

**IL TESTO UNICO SUGLI STUPEFACENTI
ALLA PROVA DEL CAMBIO DI PASSO
DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

Osservazioni su [Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 \(dep. 11 giugno 2013\), n. 25554, Pres. Squassoni, Rel. Franco, Ric. Maniscalco](#)

di Cristiano Cupelli

Abstract. *La questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies-ter co. 2, lett. a) e co. 3 lett. a), n. 6 del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49, sollevata dalla Terza Sezione penale della Corte di Cassazione, riveste – al di là degli indubbi e rimarchevoli effetti pratici – un peso significativo nel percorso di rivalutazione della portata garantista della riserva di legge in materia penale. Analizzata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul rispetto dei presupposti del decreto-legge e ripercorse le perplessità connesse al suo utilizzo quale criterio di normazione penale, si riflette sulle modalità attraverso le quali vadano ripensate applicabilità e funzione del diritto penale di fonte governativa, restando viva non solo l'esigenza di contenerne l'uso ai casi realmente indispensabili, ma soprattutto quella di recuperare una compatibilità sostanziale col significato di garanzia della riserva di legge, rafforzandone limiti e controlli (estesi al procedimento di conversione), anche al cospetto del mutato quadro politico-istituzionale e delle tesi che reputano ormai inevitabile il superamento della riserva stessa.*

SOMMARIO: Premessa – 1. La questione: le discrasie degli atti aventi forza di legge con la riserva (anche solo tendenzialmente) assoluta. – 2. Una precisazione di teoria delle fonti e un equivoco di fondo da superare: l'impropria assimilazione tra rapporto di gerarchia e riserva di legge. – 3. Il problema tradizionale: le perplessità sul decreto-legge in materia penale. – 4. Il percorso virtuoso della giurisprudenza costituzionale. – 5. L'ordinanza della Cassazione e la disomogeneità della legge di conversione. – 6. Una decisione obbligata e un nuovo spazio per ridimensionare la crisi della legalità.

Premessa

La Terza Sezione della Cassazione sollecita il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità degli artt. 4-bis e 4-vicies-ter co. 2, lett. a) e co. 3, lett. a), n. 6 del

decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49¹ con l'art. 77, co. 2 Cost.

I giudici di legittimità, nella pregevole ordinanza in commento, ravvisano in primo luogo la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione, denunciando l'estraneità delle norme inserite in sede di conversione – con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefacenti, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere – rispetto all'oggetto, alle finalità ed alla *ratio* dell'originale decreto-legge; in via subordinata, un'evidente carenza del presupposto del caso straordinario di necessità e urgenza².

Al di là degli indubbi e rimarchevoli effetti pratici – si pensi al numero di procedimenti penali potenzialmente interessati dall'esito della decisione –, la vicenda assume un peso significativo nel percorso di *rivalutazione* della portata garantista della riserva di legge, insidiata dall'irruzione di un pensiero *debole* in tema di legalità penale³. Salta peraltro subito agli occhi come, nella situazione in esame, si combinino due tra i fattori patologici che, minando le fondamenta della riserva di legge parlamentare e la sua credibilità, alterano la separazione dei poteri e la ripartizione

¹ Come è noto, il primo articolo ha modificato l'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 di tale norma, ha parificato ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste dalle tabelle II e IV previste dal previgente art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni, mentre il secondo ha sostituito gli artt. 13 e 14 del D.P.R. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle.

² La questione segue quella sollevata poco prima dalla Corte d'Appello di Roma, che – con riferimento all'art. 73 del D.P.R. 309 del 1990 – aveva formulato, tra le altre, censure analoghe; cfr. Corte d'appello di Roma, Sez. III, ord. 28 gennaio 2013, con nota di L. ROMANO, [Art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990: la parola alla Corte costituzionale](#), in *questa Rivista*, 28 maggio 2013,.

Va segnalato che anche le Sezione unite della Cassazione, nella recente sentenza 10 giugno 2013, n. 25401 (in *questa Rivista*, 23 giugno 2013, con [scheda di G. ROMEO](#)) – nel ribadire che il c.d. uso o consumo di gruppo (art. 73, co. 1 *bis* D.P.R. n. 309 del 1990) è penalmente irrilevante e integra esclusivamente un illecito amministrativo – hanno evidenziato i possibili profili di illegittimità costituzionale connessi all'introduzione in sede di conversione di *emendamenti eterogenei*, offrendo di conseguenza un'interpretazione della fattispecie in questione “corrispondente allo speciale procedimento legislativo prescelto” (§. 9), volta cioè ad escludere che con gli emendamenti al decreto legge sia stata introdotta una nuova norma penale contenente una metamorfosi (da illecito amministrativo a illecito penale) della condotta di acquisto e detenzione di sostanze stupefacenti destinate al consumo di gruppo, in un contesto che è del tutto estraneo alla materia oggetto della decretazione d'urgenza.

³ Sulla possibilità di individuare un equivalente funzionale alla riserva di legge, da più parti segnalata in stato di profonda crisi, si rinvia al dibattito contenuto in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 77 ss., con *Nota introduttiva* di F. GIUNTA e contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, p. 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, p. 99 ss.; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, p. 125 ss.; nella vasta bibliografia sulla progressiva erosione del principio di legalità, imprescindibile il riferimento a G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 1247 ss. e F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, ivi, p. 1279 ss.

delle competenze tra esecutivo e legislativo: l'utilizzo non ortodosso degli atti aventi forza di legge (nell'occasione preso in esame esclusivamente sul versante del decreto-legge) risulta aggravato dal ricorso, nella fase di conversione, ad un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto peraltro eterogeneo rispetto al decreto, che elide la discussione in aula sul testo da approvare e quindi vanifica la potenzialità garantista del confronto con le opposizioni parlamentari⁴.

1. La questione: le discrasie degli atti aventi forza di legge con la riserva (anche solo tendenzialmente) assoluta

Prima di addentarci nel percorso motivazionale seguito dalla Cassazione, occorre ripercorrere i punti salienti della problematica.

Come è noto, nell'esame di quelli che vengono definiti fattori *endogeni* di crisi della riserva di legge in materia penale⁵, un ruolo prioritario è attribuito all'incidenza degli atti aventi forza di legge sulle prerogative parlamentari; incidenza vieppiù significativa, una volta che si convenga sulla lettura della riserva di legge come *riserva di organo* (da rinvenire nei rapporti tra gli *organi* come *limite* al potere esecutivo)⁶ e quindi sulla necessità di assicurare – per via procedimentale – l'effettiva ed essenziale dialettica in merito alle opzioni politico-criminali ed alle conseguenti limitazioni della libertà personale tra forze eterogenee e rappresentative.

