

***La sospensione della prescrizione e il principio di irretroattività della legge penale
alla prova dell'emergenza Covid-19: le questioni di legittimità costituzionale****

*di Antonella Massaro – Professore Associato di Diritto Penale nell'Università degli Studi
"Roma Tre"*

ABSTRACT: In the “legal labyrinth” that has emerged as a response to Covid-19 outbreak, the legislator has also introduced a cause of suspension of the prescription period related to criminal proceedings. This cause is intended to work with respect to crimes committed before the new regulation became law. Some local Courts deemed the new regulation unconstitutional and promoted a judicial review before the Constitutional Court. This is due to the “strong interpretation” of the substantial nature of legal prescription and the consequent hypothesis of violation of the principle of the non-retroactivity of criminal law. However, the Court of Cassation deemed the constitutional review nonactionable since the claim of the local Courts does not pass the “non-manifest-groundlessness test”. The hearing before the Constitutional Court will be held on November 18th, 2020. The major issue that needs to be considered, in addition to the juridical nature (substantial or procedural) of prescription, is the concept of “unfavourable effects”, which is the keystone of the principle of non-retroactive effect of unfavourable criminal law.

SOMMARIO: 1. Il legislatore dell'emergenza di fronte alla gestione della macchina della giustizia: rinvio delle udienze, sospensione dei termini processuali e sospensione della prescrizione. – 2. I

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

“precedenti speciali” (la risposta legislativa a seguito di altre situazioni emergenziali) e i “precedenti generali” (la legge *ex Cirielli* e la legge Orlando). – 3. La prescrizione nell’era *post Taricco*. – 4. Le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020. – 5. Gli argomenti a favore di una lettura costituzionalmente conforme della normativa anti Covid-19: a) l’art. 159 c.p. – 5.1. b) la natura “non del tutto sostanziale” della prescrizione. – 5.2. b) La potenziale cedevolezza (anche) del principio di irretroattività sfavorevole. – 6. Una possibile soluzione mediana: la “rilettura” della coppia concettuale effetti *in bonam partem*-effetti *in malam partem*.

1. Il legislatore dell’emergenza di fronte alla gestione della macchina della giustizia: rinvio delle udienze, sospensione dei termini processuali e sospensione della prescrizione

Nella fase immediatamente precedente al deflagrare dell’emergenza Covid-19 la prescrizione del reato era divenuta il “pane quotidiano” della riflessione penalistica, anche e soprattutto nella sua proiezione di dibattito politico o, comunque, pubblico¹. Proprio quando sembrava un tema “passato di moda”², i rivoli di quel labirinto normativo stratificatosi a ritmi incalzanti per arginare gli effetti della pandemia sono giunti a permeare anche il tessuto della prescrizione, che da sempre, del resto, ha rappresentato un formidabile banco di prova sul quale valutare, da una parte, la solidità di alcune proposte ricostruttive di teoria generale delle norme e/o del reato e, dall’altra parte, la tenuta delle articolazioni fondamentali della legalità penale.

Il riferimento è alla recente introduzione di una causa di sospensione della prescrizione, che funziona da completamento della più generale disciplina relativa al rinvio delle udienze dei procedimenti civili e penali: l’obiettivo dichiarato (e fin troppo evidente) è stato quello di contenere la diffusione del *virus* in ambienti fin da subito considerati particolarmente a rischio, assicurando per quanto possibile continuità ed efficienza del servizio giustizia³.

Il d.l. 8 marzo 2020, n. 11 (art. 1) prevedeva inizialmente un differimento urgente delle udienze e una sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari fino al 22 marzo

¹ S. SEMINARA, *Relazione introduttiva* al Convegno *La questione prescrizione. Dagli espedienti politici alla cultura e alla tecnica giuridica*, 3 luglio 2020, la cui registrazione integrale è disponibile su *Sistema penale*, 15 luglio 2020.

² V. ancora la *Relazione introduttiva* di S. SEMINARA, come citata alla nota precedente.

³ Così, nella parte introduttiva, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11.

2020. Il decreto legge in questione è stato abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. decreto Cura Italia (art. 1, comma 2). Proprio il d.l. n. 18 del 2020 introduce, all'art. 83, la disciplina attualmente in vigore in materia di rinvio delle udienze, sospensione dei termini processuali e sospensione dei termini di prescrizione⁴.

L'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, in particolare, stabilisce al primo comma che «[d]al 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020». Il secondo comma dell'art. 83, poi, prevede che, per lo stesso periodo compreso tra il 9 marzo e il 15 aprile 2020, «è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali». Il termine del 15 aprile 2020, di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83, è stato prorogato all'11 maggio 2020 dall'art. 36, comma 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (convertito dalla l. 5 giugno 2020, n. 40).

L'art. 83, comma 4 del d.l. n. 18 del 2020 precisa che «[n]ei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale». Posto che il comma 4 dell'art. 83 rinvia al precedente comma 2, ma non anche al comma 1, si tratta anzitutto di chiarire se la sospensione della prescrizione operi anche per quei procedimenti in cui, *ex officio*, sia disposto il rinvio dell'udienza sulla base del primo comma. La risposta affermativa sembrerebbe quella più ragionevole. La giurisprudenza ha evidenziato il legame particolarmente stretto, istituito da parte del legislatore, non solo tra la sospensione dei termini processuali e la sospensione del corso della prescrizione, ma anche tra quest'ultima e il rinvio dell'udienza, come del resto più esplicitamente previsto dalla disciplina originaria contenuta nel d.l. n. 11 del 2020⁵. Il rinvio dell'udienza, inoltre, può essere considerato un "atto del procedimento" al quale il comma 4, rinviando al comma 2, collega la sospensione del corso della prescrizione⁶. Il comma 2, altrimenti

⁴ Per una puntuale ricostruzione del quadro normativo di riferimento, v., in particolare, G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sistema penale*, 4 maggio 2020, § 1 e N. MADIA, Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 5, 5 ss.; G. PICARO, Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020, in *Sistema penale*, 17 aprile 2020.

⁵ Trib. Siena, 21 maggio 2020, in *Giurisprudenza penale web*, 26 maggio 2020, 3.

⁶ Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, in *Sistema penale*, 22 luglio 2020, con nota di G.L. GATTA, "Tolleranza tra principi" e "principi intolleranti". L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020.

detto, “ingloba” il comma 1⁷, con la conseguenza per cui la sospensione della prescrizione opera anche in riferimento ai procedimenti rinviati d’ufficio *ex* comma 1, sebbene l’unico atto da compiere fosse lo svolgimento dell’udienza⁸.

La disciplina dei rinvii e della sospensione della prescrizione è ulteriormente definita dal comma 6 dell’art. 83 d.l. n. 18 del 2020, il quale stabilisce che per il periodo compreso tra il 12 maggio 2020 (termine sostituito con quello del 16 aprile 2020 dall’art. 36 del d.l. 23 del 2020) e il 30 giugno 2020, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le misure organizzative necessarie a consentire il rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della Salute, anche, come precisato dal successivo comma 6, lettera g), rinviando le udienze a data successiva rispetto al 30 giugno 2020. Anche in questo caso il comma 9 dell’art. 83 chiarisce che il corso della prescrizione è sospeso per il tempo in cui il procedimento è rinviato e, comunque, non oltre il 30 giugno 2020.

Il comma 3-*bis* dell’art. 83 d.l. n. 18 del 2020, infine, prevede che, a richiesta del difensore e per i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione, si proceda nei confronti di soggetti che sono o possono essere sottoposti a limitazioni della libertà personale: qualora si tratti di procedimenti pervenuti presso la Cancelleria della Corte dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, il decorso del termine della prescrizione è sospeso fino alla data dell’udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020.

