

ACTUS REGIT TEMPUS?

LA MODULAZIONE DELLA LEGALITÀ INTERTEMPORALE ALL'INTERSEZIONE TRA DIRITTO PENALE E PROCESSO

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 11.8.2020

Federico Consulich

SOMMARIO 1. *Mala tempora currunt*. — 2. La rilevanza del processo per il diritto penale orientato alle garanzie del cittadino. — 3. La pregiudiziale *di metodo*: l'abbandono della dicotomia *diritto penale vs diritto processuale penale*. — 4. La pregiudiziale *di valore*: la necessità di un 'esodo' dall'art. 25 Cost. — 5. Perché abbiamo paura dell'art. 11 delle Preleggi: la distanza tra principio e disposizione legislativa. — 5.1. La 'tara' reale: quale sorte per le fattispecie non istantanee? — 5.2. La 'tara' apparente. La legge non dispone che per l'avvenire: l'irretroattività generale come principio ordinario o costituzionale? — 6. La soluzione possibile. *Actus regit tempus*: l'esercizio della prerogativa processuale come *discrimen* nella disciplina intertemporale. — 7. Il diaframma evanescente tra *tempus regit actum* processuale e irretroattività penale sostanziale: la *lex mitior*. — 8. Sintesi: la mappatura dei regimi intertemporali. — 9. La legalità penale a doppia velocità: garanzia intertemporale *rafforzata* e garanzia intertemporale *temperata*.

1. *Mala tempora currunt*

Di fronte ad un legislatore affetto da preoccupanti tendenze illiberali (dopo i pacchetti sicurezza¹ è stata la volta della legge 'spazzacorrotti'² e poi della decretazione di urgenza dovuta alla pandemia da coronavirus, con la connessa sospensione dei termini di prescrizione e di custodia cautelare³), viene spontaneo tornare, in una sorta di

¹ Le tendenze retrive del legislatore del primo decennio del nuovo millennio erano evidenziate, ad esempio e solo per rimanere al tema del presente lavoro, da Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in Mazza-Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 283 ss. e 294 ss. per i riferimenti alla disciplina intertemporale.

² Così citata anche in atti ufficiali, lo rileva Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, 236. Per una recente lettura, tra diritto e processo penale, della dimensione illiberale della legge del gennaio 2019 si veda Sessa, *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, in *Arch. pen.*, 29 giugno 2020.

³ Gatta, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020; Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1° maggio 2020; Scalfati, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in *Arch. pen.*, 6 maggio 2020.

gesto di 'auto-aiuto', allo studio dei diritti fondamentali del cittadino e degli equilibri istituzionali propri di uno Stato di diritto.

Tra tutti i principi di garanzia assediati dalla prassi giuridica contemporanea, in cui, è sotto gli occhi di tutti, dominano le pulsioni punitive più che le istanze di libertà⁴, il divieto di retroattività sfavorevole sembra quello maggiormente fiaccato. Nonostante la letteratura penalistica ne abbia ampliato il perimetro applicativo, spingendolo ben al di là del diritto penale sostanziale, fino a coprire tutte le forme di esercizio della potestà punitiva⁵, non così accade sul piano legislativo, in cui lo slabbramento del diritto intertemporale rimanda un immediato sentore di autoritarismo⁶.

D'altra parte, tra i *checks and balances* di questa fase storica, anche la Corte costituzionale e la Corte edu non hanno dimostrato un *idem sentire*: mentre la seconda è apparsa più rigorosa, la prima ha in alcune occasioni sottovalutato i riflessi lividi di leggi di interpretazione autentica che retroattivamente finivano per attenuare lo *status* del cittadino⁷. Per non parlare poi della Corte di Giustizia di Lussemburgo: la vicenda

⁴ Si potrebbe pensare che, in fondo, sia sempre stata questa la caratteristica più profonda del diritto penale, ma in realtà l'epoca attuale possiede connotati peculiari, caratterizzati dall'aver 'sdoganato', anche dal punto di vista della dialettica politica sui reati e sulle pene, impulsi autoritari e populistici che un tempo erano confinati alle estremità dell'arco costituzionale e oggi invece vengono orgogliosamente rivendicati da forze maggioritarie dal punto di vista della rappresentanza popolare. Per una recente e documentata analisi sul populismo penale, si veda, per tutti, Amati, *L'enigma penale*, Torino, 2020, 88 ss.; 138 ss.; 243 ss.

⁵ Senza pretesa di esaustività, basti rilevare qui che, dopo le prime espressioni di questo orientamento nelle pagine di Nuvolone, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63, esso è stato ribadito poi negli anni Ottanta da Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 83 e, ancora in questi anni, è stato ripreso da F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 253 ss.

⁶ L'insofferenza per le forme e la rigidità delle regole e la netta predilezione per le vaghe clausole generali sono i tratti tipologici più evidenti di un diritto penale che si fa autoritario, come notato da Eb. Schmidt, *Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts* (1953), in Id., *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Göttingen, 1970, 43. L'antiformalismo espressionistico, teleologico e ispirato alla massima efficienza processuale è senza dubbio un pericolo incombente per la legalità penale. Sul punto Negri, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in Foffani-Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, 155. Nella dottrina sostanzialistica Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015, 386, ma fin dagli anni Sessanta Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 728 ss. che ricorda come sia spesso pericolosa l'ansia di disfarsi degli apparati formali del diritto.

⁷ Tra le pronunce della Corte costituzionale, tese a conferire marcati tratti di discrezionalità legislativa allorché le modifiche normative debbano essere valutate alla stregua del principio del *tempus regit actum*, una delle più risalenti è stata la n. 120 del 1975 in tema di successione di leggi in materia di intercettazioni telefoniche. Più di recente si veda la sent. 240 del 2015 e l'ord. 207 del 2016 in tema di

Taricco⁸, per molti aspetti traumatizzante, ha dimostrato la fase di ‘splendore’ di un principio, il *tempus regit actum*, che, se inteso in senso riduzionistico e tralatizio, è un perfetto strumento di razionalizzazione della retroattività sfavorevole.

