



DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*

di

Giovanni Maria Flick

(Presidente emerito della Corte Costituzionale)

11 Luglio 2014

Sommario: 1. Premessa; 2. L'evoluzione normativa; 3. La decisione della Corte Costituzionale; 4. Le conseguenze della decisione della Corte.

1. Premessa.

Grazie, sono molto contento di essere qui. Anche per me, come per il nostro moderatore, il prof. Carnevale, il tema oggetto del presente incontro costituisce un *amarcord*.

La questione discussa alla Corte costituzionale l'11 febbraio scorso è stata per me l'occasione per riprendere, in via del tutto eccezionale, la mia veste di avvocato: io ero avvocato, oltre che professore, prima di entrare alla Corte, anzi prima ancora di diventare Ministro. Da allora, ovviamente, ho interrotto la professione e ho voluto lasciar decorrere un lungo periodo di tempo (cinque anni) tra il giorno in cui ho lasciato la Corte, come Presidente, e il giorno in cui vi sono rientrato, come avvocato. E vi sono rientrato per due ragioni: la prima è che, in fondo, nella mia identità vi è anche quella dell'avvocato e volevo mettere alla prova quanto avevo sostenuto in punto di diritto; la seconda è che il tema della droga è tra quelli su cui ho lavorato

* Il presente contributo, sottoposto a referaggio da parte del Comitato direttivo del focus, rappresenta la rielaborazione dell'intervento al seminario di studi su: Decreto-legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale – Università degli studi Roma Tre, 7 maggio 2014.

di più nel mio passato di studioso del diritto penale, sotto il duplice profilo del delitto di plagio e dei delitti in tema di droga, che hanno costituito due tappe della mia ormai lontana produzione scientifica. Con riferimento al plagio, sostenevo la tesi del diritto a vivere condizionato da più parti e non solamente da un'unica parte: tesi che ho sostenuto con sfortuna perché la norma venne dichiarata incostituzionale per eccesso di genericità¹ (e con ragione, se ho dovuto scrivere duecento pagine per darle una significato compatibile con il principio di tassatività²). Tanto è vero che quella norma fu utilizzata, da un lato, per processare Aldo Braibanti, un filosofo accusato di plagiare i suoi giovani allievi, e, dall'altro, Maurizio Arena, un attore accusato di aver plagiato Beatrice di Savoia: quindi era una norma che qualche problema da questo punto di vista lo poneva.

E dopo aver scritto il libro sul plagio³ (lo dico perché vedrete che sarà un tema che riemergerà in seguito), mi appassionai al tema dalla prospettiva opposta: non più solo diritto di vivere condizionato da più parti (cioè di avere più stimoli e non uno solo) ma anche il dovere di vivere condizionato. Da questo angolo visuale, la droga viene vista come una fuga, come una evasione dalla realtà e una sottrazione al condizionamento, cui segue la reazione dell'ordinamento, ma solo come *extrema ratio*.

2. L'evoluzione normativa.

Per spiegare cosa è successo alla Corte l'11 febbraio, debbo necessariamente partire dalla legge n. 162 del 1990 (poi integrata nel T.U. n. 309 dello stesso anno), che diede una sistemazione al tema degli stupefacenti: inasprì la disciplina del traffico, vietò simbolicamente (senza sanzione) l'uso personale; abolì la nozione di "modica quantità"; sanzionava la detenzione come illecito amministrativo se non oltrepassava la dose media giornaliera (oltre la quale invece scattava la sanzione penale); distingueva, *quoad poenam*, le droghe leggere (da due a sei anni di reclusione) e quelle pesanti (da otto a venti anni). Essa costituì un compromesso tra la prospettiva assistenzialista, a cui era ispirata la legge del 1975, e la prospettiva esasperatamente rigorista-repressiva, che aveva segnato la legge del 1954.

A quella legge seguì un referendum nell'aprile del 1993, che propose una svolta antiproibizionista molto forte ma limitata all'uso personale, senza però intaccare l'impianto repressivo, anche in coerenza con alcune indicazioni internazionali. Il nucleo centrale era la depenalizzazione della detenzione per consumo personale (a prescindere dalla quantità) e

¹ Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1981, n. 96.

² L'art. 603 del codice penale prevedeva che "Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni".