Il profilo di “diritto penale sostanziale” più critico emerge in maniera evidente: per effetto degli strumenti messi in campo dal d.l. n. 18 del 2020, il termine finale di prescrizione risulta spostato in avanti in riferimento a fatti commessi prima dell’entrata in vigore delle nuove disposizioni. In alcuni casi il differimento potrebbe risultare “irrisorio”, tanto che non si era mancato di osservare come in materia di prescrizione l’urgenza di individuare la disciplina applicabile apparisse meno drammatica rispetto alla materia cautelare, posto che una differenza di qualche giorno o qualche settimana presenta un’incidenza senz’altro minore nei confronti di termini destinati ad essere misurati in anni, lustri e decenni⁹. La questione “di principio”, tuttavia, resta inalterata,

⁷ N. MADIA, *Tre questioni problematiche*, cit., 6.

⁸ V. ancora Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 9.

⁹ F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 4, 26. G. FLORA, “Covid regit actum”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in *Penale Diritto e Procedura*, 12 maggio 2020, § 3, ritiene intrinsecamente irragionevole, se non assurdo, un prolungamento di pochi mesi di termini di prescrizione «che, per i reati di gravità

indipendentemente da quale risulti, in concreto, il *quantum* del prolungamento del tempo necessario alla prescrizione di un fatto pregresso.

2. I “precedenti speciali” (la risposta legislativa a seguito di altre situazioni emergenziali) e i “precedenti generali” (la legge *ex Cirielli* e la legge Orlando)

Come evidenziato fin da subito¹⁰, non si tratta di questioni del tutto nuove per l’ordinamento italiano. Sono almeno due, a ben vedere, le esperienze contigue che vengono in considerazione e che potrebbero definirsi, rispettivamente, come i “precedenti speciali” e i “precedenti generali” rispetto alla legislazione registratasi in riferimento alla pandemia da Covid-19.

I precedenti speciali sono rappresentati da quelle norme, di portata analoga all’art. 83 d.l. n. 18 del 2020 e originati da altre situazioni emergenziali, ma applicabili solo ai territori interessati, di volta in volta, dalla situazione di emergenza. Si pensi alle disposizioni approvate dopo il terremoto dell’Aquila (art. 5, comma 9, d.l. n. 39 del 2009), dei territori tra Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo (art. 6, comma 9, d.l. n. 244 del 2016), dell’Emilia Romagna (art. 6, comma 9, d.l. n. 74 del 2012), ma anche a quelle volte a consentire interventi di edilizia giudiziaria presso il Tribunale di Bari (art. 1, comma 1, d.l. n. 73 del 2018). Il decreto Cura Italia condivide, sul piano delle soluzioni adottate in materia di prescrizione, la stessa matrice emergenziale delle disposizioni cui si è fatto rapido cenno, con la differenza che nel caso della pandemia da Coronavirus si è resa necessaria una sospensione che operasse sull’intero territorio nazionale.

Proprio questa valenza “generalizzata” rende inevitabile il riferimento alle riforme che, negli ultimi decenni, hanno interessato in maniera “sistemica” il regime della prescrizione, ponendo al legislatore e all’interprete la necessità di confrontarsi con questioni di diritto intertemporale. Il riferimento è, più esattamente, alla legge *ex Cirielli*, alla legge Orlando e alla legge Bonafede.

media ed elevata, sono già di per sé “biblici”, ulteriormente prolungati dalla riforma Orlando e “bloccati” per sempre (almeno per ora non retroattivamente) dalla “riforma Bonafede”. Anche nella prospettiva di un alleggerimento del carico processuale già adesso gravoso e che diverrà insopportabile alla ripresa dopo l’emergenza, non sarebbe stato più intelligente “rassegnarsi” alla prescrizione dei reati bagatellari per poi poter concentrare le energie sulla celebrazione dei processi per i reati più gravi?».

¹⁰ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, cit., §§ 2 e 5.1; D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in *Discrimen*, 4 luglio 2020, 9; Trib. Crotona, 19 giugno 2020, in *Giurisprudenza penale web*, 20 luglio 2020, 8.

La legge n. 251 del 2005 (c.d. *ex Cirielli*) prevedeva esplicitamente, all'art. 10, comma 2, che le nuove disposizioni non si applicassero ai procedimenti e ai processi in corso qualora i riformati termini di prescrizione risultassero più lunghi di quelli precedenti¹¹. Il successivo comma 3 dello stesso art. 10, per il caso in cui i nuovi termini risultassero più brevi dei precedenti, poneva invece delle deroghe alla retroattività della *lex mitior*, chiamando la Corte costituzionale a confrontarsi, come ampiamente noto, con la (più) complessa questione della retroattività delle norme penali favorevoli¹².

Anche la legge n. 103 del 2007 (c.d. Orlando), introducendo delle nuove cause di sospensione della prescrizione¹³, stabiliva esplicitamente che le stesse potessero trovare applicazione solo per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge stessa (art. 1, comma 15).

La legge n. 3 del 2019 (c.d. Bonafede o Spazzacorrotti), invece, introducendo il "rivoluzionario" blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado o il decreto penale di condanna, non prevede alcuna norma relativa agli effetti intertemporali della riforma, ma sembrerebbe difficilmente contestabile il fatto che il superamento della legge Orlando non possa operare retroattivamente¹⁴.

Quando, dunque, il legislatore si è trovato a dover rallentare l'avanzata del "tempo dell'oblio" a fronte di eventi catastrofici o, in ogni caso, emergenziali, non si è "posto il problema" in riferimento a un possibile effetto retroattivo del prolungamento dei termini necessari a prescrivere, anche perché gli interventi registratisi a seguito, per esempio, di eventi sismici, avrebbero avuto un senso solo rendendo possibile una loro applicazione ai fatti pregressi. Nel momento in cui, per contro, l'istituto della prescrizione è stato riformato in maniera strutturale, il legislatore (fatta eccezione per la legge c.d. Spazzacorrotti) ha sentito l'esigenza di precisare che le modifiche sfavorevoli potessero operare solo *pro futuro*: forse, verrebbe da pensare, perché in caso contrario si sarebbe

¹¹ Sul divieto di retroattività nella legge *ex Cirielli v. E.M. AMBROSETTI, La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cassazione penale*, 2007, n. 2, 426.

¹² Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393, su cui, oltre al già citato commento di E.M. AMBROSETTI, v. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, spec. 98 ss.; Corte cost., 12 marzo 2008, n. 72, con nota di D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, n. 2, 946 ss.; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 32, con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, n. 4, 3047 ss.

¹³ Un inquadramento organico della riforma Orlando è offerto da S. ZIRULIA, *La riforma della prescrizione del reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018, 6 ss.

¹⁴ G.L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2019, § 5 e ID., "Lockdown" della giustizia penale, cit., 5.1.1.

profilata, almeno astrattamente, la possibilità di applicare le nuove disposizioni secondo la logica del *tempus regit actum*.

Secondo alcuni, se soluzioni molto simili a quelle tratteggiate dall'art. 83 d.l. n. 18 del 2020 sono state "accettate" senza traumi particolari, sarebbe lecito ipotizzare che il dubbio di legittimità costituzionale avanzato in riferimento alla normativa anti-Covid si fondi su un vero e proprio fraintendimento: più in particolare, si sarebbe gridato allo scandalo della retroattività a fronte del fenomeno, contiguo ma distinto, della applicazione immediata di una nuova norma a fatti pendenti. La retroattività, si ha cura di precisare, presupporrebbe una rivalutazione giuridica, per effetto della quale il legislatore prevede differenti effetti al verificarsi di una "situazione" già presa in considerazione dall'ordinamento: posto che il legislatore ha attribuito effetto sospensivo a una fattispecie giuridica creata *ex novo*, la sua applicazione ai giudizi in corso integrerebbe una efficacia immediata della norma a situazioni pendenti, senza che risulti necessario chiamare in causa l'art. 2, primo comma c.p.¹⁵. Si tratta per la verità di un'impostazione non del tutto convincente, posto che, per esempio, a fronte dell'introduzione di una fattispecie incriminatrice sconosciuta dall'ordinamento risulterebbe assai complicato invocare l'assenza di una ri-valutazione e, quindi, di una retroattività della nuova norma.

