

QUESITI

DARIO MARTIRE-TOMMASO PISTONE¹

Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta

La normativa emergenziale concernente la sospensione della prescrizione del reato è stata oggetto di plurime questioni di legittimità costituzionale. Il saggio, muovendo da un'analisi degli aspetti sostanziali e processuali dell'istituto in una prospettiva penal-costituzionalistica, evidenzia le criticità di alcune sentenze della Corte di cassazione, nonché alcune possibili soluzioni del giudizio di legittimità costituzionale

Statute of limitations and constitutional guarantees.

The essay, starting from an analysis of the substantive and procedural aspects of the institution from a penal-constitutionalist perspective, highlights the critical aspects of some of the Court of Cassation's rulings, as well as some possible solutions of the constitutional legitimacy judgement

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La natura sostanziale della prescrizione ed il latente substrato processuale. - 3. La sentenza della Corte di cassazione n. 21367 del 2020 (Sez. III). Principio di irretroattività e bilanciamento. Critica. - 4. La sentenza della Corte di cassazione n. 25222 del 2020 (Sez. V). La qualificazione della normativa emergenziale ex art. 159 c.p. Critica. - 5. Il tempo della pretesa punitiva. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.* Lo stato di emergenza causato dalla pandemia da CoViD-19 ha messo in moto un meccanismo di produzione normativa che ha suscitato, in dottrina e in giurisprudenza, dubbi e perplessità tanto sul piano del metodo quanto su quello del merito². È noto infatti alle cronache il cospicuo interven-

¹ Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori. Ad ogni modo, i paragrafi 1, 3 e 4 sono stati redatti dal Dott. Dario Martire (Ricercatore in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), mentre i paragrafi 2 e 5 dal Dott. Tommaso Pistone (Magistrato ordinario presso il Tribunale di L'Aquila).

² Basti pensare ai numerosi contributi che hanno criticato l'utilizzo dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, paventando persino lo Stato di eccezione; cfr., per tale ultimo aspetto, TRABUCCO, *Sull'abuso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in www.astrid-online.it, ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in www.ildubbio.it, AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in www.costituzionalismo.it, VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in www.forumquadermicostituzionali.it. V. inoltre SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello Stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *laCostituzione.info*. Peraltro, interessante appare il dibattito in ordine all'impatto che la pandemia ha avuto sui processi di produzione del diritto non solo sotto il profilo dei rapporti tra fonti del diritto "dell'emergenza" e "nell'emergenza", ma altresì nella prospettiva della relazione tra *hard* e *soft law* e, dunque, della normatività stessa delle "fonti" impiegate. A tal fine la rivista Corti supreme e salute ha pubblicato una *Call for papers*, in cortisupremeesalute.it.

Cfr. inoltre ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, MODUGNO, NOCILLA, *Problemi*

to normativo messo in piedi dal Governo a partire dal 31 gennaio 2020, giorno in cui il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera recante la “*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie da agenti virali trasmissibili*”, foriera di una “catena normativa” che ha inciso, in misura alquanto rilevante, sulla vita (quotidiana e non) dei cittadini³.

Tra le misure adottate spiccano, anche per i motivi di seguito esposti, quelle in materia di giustizia e di esercizio della giurisdizione: come già avvenuto in passato in occasione di calamità naturali⁴, il legislatore ha infatti introdotto una serie di disposizioni al fine di regolare l’attività di udienza, i relativi termini processuali, nonché l’istituto della prescrizione del reato.

Nell’ambito della normativa emergenziale sono, infatti, intervenute, in tempi diversi, varie disposizioni, che hanno peraltro confermato un indirizzo legislativo teso ad attribuire all’istituto della sospensione della prescrizione un peso sconosciuto in passato⁵. L’art. 83, co. 4, del D.L. n. 18 del 2020 (convertito

vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, 513 ss., MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, BENAZZO, *L’emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, DE MINICO, *Costituzione emergenza terrorismo*, Napoli, 2016, PICIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773 ss., RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020, LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in www.rivistaaic.it, 558 ss.

³ L’espressione “catena normativa” è di LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*. Liber amicorum per Pasquale Costanzo, in www.consultaonline.it.

⁴ Cfr. l’art. 1, co. 1, del D.L. n. 73 del 2018 (Sospensione dei termini e dei procedimenti penali pendenti dinanzi al Tribunale di Bari), l’art. 49, co. 9, del D.L. n. 189 del 2016 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016), l’art. 6, co. 9, del D.L. n. 74 del 2012 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012), l’art. 5, co. 8, del D.L. n. 39 del 2009 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile). Tuttavia, nonostante la mole di interventi emergenziali diretti a sospendere i procedimenti penali ed i termini di prescrizione del reato, non risulta che la Corte costituzionale sia mai stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla possibilità per il legislatore di intervenire con norme retroattive in materia.

⁵ È sufficiente pensare alla c.d. riforma Orlando (legge n. 103 del 2017), che ha introdotto una nuova doppia causa sospensiva della prescrizione, nonché alla recentissima legge n. 3 del 2019, c.d. “Spazza-corrotti”, la quale ha previsto, oltre al ripristino della cessazione della continuazione quale *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione in caso di reato continuato, che il corso della prescrizione rimane 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, impedendo nella sostanza che si verifichi l’effetto estintivo del reato.

in legge n. 27 del 2020), come modificato dal successivo art. 36 del D.L. n. 23 del 2020, ha disposto la sospensione della prescrizione dal 9 marzo all'11 maggio 2020 per tutti i procedimenti in cui opera la sospensione dei termini per il compimento degli atti processuali di cui all'art. 83, co. 2, dello stesso decreto⁶.

Si tratta, a prima vista, di una norma finalizzata alla regolazione di fatti progressi, già commessi alla data di entrata in vigore della legge, e che, pertanto, ha posto problemi di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al divieto di retroattività della norma incriminatrice, comprensivo, per effetto della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, anche della prescrizione del reato, intesa come istituto di natura sostanziale⁷.

Per tali motivi, con due ordinanze di analogo tenore, il Tribunale di Siena ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma sopra richiamata «per contrasto con il principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione e, più in particolare, con il sottoprinzipio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo, là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo

Cfr., in dottrina, FIDELIO, NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in www.questionegiustizia.it, MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in questa Rivista, 1, 2020, MADIA, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19*, in www.giurisprudenzapenale.it, MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, in www.giurisprudenzapenale.it, GATTA, *"Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, nonché ID., *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*, entrambi in www.sistemapenale.it, ANDÒ, *La natura sostanziale della prescrizione e le intenzioni processuali della legislazione ai tempi dell'emergenza sanitaria: in dubbio la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dal Decreto Cura Italia*, in www.giurisprudenzapenale.it, MODUGNO, *Sospensione della prescrizione e Covid-19: spunti per un "commodus discensus" nel rispetto dell'art. 25, co. 2, Cost.*, in www.giurisprudenzapenale.it, MAZZA, *La legalità estinta (per prescrizione) e lo squilibrio dei valori costituzionali*, in questa Rivista, 3/2020.

⁶ Il successivo co. 9 dell'art. 83 prevede inoltre che nei procedimenti penali il corso della prescrizione e gli altri termini indicati (precisamente quelli di cui agli articoli 303, 308, 309, co. 9, 311, commi 5 e 5-bis, e 324, co. 7, c.p.p. e agli articoli 24, co. 2, e 27, co. 6, del d.lgs.159/2011) rimangono sospesi per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del co. 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020. L'art. 83, co. 3-bis, dispone invece la sospensione della prescrizione sino alla data fissata per l'udienza e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, per tutti i procedimenti pendenti avanti alla Corte Suprema di cassazione pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo intercorrente tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020.

⁷ Secondo la Corte costituzionale «La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità». Cfr. il punto 8 del ritenuto in fatto e considerato in diritto dell'ordinanza n. 24 del 2017.

2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello in cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali»⁸.

Successivamente, hanno altresì sollevato questione di legittimità costituzionale della norma richiamata il Tribunale di Spoleto, di Roma e di Crotone.

Nello specifico, sia l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Spoleto, sia quella di Crotone, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 117, co. 1, della Costituzione, per violazione dell'art. 7 Cedu (rubricato "*Nulla poena sine lege*"), ai sensi del quale "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

La Corte di Strasburgo, infatti, pur riconoscendo la possibilità per gli Stati aderenti di attribuire alla prescrizione del reato natura processuale, ha da sempre affermato che l'autore di un fatto debba essere in grado di conoscere reato e pena, ed ha sanzionato gli Stati nelle ipotesi in cui non fosse presente una «base legale certa e prevedibile a sorreggere l'estensione del potere punitivo pubblico oltre il limite temporale previsto al tempo del fatto»⁹.

