasformata in illecito amministrativo, mentre, per le ipotesi indicate nella lettera a) stabilisce che si individuino un sistema di sanzioni pecuniarie civili in aggiunta al risarcimento del danno (così lettere c), d) ed e))

Per comodità di lettura riporto qui il testo integrale del terzo comma dell'art. 2 della legge n. 67 del 2014.

«3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) abrogare i reati previsti dalle seguenti disposizioni del codice penale:

1) delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491;

2) articolo 594;

3) articolo 627;

4) articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-bis;

5) articolo 635, primo comma;

6) articolo 647;

b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia;

c) fermo il diritto al risarcimento del danno, istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati di cui alla lettera a);

d) prevedere una sanzione pecuniaria civile che, fermo restando il suo carattere aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso, indichi tassativamente:

1) le condotte alle quali si applica;

2) l'importo minimo e massimo della sanzione;

3) l'autorità competente ad irrogarla;

e) prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera a) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

² Prorogabile al 17 gennaio 2016, nel caso della procedura descritta all'art. 2, comma 4, della legge n. 67 del 2014

³ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, dodicesima edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2010, 378 s. il quale peraltro segnala espressamente come la sentenza 224/90 della Corte costituzionale si accomiati dall'impostazione sostenuta. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976 Tomo II, 754 s., (la successiva ed ultima edizione del manuale, che è del 1990, rielaborata ed aggiornata da F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte ha riguardato solo il primo tomo). Sembra iscriversi a questa posizione anche G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1990, 167 s. che sottolinea il carattere non obbligatorio della legge di delega in caso di non attuazione, tuttavia argomentando in via di fatto e sul solo piano politico «che la doverosità dell'attività governativa può affermarsi solo sul piano astratto, poiché le deleghe in esse possono determinare reazioni politiche da parte delle camere (...). Ma si tratta di reazioni possibili in astratto che non si sono date in concreto.»

⁴ T. MARTINES, *Diritto costituzionale* cit.

Sono tuttavia ugualmente consapevole che altra, e più numerosa, parte della dottrina costituzionalista sostiene la tesi opposta, cioè del carattere sostanziale della legge di delega⁵. Con la conseguenza, come è stato scritto, che “la legge delega costituisce il presupposto necessario per l’emanazione del decreto delegato da parte del Governo, ma non un momento procedimentale di esso. Il superamento della concezione della legge di delega come legge formale a rilevanza meramente interna (a parlamento e Governo), legato ad una più matura riflessione sulla capacità innovativa delle norme di principio, ha condotto da ultimo la Corte costituzionale a riconoscere l’immediata e diretta impugnabilità di una legge di delega (...); esso tende a rafforzare una concezione della legge di delega come atto presupposto e distinto dal decreto legislativo»⁶.

Va inoltre sottolineato con forza che in dottrina, sia chi è andato maggiormente a fondo nello studio della delega legislativa⁷, sia chi si sta occupando della specifica questione degli effetti normativi delle direttive non attuate⁸, presenta granitiche argomentazioni nel senso della natura sostanziale della legge di delega e, conseguentemente, della sua possibile efficacia normativa.

Ma vi è di più.

⁵ Tra gli altri cfr. A. CERRI, *Delega legislativa* (voce), in Enc. giur. Treccani, vol. XI, 1989, 10, par. 5.2.1, F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)* (voce), in Dig. disc. pubbl., IX, 1994, 111; L. CARLASSARRE, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1961, 74 s. che, argomentando nel senso della distinzione tra principi e criteri direttivi sottolinea come il principio contenuto in una legge di delega sia «una norma che si distingue dalle norme particolari (...), ma pone già una prima regolamentazione della materia da un punto di vista sostanziale». Anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 211 s. sul piano formale aderisce alla posizione espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 224 del 1990 e ritiene che legge delega e decreto legislativo non sono legati tra loro da un vincolo strutturale entro una medesima ed unitaria fattispecie ordinamentale (ivi 212), come critica la tesi dell’ineffettività del requisito dell’obbligatorietà della delegazione legislativa (ivi 220). Non mi sento di affermare con certezza che il pensiero di Paladin comporti che le norme contenute nella legge delega siano direttamente applicabili in caso di mancata attuazione nel caso qui in esame, cioè quando queste stabiliscano l’abrogazione di un reato. Tuttavia è questa è la posizione che io ricavo dal suo scritto. Tuttavia, per non tradirne il pensiero ritengo di riportare integralmente il passaggio in cui affronta la questione e di rimmetterlo direttamente al giudizio del lettore: «(...) il decreto si pone come un atto condizionato e condizionante ad un tempo: (...); condizionante, perché dalla sua disciplina di dettaglio dipende l’attuazione della legge stessa, e dunque l’efficacia dei disposti prestabiliti dalle camere (*salvo che questi assumano le caratteristiche della legislazione diretta, immediatamente operativa nella materia considerata dall’atto di delegazione*)» (ivi 211) (il corsivo è mio).

⁶ Così F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)* cit., 111.

⁷ Oltre agli autori delle voci enciclopediche citate alla nota precedente mi riferisco in particolare a A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, 1972, 75 s. e, 111 s. in quella che al sottoscritto, cioè un non costituzionalista che si addentra nella letteratura sulla legge di delega, sembra costituire la monografia di riferimento in tema. Trovo peraltro interessante che la sola (salvo possibili errori da parte di chi scrive) opera monografica dedicata alla legge di delega che sostiene la natura formale è precedente all’entrata in vigor edella Costituzione, segnatamente quella di E. TOSATO, *La legge di delegazione*, Padova, 1931, 46 s., e 91 s.

⁸ D. DE LUNGO, *L’efficacia normativa delle deleghe inattuate*, in *Osservatorio costituzionale AIC-Associazione italiana dei costituzionalisti*, Marzo 2015.