³ G. M. FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972.

della dose media giornaliera (il discrimine fra amministrativo e penale), nonché l'eliminazione del divieto emblematico di uso personale.

Arriviamo così alla legge n. 49 del 2006, quella che è stata dichiarata in parte incostituzionale, la quale interveniva a convertire il decreto legge n. 272 del 2005. Si tratta di una legge con forte connotazione emblematico-simbolica che reagiva all'ultima consultazione referendaria in materia di droghe e che, soprattutto, parificava le droghe pesanti e le droghe leggere, prevedendo una pena da sei a venti anni di reclusione (con una forbice di quattordici anni, con conseguente eccessiva discrezionalità giudiziale), che invece, come già detto, la legge del 1990 aveva distinto in due tabelle separate con rilevati differenze di sanzione. La legge del 2006 oltre ad unificare le due categorie di droghe (cannabis e hashish da un lato, cocaina, eroina ecc. dall'altro) *quoad poenam*, ha introdotto un'altra serie di profili di tipo repressivo abbastanza problematici (si tratterà di vedere se anch'essi saranno sottoposti al giudizio della Corte costituzionale)⁴. Si tratta di una legge che si pone chiaramente in controtendenza rispetto alle indicazioni dell'OMS e degli approfondimenti scientifici che sottolineano, non da ora, la diversità di effetti tra droghe pesanti e droghe leggere (le quali ultime non creano dipendenza e non hanno effetti patologici) e contestano la tesi dello *slippery slope*, del pendio scivoloso, per cui è giusto punire l'uso di droghe leggere allo stesso modo di quelle pesanti perché chi comincia a prendere droghe leggere, o prima o dopo, prenderà anche quelle pesanti. Tale scelta, oltre che irragionevole, può essere perfino controproducente: nel caso del sequestro di persona, ad esempio, l'aver stabilito la stessa pena per il sequestro e per l'omicidio della vittima può indurre il reo a preferire l'eliminazione del sequestrato, per evitare il rischio di essere scoperto. Un discorso simile può valere in questo caso: se la sanzione è la medesima, tanto vale assumere droghe pesanti.

⁴ In sintesi, tale legge: a) parifica le droghe pesanti e leggere *quoad poenam* (da 6 a 20 anni);

b) introduce il comma 1 *bis* che punisce la detenzione di sostanze "neutre", che "appaiono destinate a uso non esclusivamente personale" ex circostanze fattuali; il giudice deve accertare se gli stupefacenti siano destinati o meno ad uso personale ("fini non esclusivamente personali");

c) in sostanza distingue fra sostanze in cui è connaturata la destinazione a terzi, e sostanze compatibili con l'uso personale;

d) in sostanza restaura il regime precedente, abrogato dal referendum (compreso il riferimento alla quantità);

e) pone un problema per la detenzione di droga per uso di gruppo (che prima la giurisprudenza riconduceva all'illecito amministrativo);

f) estende la sfera di rilevanza penale.

Le finalità di recupero terapeutico e risocializzazione sono dunque in antitesi con una legge che:

- amplia le condotte penalmente rilevanti di detenzione;
- estende alle droghe leggere il trattamento delle pesanti;
- introduce come criterio discrezionale della rilevanza penale e non solo amministrativa il parametro della percentuale di principio attivo, fondato sulla dose media, cioè riferito ad una singola assunzione (percentuale determinata ex D.M. cui rinvio l'art. 73);
- inasprisce le sanzioni amministrative.

Peraltro, è configurabile anche una violazione del principio di proporzionalità e di eguaglianza/ragionevolezza, perché è ben maggiore la pericolosità delle droghe pesanti (si pensi agli effetti sull'assuntore e sul suo sistema nervoso).

Da dove ha origine questa legge n. 49? Essa nasce come legge di conversione di un decreto legge che, in prossimità delle Olimpiadi invernali di Torino, aveva un florilegio di argomenti da affrontare: assunzione del personale di polizia; introduzione di alcune misure di funzionalità del Ministero degli interni; finanziamento delle Olimpiadi stesse. A tali misure, vengono aggiunte alcune disposizioni per il voto all'estero (anche le elezioni erano imminenti) e norme che si occupano del problema del recupero dei tossicodipendenti detenuti. Per quale ragione? Perché tre settimane prima era stata introdotta la famosa e non mai tanto deprecata legge Cirielli (legge n. 251 del 2005) che, oltre ad inasprire le pene per i tossicodipendenti recidivi, riduceva da quattro a tre anni la soglia che consentiva l'affidamento in prova per l'attuazione del programma terapeutico ed escludeva la sospensione condizionale della pena per tale programma. Si poneva dunque la necessità specifica e l'urgenza di impedire l'interruzione del trattamento terapeutico dei tossicodipendenti, cioè di introdurre a tal fine una norma processuale sulle modalità di esecuzione della pena (una norma che, dunque, per definizione riguardava la persona del tossicodipendente con un fine specifico).

