

## RIFLESSIONI CRITICHE SUL PRETESO EFFETTO ABROGATIVO DELLA DELEGA DI DEPENALIZZAZIONE SPECIFICA

Non ancora ma già *vs* già ma non ancora

di Giuseppe Losappio

**Abstract.** *Non poche sentenze di merito e una (perspicua ma isolata) elaborazione della letteratura penalistica sostengono che le direttive di delega di depenalizzazione (ad normam) producono effetti abrogativi. Breve: delega di depenalizzazione specifica e incondizionata=abrogazione dal momento dell'entrata in vigore della legge delega, per le prime, dal momento della scadenza del termine per l'esercizio del potere legislativo delegato, per la seconda. La Corte di Cassazione ha inesorabilmente respinto questa posizione ma senza "fare i conti" con la sentenza della Corte Costituzionale (n. 224/1990) che ha riconosciuto alla legge delega l'effetto di porre norme immediatamente costitutive dell'ordinamento giuridico erga omnes (non solo nei confronti del governo). Questo precedente giustifica un approfondimento ma, da solo, non basta a reggere nessuna delle due versioni della "tesi" dell'efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione, la cui vera pietra di inciampo si manifesta nel caso che il governo adempia la delega ma – con o senza l'avallo del parere del parlamento – non dia seguito ad una direttiva di depenalizzazione (sia pure specifica e incondizionata). Un'ipotesi tutt'altro che scolastica. Per esempio, da ultimo, il d.lgs. n. 7/2016 non ha disposto la depenalizzazione di alcuni reati candidati alla "derubricazione" dalla legge delega n. 67/2014, anche, come nel caso del c.d. reato di "immigrazione clandestina", contro il parere espresso dalla commissione parlamentare.*

SOMMARIO: 1. Il tema e le questioni. – 2. La questione dell'immediata efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione *ad normam*. Le (spesso) confuse motivazioni dei giudici di merito e la "granitica" posizione negativa della giurisprudenza di legittimità. – 3. La questione dell'efficacia abrogativa *ex nunc* della delega di depenalizzazione. Una posizione della letteratura penalistica. – 4. La sentenza n. 224/1990 della Corte Costituzionale. – 5. Aporie. – 6. La cruna dell'ago. La questione della scelta del governo di emanare la disciplina delegata ma di non depenalizzare un reato che la delega aveva candidato alla depenalizzazione. Il caso (emblematico) della l. 67/2014 e dell'omessa depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina.

### 1. Il tema e le questioni

Il tema dell'eventuale effetto abrogativo della delega di depenalizzazione specifica (che indica cioè puntualmente il reato da abrogare) dai dispositivi e dalle

motivazioni delle sentenze di merito e di legittimità è infine approdato alle pagine della letteratura penalistica.

In realtà, le questioni affrontate dalla “giurisprudenza” e dalla “dottrina” sono simili ma non identiche, così come simile ma non identica è la questione che propone la scelta del governo di esercitare solo in parte la delega:

- con risultati spesso contrapposti, i giudici di merito e di legittimità hanno affrontato l’ipotesi che la delega di depenalizzazione *ad normam* produca, dal momento in cui la stessa legge delega entra in vigore, l’effetto di abrogare il reato candidato alla depenalizzazione/abrogazione;

- la letteratura penalistica, invece, ha discusso circa l’efficacia della delega di depenalizzazione *ad normam* nel caso in cui alla scadenza del termine per l’adozione della disciplina delegata il governo resti inerte;

- la scelta dell’esecutivo di adempiere la delega ma non dare seguito ad una direttiva di depenalizzazione *ad normam* si pone come termine di verifica critica delle elaborazioni relative sull’efficacia abrogativa (*ex nunc/ex tunc*) della stessa delega di depenalizzazione.

## **2. La questione dell’immediata efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione *ad normam*. Le (spesso) confuse motivazioni dei giudici di merito e la “granitica” posizione negativa della giurisprudenza di legittimità**

La giurisprudenza di merito, seguendo percorsi argomentativi differenti, ha (piuttosto confusamente) pronunciato sentenze di assoluzione (sia pure con formule differenti), soprattutto con riferimento all’art. 2 del d.l. 463/1983 (c.d. delitto di omesso versamento di contributi previdenziali ed assistenziali).

La sequenza delle formule risulta condizionata dall’entrata in vigore dell’art. 131-*bis* c.p.. Occorre distinguere, quindi, le sentenze precedenti all’introduzione nel codice penale della nuova clausola di punibilità e quelle successive.