La Corte costituzionale ha stabilito che la legge di delega ha natura sostanziale. Nonostante essa presenti una stringa di decisioni, più risalente, che nega tale natura alla legge di delega⁹, più di recente, come anticipato nella citazione di Federico Sorrentino e Giancarlo Caporali appena vista, il giudice della legge ha emesso una sentenza di segno opposto – la n. 224 del 1990 – in cui, afferma, in un modo che più chiaro non si può, che la legge delega «è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia *erga omnes*, norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l'efficacia proprie dei «principi» e dei «criteri direttivi», ma che, per ciò stesso, non cessano di possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative»¹⁰.

Ora, non è certo mia intenzione, e non ne avrei peraltro le competenze, intervenire in questo annoso dibattito con affermazioni di ampio respiro sul valore della legge delega nel sistema delle fonti.

La mia ben più circoscritta intenzione è di segnalare invece come, *in caso di espressa statuizione di abrogazione dei reati* contenuta nella legge di delega, l'efficacia normativa che si chiede a questa di dispiegare è più immediata ed elementare di tutte le altre ipotesi esemplificative poste negli studi in cui si riflette *in generale* sull'efficacia della legge di delega non attuata. In letteratura i contributi che affrontano il tema fanno riferimento ad ipotesi di attuazione incompleta, parziale o addirittura discordante e si interrogano, in negativo, sulla illegittimità costituzionale di quelle norme attuate ma solo parzialmente attuative della legge di delega.

Campi di problemi, questi ultimi, diversi da quello che sta a me a cuore qui mettere in evidenza. Perché è chiaro che, per potere censurare una mancata attuazione davanti al giudice delle leggi, occorre una qualche legge a cui imputare il vizio e quindi alla sbarra finiranno sempre ipotesi di parziale o scorretta attuazione, non ipotesi di mancata attuazione.

Così, le specificità di una mancata attuazione di una legge delega che abroga un reato autorizzano una riflessione sulla validità di quelle impostazioni che negano qualunque efficacia normativa alla legge delega, anche nel caso in cui la legge di delega avesse disposto l'abrogazione di reati individuati nominalmente. La riflessione è autorizzata a maggior ragione poiché, come visto, quelle ricostruzioni si trovano affiancate ad altre, più numerose e parimenti autorevoli dottrine di segno opposto e – *soprattutto* – a una giurisprudenza costituzionale che invece sostengono il ragionamento che andiamo a svolgere.

Penso sia utile che queste pagine riflettano il “cammino esperienziale” che mi ha convinto nel senso dell'effetto abrogativo dei reati abrogati da una legge delega non attuata.

Il mio percorso parte dall'analisi dell'esperienza europea e dalla cultura della non applicazione che l'Unione europea ha seminato, e da come questa presenti un volto peculiare quando si tratti di valutare i margini di non applicabilità di quelle

⁹ In questo senso, ad esempio le sentenze n. 111 del 1972 n. e 91 del 1974.

¹⁰ Così, testualmente C. cost. n. 224 del 1990 par. 2 del *Considerato in diritto*.

particolari norme che sono le norme incriminatrici. Come vedremo questa trova importanti coordinate a sua volta nella precedente esperienza costituzionale sull'efficacia normativa delle c.d. norme costituzionali programmatiche (*paragrafo 2*).

Poi, sulla base delle indicazioni provenienti da questa esperienza, affronteremo il problema di petto, andando a ipotizzare che succede se le disposizioni abrogative previste nella legge delega n. 67 del 2014, che non risultano attuate al momento di licenziare queste pagine, dovessero restare inattuate fino alla scadenza del termine concesso al Governo. Rifletteremo se le argomentazioni che negano efficacia normativa alla legge delega siano in grado di sostenere anche l'inefficacia normativa di queste disposizioni abrogative. Ovviamente avendo a mente i principi costituzionali di validità e funzionamento del diritto penale (*paragrafo 3*).

2. La lezione europea e costituzionale sulla diretta applicabilità di disposizioni di principio contrastanti con norme incriminatrici.

L'esperienza da cui parto, come appena detto, è quella europea e costituzionale. Che il campo di problemi fomentato dalle deleghe inattuate abbia "un'aria di famiglia"¹¹ con la questione delle c.d. norme programmatiche della Costituzione e con quella delle direttive comunitarie non attuate è sottolineato in modo argomentato da chi si è più specificatamente occupato della questione¹² ed è autorevolmente affermato da Franco Bile in un suo intervento introduttivo, in qualità di presidente della Corte costituzionale, ad un incontro di Studi sulla delega legislativa¹³. Non sfuggono ovviamente anche le differenze tra questi tre campi di problemi, vedremo tuttavia, in chiusura di questo paragrafo, quali coordinate sia possibile trarre dalla lezione europea e da quella costituzionale.

Iniziamo dall'esperienza europea. In tema, uno dei capitoli più importanti della storia dell'integrazione giuridica europea, come noto a tutti, è quello della ricerca di strumenti per oltrepassare l'inattuazione delle direttive da parte degli Stati membri. Mi riferisco alla "scoperta" degli effetti diretti delle direttive non attuate, o per usare un'altra etichetta, al c.d. carattere *self executing* delle direttive.

E qui mi tocca procedere ad un non breve *excursus*, veramente necessario perché è da esso che il discorso muove. L'*excursus* riguarda una questione su cui ho avuto la possibilità di riflettere a lungo¹⁴: qual è il grado di precisione e determinatezza necessario e sufficiente per affermare che le norme contenute nelle direttive siano

¹¹ Faccio qui mia la bella metafora di P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica* in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di) *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014 p. 30, anche in *open source* a partire da [M. BOSI, Recensione](#) in *Questa rivista* 17 febbraio 2015.

¹² D. DE LUNGO, *L'efficacia normativa delle deleghe inattuate* cit., 8 s., 19 s.

¹³ F. BILE, *Seminario sulla delega legislativa*, in AAVV, *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi a Roma, palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2008, XIV s.

¹⁴ C. SOTIS, *Il diritto senza codice, Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 230 s.

provviste di effetto diretto nel particolare caso che queste si pongano in contrasto con delle norme *incriminatrici* nazionali?