Il fatto che il dubbio di costituzionalità relativo alla retroattività della nuova causa di sospensione della prescrizione si sia posto con una forza e una evidenza non registratesi in occasione dei precedenti interventi legislativi, più in generale, si spiega forse con (almeno) due considerazioni.

Anzitutto, la pandemia da Covid-19 ha dato luogo a quella che, a costo di restare imbrigliati nelle maglie di un ossimoro, potrebbe definirsi una "emergenza strutturale": un'emergenza, cioè, che ha costretto al blocco o al rallentamento della macchina della giustizia sull'intero territorio nazionale, dando luogo, almeno sul piano della validità spaziale (non anche di quella temporale) a una situazione per certi aspetti assimilabile a quella determinatasi con le recenti riforme in materia di prescrizione.

In secondo luogo, la natura giuridica della prescrizione negli ultimi anni è stata oggetto di una riflessione teorica e di una stabilizzazione giurisprudenziale che hanno segnato un vero e proprio spartiacque nell'ambito di una delle questioni più discusse dell'intera parte generale del diritto

¹⁵ D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale*, cit., 9 ss..

penale¹⁶: il riferimento è, evidentemente, agli esiti cui ha condotto la “saga *Taricco*” e ai toni particolarmente perentori che hanno scandito la doppia pronuncia della Corte costituzionale sul caso in questione.

3. La prescrizione nell’era *post Taricco*

La principale base argomentativa della sentenza *Taricco* era costituita proprio dalla natura “non sostanziale” della prescrizione: la Corte di Giustizia superava con piana disinvoltura la questione relativa al possibile contrasto con le articolazioni della legalità penale, attraverso una (sia pur non esplicita) collocazione delle norme in materia di prescrizione tra quelle di natura processuale e, dunque, al di fuori dell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹⁷. Le garanzie della legalità penale, rassicuravano i giudici di Lussemburgo, sarebbero state al sicuro, in quanto dalla disapplicazione non sarebbe derivata una condanna per una condotta che, al momento della sua commissione, non era penalmente rilevante, né si sarebbe trattato di applicare pene diverse da quelle previste: i giudici europei muovevano quindi da una “nozione minima” di legalità, ma soprattutto consideravano come effetti *in malam partem* solo quelli che comportino direttamente una modifica peggiorativa del precetto o della sanzione di una fattispecie incriminatrice, lasciando in balia del *tempus regit actum* le altre vicende relative alla punibilità del soggetto.

Del tutto fisiologica, quindi, è risultata la reazione della Corte costituzionale con l’ordinanza n. 24 del 2017, che ha (ri)affermao, con una perentorietà linguistico-sistemica indubbiamente significativa, il principio per cui nell’ordinamento giuridico italiano il regime legale della prescrizione è soggetto allo statuto di garanzie della legalità penale¹⁸. Non c’è stato bisogno di scomodare le scivolose categorie dogmatiche gemmate dal tronco della punibilità, né di valorizzare il riferimento assiologico alla funzione rieducativa della pena: ai giudici costituzionali è stato sufficiente constatare come, trattandosi di un istituto che incide sulla punibilità della persona,

¹⁶ Sufficiente in questa sede il rinvio a F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2013, 63 ss.

¹⁷ Corte Giust., 8 settembre 2015, C-105/14, § 55 e ss. Sulla natura processuale delle cause estintive, in generale, v. soprattutto A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss. e M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2019, 195 ss.

¹⁸ Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*, con esiti poi ribaditi da Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115, punto 10 del *Considerato in diritto*.

sarebbe giocoforza attrarlo nel cerchio magico dell'art. 25, secondo comma Cost¹⁹. Sebbene alcuni Stati membri muovano da una concezione processuale della prescrizione, ciò non impedisce al singolo ordinamento nazionale di optare per una differente qualificazione giuridica conforme alla propria tradizione costituzionale²⁰, specie quando dalla stessa derivi un livello di protezione più elevato di quello ricavabile dagli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU²¹. Fin da subito, in effetti, si è rilevato come sarebbe stato difficile tornare indietro rispetto a una affermazione “forte” della natura sostanziale della prescrizione²², specie in considerazione del fatto che non si tratta di un esito “innovativo” delle pronunce *Taricco*²³. La “novità” di queste ultime, se proprio si volesse definirla in questi termini, consiste in primo luogo in una generalizzazione della lettura dell'art. 25, secondo comma Cost., che, se in precedenti pronunce si trovava riferito alla prescrizione enfatizzando i principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, si è poi visto chiamato in causa come più generale espressione del principio di legalità, a partire dalla articolazione della determinatezza; in secondo luogo, nella conclusione esplicita per cui il regime di garanzia debba estendersi all'intera

¹⁹ Critico sull'“automatismo” per cui, in quanto incidente sulla punibilità del soggetto, la prescrizione avrebbe natura sostanziale, M. CHIAVARIO, *Frammenti di pensiero eterodosso sulla prescrizione*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2019, 2.

²⁰ Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²¹ Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, punto 8 del *Considerato in diritto*.

²² M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli, 2017 38. La perentorietà delle affermazioni in questione è stata rilevata anche da C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, *ivi*, 85. Cfr. M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, *ivi*, 106, che osservava come le prese di posizione relative alla natura giuridica della prescrizione non rivestissero un ruolo centrale nell'economia complessiva dell'ordinanza n. 24 del 2017. R. BIN, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei “promessi contro-limiti”*, *ivi*, 49, sottolineava come la Corte costituzionale ben avrebbe potuto rivedere le proprie posizioni in tema di natura giuridica della prescrizione o, almeno, in riferimento all'interruzione della stessa. Per una valorizzazione della natura “mista”, “ibrida”, “doppia” della prescrizione v. A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, *ivi*, 20 e, con toni più netti, M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, *ivi*, 68; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessione sulla vicenda Taricco, con una postilla sull'ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di Pellizzone, Milano, 2017, 224 ss. Cfr. sul punto R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Il caso Taricco*, *cit.*, 420 ss., ad avviso della quale, riaffermata la natura sostanziale della prescrizione e la conseguente afferenza della stessa, senza eccezioni, alla copertura garantistica della legalità penale, la Corte costituzionale ha potuto sottrarsi a più complessi ragionamenti relativi, tra l'altro, a una pretesa flessibilizzazione delle istanze garantistiche della legalità: l'Autrice non manca tuttavia di evidenziare gli aspetti problematici della “tenuta” di questa premessa.

²³ V., in particolare, Corte cost., 22 novembre 2017, n. 265, punto 5 del *Considerato in diritto*; Corte cost., 19 maggio 2014, n. 143, punto 3 del *Considerato in diritto*; Corte cost., 11 agosto 2008, n. 324, punto 7 del *Considerato in diritto*; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, punto 4 del *Considerato in diritto*.

disciplina in materia di prescrizione, compresa quella dei fatti interruttivi (che venivano in considerazione nel caso *Taricco*) e sospensivi.

4. Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020

Muovendo dalla lettura “forte” della natura sostanziale della prescrizione offerta dalla Corte costituzionale in occasione del caso *Taricco*, risultano del tutto comprensibili le ragioni che hanno condotto molti giudici di merito a sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020.

Se la prescrizione ha natura sostanziale e se lo statuto di garanzie ricavabile dall'art. 25, secondo comma Cost. si applica all'intera disciplina della stessa, dovrebbe sillogisticamente concludersi per la potenziale incostituzionalità di una causa di sospensione per effetto della quale si produca un allungamento dei termini necessari all'estinzione di fatti pregressi.