Le decisioni di questo secondo gruppo hanno classificato la prospettiva della depenalizzazione tra gli indici sintomatici della tenuità del reato di omesso versamento di contributivi per cifre modeste<sup>1</sup>. Si tratta di un reato «in imminente procinto di depenalizzazione ed anche in quanto tale, dunque, del tutto tenue e inoffensivo», si legge nella motivazione di una decisione di poco precedente<sup>2</sup> (formula assolutoria, in entrambi i casi, non luogo a procedere per non punibilità del fatto).

Prima dell’art. 131-*bis* c.p.:

- una sentenza dello stesso Tribunale di Campobasso “reggeva” la formula assolutoria della insussistenza del fatto<sup>3</sup> (“inoffensivo”), combinando il riferimento alla

---

<sup>1</sup> Trib. Grosseto, sent. 9-7-2015, in *pluris-cedam* (anche in questa decisione manca il riferimento argomentativo alla sentenza nr. 224/1990).

<sup>2</sup> Trib. Campobasso, sent. 22-5-2015, in *pluris-cedam* (idem). In termini Trib. Campobasso, sent., 10-4-2015, *ivi* (idem); Trib. Campobasso, sent., 3-4-2015, *ivi* (idem).

<sup>3</sup> Trib. Campobasso, sent. 6-10-2014, in *pluris-cedam*.

depenalizzazione con il *dictum* di alcune sentenze della Consulta sul principio di offensività;

- altre due pronunce, all'esito di percorsi motivazionali diversificati, hanno disposto entrambe l'assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Una delle due decisioni ha seguito un discorso tortuoso, movendo dalle argomentazioni della Corte Costituzionale circa la possibilità di escludere comunque il «rilievo penale a condotte apparentemente tipiche quando, avuto riguardo alla ratio della norma incriminatrice» qualora «esse risultino in concreto prive di significato lesivo»<sup>4</sup>. Questo canone ermeneutico, pur interagendo con l'assunto dell'efficacia «non [...] meramente formale» della legge delega («che [...] non si limita a disciplinare i rapporti "interni" tra Parlamento e Governo ma costituisce fonte direttamente produttiva di norme giuridiche»), non supera – spiega la motivazione – la considerazione che «una formale depenalizzazione» delle norme che la legge 67/2014 ha esplicitamente candidato alla «fiscalizzazione» non si è comunque verificata<sup>5</sup>. Ciò nonpertanto, di un fatto non offensivo di interessi penalisticamente tutelati si può comunque affermare che «non è più previsto dalla legge come reato, per "legge" intendendosi, nel solco della giurisprudenza CEDU, la combinazione ermeneutica del *decisum* di un organo *superiorem non recognoscens* quale la Corte Costituzionale e di una volontà popolare espressa e inequivoca»<sup>6</sup>.

Più lineare e «coraggiosa», una sentenza del Tribunale di Bari<sup>7</sup>, pervenuta alla medesima formula assolutoria (perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato), sulla base di quattro snodi argomentativi:

- non è condivisibile la prassi di prevedere lunghi rinvii in attesa dei decreti legislativi di attuazione;
- il legislatore ha espresso «in modo chiaro ed inequivocabile» la volontà di depenalizzare il delitto dell'art. 2, co 1-bis, del d.l. n. 463/1983;

---

<sup>4</sup> Cfr. le sentenze nn. 333/1991 e 139/2014 la Consulta non ha accolto la questione di legittimità sollevata con riferimento a fattispecie di omissioni contributive per cifre risibili o, comunque, di entità modesta, ribadendo tuttavia, l'opportunità di risolvere in via interpretativa gli eventuali attriti con la Carta offerte dal principio di necessaria offensività.

<sup>5</sup> «Deve concludersi – si legge in un'altra decisione – che, fintanto che la delega non trovi attuazione, la tutela dell'interesse giuridico sopra menzionato rimane affidata alla norma penale vigente, e il Giudice di merito, nella valutazione circa l'offensività della condotta, è unicamente tenuto verificare se la condotta contestata sia in concreto assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto»: Trib. Cagliari, sent. 9-4-2015, in *pluris-cedam* (dove manca il riferimento argomentativo alla sentenza nr. 224/1990).

<sup>6</sup> Trib. Asti, sez. penale, sent., 27-6-2014, in *www.csddl.it*, novembre 2014. Negli stessi termini si è pronunciata Trib. Aosta, 7-11-2014 in questa *Rivista* con nota di [GIUDICI, Omesso versamento di contributi previdenziali e inoffensività del fatto: dai giudici di merito una prima risposta alle sollecitazioni della Corte costituzionale](#) (22 gennaio 2015). In senso contrario Trib. Taranto, sez. I. sent. 28-11-2014, in *pluris-cedam* («non possono ritenersi inoffensivi comportamenti che non riguardano cifre completamente irrisorie come questi di specie e non sono – per dirla con la sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2014 – palesemente privi di qualsiasi idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati»); Trib. Torino, sez. V. sent. 20-10-2014, *ivi*.