In siffatta prospettiva, va *scolpito* il parametro in base al quale declinare limiti teorici e confini pratici entro cui consentire l'ingresso degli atti aventi forza di legge tra le fonti del diritto penale. Non vi è alcun dubbio, infatti, che del *diritto penale di fonte governativa* vadano comunque ripensate applicabilità e funzione, restando viva non

⁴ Per tutti, nella dottrina costituzionalistica, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco - N. Lupo, Roma, 2007, p. 41 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 809 ss.

⁵ Come è noto, nella varietà del dibattito sulla perdurante attualità di una lettura 'forte' della riserva di legge, un punto d'incontro è rappresentato dalla diagnosi dei fattori di *stress*, tanto endogeni quanto esogeni, cui l'istituto storicamente più pregnante della legalità penale è oggi sottoposto. Tra i primi, viene annoverato – oltre alla crisi di rappresentatività del Parlamento, alle disfunzioni interne al procedimento legislativo, alla scarsa efficacia del controllo esercitato da parte dell'opinione pubblica ed ai distorti rapporti funzionali tra Parlamento e giudici, tanto costituzionali quanto ordinari – l'abuso delle fonti governative ed in particolare della delega legislativa; tra i secondi, la compressione della discrezionalità del legislatore interno nelle scelte relative all'introduzione di nuove incriminazioni, generata dallo sviluppo delle fonti sovranazionali; sul tema, ampiamente e per tutti, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 48 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 86 ss., nonché, volendo, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 27 ss.

⁶ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XVIII, 1990, p. 1 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II.1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1993, p. 61 ss.; nella dottrina penalistica, con vigore persuasivo, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 37 ss.; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 12 ss.

solo l'esigenza di contenerne l'uso ai casi realmente indispensabili, ma soprattutto quella di recuperare una compatibilità sostanziale col significato di garanzia della riserva di legge, rafforzandone limiti e controlli, *anche* al cospetto del mutato quadro politico e degli argomenti spesi da coloro che reputano inevitabile il superamento della riserva stessa.

Se è innegabile che il trasferimento del potere di produzione normativa dalla sede parlamentare a quella governativa, e la conseguente perdita di centralità del Parlamento, si manifesti oggi in maniera preponderante – anche nel diritto penale – nelle forme della delegazione legislativa, un ruolo decisivo rispetto a questo mutamento di paradigma – *dall'abuso del decreto legge all'abuso della delega* – va riconosciuto al mutato atteggiamento della Corte costituzionale, che ha iniziato a *prendere maggiormente sul serio* il sindacato sui presupposti che giustificano il ricorso al decreto-legge, non solo in termini di necessità ed urgenza, ma anche con riferimento ai contenuti ed all'omogeneità delle modifiche apportate in sede di conversione, oltre che ovviamente al fenomeno della riproduzione continuata o reiterazione del medesimo provvedimento alla scadenza o, persino, dopo la scadenza dei sessanta giorni per la conversione⁷.

2. Una precisazione di teoria delle fonti e un equivoco di fondo da superare: l'impropria assimilazione tra rapporto di gerarchia e riserva di legge

Prima di soffermarci sull'analisi dei singoli profili problematici, occorre sgombrare il campo da un equivoco di fondo, che accomuna le due ipotesi di leggi in senso materiale nei loro riflessi sul terreno del diritto penale. Ci si riferisce al frequente richiamo operato da larga parte della dottrina al criterio gerarchico, puramente formale, per risolvere in radice la questione, ritenendosi sufficiente la '*forza di legge*' che la Costituzione attribuisce loro a vincere ogni perplessità in merito all'utilizzo degli atti aventi forza di legge nella materia penale, *nonostante* la riserva assoluta⁸: equipararli

⁷ Un quadro riepilogativo dei passaggi che hanno scandito l'evoluzione del sindacato della Corte costituzionale sui decreti legge, per tutti e senza pretesa di esaustività, in L. IMARISIO, *Difetto dei presupposti per la decretazione d'urgenza e reiterazione*, in *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, a cura di M. Dogliani, Torino 2012, p. 95 ss.; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - G. Tanzarella, Torino, 2011, p. 3 ss.; A. CELOTTO, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009, *passim* (spec. p. 87 ss.); ID., *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997, p. 413 ss.; A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia*, in *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata, 2006, p. 26 ss.; R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 107 ss.; nella manualistica, da ultimi, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, p. 171 ss.

⁸ In questo senso, significativamente, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 42 ss. e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub art. 1*, vol. I, Milano, 2004, p. 35, per il quale "non può accogliersi l'esclusione dal novero delle fonti del decreto legislativo e del decreto legge, poiché non vi è alcuna indicazione contraria che scalfisca l'equiparazione dei loro effetti a quelli della

alla legge – anche ai fini della riserva – equivale a riconoscere che il discrimine tra fonti ammesse e fonti escluse nella materia riservata sia enucleabile sulla base della sola collocazione dell’atto nel sistema gerarchico delle fonti e, quindi, che la *ratio* della riserva possa ritenersi soddisfatta dalla forza formale (di legge) dell’atto che disciplina la materia⁹.

Ebbene, l’argomento, pur nella sua apparente linearità, tradisce una impropria assimilazione tra *rapporto di gerarchia e di competenza*, criteri di risoluzione delle antinomie normative, e *riserva di legge*, istituto di garanzia democratica. È la migliore dottrina costituzionalistica ad evidenziare come, nella teoria delle fonti, il primo principio ordinatore, quello di gerarchia, collochi ciascuna fonte su diversi livelli di una scala gerarchica, incidendo ognuna sul sistema con le potenzialità giuridiche connesse al proprio grado, con la forza attiva (capacità di innovare) e passiva (capacità di resistere all’abrogazione) che contrassegna il rispettivo livello¹⁰. La posizione delle fonti ordinate secondo il principio di competenza non può essere invece valutata in termini di sopra o sotto ordinazione, postulando un rapporto di *reciproca esclusione*, con fonti separate tra loro, soggette nella propria sfera alla sola Costituzione¹¹. Entrambi i criteri, assieme a quello cronologico, sono sorti e sono tuttora utilizzati – questo è il punto – al fine precipuo di comporre, scegliendo tra norme confliggenti, le frequenti e fisiologiche antinomie che si ingenerano a causa della pluralità di fonti e della capacità di ciascuna di introdurre una nuova disciplina¹².

Altro va detto per la riserva di legge, da tematizzare in maniera distinta e peculiare, senza cadere nell’equivoco di sovrapporla all’uno od all’altro rapporto¹³; equivoco alimentato da una prospettiva distorta che, ignorando il fondamento democratico e la *ratio* garantista della riserva, altera il senso dei rapporti tra fonti parlamentari e governative. Come è stato nitidamente evidenziato, infatti, “solo l’Assemblea legislativa può intervenire sui diritti del cittadino”, in ragione del suo carattere pluralistico e composito; coerentemente, le disposizioni costituzionali che stabiliscono riserve poste a tutela dei diritti, suggellate dal massimo grado di absolutezza, implicano una *riserva di atto*, la legge parlamentare, “dovuta alla natura dell’organo che lo emana e alla pubblicità del procedimento legislativo

legge formale (equiparazione sulla quale conta la stessa Costituzione nell’apprestare i mezzi per un governo ordinato)”.