Ricordo che la dottrina degli effetti diretti delle direttive inattuato costituisce una garanzia minima posta dalla Corte di giustizia¹⁵ per evitare che siano frustrati i diritti delle persone stabiliti da norme comunitarie di per sé non dotate formalmente di diretta applicabilità a causa dell'inerzia del legislatore nazionale nell'ottemperare agli obblighi comunitari¹⁶.

Avendo a mente questo scopo sono stati elaborati dalla Corte di giustizia i tre requisiti¹⁷ che costituiscono al tempo stesso limite e fondamento dell'idoneità della norma comunitaria ad esplicare l'effetto diretto: (a) che la norma sia *incondizionata* (cioè sia scaduto il termine concesso agli Stati per l'adempimento); (b) che da essa *emergano* solo *diritti* del *singolo* opponibili all'autorità (c.d. effetti verticali) e *non* anche *obblighi* opponibili ai singoli (c.d. effetti orizzontali); (c) che la norma sia sufficientemente *chiara* e *precisa*¹⁸.

Da questa funzione e dai tre requisiti di individuazione, emerge la definizione di effetti diretti, che, per riprendere una delle voci più autorevoli, vengono così descritti: «[gli effetti diretti] risiedono nell'idoneità della norma comunitaria a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai singoli, (...) senza cioè che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui singoli gli obblighi o i diritti prefigurati da norme esterne al sistema giuridico nazionale»¹⁹.

Nulla quaestio fino a qui. Poiché l'esigenza è di garantire alla persona che, a causa dell'inerzia del legislatore nazionale, non siano frustrati i suoi diritti stabiliti dal diritto comunitario, occorre fondare, ma anche limitare, l'efficacia diretta a quelle norme comunitarie che possano soddisfare questa garanzia. Perciò quelle direttive nei cui confronti sia scaduto il termine per l'adempimento (*incondizionate*), da cui derivino diritti e non anche obblighi (c.d. *effetti verticali*) e che siano sufficientemente *chiare* e

¹⁵ Così tra gli altri, con abbondanti richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'effetto diretto come garanzia minima, v. A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, 2003, 121.

¹⁶ La funzione di garanzia svolta dall'effetto diretto deriva dalla cosiddetta *estoppel clause* di derivazione anglosassone secondo la quale "i pubblici poteri non possono "beneficiare" dei propri inadempimenti e delle proprie infrazioni per impedire che una normativa comunitaria espliciti pienamente effetto". Così M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 97.

¹⁷ V. tra gli altri in particolare R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, 71 ss.; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 93 ss.

¹⁸ Da segnalare, perlomeno nello spazio di una nota, che tali requisiti sono altamente evolutivi e in perenne discussione. Per quanto concerne l'incondizionatezza v. Corte di giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04 *Mangold*; sul punto v. V. PATERNITI, *La Corte di giustizia apre al sindacato diffuso di legittimità comunitaria in internet sul "Forum dei quaderni costituzionali"*; 2006, S. RIONDATO, *Osservatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1490. Peraltro anche il requisito della limitazione ai soli effetti verticali ha registrato, anche se in misura più limitata, un'erosione, cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2003, in riferimento a norme del Trattato idonee a dispiegare effetti orizzontali 102 e, addirittura in riferimento a "effetti quasi orizzontali" di una direttiva, pur segnalando il carattere isolato della sentenza, 114.

¹⁹ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 164 s.

precise. Si immagina che solo le norme che soddisfano questi requisiti siano idonee a far valere i diritti in esse contenuti: solo a queste condizioni, infatti, le norme comunitarie possono sostituirsi alle norme nazionali contrastanti e costituire la fonte immediata con cui regolare il caso concreto.

Questo è il punto. Il paradigma applicativo che si ha a mente come retropensiero quando ci si interroga sugli effetti diretti è quello di una norma comunitaria che deve prendere il posto della norma nazionale per colmare la lacuna che essa stessa ha creato, rendendo non applicabile la norma nazionale. Così, *avendo in mente questo paradigma applicativo*, siamo portati a credere che le condizioni di attribuzione dell'effetto diretto debbano rendere la norma comunitaria idonea a fare *due cose*: *sia* rendere non applicabile la norma nazionale contrastante (effetto negativo o paralizzante) *sia* – al fine di colmare il vuoto normativo così determinato – costituire la regola di giudizio del caso concreto (effetto positivo o regolativo).

Tuttavia – e arriviamo allo snodo *centrale* del ragionamento –, *non* sempre interrogandoci sull'applicabilità delle norme comunitarie prevalenti e contrastanti con le norme nazionali entrano in gioco *entrambi* questi effetti, cioè *sia* l'effetto di paralizzare la norma nazionale *sia* quello di prenderne il posto nella definizione del giudizio²⁰.

Infatti, quando ci si interroga sulla diretta applicabilità di una norma comunitaria contrastante, in tutto o in parte, con una norma incriminatrice nazionale, *la norma comunitaria deve essere idonea solo a rendere non applicabile la norma incriminatrice nazionale, non anche a fondare la regola di giudizio.* Questo per la ovvia, ma parimenti fondamentale ragione che, una volta resa non applicabile la norma incriminatrice nazionale, non vi sono lacune da colmare. Questa regola di giudizio infatti è *già stata stabilita una volta per tutte*: in diritto penale alla non applicazione della norma incriminatrice non segue l'esigenza di trovare un'altra norma per definire il giudizio, poiché *questa norma esiste già e trova sempre applicazione*: è l'art. 27, 2° comma Cost., e il suo più immediato precipitato legislativo, l'art. 129 c.p.p., che alla non applicabilità della norma incriminatrice impone immediatamente di assolvere l'imputato.