I Tribunali di Siena, Spoleto e Crotone hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 83, comma 4 del d.l. n. 18 del 2020, mentre la Corte di cassazione ha ritenuto che la questione non superasse il vaglio della non manifesta infondatezza.

L'udienza per la discussione davanti alla Corte costituzionale è fissata per il 18 novembre 2020.

Le ordinanze di rimessione del *Tribunale di Siena*²⁴, dopo aver ricostruito il quadro offerto dalla giurisprudenza costituzionale di riferimento, si soffermano ampiamente ed efficacemente sul «carattere “emergenziale” o “eccezionale” o comunque “necessitato” della complessiva disciplina», in cui si iscrive anche l'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 e che, in ogni caso, non sarebbe tale da giustificare torsioni del principio di legalità in materia penale. La logica dello Stato di diritto, osserva il giudice *a quo*, frappone un argine invalicabile alla possibilità di individuare spazi di deroga a quei principi che «costituiscono elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale». «Nessuna deroga, dunque, può essere ammessa al principio supremo dell'irretroattività della legge

²⁴ Entrambe le ordinanze, datate 21 maggio 2020 e sostanzialmente coincidenti per quanto riguarda le argomentazioni in diritto, sono disponibili su *Giurisprudenza penale web*, così come le altre ordinanze di rimessione cui si farà riferimento nelle note successive.

penale sfavorevole», attraverso quella inderogabilità assoluta che vale a distinguere l'irretroattività dal concorrente principio di retroattività della *lex mitior*²⁵.

Il *Tribunale di Spoleto*, poi, precisa che, pur a voler seguire «un approccio pragmatico» e a voler ammettere la retroattività del nuovo caso di sospensione osservando che non verrebbero frustrate le esigenze difensive del singolo e le sue aspettative sui tempi entro cui lo Stato deve esercitare la sua pretesa punitiva, «si aprirebbe la strada a un *case law*, a cui la tradizione giuridica continentale è estranea». Anche in questo caso si pone l'accento sulla assoluta inderogabilità del principio di irretroattività sfavorevole, che, come ha chiarito la Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2020, rappresenta un «bastione di garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo»²⁶.

Particolarmente circostanziata risulta la questione sollevata dal *Tribunale di Crotona*, specie per l'accurata individuazione dei profili di peculiarità che caratterizzano la causa di sospensione introdotta dalla normativa anti-Covid. L'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020, in particolare, prevede un allungamento dei termini di prescrizione di natura predeterminata e applicabile ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore che siano già sfociati in un procedimento penale, ma non anche ai fatti commessi prima del 9 marzo 2020 e non ancora approdati alla primissima fase delle indagini²⁷. A ciò si aggiunga che ammettere un'applicazione retroattiva delle norme contenute nel decreto Cura Italia sembrerebbe l'unica soluzione ragionevole «per evitare di vanificare il lodevole intento del legislatore e garantire che la paralisi del sistema giustizia non sia foriera di benefici illegittimi. La sospensione in tal caso sarebbe forzata e, dunque, non imputabile a nessuno e non vi sarebbe ragione per cui dovesse tornare a favore di qualcuno»²⁸. La sola via per pervenire a questo obiettivo, tuttavia, sarebbe quella di «approdare per la prima volta nel nostro sistema a una “processualizzazione” della sospensione dei termini di prescrizione», sia pur limitatamente all'art. 83, comma 4 del d.l. n. 18 del 2020. Ad avviso del giudice *a quo*, questa soluzione si porrebbe in contrasto non solo con il diritto vivente, ma anche con le scelte compiute dal legislatore in

²⁵ Trib. Siena, 21 maggio 2020, 8.

²⁶ Trib. Spoleto, 27 maggio 2020, 4.

²⁷ Trib. Crotona, 19 giugno 2020, 7-8.

²⁸ Trib. Crotona, 19 giugno 2020, 10. V. anche G.L. GATTA, “*Lockdown*” della giustizia penale, cit., § 9, che, nell'ambito di una più ampia proposta ricostruttiva volta a legittimare un'applicazione retroattiva della nuova causa di sospensione, sottolinea anche come in questo modo si riesca ad assicurare un effetto utile alla normativa emergenziale, pensata proprio per essere retroattiva.

occasione delle più recenti riforme in materia di prescrizione: tanto basterebbe per escludere la possibilità di una lettura costituzionalmente conforme della norma censurata²⁹.

Anche il *Tribunale di Roma* concentra la propria attenzione sulla natura giuridica della prescrizione, ritenendo che la sua natura sostanziale rappresenti un esito ormai stabile nel diritto vivente, che non sarebbe auspicabile mettere in discussione allo scopo di fornire una lettura costituzionalmente conforme dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020: anzi, lo scrutinio della normativa emergenziale potrebbe e dovrebbe rappresentare un'occasione ulteriore, ad avviso del giudice rimettente, per ribadire che tutte le norme che disciplinano la prescrizione sono soggette al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole³⁰.

5. Gli argomenti a favore di una lettura costituzionalmente conforme della normativa anti Covid-19: a) l'art. 159 c.p.

Molte delle ordinanze di rimessione, confrontandosi con il necessario tentativo preliminare di offrire una lettura costituzionalmente conforme della norma potenzialmente illegittima, prendono in esame il primo comma dell'art. 159 c.p., secondo il quale il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare sia imposta da una particolare disposizione di legge.

Potrebbe ritenersi che quella introdotta dal d.l. n. 18 del 2020 sia proprio una di quelle cause di sospensione del processo che, secondo quanto disposto dall'art. 159 c.p., determina anche la sospensione della prescrizione.

In giurisprudenza si sono registrati sul punto orientamenti contrastanti.

Secondo il Tribunale di Siena, se fosse sufficiente l'art. 159 c.p. si porrebbe a una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 83, comma 4 del d.l. n. 18 del 2020: la sospensione della prescrizione, altrimenti detto, si sarebbe prodotta senza che si rendesse necessaria una disposizione *ad hoc*. Senza contare, sempre ad avviso del giudice senese, che il concetto di "sospensione del procedimento" *ex* art. 159 c.p. non può equipararsi a quello di "rinvio d'udienza" che compare

²⁹ Trib. Crotone, 19 giugno 2020, 10-11.

³⁰ Trib. Roma, 18 giugno 2020, 7-8.

nell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, trattandosi anzi di concetti che operano su due piani sufficientemente distinti³¹. Più in generale, osserva il Tribunale di Siena, al fine di evitare che il divieto di retroattività in materia di prescrizione risulti eluso in maniera fin troppo agevole, dovrebbe ritenersi che il rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 159 c.p. possa riferirsi solo a leggi preesistenti al codice penale o, in ogni caso, entrate in vigore prima della commissione del fatto cui pretendono di riferirsi³², a meno che, andando contro le indicazioni offerte dal diritto vivente, si muova dalla premessa per cui la sospensione della prescrizione sia un istituto di diritto processuale³³.

Anche ad avviso della Sezione III della Corte di cassazione, mantenendo ferma la natura sostanziale della prescrizione, una lettura dell'art. 159 c.p. che consentisse alle cause di sospensione sopravvenute di retroagire esporrebbe a dubbio di legittimità costituzionale la stessa norma codicistica³⁴.

A conclusioni differenti, invece, sono pervenute due sentenze con cui la Sezione V della stessa Suprema Corte, escludendo la via della questione di legittimità costituzionale, ha ritenuto che la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, comma 4, cit. non violerebbe il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole in quanto la disciplina dettata dai commi 1 e 2 del medesimo art. 83 sarebbe riconducibile all'ipotesi di sospensione di cui all'art. 159 c.p.³⁵. I giudici di legittimità osservano che la fattispecie prevista dall'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 sia riconducibile al primo comma dell'art. 159 c.p., senza che ciò determini una violazione del principio di irretroattività della norma sostanziale sfavorevole³⁶. Il legislatore, anzitutto, non avrebbe introdotto una nuova figura di sospensione del corso della prescrizione, limitandosi a individuare un "presupposto" che rende applicabile la fattispecie generale prevista dall'art. 159, primo comma c.p., per effetto del rinvio mobile contenuto in quest'ultima disposizione³⁷. La

³¹ Trib. Siena, 21 maggio 2020, 7.