⁹ Segnala criticamente questo esito L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 167.

¹⁰ Con estrema chiarezza evidenzia le differenze, per tutti, L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 554 ss.

¹¹ L’esempio classico che si fa in proposito attiene i rapporti tra regolamenti parlamentari e leggi, non a caso definite “fonti parallele”, destinate a non incontrarsi: così, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 93 ss.

¹² Nella dottrina costituzionalistica, tra gli altri, M. MAZZIOTTI DI CELSO - G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2010, p. 75.

¹³ Sulla valenza garantista e partecipata della riserva di legge, v. R. BALDUZZI - F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 127 ss.

nell'articolazione delle sue fasi"¹⁴, non certo alla sua forza formale; diversamente, si cancellerebbe la storia e si ignorerebbe la carica ideologica anti-autoritaria della riserva, "riducendola a un congegno formale, privo di agganci con esigenze di fondo"¹⁵.

In altri termini, la previsione di una sfera di competenza normativa riservata alla legge implica la garanzia "che in settori ordinamentali particolarmente delicati, soprattutto quelli inerenti alle sfere dei diritti e dei doveri, le disposizioni normative provengano dagli organi eletti dai cittadini stessi", di modo che "questi ultimi potranno essere vincolati giuridicamente nei loro comportamenti soltanto da norme legislative, ossia da norme autodeterminate secondo i meccanismi della rappresentanza politica, e per definizione eguali per tutti in base all'art. 3 Cost."¹⁶. La conseguenza è che un decreto governativo, dotato o meno della forza di legge, "approvato dal Governo senza il controllo delle minoranze e senza pubblicità, conosciuto soltanto dopo la pubblicazione, non può costituire analoga garanzia", dovendo in quest'ottica essere escluso nelle materie *riservate*: "la posizione gerarchica superiore, per la maggiore libertà e capacità innovativa dell'atto, non garantisce nulla, anzi espone a maggior rischio diritti, libertà, autonomie, istituzioni e strutture che la Costituzione, con la riserva, vuole tutelare"¹⁷.

Sovrapponendo un profilo eminentemente formale – la collocazione dell'atto nella gerarchia delle fonti – all'esigenza politica sottesa alla riserva – la garanzia di democraticità dialettica della scelta politico-criminale –, questa "perde di senso e svanisce ogni criterio per valutarne misura, dimensione e intensità"¹⁸; per tale via, ridotta ad un rapporto tra atti gerarchicamente ordinati, tra fonti primarie e secondarie, la riserva varrà solo ad escludere l'intervento dei regolamenti e non degli atti aventi forza di legge, perdendo il suo peculiare tratto di sostanziale garanzia di diritti e libertà¹⁹.

Del resto, se parlare di fonti del diritto conserva senso e valore, al di là di una portata meramente ordinatoria o sistematica, questi non possono che essere ancorati ad un significato forte di "fonte", come espressione di un potere, o meglio come strumento attraverso il quale si esercita il potere normativo da parte degli organi a cui l'ordinamento lo attribuisce e talora addirittura lo "riserva", evidentemente sottraendolo ad altri. Di qui, inevitabile, la politicità di un *discorso sulle fonti*, nonostante il suo carattere altamente tecnico: "i rapporti tra fonti rispecchiano l'assetto di potere, corrispondono ai rapporti fra gli organi o i soggetti che le emanano"²⁰. E non è questione di forma, ma di sostanza e di garanzia, valutare l'ammissibilità e la

¹⁴ L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 561.

¹⁵ L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, cit., p. 167.

¹⁶ COSÌ, M. MAZZIOTTI DI CELSO - G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., p. 94.

¹⁷ L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 561; ID., *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, cit., p. 168.

¹⁸ L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 561.

¹⁹ Sul punto, ancora, L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, cit., p. 168.

²⁰ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 1 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 61 ss.

compatibilità degli atti aventi forza di legge in un ambito, quello penale, che per il tramite dell'art. 25 Cost. si è voluto immunizzare da interventi di poteri non sufficientemente rappresentativi.

3. Il problema tradizionale: le perplessità sul decreto-legge in materia penale

Ciò ricordato, può dirsi allora che l'argomento formale, basato sul criterio gerarchico, non può valere – o quantomeno non può *bastare* – a superare lo scetticismo in merito all'ammissibilità del decreto-legge tra le fonti di produzione di nuove fattispecie incriminatrici.

Tornando alle considerazioni iniziali, non si può trascurare il fatto che, nonostante la significativa inversione di tendenza, la vocazione all'impiego del decreto-legge in materia penale non sia del tutto venuta meno, seppure abbia assunto proporzioni più contenute²¹. Alla luce di ciò, vale la pena ricordare i termini essenziali delle perplessità avanzate sulla possibilità di inserire a pieno titolo il decreto-legge tra le fonti del diritto penale.

Prima ancora, va detto che la giustificazione sostanziale del suo utilizzo è per lo più ricondotta alla funzionalità del carattere di straordinaria necessità ed urgenza richiesto dalla Costituzione "al tempestivo allestimento di normative, rispetto alle quali i tempi lunghi della procedura parlamentare rischierebbero di privarle di concreta efficacia rispetto a fenomeni particolarmente gravi ed allarmanti, tali da dar luogo a situazioni (...) di vera e propria emergenza"²². Così, l'eventuale giustificazione della

²¹ Si possono ricordare, con riferimento ad alcuni dei provvedimenti più recenti, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 (convertito nella legge 21 febbraio 2006, n. 49), recante "Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante 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"; il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125), recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", con svariate modifiche ad esempio alle fattispecie di omicidio colposo (589 c.p.) e lesioni personali colpose (590 c.p.); il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38), recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", che ha introdotto il delitto di "Atti persecutori" (c.d. *stalking*) di cui all'art. 612 bis c.p.; il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148), che ha introdotto all'art. 603 bis il delitto di "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro".

In termini più generali, sull'esponentiale crescita della decretazione d'urgenza – divenuto vero e proprio strumento di governo – v. da ultimo, con ampio riferimento politologici, F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996 - 2012)*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2012, p. 459 ss.

²² Così, ad esempio, G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2009, p. 82; ritiene M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2008, p. 32 che "casi realmente straordinari di necessità ed urgenza (anche al di fuori della legislazione propria del tempo di guerra), i quali fortemente suggeriscano o addirittura impongano il pronto impiego di nuove disposizioni penali – per far fronte energicamente ad un grave pericolo di improvvisa insorgenza – non sono affatto impensabili; e non pare vi siano ragioni decisive per le quali un'arma siffatta, che comunque contempla *ex post*, in tempi estremamente ristretti e ad ogni costo (anche a Camere sciolte) il controllo parlamentare, debba essere in radice esclusa".

deroga alla riserva di legge si è ritenuto debba necessariamente passare “attraverso un bilanciamento degli interessi in gioco: la diretta legittimazione democratica delle scelte politico-criminali, da un lato, e dall’altro la possibile necessità di una normazione penale indifferibile”²³.