Ne è stato ‘irradiato’ anche il legislatore italiano, perspicace nel comprendere che per contrarre il tasso di garanzia per alcune tipologie di imputati, ritenuti, a torto o a ragione, meritevoli di un trattamento punitivo differenziato, in senso sfavorevole, occorresse rivolgersi al lato ‘dinamico’ del sistema penale, sicché il più micidiale dei nemici della legalità si è rivelato proprio il processo⁹.

Ne è scaturita la già citata "legge spazzacorrotti", n. 3 del 2019, che ha esteso l’art. 4-*bis* o.p. a diversi reati contro la Pubblica Amministrazione, innescando per questi ultimi, anche qualora fossero stati commessi in precedenza, il regime penitenziario restrittivo proprio di ben altri reati e inibendo per gli stessi la sospensione dell’ordine di esecuzione prima che il condannato potesse ambire ad una misura alternativa¹⁰. Al netto dell’intervento censorio della Corte costituzionale con la sentenza 32 del 2020¹¹,

ammissione dell’imputato alla sospensione del processo per messa alla prova. Si veda invece, sulla piena ammissibilità del principio del *tempus regit actum* in materia processuale, Corte di Strasburgo, *Mione vs Italia* del 12 febbraio 2004, *Rasnik vs Italia* del 10 luglio 2007 (entrambe in materia di termini processuali), *Martelli vs Italia* del 12 aprile 2007 in tema di valutazione delle prove; *Morabito vs Italia*, 27 aprile 2010, riferita all’accesso a riti alternativi, nonché *Biagioli vs San Marino* del 8 luglio 2014, nella quale si può leggere, in particolare, che l’applicazione del principio del *tempus regit actum* alle norme processuali penali trova l’unico limite nell’accertamento di una scelta puramente arbitraria del legislatore. Per una approfondita e recente analisi della giurisprudenza convenzionale e costituzionale e sulle divergenze tra le stesse Bignami, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, e Di Martino, *Il legittimo affidamento nel bilanciamento della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di retroattività legislativa*, entrambi in Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell’ordinamento*, Napoli, 2018, 51 ss. e 185 ss.

⁸ Su cui basti qui il rinvio a due opere collettanee dedicate alla vicenda Bernardi-Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017 e Paonessa-Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016.

⁹ Già ben prima del caso Taricco, la Corte di Giustizia nel caso Pupino (Corte giust., GC, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino) aveva impiegato l’argomento della natura processuale di un istituto, l’incidente probatorio, per sfuggire al problematico confronto con il divieto di analogia. Sulla questione v. Allegrezza, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in Sgubbi-Manes (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 53 ss.

¹⁰ Sulla degradata qualità della disciplina rispetto ai principi di garanzia penalistici si vedano le notazioni di Manes, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, 105 ss.; nonché Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 235 ss.

¹¹ Su cui si vedano Manes-Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020.

iniziative come questa dimostrano come il legislatore (in ciò seguito troppo pedissequamente da una parte della giurisprudenza) abbia preso a ragionare di diritto intertemporale a prescindere dai diritti coinvolti, in senso puramente funzionalistico, tenendo cioè in considerazione solo gli obiettivi politico-criminali contingenti, per lo più animato da una spasmodica ricerca di consenso¹².

Le considerazioni che di seguito formuleremo saranno concentrate sul processo penale, in forza di una 'sinergia genetica' che esso presenta con le fattispecie incriminatrici, ma ben possono valere per tutta una serie di ambiti normativi che potremmo denominare di 'penalità equivalente': in essi la compressione dei diritti del cittadino, dalla libertà personale all'iniziativa economica, consegue a misure *estranee alla sfera applicativa dell'art. 25 Cost.*, pur avendo il *medesimo impatto di una pena formale*. Il riferimento corre qui al *mare magnum* del diritto della prevenzione oppure ancora alle misure amministrative di detenzione, iconicamente rappresentate dai centri di identificazione ed espulsione (ora Centri di permanenza per i rimpatri), e più in generale alla complessa nozione di *crimmigration*¹³, nonché alle *variae causarum figurae* di decadenze e interdizioni inflitte sempre nel circuito extra-penale.

2. La rilevanza del processo per il diritto penale orientato alle garanzie del cittadino

Nel momento stesso in cui il processo viene inteso come misura di contrasto al crimine, funzionale agli stessi scopi della sanzione formale, allora a buon diritto diventa di competenza del penalista sostanziale.

La torsione non è certo un fenomeno di oggi, poiché da decenni il rito processuale viene piegato al conseguimento di obiettivi atipici, di sanzione anticipata e surrogata. Lo sfruttamento della carica di stigmatizzazione e intimidazione propria di ogni giudizio pubblico è un capitolo di sociologia giuridica già affrontato da illustri Autori a metà degli

¹² D'altra parte, già Chiavario, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 476, alla fine degli anni Settanta, notava come in giurisprudenza, a proposito di modifiche peggiorative in materia di termini di carcerazione preventiva, si fosse assistito ad un consolidamento dell'orientamento improntato al più rigido ossequio al principio *tempus regit actum*, anziché al recupero del paradigma liberale veicolato dall'art. 68 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale del 1930.

¹³ Su cui, a mero titolo esemplificativo, Gatta, *La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in Basile-Gatta-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 987; sulle incertezze in ordine all'incidenza sulle garanzie dell'*habeas corpus* delle misure di controllo sugli stranieri irregolari, si vedano le recenti contrastanti prese di posizione di Corte di Giustizia e Corte edu analizzate, tra gli altri, da Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2020.

anni Novanta¹⁴; oggi però il legislatore si fa ‘portavoce’ di queste pulsioni punitive, anziché tentare di compiere un’opera di moderazione o neutralizzazione.

È allora necessario, di fronte ad una legalità *processuale* da più parti indicata come debole, liquida e obsolescente¹⁵, rafforzare lo statuto della legalità *tout court*, perché questa presidi non solo i reati e le pene, ma anche le regole procedurali con cui si svolge l’accertamento cui consegue la punibilità di un fatto.