<sup>7</sup> Trib. Bari, sez. III, sent. 16.06.2014, in *www.lavoro-previdenza.it*.

- considerata la disposizione dell'art. 2, co. 6 del c.p., se la depenalizzazione fosse stata disposta da un decreto legge, perlomeno durante la vigenza del decreto, il giudice avrebbe dovuto emanare in ogni caso una sentenza di assoluzione (nulla rilevando per contro l'ipotesi della non conversione della disposizione di derubricazione);

- «il discorso fatto al rovescio...fa sì che questa seconda ipotesi assuma toni addirittura più autorevoli e che, ancorché non disciplinati espressamente dalla norma (art. 2, co. 6, c.p.)», conducono alla duplice conclusione che «l'attuale assenza o, in futuro, il ritardo di quei decreti, non fanno venire in alcun modo lo spirito abrogativo della legge che, come tale resta nel corpus legislativo sia pure senza attuazione formale»; «a tutto voler concedere ... l'attuale assenza, il ritardo o la mancanza di quei decreti, fanno salvi *in bonam partem* quelle situazioni createsi medio tempore, come nel caso di cui si occupa».

Per contro, la giurisprudenza di legittimità con perentorietà, semplicità e costanza ha sancito che la direttiva di delega di depenalizzare un reato conferisce al governo il potere di adottare una norma delegata corrispondente ed istituisce «una mera facoltà e non un obbligo»: quindi, «potrà aversi la depenalizzazione della fattispecie incriminatrice solo a seguito dell'intervento normativo» dello stesso esecutivo<sup>8</sup>. In assenza del concreto esercizio della delega, si legge in un'altra motivazione, non è «possibile ritenere che i principi e i criteri inseriti nella legge di delegazione in materia di depenalizzazione abbiano effetto modificativo dell'ordinamento vigente»; anzi, quando manca ancora «una precisa norma depenalizzatoria che volga ad amministrativo un illecito oggi ritenuto penale», sarebbe irragionevole disporre l'annullamento senza rinvio di una sentenza di condanna ovvero la conferma della sentenza assolutoria perché il fatto non è previsto dalla legge come reato. Il proscioglimento per un reato "candidato" alla depenalizzazione formale (trasformazione in illecito amministrativo), infatti, determinerebbe «una impunità generale per chi comunque violi un obbligo degno di interesse di tutela» in contrasto con l'intenzione del Parlamento di non «dismettere totalmente la punibilità per i fatti» depenalizzati, «bensì di assoggettarli unicamente ad una sanzione amministrativa»<sup>9</sup>.

È più che evidente – incalza una sentenza di poco successiva – «che la volontà del legislatore non è da intendersi come immediata depenalizzazione del reato di cui si tratta, bensì come conferimento al governo di un potere legislativo di cui regola la durata e le modalità di esercizio, nonché, in misura conforme all'Istituto della legislazione per delega, lo stesso contenuto. Non essendo stato ancora emesso il

---

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. III, sent. 17-3-2015, n. 23944, in *iusexplorer* (con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 659 c.p.). In termini Cass. pen., sez. fer., sent. 31-7-2014, n. 38080, in *pluris-cedam* (con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2, co 1-bis, del d.l. n. 463/1983); Cass. pen., sez. I, sent. 19-9-2014, n. 44997, in *pluris-cedam* (con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 10-bis del d.lgs. n. 286/1998);

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. III, sent. 14-4-2015, n. 20547, in *iusexplorer* (con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2, co 1-bis, del d.l. n. 463/1983). In termini: Cass. pen., sez. III, sent. 13-5-2015, n. 26170, in *pluris-cedam*; Cass. pen., sez. V, sent. 24-9-2015, n. 42599, *ivi* (con riferimento all'art. 594 c.p.).

decreto legislativo riguardante il reato in questione, non è pertanto configurabile allo stato la sua depenalizzazione»<sup>10</sup>.

### 3. La questione dell'efficacia abrogativa *ex nunc* della delega di depenalizzazione. Una posizione della letteratura penalistica

«Che succede se i principi e criteri direttivi di una legge di delega che dispongono l'abrogazione di reati risultano inattuati?» 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»; l'abrogazione «scatta 'in automatico', qualora, alla scadenza del termine concesso al legislatore delegato, la delega non fosse stata attuata»<sup>11</sup>.