Ma è guardando alla *ratio* di garanzia della riserva assoluta, che emerge come essa – nonostante la possibile *comodità* dello strumento in talune situazioni problematiche – venga nella sostanza disattesa allorquando, con il decreto-legge, la norma penale, nel periodo intercorrente tra la sua emanazione e la conversione parlamentare, entra in vigore sotto la responsabilità esclusiva del potere esecutivo, eludendo i diritti delle minoranze ed ogni essenziale garanzia di contraddittorio e pubblicità della deliberazione²⁴. In caso di mancata conversione, poi, “risultano non più reversibili gli effetti sulla libertà personale – vuoi nella forma delle *misure cautelari*, vuoi nella forma di una pena conseguente ad una *condanna definitiva* – prodotti da un decreto-legge che prevede nuove incriminazioni o inasprisca un preesistente trattamento sanzionatorio”²⁵: ci si verrebbe a trovare nella situazione tipica che il principio di legalità tende a scongiurare, quella cioè di misure coercitive che traggono origine non già da previsioni normative assunte dagli organi rappresentativi della sovranità popolare, quanto piuttosto da statuizioni dell’esecutivo.

Ulteriore e significativo motivo di perplessità emerge al cospetto del “principio della (necessaria) conoscibilità della norma incriminatrice”. Il contrasto della decretazione d’urgenza con tale principio discende dal fatto che “la mancata previsione di un periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto-legge”²⁶. Tutto questo collide con i *doveri strumentali di informazione* che, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, gravano sullo Stato come

²³ F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., 44, il quale conclude che “da tale angolazione non sembra che anche nella materia penale possa rinunciarsi all’intervento normativo tempestivo che, in situazioni davvero eccezionali, il decreto-legge è in grado di assicurare, nel rispetto delle garanzie costituzionalmente previste”, riconoscendosi anche che, “data la breve vigenza del decreto-legge, il controllo sui presupposti di necessità e urgenza, e con esso la tutela contro gli abusi da parte del governo, dipendono in definitiva dalla tempestività dell’intervento della Corte costituzionale”; ciò, sul presupposto che, in definitiva, i guasti sull’uso del decreto-legge in materia penale si fondino, soprattutto per le ricadute processuali, su una enfattizzazione dei rischi connessi alla mancata conversione del decreto-legge.

²⁴ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, p. 242; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, p. 44 ss.

²⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 37; nello stesso senso, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 115 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, p. 55; M. RONCO, *Il principio di legalità, in La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 23, p. 58, il quale peraltro, sempre con riferimento all’ipotesi di mancata conversione, segnala l’ulteriore (e per certi versi opposto) rischio di creare “arbitrariamente un periodo di impunità a vantaggio di determinate condotte, magari strumentali al conseguimento definitivo di un vantaggio incerto”.

²⁶ V. MAIELLO, ‘*Riserva di codice*’ e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, p. 173; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 55.

condizione di *esigibilità* della pretesa all'obbligatorietà della legge penale, nella configurazione di rilevanza delineata dal nuovo testo dell'art. 5 c.p.; fra questi doveri, richiamando le parole della Corte, va inclusa "la direttiva che scaturisce dal terzo comma dell'art. 73 Cost., che può considerarsi un completamento, logico e teleologico, del principio di legalità". In questa prospettiva, dunque, "la previsione di un periodo di *vacatio* sarebbe anch'essa espressione della contropartita (d'origine contrattualistica) che lo Stato offre in cambio, appunto, dell'obbligatorietà della legge penale: lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato".

La mancanza di un periodo di *vacatio* stride anche con le funzioni della pena e, in particolare, con la funzione di general-prevenzione positiva: è infatti del tutto evidente come una fattispecie incriminatrice che entri immediatamente in vigore non possa in alcun modo espletare quella imprescindibile funzione di orientamento culturale dei consociati che dovrebbe condurre alla condivisione dei valori da essa sottesi ed al suo possibile rispetto²⁷.

Da sempre, poi, si è sottolineato come gli stessi presupposti costituzionali del decreto-legge si pongano in stridente ed insanabile antitesi con le esigenze di massima "ponderazione, cautela, attento esame e valutazione bilanciata delle controindicazioni, che dovrebbero disegnare il profilo di una legislazione penale degna della sua vocazione di *formalizzazione del controllo sociale*"²⁸, non eludibili (né differibili) in sede di scelta di criminalizzazione²⁹; il che lascia trasparire un potenziale contrasto anche col principio di necessaria offensività, dal momento che la necessità di individuare al fondo della scelta incriminatrice la lesione o l'esposizione a pericolo di un interesse determinato, preesistente e preferibilmente consolidato nel contesto sociale di riferimento, collide con le straordinarie, contingenti ragioni che giustificano la decretazione d'urgenza³⁰.

Non vanno infine trascurati taluni effetti distorsivi sul procedimento parlamentare di conversione in legge dei decreti e le immediate ricadute in termini penalistici: si pensi alla prassi di porre questioni di fiducia in sede di conversione in legge, sottraendo al Parlamento la possibilità di procedere ad una pur minima discussione e ad uno scrutinio nel merito delle scelte politico-criminali formalizzate dal Governo, oltre alle ipotesi in cui in – come nel caso di specie – vengano approvati maxi-emendamenti governativi. Assurgono invece al livello di vera e propria *distorsione* i casi in cui – sempre in sede di conversione – vengano apportate modifiche

²⁷ Sulla funzione di general-prevenzione positiva della pena, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 97 ss.

²⁸ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 243.

²⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 55.

³⁰ Così G. DE VERO, *La riserva di legge penale*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino, 2010, p. 12; ID., *Corso di diritto penale*, cit., p. 243, il quale si chiede: "può mai l'esigenza di tutela penale di un bene giuridico, vale a dire di un interesse il riconoscimento della cui dignità nel contesto sociale deve largamente preesistere all'intervento legislativo, profilarsi *da un giorno all'altro*, così come può da un momento all'altro subentrare la necessità di adeguati interventi pubblici a seguito di una calamità o di un disastro naturale?".

da parte di uno dei rami del Parlamento, senza che l'altro abbia la possibilità di interloquire e far valere eventuali perplessità in merito alle modifiche sopravvenute, in sede di seconda lettura, a causa dell'imminente scadenza del termine dei sessanta giorni; in questa evenienza, appare davvero macroscopica la compressione del dibattito parlamentare, con l'effetto che persino la maggioranza parlamentare che ha approvato il provvedimento in prima lettura, ed è chiamata a riapprovarlo a scatola chiusa in seconda, possa non riconoscersi nel contenuto così come modificato³¹.