³² Trib. Spoleto, 27 maggio 2020, 3.

³³ Trib. Roma, 18 giugno 2020, 10.

³⁴ Così Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 13.

³⁵ Cass., Sez. III pen., 14 luglio 2020, n. 25222 e Cass., Sez. III pen., 23 luglio 2020, n. 25433, su cui, in senso adesivo, G.L. GATTA, *Covid-19, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: si fa strada, in Cassazione, la tesi della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020.

³⁶ Cass., Sez. III pen., 14 luglio 2020, n. 25222, punto 8 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Cass., Sez. III pen., 14 luglio 2020, n. 25222, punto 8 del *Considerato in diritto*; Cass., Sez. III pen., 23 luglio 2020, n. 25433, dove poi si precisa che «la sospensione del corso della prescrizione nel presente caso non è il frutto di una disposizione sostanziale introdotta successivamente alla commissione del reato [...] ma è la conseguenza, derivante dalla ordinaria applicazione del comma 1 dell'art. 159 cod. pen., della intervenuta sospensione del processo».

presenza dell'art. 159 c.p., inoltre, escluderebbe un *vulnus* alla libera autodeterminazione della persona, che costituirebbe il nucleo centrale della *ratio* del principio di irretroattività³⁸. Senza considerare che l'intervento legislativo non può certo considerarsi finalizzato a un aggiramento della irretroattività sfavorevole, risultando anzi imposto da uno "stato di necessità" determinato dalla pandemia³⁹.

Era pressoché inevitabile l'approdo della questione alle Sezioni unite della Corte di cassazione, che tuttavia, in attesa che la Consulta si pronunci, hanno disposto un rinvio al 26 novembre 2020⁴⁰.

L'argomento che insiste sulla *interpretatio abrogans* dell'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 cui si perverrebbe ritenendo che, comunque, avrebbe trovato applicazione la regola generale dell'art. 159 c.p., sembra in effetti difficilmente superabile.

Resta il fatto che l'art. 159 c.p. rende evidente la stretta connessione che a livello di disciplina generale il legislatore ritiene di dover istituire tra il decorso della prescrizione e il "decorso del processo": se il processo "si blocca", si blocca anche il corso della prescrizione in attesa che il processo riprenda, secondo una premessa che rende ancor più sistematicamente distonica la previsione del nuovo secondo comma dell'art. 159 c.p.⁴¹. L'istituto della sospensione della prescrizione, del resto, trova la sua *ratio* proprio nella forzata inattività cui è costretto l'organo che procede⁴²: se la prescrizione si basa sulla inerzia degli organi giudicanti, questa inerzia non può rilevare fino a quando l'ostacolo al procedimento o al processo non sia rimosso⁴³.

Del tutto "fisiologico", dunque, risulta lo schema delineato dall'art. 83 d.l. n. 18 del 2020: la sospensione dei termini processuali e il rinvio delle udienze per un ostacolo che determina un

³⁸ Cass., Sez. III pen., 14 luglio 2020, n. 25222, punto 9 del *Considerato in diritto*.

³⁹ Cass., Sez. III pen., 14 luglio 2020, n. 25222, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Cass., Sez. un., u.p. 24 settembre 2020, Sanna, su cui F. LAZZERI, *Le Sezioni unite rinviando l'esame di due questioni in attesa che la Corte costituzionale si pronunci sulla legittimità della sospensione della prescrizione per covid*, in *Sist. pen.*, 28 settembre 2020.

⁴¹ Il secondo comma dell'art. 159 c.p., stando alla sua formulazione linguistica, si pone come integrazione del precedente primo comma, prevedendo che il corso della prescrizione rimanga «altresì sospeso» dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna. Il concetto di "sospensione", in realtà, implica che il processo sia destinato a riprendere: «[il] meccanismo introdotto dalla riforma non configura pertanto propriamente né una sospensione né un'interruzione del corso della prescrizione: individuandone un nuovo termine finale, esso contempla sic et simpliciter una regola relativa al decorso della prescrizione, che ne individua un nuovo *dies ad quem*; regola che, per quanto si è detto, avrebbe potuto trovare sede più adeguata nell'art. 158 c.p. ("Decorrenza del termine della prescrizione")». Così, G.L. GATTA, *Una riforma dirompente*, cit., § 3.

⁴² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1961, 520.

⁴³ M. ROMANO, *Art. 159*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, III, Milano, 2011, 92.

contingente ostacolo al regolare funzionamento dell'intera macchina della giustizia si completa con la sospensione dei termini processuali, per un periodo determinato e limitato.

5.1. b) la natura “non del tutto sostanziale” della prescrizione

Qualora il riferimento all'art. 159 c.p. non si ritenesse, di per sé solo, risolutivo, la strada *prima facie* più convincente per superare il dubbio di legittimità costituzionale sembrerebbe quella che si muove in una direzione (totalmente o almeno parzialmente) speculare rispetto alla premessa da cui origina il dubbio di costituzionalità: posto che il “problema” deriva dalla natura sostanziale della prescrizione, spostare l'istituto sul piano processuale significherebbe sottrarlo dalle maglie dell'art. 25, secondo comma Cost. per attrarlo nell'orbita del *tempus regit actum*.

La “lettura forte” proposta dalla Corte costituzionale e che trova il suo apice nella vicenda *Taricco*, in effetti, risulta tanto perentoria quanto poco scontata. Proprio in riferimento agli effetti intertemporali delle vicende modificative relative alla prescrizione è ben nota l'autorevole impostazione secondo cui in caso di allungamento dei termini di prescrizione intervenuto prima che la stessa sia maturata, non sussisterebbero particolari ostacoli ad ammettere un'applicazione retroattiva delle modifiche in questione: la *ratio* del principio di irretroattività, si osserva, sarebbe quella di soddisfare l'aspettativa del cittadino di sapere preventivamente se in quale misura sarà punito, «non già quella di fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni»⁴⁴.

La stessa Corte costituzionale, (subito) dopo aver archiviato l'*affaire Taricco*, non ha esitato ad osservare incidentalmente come la prescrizione presenti pur sempre una «variabile dinamica», cui la stessa, pur afferendo alla sfera del diritto penale sostanziale, è in concreto esposta nelle singole vicende processuali, ciascuna contrassegnata da uno specifico andamento in sede giurisdizionale: «[p]ertanto, l'applicazione delle regole sulla prescrizione richiede una valutazione in concreto, alla luce delle caratteristiche del singolo caso»⁴⁵.

⁴⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 263-264.

⁴⁵ Corte cost., 18 aprile 2018, n. 143, punto 4.4. del *Considerato in diritto*.

Si è sostenuto che le vicende legate alla normativa motivata dall'emergenza Coronavirus in materia di prescrizione starebbero presentando un conto salato a quell'impostazione sovranista cui, nel caso *Taricco*, la natura sostanziale della prescrizione sarebbe stata funzionale⁴⁶. A ben vedere, tuttavia, la sola "colpa" dell'*affaire Taricco* è stato il clamore eccessivo che quella vicenda ha saputo suscitare nel dibattito scientifico, a fronte della potenziale disapplicazione di un tetto massimo in riferimento all'interruzione che, in effetti, equivaleva a una riforma strutturale della prescrizione. La natura sostanziale dell'istituto, di per sé, non può certo considerarsi un approdo rivoluzionario per una Corte che, aprendo alla retroattività favorevole delle modifiche in materia di prescrizione, non era "ragionevole" arretrasse sul versante della irretroattività sfavorevole.