In *diritto civile* le cose si presentano in maniera diversa. Una volta affermato – ad esempio – che una determinata norma nazionale che stabilisce che Tizio è proprietario di una bicicletta non è applicabile perché contrastante con una norma comunitaria siamo solo a metà del cammino: occorre ancora individuare la norma che ci dica chi è il proprietario della bicicletta. Lo schema normativo in diritto civile si articola in varie

²⁰ Roberto Bin in un suo scritto in tema di applicazione diretta della Costituzione spiega bene come – citiamo testualmente – “l'applicazione diretta della costituzione può significare molte cose: (a) può essere che la costituzione costituisca fonte immediata della regola del caso concreto; (b) può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; (c) può essere che essa serva a invalidare la disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica) *salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso*” (lettere e corsivi aggiunti). Così R. BIN, [L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge](#), relazione al Convegno annuale associazione dei costituzionalisti (2006), “La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa”, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#).

esigenze, intrecciate tra loro, ma concettualmente distinte: (a) non applicazione norma nazionale contrastante con norma comunitaria; (b) emersione di una lacuna; (c) esigenza di colmare la lacuna. Poi, data la totale permeabilità tra queste varie esigenze, la capacità di colmare la lacuna da parte della norma comunitaria (effetto regolativo) si riverbera, a monte, sull'idoneità della stessa a far scattare l'effetto paralizzante. In altre parole ragionando con a mente problemi civilistici: se la norma comunitaria non può prendere il posto della norma nazionale allora non potrà neanche renderla non applicabile e quindi sarà sprovvista di effetto diretto.

In *diritto penale* invece la questione è più semplice ed immediata: una volta che la norma incriminatrice che punisce l'uso che Tizio ha fatto della bicicletta non sia applicabile, siamo già arrivati alla fine del cammino. In questo è perfettamente aristotelico il giudizio penale: o è *A* (colpevole) o è *non A* (non colpevole). Il diritto penale si informa infatti ad un rapporto peculiare e stabilito una volta per tutte tra regola ed eccezione: la regola è la non applicazione, l'eccezione ha luogo in caso di sussistenza di tutte le condizioni giuridiche che cumulativamente possono condurre all'applicazione; se non sussiste o viene a mancare anche una sola delle condizioni l'eccezione non è integrata e si riapplica automaticamente la regola generale, come stabilisce l'art. 129 c.p.p., ma, soprattutto, come stabiliscono gli artt. 25, 2° comma e 27, 2° comma Cost. che *non solo dispongono* questo schema di giudizio, ma *lo impongono* come unico legittimo.

Tutto questo serve a capire perché norme comunitarie *di per sé non chiare e precise*²¹, e/o *disposizioni di principio* contenute nelle direttive²² siano idonee a rendere non applicabili norme incriminatrici nazionali direttamente ad opera del giudice ordinario, *senza dover sollevare un rinvio incidentale alla Corte costituzionale* ex art. 134 Cost. In altre parole perché queste norme – *di per sé non chiare e precise* – siano comunque dotate di diretta applicabilità.

E, si badi, nihil novum sub solis.

La questione richiama quella che interessò la dottrina costituzionalistica e penalistica italiana negli anni '50 del secolo scorso sulla *distinzione tra norme costituzionali immediatamente precettive e norme costituzionali programmatiche*, finalizzata a subordinare qualunque efficacia applicativa delle norme programmatiche, ritenute eccessivamente vaghe, ad un intervento del legislatore ordinario. La migliore dottrina costituzionalista²³, pur mantenendo quella distinzione²⁴, ebbe modo di chiarire che

²¹ Come ad esempio il principio di proporzione, il principio di non discriminazione, le quattro libertà di circolazione previste nel Trattato

²² V. ad esempio il caso *Calfa* C-348/96 dove una disposizione di principio di una direttiva (art. 3 comma 2 direttiva 64/221/CEE) che lascia ampio spazio di manovra al legislatore (stabilisce infatti: "la sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti (provvedimenti di espulsione)"), si oppone ad una sanzione nazionale accessoria di espulsione a vita a seguito di condanna penale, se letta alla luce del principio di proporzione.

²³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 55 ss.

²⁴ È utile chiarire che l'illustre autore, nel suo scritto fondamentale del 1952, non contesta che vi sia una differenza tra norme idonee a disciplinare positivamente una materia e norme inidonee a questo scopo. Esprime tuttavia fondate perplessità sulla terminologia utilizzata che, facendo leva sulla distinzione tra

anche le norme programmatiche, pur non essendo idonee di per sé a disciplinare positivamente le materie di loro competenza, hanno comunque la capacità di invalidare le norme con esse contrastanti²⁵.

Il precipitato penalistico fu (ed è) evidente: le norme incriminatrici in contrasto con norme costituzionali programmatiche debbono ritenersi automaticamente abrogate con l'entrata in vigore della Costituzione.

Emblematica fu in tema la questione dei reati di sciopero, in particolare dello sciopero economico previsto dall'art. 502 c.p., e dell'immediata applicabilità dell'art. 40 Cost. La disposizione «il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano» si compone infatti di due norme: “è riconosciuto il diritto di sciopero” e “il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano”²⁶. Nulla quindi impedisce alla prima norma di esplicitare i suoi effetti, come spiegò *Pietro Nuvolone*: «in nessun caso l'efficacia di una norma che riconosce un diritto dipende dall'esistenza di norme che disciplinano l'esercizio del diritto stesso, *quando il diritto è di per sé esercitabile anche senza di esse*²⁷, e quindi la norma è immediatamente applicabile»²⁸.

Se poi andiamo a vedere la giurisprudenza sull'art. 502 c.p. *precedente* alla sentenza n. 29 del 1960 della Corte costituzionale, con cui ne fu dichiarata l'illegittimità, vediamo che era del tutto pacifica l'interpretazione nel senso dell'immediata abrogazione dell'art. 502 c.p. a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 40 Cost., come ricorda il *Trattato* di *Manzini* nell'edizione del 1961²⁹.

Il carattere chiaro e preciso della norma insomma – e con esso la sua immediata applicabilità – non è una caratteristica intrinseca della disposizione, ma è una qualità da valutarsi a seconda della funzione che la norma inattuata è chiamata ad esercitare nel caso di specie³⁰. Nel caso del contrasto con una norma incriminatrice è richiesta solo una funzione paralizzante, non anche di disciplina e quindi la precisione e, conseguentemente la diretta applicabilità, di una norma deve essere parametrata a *questa* funzione.