Come si è risolto questo problema? Con un maxi-emendamento in sede di discussione sulla conversione del decreto legge citato, tramite il quale è stato recuperato e fatto valere un disegno di legge Fini-Giovanardi che da due anni giaceva trascurato nei cassetti del Parlamento e recava una serie di norme sostanziali riguardanti la disciplina di sistema e i reati in materia di stupefacenti. Una delle novità più significative riguardava proprio l'abolizione della distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere.

3. La decisione della Corte Costituzionale.

Arriviamo così alla sent. n. 32 del 2014, nella quale io ero difensore delle ragioni della Cassazione (ho accettato anche e direi soprattutto perché era una questione di principio forte che si legava alla mia esperienza culturale in tema di diritti fondamentali e di diritto-dovere al condizionamento). La Corte ha accolto la questione di costituzionalità sollevata con una bellissima ordinanza della Terza sezione penale della Cassazione non per ragioni di merito (cioè di contenuto) ma per il metodo, il modo in cui quelle norme erano state introdotte. L'esempio che io ho più volte citato è il discorso del Treno Frecciarossa: la legge di conversione di un decreto legge viaggia su un binario dedicato, al massimo della velocità

(riapertura delle Camere sciolte, discussione molto concentrata e, in generale, una serie di procedure di estrema rapidità). Da molto tempo il legislatore ha preso l'abitudine di attaccare al Frecciarossa una serie di vagoni che non c'entrano nulla; ma l'unico modo per farli viaggiare veloci è proprio quello di inserirli in sede di conversione di un decreto legge.

Nel caso di specie, alle norme dettate da ragioni di necessità ed urgenza (non interrompere il trattamento terapeutico del tossicodipendente), si sono aggiunte una serie di norme (ventiquattro) di diritto penale sostanziale. Peraltro, esse sono state introdotte tramite un maxi- emendamento su cui è stata posta la fiducia (ciò che ha stroncato la possibilità di dibattito) e per di più in un momento in cui l'imminenza dello scioglimento delle Camere precludeva di fatto – e questo è stato rilevato nella sentenza della Corte⁵ – la possibilità per il Presidente della Repubblica di rinviare **la legge di conversione** alle Camere per una nuova valutazione.

Davanti alla Corte di Cassazione era stato rilevato, se non vado errato, il profilo di merito, cioè la possibile violazione dell'art. 49 della Carta di Nizza e di una decisione in materia di stupefacenti che chiede adeguatezza, efficacia e proporzione delle sanzioni⁶. La questione è stata ritenuta assorbita e superata e non è stata sollevata davanti alla Corte costituzionale: io stesso ho preferito affrontare il problema di metodo perché confesso che qualche perplessità rispetto alla possibilità per la Corte di valutare nel merito la coltivavo anche io. Sapete, infatti, che in materia di valutazione dell'entità delle pene e delle scelte discrezionali del legislatore, la Corte costituzionale ha sempre adottato un atteggiamento di *self-restraint* e soltanto nei casi di manifesta irragionevolezza ha ritenuto di intervenire.

Quali sono gli elementi fondanti della motivazione di questa decisione? La legge di conversione – sintetizzo rapidamente – può introdurre emendamenti al decreto legge da convertire purché non abbiano caratteri di eterogeneità di *ratio*, di contenuto o di struttura rispetto al tessuto normativo del decreto stesso. Nel caso in esame, invece, sono state introdotte delle norme sostanziali sull'oggetto del trattamento penale, e non quelle processuali sulle modalità di riduzione della pena e sul trattamento nei confronti della persona tossicodipendente. La Corte ha aggiunto una serie di considerazioni, volte a motivare la rilevata eterogeneità, con le quali ha recepito in pieno la tesi della Cassazione: in primo luogo, per quel che possono valere le rubriche, anche quelle dei decreti legge, il d.l. n. 272 del 2005 reca una intitolazione “programmaticamente” significativa, giacché enuncia il contenuto del

⁵ *Considerato in diritto*, n. 4.4.