D'altro canto, la segnalata esigenza di speditezza che è posta alla base del ricorso al decreto-legge – se è indubbiamente condivisibile nei limiti in cui si dimostri fondata – rappresenta in ogni caso un argomento non invincibile, nel senso che tale esigenza non pare trovare nel decreto-legge l'unica possibilità di soddisfacimento, ben potendosi attivare una procedura d'urgenza che accorci i tempi di approvazione di un provvedimento legislativo nella sede tipica parlamentare, così come l'approvazione in tempi strettissimi di taluni recenti interventi legislativi in materia finanziaria ha dimostrato essere possibile.

Senza peraltro trascurare l'eventualità che, dietro la sbandierata esigenza di speditezza della risposta punitiva, si possa invero celare quella, meno nobile, di fornire una *immediata risposta simbolica* ad episodi particolarmente eclatanti che periodicamente scuotono l'opinione pubblica, non riconducibili a fattori contingenti ed indifferibili, attraverso interventi ad alto tasso di ineffettività, fondati su basi emotive e strumentali, che finiscono solo per incrementare quello stato di 'perenne emergenza' più volte e con vigore argomentativo segnalato dalla dottrina³².

4. Il percorso virtuoso della giurisprudenza costituzionale

In questo quadro, si inserisce il percorso in un certo senso 'virtuoso' intrapreso dalla Corte costituzionale a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, nel tentativo di restituire al decreto-legge un volto il più possibile conforme ai crismi costituzionali. Il vero punto di svolta è databile 1996, anno in cui con la sentenza –

³¹ Si pensi a quanto avvenuto, ad esempio, nel corso del procedimento di conversione in legge del decreto-legge 22 settembre 2006, n. 259, recante "*Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche*" (convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2006, n. 281), approvato dalla Camera a ridosso della scadenza dei termini per convertirlo, senza che vi fosse piena condivisione; in questa circostanza, la depravazione ha assunto contorni ancor più marcati, accompagnandosi all'approvazione della legge quella, contestuale, di un ordine del giorno fortemente critico, sottoscritto da tutte le forze politiche, che impegnava il Governo ad una pronta modifica del testo appena licenziato ma non condiviso dalla maggioranza dei votanti (si tratta dell'ordine del giorno n. 9/1838/1, approvato – contestualmente alla legge di conversione del decreto-legge n. 259 del 2006 – nella seduta del 19 novembre 2006).

³² S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 5 ss..

divenuta ormai celebre – 24 ottobre 1996, n. 360³³, si è posto fine all’uso disinvolto (ai limiti dell’abuso) della ripetizione di decreti decaduti per scadenza dei termini di conversione. Sino allora, invero, i giudici costituzionali avevano assunto un contegno estremamente cauto, arrivando ad ammettere senza troppe incertezze il decreto-legge – anche reiterato – come fonte del diritto penale³⁴. La Corte, dopo numerosi richiami rimasti inascoltati, ha posto fine a tale distorsione, ricordando in primo luogo come l’art. 77 Cost. prospetti un’alternativa radicale fra conversione e perdita di efficacia retroattiva del decreto, “senza che il Governo abbia la possibilità di invocare proroghe o il Parlamento di provvedere ad una conversione tardiva” ed insistendo poi sugli effetti negativi che ne derivano, sia in termini di alterazione degli equilibri tra Governo e Parlamento, sia in termini di certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti.

Nondimeno, è cresciuta l’attenzione nell’esaminare il requisito della *straordinaria necessità e urgenza*, a lungo trascurato a causa della decadenza *ex tunc* del provvedimento in caso di mancata conversione e per il suo recepimento in una legge formale³⁵. Già con la sentenza 27 gennaio 1995, n. 29³⁶, invero, si è assistito ad una prima, significativa inversione di tendenza: la Corte, modificando il suo orientamento, ha aperto alla possibilità di sindacare un decreto-legge in caso di “eventuale evidente mancanza”, riconoscendo che l’assenza dei presupposti configuri “tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto, quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione”, avendo quest’ultima valutato erroneamente l’esistenza dei presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, “convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione”. Al di là del dibattito sorto circa la portata da attribuire al *livello di evidenza* della mancanza di necessità ed urgenza da porre a fondamento del sindacato³⁷, la pronuncia ha sostanzialmente rinnegato l’*effetto sanante*

³³ In *Giur. cost.*, 1996, p. 3147 ss., con note di F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale*, ivi, p. 3157 ss. e S.M. CICCONE, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piove*, ivi, p. 3162 ss.

³⁴ Tra le sentenze più risalenti, si possono ricordare Corte cost., 12 dicembre 1963, n. 169, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1682; sent. 5 luglio 1961, n. 53, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 1059; sent., 24 gennaio 1957, n. 37, in *Giur. cost.*, 1957, p. 454.

È peraltro ampiamente noto come la reiterazione dei decreti avesse finito per assumere tratti di vera e propria *regola di comportamento*, attraverso la quale il potere esecutivo disciplinava taluni settori o materie; in pratica, il concatenarsi di provvedimenti provvisori conferiva stabilità normativa a provvedimenti geneticamente destinati a venir meno (o perché convertiti in legge o perché decaduti), sostituendosi alla legge e sottraendoli alla sede e alle garanzie tipiche del procedimento parlamentare.

³⁵ In buona sostanza, si riteneva che, da una parte, per la ristrettezza dei tempi, il decreto difficilmente avrebbe potuto essere sottoposto all’esame della Corte prima della sua conversione e, dall’altra, che, intervenuta la legge di conversione, per tale via fossero sanate le eventuali carenze dedotte nei confronti dei presupposti per l’adozione del provvedimento da parte del Governo (sul punto, A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità del decreto-legge*, Milano, 2000, p. 84 ss.), sposandosi la tesi della *novazione della fonte*, per la quale, come è noto, il difetto dei presupposti di necessità ed urgenza verrebbe in ogni caso sanato nel momento della conversione (per tutti, v. F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento IV*, Torino, 2010, p. 220).

³⁶ In *Giur. cost.*, 1995, p. 3677.

³⁷ Sul quale si rinvia, per tutti, ad A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la “seconda svolta”*, cit., p. 18 ss. ed a A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del*

alla conversione, ricostruendo il vizio da carenza di presupposti come vizio formale, tale da inficiare la legge di conversione.

Su tale profilo la Corte è poi tornata nella sentenza 23 maggio 2007, n. 171³⁸, consacrando definitivamente la traduzione della carenza dei presupposti del decreto in vizio *in procedendo* della legge di conversione e rilevando che il relativo accertamento “non può sostituire né sovrapporsi a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto, fermo il principio per cui il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità solo quando risulti in modo *evidente*”.