D'altra parte, il Tribunale di Siena, di Spoleto e di Crotone hanno escluso la possibilità di ricondurre la fattispecie prevista dall'art. 83, co. 4, all'art. 159 c.p., che, come è noto, prevede, oltre ai casi indicati nella stessa disposizione, che il corso della prescrizione rimanga sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia caute-

⁸ Cfr. il punto 6 dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Siena del 21 maggio 2020.

⁹ Cfr. sentenza 20 settembre 2011, Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos contro Russia, nonché la sentenza 22 giugno 2000, Coëme e altri contro Belgio. Profilo evidenziato anche dalla Corte costituzionale nella nota ordinanza n. 24 del 2017; cfr. il punto 4 del ritenuto in fatto e considerato in diritto. È pur vero che, nella Guida sull'art. 7 della CEDU è possibile leggere: «Per quanto riguarda più in particolare la prescrizione, la Corte ha ritenuto che l'articolo 7 non impedisca l'applicazione immediata, ai procedimenti in corso, delle leggi che allungano i termini di prescrizione, quando i fatti ascritti non sono mai caduti in prescrizione (Coëme e altri c. Belgio, § 149), e in assenza di arbitrarietà (Previti c. Italia (dec.), §§ 80-85). Perciò, essa ha definito le disposizioni in materia di prescrizione come norme processuali, in quanto non definiscono i reati e le pene, e possono essere interpretate nel senso che pongono una semplice condizione preliminare affinché la causa sia esaminata (ibidem, § 80; Borcea c. Romania (dec.), § 64). Peraltro, quando i reati per i quali la persona è stata condannata erano puniti dal diritto internazionale, la questione del termine di prescrizione applicabile deve essere decisa sulla base del diritto internazionale pertinente all'epoca in cui sono stati commessi (Kononov c. Lettonia [GC], §§ 229-233, in cui la Corte ha constatato che il diritto internazionale pertinente all'epoca dei fatti non aveva fissato alcun termine di prescrizione per i crimini di guerra, ritenendo dunque che il procedimento a carico del ricorrente non fosse mai caduto in prescrizione; cfr. con Kolk e Kislyiy c. Estonia (dec.) e Penart c. Estonia (dec.), in cui la Corte ha affermato che i crimini contro l'umanità erano imprescrittibili)».

lare sia imposta da una particolare disposizione di legge¹⁰.

La suddetta scelta interpretativa ha assunto particolare importanza alla luce della successiva sentenza della Corte di cassazione n. 25222/20 (Quinta Sezione), che, al contrario, ha escluso la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale in quanto, come si avrà modo di precisare più avanti, «la riconducibilità della fattispecie in esame alla disciplina di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. esclude che si sia in presenza di un intervento legislativo in contrasto con il principio di irretroattività della norma penale sostanziale sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»¹¹.

La Corte di cassazione era peraltro già intervenuta sul tema, affrontando e risolvendo l'eccezione di legittimità costituzionale sulla base tuttavia di argomentazioni del tutto diverse. La terza sezione penale aveva infatti optato per la diversa strada della qualificazione dell'epidemia da CoVid-19 come fatto *extra ordinem* e del conseguente bilanciamento tra diritti fondamentali (nella specie diritto alla vita e alla salute, da un lato, diritto ad avere conoscenza, prima del fatto commesso, dei termini di prescrizione e del computo di essi, dall'altro): in tale prospettiva, premessa la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione (in aderenza alla giurisprudenza costituzionale), la durata della sospensione, dovuta a fattore esogeno (emergenza sanitaria), ha carattere generale, proporzionato e temporaneo, così realizzando un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessuno dei quali è assoluto e inderogabile. Alla luce di tali diversi orientamenti il Primo Presidente della Corte di cassazione, su segnalazione dell'ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi della Prima Sezione penale, ha assegnato *ex art. 610, co. secondo, c.p.p.* il ricorso in esame alle Sezioni Unite, fissando udienza per il 24 settembre 2020. Tuttavia, in virtù della fissazione dell'udienza avanti la Corte costituzionale per il 18 novembre 2020, le Sezioni unite hanno ritenuto di rinviare la decisione al 26 novembre 2020, in attesa, appunto, che la Corte costituzionale si pronunciasse.

Le questioni esposte assumono evidentemente rilevanza in ordine a vari profili, diversi ma al tempo stesso connessi: il primo riguarda i diritti costituzionalmente riconosciuti e, in particolare, la preventiva conoscenza del “tempo” della pretesa punitiva statale da parte del singolo; preventiva non solo in relazione all'inizio del processo, ma anche e soprattutto con riferimento alla condotta (penalmente rilevante) da porre in essere. Un istituto inteso, in altri

¹⁰ Assume una posizione intermedia il Tribunale di Roma; cfr. il punto 2 dell'ordinanza del 18 giugno 2020.

¹¹ Cfr. il punto 8 del considerato in diritto.

termini, come finalizzato all'orientamento dell'agire individuale. In tale prospettiva diviene allora decisivo esaminare l'istituto della prescrizione in un'ottica penalistica, ma che tenga in debita considerazione anche gli aspetti costituzionalistici ad esso strettamente collegati.

In secondo luogo, acquistano importanza le argomentazioni delle due decisioni della Corte di cassazione sopra richiamate: anzitutto la possibile qualificazione di un fatto straordinario (l'emergenza sanitaria) come *extra ordinem*, nonché l'eventuale bilanciamento, tanto in relazione a tale qualificazione, quanto in sé e per sé. In terzo luogo, la possibilità di associare l'art. 83, co. quarto, D.L. n. 18 del 2020, all'art. 159 c.p. e, ancor prima, di interpretare quest'ultima come norma attestante un mero rinvio mobile, riferito, pertanto, anche alle leggi future e, come tale, non incompatibile con il principio di irretroattività della norma incriminatrice.

Infine, il rapporto tra Corti: da un lato la Corte costituzionale che, come abbiamo visto, ancora deve pronunciarsi, ma che risulta, per quanto si dirà, decisamente vincolata dalla sua giurisprudenza precedente; dall'altro la Corte di cassazione, propensa a non riconoscere la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata, attraverso interpretazioni diverse ma egualmente non convincenti.

2. La natura sostanziale della prescrizione ed il latente substrato processuale.

Come accennato nel precedente paragrafo, la questione dell'applicazione retroattiva di una causa di sospensione della prescrizione introdotta *ex post facto*, sebbene già sperimentata più volte in occasione di eventi calamitosi, si pone oggi al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dagli esiti ancora del tutto incerti¹².

Il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dai giudici di merito riposa, invero, sul riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione e sulla conseguente applicazione delle garanzie di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Secondo questa opzione ermeneutica, ispirata all'orientamento granitico e consolidato della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, da ultimo ri-

¹² La giurisprudenza di legittimità si è limitata ad approfondire alcune questioni applicative. Con la sentenza del 23 marzo 2018 n. 18066 la Sesta Sezione della Corte di cassazione si è ad esempio interessata della questione concernente la qualificazione di "processo penale pendente" ai fini della normativa dettata con d.l. n. 74 del 2012, come convertito dalla l. n. 122 del 2012 (recante: "interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012") e rilevante per l'applicazione della causa di sospensione della prescrizione introdotta *ex post facto* dalla medesima normativa emergenziale.

badito con vigore in occasione del noto “caso Taricco”, la normativa sopravvenuta comporterebbe l’applicazione all’agente di una nuova causa di sospensione della prescrizione da lui non conosciuta al momento del fatto e tale da determinare effetti pregiudizievoli, quale appunto il prolungamento del termine di prescrizione e della pretesa punitiva statutale, ponendosi pertanto in evidente contrasto con il principio costituzionale di irretroattività della norma penale sfavorevole¹³. Viceversa, attribuendo alla prescrizione – ed alle figure ad essa affini – natura processuale, non vi sarebbe alcuna violazione

¹³ Sull’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 v. i lavori di FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in www.dirittifondamentali.it, BASSINI, POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in www.verfassungsblog.de, CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in euroius.it, GIGLIO, *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell’ordinanza n. 24/17*, in www.filodiritto.com, FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”*, in www.verfassungsblog.de, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.diritticomparati.it, RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in www.consultaonline.it, GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in laCostituzione.info, GALLO, *La primazia del primato sull’efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in www.sidiblog.org, BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all’ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in www.consultaonline.it, FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.osservatoriocostituzionale.it, PICCIRILLI, *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una dillida*, in www.consultaonline.it, RICCARDI, *“Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall’ordinanza 24 del 2017*, in www.rivistaaic.it, nonché ID., *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, in questa *Rivista*, 1/2018. V. poi LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in www.osservatorioaic.it, REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, in www.diritticomparati.it, URBINATI, *L’epilogo di “Taricco bis”: la Corte di Giustizia cede all’ordinanza della Consulta*, in questa *Rivista*, 3/2017, CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 177 ss., MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in www.forumcostituzionale.it.

dell'irretroattività penalistica di cui all'art. 25 Cost., trovando applicazione il diverso principio di diritto intertemporale del *tempus regit actum*.