In particolare, l’uso disinvolto del diritto intertemporale nella legge 3 del 2019, ma anche in importanti arresti giurisprudenziali sovranazionali (il riferimento corre di nuovo alla vicenda Taricco), induce il penalista a confrontarsi con una regola, meno garantita di quelle definite dall’art. 25 Cost. e 2 c.p. e valida subito al di fuori del diritto sostanziale: "*tempus regit actum*" scandiscono all’unisono il pratico e il teorico del processo. Una pluralità di significati giuridici, spesso oscuri al penalista sostanziale, si nasconde però dietro il brocardo (e alla sua traduzione normativa: l’art. 11 delle Preleggi): si impone, per igiene concettuale, di fissare i tratti salienti di quest’ultimo, per svelare i pericoli latenti insiti nella sua acritica adozione, ma al contempo per evidenziarne, ottimisticamente, i non modesti contenuti garantistici, spesso sottostimati¹⁶.

Preliminare all’analisi è l’esplicitazione delle due pregiudiziali del nostro discorso, per conferire ad esso sintesi e, per quanto possibile, intellegibilità.

3. La pregiudiziale *di metodo*: l’abbandono della dicotomia *diritto penale vs diritto processuale penale*

Alla disposizione generale di cui all’art. 11 si affiancano le due discipline ‘speciali’, dettate per il diritto penale, dagli artt. 2 c.p. e 25 comma 2 Cost. (per i reati e le

¹⁴ Si veda, per tutti, Nobili, *Principio di legalità e processo penale (ricordando Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss., in particolare 658.

¹⁵ In questi termini le riflessioni di Negri, *Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1229 ss.; Id., *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, 428; Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3467.

¹⁶ Si veda in proposito Mazza, *Principi e questioni di diritto intertemporale e transitorio*, in *Cass. pen.*, 2000, 2531. Sottolinea che all’interprete è permesso rifarsi all’art. 11 delle Preleggi solo in assenza di diritto transitorio, Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, I, Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999, 471. Sulla logica sottesa all’art. 11 Preleggi, tra i molti, Onida-Crivelli, *Commento all’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale*, in Barba-Pagliantini (a cura di), *Delle Persone - Vol. I: Disposizioni sulla legge in generale e artt. 1-10 c.c.*, in Gabrielli (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2012, 202 ss., in particolare 204.

pene in senso formale) e dagli artt. 200 c.p. e 25 comma 3 Cost. (per le misure di sicurezza), sicché, fuori dal campo del diritto penale sostanziale, si torna alle Preleggi come regola di *default*, non solo nella materia processuale, ma anche in qualsiasi altra branca del diritto sostanziale.

L'operazione di riconduzione di un istituto al diritto penale (sostanziale) si rivela, dunque, alquanto delicata: per quello che qui interessa, il rito processuale si presta più facilmente al 'contrabbando' di questo o quell'istituto fuori e dentro il perimetro dell'art. 25 comma 2 Cost. Le norme che lo disciplinano sono il cavallo di Troia, attraverso cui si teme, e spesso a ragione, che vengano veicolate diminuzioni di garanzia per il cittadino, poiché la separazione tra diritto e processo sottende, in effetti, una *capitis deminutio* del secondo, a volte degradato ad una sorta di pura regola amministrativa, burocratica, di gestione degli affari correnti che attengono all'esercizio del potere punitivo¹⁷.

Questa visione *strumentale* del processo, pur avendo radici risalenti e certo illustri¹⁸, non riflette però la decisiva influenza del rito sulla stessa conformazione dei concetti sostanziali, delle categorie del diritto penale e finanche della definizione della cornice edittale, sempre più spesso pensata dal legislatore di oggi in funzione della ricaduta che essa determina sulla spendibilità delle misure cautelari carcerarie, sul ricorso alle intercettazioni o sull'onere della prova per le parti¹⁹.

¹⁷ Se di primo acchito i due comparti normativi si presentano come assai differenti, poiché il diritto penale pare comprendere solo norme primarie, esprimenti precetti diretti ai consociati, mentre quello processuale esclusivamente regole 'secondarie', in quanto dirette al giudice per disciplinare l'applicazione delle prime (in senso hartiano, pur con tutte le differenziazioni che potrebbero essere formulate a questo proposito e su cui si rimanda, Pino, *Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento*, in Mazzaresse (a cura di), *Teoria generale del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino, 2012, 183 ss.), uno sguardo più attento scorge il riduzionismo ideologico di tale impostazione. Nessuna delle due discipline può essere condensata in una sola caratteristica: anche il diritto processuale penale è assai composito al suo interno, specie in un sistema che attribuisce al giudice un doppio volto, poiché egli accerta il fatto e al contempo garantisce il rispetto delle regole processuali, come rilevato da Orlandi, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2013, 52.

¹⁸ Beling, *Deutsches Reichstrafprozessrecht mit einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts*, Berlin, 1928, 1, dove si può leggere la definizione del diritto processuale penale come quella parte del diritto che applica la tutela penale sostanziale. Per una critica alla visione puramente strumentale del processo penale e sul cd. *Werkzeugdogma* Nobili, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *La questione criminale*, 1977, 63 ss.

¹⁹ In argomento Chiavario, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Milano, 2016, 264; sulla specifica questione della costruzione delle fattispecie in chiave probatoria Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in Fofani-Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale*, cit., 103 ss., in particolare 111 ss. Per un'articolata

In breve: attraverso la definizione di cosa debba essere provato e come, è il processo a segnare il perimetro *in concreto* della responsabilità definita *in astratto* dalla norma sostanziale²⁰.

A militare a sfavore della separazione tra diritto e processo penale, oltre a siffatte ragioni strutturali, ve ne sono di assiologiche: il diritto penale non può essere scisso dal processo nella costruzione delle garanzie, poiché queste, se ristrette solo sul primo, divengono facilmente eludibili. La distinzione, utile certamente dal punto di vista scientifico e didattico, ove riprodotta pedissequamente anche sul piano operativo, può generare una gran massa di effetti collaterali, dal punto di vista dell'indebita restrizione dei principi di garanzia penalistici²¹.