Precisiamo che stiamo passando in rassegna qualcosa di assolutamente ovvio anche per la Corte di giustizia, sin dall'epico *leading case* sugli effetti diretti (e in generale sull'efficacia del diritto comunitario), il caso *Van Gend e Loos*, C-26/62, in cui la

norme precettive e norme programmatiche, non solo non coglie nel segno, ma risulta equivoca poiché *anche le norme programmatiche sono precettive* e lo sono proprio nel senso che interessa qui esplorare di porre una efficacia abrogativa delle disposizioni con esse contrastanti. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* cit., 51 ss.

²⁵ V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 56 afferma testualmente che le norme ordinarie contrarie alle norme costituzionali di principio “sono abrogate tacitamente con l'entrata in vigore della Costituzione”.

²⁶ Così NUVOLONE, *Il diritto di sciopero di fronte alla legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, 295.

²⁷ Il corsivo è originale, a riprova che il punto è proprio il differente criterio attraverso cui individuare l'applicabilità di una norma idonea a non applicare da una norma idonea a disciplinare positivamente.

²⁸ *Ibidem*. Da notare che anche sul piano terminologico la questione era esattamente la stessa: comprendere quali norme siano “immediatamente applicabili”

²⁹ Cfr. con richiami giurisprudenziali V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 4° ed. (a cura di Pisapia e Nuvolone), Torino, 1961, Vol. VII, 94, nota 5.

³⁰ V. in questo senso, pur con una terminologia diversa (distinguendo cioè tra norme precettive e norme programmatiche), G. LUZZATTO, *La diretta applicabilità cit.*, 72 ss.

Corte ha affermato proprio che il grado di chiarezza di una norma comunitaria necessario ad attribuirle l'effetto diretto *non è una qualità intrinseca della norma, ma dipende dalla funzione* che essa è chiamata a svolgere nel caso di specie³¹. In quella occasione la Corte di giustizia affermò che una disposizione del Trattato CEE (in particolare l'art. 12 della versione del 1956 del Trattato) è dotata di effetti diretti proprio perché – dice testualmente la Corte –: «il disposto dell'art. 12 pone un *divieto chiaro ed incondizionato* che si concreta in un obbligo *non già di fare bensì di non fare*. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinare l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il *divieto dell'art. 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti* sui rapporti giuridici intercorrenti tra gli Stati membri e i loro amministrati»³².

Occorre quindi invertire la causa con l'effetto: invece di affermare che le norme comunitarie, se dotate di effetti diretti, possono esercitare una funzione di riduzione del penalmente rilevante, rendendo non applicabili le norme nazionali incriminatrici e/o le sanzioni penali in contrasto, possiamo sostenere il contrario: qualora le norme comunitarie incondizionate siano chiamate a svolgere una funzione di riduzione del penalmente rilevante esse sono dotate di diretta efficacia. Per questo la Corte di giustizia *non ha mai negato* l'effetto diretto a norme comunitarie siffatte che erano state poste alla sua attenzione da parte di un giudice *a quo* in funzione riduttiva del penalmente rilevante.

2.1. Risultato intermedio.

Quale lezione possiamo trarre dall'esperienza europea e costituzionale? A mio avviso vi sono alcune coordinate ricavabili pacificamente, cioè senza mettere in discussione le differenze che intercorrono tra questi tre campi di relazioni (li ricordo: norme di legge di delega inattuata *vs* norme incriminatrici; norme costituzionali inattuate *vs* norme incriminatrici; norme dell'Unione europea inattuate *vs* norme incriminatrici).

In particolare da questa lezione è possibile trarre tre coordinate particolarmente istruttive ed esportabili per riflettere sull'efficacia normativa delle norme di una legge delega inattuata che dispongono nominalmente l'abrogazione di reati.

a) Anche ammettendo che vi siano norme programmatiche contrapposte alle norme c.d. "immediatamente precettive", la lezione costituzionale insegna che anche le c.d. norme programmatiche sono norme in senso pieno³³, cioè, ove possibile, direttamente applicabili.

b) La seconda coordinata è di tipo culturale, ma non per questo meno importante. L'integrazione giuridica europea ha contribuito ad alimentare la teoria e la

³¹ In questo stesso senso v. F. POCAR, *Diritto dell'Unione e della Comunità europea*, Milano, 9ª ed., 2004, 291.

³² Corsivi aggiunti.

³³ Lo sottolinea, con puntuali riferimenti alla lezione di *Vezio Crisafulli* anche D. DE LUNGO, *o cit.*, 8 s.

pratica della disapplicazione e dell'eterointegrazione normativa³⁴. Cioè che disposizioni di principio, anche se non di fonte legislativa debbano prevalere ed essere direttamente applicabili sulle confliggenti norme incriminatrici nazionali. Questo, per un verso acutizza quel campo di problemi in cui l'atto inattuato sia addirittura, come è la legge di delega, un atto di produzione parlamentare, e per altro verso per sineddoche, questa cultura della eterointegrazione ha avuto degli indubbi effetti anche sulla teoria e sulla pratica dell'autointegrazione dell'ordinamento giuridico, in forza del quale si è sempre più diffusa la diretta dimensione normativa dei principi³⁵. Ovviamente in diritto penale l'art. 25 secondo comma della Costituzione impone un'architettura a geometria variabile dello spazio normativo dei principi: questi mai potranno fondare direttamente una condanna penale. Tuttavia essi possono e debbono contribuire direttamente a svolgere una funzione di limite, cioè a interpretare *in senso restrittivo* o a rendere *non applicabile* una fattispecie penale.

c) *Last but not least* il grado di determinatezza e precisione necessario per affermare la diretta efficacia di una norma dipende dalla funzione che essa è chiamata a svolgere. In caso di funzione negativa, cioè di efficacia paralizzante, *segnatamente di una norma incriminatrice*, la diretta efficacia dipende dal grado di determinatezza e di precisione a svolgere *questa* funzione. Quindi la norma parametro deve essere in grado di individuare con precisione la norma incriminatrice con essa in contrasto e di affermare con precisione che vi sia un contrasto tra se stessa e quella determinata norma incriminatrice. Questa è la precisione di cui si necessita per affermarne la diretta efficacia.