Tralasciando la "decisività" della svolta *Taricco*, la "controproposta sistematica" è quella che ravvisa nella prescrizione un istituto ancipite, nel quale convivono una dimensione sostanziale e una dimensione processuale: le regole in materia di interruzione e di sospensione si collocherebbero proprio in quest'ultima dimensione⁴⁷. La rigida dicotomia sostanziale/processuale, del resto, rischierebbe di risultare riduttiva e fuorviante: per stabilire lo statuto costituzionale applicabile a un certo istituto si renderebbe piuttosto necessario guardare alla sostanza degli istituti e, nel caso particolare, alla *ratio* del principio di irretroattività⁴⁸. Se il prolungamento del termine della prescrizione interviene quando il termine stesso non è ancora maturato, il diritto di difesa non subirebbe *vulnus* alcuno, lo Stato non abuserebbe del poter punitivo e non verrebbe frustrata l'esigenza di prevedibilità delle conseguenze della violazione della legge penale⁴⁹.

⁴⁶ G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., § 6. In senso "favorevole" alla prima sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia, ribadendo del resto la propria adesione a un'impostazione che ammetta l'applicazione retroattiva di un allungamento dei termini di prescrizione, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2015, 10. Cfr. G. FLORA, "Covid regit actum", cit., § 3, ad avviso del quale sarebbe troppo sbrigativo ritenere che la sentenza n. 115 del 2018 della Corte costituzionale rappresenti solo un fastidioso *escamotage* per liquidare la vicenda *Taricco*, trattandosi anzi di «un pilastro del diritto penale liberal-democratico a marchio costituzionale, una monumentale sentenza storica».

⁴⁷ G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., § 7.

⁴⁸ G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., § 7, riprendendo esplicitamente sul punto G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 261.

⁴⁹ G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., § 8.

5.2. b) La potenziale cedevolezza (anche) del principio di irretroattività sfavorevole

Qualora si ritenesse che non sussistano i presupposti per mettere in discussione la natura sostanziale della prescrizione, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di sospensione, residuerebbe teoricamente la possibilità di “agire” sul parametro di legittimità costituzionale: un allungamento dei termini di prescrizione, di regola, non opererebbe retroattivamente, ma il principio di irretroattività della legge sfavorevole ammetterebbe pur sempre delle deroghe in presenza di situazioni eccezionali come quelle che hanno determinato la normativa Covid-19.

Si tratta di un’argomentazione apparentemente “fantasiosa” e della quale probabilmente non si sarebbe neppure avvertita l’esigenza di dar conto, se non fosse che si tratta proprio della linea seguita dalla III sezione della Corte di cassazione, la quale ha ritenuto, contrariamente ai giudici di merito, che non ci fossero gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale.

L’irretroattività della legge sfavorevole ben potrebbe risultare oggetto di un «bilanciamento ragionevole» con altri diritti costituzionali, all’esito del quale non è escluso che una norma possa operare retroattivamente *in malam partem*: «la sospensione del corso della prescrizione, che determina una indubbia limitazione/compressione dell’art. 25, secondo comma Cost. può dirsi, in certa misura ed entro certi limiti “sopportabile”, nel senso che nel bilanciamento con altri principi di rango costituzionale (diritto alla vita e alla salute), consente di ritenere la flessione del principio di irretroattività della legge sfavorevole [...] non costituzionalmente illegittima»⁵⁰. Sono queste le sorprendenti conclusioni cui sono prevenuti i giudici di legittimità, attraverso affermazioni che sarebbe stato difficile immaginare di leggere nel 2020, anche in piena emergenza pandemica.

La Corte di cassazione fonda le proprie considerazioni sul carattere eccezionale della normativa emergenziale e, al tempo stesso, sul suo carattere proporzionato. «L’epidemia che ha colpito il paese è un fatto *extra ordinem*» che, al fine di prevenire la diffusione del contagio, ha reso necessaria, accanto a misure limitative dei diritti delle persone e dell’iniziativa economica, la

⁵⁰ Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 15, con l’immane riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, relativa al caso Ilva, e alla necessità di «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali». La stessa Corte di cassazione, citando “autorevole dottrina”, si premura di ricordare che «nessun principio può avanzare la pretesa di valere fino al punto di annullare gli altri»: il riferimento, come evidenziato da G.L. GATTA, ‘Tolleranza tra principi’ e ‘principi intolleranti’, cit., § 4, parrebbe a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, Storia, principi, interpretazioni, Bologna, 2018, 129.

sospensione pressoché totale dell'attività giudiziaria⁵¹. A fronte di una situazione i cui caratteri di eccezionalità sono così prepotentemente evidenti, sarebbe fuorviante pretendere di ricorrere alle ordinarie categorie giuridiche o a schemi interpretativi predeterminati, rendendosi piuttosto necessario fare i conti con la «capacità adattiva» delle norme e dei principi costituzionali, a partire da quello di irretroattività⁵².

La disciplina introdotta con l'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 ha carattere generale, perché è applicabile a tutte le tipologie di processi in corso; è temporanea, in quanto predetermina, entro un circoscritto lasso temporale, gli effetti della sospensione; è proporzionata rispetto allo scopo prefissato⁵³. La congiunta operatività di queste condizioni sarebbe sufficiente, ad avviso della Suprema Corte, a mettere in discussione la portata inderogabilmente assoluta del principio di irretroattività sfavorevole.

Non è questa la sede per indicare i punti di forza e di debolezza di un riferimento al bilanciamento come tecnica argomentativa giudiziale per risolvere un conflitto tra diritti o principi, riproponendo la sempiterna alternativa tra un approccio equitativo, preoccupato di assicurare la giustizia del caso concreto, e una visione più ispirata alle logiche del formalismo e della certezza del diritto⁵⁴. Così come sarebbe un fuor d'opera intrattenersi sulla distinzione tra regole e principi, almeno per quanto attiene alla necessità di una concretizzazione e alla possibilità di un bilanciamento che, appunto, varrebbero a caratterizzare i secondi rispetto alle prime⁵⁵.

Può però certamente osservarsi come i temi in questione assumano una portata peculiare nell'ottica del penalista. Il diritto penale è caratterizzato da una “carica prescrittiva” sconosciuta ad altri settori dell'ordinamento, che rende la dimensione del dover essere normativo una stella polare della quale sarebbe riduttivo limitarsi a decretare la crisi⁵⁶. Basterebbe questa considerazione per “giustificare” il fatto che i concetti di “bilanciamento” e “cedevolezza”, pur non essendo del tutto estranei allo strumentario teorico-generale del penalista, non rappresentano certo i suoi attrezzi di

⁵¹ Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 11.

⁵² Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 11-12.

⁵³ Cass., Sez. III pen., 2 luglio 2020, n. 21367, 14.

⁵⁴ Valga per tutti il rinvio a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 2006, n. 1, 1 ss. e alle recenti riflessioni di D. CANALE, G. TUZET, *Can Constitutional Rights Be Weighed? On the Inferential Structure of Balancing in Legal Argumentation*, disponibile in *Academia.edu*.

⁵⁵ R. GUASTINI, *Applicare principi costituzionali*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 91 ss. Per una lettura “debole” della distinzione tra regole e principi, ravvisabile più sul piano quantitativo che su quello qualitativo, G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2009, 131 ss.

⁵⁶ *Amplius*, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 12 ss.

lavoro ordinari. I principi generali in materia penale mostrano una strutturale refrattarietà alle logiche del bilanciamento. Anche quando si è “costretti” ad ammettere la potenziale cedevolezza della retroattività della *lex mitior*⁵⁷, lo si fa spesso a mezza bocca, con estrema cautela e, in ogni caso, con la consapevolezza che si renda necessario un onere argomentativo particolarmente gravoso.