Le tappe argomentative che conducono a questa riflessione sono tre:

- il confronto con la «lezione europea e costituzionale sulla diretta applicabilità di disposizioni di principio contrastanti con norme incriminatrici»<sup>12</sup>;
- la riflessione sull'efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione.

I primi – per espressa ammissione dell'autore – sono «argomenti incompleti»<sup>13</sup> perché non sono “auto-reggenti”<sup>14</sup> ma servono per dimostrare che la conclusione che si fonda principalmente sul terzo snodo argomentativo corrisponde ad un format consolidato di «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»<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. III, sent. 25-9-2015, n. 44621, in *iusexplorer* (idem).

Del resto – chiosa la motivazione di Cass. pen., sez. III, sent. 14-4-2015, n. 20547, *cit.* – «nessuna conseguenza negativa deriverebbe al ricorrente dal mancato proscioglimento (o, in questa sede, annullamento senza rinvio) per il mancato accoglimento della tesi difensiva, posto che, all'atto dell'entrata in vigore dei decreti delegati attuativi della delega in questione, ove ricorrano le condizioni che il legislatore delegato fisserà, il condannato ben potrà proporre istanza ex art. 673 c.p.p., ottenendo la revoca della sentenza». **Questa affermazione non è affatto condivisibile poiché, a prescindere da qualsiasi altro rilievo, contrasta con la “ratio” dell'art. 129 c.p.p., sia negli aspetti che risalgono al principio di economia processuale sia per i profili che sono connessi all'esigenza di tutelare l'innocenza dell'imputato.**

<sup>11</sup> Così, pressoché testualmente l'incipit del saggio di [SOTIS, Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato? L'efficacia di abrogazione della legge delega inattuata nelle ipotesi dell'art. 2, terzo comma, lettere a\) e b\) della legge n. 67 del 2014, in questa Rivista, 3 novembre 2015](#) (p. 1).

<sup>12</sup> SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato?* *cit.* (p. 5).

<sup>13</sup> TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Cicu – Messineo, I, t. 2, Milano, 1980, p. 394.

<sup>14</sup> Critica [ALBERTI, Principi e criteri direttivi della legge di delega come disposizioni d'immediata applicazione? A proposito dell'art. 2 della legge 28 aprile 2014, n. 67, in questa Rivista, 24 dicembre 2015](#), pp. 8-10.

<sup>15</sup> [SOTIS, op. cit.](#) (p. 10).

Sulla base delle indicazioni (analogiche) provenienti da queste “esperienze”, il saggio affronta «di petto»<sup>16</sup> la questione dell’efficacia della delega di depenalizzazione non adempiuta dall’esecutivo. Il “cuore” della riflessione si articola in due passaggi argomentativi:

- la Corte costituzionale (sentenza n. 224/1990) ha stabilito 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»;

- ciò che vale per le norme europee e costituzionali, vale anche per le deleghe di depenalizzazione<sup>17</sup>. Se una direttiva di depenalizzazione è specifica e incondizionata vuol dire che quel fatto non è più previsto dalla legge come reato. Sostenere il contrario, dopo la scadenza della delega, significherebbe violare la riserva di legge formale scolpita nell’art. 25, co 2., Cost. punendo per la commissione di un fatto che una legge ha stabilito non essere più reato<sup>18</sup>.

A nulla per contro rileva che la volontà del legislatore parlamentare non sia di abrogare ma di abrogare per delega e non di abrogare per delega ma di derubricare i reati in illeciti puniti con sanzioni amministrative. Se, a fronte di una chiarissima scelta legislativa direttamente applicabile nel senso di non punire più un determinato fatto, si dovesse continuare a farlo, risulterebbe violata la riserva di legge, che attribuisce «il monopolio sul se e quanto punire al Parlamento»; 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»<sup>19</sup>.

L’autore non si nasconde «il problema politico che si crea abrogando dei reati che dovrebbero invece essere trasformati» in illeciti amministrativi, ma – insiste – «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.»<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> SOTIS, *op. cit.* (p. 5).

<sup>17</sup> SOTIS, *op. cit.* (p. 12).

<sup>18</sup> SOTIS, *op. cit.* (p. 16).

<sup>19</sup> SOTIS, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>20</sup> SOTIS, *op. cit.* (p. 15).

#### 4. La sentenza n. 224/1994 della Corte Costituzionale

Le due questioni proposte dalla letteratura penalistica e dalla giurisprudenza di merito, nonostante gli approdi differenti (efficacia *ex tunc* ed *ex nunc* della delega di depenalizzazione *ad normam*), si riferiscono più o meno consapevolmente/esplicitamente alla sentenza n. 224/1990 della Corte Costituzionale.