3. La diretta applicabilità degli artt. 2 secondo comma lettera b) e terzo comma della legge n. 67 del 2014 in caso di non attuazione.

A questo punto, per chi ha avuto la pazienza di leggere fino a qui, il seguito del discorso appare intuibile. La disputa sul carattere "meramente formale", della legge di delega è inquinata dal fatto che, anche ammettendo un valore sostanziale alla legge di delega, non sarebbe comunque ben chiaro come i principi criteri direttivi di una legge di delega non attuata potessero dispiegare direttamente degli effetti normativi, non avendo questi comunque alcuna capacità di fondare la regola di giudizio³⁶.

³⁴ Cfr. G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (DPCE), 2009, 47 s. Sul punto sia consentito rinviare anche al mio C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*. Roma, 2012, 36 s.

³⁵ Analogamente, facendo leva sul principio di autodeterminazione dell'ordinamento e proprio avendo a mente la dimensione normativa dei «principi» contenuti nelle leggi di delega D. DE LUNGO, *O cit.*, 8 s.

³⁶ Che il problema a valle (applicabilità) si riverberi su quello a monte (natura formale o sostanziale) lo aveva già messo in evidenza in modo cristallino Angelo Antonio Cervati nella sua monografia di riferimento in tema di legge di delega: «Ma anche così formulata la definizione della legge nei termini di una "legge meramente formale" appare inesatta, soprattutto perché sembra ricollegare ad un astratto modo di essere della legge che conferisce la delega quelle che sono delle conseguenze dipendenti soltanto dal contenuto

Ma, abbiamo visto come *in diritto penale*, la regola di giudizio è già fissata, una volta per tutte dagli artt. 25 e 27 della Costituzione. Nella prospettiva del penalista ciò che occorre chiedersi è se il principio e criterio direttivo posto dalla legge di delega renda non applicabile un determinato reato, non anche se sia in grado di disciplinare positivamente un fatto.

Così, se rileggiamo le lettere *a)* e *b)* del terzo comma dell'art. 2 della legge delega n. 67 del 2014³⁷ vediamo che in tutte queste ipotesi il legislatore della legge di delega, cioè, giova ricordarlo, il Parlamento, ha nominalmente indicato i reati da abrogare ed ha stabilito che tali reati debbono essere abrogati. *Limitatamente a queste ipotesi*, in altre parole, ha soddisfatto le due condizioni di determinatezza e precisione necessarie per abrogare un determinato reato³⁸.

Facciamo ora l'ipotesi che alla scadenza del termine (come detto il 17 novembre 2015 o il 17 gennaio 2016, a seconda della procedura seguita ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge n. 67 del 2014) il Governo non abbia attuato la delega.

Abbiamo quindi una legge, la legge di delega, che sia la Corte costituzionale, sia la dottrina costituzionalistica che più si è interrogata sul punto, ci dicono essere non solo una delega, ma anche una legge. Una legge di per sé precisissima nell'affermare che questi determinati reati sono abrogati e che il Governo, sulla base di questo principio, deve prevedere che le medesime condotte sia sanzionate come illeciti di altra natura, ora amministrativa, ora civile, entro il termine di diciotto mesi. Se quindi il Governo entro il termine non ottempera alla delega la domanda che occorre porsi, da penalisti *non* è: "ma è possibile applicare direttamente le norme di una legge di delega?".

normativo delle statuizioni contenute nelle leggi di delega. A ben vedere, infatti, tali statuizioni sembrano insuscettibili di una applicazione immediata non tanto perché la legge che la contiene abbia una "natura" diversa dalle altre leggi, quanto molto più semplicemente, perché, così come sono state formulate dal parlamento, contengono delle norme che non sono dirette all'applicazione se non dopo l'entrata in vigore della legge delegata» A. A. CERVATI, *La delega legislativa*, cit., 112.

³⁷ Il testo del comma in questione è riportato *infra* alla nota n. 1.

³⁸ Come illustrato nella Relazione della c.d. "Commissione Palazzo" del 15 dicembre 2014 (*Commissione di studio per elaborare proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione* (D.M. 27 maggio 2014 – Pres. Prof. Francesco Palazzo) la legge di delega ha utilizzato due tecniche distinte, quelle della depenalizzazione "cieca" utilizzata nella lettera a) del comma 2 dell'art. 2 della legge 67 del 2014 e quella della depenalizzazione "nominale". La tesi che qui propongo non è sicuramente riferibile a quanto previsto nella lettera a), cioè le ipotesi di depenalizzazione "cieca", perché queste non sono abrogazioni nominate espressamente, la legge quindi manca della chiarezza e precisione necessaria per potere avere diretta efficacia abrogatrice di reati. Credo che *non* siano dotate di diretta efficacia abrogatrice anche le disposizioni nominate prevista al secondo comma lettera b) dell'art. 2. Queste ipotesi infatti individuano nominalmente i reati da trasformare, tuttavia in queste il legislatore della legge di delega *non* ha *testualmente* fatto riferimento all'abrogazione, ma ha parlato *tout court* di «trasformazione». Per questa ragione ritengo che il mio discorso non possa riferirsi anche a queste, ma solo a quelle *sia* "nominate" *sia* in cui il legislatore ha espressamente usato il termine abrogazione scisso dalla trasformazione, cioè, come visto a più riprese, solo quelle previste nel *terzo* comma dell'art. 2.

La domanda da porsi, in ossequio al principio di riserva di legge scolpito nell'art. 25 secondo comma della Costituzione è "ma quel fatto è *dalla legge* previsto come reato"?