Sintomo di tale “evidenza” è stata riconosciuta la natura di *norma intrusa* di una disposizione viziata; e cioè, “quando la disposizione oggetto di censura si presenti come «corpo estraneo» nell'omogeneità di materia disciplinata dal decreto-legge (...), si può presumere che manchino i presupposti di necessità e urgenza e che la forma del decreto-legge sia stata prescelta abusivamente al solo scopo di accelerare il procedimento, violando la distribuzione costituzionale dei compiti legislativi tra governo e parlamento”³⁹. Come si vedrà di qui a breve, il profilo assume particolare importanza anche nell'ordinanza in commento, alla luce della differente portata – ma della stretta interrelazione – delle questioni sollevate in via scalare.

In maniera ancora più esplicita, il principio appena ricordato è stato ripreso nella sentenza 30 aprile 2008, n. 128⁴⁰; qui, all'esclusione dell'eventuale efficacia

Parlamento in sede di conversione, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., p. 357 ss.; G. MONACO, “Necessità e urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007, *ivi*, p. 387 ss.

³⁸ In *Giur. cost.*, 2007, 1662 ss.; su tale pronuncia, tra i molti commenti, v. R. ROMBOLI, *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1986 ss. nonché P. CARNEVALE, *Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, c. 2675 ss.; F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1676 ss.; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3599 ss.

³⁹ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, p. 172.

⁴⁰ In *Giur. cost.*, 2008, 1486 ss.; in tale pronuncia, nel dichiarare costituzionalmente illegittimi – per essere stati pronunciati in mancanza di un caso straordinario di necessità ed urgenza – gli art. 18, commi 2 e 3, del decreto-legge 3 ottobre 2006 n. 262 e 2, commi 105 e 106, dello stesso decreto, nel testo sostituito, in sede di conversione, dalla legge 24 novembre 2006 n. 286 (che, nell'ambito di un provvedimento in materia tributaria e finanziaria, dispongono l'espropriazione del Teatro Petruzzelli di Bari), la Corte ha ribadito che “la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'ambito applicativo costituzionalmente previsto”; per una lettura critica di tale pronuncia, v. R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge (e della legge di*

sanante, è stata affiancata una chiosa rilevante: “affermare che la legge di conversione sani in ogni caso i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”.

Il cammino ha infine trovato un'altra tappa fondamentale nella sentenza 16 febbraio 2012 n. 22⁴¹ (e nella ordinanza 6 marzo 2013, n. 34, che sostanzialmente la richiama), nella quale la Corte ha allargato il raggio del suo possibile intervento anche agli emendamenti inseriti in sede di conversione che si presentino del tutto *eterogenei* rispetto al contenuto del decreto-legge, di per sé legittimamente fondato sui necessari presupposti.

Il passaggio non è di poco momento: focalizzando l'attenzione sul profilo relativo alla legge di conversione, si ricostruisce il peculiare “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”⁴². Così, premesso che “i presupposti per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la

conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte, in Foro it., I, 2008, c. 3044 ss.; A. CELOTTO, Carlo Esposito, le «condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti» e il sindacato sui presupposti del decreto-legge, in Giur. cost., 2008, p. 1502 ss.; A. RUGGERI, “Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge (a margine di Corte cost., n. 128 del 2008), in Foro it., 2008, c. 3048 ss.

⁴¹ In *Giur. cost.*, 2012, p. 248 ss., con osservazioni di R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*; E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la «ridondanza»*; in dottrina, si vedano anche i commenti di E. LAMARQUE, *I profili processuali. Ricorsi regionali e violazione delle norme costituzionali sulle fonti del diritto*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2487 ss.; S. M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, *ivi*, p. 2492 ss.; A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, *ivi*, p. 2493; G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, *ivi*, p. 2494 ss.; D. CHINNI, *Le “convergenze parallele” di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*; *ivi*, p. 2499 ss.; A. SPERTI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale «chiude il cerchio»*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 395ss.; C. DOMENICALI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale sanziona «l'abuso dei mezzi di conversione»*, *ivi*, p. 398 ss.; C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in www.forumcostituzionale.it; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la evidente estraneità di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza? (Nota a Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22)*, in www.federalismi.it, n. 5/2012; un recente inquadramento della problematica, antecedentemente alla sentenza della Corte, in G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla Corte costituzionale: l'omogeneità della legge di conversione*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, *cit.*, p. 437 ss.

⁴² Viene peraltro ricordato come, da un lato, il requisito della omogeneità sia disposto – per il decreto-legge – dall'art. 15, 3 co., della legge 23 agosto 1988, n. 400 e dall'altro – quanto alla legge di conversione – sia espressamente richiamato dai regolamenti parlamentari, che limitano la possibilità di emendamento alle sole norme strettamente attinenti alla natura del decreto (art. 96 *bis*, co. 8, Reg. Camera; art. 97, co. 1, Reg. Senato).

materia o per lo scopo”, e che “il presupposto del «caso» straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario”, l’inserimento di norme eterogenee all’oggetto o alla finalità del decreto finisce per spezzare “il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell’urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge”.

Si chiarisce, in definitiva, che seppure l’innesto di emendamenti “nell’iter di conversione dell’ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale” (oltre che “per esigenze meramente tecniche o formali”), esso tuttavia non deve interrompere quel “legame essenziale tra decretazione d’urgenza e potere di conversione”; in tal caso, la violazione dell’art. 77, co. 2, Cost. non deriverebbe “dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari”, ma dall’uso “improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge”⁴³.

Del tutto coerentemente, per tale via, si potrà (*rectius* dovrà) giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale di tutte quelle norme penali inserite in maniera del tutto inconferente come emendamenti in sede di conversione di decreti destinati a soddisfare esigenze di necessità ed urgenza extrapenali.

5. L’ordinanza della Cassazione e la disomogeneità della legge di conversione

Orbene, tra le ipotesi paradigmatiche – che una coerente applicazione dei principi enucleati nella recente giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto portare all’esame della Corte costituzionale – si era segnalata proprio l’introduzione di disposizioni relative al delicato settore della punibilità in materia di sostanze stupefacenti nella legge 21 febbraio 2006, n. 49, recante “*Conversione in legge con modificazioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell’Amministrazione dell’interno*”⁴⁴.

Si torna, dunque, al punto di partenza: la dubbia legittimità costituzionale degli articoli 4-bis e 4-vicies-ter del decreto-legge n. 272 del 2005 al metro dell’art. 77 Cost. È proprio al percorso delineato nella sentenza n. 22 del 2012, oltre che a svariati moniti

⁴³ Rimarca le criticità connesse all’inserimento di emendamenti di contenuto eterogeneo nell’ambito dei disegni di legge di conversione dei decreti legge e, eventualmente, la successiva apposizione della questione di fiducia sugli stessi da parte del Governo, L. IMARISIO, *Difetto dei presupposti per la decretazione d’urgenza e reiterazione*, in *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, cit., p. 96; è stato peraltro da tempo sollevato il dubbio che un’estensione del controllo sull’omogeneità possa lasciar penetrare la Corte in un ambito che non le appartiene, quello della dialettica parlamentare, da G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, p. 197.