Nella motivazione di questa importante decisione della Consulta, tra l'altro è scritto 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;

- quando "principi e criteri direttivi", in ragione del loro grado di determinatezza e di inequivocità, configurano ipotesi normative sufficientemente precise e tali da poter dar luogo ad effettive lesioni delle competenze regionali (o provinciali), non si può contestare che le regioni (o le province autonome) abbiano interesse a ottenere una pronuncia d'illegittimità costituzionale delle norme di delegazione e a impedire, quindi, che siano adottati decreti legislativi conseguentemente invalidi e ulteriormente lesivi delle proprie competenze (anche perché sarebbe profondamente irragionevole ritenere che la Corte non possa eliminare tempestivamente eventuali illegittimità costituzionali, ma debba attendere che i relativi vizi siano riprodotti o, addirittura, ampliati nei successivi decreti delegati).

Si impongono cinque precisazioni:

- una, la più semplice, che la decisione della Corte riguarda una questione "pregiudiziale", ovvero la impugnabilità dei principi/direttive di delega determinati, inequivoci e sufficientemente precisi (superata la questione, la sentenza respinge l'eccezione di incostituzionalità);

- la seconda che l'oggetto della pronuncia sono norme di organizzazione sia sotto il profilo generale, comune ad ogni legge delega, per cui il soggetto attivo è il parlamento quello passivo il governo, sia sotto il profilo, proprio del *petitum* proposto al giudice delle leggi, che i principi della delega impugnata riguardano un trasferimento/istituzione di competenze in capo ad un'articolazione dello stato piuttosto che alle regioni/province autonome;

- la terza, è che il tema affrontato dalla Corte e quello dell'efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione *ad normam* non sono affatto simili. Una norma di depenalizzazione (secca), di per sé, non potrebbe essere mai impugnata dall'indagato/imputato/condannato per evidente carenza di interesse. Diverso è il caso che la delega preveda un regime sanzionatorio "extrapenalistico" deteriore rispetto a quello penalistico in vigore; sennonché, sempre che in questa situazione il sindacato di costituzionalità sia configurabile, è ben evidente che nell'ipotesi in esame ad essere impugnata non sarebbe di per sé la depenalizzazione ma la disciplina (transitoria o meno) dell'illecito depenalizzato delineata nella delega. Tutto a voler concedere, quindi, ad eccepire l'incostituzionalità dei principi/direttive relativi alla

“fiscalizzazione” di un reato potrebbero essere solo i soggetti offesi o comunque portatori degli interessi/valori tutelati dalla disposizione incriminatrice. Anche questa strada, però, conduce ad un vicolo cieco. Se (nonostante l’orientamento sempre più contrario della Corte EDU), in linea di principio, ammette la “censurabilità” delle norme penali di favore, la Consulta esclude che al legislatore possa essere mosso un addebito di illegittimità costituzionale per la scelta di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, compreso (persino) il caso in cui per effetto dell’abrogazione o delle depenalizzazioni venga smantellata la tutela penale di beni costituzionalmente tutelati<sup>21</sup>.

- La quarta precisazione è che la sentenza contiene un’affermazione generale, valida universalmente, a prescindere dal caso affrontato, che potrebbe, quindi, assumere rilievo nell’esame delle questioni che stiamo esaminando: **la legge delega è un vero e proprio atto normativo, diretto a porre con efficacia erga omnes, norme (legislative) costitutive dell’ordinamento giuridico.**

- Ultima precisazione: le conclusioni della giurisprudenza e della dottrina illustrate finora (al netto – si insiste – degli argomenti analogici, incompleti e quindi non risolutivi) si fondano **solo** sulla combinazione di questa affermazione di principio con le peculiari istanze di garanzie del diritto penale, colte, nello specifico in esame, sotto il profilo delle connessioni tra riserva di legge e regime della successione delle leggi.

## 5. Aporie

---

<sup>21</sup> Così, sia perché, le esigenze costituzionali di protezione dei beni giuridici non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, cui il legislatore ricorre solo «quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l’assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (Corte Cost. sentenza n. 447/1998), sia perché in assenza di obblighi di penalizzazione ricavabili dalla Costituzione, spetta sempre ed esclusivamente al legislatore il compito di individuare i reati e le pene.

Sulla (eventuale) configurabilità di obblighi europei (derivanti dalla Carta EDU o dalle fonti dell’Unione) cfr. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 243 ss.; CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 535; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pp. 120-122 (in part.). Da ultimo [GULLO, Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE, in questa Rivista, 10 febbraio 2016](#) (p. 20) cui si rinvia per una prima informazione ed i riferimenti bibliografici essenziali di commento alla Corte Cost. Corte Cost. sentenza n. 28/2010 (sulla qualificazione o meno come rifiuto della polvere di pirite).