Di qui le molteplici diatribe 'ontologiche', giunte fino ad oggi, in ordine alla

analisi dell'importante ruolo del processo per il penalista sostanziale Pulitanò, *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 518; Id., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss. Negò l'applicabilità delle garanzie penalistiche intertemporali sancite dall'art. 25 Cost. alle norme sulla carcerazione preventiva di cui al precedente codice di rito la sentenza n. 15 del 1982 su cui Nobili, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro. it.*, 1982, I, 2132. Nella medesima direzione si espresse la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, Cass., S.U., n. 27919 del 31 marzo 2011 Cc. (dep. 14 luglio 2011), in *Cass. pen.*, 2011, 4159, con nota di Spagnolo, *Inapplicabilità del nuovo regime cautelare alle misure in corso di esecuzione*.

²⁰ In ordine al ruolo del processo nella definizione dell'assetto del sistema sanzionatorio e nella soddisfazione delle finalità di prevenzione generale si veda già Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 436. Sull'ambivalenza del concetto di *corpus delicti*, tanto da essere alla base sia della scienza del processo che della sistematica del reato, in particolare della tipicità, Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 299.

²¹ Per una analisi in prospettiva storica del rapporto tra sostanza e procedura dello *ius criminale* Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2008, 13. Sul fronte della didattica si veda Pisani, *L'autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, 128 ss. Sul rapporto simbiotico tra diritto e procedura penale Pedrazzi, *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 65; Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1938, 589, che nota come, diversamente dal diritto civile, che può realizzare i propri scopi di regolazione a prescindere da un processo, ma mediante l'autonomia negoziale dei privati, il diritto penale, una volta che un reato venga commesso, pretende l'avvio di un processo per poter infliggere una pena. Ciò vale almeno nell'ambito di un modello di stato democratico, in cui si inveri il brocardo "*nulla poena sine iudicio*", che per sua natura è una forma di limitazione del potere pubblico e su cui Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 21. Sulla stabilizzazione delle regole processuali, a partire dal XVI secolo, si veda Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari, 2011, 65 ss. e sulla forma processuale come antidoto alla giustizia come esercizio di pura violenza Ayrault, *L'Ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les Grecs et Romain ont usé ès accusations publiques* (1642), Whitefish (MT), 2009.

natura sostanziale o processuale di questa o quella disciplina via via introdotta dal legislatore (si pensi al dibattito sulla messa alla prova degli adulti, *ex art. 464 bis* e ss. c.p.p.²² o alle preclusioni penitenziarie per i reati contro la pubblica amministrazione inserite dalla l. 3 del 2019), ma anche in ordine a istituti ben risalenti, come la prescrizione.

Senza scendere nei particolari, è ovvio che la qualificazione di una regola come sostanziale o processuale è davvero un'operazione *naïve*. Solo per fare due esempi: le disposizioni in merito alla procedibilità del reato hanno un evidente impatto processuale, ciò non di meno, almeno in parte, sono poste all'interno del Codice penale; allo stesso modo, la prescrizione è evidentemente una chimera giuridica, se è vero che in ordinamenti diversi dal nostro viene considerata senza alcuna remora una causa estintiva dell'azione penale²³.

²² In argomento, a mero titolo esemplificativo, Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino, 2020, 77 ss. e Della Torre, *L'assenza di una disciplina intertemporale o transitoria per la messa alla prova degli adulti: uno spinoso problema tra lex mitior e tempus regit actum*, in *Proc. pen. giust.*, 4/2015, 134 ss.

²³ Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 257. Sulla disciplina francese si veda l'art. 7 del c.p.p., in base al quale «*L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise*», su cui Pradel, *Procédure pénale*, Paris, 2019, 211 s. e, per gli aspetti applicativi, Ambroise Casterot-Renucci-Céré-Léna, *Code de procédure pénale annoté*, 2020, 89 ss. In argomento, si vedano, tra le altre, le riflessioni di Nobili, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, e Donini, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, V, 1998, c. 319 e c. 324. La giurisprudenza costituzionale è pacifica nel senso che la prescrizione sia un istituto ricompreso entro il perimetro di garanzia del divieto di retroattività sfavorevole, cfr. le sentenze nn. 275 del 1990, 393 del 2006, 324 del 2008, 115 del 2018, nonché dell'ord. n. 24 del 2017.

Peraltro, proprio riguardo alla prescrizione, una monolitica qualificazione della stessa come disciplina sostanziale conduce, come evidenziato di recente, a conseguenze quanto meno problematiche in situazioni di emergenza che impongano provvedimenti eccezionali e temporanei di sospensione dei termini per l'impossibilità di celebrare i processi: l'allungamento del periodo necessario a prescrivere sarebbe *inutiliter datum*, in quanto riferito senza distinzioni tanto a fatti successivi quanto a fatti commessi in precedenza rispetto all'entrata in vigore della disciplina, e dunque, per questi ultimi, proscritto *ex art. 25 Cost.* Per una riflessione in questo senso, con la proposta di applicare la disciplina di allungamento dei termini dettata dall'art. 83 del d.l. 18 del 2020 in ragione dell'emergenza della pandemia di Covid 19 solo ai fatti la cui prescrizione non fosse ancora compiuta alla data di entrata in vigore del decreto, Gatta, "Lockdown" *della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, cit. La medesima soluzione, diversamente da quanto sostenuto, pur problematicamente, dall'Autore appena citato, non sembra possibile rispetto alle misure cautelari: la sospensione dei termini massimi di custodia cautelare comporta una compressione aggiuntiva della libertà personale che porrebbe retroattivamente a carico dell'indagato/imputato la situazione di emergenza cui la norma eccezionale intende far fronte. Si veda, da ultimo, la discutibile soluzione offerta dalla III sezione della Cassazione (n. 21367 2 luglio 2020, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020, con nota critica di Gatta, "Tolleranza tra principi" e "principi intolleranti". Secondo la Corte sarebbe possibile 'relativizzare' il principio di irretroattività *in malam partem* e dunque applicare retroattivamente la sospensione dei termini di prescrizione di fronte ad una peculiare situazione di emergenza. A dimostrazione della

Il tema si presenta anche fuori del diritto penale. Si pensi alla disciplina delle prove, con particolare riferimento alle presunzioni: nel diritto privato sono disciplinate da disposizioni del Codice civile e non da quello di procedura e anche nel diritto tributario sono state riconosciute della Cassazione come norme di diritto sostanziale²⁴.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare, ma quel che già emerge è l'opportunità di abbandonare la distinzione tra processo e diritto sostanziale come criterio di distribuzione delle garanzie²⁵: essa lascia i diritti del cittadino in balia di classificazioni intrinsecamente discutibili, con il risultato di farli spesso soccombere rispetto a interessi di gran lunga meno importanti, come l'economia processuale²⁶.