⁶ Decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004 (*Decisione quadro del Consiglio riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti*).

provvedimento come *“Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell’Amministrazione dell’interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi”*. Soltanto con la legge di conversione a quel titolo viene aggiunto *“e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309”*.

A tale circostanza, si aggiunga il parere contrario del comitato per la legislazione della Camera dei Deputati sulle disposizioni introdotte. La Corte ha anche sottolineato la necessità – e questo tema molto importante è stato toccato in sede di discussione – che una modifica così importante, una modifica sistematica alla disciplina dei reati, fosse preceduta da un dibattito parlamentare perché coinvolgeva e coinvolge scelte di natura politica, giuridica, sociale, culturale e scientifica. A fronte di fenomeni complessi, rispetto ai quali sono prospettabili variegati strumenti di intervento (non solo di tipo repressivo), il dibattito parlamentare non può non essere segnato da studi e riflessioni che appaiono di per sé incompatibili con le urgenze costituzionalmente imposte dal procedimento di conversione dei provvedimenti straordinari di necessità ed urgenza.

Il Giudice delle leggi ha cercato così di difendere l’operatività e il prestigio del Parlamento, indicando che il modo normale per arrivare al varo di leggi di sistema non è certo quello dell’emendamento a decreti legge riguardanti materie diverse.

Vale in tal senso il precedente puntuale riferimento della Corte (sentenza n. 220 del 2013) alle *«norme ordinamentali, che non possono essere interamente condizionate dalla contingenza, sino al punto di costringere il dibattito parlamentare sulla stessa nei ristretti limiti tracciati dal secondo e dal terzo comma dell’art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e **puntuali, resi necessari e improcrastinabili dall’insorgere di “casi straordinari di necessità e urgenza”**»*. Quindi, non soltanto vi è una incompatibilità strutturale tra le disposizioni sospettate di incostituzionalità e quelle che formavano oggetto del decreto-legge; ma vi è, soprattutto, una incompatibilità logico-funzionale tra quanto ha formato oggetto della imprevista e imprevedibile opera di novellazione del Parlamento e i poteri che competevano ad esso in sede di conversione.

Tali interventi avrebbero richiesto una dialettica ampia tra maggioranza e opposizione, che sta alla base della nostra concezione del principio di legalità, differente rispetto all’ottica europea, che è più sostanzialista. Sapete infatti che nella prospettiva europea, il principio di legalità (nonostante la rubrica dell’art. 7 della Cedu) richiede che una condotta sia punita dal *diritto* interno o internazionale, mentre la nostra Costituzione parla di divieto nascente da una *legge*:

è una differenza molto più profonda di quanto possa sembrare a prima vista, perché nel primo caso c'è una concezione più "giurisdizionale" (di *case law*) del principio di legalità. Secondo tale prospettiva, ciò che rileva non è la fonte ma il contenuto del precetto, il quale deve essere prevedibile e può nascere anche dall'interpretazione del giudice e non solo dalla fonte normativa (la legge).

Nel caso che oggi ci occupa la Corte costituzionale ha spezzato una lancia a favore del principio di riserva di legge come espressione di democrazia e non solo dunque come espressione di garanzia per chi è soggetto alla legge di poter prevedere che cosa capiterà a seguito del suo comportamento.

Sarà interessante, in una successiva occasione, affrontare la questione alla luce di una recentissima ed ignorata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo scorso, la quale da me e da altri è stata definita come la vicenda del giudice a Berlino. Un tempo il mugnaio diceva a Federico II "c'è un giudice a Berlino che salverà il mio mulino". Oggi a Berlino c'è forse un banchiere più che un giudice o comunque c'è un giudice (il *Bundesverfassungsgericht*) molto attento alle problematiche della identità nazionale in Europa: il giudice che salva i mulini si è trasferito a Lussemburgo e a Strasburgo. Nella sentenza a cui sto facendo riferimento, si è detto che il cumulo di sanzioni amministrative e sanzioni penali per uno stesso fatto viola il principio del *ne bis in idem* ed è come tale illecito. Tale pronuncia riapre in termini molto seri il dibattito sul tema della legalità, nei termini in precedenza delineati: nel nostro sistema penale siamo infatti abituati ad una legalità di tipo prevalentemente formale e legata alla fonti (la riserva assoluta di legge). Se noi varchiamo le Alpi e andiamo nel sistema di Strasburgo e Lussemburgo – che ora sono condizionanti anche da noi con modalità diverse – la musica cambia: non è più la qualificazione formale ma il contenuto sostanziale ciò che viene in rilievo.