È diverso il (complesso) caso deciso dalla sentenza della Corte Cost. sentenza n. 5/2014, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 965, con nota di CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell’associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*; in *Dir. pen. cont.*, con nota di SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*. In estrema sintesi, la sentenza ha sancito la illegittimità costituzionale (anche) del d.lgs. nr. 179/2009 che non aveva espressamente escluso l’abrogazione del d.lgs. nr. 43/1948 (che disciplinava il delitto di associazione militare con scopi politici), così violando i principi di delega stabiliti dall’art. 14, co. 14, della l. n. 246/2005.

Una legge “normale” o un decreto legge che dispongono l’abrogazione o la depenalizzazione di un reato producono immediatamente l’effetto di estromettere la norma dal sistema penale “in senso formale”. Depenalizzazione o abrogazione, ai sensi dell’art. 2, comma 2, c.p., non fa alcuna differenza: la punizione diventa impossibile (s’impone, perlomeno, l’assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato); l’esecuzione e gli effetti penali della sentenza di condanna relativa ad un reato depenalizzato/abrogato devono cessare immediatamente.

L’elaborazione delle questioni che abbiamo esaminato “pretendono” di affermare che la stessa conclusione vale anche per la legge delega che individui puntualmente i reati da depenalizzare. La delega di depenalizzazione, in quanto espressiva della volontà legislativa di estromettere dal sistema penale un reato, produce in realtà un effetto abrogativo. Il denominatore comune dei due orientamenti illustrati nei paragrafi precedenti è che delega di depenalizzazione=abrogazione. La differenza è che secondo la giurisprudenza l’effetto abrogativo si produce dal momento in cui entra in vigore la legge delega mentre secondo la letteratura penalistica bisogna attendere la scadenza del termine che il parlamento ha assegnato al governo.

È una divaricazione sintomatica delle aporie cui vanno incontro entrambe le elaborazioni:

- quella della giurisprudenza abroga la delega e, dunque, in nome del principio di legalità, trasfigura *contra legem* una legge delega in una legge “semplice”; affermare che la direttiva di depenalizzazione/abrogazione produce senz’altro l’effetto abrogativo del reato “candidato” dalla legge delega alla depenalizzazione/abrogazione (oltre alle “torsioni” che illustreremo nel prossimo paragrafo) implica il paradossale risultato che si toglie effetto ad una norma perché produca effetto (è come se si pretendesse di far parlare una persona afona decapitandola);

- quella della letteratura penalistica (forse per ovviare a questa incongruenza) postula che gli effetti *erga omnes* dei principi e dei criteri direttivi della delega si manifestino, come una sorta di Frankenstein, quando la legge delega perde efficacia.

Il che introduce un’ulteriore contraddizione. Se, alla pari delle altre direttive specifiche e incondizionate, anche una direttiva di depenalizzazione (può) opera(re) *erga omnes*, l’interazione di questo postulato con il regime degli artt. 25, co. 2 cost. e 2 c.p. comporta l’immediata espressione dell’effetto abrogativo. Se i termini (essenziali) della proposta sono che il significato di garanzia del principio di legalità implica la conversione della delega di depenalizzazione in un’abrogazione del reato che la stessa delega ha candidato alla depenalizzazione, proprio il principio di legalità e i principi/corollari relativi alla successione delle leggi penali non giustificano questa soluzione.

## **6. La cruna dell'ago. La questione della scelta del governo di emanare la disciplina delegata ma di non depenalizzare un reato che la delega aveva candidato alla depenalizzazione. Il caso (emblematico) della l. 67/2014 e dell'omessa depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina**

Le aporie delle soluzioni proposte dalle elaborazioni della giurisprudenza e della letteratura penalistica si acuiscono riflettendo sulla scelta dell'esecutivo di non depenalizzare un reato che la delega aveva candidato alla depenalizzazione.

È un'ipotesi tutt'altro che scolastica.

Con l'obiettivo di "decongestionare" il sistema penale, accanto ad un vasto progetto riformatore in chiave di "decarcerizzazione" della pena detentiva, la legge di delegazione legislativa n. 67/2014 ha delineato un intervento di depenalizzazione altrettanto composito e sfaccettato. In questa sede, rilevano in particolare i principi/direttive (lettere b, c dell'art. 2<sup>22</sup> e art. 3<sup>23</sup>) che prevedono la trasformazione in illeciti amministrativi o civili di alcuni reati specificamente indicati.