Il 25 secondo comma Cost. impone di condannare sulla base di una legge. In questo caso vi è una legge successiva che afferma l'abrogazione del reato, cioè di un fatto previsto come reato da una norma di legge precedente. E vi è una giurisprudenza costituzionale che ci dice – lo ripeto – che la legge di delega «è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia *erga omnes*, norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l'efficacia proprie dei «principi» e dei «criteri direttivi», ma che, per ciò stesso, non cessano di possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative»³⁹.

Ora, tracciato questo quadro, nonostante entrambe le classi di ipotesi debbono considerarsi abrogate mi sembra comunque opportuno segnalare una distinzione tra le abrogazioni stabilite nella lettera *a*) e quella stabilita nella lettera *b*) del terzo comma dell'art. 2 della legge n. 67 del 2014.

3.1. Le abrogazioni disposte alla lettera *a*).

Il legislatore parlamentare alla lettera *a*) del terzo comma dell'articolo 2 stabilisce l'abrogazione, poi, nelle lettere *c*), *d*) ed *e*) del medesimo comma dispone di istituire sanzioni pecuniarie civili. Rispetto al quadro tracciato queste ipotesi impongono di interrogarsi sull'unico criterio ermeneutico che potrebbe eventualmente escludere la diretta efficacia abrogatrice della legge di delega: quello della volontà del legislatore.

Si potrebbe infatti obiettare che non è questa la volontà del legislatore delegante. Che quello che il legislatore delegante ha voluto non è semplicemente abrogare quei reati, bensì delegare il governo affinché entro diciotto mesi «abroghi» e «istituisca adeguate sanzioni civili». Verissimo. È evidente che sia questa la volontà del legislatore parlamentare: che quei reati vengano abrogati e vengano introdotti illeciti di altra natura, senza soluzione di continuità.

Che questa sia la volontà del legislatore è talmente ovvio che è per questo fuori discussione che, *fino alla scadenza del termine concesso al Governo*, nessun reato tra quelli indicati possa considerarsi abrogato⁴⁰. È anche chiaro a mio avviso che la volontà del legislatore parlamentare non sia di abrogare, ma di abrogare per delega.

³⁹ Così, testualmente C. cost. n. 224 del 1990 par. 2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Per questo ritengo non condivisibile l'interpretazione di quella giurisprudenza che ritiene che l'abrogazione sia efficace dal momento dell'entrata in vigore della legge delega. Per questa giurisprudenza v. la scheda critica di [A. GIUDICI, Omesso versamento di contributi previdenziali e inoffensività del fatto: dai giudici di merito una prima risposta alle sollecitazioni della Corte costituzionale](#) in questa Rivista, 22 gennaio 2015, in particolare par. 3. Riconducibile a questo orientamento, e parimenti non condivisibile, è anche [l'ordinanza del 16 dicembre 2014 della sezione seconda del tribunale di Bari](#), in cui il giudice solleva

Tuttavia – il punto è essenziale – che il legislatore parlamentare “volesse” abrogare per delega *non vuol dire che abbia delegato l’abrogazione*. Per le ipotesi a cui facciamo riferimento (quelle previste nelle lettere a) e b) del comma terzo dell’art. 2) è la legge di delega sia ad indicare nominalmente i reati da abrogare sia a disporre esplicitamente l’abrogazione. Una ulteriore prova che in queste ipotesi il legislatore non abbia delegato l’abrogazione è ricavabile – a contrario – dal fatto che in altre ipotesi il legislatore, pur indicando nominalmente i reati, invece di scrivere prima «abrogare» e poi «trasformare» o «istituire», ha detto solo e unicamente «trasformare» (lo ha fatto ad esempio nelle ipotesi previste alla lettera b) del seconda comma dell’art. 2). Queste differenti ipotesi infatti non sono dotate di diretta efficacia abrogatrice perché sono abrogazioni implicite, saldate indissolubilmente con la «trasformazione», in cui mi sembra quindi deducibile che per queste il legislatore oltre a volere abrogare per delega abbia anche voluto delegare l’abrogazione.

Torniamo alle nostre ipotesi, quelle del terzo comma lettera a), in cui come detto la volontà del legislatore di abrogare e trasformare per delega non comporta che abbia delegato l’abrogazione. Non è quindi in discussione se sia questa la esplicita volontà del legislatore. Ciò che occorre chiedersi è una cosa diversa; segnatamente se, nel caso non voluto dal legislatore delegante della mancata attuazione, la sua volontà possa implicitamente essere ricostruita nel senso che *l’abrogazione che lui ha disposto* debba venire meno. In altre parole che implicitamente il legislatore delegante nel volere abrogare per delega avesse voluto dire: “Governo, questi reati devono essere abrogati ed hai diciotto mesi di tempo per trasformarli in illeciti di altra natura, se però non ottemperi quei reati non sono abrogati”.

Si badi, non è qui questione di avventurarsi dentro la psiche del legislatore parlamentare e di intuire quale sia il suo retropensiero meno improbabile. Più semplicemente, è questione di chiedersi se *in assenza di una disposizione espressa*, sia consentito che una tra le varie ricostruzioni possibili della volontà implicita del legislatore sia un canone ermeneutico dotato di tale forza da legittimare la permanenza in vita di un reato per cui una legge dello Stato ha affermato nominalmente ed espressamente l’abrogazione. Una situazione cioè in cui i presupposti di funzionamento e garanzia posti dalla Costituzione nell’art. 25 secondo comma sono in grande sofferenza. Ora, sappiamo tutti che l’art. 25 secondo comma della Costituzione riserva alla legge l’esercizio della funzione incriminatrice e non il suo contrario. Tuttavia, penso sia innegabile che la riserva di legge, attribuendo il monopolio sul se e quanto punire al Parlamento, risulterebbe violata se, a fronte di una chiarissima scelta legislativa direttamente applicabile del Parlamento nel senso di non punire più un determinato fatto, si dovesse continuare a farlo. In questo caso l’esercizio dello *ius puniendi* non troverebbe più il suo fondamento nella legge, ma nell’opzione del Governo di non attuare la legge di delega.

questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 c.p. nella parte in cui non prevede che le sue disposizioni possano applicarsi anche alle ipotesi di legge di delega depenalizzatrice.