4. La pregiudiziale *di valore*: la necessità di un 'esodo' dall'art. 25 Cost

Per definire lo statuto intertemporale delle norme incidenti sui diritti dell'indagato/imputato/condannato non pare sufficiente il riferimento all'art. 25 Cost., troppo incentrato, anche alla luce di una sorta di pregiudizio storico-assiologico, sull'incriminazione, momento *statico* di posizione della norma, come unica fase critica per le libertà del cittadino. Si impone per la legalità uno statuto di garanzia *dinamico*, in grado di adattarsi al mutevole fenomeno del processo, nonché alle nuove forme di lesione della libertà individuale emerse nitidamente nel corso degli ultimi anni.

complessità della questione posta dalla recente normazione d'urgenza si vedano anche Mazza, *Postilla di diritto intertemporale*, e Scalfati, *Ulteriori rilievi sul diritto intertemporale*, entrambi in *Arch. pen.*, 19 maggio 2020; inoltre cfr. Scalfati-Lombardi, *Termini processuali sospesi nell'emergenza sanitaria: successione di leggi nel tempo e l'enigma del dies ad quem*, in *Giurisprudenza penale web*, 8 maggio 2020. In generale, per una nota riflessione sul rapporto tra prescrizione e principio di irretroattività Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 261.

²⁴ Ci si riferisce a Cass. civ., VI, ord. 2662 del 22 novembre 2017 (dep. 2 febbraio 2018), disponibile in www.bollettinotributario.com.

²⁵ In argomento, in ambito eurounitario, si segnalano le interessanti notazioni in materia di intercettazioni telefoniche contenute nelle conclusioni dell'Avvocato Generale M. Bobek, 25 luglio 2018, C-310/16, *Spetsializirana prokuratura c. Petar Dzivev, Galina Angelova, Georgi Dimov, Milko Velkov*, § 128, secondo cui «*Le difficoltà, in questo come in altri casi, inerenti alla classificazione di siffatte norme «borderline», evidenziano soltanto, ancora una volta, perché tale distinzione (tra diritto penale e processo, ndr.) non sia realmente utile in casi come quello di specie.*».

²⁶ Allo stesso modo pare del tutto discutibile la distinzione propugnata dalla Corte edu, in seno allo stesso istituto del rito abbreviato, tra le norme che disciplinano l'entità dello sconto di pena conseguente alla scelta processuale (ritenuta norma sostanziale e dunque soggetta alla retroattività favorevole da Corte edu, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola vs Italia*) e norme che regolano l'accesso al rito, tra cui la presenza o assenza del consenso del Pm (qualificate norme processuali da Corte edu, 27 aprile 2010, *Morabito vs Italia*).

Occorre evidentemente un unico principio, in qualche modo ‘anfibo’, capace cioè di proiettare le proprie tutele in entrambi gli ambienti, non essendo percorribile la strada alternativa di una doppia legalità, una per il processo, una per i reati e le pene.

L’ancoramento esclusivo alla legalità penalistica tradizionale rischia di suonare puramente declamatorio al cospetto delle nuove forme di ‘penalità senza reato’ che proliferano subito fuori dall’angusto elenco di pene formali di cui all’art. 17 c.p.²⁷.

Allo stesso modo, l’inadeguatezza dell’argine frapposto dal richiamo all’art. 25 Cost. è emersa anche rispetto all’evoluzione delle misure di sicurezza patrimoniali; si pensi alla confisca cd. allargata, oggi confluita nell’art. 240 *bis* c.p., e alle incertezze sul regime intertemporale del comparto di regole probatorie ‘punitive’ che essa porta con sé, ad esempio in ordine al divieto di addurre l’evasione fiscale per ricostruire la capacità patrimoniale del soggetto destinatario della ablazione²⁸.

Ecco dunque la seconda pregiudiziale del nostro discorso: per individuare uno

²⁷ Nella dottrina penalistica si è sostenuto come la tutela del *favor rei* debba innervare anche le norme processuali che si pongono in stretta correlazione con il diritto penale sostanziale, come il regime delle prove, l’esecuzione penale e le misure cautelari, cfr. Ambrosetti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persona*, in Ronco (a cura di), *Commentario al Codice penale*, vol. I, Bologna, 2006, 225. Con specifico riguardo alle misure cautelari, rilevano come esse attengano allo *ius puniendi* e non allo *ius actionis*, sicché soggiacciono alle disposizioni sostanziali in tema di successione di leggi, diversi Autori attraverso i decenni, da Sabatini, *Successioni di leggi penali processuali e «favor rei»*, in *Giust. pen.*, 1957, III, 8 ss., a, più tardi, Grevi, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 203 ss.; e Gaito, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1361 ss. (in particolare 1367). Sull’impossibilità di scindere la sanzione penale dalla sua esecuzione, in funzione dell’incidenza sulla libertà personale e dunque sulla necessità di estendere a questa fase la pienezza delle garanzie della legalità penalistica, già Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1273 ss., Id., *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 265 ss., nonché, con riferimento alla determinatezza e alla riserva di legge, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 232 ss. Nel diritto comparato, si veda, oltre alla proibizione delle *ex post facto laws* nel diritto statunitense di cui parleremo più oltre, il disposto dell’art. 112-2, comma 3 del Codice penale francese, che, dopo la previsione del principio di irretroattività all’art. 112-1, prevede l’immediata applicazione delle leggi inerenti all’esecuzione e applicazione delle pene, ma con l’eccezione di quelle che abbiano come risultato pratico l’aggravamento della pena inflitta. Recita infatti la disposizione «*Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur [...] Les lois relatives au régime d’exécution et d’application des peines; toutefois ces lois, lorsqu’elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu’aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur*» (sottolineature aggiunte, ndr.).