---

<sup>22</sup> 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro i termini e con le procedure di cui ai commi 4 e 5, uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, in ordine alle fattispecie e secondo i principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3.

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

a) ommissis

b) trasformare in illeciti amministrativi i seguenti reati previsti dal codice penale: 1) i delitti previsti dagli articoli 527, primo comma, e 528, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma; 2) le contravvenzioni previste dagli articoli 652, 659, 661, 668 e 726;

c) trasformare in illecito amministrativo il reato di cui all'articolo 2, comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, purché l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui e preservando comunque il principio per cui il datore di lavoro non risponde a titolo di illecito amministrativo, se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione;

d) trasformare in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, previste dalle seguenti disposizioni di legge: 1) articolo 11, primo comma, della legge 8 gennaio 1931, n. 234; 2) articolo 171-quater della legge 22 aprile 1941, n. 633; 3) articolo 3 del decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1945, n. 506; 4) articolo 15, secondo comma, della legge 28 novembre 1965, n. 1329; 5) articolo 16, quarto comma, del decreto-legge 26 ottobre 1970, n. 745, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 1970, n. 1034; 6) articolo 28, comma 2, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;

e) ommissis;

f) ommissis.

<sup>23</sup> 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;

In piena “zona Cesarini”, il 13 novembre 2015 (la delega scadeva il 17), il Consiglio dei Ministri ha adottato due schemi di decreto legislativo<sup>24</sup>, poi trasmessi il 23 novembre alle competenti commissioni parlamentari per i pareri previsti dall’art. 14 della l. 400/1988.

Gli schemi dei due decreti seguono piuttosto pedissequamente i principi/criteri direttivi della delega. Il governo, tuttavia, si orientava nel senso di non depenalizzare alcuni reati, tra i quali: gli artt. 659 c.p. (molestie e disturbo delle persone), 10-bis del d.lgs. n. 286/1998 (reato di immigrazione clandestina) e 28, co. 2, del d.p.r. n. 309/1990 (coltivazione di piante proibite).

Rispetto a queste scelte dell’esecutivo, nel parere “condizionato” della commissione giustizia della Camera, espresso il 3 dicembre 2015<sup>25</sup>, si scorgono valutazioni differenziate.

*Res melius perpensa*, il parlamento sembra condividere l’opzione del governo di non procedere alla depenalizzazione dell’art. 659 (che pure era specificamente indicata nella delega)<sup>26</sup>. Non solo. La commissione precisa che la scelta di non depenalizzare alcuni reati «non incide sulla legittimità del provvedimento ..., in quanto non si tratta di una violazione dei principi di delega quanto piuttosto di un mancato esercizio della delega su un particolare punto, che comunque è del tutto autonomo rispetto alle altre ipotesi di depenalizzazione previste dallo schema di decreto legislativo»<sup>27</sup>.

Il giudizio, invece, è nettamente contrario rispetto alla scelta di non depenalizzare il reato di immigrazione clandestina, tanto che in questo caso il parere favorevole è subordinato alla conformità del decreto emanando con le direttive di delega (di depenalizzazione del reato).

Senonché, la travolgente onda mediatico-emotiva di alcuni drammatici, comunque gravissimi episodi di terrorismo (Parigi) e violenza (Colonia), più o meno congruamente riferibili alle questioni dei flussi migratori, ha fomentato una reazione di alcune forze politiche della maggioranza che, nonostante il chiarissimo parere del parlamento, si sono opposte alla depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina. Il vice-presidente del consiglio, on. Angelino Alfano, ha espresso queste

---

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) omissis

d) omissis

e) omissis

<sup>24</sup> [Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di depenalizzazione; Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili.](#)

<sup>25</sup> [Commissione Giustizia, Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di depenalizzazione \(Atto del Governo n. 245\). Parere.](#)

<sup>26</sup> Sul tema sia consentito rinviare a [LOSAPPIO, Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento. L’art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p., in questa Rivista, 4 novembre 2015.](#)

<sup>27</sup> *Parere, cit.* Del resto, è di logica elementare ritenere che la “libertà” del governo di non dare alcun seguito alla delega, nei limiti in cui la fedeltà ai principi e alle direttive lo consente, comprenda quella (concentrica) di adempiere solo in parte la delega (per esempio) non depenalizzando alcuni reati.