Il tema della natura sostanziale o processuale della prescrizione, particolarmente dibattuto negli ultimi anni in occasione del "caso Taricco", è dunque tornato con vigore a mostrare tutti i suoi aspetti controversi, da un lato rivelando la propria perdurante attualità, dall'altro offrendo, forse, lo spunto per una riflessione ancor più approfondita.

La prescrizione si presenta in realtà quale istituto complesso e polimorfo, tradizionalmente riconosciuto di carattere sostanziale, ma connotato da spiccate ed evidenti connessioni con le vicende processuali¹⁴.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, l'istituto si caratterizza per il suo legame inscindibile con la potestà punitiva statale, con la conseguente attrazione della relativa disciplina nell'alveo del diritto penale sostanziale, come sostenuto tanto dalla scienza penalistica quanto dalla giurisprudenza, soprattutto costituzionale.

D'altronde, militano in tal senso argomentazioni di carattere storico, letterale e sistematico.

Da un punto di vista storico, l'art. 91 del codice Zanardelli annoverava la prescrizione fra le cause di estinzione dell'azione penale, disvelando dunque una evidente quanto indiscutibile natura processuale dell'istituto; viceversa, la sua attuale collocazione fra le cause di estinzione del reato mostra senza ombra di dubbio come la qualificazione giuridica in senso sostanziale sia il frutto di una precisa scelta legislativa, espressamente volta a sottolinearne l'attinenza al reato, e non al processo.

In questi stessi termini deve peraltro essere valorizzata la scelta di correlare la determinazione del termine prescrizionale alla gravità del reato: prima, con l'approvazione del codice del 1930, in virtù dell'appartenenza di esso ad una specifica classe di reati, e, successivamente, con la riforma effettuata con la legge n. 251 del 2005, in via ancora più marcata, prendendo come punto di riferimento la cornice edittale massima di ciascun singolo reato.

Inoltre, secondo un'interpretazione letterale, l'art. 157 c.p. è chiaro nello stabilire che la prescrizione estingue il reato; così come, in chiave sistematica, è

¹⁴ Nel recente dibattito il carattere ibrido della prescrizione è sottolineato dal Tribunale ordinario di Siena, ordinanza del 21 maggio 2020; in dottrina cfr. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, cit., 6, il quale osserva che «La soluzione legata alla natura sostanziale o processuale dell'istituto - risultata decisiva nel nostro diritto vivente, a partire dalla giurisprudenza costituzionale - è discutibile perché semplicistica: la prescrizione è infatti un istituto ibrido, nel quale convivono un'anima sostanziale e un'anima processuale».

agevole notare che il decorrere del termine prescrizione, lungi dall'elidere l'azione processuale precludendo ogni accertamento nel merito, consente in ogni stato e grado la pronuncia, *ex art. 129, co. 2, c.p.p.*, di una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere quando dagli atti ne emerga l'evidenza.

A queste considerazioni, fondate su dati normativi¹⁵, si aggiungono le plurime osservazioni volte a sottolineare l'incidenza dell'istituto sulla potestà punitiva statale e sulla astratta punibilità della persona, ovvero su di un aspetto spesso considerato elemento essenziale del reato e punto nevralgico del delicato rapporto tra autorità e libertà.

È stato infatti osservato che «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva»¹⁶.

Inoltre, l'attinenza della prescrizione al reato ed agli aspetti sostanziali del diritto penale deriva anche dalla connessione dell'istituto con la «funzione rieducativa (secondo alcuni, anche general-preventiva) della pena sancita dall'art. 27, co. 3, Cost., che sarebbe compromessa, nella sua dimensione teleologica, dal decorso del tempo rispetto alla commissione del fatto»¹⁷.

Alla luce delle argomentazioni storiche, letterali e sistematiche e della copiosa giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non pare dubitabile l'attuale configurazione dell'istituto come attinente al diritto sostanziale.

D'altro canto, anche le due diverse pronunce della Corte di cassazione che si sono occupate recentemente del tema della retroattività della causa sospensiva, pur ritenendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, hanno ribadito la natura sostanziale dell'istituto¹⁸.

Cionondimeno, appare tuttavia evidente come alcuni aspetti della disciplina della prescrizione, ed in particolare alcune cause di sospensione, siano inescindibilmente connessi al concreto dipanarsi di vicende schiettamente processuali, il cui collegamento con il contegno criminoso dell'agente e con il tempo del commesso reato appare più labile.

Proprio nell'ambito di queste vicende schiettamente processuali potrebbe pe-

¹⁵ Si tratta invero di osservazioni già evidenziate dalla giurisprudenza di legittimità; cfr. Cass., Sez. III, 8 luglio 2016, Ric. Cestari, ordinanza del 30 marzo 2016 n. 28346.

¹⁶ Così Cass., Sez. I, 24 giugno 1998, Ric. Negri, sentenza dell'8 maggio 1998 n. 7442 e nello stesso senso Corte cost. sentt. nn. 393 del 2006, 324 del 2008, 143 del 2014, 265 del 2017, nonché ord. n. 24 del 2016.

¹⁷ In questi termini si esprime Cass., Sez. III, 8 luglio 2016, Ric. Cestari, ordinanza del 30 marzo 2016 n. 28346.

¹⁸ Il riferimento è alle due sentenze nn. 21367 e 25222 del 2020, più avanti analizzate.

raltro iscriversi la causa di sospensione della prescrizione in commento; essa appare infatti attinente ad un fattore estraneo al reato, non imputabile ad alcuna delle parti processuali, di portata tale da incidere sul concreto evolversi del processo ed idoneo a causare la sostanziale sospensione indistinta e generalizzata dell'attività giudiziaria¹⁹.

Di qui, dunque, la rinnovata attenzione per la tematica ed il timido riaffiorare di un latente substrato processuale.

D'altronde, come efficacemente sottolineato anche da alcune ordinanze di rimessione alla Consulta, la prescrizione costituisce un istituto ibrido, che può attenersi tanto al profilo statico quanto a quello dinamico della potestà punitiva statale²⁰, e che, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, indubbiamente concorre a realizzare la ragionevole durata del processo, proiettandosi pertanto anche sul piano processuale²¹.

Secondo un diverso angolo prospettico dunque, la prescrizione, o la sospensione della prescrizione per quanto qui di interesse, quale istituto multiforme, polimorfo e complesso, potrebbe disvelare una natura processuale, o forse anche processuale, come in passato paventato da autorevole dottrina minoritaria²².

Queste ultime osservazioni, sebbene in realtà deboli rispetto alle complessive argomentazioni prima evidenziate e fondanti la natura sostanziale della prescrizione, potrebbero forse fornire lo spunto per qualche riflessione ulteriore.

3. La sentenza della Corte di cassazione n. 21367 del 2020 (Sez. III). Principio di irretroattività e bilanciamento. Critica. In evidente continuità con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, le sentenze che sino ad ora si sono occupate della tematica hanno confermato la natura sostanziale della prescrizione, giungendo, tuttavia, a soluzioni conservative rispetto alla normativa di nuova introduzione, difficilmente conciliabili con tale premessa.

Con la sentenza n. 21367 del 2020 la Terza Sezione della Corte di cassazione ha infatti optato chiaramente per l'orientamento consolidato quanto alla natu-

¹⁹ GATTA, *op. cit.*, 3-4.

²⁰ Tribunale ordinario di Siena, ordinanza del 21 maggio 2020, 4.

²¹ Corte cost., sentenza del 28 maggio 2014 n. 143.

²² MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole-24 Ore* del 12 marzo 1998; v. inoltre MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, agg. DOLCINI - GATTA (a cura di) Milano, 2015, 110, in cui si rileva la problematicità della questione dell'efficacia nel tempo di una legge che allunghi la durata del tempo necessario per la prescrizione di un reato, per proporre poi di mantenere distinta l'ipotesi in cui al momento dell'entrata in vigore della legge sia già maturata la prescrizione rispetto all'ipotesi inversa, per la quale la legge sopravvenuta potrebbe invece trovare applicazione retroattiva.

ra della prescrizione, ritenendo tuttavia manifestamente infondata la questione di costituzionalità invocata, atteso che «L'interpretazione secondo le ordinarie categorie giuridiche è messa in crisi dal fatto *extra ordinem*. La necessità di fronteggiare la diffusione del contagio, da cui dipende la salvaguardia di diritti, la vita e la salute, che preesistono e senza i quali neppure si può discutere di regole processuali e di diritti degli imputati nel processo, ha messo in chiaro il potenziale conflitto con altri diritti di pari rango la cui composizione non può prescindere dalla natura dell'intervento legislativo destinato ad operare in un contesto specifico e di durata temporanea»²³.