⁴⁴ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 142.

formulati in tal senso dal Presidente della Repubblica⁴⁵, che la Cassazione si rifà nel vagliare (in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza) le eccezioni prospettate dalla difesa, a partire dall'interruzione del *nesso funzionale* tra decreto-legge e legge di conversione e dallo "scostamento intollerabile della funzione legislativa dal parametro costituzionale" conseguenti all'introduzione – in sede di conversione – di norme "del tutto estranee alla *ratio* del decreto-legge" (§. 7).

Un'attenta ricostruzione dell'originario contenuto tanto dell'intero decreto-legge, esteso all'esame del preambolo e delle sue pur eterogenee finalità, quanto del singolo art. 4 (avente ad oggetto lo specifico e circoscritto tema dell'esecuzione di pene detentive nei confronti di tossicodipendenti recidivi che avessero in corso programmi terapeutici di recupero presso servizi pubblici o strutture autorizzate, con la precipua finalità di evitare che le innovazioni apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 all'art. 94-bis del D.P.R. n. 309 del 1990 potessero causare una spropositata ricarcerizzazione di condannati tossicodipendenti), porta la Cassazione a valutare come "non manifestamente infondato il dubbio di una profonda distonia di contenuto, di finalità e di *ratio* tra il decreto-legge n. 272 del 2005 in generale, e anche tra le disposizioni dell'art. 4 in particolare, e le nuove norme introdotte in sede di conversione, con le quali è stata sostanzialmente posta una nuova disciplina a regime sulle sostanze stupefacenti"⁴⁶. In generale, considerando "la ragione di necessità e urgenza che giustificava il decreto-legge nel suo complesso, che era quella di garantire, sotto l'aspetto finanziario e di polizia, un effettivo e sicuro svolgimento delle prossime olimpiadi invernali". In particolare, constatando come l'originario art. 4 "non toccava nemmeno incidentalmente o indirettamente la materia delle sostanze stupefacenti e la disciplina del trattamento sanzionatorio dei relativi illeciti, ma riguardava esclusivamente aspetti concernenti le modalità di esecuzione della pena per i tossicodipendenti recidivi già condannati", con l'esplicitata finalità, peraltro, di "garantire l'efficacia dei programmi terapeutici di recupero per le tossicodipendenze anche in caso di recidiva", alla quale era ancorato il caso straordinario che giustificava la necessità e l'urgenza di provvedere con decreto (§. 8).

In sede di conversione, non solo sono stati introdotti – attraverso un maxi emendamento governativo che in gran parte riproduceva il contenuto del disegno di legge S. 2953, del novembre 2003 – ben 23 articoli aggiuntivi (dall'art. 4-bis all'art. 4-vicies ter), distanti dal contenuto dell'art. 4 ed incidenti sull'assetto complessivo della disciplina degli stupefacenti; ma soprattutto le due norme rilevanti nel giudizio *a quo*, incidendo "pervasivamente sul previgente sistema classificatorio delle sostanze stupefacenti e psicotrope (...), nonché in misura notevole sulle pene edittali per gli

⁴⁵ Si richiamano in particolare una lettera del Capo dello Stato del 22 febbraio 2012 ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri e un precedente messaggio del 29 marzo 2002.

⁴⁶ Peraltro, non va taciuto neanche il sospetto che l'inserimento, all'art. 4, di una norma evidentemente ultronea rispetto al resto del provvedimento possa essere stato operato proprio allo scopo di poterla poi riutilizzare, in sede di conversione (considerata l'imminente conclusione della legislatura ed i tempi stretti che precludevano la possibilità di intervenire con un provvedimento legislativo ordinario), per introdurre *surrettiziamente* una nuova normativa sanzionatoria in materia di stupefacenti.

illeciti aventi ad oggetto c.d. droghe leggere, equiparate a quelle pesanti”, finiscono per spezzare la necessaria “omogeneità funzionale-finalistica” con quelle del decreto originario (§. 9). Di talché, appare non manifestamente infondato ritenere che l’introduzione delle nuove norme – ed in particolare di quelle poste dagli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, co. 2, lett. a) e co. 3, lett. a), n. 6) – abbia significativamente travalicato i limiti della potestà emendativa del Parlamento, così come abbiamo visto essere stati tracciati dalla giurisprudenza costituzionale più recente (§. 11).

La Cassazione prende però in esame anche l’ipotesi in cui la Corte costituzionale non condivida la prognosi di assoluta estraneità delle norme richiamate rispetto al contenuto del decreto-legge. Ci si troverebbe, allora, al cospetto di ‘norme aggiunte non eterogenee’, che come tali tornerebbero comunque ad essere sottoposte ad una pur indiretta valutazione in termini di necessità ed urgenza⁴⁷. Ecco che quindi, – in via subordinata ed appellandosi stavolta ai precedenti delle ricordate sentenze costituzionali 171 del 2007 e 128 del 2008 – la questione di legittimità è sollevata anche sotto il diverso (e non meno rilevante) profilo della sindacabilità della sussistenza del requisito della necessità ed urgenza (§. 12). Nel dettaglio, sono molti ed univoci gli indizi che depongono per una ‘evidente’ mancanza di tale requisito: dall’assenza di motivazione nel preambolo dell’atto e nella discussione parlamentare sulla straordinaria necessità che rendeva urgente un intervento sistemico sulla disciplina degli stupefacenti, alla non priorità assegnata nel calendario dei lavori al d.d.l. S. 2953, il cui contenuto come si è detto venne in gran parte incorporato nel maxi-emendamento governativo, sino alle aperte ammissioni in sede parlamentare che l’intervento *de quo* concludeva un lungo e tortuoso percorso legislativo che si era trascinato per tre anni (§. 13).

6. Una decisione obbligata e un nuovo spazio per ridimensionare la crisi della legalità

Giunti a questo punto, spingendoci a formulare una previsione, l’esito del sindacato della Corte costituzionale ci pare in qualche modo tracciato nel solco dell’accoglimento; a meno che non prevalgano esigenze contingenti, le stesse che talora spingono il giudice delle leggi ad atteggiamenti timidi se non addirittura remissivi. Peraltro, come ricorda nella parte iniziale l’ordinanza, “ciascuna delle disposizioni e norme della legge di conversione che qui vengono in rilievo sostituisce, in tutto o in parte, e quindi abroga, la corrispondente disposizione e norma del testo unico n. 309 del 1990, sicché la sua dichiarazione di incostituzionalità comporterebbe la reviviscenza delle seconde, con conseguente applicazione, nel caso di specie, del più favorevole trattamento sanzionatorio previsto da queste ultime (pena edittale della

⁴⁷ Secondo quanto precisato – con riferimento alla distinzione tra “norme aggiunte eterogenee” e “norme aggiunte non eterogenee” – dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 15 dicembre 2010, n. 355 (in *Giur. cost.*, 2010, p. 4948 ss.).

reclusione da 2 a 6 anni e della multa da euro 5.164 a euro 77.468, anziché della reclusione da 6 a 20 anni e della multa da euro 26.000 a euro 260.000)", sul presupposto, pacifico, che "l'accertamento della invalidità di una norma abrogatrice ed il suo annullamento da parte della Corte costituzionale, specialmente se per vizi di forma o procedurali, determina la caducazione dell'effetto abrogativo, con conseguente ripristino della norma precedentemente abrogata, come costantemente ritenuto dalla giurisprudenza costituzionale" (§. 2).