Torno al nostro discorso. La Corte ritiene che sia venuto meno il requisito della omogeneità e della interrelazione funzionale tra decreto legge e legge di conversione, che è fondamentale per il rapporto tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica, ciascuno dei quali, con le sue competenze, interviene nell'esercizio della funzione legislativa.

La sentenza n. 32 del 2014 è interessante perché conferma un orientamento che ha una lunga storia: la Corte ha iniziato ad occuparsi dei decreti legge nel 1996. Io all'epoca svolgevo un altro compito istituzionale e ricordo che fummo terrorizzati dall'annuncio che sarebbe stata dichiarata illegittima la prassi della reiterazione dei decreti legge. Io, che in quel momento ero al Senato a discutere e a difendere, con molto disagio, la quindicesima reiterazione di un decreto legge in materia di intercettazioni telefoniche, andai in Aula a dire

che non sarebbe capitato più e che la discussione era inutile perché non si sarebbe più potuto reiterare alcunché. Temevamo che non si sarebbe più potuto governare ed invece ci si è riusciti (non so come, se bene o male, ma si è riusciti ugualmente) e i decreti hanno continuato ad essere emanati. Poi la Corte è tornata ad occuparsi di decreti legge dal 2007, cercando di controllare un po' meglio il fenomeno; contemporaneamente, nell'ottica comune di una maggiore attenzione alla funzione parlamentare, ha cominciato a controllare i contenuti delle deleghe legislative del Parlamento al Governo (oggetto, tempo, principi e criteri direttivi: requisiti che prima erano interpretati in modo molto ampio dalla stessa Corte). C'è stata dunque, in generale, una stretta di freni: e per i decreti legge la stretta di freni si è consolidata dal 2007 ed è stata poi confermata l'anno successivo, con due sentenze che hanno sottolineato che la conversione non sana i vizi del decreto legge⁷. Se il decreto legge è privo dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, esso non può sanato proprio perché si valorizza il carattere funzionale della conversione e la sua differenza dal procedimento legislativo ordinario.

C'è stata una perplessità nel 2010, quando la Corte (con la decisione n. 355) si è spinta più in là, affermando in modo un po' ambiguo che i requisiti di straordinaria necessità ed urgenza devono sussistere anche nella legge di conversione: pur capendo che sia necessario sottolineare il rapporto di stretta funzionalità tra procedimento di conversione e procedimento di decretazione, non posso non rilevare che nessuna disposizione prevede che anche gli emendamenti introdotti in sede di conversione debbano avere le stesse caratteristiche previste per il contenuto originario del decreto legge.

Due anni dopo, la Corte ha in effetti assestato il tiro con una decisione fondamentale (n. 22/2012) a cui si collega quella di cui stiamo discutendo, che fornisce un quadro completo dello stato dell'arte: in quella occasione, si sottolineò come **«l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, della Costituzione che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario»**. Questa affermazione è stata confermata ripetutamente, sia con l'ordinanza n. 34 che con la sentenza n. 237 del 2013.

⁷ Si tratta delle sentenze 171/2007 e 121/2008, in cui la Corte ha richiamato quanto già affermato nella sentenza n. 29/1995.