²⁸ Di recente la Cassazione ha sostenuto che, in quanto misura di sicurezza e non sanzione, tale tipo di confisca fosse estranea al principio di irretroattività, cfr. Cass., II, n. 56374 del 12 ottobre 2018 Cc. (dep. 14 dicembre 2018), Rv. 276299.

statuto di garanzia che non possa essere aggirato attraverso la comoda qualificazione processualistica di un istituto, bisogna cercare un riferimento costituzionale diverso dall'art. 25 Cost.; l'appello esclusivo a quest'ultima disposizione implica la *riduzione* e non l'*innalzamento* del tasso di garanzia offerto dall'ordinamento. È preferibile, invece, adottare un approccio sistematico, per riconoscere il volto complessivo delle tutele costituzionali del cittadino di fronte alla successione di leggi e in esso collocare la riflessione sul *tempus regit actum*²⁹.

5. Perché abbiamo paura dell'art. 11 delle Preleggi: la distanza tra principio e disposizione legislativa

Il principio del *tempus regit actum* viene comunemente percepito come deteriore, un *minus* rispetto al principio di irretroattività penalistico. Si ritiene infatti che gli effetti pratici da esso veicolati collochino il soggetto che ne è destinatario in una posizione più esposta all'arbitrio legislativo di quella di colui che è protetto dall'usbergo della combinazione tra irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole³⁰.

La diffidenza sembra inspiegabile poiché l'enunciato dell'art. 11 delle Preleggi non autorizza a pensare che esso nasconda la legittimazione di una retroazione dello *ius novum*. La previsione, che esprime una regola di ragione senza tempo e senza parte³¹, afferma che la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, implicitamente garantendo che gli atti compiuti in precedenza rimangono validi³². A rigor di logica non vi è quindi alcuna antitesi con il principio penalistico sancito all'art. 2 c.p. e 25, comma 2, Cost.

In realtà, appena sotto la superficie della legge si può però subito individuare la doppia 'tara' dell'art. 11, che tanto giustifica l'atteggiamento del penalista perché la

²⁹ In fondo è quel che accade nell'ordinamento tedesco, come da tempo rilevato, cfr. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 238: la garanzia dell'affidamento contro modifiche sfavorevoli retroattive viene fondato anche in Germania non su una specifica disposizione, ma sul principio generale dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), con i suoi corollari di certezza delle norme e correttezza di comportamento da parte dei pubblici poteri.

³⁰ Rilevano la presenza di una serie di luoghi comuni in merito al principio di cui all'art. 11 Preleggi Giunta-Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 86.

³¹ Come evidenziato da Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, cit., 380, secondo cui le disposizioni delle preleggi rappresentano un patrimonio di idee, comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quella della rivoluzione e della stessa restaurazione.

³² Così Cass., S.U., n. 27919 del 31 marzo 2011, cit.

previsione ‘promette ben più di quel che mantiene’.

In primo luogo, all’affermazione del principio di *irretroattività generale* che si individua nitidamente nella previsione non corrisponde infatti una formulazione in grado di resistere alla ‘naturale’ tendenza delle novelle legislative ad applicarsi immediatamente alle ipotesi non ancora esaurite, con il risultato di generare una regolazione retroattiva. In proposito si parla, tecnicamente, di *retroattività impropria*³³: se alla legge successiva fosse consentito senza limite di modificare il regime di una fattispecie in corso di svolgimento, essa ne rivaluterebbe quelle singole parti che si siano realizzate anteriormente³⁴.

Breve, la disposizione è *under inclusive* rispetto alle ipotesi normative a realizzazione prolungata (il che, tipicamente, avviene nel processo penale).

In secondo luogo, la collocazione in una legge ordinaria rende il principio di garanzia di per sé agevolmente valicabile dal legislatore.

Conviene ora esaminare partitamente questa doppia criticità, nella consapevolezza, lo anticipiamo, che tra esse corre una differenza fondamentale, poiché la prima è reale, la seconda è apparente.

5.1. - La ‘tara’ reale: quale sorte per le fattispecie non istantanee?

Il principio di non retroattività generale della legge si scontra con la conformazione alquanto eterogenea delle disposizioni che regolano il processo. Di fronte a tali varieguate tipologie di norme, l’eccessiva sinteticità dell’art. 11 lascia alcune zone d’ombra. Accanto a disposizioni che attengono ad attività puntuali dotate di conseguenze istantanee, rispetto a cui il brocardo *tempus regit actum* non suscita dubbi di sorta, si pongono due ulteriori casi:

- i) le *fattispecie di durata*³⁵, vale a dire le ipotesi che prendono ad oggetto situazioni di fatto che si ripetono o perdurano nel tempo, oppure in cui, in base alla

³³ Si veda in proposito Giuliani, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 101.

³⁴ Come rileva Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 128 s.

³⁵ Torna utile la tradizionale distinzione tra atti processuali a carattere istantaneo e a carattere non istantaneo. Esistono discipline che manifestano un impatto duraturo sulla vicenda processuale e sugli interessi della parte privata, mentre altre assumono una coloritura puntuale: una cosa è, ad esempio, il regime della notificazione, altra la disciplina delle misure cautelari. Sulla dicotomia Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, 511. In giurisprudenza spesso si constata come il regime del *tempus regit actum* troverebbe applicazione solo per gli atti processuali istantanei o semplici. Sulla definizione di atto processuale semplice si veda poi Cass., S.U., 25 febbraio 1998, n. 4265 in *Cass.*

normativa precedente, si determinino effetti giuridici destinati a mantenersi *ad libitum*, e

- ii) le *fattispecie complesse*, composte da una molteplicità di atti o fatti concatenati tra loro e collocati in tempi diversi.