La Corte di cassazione, come anticipato, ha intrapreso una strada diversa, contraddistinta dalla qualificazione dei fatti riconducibili alla pandemia come *extra ordinem*, supportati dalla correlata categoria della "necessità", anch'essa qualificata come fonte *extra ordinem*.

Nella decisione ha affermato altresì che «l'esegesi della norma e la sua interpretazione, nel quadro dei principi costituzionali, non può essere condotta seguendo canoni già percorsi, ma deve, in qualche misura, fare i conti con la *capacità adattativa delle norme e dei principi costituzionali di fronte alla situazione di emergenza generatasi da un fatto esogeno, estraneo all'ordinamento giuridico*. Ciò vale anche, ed in primo luogo, con riferimento al principio costituzionale dell'irretroattività della legge penale che qui viene in gioco. In tale ambito all'interprete spetta il compito di indagare, se e con quali limiti, l'art. 25 co. 2 Cost., nella parte in cui impone l'irretroattività della norma introduttiva di una nuova causa di sospensione della prescrizione, possa manifestare *la sua capacità adattativa alla necessità* di fare fronte al pericolo generato da quell'evento eccezionale. E ciò in quanto tale evento esogeno risulta potenzialmente lesivo di altrettanti diritti di rango costituzionale, tra cui vi è certamente, il diritto alla vita e alla salute»²⁴.

Tale tesi ha trovato una forte eco in alcuni scritti recentemente apparsi e che hanno richiamato, più o meno esplicitamente, la nota teoria espositiana del decreto legge, inteso quale strumento di chiusura del sistema costituzionale, idoneo pertanto a "rompere" e a derogare anche norme costituzionali²⁵.

Il richiamo alla categoria del fatto *extra ordinem* avrebbe tuttavia presupposto la mancata qualificazione dell'emergenza da parte della Costituzione repub-

²³ Cfr. il punto 6.4 del considerato in diritto.

²⁴ Cfr. ancora il punto 6.4 del considerato in diritto, corsivi nostri.

²⁵ Si fa riferimento al lavoro di MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*; la tesi di Esposito è sostenuta in ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss. Cfr. anche la tesi della necessità quale fonte del diritto di S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, 384 ss.

blicana o, secondo parte della dottrina, una diversa concezione della fonte decreto legge, contemplata dalla Costituzione ma suscettibile di una diversa interpretazione²⁶.

Secondo tale dottrina, infatti, a fronte della mancata previsione in Costituzione della fattispecie dell'emergenza (ad esclusione della guerra ex art. 78 Cost.), quest'ultima troverebbe «nella previsione costituzionale sul decreto-legge e sulla legge di conversione il modo per ricondurre nell'alveo delle fonti legali situazioni che non possono, di fatto, essere disciplinate esclusivamente *secundum ordinem*. In altri termini, il decreto-legge nasce in via di fatto e si afferma, in deroga alle norme costituzionali sulla competenza, per la forza normativa del fatto emergenziale e viene ricondotto sotto la vigenza delle norme sulla produzione attraverso le regole poste dal secondo comma dell'art. 77 Cost. e attraverso il procedimento di conversione»²⁷. Senonché non si riuscirebbe a comprendere la ragione di una attribuzione di legalità, da parte della Costituzione, a fonti aventi funzioni diverse da quelle dalla stessa disciplinate e in grado, per via del fatto, di scardinare il sistema dalla stessa previsto. Una sorta di suicidio costituzionale.

Come giustamente è stato sostenuto «la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte (...) idea che è radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento della necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di talune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (...) destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del *fatto*, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di *diritto*»²⁸.

²⁶ Per una corretta impostazione nell'analisi dei fatti e delle fonti extra ordinem v. PINELLI, *Fonti-fatto e fatti normativi* extra ordinem, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1/2010, 237 ss.

²⁷ MARINI, *op. ult. cit.*, 5. Cfr. anche MODUGNO, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, ad avviso del quale è possibile distinguere due diversi tipi di decreto legge: ordinario e straordinario. Quest'ultimo, adottato in casi di necessità assoluta, indifferibile, potrebbe derogare o sospendere provvisoriamente addirittura le norme costituzionali sui diritti fondamentali o sull'ordine delle competenze, rappresentando lo strumento di chiusura di qualsiasi evenienza imprevedibile che richieda interventi eccezionali. Cfr. la già richiamata tesi di ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., 831 ss. nonché quella di LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 321 ss.

²⁸ LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4. Cfr. inoltre PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in www.diritticomparati.it.

La tesi richiamata merita senz'altro accoglimento, considerato che, in un ordinamento costituzionale, è la Costituzione in *primis* a qualificare i fatti, per come si verificano e secondo i principi e le regole da essa previsti. Conformare i principi e le regole costituzionali al fatto significa, evidentemente, invertire i fattori dell'operazione e negare agli stessi applicazione.

La Corte di cassazione, tuttavia, non compie fino in fondo tale percorso. Essa, al contrario, rimane, potremmo dire, a metà strada: ancora infatti l'emergenza tanto al fatto, quanto alla Costituzione. Richiamando attenta dottrina, sostiene che «l'emergenza non sta affatto “fuori” dalla Costituzione (...) Essa è dalla Costituzione non soltanto presupposta, ma contemplata. L'emergenza è parte della vita, e dunque è anche parte della vita degli ordinamenti democratico-costituzionali. Il diretto fondamento costituzionale dell'emergenza si individua nei tradizionali principi del “*primum vivere*” e della “*salus rei publicae*”²⁹. Tuttavia, se è il fatto *extra ordinem* a legittimare nuove interpretazioni, allora il richiamo alla Costituzione diviene non pertinente; se, al contrario, è la Costituzione a qualificarlo, allora è in base alle coordinate giuridiche - che trovano riferimento anzitutto in essa - che il fatto va analizzato. *Tertium non datur*.

Nonostante il riferimento alla qualificazione costituzionale della epidemia, la Corte di cassazione pone invece l'accento sulla necessità di interpretare le drastiche misure di limitazione e la relativa sospensione dell'attività giudiziaria secondo nuovi schemi e nuove categorie giuridiche. Tuttavia, anche considerando esatta la premessa, appare del tutto arbitrario impostare il seguito della decisione sul bilanciamento costituzionale, che, a conti fatti, si rivela del tutto inutile.

Il bilanciamento è, difatti, strumento ordinario di composizione di principi, regole, diritti e interessi di rango costituzionale³⁰; se il fatto dal quale sorge la

²⁹ Il richiamo è, con tutta probabilità, a LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4.

³⁰ Per una analisi del bilanciamento v. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, nonché ID., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014. V. inoltre PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, nonché ID., *Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss., MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, nonché ID., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31, 2002, 865 ss., nonché ID., *Il diritto nite*, Torino, 1992, LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 170-178, BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, *Pol. dir.*, 1991, 639 ss., BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza*

necessità risulta *extra ordinem*, il bilanciamento con il principio, la regola, il diritto, l'interesse di rango costituzionale, che viene derogato, perde di sostanza (e infatti, non a caso, viene risolto con la non incostituzionalità della normativa derogatoria).

Secondo la Corte costituzionale il bilanciamento deve rispondere a «criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria sistemica e non frammentata di tutti gli interessi implicati»³¹. Ma tali conclusioni presuppongono un bilanciamento tra principi e interessi “interni” alla Costituzione repubblicana.

Se, invece, si parte da presupposti *extra ordinem*, ciò che in fin dei conti viene valutata è la ragionevolezza della disciplina derogatoria, in virtù tuttavia di un parametro riconducibile non tanto all'interesse derogato, quanto alla natura più o meno grave dell'emergenza stessa. In altri termini, la disciplina derogatoria viene analizzata e bilanciata in base al fatto *extra ordinem*, che ha costretto il pubblico potere ad intervenire con tale normativa, sulla base quindi di quei presupposti di straordinaria necessità e urgenza (o sarebbe più esatto dire di “emergenza”) che giustificerebbero l'intervento già di per sé derogatorio del D.L. e che costituiscono i primi parametri di non incostituzionalità della disciplina.

Si legge nella decisione che «non ignora il Collegio che la Corte costituzionale ha affermato il principio secondo cui l'irretroattività della legge penale di sfavore non tollera deroghe, essendo un fondamentale e irrinunciabile principio di civiltà del diritto che “erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo” (sentenza n. 32/2020). Non di meno, la Corte rileva la specificità del fatto generatore della situazione di emergenza, fatto che appartiene alla sfera del mondo e della natura, non causato, per quanto è dato sapere, dall'uomo e solo da questi governato proprio per fronteggiare gli effetti potenzialmente lesivi dei diritti fondamentali, tra cui la vita e la salute. Ma non solo. La specificità dell'evento naturalistico era tale che per fronteggiarla era necessario limitare la libertà di movimento e di cir-

costituzionale, Milano, 1992, DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 525 ss.; cfr. inoltre LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Napoli, 2007, nonché ID., “Est modus in rebus”. *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in www.nomos-leattualitàdelldiritto.it, VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1/2006.