Convertire in legge e, dunque, assegnare la veste formale e “stabilizzata” di legge dello Stato ad un atto di un organo solo eccezionalmente e interinalmente dotato del potere legislativo, è compito strutturalmente e funzionalmente distinto da quello ordinariamente affidato alle Camere quale *munus* esclusivo ex art. 70 Cost., ancorché delegabile al Governo nei limiti previsti dall’art. 76 della Carta fondamentale. Le regole di corretta normazione di per sé e in linea generale sconsigliano l’adozione di testi normativi disomogenei e caratterizzati dalla presenza delle cosiddette norme intrusive. Ancor più, l’inclusione in sede di conversione del decreto-legge di previsioni “eccentriche” rispetto alle sue tematiche – ancorché caratterizzate dai requisiti della straordinaria necessità ed urgenza (che comunque, all’evidenza non sono ravvisabili nel caso di specie) – finirebbe per contaminare, compromettendola, l’esigenza di correlazione funzionale tra fase (e volontà) governativa e fase (e volontà) parlamentare. Finirebbe per eludere la *ratio essendi* del particolare procedimento di decretazione-conversione unitariamente tracciato – non certo a caso – dal legislatore costituzionale come una forma particolare (e dunque eccezionale) di procedimento legislativo; un procedimento inapplicabile (e quindi illegittimo) al di fuori dei casi e dei modi rigorosamente delineati.

Ove così non fosse, maggioranza parlamentare e Governo potrebbero utilizzare il veicolo rappresentato da qualsiasi situazione che presentasse i caratteri della straordinaria necessità ed urgenza per aggiungervi un qualsiasi contenuto normativo.

La sentenza n. 22 del 2012 ha ancora osservato che **«la necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui coerenza interna va valutata in relazione all’apprezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità e urgenza, deve essere osservata dalla legge di conversione»**. Ove poi – come nel caso del d.l. n. 272 del 2005 qui in discussione – lo stesso decreto-legge presenti connotazioni di “poliedricità tematica”, che ne rendano ardua la *reductio ad unitatem* sul piano dei relativi obiettivi e della *ratio* ispiratrice, il sindacato sulla natura delle norme aggiuntive introdotte dalla legge di conversione deve essere ancor più rigoroso. Infatti ogni asimmetria tematica che dovesse caratterizzare le disposizioni nuove della legge di conversione, integrerebbe senz’altro una figura di *détournement de pouvoir* da parte del Parlamento.

4. Le conseguenze della decisione della Corte.

La Corte ha concluso la decisione di cui stiamo occupando – e questo apre un tema molto importante sul piano concreto che verrà affrontato dalle SS.UU. penali il prossimo 24 maggio – affermando che, a seguito della propria decisione, “rivive” l’art. 73 del Testo unico del 1990, che prevedeva la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti: rivive cioè la

disciplina attenuata per le droghe leggere e la disciplina più severa per le droghe pesanti. La Corte, confermando una giurisprudenza consolidata, ha precisato che l'irretroattività degli effetti *in malam partem* per le droghe pesanti non dovesse ritenersi ostativa all'esame nel merito della normativa impugnata. L'effetto della decisione, infatti, non è quello di configurare nuove norme penali ma di far riprendere vigore ad una normativa che era stata paralizzata da un provvedimento (la legge di conversione) che, poiché fuoriuscito dai limiti della sua competenza, non era esercizio della potestà legislativa.

Siamo in una situazione ben diversa dalle polemiche legate alla declaratoria di illegittimità della legge elettorale: la caducazione del cd. *Porcellum* non ha fatto rivivere il cd. *Mattarellum* perché tale ultima legge è stata abrogata e sostituita da una legge nuova. La Corte, in altre sentenze⁸, ha infatti sottolineato che ben **diverse sono le situazioni** in cui una norma viene dichiarata incostituzionale e cancellata dall'ordinamento e il caso in cui la pronuncia riguarda l'illegittimità formale (procedimentale) della legge che ha abrogato una precedente perché è come se tale abrogazione non si fosse mai prodotta.

Le norme rimosse con la decisione della Corte non possono più essere applicate non soltanto per il futuro, ma neppure nelle vicende preesistenti a tale decisione: con certezza in quelle che sono tuttora pendenti; con qualche perplessità ed oscillazione interpretativa nelle vicende che sono state definite con sentenza passata in giudicato ed irrevocabile, alla luce dei principi del *favor rei* e di successione di leggi penali nel tempo. Ciò si ricollega ad un più ampio problema: quali effetti abbia, rispetto al giudicato, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale che sia diversa dalla norma incriminatrice ed abbia ad oggetto soltanto il trattamento sanzionatorio (con una pena divenuta ex post "illegale") e non anche la condotta incriminata. Si tratta cioè di verificare se la dichiarazione di incostituzionalità "comporti ovvero no la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato" (così l'ordinanza di rimessione alle sezioni Unite in materia affine, la cui trattazione è fissata per il 24 maggio).