La vaghezza dell'art. 11 Preleggi in proposito si presta dunque, nelle mani di un legislatore 'male intenzionato', ad essere impiegata per contrabbandare limitazioni di diritti acquisiti e frustrazioni di ragionevoli aspettative del cittadino.

Inoltre, dietro l'affermazione monolitica dell'immediata cogenza della nuova normativa, il principio pare disconoscere ogni tutela contro gli arbitri del potere punitivo (profilo oggettivo della garanzia) e disconoscere la ragionevole prevedibilità che dovrebbe assistere il cittadino che abbia compiuto delle scelte in base alla disciplina previgente (profilo soggettivo della garanzia)³⁶. L'applicazione indiscriminata di ogni modifica normativa sopraggiunta frustra legittimi affidamenti, ogni volta in cui ciò che viene oggi regolato si pone in rapporto di implicazione immediata e diretta della condotta tenuta in precedenza. Tipicamente ciò accade nello scenario processuale, ma anche molte norme penali sostanziali contemplano simili legami intertemporali. È il caso dei delitti accessori (paradigmatico il caso dell'autoriciclaggio, in cui non a caso ci si è posti il dubbio della ricorrenza del reato rispetto a illeciti presupposto integrati prima della introduzione dell'art. 648 *ter* 1 c.p.³⁷), ma anche dei reati ad evento *cd. differito*, in cui la condotta e i suoi effetti sono in concreto separati da una cesura temporale. Come noto, di recente, la Cassazione, riferendosi al caso dell'omicidio stradale, ha avuto modo di ricondurre questi ultimi al criterio garantistico della prevalenza della legge in

pen., 1998, 1956 ss., con nota di Carcano, *Una sentenza «manipolativa» delle Sezioni unite*, secondo la quale «bisogna pur distinguere l'atto che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento (come una istanza, una eccezione, una impugnazione o altro atto di impulso da eseguire in una data forma ed entro certi termini) da quello, invece, che non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività cognitiva cui esso è destinato, com'è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momenti di ammissione e di assunzione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione *ope iudicis*. Di modo che in un caso può individuarsi con certezza il "tempus" che "regebat actum", trattandosi di situazione pregressa e ormai insensibile al mutamento legislativo, mentre nell'altro caso il "tempus" durante il quale l'atto si dispiega, e rimane quindi collocato, non è ancora passato allorché interviene il *jus superveniens*».

³⁶ D'altra parte, la *ratio essendi* dell'irretroattività non risiede solo nella tutela della prevedibilità a beneficio del singolo, ma anche nella limitazione del potere legislativo in uno Stato di diritto, come ricordano, di recente, Manes-Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 9 s.

³⁷ Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, 86 ss.

vigore al momento del comportamento disvoluto (che manifesta la scelta antidoverosa del cittadino), rispetto a quella intervenuta in un momento successivo³⁸.

Insomma, il rischio è che la nuova previsione, incidendo sugli effetti non esauriti di un atto compiuto o di un fatto avvenuto prima della sua vigenza, finisca per regolare comportamenti precedenti³⁹.

La retroattività è un concetto polisenso, riferibile a fenomeni intertemporali disparati⁴⁰; nel caso di specie essa appare in una forma ‘mimetica’, una sorta di criptoretroattività della nuova disciplina ogni qualvolta si tratti di una fattispecie non istantanea⁴¹.

L’effetto pregiudizievole non deriva dalla retroattività *esplicita*, ma dalla immediata applicazione della nuova disciplina a fatti che pure sono naturalisticamente successivi, ma giuridicamente compongono una inscindibile unità con quelli precedenti all’entrata in vigore nella normativa.

La diffidenza rispetto al principio del *tempus regit actum* nasce, dunque, dalla consapevolezza che, per garantire i diritti dell’imputato, non sia sufficiente prevedere che la legge disponga per l’avvenire, poiché, in particolare nel diritto processuale penale, la garanzia, per essere tale, non deve valere solo nel momento in cui si compie un atto o si realizza un fatto, bensì per tutto il tempo in cui si sviluppa la fattispecie che da essi prende avvio e rispetto a cui un diritto liberale imporrebbe di mantenere un medesimo regime giuridico.

³⁸ Cass., S.U., 19 luglio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40986, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2018, con nota di Zirulia, *Le Sezioni unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*. Si veda in particolare la inequivoca presa di posizione secondo la quale «il riferimento letterale alla commissione del “reato” non è di ostacolo all’individuazione della condotta dell’agente quale punto di riferimento cronologico della successione di leggi» (cfr. p. 18 della motivazione).

³⁹ In argomento, per una riflessione in chiave sistematica sui rapporti tra prevedibilità e accessibilità del diritto e giurisprudenza europea (convenzionale ed eurounitaria), Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Un “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1599 ss.

⁴⁰ Così De Pretis, *Osservazioni conclusive*, in Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 244.

⁴¹ D’altra parte, la stessa giurisprudenza della Corte edu in tema di accessibilità e prevedibilità del diritto non nacque sul piano della responsabilità penale, ma su quello della libertà di espressione, come dimostra Corte edu, 26 aprile 1979, *Sunday Times vs U.K.*, § 49, che riconobbe in quel caso una violazione dell’art. 10 Cedu. In argomento si veda F. Mazzacuva, *L’estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. proc. pen.*, 2020, 417 ss.

5.2. - *La ‘tara’ apparente. La legge non dispone che per l’avvenire: l’irretroattività generale come principio ordinario o costituzionale?*

Il secondo profilo di criticità in ordine al principio in analisi riguarda la sua derogabilità o meno da parte del legislatore ordinario.

La formale collocazione della disposizione nel Codice civile, e dunque al livello primario della tradizionale gerarchia piramidale delle fonti, non basta a dirimere il quesito, ben potendo essere che l’art. 11 formalizzi un principio fondamentale dell’ordinamento che non possa essere in realtà derogato dal legislatore.