A mio avviso quindi l'articolo 25, secondo comma della Costituzione impone di affermare che l'argomento della volontà implicita del legislatore potrebbe avere questa forza solo se al legislatore delegante fosse preclusa la possibilità di specificare espressamente che in caso di mancata attuazione della delega l'abrogazione debba considerarsi *tamquam non esset*.

Ma non è così. Il legislatore delegante potrebbe infatti prevedere nella legge che, un reato da esso ritenuto non più meritevole di pena e di cui dispone l'abrogazione, e la contestuale trasformazione in illecito di altra natura debba restare in vigore in caso di mancata attuazione della delega. La scelta sul se punire è una valutazione politica rimessa al legislatore, è sempre l'art. 25 secondo comma a stabilirlo, e sappiamo che questo comporta che entro la cornice della non manifesta irragionevolezza questa scelta è rimessa alla sua discrezionalità. Sarebbe quindi a mio avviso scelta discrezionale non manifestamente irragionevole condizionare l'abrogazione di un reato alla contestuale trasformazione in illecito di altra natura. Potrebbe farlo, ma non lo ha fatto.

Ergo, l'argomento a contrario che traggo è che se il legislatore delegante non ha espressamente stabilito in tal senso quando avrebbe potuto farlo, non è allora possibile ritenere che questa implicita e non obbligata (e quindi, per forza di cose, opinabile e incerta) ricostruzione della volontà del legislatore delegante sia canone ermeneutico in grado di mettere da parte ciò che il 25 secondo comma pretende: che è riservato alla legge in senso formale stabilire se un fatto costituisce reato. Riserva di legge che entra in crisi se una legge successiva ha stabilito a chiare lettere che quel fatto non costituisce più reato.

La lezione europea e costituzionale ha insegnato al penalista che il volto costituzionale del diritto penale impone di "rompere le molecole". Fuor di metafora che se il legislatore delegante ha stabilito due principi e criteri direttivi, segnatamente "questi reati sono abrogati" e "questi fatti debbono essere sanzionati con illeciti di natura civile" ha detto che occorre un decreto per procedere alla costruzione di un nuovo sistema sanzionatorio non penale, ma prima ancora ha autonomamente stabilito, *con legge*, che quei reati sono abrogati. Il penalista è chiamato a valutare la penale rilevanza di una condotta prima di tutto sulla base dei requisiti formali e questi non possono dipendere da valutazioni diverse da quelle a cui la Costituzione subordina il legittimo esercizio dello *ius puniendi*. Una legge penale è valida se sono soddisfatte le condizioni formali di validità, e queste non possono dipendere da valutazioni in ordine a eventuali lacune extrapenali, a meno che il legislatore non abbia statuito in tal senso.

Certo, il problema politico che si crea abrogando dei reati che dovrebbero invece essere trasformati sussiste, ma non può essere l'argomento da cui fare dipendere l'efficacia abrogatrice di una norma di legge. Delle due l'una insomma: o un'abrogazione ha avuto luogo ed in nulla rileva l'emersione di lacune extrapenali o un'abrogazione non ha avuto luogo ed anche in questo caso a nulla può rilevare l'argomento della lacuna. In entrambi i casi è un argomento che nulla incide sull'efficacia abrogatrice. Questa o c'è o non c'è, ma, in entrambi i casi per ragioni

formali di rispetto delle condizioni poste dal principio di riserva di legge scolpito nell'art. 25 secondo comma Cost.

Ciò detto il problema *sociale e politico* della lacuna di tutela extrapenale che si verrebbe a creare resta, ma se è un argomento che non può essere utilizzato per impedire un'avvenuta abrogazione dovrebbe invece essere invocato, sul piano suo proprio, cioè quello politico, per evitare un'inattuazione.

3.2. *L'abrogazione disposta alla lettera b).*

Nella lettera b) del terzo comma dell'articolo 2 è stabilito: «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia».

Questa norma è infatti addirittura 'due volte', per così dire, autosufficiente. *Sia* perché il legislatore ha espressamente fatto riferimento all'abrogazione di questo specifico reato, *sia, ad abundantiam*, perché l'esigenza di trasformazione qui è addirittura già soddisfatta dall'ordinamento giuridico vigente: l'abrogazione del reato prevista all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 infatti comporta la trasformazione in illecito amministrativo della condotta incriminata che è già sanzionata come illecito amministrativo ai sensi dell'art. 13⁴¹.

Sul fondamento di quanto ho detto tuttavia non è su questa differenza che corre la distinzione in punto di efficacia abrogatrice. Come detto, non è solo "il grado di autosufficienza" di una norma contenuta nella legge delega a fondare la sua diretta applicabilità.

Ciò che rende la questione dell'efficacia abrogatrice della delega inattuata diversa dagli altri problemi affrontati dalla dottrina costituzionalistica in tema di efficacia normativa della delega inattuata è che per questo problema emergono *due* peculiarità. Entrambe essenziali. In primo luogo che il grado di precisione e chiarezza richiesto alla disposizione di principio è quello necessario e sufficiente ad abrogare espressamente determinati; in secondo luogo che il presupposto di funzionamento del diritto penale è la riserva di legge formale scolpita nell'art. 25 secondo comma della Costituzione, che, per quanto sostenuto, risulterebbe indirettamente, ma innegabilmente, violata se si continuasse a punire per la commissione di un fatto che una legge ha stabilito non essere più reato.

⁴¹ Ad ulteriore ristoro di quanto affermato si può ricordare che anche la commissione Palazzo, all'unanimità, è giunta alla conclusione che per attuare la lettera b) fosse sufficientemente procedere «all'abrogazione secca» cfr. Relazione della c.d. "Commissione Palazzo" del 15 dicembre 2014 cit., 6.