riserve con una dichiarazione compendiosa: «La vicenda del reato di immigrazione clandestina non è materia di un singolo partito. Sono consapevole che si sono levate voci molto autorevoli e rispettabili che affermano ragioni tecnicamente valide a sostegno di una abrogazione, ma motivi di opportunità fin troppo evidenti mi inducono a ribadire che è meglio non attuare la delega ed evitare di trasmettere all'opinione pubblica dei messaggi che sarebbero negativi per la percezione di sicurezza in un momento particolarissimo per l'Italia e l'Europa. ... Già lo chiesi, e l'ottenni, nella seduta del Consiglio dei ministri del 13 novembre, che affrontò la depenalizzazione di alcuni reati e che, infatti, si orientò nel non inserire la depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina. Niente di ideologico, dunque, ma una semplice valutazione di opportunità politica»; una valutazione politico-criminale – si potrebbe chiosare per essere più precisi – che in effetti ha prevalso su quella pur netta del parlamento. Il d.lgs. n. 7/2016 infatti non ha abrogato il reato di immigrazione clandestina. Il governo, quindi, ha legiferato privilegiando una opzione politico-criminale contrapposta a quella espressamente manifestata (e ribadita, sia pure in commissione<sup>28</sup>) dalla camera; solo che il contrasto – come dire – non è “commissivo” ma “omissivo” e resta dunque confinato sul piano delle valutazioni/conseguenze politiche senza sfociare in una censura di illegittimità costituzionale, né avere – come si è accennato – alcun rimedio, che non sia “politico”. Né questa situazione può essere “contrastata” dalla posizione della giurisprudenza di merito e della letteratura penalistica, illustrata nei paragrafi precedenti. Anzi, la scelta dell'esecutivo di non depenalizzare un reato che la delega aveva candidato alla “derubricazione” svela ulteriori contraddizioni, consegnando entrambe le “proposte” nel novero dei tentativi di rafforzare la «legalità effettuale» che si pongono «in cortocircuito con la legalità della legge», invece che in sinergia con essa<sup>29</sup>. È contraddittorio che, in nome della riserva, un principio-direttiva specifico/preciso e incondizionato<sup>30</sup> si propugna che non produca gli effetti previsti dalla *littera legis* (depenalizzazione) ma conseguenze *praeter legem* (l'abrogazione del reato da depenalizzare) che non corrispondono alla volontà della maggioranza che l'ha votata e sono comunque diverse da quella scrutinate dalla minoranza che non l'ha condivisa. Quella che dovrebbe essere l'apoteosi della riserva di legge, in realtà, disconnette funzione e fondamento del principio, la cui efficacia di

---

<sup>28</sup> A proposito di questa soluzione che trasforma il legislatore delegante in co-legislatore si fa notare che il «pregio di ricondurre nelle mani del Parlamento il processo legislativo, restituendogli un ruolo guida», si pone «in netto contrasto con la riserva di legge di assemblea prevista dall'art. 72, comma 4 Cost., in quanto dall'obbligo che la delega venga conferita al Governo solo attraverso una legge approvata con il procedimento normale si desume l'impossibilità di definire i principi in forme diverse da quella legislativa e, quindi, della co-determinazione attraverso il ricorso ai pareri»: CELOTTO – FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, p. 713. La citazione è tratta da CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 161.

<sup>29</sup> PALAZZO, *Legalità fra law in the book e law in action*, in questa *Rivista*, 13 gennaio 2016 (p. 4).

<sup>30</sup> È contraddittorio, cioè, che una delega in materia penale non operi l'effetto devolutivo della competenza legislativa al governo proprio quando la dimensione sostanziale della riserva di legge non collide con il profilo formale, essendo le scelte dell'esecutivo rigorosamente vincolate dalla volontà del parlamento, se non altro in termini di aut/aut (depenalizzazione sì/no).

garanzia – com'è noto – raggiunge l'apice se la legge è il prodotto di un parlamento eletto mediante libere consultazioni elettorali nel confronto (appuntamento) tra opposizione e maggioranza<sup>31</sup>. È contraddittorio/problematico, infine, che, in nome della riserva di legge, l'elaborazione della dottrina e la giurisprudenza stravolgano la volontà legislativa attribuendo di fatto al giudice il compito di operare scelte politico-criminali in contrasto con quelle manifestate dal parlamento.

---

<sup>31</sup> «La sola ragione che giustifichi la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse», mentre, nel contempo, il fondamento rappresentativo dell'organo parlamentare, «in connessione con le modalità e le caratteristiche del procedimento legislativo, permette alle minoranze ed alle opposizioni di limitare e controllare la volontà della maggioranza quanto alla determinazione del contenuto della disciplina sulle materie riservate»: DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968. La citazione è ripresa, tra gli altri, da BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 184. Nella manualistica ad es. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, t. 1°, VIII ed., Bari, 2004, p. 29; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, VI ed., 2014, p. 55;