³¹ Cfr. il punto 3.1. del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 2018.

colazione delle persone e, dunque, lo svolgimento stesso dell'ordinaria attività giudiziaria. È proprio la "natura" del fatto, esogeno, ad erigere una barriera per la tenuta futura del principio inderogabile di cui all'art. 25 Cost., che ai soli limitati fini dettati dalla legislazione emergenziale e per un periodo predeterminato e circoscritto, sopporta un sacrificio necessario»³².

È il fatto stesso ad assumere rilevanza: esso è temporaneo e generale; di conseguenza, anche la normativa risulta legittima nei termini in cui sia temporanea, generale, proporzionata. Se non ci fosse stato il fatto *extra ordinem*, la normativa sarebbe stata certamente incostituzionale; tuttavia, anche nell'ipotesi in cui fosse risultata esatta la premessa, il bilanciamento avrebbe rappresentato esclusivamente uno strumento attraverso cui tornare alle categorie giuridiche costituzionali, una sorta di giustificazione costituzionale di un ragionamento strutturato evidentemente su presupposti diversi ed appunto *extra ordinem*, come tali, "fuori" dalla Costituzione.

La Corte di cassazione, tuttavia, si serve di questo salto logico per liberarsi del "vincolo" della giurisprudenza costituzionale: la Corte costituzionale, come evidenziato nei paragrafi precedenti, ha infatti affermato più volte (ed anche la cassazione richiama tali passaggi) che il principio di irretroattività in *malam partem* non ammette deroghe, rappresentando una garanzia per il soggetto nei confronti del pubblico potere.

Anche qui, tuttavia, se è il fatto a giustificare l'intervento normativo, il bilanciamento con parametri diversi dal fatto stesso non deve e non può avere luogo, trattandosi di una legittimazione fattuale che deroga, per la forza stessa del fatto, ciò che è in grado di derogare (evidentemente anche principi e regole costituzionali); se, al contrario, la normativa è legittima perchè bilanciabile con altri parametri costituzionali, allora la riconducibilità dell'emergenza al fatto *extra ordinem* non è pertinente, trattandosi di un ordinario bilanciamento tra parametri costituzionali. Ancora, *tertium non datur*.

Infine, si pone una questione, si potrebbe dire, tutta interna al bilanciamento stesso. La Corte di cassazione, al fine di porsi in continuità con la giurisprudenza costituzionale, in questo perenne ciclo che va dall'*extra ordinem* all'ordine costituzionale, conclude il suo ragionamento evidenziando che la circostanza per cui la norma derogatoria dell'art. 25, co. 2, Cost. sia stata dettata per fronteggiare l'emergenza «non autorizza ancora a dire che la disposizione di legge non potrebbe violare mai e in nessun caso il principio dell'irretroattività della legge»³³. È solo il carattere generale, proporzionato ri-

³² Cfr. il punto 6.7 del considerato in diritto.

³³ Cfr. il punto 6.6 del considerato in diritto.

spetto allo scopo e temporaneo che consente alla normativa di non essere incompatibile con il principio di legalità costituzionale, in un'ottica di "bilanciamento ragionevole dei diritti costituzionali". Il Collegio ritiene che tale generalità, proporzionalità, temporaneità siano ragionevoli rispetto allo scopo perseguito e impongano il sacrificio necessario del principio di irretroattività della legge penale di sfavore.

In tal modo il principio riconosciuto dall'art. 25, co. secondo, Cost. continua ad avere natura inderogabile (perché la deroga è appunto dettata dalla grave emergenza che si è determinata, come tale temporanea), e, in base al bilanciamento con il diritto alla vita e alla salute, conduce alla ragionevolezza della normativa.

Occorre tuttavia rilevare come la Corte costituzionale abbia affermato che il principio di legalità non è solo un principio costituzionale, ma anche e soprattutto un principio supremo; tale qualificazione muta, evidentemente, i termini della questione. In primo luogo, perché solo la Corte costituzionale è legittimata ad operare un eventuale bilanciamento tra principi supremi³⁴. In secondo luogo, perché il bilanciamento di un principio supremo potrebbe avvenire, in linea teorica, solo ed esclusivamente in virtù di altri principi supremi. Ora, non si dubita che il diritto alla vita e alla salute possano essere considerati principi supremi, ma un bilanciamento di tal fatta, già evidentemente complicato, avrebbe, senza dubbio, meritato qualche parola in più a giustificazione della non illegittimità della normativa, in relazione, in particolare, al nucleo

³⁴ Nella nota sentenza n. 1146 del 1988 la Corte ha affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, co. secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si verrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore».

essenziale del principio costituzionale derogato, che non poteva non essere, anche in tale situazione, tutelato e garantito.

Non può infatti essere tralasciata una considerazione: lo scopo delle garanzie insite nel principio di legalità in materia penale, sin dalla previsione nel codice penale, è stato sempre quello di evitare deroghe da parte del potere pubblico (persino e soprattutto in situazioni emergenziali). Un bilanciamento con altrettanti valori costituzionali avrebbe meritato quantomeno qualche argomentazione maggiore.

D'altra parte, la conclusione del percorso logico-giuridico non era obbligata, trattandosi di una tutela solo indiretta della salute collettiva. Quest'ultima infatti era protetta tramite la sospensione dei processi (che evitava di fatto gli assembramenti), ma non vi era la necessità di collegare, sul piano costituzionale, la sospensione della prescrizione alla tutela della salute collettiva.

Risulta infatti quantomeno complesso sostenere che, per effetto della sospensione della prescrizione dei reati, i cittadini siano stati tutelati sul piano della loro salute collettiva.

L'automatismo tra sospensione del processo e sospensione della prescrizione del reato, generalmente applicato nel processo penale, avrebbe potuto infatti, alla luce della diversa qualificazione costituzionale delle conseguenze giuridiche sottese ai due istituti, subire una eccezione. La normativa avrebbe potuto prevedere, allora, una sospensione dell'attività giudiziaria - a tutela della salute collettiva - senza la correlativa sospensione della prescrizione del reato, istituto che non ha inciso, evidentemente, sul valore costituzionale richiamato.

4. La sentenza della Corte di cassazione n. 25222 del 2020 (Sez. V). La qualificazione della normativa emergenziale ex art. 159 c.p. Critica. La Corte di cassazione (Sez. V) è poi intervenuta, con sent. n. 25222 del 2020, rigettando la questione di legittimità costituzionale sulla base di considerazioni diverse.

Il ragionamento della cassazione sembra riassumibile nel seguente passaggio: secondo i giudici non mette in luce alcun contrasto con il principio di irretroattività «il rilievo che la legge introduttiva della causa di sospensione sia successiva al fatto-reato. In premessa, va precisato che, nel caso di specie, viene in considerazione non l'introduzione legislativa di una "nuova" figura di sospensione del corso della prescrizione (...) o la modifica sfavorevole di una delle figure tipiche delineate dalla disciplina codicistica, ma la previsione legislativa di un'ipotesi di sospensione del procedimento o del processo penale riconducibile alla figura generale di sospensione prevista dall'art. 159, primo

comma, cod. pen.»³⁵.

La disposizione generale prevista dall'art. 159, primo co., c.p. diviene, pertanto, secondo tale interpretazione, una disposizione operante un rinvio mobile a tutte le altre disposizioni (introdotte anche successivamente all'art. 159 c.p. stesso) aventi il compito di individuare «il presupposto - a sua volta collegato a una specifica situazione di fatto (...) o di diritto (...) - che rende applicabile la fattispecie generale prevista dall'art. 159, primo comma, cod. pen.»³⁶.

Il meccanismo interpretativo descritto, secondo quanto delineato nella decisione in commento, non pregiudicherebbe, in alcun modo, «la *ratio* di tutela del principio di irretroattività, posto che l'incidenza sul termine di prescrizione delle sospensioni del processo *ex* art. 159, primo comma, cod. pen. - se chiama in causa la valenza anche processuale dell'istituto, in rapporto (...) alla garanzia della ragionevole durata del processo - resta estranea ad “un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale”»³⁷.

Infine, quale ulteriore argomento a supporto del suo ragionamento, la cassazione richiama la circostanza per cui il soggetto agente non sia mai in grado di conoscere, per effetto della sospensione della prescrizione, il limite massimo della durata del processo.