Si può sperare che l'occasione sia propizia per continuare in quell'opera di ridimensionamento dell'(ab)uso del decreto-legge in materia penale⁴⁸, per l'effetto dissuasivo che l'ampliamento del sindacato può indurre, e di fatto ha indotto, nei confronti del potere esecutivo. Una censura della Corte, con relativa stigmatizzazione della prassi dei maxi-emanamenti inseriti in sede di conversione dei decreti-legge, consentirebbe di circoscrivere ulteriormente quelle degenerazioni della prassi che offrono ottimi pretesti per radicalizzare la crisi della legalità penale e auspicarne il definitivo superamento, aprendo a modelli di diritto penale giurisprudenziale. Oltretutto, rappresenterebbe un segnale forte per una rivitalizzazione del ruolo del

⁴⁸ Ricostruisce il dibattito, di recente, R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 59 ss.

Una (almeno apparente) battuta d'arresto nel percorso di recupero costituzionale dei limiti garantistici della riserva di legge rispetto all'uso del decreto-legge, sotto il profilo della valutazione dei presupposti per la sua adozione, lo si può invero cogliere nella sentenza 24 febbraio 2010, n. 83 (in *Giur. cost.*, 2010, p. 1003 ss., con nota di G. FIANDACA, *Emergenza «rifiuti» e reati emergenziali: superato il vaglio di costituzionalità*, ivi, p. 3147 ss.; una disamina della pronuncia anche in C. RUGA RIVA, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzioni e limiti*, Milano, 2012, p. 197 ss.), ove la Corte è stata investita della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 25 e 77, co. 2 Cost., dell'art. 6, lett. a) e d), del d.l. 6 novembre 2008, n. 172 (*"Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale"*), nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lett. a) o sono punite a titolo di contravvenzione (lett. d).

Con particolare riferimento alla questione inerente alla compatibilità del decreto-legge con la materia penale, il rimettente aveva ritenuto che, nel momento dell'adozione del decreto-legge n. 172 del 2008, non sussistessero le condizioni di straordinaria necessità e urgenza, richieste dall'art. 77, co. 2, Cost. per l'emanazione, da parte del Governo, di un atto con forza di legge. Ciò sarebbe stato comprovato dal preambolo del decreto in questione, ove il riferimento è alla «straordinaria necessità e urgenza di definire un quadro di adeguate iniziative per consolidare i risultati positivi ottenuti nell'aumento della capacità di smaltimento dei rifiuti nel territorio campano e per il definitivo superamento dell'emergenza con una graduale e tempestiva restituzione dei poteri agli enti ordinariamente competenti». Senonché, il decreto-legge sarebbe intervenuto, sempre secondo il giudice *a quo*, quando la fase acuta dell'emergenza era stata già superata e pertanto non sarebbe stato più giustificato il ricorso a questo tipo di atto legislativo. Tale argomentazione non è stata condivisa dalla Corte, la quale ha ritenuto che "l'esigenza di consolidare i risultati positivi ottenuti in una grave situazione di emergenza (...) può essere valutata dal Governo e dalle Camere, come urgente essa stessa, allo scopo di evitare che i predetti risultati siano vanificati da condotte illegali, potenzialmente idonee a ricreare le condizioni che avevano fatto sorgere l'emergenza medesima" ed "i comportamenti previsti dalle norme censurate, se posti in essere nella delicata fase della transizione da una situazione eccezionale ad una di normalità, potrebbero arrestare, o rendere più difficile, il percorso che conduce ad un superamento definitivo dell'emergenza, non ancora verificatosi al momento dell'emanazione del decreto-legge".

procedimento legislativo, che – precludendo qualsivoglia scorciatoia diretta ad eliminare la dialettica parlamentare e il controllo delle opposizioni sui provvedimenti che si riflettono sulla libertà personale – immunizzerebbe la materia penale dalle distorsioni endoprocedimentali e soprattutto dalla (sempre latente) tentazione di sostituire all’idea originaria e virtuosa di legge come sintesi degli interessi generali un nuovo tipo patologico di legge, la c.d. “legge governativa”⁴⁹, ben incarnata da maxi-emendamenti disomogenei e non necessari né urgenti, inseriti senza discussione parlamentare in sede di conversione.

Non va sottovalutato, tuttavia, un duplice, possibile risvolto negativo della questione. Da un lato, ad un controllo più penetrante da parte della Corte – che si traduce nel sindacato sulla omogeneità degli emendamenti inseriti in sede di conversione e soprattutto nel vaglio della carenza dei presupposti di necessità ed urgenza non sanata dalla legge di conversione –, sicuramente da salutare con favore in termini di legalità sostanziale, potrebbe fare da contraltare la creazione di ulteriore instabilità ed incertezza, potendo i vizi di origine, estesi anche alle norme penali *convertite*, portare a caducazioni di molto differite nel tempo, con l’ingenerarsi di effetti talora paradossali.

Dall’altro lato, non si può non auspicare che lo sforzo della Corte costituzionale si estenda anche rispetto alla verifica dei presupposti della delega legislativa; ciò al fine di evitare che – dopo la brusca frenata nell’impiego della decretazione d’urgenza in materia penale, in virtù dei più penetranti controlli di costituzionalità – la già segnalata e preoccupante evasione della funzione legislativa dal Parlamento verso il potere esecutivo prenda sempre più la forma della delega, con un utilizzo che, confidando sull’atteggiamento estremamente cauto sino ad oggi tenuto dalla Corte, ha assunto dimensioni sempre più massicce e problematiche⁵⁰.

⁴⁹ F. BILANCIA, *La legge e l’interesse generale: un paradigma per un’etica costituzionale?*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 3/2005, p. 2 - 3; ID., *La legalità: il tramonto di una categoria giuspolitica*, ivi, fasc. 3/2008, p. 3.

⁵⁰ Una valutazione critica dell’atteggiamento della Corte costituzionale improntato ad estrema cautela nel sindacato sui vizi di costituzionalità dei principi e criteri direttivi delle leggi delega – che per quanto riguarda la materia penale ha portato al massimo a stigmatizzare la scarsa precisione dei principi e criteri direttivi relativi alle sanzioni per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi delegati – ed un approfondimento della tematica (e dei risvolti sul rispetto della riserva di legge) in C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 163 ss. e *passim*.