Non è un caso, del resto, che l’art. 2 c.p., nel prevedere una deroga per le leggi temporanee ed eccezionali, si riferisca alla sola retroattività favorevole, non anche al primo comma del medesimo articolo. È vero che l’irretroattività sfavorevole viene inquadrata dal codice penale dal peculiare angolo prospettico della “nuova incriminazione”, a fronte di una formulazione dell’art. 25, secondo comma Cost. indubbiamente più ampia e capace di riferirsi, almeno potenzialmente, a tutte le vicende normative che incidono in senso sfavorevole sulla punibilità del soggetto. Resta però chiaro l’intento del legislatore del 1930 e, forse in maniera ancor più evidente, quello del Costituente, che si “preoccupava” di offrire copertura esplicita, con una formula linguisticamente perentoria, al solo principio di irretroattività della legge penale.

Certo, si sa che “la vecchia non voleva morire perché tante cose aveva ancora da vedere e da sentire”, ma ricercare una lettura costituzionalmente conforme dell’art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 aprendo una breccia nella inderogabilità assoluta della irretroattività sfavorevole non sembra una strada né normativamente praticabile né “politicamente” auspicabile, nemmeno come arma per difendersi dall’emergenza. L’irretroattività è un “principio intollerante”⁵⁸, che “deve” restare impermeabile alle logiche incontrollabili del bilanciamento.

6. Una possibile soluzione mediana: la “rilettura” della coppia concettuale effetti *in bonam partem*-effetti *in malam partem*

Potrebbe forse individuarsi una terza via costituzionalmente conforme, che, senza mettere in discussione il diritto vivente consolidatosi attorno alla natura sostanziale della prescrizione, neppure

⁵⁷ Sufficiente in questa sede il rinvio a M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., spec. 78 ss.

⁵⁸ G.L. GATTA, *Tolleranza tra principi e principi intolleranti*, cit., § 5.

pretende di avventurarsi per gli spudorati sentieri di una immaginifica cedevolezza dell'art. 25, secondo comma c.p.

Tanto le questioni di legittimità costituzionale sollevate fino a questo momento, quanto i tentativi di inquadramento sistematico che si sono registrati (e si stanno registrando) in materia, muovono da un postulato indiscusso: un allungamento dei termini di prescrizione, in qualsiasi modo lo stesso sia strutturato da parte del legislatore, comporterebbe sempre e comunque un effetto *in malam partem*.

È proprio la validità di questo postulato che, forse, potrebbe mettersi in discussione, domandandosi se davvero dall'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 sia derivato un effetto peggiorativo.

Non è un caso che la coppia concettuale “effetti *in bonam partem*/effetti *in malam partem*” si sia trovata storicamente a svolgere il delicato ruolo di “collante della legalità penale”, tanto sul piano nazionale (dalla analogia alla successione di leggi penali nel tempo, passando per il sindacato costituzionale sulle norme penali di favore) quanto su quello sovranazionale (con particolare riguardo ai rapporti tra il diritto penale nazionale e il diritto eurounitario). Si tratta, a ben vedere, di una distinzione che sta progressivamente prendendo il posto di quella che vorrebbe contrapposte le norme sostanziali e quelle processuali, secondo una linea di tendenza che, già antesignanamente abbozzata dai teorizzatori di quella “norma penale reale” in cui le regole sostanziali e quelle processuali si compongono in un tutto unitario⁵⁹, sta ricevendo nuova linfa vitale dalla svolta “sostanzialistica” veicolata dalla giurisprudenza “europea”.

Con particolare riguardo all'art. 25, secondo comma Cost., la norma costituzionale prevede un divieto di applicazione retroattiva delle norme in forza delle quali il soggetto è *punito*. Potrebbe ritenersi, quindi, che il capoverso dell'art. 25 Cost. non si applichi a quelle norme dalle quali derivi la *non punibilità* del soggetto⁶⁰. Oppure potrebbe ritenersi, come in effetti parrebbe preferibile, che la Costituzione si riferisca a tutte quelle norme che incidano *in senso sfavorevole* sulla condizione del soggetto, non importa se formalmente sostanziali e formalmente processuali.

⁵⁹ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2019, 14 ss. Più di recente anche M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, p. 15 precisa che «la c.d. norma penale “sostanziale” esiste e rileva solo all'interno del processo penale», richiamando esplicitamente (nota 36) la costruzione dogmatica della norma penale reale. Per una critica, sia pur muovendo da premesse differenti, di una troppo rigida contrapposizione tra norme sostanziali e norme processuali, con specifico riguardo alla questione della prescrizione, v. G.L. GATTA, “*Lockdown*” della giustizia penale, cit., § 7 e M. CHIAVARIO, *Frammenti di pensiero eterodosso sulla prescrizione*, cit., 3.

⁶⁰ Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 99.

La dicotomia effetto favorevole/effetto sfavorevole, tuttavia, si rivela in certi casi meno salomonica di quanto *prima facie* potrebbe sembrare. Quando, infatti, a venire in considerazione non è, *sic et simpliciter*, un ampliamento o una compressione della sfera del penalmente rilevante, ma, come in questo caso, una modifica che attiene alle regole del processo, l'effetto in questione ben potrebbe definirsi "neutro" o, forse più correttamente, "processuale puro".

Si è ormai da tempo evidenziato come rischi di risultare asfittica e fuorviante la troppo netta contrapposizione tra il tempo in cui il reato è stato commesso e il tempo in cui è entrata in vigore la nuova norma, senza prendere in considerazione vicende temporali intermedie che potrebbero valere a scandire il tempo del processo⁶¹.

A questo proposito, potrebbe valorizzarsi la distinzione tra *norme di garanzia* e *norme di pura tecnica*, intendendosi con quest'ultima categoria le norme che, disciplinando situazioni giuridiche estranee rispetto alla situazione generale e globale derivata dal reato commesso, attengono ad atti di pura tecnica procedurale⁶². Si tratta indubbiamente di una distinzione che potrebbe presentare qualche margine di arbitrarietà, ma la stessa risulta ispirata a un innegabile (e auspicabile) realismo⁶³.

Ad ulteriore conferma di questa impostazione, si è precisato che «la *ratio* sottostante alla garanzia della cosiddetta "irretroattività" si fonda su un principio di tutela dell'"affidamento" del singolo, che non può essere sempre riportato ad un unico punto di riferimento temporale»⁶⁴. L'affidamento del singolo sulla fissità del quadro normativo potenzialmente rilevante negli sviluppi processuali della sua condotta, in effetti, si va precisando in relazione a più momenti differenti, normalmente successivi a quello del «fatto». Muovendo da queste premesse, ben potrebbe ammettersi che di volta in volta si dia rilievo ai vari momenti nei quali vengono posti in essere i

⁶¹ Il riferimento è soprattutto al pensiero di M. CHIAVARIO, recentemente riproposto in *Frammenti di pensiero eterodosso sulla prescrizione*, cit., 3. V. anche D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, cit., 13, il quale, ritenendo che «l'art. 83 cit. non sia in alcun modo peggiorativo della prevedente disciplina della prescrizione», precisa che ciò dipenderebbe dalla diversa natura che assume il tempo della prescrizione penale prima e dopo l'intervento del processo. Prima del processo, il tempo della prescrizione presenterebbe la natura puramente cronologica di "tempo storico", finalizzato a misurare il distacco tra il *tempus commissi delicti* e il tempo attuale; dopo il processo, il tempo della prescrizione assumerebbe invece una portata commisurativa, stabilendo la possibilità per la macchina della giustizia di accertare la responsabilità del soggetto e tramutandosi quindi da dato storico a dato normativo con valore misurativo, come tale intrinsecamente flessibile.

⁶² M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, § 20, riprendendo sul punto G. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, Liège, 1971.

⁶³ M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica*, cit., § 20.