⁸ La prima è la sentenza n. 162 del 2012. Con essa – nel dichiarare la illegittimità costituzionale per eccesso di delega di una norma che aveva disposto l'abrogazione di altra disposizione – si è espressamente affermato che in conseguenza della pronuncia della Corte le disposizioni illegittimamente abrogate tornavano ad avere applicazione. Ciò sta a significare che il difetto di potere che caratterizza la illegittimità della fonte abrogatrice determina automaticamente, a seguito della pronuncia caducatoria della Corte, la reviviscenza della fonte illegittimamente abrogata. Ove un simile fenomeno di reviviscenza non fosse riconosciuto dall'ordinamento, una norma illegittimamente adottata – e dunque da espungere dall'ordinamento – anche dopo la sua espunzione continuerebbe a produrre paradossalmente l'effetto suo proprio di caducazione della norma previgente, con essa abrogata. Nello stesso ordine di idee – pur se nell'ambito di una fattispecie più articolata – si è mossa la Corte nella recentissima sentenza n. 5 del 2014 concernente le associazioni di carattere militare; anche in essa è stata ravvisata una ipotesi di eccesso di delega, tra l'altro influente su previsioni di carattere penale.

Nella motivazione della sentenza n. 32/2014, la Corte costituzionale richiama esplicitamente l'art. 2 c.p. (successione di leggi nel tempo), secondo cui una *lex mitior* successiva è applicabile anche al di là dello sbarramento del giudicato solo quando configuri una *abolitio criminis*, altrimenti essendo applicabile solo ai processi ancora in corso. Si tratta di questione che, come la stessa Corte riconosce, deve essere risolta dai giudici ordinari.

Occorrerà verificare le conseguenze concrete di tale decisione anche perché il tema degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità si riflette su un problema drammatico ed altrettanto significativo dal punto di vista del diritto costituzionale: il sovraffollamento delle carceri di cui dobbiamo dare conto a Strasburgo entro maggio. Esso è legato anche alla presenza di un trenta per cento circa di tossicodipendenti e quindi si tratta di vedere se ed in che misura la modifica della fattispecie per effetto della sentenza di cui ci stiamo occupando (anche se non è *abolitio criminis*) vi influisca ed in che misura.

Qui, in realtà, abbiamo un problema enorme di compatibilità a livello europeo, legato proprio al tema della retroattività della *lex mitior*. La irretroattività della *lex in malam partem* è infatti pacifica e consolidata nel nostro ordinamento costituzionale, come nell'Unione europea, come nel sistema della Cedu. Tale principio è esplicito nell'art. 25, 2° comma, Cost.; ed è inderogabile sia in quanto è garanzia fondamentale del cittadino, sia in quanto è presupposto della sua capacità di autodeterminazione.

La retroattività della *lex mitior* è invece espressione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. (non c'è ragione di continuare a punire in modo più rigoroso un comportamento che successivamente il legislatore, interpretando la coscienza sociale, ha deciso di punire in modo meno rigoroso); perciò esso è suscettibile di deroghe ragionevoli nonché – soprattutto nella giurisprudenza costituzionale meno recente – di limitazioni come quella nascente dalla definitività della sentenza di condanna.

Tale evoluzione nel riconoscimento dell'efficacia retroattiva della *lex mitior* è oggetto anche di numerose fonti internazionali e convenzionali, fra le quali rileva in particolare l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riprende un principio previsto già dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York nel 1966. Invece tale principio non è stato affermato dall'art. 7 della Cedu, che vieta soltanto la retroattività della legge *in malam partem*.

Pertanto, il principio di retroattività della *lex mitior* ha trovato un riconoscimento esplicito nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (in un significativo *obiter* della sentenza *Berlusconi* del 2005), che lo ha collegato alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e lo ha collocato nei principi generali del diritto comunitario. Esso si è via

via affermato anche nella giurisprudenza costituzionale di vari paesi (per ragioni di eguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità, necessaria offensività) ed in quella della Corte EDU. In particolare la sentenza *Scoppola* del 2009 ha collocato la retroattività favorevole nelle garanzie fondamentali della Convenzione, ex art. 7; però essa ha comunque riconosciuto la legittimità dello sbarramento rappresentato dal giudicato.