L'ipotesi interpretativa richiamata era stata scartata, come abbiamo visto, sia dalle ordinanze di rimessione di alcuni giudici di merito, sia dalla precedente sentenza della Corte di cassazione³⁸. La stessa, al pari della tesi, prima descritta, sul bilanciamento con altri valori costituzionali, presenta infatti notevoli dubbi sia sul piano meramente interpretativo, sia, soprattutto, su quello della compatibilità delle conclusioni raggiunte con i principi costituzionali.

Se dal primo punto di vista gli interrogativi sulla qualificazione dell'art. 159, primo co., c.p. come operante un mero rinvio mobile ad altre disposizioni potrebbero risolversi positivamente, maggiori preoccupazioni desta invece la seconda questione inerente alla compatibilità costituzionale; sembrerebbe infatti che la questione si sposti dalla norma richiamata (l'art. 83, co. 4) a

³⁵ Cfr. il punto 9. del considerato in diritto.

³⁶ Cfr. il punto 9.2. del considerato in diritto.

³⁷ Cfr. ancora il punto 9.2. del considerato in diritto.

³⁸ Nella precedente sentenza n. 21367/20 (Sez. III) la Corte di cassazione aveva infatti affermato che la sospensione della prescrizione non è riconducibile alla disciplina generale dettata dall'art. 159 c.p. in quanto «se la disciplina della prescrizione, ivi compresa la sua sospensione e interruzione, è norma sostanziale che trova copertura nell'art. 25, co. 2, Cost. (...) allora anche il richiamo che l'art. 159 cod. pen. fa alla disposizione di legge (art. 83 nel nostro caso) che stabilisce la sospensione del procedimento, richiede che la norma (richiamata) che sospende il procedimento sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Ragionando diversamente si sarebbero posti dubbi di legittimità costituzionale proprio in riferimento all'art. 159 c.p. stesso. Cfr. il punto 6.5. del considerato in diritto.

quella richiamante (l'art. 159 c.p.).

L'argomento in base al quale il soggetto agente non sia mai in grado di conoscere, per effetto delle ipotesi sospensive della prescrizione, il limite massimo della durata del processo, dovrebbe presupporre la distinzione tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, tra fatto e diritto. Il ragionamento potrebbe infatti tenere qualora il presupposto rimanesse confinato ai fatti che possono dar luogo alle varie ipotesi previste dal dettato dell'art. 159; in altri termini il soggetto agente non conosce, e non può evidentemente conoscere, tutte le possibili fattispecie concrete che possano essere sussunte nell'ambito di quanto previsto dalla fattispecie astratta. Evidentemente diversa è, tuttavia, l'ipotesi in cui il soggetto agente non sia in grado di conoscere il mutamento normativo posto in essere. Il principio di irretroattività della norma incriminatrice opera infatti sempre e comunque in relazione alla norma, che deve appunto orientare il comportamento dell'agente.

Se in base alla norma per cui "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 è imposta da una particolare disposizione di legge" si legittima ogni intervento sospensivo retroattivo, allora l'istituto della sospensione non rientra, evidentemente, nell'area della tutela prevista dall'art. 25, co. 2, Cost.; ogni ipotesi introdotta dal legislatore, applicabile anche retroattivamente, finirebbe per essere legittimata sul piano costituzionale in virtù di questo richiamo generico. Si tratterebbe di un mero rinvio mobile utilizzabile per tutte le ipotesi a venire.

Delle due l'una: o la sospensione della prescrizione del reato non rientra nell'area tutelata dal principio di legalità, per come declinato dalla Corte costituzionale (ma in tal modo si arriverebbe alla conclusione, non dimostrata, che la prescrizione del reato sia un istituto riconducibile all'art. 25, co. 2, Cost. ad eccezione della sola sospensione - per effetto peraltro di un mero richiamo legislativo, come tale, subordinato al principio costituzionale); oppure, di converso, anche la sospensione della prescrizione del reato rientra nell'area della legalità penale costituzionale, ed allora risulta incostituzionale la normativa che deroga a tale principio o, in alternativa, lo stesso art. 159 c.p. (per effetto dell'interpretazione suddetta).

5. Il tempo della pretesa punitiva. Considerazioni conclusive. Nelle pronunce appena commentate, come si è avuto modo di notare, la natura sostanziale della prescrizione costituisce un presupposto indiscusso dell'*iter* argomentativo, sebbene infine, nonostante l'applicazione retroattiva di una normativa

avente effetti *in malam partem* per l'imputato³⁹, si pervenga a ritenere la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata.

Diversa invece la prospettiva da cui muovono le ordinanze di rimessione.

Alcune di esse infatti, pur paventando una possibile diversa qualificazione della natura della causa sospensiva in commento, hanno tuttavia rilevato il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e sollevato la questione.

Secondo un diverso indirizzo si potrebbe infatti immaginare un regime differenziato per la disciplina della sospensione della prescrizione rispetto al resto dell'istituto; come espresso nelle ordinanze dei Tribunali di Roma e Crotone e da autorevole dottrina, si potrebbe attribuire natura processuale alla sola sospensione della prescrizione, la quale sarebbe pertanto soggetta al principio *tempus regit actum*⁴⁰.

³⁹ Di diverso avviso è invece MASSARO, *La sospensione della prescrizione e il principio di irretroattività della legge penale alla prova dell'emergenza Covid-19: le questioni di legittimità costituzionale*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 179; secondo l'A. «È proprio la validità di questo postulato che, forse, potrebbe mettersi in discussione, domandandosi se davvero dall'art. 83, co. 4 d.l. n. 18 del 2020 sia derivato un effetto peggiorativo»; prosegue l'A.: «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", proponendo dunque di "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*». In senso critico si osserva tuttavia che la tesi esposta più che "superare" il dilemma della natura sostanziale o processuale del singolo istituto" presuppone in realtà l'attinenza della prescrizione, o della sola sospensione della prescrizione, alle 'regole del processo' ed alle 'norme di pura tecnica', giungendo a definire neutro l'effetto prodotto da un intervento normativo che consente l'esercizio della potestà punitiva a fronte di reati che sarebbero, per converso, estinti. Un ulteriore aspetto critico è invece messo in luce dalle argomentazioni dell'ordinanza del Tribunale di Spoleto, ove si afferma che ammettere l'applicazione retroattiva del nuovo caso di sospensione della prescrizione aprirebbe la strada ad un *case law* a cui la tradizione giuridica continentale è estranea e che difficilmente potrebbe permeare il sistema interno.

⁴⁰ Tribunale di Roma, ordinanza del 18 giugno 2020, 8, ove è possibile leggere che «lo scrutinio di costituzionalità della normativa emergenziale in materia penale può essere l'occasione per precisare che non tutte le norme che disciplinano la prescrizione del reato sono soggette al principio di irretroattività di cui all'art. 25, 2 co., Cost.»; Tribunale di Crotone, 19 giugno 2020, 10 ss., in cui si fa riferimento ad una "processualizzazione della sospensione dei termini di prescrizione"; in termini non dissimili G.L. GATTA, *op. cit.*, 6, ove in realtà l'A. si riferisce all'istituto della prescrizione nel suo complesso affermando che «Se si vuole evitare che la forzata inattività giudiziaria, a fronte di un'epidemia o di eventi eccezionali, pregiudichi l'efficienza del processo e, con essa, l'interesse dello Stato e delle vittime all'accertamento di fatti e, se del caso, responsabilità, non resta che rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la prescrizione del reato quale istituto soggetto al principio di irretroattività»; il medesimo A. accede

Tale opzione interpretativa, tuttavia, rischia di risolversi in una operazione che, negli effetti ultimi, consentirebbe un aggiramento del principio di irretroattività ricorrendo ad una mera qualificazione formale dell'istituto della sospensione, senza peraltro affrontare l'incidenza della stessa sugli aspetti punitivi della persona⁴¹.

La medesima critica, peraltro, potrebbe esser mossa ad una opzione sensibilmente differente, che volesse prendere lo spunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2020 e selezionare l'applicazione del principio di irretroattività solo ad alcuni aspetti della disciplina della prescrizione.

Nella pronuncia citata, infatti, la Corte costituzionale ha effettuato una «complessiva rimediazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena» stabilendone l'applicazione a quelle sole normative sopravvenute che, pur riguardando la fase esecutiva della pena, governata dal principio *tempus regit actum*, non si limitino a modificare le modalità esecutive della stessa, ma ne alterino la natura o la concreta incidenza sulla libertà del condannato⁴². In altri termini, prendendo lo spunto dalla incidenza della normativa sopravvenuta sulle *rationes* che stanno alla base del divieto di retroattività, la Consulta ha esteso la portata applicativa del principio a taluni aspetti (regime di accesso alle misure alternative alla detenzione) della fase esecutiva, e non ad altri (benefici penitenziari, permessi premio, lavoro all'esterno), selezionando per via interpretativa quali istituti debbano esser soggetti al principio di irretroattività e quali al *tempus regit actum*⁴³.

successivamente ad una soluzione che inquadra la sola sospensione della prescrizione quale istituto di carattere processuale, sottolineando, in ogni caso, che l'espressa previsione della causa sospensiva non sarebbe stata neanche necessaria, conseguendo essa, ex art. 159 c.p., alla sospensione del processo determinatasi in virtù della disciplina emergenziale, cfr. GATTA, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*, cit., § 4.