⁶⁴ M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica*, cit., § 20.

diversi atti processuali, ovvero vengono ad integrarsi le diverse situazioni processuali «di durata» giuridicamente disciplinabili, ferma restando l'esigenza di applicare una norma anteriore se l'individuo abbia, ragionevolmente, potuto fare affidamento su di essa, pur non essendosi ancora verificati i presupposti per il compimento di quell'atto specifico o per l'integrarsi di quella specifica situazione⁶⁵.

La cartina di tornasole più significativa per verificare se l'affidamento del singolo abbia o meno subito un *vulnus* è rappresentata dal diritto di difesa⁶⁶: se il diritto di difesa resta effettivo, perché la modifica legislativa, pur successiva al fatto commesso, incide su aspetti "contingenti", che attengono al mero funzionamento della macchina processuale e che, contestualmente, attribuiscono al difensore gli strumenti per "reagire" alla modifica, allora potrà ipotizzarsi che la nuova norma produca un "effetto processuale puro", come tale sottratto al regime dell'art. 25, secondo comma Cost.

Due precisazioni si rendono necessarie.

In primo luogo, una proposta ricostruttiva come quella che si è cercato di sintetizzare supera il dilemma della natura sostanziale o processuale del singolo istituto, per spostarsi sul piano degli effetti prodotti dalla norma che, di volta in volta, interviene a modificare quell'istituto. Non è necessario (e nemmeno sarebbe opportuno), detto altrimenti, che si riconosca una volta per tutte la natura processuale né della prescrizione in generale né delle regole che disciplinano la sua interruzione e la sua sospensione: quel che importa è verificare, caso per caso, se le singole norme che modifichino, per esempio, il regime di sospensione o di interruzione ledano l'affidamento-diritto di difesa del singolo o, per contro, producano un effetto processuale "puro" che, in quanto tale, avrebbe poco senso incasellare nelle categorie degli effetti *in bonam* e *in malam partem* e per il quale è ragionevole riferirsi al regime temporale sintetizzato dal *tempus regit actum*. Se, per contro, si introducesse, come in effetti avvenuto in un recente passato, una modifica strutturale delle cause di sospensione o interruzione della prescrizione, si produrrebbe un effetto dalla valenza chiaramente sfavorevole, esponendo al dubbio di legittimità costituzionale una disciplina transitoria che, per esempio, ne stabilisse esplicitamente un'applicazione retroattiva, o una disapplicazione (come

⁶⁵ Pressoché testualmente M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica*, cit., § 20.

⁶⁶ Cfr. M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *La legislazione penale*, 31 luglio 2017, 6.

quella che veniva in considerazione nel caso *Taricco*), che veicolasse una riforma strutturale della prescrizione.

A ragionare diversamente, dovrebbe ritenersi che tutte le norme c.d. processuali siano attratte dell'orbita dell'art. 25, secondo comma c.p., il quale dunque si troverebbe riferito alla norma penale (reale), senza specificazioni ulteriori.

La seconda precisazione attiene alla valorizzazione della *ratio* del principio di irretroattività, che la sentenza n. 32 del 2020 della Corte costituzionale⁶⁷ avrebbe delineato con tratti meglio definiti rispetto al passato, articolandola nelle due componenti della certezza di libere scelte di azione che deve essere assicurata al singolo individuo e della garanzia dello stesso contro possibili abusi del potere legislativo. Potrebbe osservarsi, per la verità, che la “prevedibilità soggettiva” delle conseguenze della propria condotta, a sua volta ancorata a una certa lettura del principio di certezza del diritto, sia stata spesso sopravvalutata, lasciando in ombra le potenzialità insite in un concetto di “calcolabilità oggettiva” misurata non secondo il parametro del cittadino comune ma secondo quello dell’“interprete modello”⁶⁸.

Indipendentemente da come si intenda ricostruirla, ad ogni buon conto, la *ratio* dell'irretroattività sfavorevole rischia di risultare inconferente per risolvere una questione come quella posta dall'art. 83, comma 4 c.p. d.l. n. 18 del 2020: o si esclude che operi l'art. 25, secondo comma Cost., e allora non avrebbe molto senso indagare la sua *ratio*; oppure si ritiene che il confronto con l'irretroattività della legge penali resti ineludibile, e allora invocare la *ratio* dell'art. 25 Cost. rischia di rappresentare il primo passo argomentativo per superarne l'inderogabilità. A costo di incorrere in indebite semplificazioni, potrebbe ritenersi che a fronte della inderogabilità assoluta di un principio residui ben poco spazio per il ragionamento teleologico: le *rationes* possono scendere in campo a meri fini descrittivi, ma per il resto sono destinate a restare in panchina.

Anche il riferimento all'affidamento-diritto di difesa, allora, più che individuarne la *ratio*, segna il limite di operatività della irretroattività, nella misura in cui contribuisce all'individuazione delle norme sottratte al regime intertemporale delineato dalla Costituzione: qualora la norma non incida

⁶⁷ Sulla quale si rinvia, per tutti, a V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020.

⁶⁸ Si tratta di una costruzione che ho tentato di sviluppare in A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale*, cit., spec. 138 ss.

in maniera significativa sull'affidamento che il singolo ripone nella garanzia della fissità delle regole del gioco, si tratta di una materia non regolata dall'art. 25, secondo comma Cost.

Se proprio di *rationes* volesse ragionarsi, a venire in considerazione sarebbero, piuttosto, quelle relative alla sospensione della prescrizione: se il processo si blocca e si blocca anche la prescrizione⁶⁹, con tempi e modalità tali da non compromettere l'esercizio delle garanzie costituzionali dell'imputato, l'effetto che viene a prodursi è "neutro" o, se si preferisce, "processuale puro", con la conseguenza per cui, anche se il fatto è stato commesso in data antecedente all'entrata in vigore della nuova disciplina, le regole del gioco possono modificarsi "in corsa".

La regola introdotta con l'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020 sembra rispondere alle caratteristiche dell'effetto processuale puro o, se si preferisce, delle norme di pura tecnica, cui si è fatto riferimento. Questa conclusione deriva dalla congiunta operatività di due fattori: non solo si tratta di una sospensione della prescrizione che "segue" la sospensione del processo, risultando anzi alla stessa funzionale, ma dalla stessa deriva un allungamento dei termini processuali temporalmente contenuto e del tutto gestibile con gli strumenti difensivi messi a disposizione dell'imputato. Se così fosse, ben sarebbe possibile una sua applicazione a fatti pregressi, senza mettere in discussione né la natura giuridica della prescrizione "in quanto tale" né, tanto meno, l'assoluta inderogabilità dell'art. 25, secondo comma Cost.

Lo spostamento in avanti dei termini necessari a prescrivere, per effetto dell'art. 83, comma 4 d.l. n. 18 del 2020, è stato contenuto in pochi mesi. Nel caso del Tribunale di Spoleto, per esempio, la prescrizione che sarebbe maturata il 5 maggio 2020 avrebbe prodotto i suoi effetti il 7 giugno 2020; per il Tribunale di Crotona il termine si sposta dal 15 maggio al 15 agosto 2020; il Tribunale di Siena si trova costretto a spostare in avanti i termini di prescrizione dal 20 aprile al 22 giugno 2020 e dal 16 maggio al 18 luglio 2020.

L'aspetto "quantitativo", come già precisato, non è di per sé solo decisivo, nel senso che anche l'allungamento di un solo giorno del termine di prescrizione, qualora lo si considerasse effetto sfavorevole, porrebbe dei problemi di compatibilità con i principi costituzionali. Si tratta però, forse, della prova ulteriore che a fronte di modifiche non strutturali, ma contingenti (e

⁶⁹ D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, cit., 13 osserva come sia «insito nella funzione dell'istituto che la prescrizione non abbia alcuna ragione di decorrere se il giudizio non ha alcuna possibilità di svolgersi».

contingentate) della prescrizione, si determinata un effetto “neutro” che non pone un problema di compatibilità con il principio di irretroattività, perché, semplicemente, non può qualificarsi come una modifica sfavorevole.