Quanto alla situazione interna, la Corte costituzionale con una sentenza del 2013, la n. 210, ha riconosciuto che il nostro ordinamento *“conosce ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”*. La Corte ha identificato nell’incidente di esecuzione lo strumento processuale per superare la preclusione del giudicato, *“specie se si considera l’ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall’ordinamento processuale (al giudice dell’esecuzione) che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull’efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma terzo, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)”*.

La Corte ha fatto applicazione del summenzionato principio in un caso emblematico, il famoso caso *Dorigo*⁹, per l’ipotesi in cui il processo celebrato legittimamente con la legge italiana venga poi dichiarato in contrasto con i principi del giusto processo previsti dall’art. 6 Cedu. In un primo momento, la richiesta di allargare l’ambito della revisione anche a questo caso fu dichiarata infondata nel 2008 (io ero il relatore)¹⁰ perché non era stato invocato il parametro corretto, ossia l’art. 117 Cost., che vincola il legislatore italiano a rispettare il diritto internazionale e il diritto comunitario. Rivolgemmo un forte monito al legislatore¹¹, il quale rimase però inerte: la Corte con la sentenza del 2012 è dunque intervenuta ed ha introdotto un nuovo caso di revisione¹².

La questione della retroattività della legge favorevole rimane però aperta: come è noto, dopo la sentenza n. 249 del 2010 della Corte Costituzionale (che ha dichiarato incostituzionale

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 113/2011.

¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 129/2008.

¹¹ *Considerato in diritto*, n. 7.

¹² La Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui *non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo*.

l'aggravante della clandestinità del colpevole¹³) si sono affermate due contrapposte linee interpretative. Per un primo orientamento giurisprudenziale di legittimità, il giudice dell'esecuzione deve individuare la porzione di pena inflitta per effetti della norma dichiarata illegittima e dichiararla non eseguibile¹⁴. Per un secondo orientamento, invece, la sentenza irrevocabile di condanna esaurisce la portata di una norma che incida sul trattamento sanzionatorio; sulla pena inflitta non può influire in tal caso la *lex mitior* che non si risolva in una *abolitio criminis*¹⁵.

Senza avere la pretesa di formulare alcuna previsione e tantomeno suggerimenti indebiti alla Corte di Cassazione, sono sicuro che, alla stregua degli orientamenti giurisprudenziali di *multilevel* dianzi esposti, la giurisprudenza di legittimità, con il suo equilibrio, saprà individuare una situazione ragionevole di contemperamento fra le due esigenze contrapposte che si fronteggiano nell'applicazione della sentenza n. 32 della Corte costituzionale. Rispetto all'esigenza certamente importante della certezza, connessa al valore del giudicato, mi sembra più importante quella della tutela della libertà personale, nel caso della illegittimità della sua privazione, nella parte in cui sia fondata su di una norma poi dichiarata incostituzionale (come nella specie).

Aggiungo infine, solo per completezza, che l'omogeneità del contenuto del decreto legge, l'immediata applicabilità delle norme da esso dettate, il nesso tra contenuto e titolo sono stati inseriti nel progetto di revisione costituzionale attualmente in discussione, come modifica al testo dell'art. 77¹⁶.

¹³ La clandestinità è infatti un requisito che attiene alla persona e non al reato.

¹⁴ Così da ultimo Cass. VI, 16/5/2013 n. 21982.

¹⁵ Così da ultimo Cass. I, 19/1/2012, n. 27640.

¹⁶ Il testo dell'art. 77 nella proposta di modifica presentata dal Governo Renzi dovrebbe assumere il seguente tenore: *Il Governo non può, senza delegazione della Camera dei deputati, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alla Camera dei deputati che, anche se sciolta, è appositamente convocata e si riunisce entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. La Camera dei deputati può tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Il Governo non può, mediante provvedimenti provvisori con forza di legge: disciplinare le materie indicate nell'articolo 72, comma quarto; reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi; ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento. I decreti recano misure di immediata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

L'esame, a norma dell'articolo 70, dei disegni di legge di conversione dei decreti, è disposto dal Senato delle Autonomie entro trenta giorni dalla loro presentazione alla Camera dei deputati e le proposte di modificazione possono essere deliberate entro dieci giorni dalla data di trasmissione del testo (enfasi aggiunta).