⁴¹ Secondo il Tribunale di Siena, 7, questa opzione ermeneutica condurrebbe peraltro ad una *interpretatio abrogans* dello stesso art. 83 co. 4 il quale sarebbe privato della propria portata innovativa e, di conseguenza, della capacità di produrre effetti giuridici; considerazioni critiche condivise dal Tribunale di Spoleto, ordinanza del 27 maggio 2020, 3 e da MASSARO, *op. cit.*, p. 173. Di diverso avviso è invece AGOSTINI, *Sulla legittimità costituzionale della sospensione del corso della prescrizione del reato da Covid-19: un quadro di sintesi del diritto vivente in attesa della decisione della Consulta*, cit., § 4, il quale riprende le linee interpretative fatte proprie da Cass., Sez. V, 7 settembre 2020, Ric. Lungaro, sentenza del 14 luglio 2020, n. 25222, sostenendo che la sospensione dei termini per il compimento degli atti del procedimento ed il rinvio delle udienze non abbiano fatto altro che prevedere una sospensione del processo cui farebbe seguito, eventualmente anche in assenza della specifica disposizione, l'automatica sospensione del processo ex art. 159 c.p.

⁴² Corte costituzionale, sentenza del 12 febbraio 2020 n. 32, 30.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza del 12 febbraio 2020 n. 32, 31.

Una medesima operazione potrebbe forse esser compiuta in relazione alla prescrizione ed agli aspetti che ne influenzano l'applicazione concreta (quali ad esempio la sospensione); si tratterebbe tuttavia di un percorso argomentativo impervio, forse artificioso, comunque difficilmente percorribile in relazione ad elementi destinati ad incidere sul medesimo istituto e, in ogni caso, non sovrapponibile alla decisione della Consulta relativa all'accesso alle misure alternative alla detenzione in fase esecutiva, decisione orientata, in realtà, ad una estensione delle garanzie costituzionali piuttosto che ad una loro riduzione⁴⁴.

La soluzione più lineare e coerente con la tradizione ordinamentale e con la giurisprudenza costituzionale sarebbe allora quella di confermare l'estensione della portata applicativa del principio di legalità, e dunque di irretroattività, anche alla disciplina della prescrizione, ivi comprese le cause di sospensione della stessa, con conseguente accoglimento della questione di legittimità posta all'attenzione della Consulta.

In questo senso, il riferimento alla 'formula di particolare ampiezza' di cui alla sentenza della C. Cost. n. 115 del 2018 consentirebbe di ricomprendere nell'alveo delle garanzie di cui all'art. 25 cost. anche l'istituto della sospensione della prescrizione, come peraltro già fugacemente affermato dalla stessa Consulta, secondo cui fra gli aspetti attinenti alla punibilità «indubbiamente, rientrano quelli inerenti alla disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi»⁴⁵.

Tuttavia, la particolarità del caso potrebbe far emergere alcuni aspetti forse meritevoli di uno sforzo argomentativo ulteriore.

Continuare ad interrogarsi sulla sola natura processuale o sostanziale della prescrizione o delle cause sospensive della stessa, potrebbe, infatti, apparire riduttivo.

D'altro canto, sancire l'applicazione del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, cardine del diritto penale costituzionale e "bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo"⁴⁶, in funzione dell'interpretazione, ora sostanziale ora processuale, della natura della prescrizione, rischia di risolversi in un cortocircuito argomentativo, co-

⁴⁴ Osservazione, quest'ultima, condivisa dall'ordinanza del Tribunale di Spoleto, 4.

⁴⁵ Affermazione questa contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 324 del 2008; negli stessi termini, peraltro, si esprime anche la sentenza n. 394 del 2006, nonché l'ordinanza n. 65 del 2008; sul punto si segnala in particolare la sentenza n. 459 del 1998 in cui la questione sollevata è stata ritenuta inammissibile in quanto avente di mira una «finalità iscrivibile nell'ambito del diritto sostanziale e, cioè, in ogni caso, la sospensione del corso della prescrizione».

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza del 12 febbraio 2020 n. 32, 29.

me se il diritto di conoscere il contenuto precettivo di una norma e di compiere *libere scelte d'azione* dipendesse dalla opzione ermeneutica prevalente in un determinato momento storico⁴⁷.

Il binomio natura sostanziale-irretroattività e natura processuale-retroattività potrebbe dunque non esser di per sè dirimente. Basti sul punto osservare che, anche in un'epoca in cui la prescrizione era considerata un istituto processuale, sotto il profilo della sua estensione a fatti pregressi un insigne studioso riteneva dovesse osservarsi un sistema che guardasse «la prescrizione come legge di sostanza», atteso che «in tale argomento prevale sempre ciò che più torna in favore dell'accusato»⁴⁸.

Alla luce di tali osservazioni, risulta necessario guardare direttamente ai diritti incisi dall'eventuale applicazione retroattiva di una sopravvenuta disciplina della prescrizione avente effetti *in malam partem*, per poi verificare se tali diritti rientrino o meno nel perimetro di tutela dell'art. 25 Cost.; l'auspicio è di tentare così un approccio genuino ad una questione tanto delicata quanto complessa, liberandosi di facili contrapposizioni derivanti da rigide sovrastrutture.

Sul punto, in realtà, la giurisprudenza costituzionale sembrerebbe aver già sviluppato tale passaggio argomentativo atteso che, senza arrestarsi alla formale qualificazione della natura della prescrizione, ha chiarito che un istituto che ha come effetto quello di incidere sulla punibilità della persona, riconnetten-

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza del 23 marzo 1988 n. 364, secondo cui deve sempre essere garantita al privato la “*certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate*”.

⁴⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, Lucca, 1867, 471 ss., citato in DONINI, *Prescrizione e irretroattività: fra diritto e procedura penale*, in *Foro Italiano*, 1998, 322. Cfr. anche, per quanto riguarda la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la nota 8.

Il medesimo intento, ovvero il superamento di una rigida dicotomia tra natura sostanziale e processuale della prescrizione, è perseguito anche da altri autori, sebbene in direzione diametralmente opposta, volta a ridurre l'ambito di operatività del principio di irretroattività e le garanzie che ne conseguono; cfr. GATTA, “*Lockdown*”, cit., 6, secondo cui «Ad ogni modo, inquadrare l'istituto in una casella piuttosto che nell'altra (sostanziale/processuale) lascia in ombra, gioco forza, una delle due anime. È un'operazione di etichettamento che sconta necessariamente dei margini di imprecisione e che presta il fianco a soluzioni arbitrarie. La fallacia di impostazioni formali, quando si tratta di ricavarne conseguenze in termini di estensione o meno delle garanzie fondamentali, è d'altra parte una lezione ormai acquisita dopo anni di elaborazione della categoria della ‘materia penale’ nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo, filtrata nel nostro diritto vivente. È vero che a quella ‘materia’ appartengono, nel sistema della Cedu, tanto il penale sostanziale quanto il penale processuale, ma è anche vero che l'idea di fondo che si ricava dalla giurisprudenza di Strasburgo, ormai assorbita nel diritto vivente italiano, è che quando si tratta di stabilire lo statuto costituzionale bisogna guardare alla sostanza degli istituti, più che alla formale qualificazione, da parte della legge o dello stesso diritto vivente»; cfr., nello stesso senso, anche MASSARO, *op. cit.*, 178 ss.

dosi peraltro all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (...) l'allarme della coscienza comune»⁴⁹ non può non essere soggetto alle garanzie costituzionali derivanti dal principio di legalità, e, fra di esse, al principio della irretroattività delle modifiche normative *in peius*.

L'*iter* argomentativo seguito si fonderebbe peraltro anche sul correlato diritto all'oblio, che maturerebbe in favore dell'agente con il decorre del tempo, sempre che «il reato non sia così grave da escludere tale tutela»⁵⁰.

La temporaneità degli effetti dell'offesa arrecata al bene giuridico tutelato si rifletterebbe, dunque, sul *tempo della punizione*, collegato ai mutamenti del sentire sociale in relazione al decorrere del tempo ed al connesso limite temporale del possibile esercizio della potestà punitiva⁵¹.

Il diritto penale costituzionale imporrebbe pertanto di garantire non solo la previa conoscibilità di quali fatti punire e con quale pena, bensì anche, e, per quanto qui di interesse, soprattutto, entro quale limite temporale⁵².

Le linee interpretative appena percorse, tracciate in generale in relazione alla disciplina della prescrizione ed in particolare con riguardo alle ipotesi interruttrive della stessa, potrebbero allora essere mutate specularmente anche in relazione all'attiguo e comune terreno delle ipotesi sospensive.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, se è vero che anche l'introduzione di una

⁴⁹ Corte cost. sentenza del 23 novembre 2006 n. 393; Corte cost., sentenza del 28 maggio 2014 n. 143; Corte cost., sentenza del 22 novembre 2017 n. 265; Corte costituzionale, sentenza del 10 aprile 2018 n. 115.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza dell'11 febbraio 2013 n. 23 e Corte cost., sentenza del 28 maggio 2014 n. 143.

⁵¹ Considerazioni non dissimili sono svolte da STEA, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Milano 2020, 367 ss.: l'A. si esprime in senso decisamente critico rispetto alle tesi volte a suggellare la natura processuale della prescrizione, rilevando in particolare che «il perno attorno a cui si sviluppa la tesi riguarda la considerazione (implicita) che il tempo della prescrizione è estraneo al trattamento sanzionatorio. Di contro, come più volte evidenziato, prescrizione e pena si pongono sulla stessa frequenza, poiché la misura (massima) della prima determina il quantum della seconda» e proseguendo affermando che se non può esservi applicazione retroattiva di una pena aumentata medio tempore dal legislatore, allora non può ammettersi l'applicazione retroattiva di un aumento del quantum del termine di prescrizione. Sorprendentemente, tuttavia, l'A. conclude affermando che «ad ogni modo, resta la considerazione che la previsione emergenziale in commento è certamente ragionevole e necessaria nella situazione eccezionale sanitaria e, pertanto, piuttosto, appare persuasiva l'idea di considerare l'intervento normativo sulla prescrizione dettato da esigenze contingenti ed eccezionali, tanto da giustificare questa temporanea e limitata processualizzazione della sospensione dei termini prescrizionali».

⁵² L'affermazione, particolarmente significativa, è contenuta espressamente nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, più volte citata.

nuova causa di sospensione *ex post facto* incide sulla punibilità della persona e sul diritto all'oblio di cui la stessa è portatrice, appare tuttavia necessario compiere alcune precisazioni.

Sotto un primo profilo, il diritto all'oblio - quale pretesa individuale alla non rievocazione, in assenza di un interesse pubblico, di fatti appartenenti al passato - non appare collegato, almeno *prima facie*, né alla necessità di garantire libere scelte d'azione, né alla calcolabilità delle conseguenze del proprio contegno, né agli aspetti concernenti la punibilità della persona, risultando il suo ancoraggio al principio di irretroattività penalistica forse solo indiretto.

Sul punto occorrerebbe peraltro indagare compiutamente quale sia il reale atteggiarsi di un diritto di tal fatta, dovendosi evitare che questo trasmodi in un interesse del singolo alla esauribilità della potestà punitiva; interesse che, seppur in concreto sussistente, difficilmente potrebbe esser ritenuto meritevole di tutela, assurgendo più che altro ad un mero interesse di fatto. D'altronde, in questi termini la Corte costituzionale ha già avuto modo di osservare che «non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di “aspettativa” dell'imputato al maturarsi della prescrizione»⁵³.

Sotto un secondo profilo, invece, sicuramente pregnante è l'argomento relativo all'incidenza della causa di sospensione sulla punibilità della persona, tale da costituire infatti la principale critica alle tesi panprocessualistiche sorte sul tema. In questa prospettiva, il perimetro applicativo del principio di legalità sostanziale si estenderebbe dunque sino a ricomprendere tutti gli aspetti attinenti alla punizione, contribuendo così a garantire quell'elevato livello di protezione dei diritti della persona che contraddistingue il nostro sistema nel panorama europeo. L'irretroattività delle cause di sospensione si configurerebbe allora quale precipitato logico necessitato, non superabile se non in violazione di un diritto individuale della persona.

Eppure, alla luce della particolarità del caso, la sensibilità dell'interprete non appare del tutto appagata, permanendo invero un senso di incompiutezza, di insoddisfazione, che induce ad evidenziare un aspetto sopra accennato e forse non ancora adeguatamente indagato⁵⁴.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza del 17 dicembre 1999 n. 452; negli stessi termini si esprime peraltro la Corte di cassazione, ordinanza del 30 marzo 2016 n. 28346, secondo cui «un'aspettativa declinata in tali termini sarebbe da qualificare quale interesse di fatto irrilevante sotto il profilo processuale, e ancor prima costituzionale».

⁵⁴ Argomento utilizzato in Cass., Sez. VI, 7 settembre 2020, Ric. Lungaro, sentenza del 14 luglio 2020, n. 25222, al fine di negare cittadinanza ad una violazione dei diritti dell'imputato, aderendo alla tesi della riconduzione dell'intervento normativo in parola nell'alveo dell'art. 159 c.p., comunque confermandone la natura sostanziale.

Secondo l'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale l'agente, al momento in cui pone in essere la condotta, dovrebbe potersi configurare sino a quando permarrà la potestà punitiva dello Stato, non potendo essa essere ulteriormente prorogata oltre il termine massimo in virtù di una normativa sopravvenuta *ex post facto*.

Tuttavia, se la garanzia della previa conoscibilità di tale ultimo limite temporale ben si concilia con la disciplina dell'interruzione della prescrizione, attesa la determinazione di un preciso limite massimo alla luce del disposto dell'art. 161 c.p., essa non risulta mutuabile negli stessi termini in relazione alle cause di sospensione. La previa conoscenza di esse, infatti, sebbene costituisca una indubbia garanzia sul piano del rapporto tra cittadini e Stato⁵⁵, non consente l'individuazione del limite temporale entro cui sarà esercitabile la potestà punitiva statale, non essendo possibile conoscere in anticipo la durata dell'eventuale causa sospensiva, a differenza di quanto avviene per le ipotesi interruttive.

In tale contesto si palesa pertanto la massima divergenza sopra accennata tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, tra fatto e diritto. Se è vero che il principio di irretroattività opera in relazione alla norma e non al fatto, è pur vero che tale scollamento tra fatto e diritto potrebbe non consentire alla norma di esplicare quella funzione di orientamento delle condotte dei consociati che costituisce il presupposto logico e giuridico del principio di irretroattività. La correlazione tra la previa conoscenza della causa di sospensione ed il limite temporale della punizione risulta dunque sfumata, portando con sé il rischio che la *ratio* garantista sottesa al principio di irretroattività si riduca all'affermazione del diritto di conoscere in anticipo le cause che, in concreto, non consentono poi la previa individuazione del limite temporale della punizione.

⁵⁵ Cfr. sul punto le lucide argomentazioni di ANDÒ, *La natura sostanziale della prescrizione e le intenzioni processuali della legislazione ai tempi dell'emergenza sanitaria: in dubbio la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dal Decreto Cura Italia*, cit., 16, il quale, espressosi in favore di una lettura decisamente sostanzialistica dell'istituto, osserva che «proprio perché la prescrizione rappresenta un momento di regolamentazione del rapporto tra due posizioni sostanziali - la libertà dell'individuo, da una parte, ed il potere/dovere sanzionatorio dello Stato, dall'altra - essa non può che condividere la natura di tali posizioni [...] Natura sostanziale deve essere poi attribuita anche agli istituti che, sebbene idonei a produrre degli effetti processuali, incidono sulla prescrizione determinando delle modifiche al suo concreto regime applicativo, ossia la sospensione e l'interruzione [...] Ed invero, al netto dei possibili rischi di schizofrenia interpretativa derivanti dall'attribuzione di una duplice natura alla prescrizione o, ancor peggio, di una natura diversa tra la prescrizione *ex se* e le sue vicende modificative, appare essenziale la considerazione per cui anche esse incidono sulle medesime posizioni sostanziali sopra indicate, e ciò poiché, sebbene trovino nel procedimento penale o nel processo la loro fonte di rilevanza ed efficacia giuridica, producono un'alterazione contenutistica del rapporto tra libertà ed autorità».

I contorni della questione, in particolare con riferimento al rapporto con il “tempo della punizione”, risultano dunque più evanescenti ed incerti.

La Corte costituzionale, salva l'ipotesi in cui dovesse rinnegare la propria giurisprudenza - anche recente - in favore di una lettura processuale dell'istituto o comunque avallando interpretazioni che, sebbene non apertamente, ne presuppongono la non osservanza, è chiamata pertanto ad uno sforzo argomentativo ulteriore e non meramente sovrapponibile a quello già compiuto con la sentenza n. 115 del 2018; uno sforzo che sia in grado di precisare il corretto inquadramento delle cause di sospensione della prescrizione, risolvendo la divergenza tra fattispecie astratta e concreta e chiarendo, probabilmente in via definitiva, l'ambito applicativo del principio di irretroattività in relazione all'integrale disciplina della prescrizione.