In effetti pare possibile individuare una pluralità di ragioni che attribuiscono una peculiare coerenza al disposto delle Preleggi per quanto attiene specificamente all’esercizio della potestà punitiva pubblica. Diverso è invece il discorso per le materie privatistiche, nelle quali la regola intertemporale dell’art. 11 assume una maggiore porosità in considerazione dei diversi interessi in gioco: il legislatore qui può ben prevedere misure retroattive, rispettando il solo vincolo della ragionevolezza rispetto ai diritti acquisiti⁴².

Ciò posto, nel contesto del diritto sanzionatorio in senso lato, rileva in primo luogo la *certezza del diritto*. È l’ottica in cui si pone la nostra Corte costituzionale, che affronta la questione in termini giuridico-formali: una legge che pretende di regolare fatti precedenti frustra la generale coerenza dell’ordinamento, anche se per la Consulta vi possono essere delle eccezioni, giustificate dalla ricerca di un messaggio ‘univoco’ per i cittadini. È il caso, ad esempio, delle leggi di interpretazione autentica, che pongono fine a situazioni normative equivoche, di fatto risolvendole retroattivamente⁴³.

Il secondo vincolo, tenuto in considerazione dalla Corte edu, è rappresentato dalla *tutela dei diritti dell’individuo*, nel quadro del contenimento dei pubblici poteri⁴⁴.

Nella prospettiva del singolo, quella adottata a Strasburgo, si può ben capire come per definizione una legge successiva di carattere peggiorativo sia sempre e co-

⁴² In argomento, si veda Giuliani, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, cit., 103 e giurisprudenza costituzionale ivi citata.

⁴³ Le leggi di interpretazione autentica sarebbero di per sé incostituzionali per Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, *passim* e in particolare 93 ss. Il tema è davvero molto ampio e qui non si può fare altro che rimandare ad un recente e documentato contributo di Zanon, *Retroattività ed interpretazione autentica nel gioco del bilanciamento tra le Corti*, in www.rivistaaic.it, 25 maggio 2020.

⁴⁴ Per quest’ultima impostazione del problema si veda, di recente, Pugiotto, *Il principio d’irretroattività preso sul serio*, in Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 11 ss.

munque inaccettabile e intimamente ingiusta. Solo in un'ottica 'di sistema', quella impiegata a Roma, possono avere pregio quei *motivi imperativi di interesse generale* che consentono di ricorrere a norme retroattive⁴⁵.

Proprio in ordine ai 'motivi di ordine generale' si misura la distanza tra i due approcci. La nostra Consulta è molto più indulgente nel riconoscerne la sussistenza rispetto ai giudici di Strasburgo⁴⁶, anche perché in alcune occasioni essa stessa ha rilevato come le autorità nazionali debbano armonizzare tra loro molteplici diritti mentre la Corte edu adotta una prospettiva molto più semplificata (cfr. § 7 della sentenza n. 317 del 2009)⁴⁷.

Il punto è ben chiarito dalla Corte costituzionale, precisamente nella sentenza n. 264 del 2012, allorché al § 5.2. del considerato in diritto, ha chiarito: il «*divieto di retroattività della legge, che, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost. (sentenze n. 15 del 2012, n. 236 del 2011 e n. 393 del 2006). Il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU*».

Al netto del necessario contemperamento con altri diritti fondamentali, ciò che è chiaro è che, seppure al di fuori dell'art. 25 Cost., anche il principio di irretroattività generale riceve una copertura costituzionale.

In questo quadro sono molti i riferimenti che possono assumere una rilevanza. *In primis*, viene subito alla mente l'art. 13 Cost. quando viene incisa la libertà personale, ma più in generale può ben rilevare anche l'art. 2: non può certo definirsi inviolabile quel diritto dell'individuo che sia alla mercé di una legge sopravvenuta e non conosciuta.

⁴⁵ Sul punto Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4232.

⁴⁶ Si veda Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4235 ss.

⁴⁷ Ove si ricorda che «il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea». Successivamente la Corte costituzionale specificò come rientrasse tra i compiti della stessa provvedere a tale bilanciamento, cfr. §§ 5.3 e 5.4 della sentenza 264 del 2012. Sul diverso tipo di approccio delle due Corti in siffatta materia, Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, 3753 ss.; Pinelli, «*Valutazione sistematica*» versus «*valutazione parcellizzata*»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4228 ss.

Deve essere poi citato l'art. 24 Cost., che da tempo è stato individuato come criterio di valore per attribuire alle regole sulle prove la stessa disciplina intertemporale valida per le incriminazioni⁴⁸. Il diritto di difesa è sostenuto altresì dall'art. 111, comma 1, Cost. e dall'art. 6 Cedu: come può infatti riconoscersi un *fair trial* allorché si applichi con effetto peggiorativo per il privato una disciplina imprevedibile?⁴⁹.

Non a caso, dunque, nel ritenere operante in materia di misure cautelari il divieto di retroattività delle modifiche *in peius*, la Corte di Cassazione, a Sezioni unite, non è ricorsa all'art. 25 Cost., perché non ha ravvisato a tale riguardo la natura di diritto penale sostanziale⁵⁰.

Se è vero che le costituzioni del dopoguerra si sono tutte orientate a riconoscere il principio di irretroattività solo con riferimento alle norme incriminatrici, lasciando da questo punto di vista in ombra la dimensione processuale, che compare formalmente nella nostra Carta fondamentale solo nel 2001⁵¹, è però indiscutibile che l'interpretazione sistematica del testo costituzionale, sempre tenendo presente anche il sistema della Cedu, consente di riconoscere una trama normativa di tutela anche per il diritto processuale.

Pare, dunque, superata l'impostazione 'agnostica' rispetto al diritto intertemporale al di fuori dei confini del diritto penale sostanziale, praticata ancora negli anni Settanta dalla Corte costituzionale, che aveva ritenuto che il normale regime delle fonti nel tempo sarebbe previsto nell'art. 11 delle Preleggi senza alcuna altra disciplina costituzionale, se non appunto per la materia penale⁵².

⁴⁸ In questo senso già Conso, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 11 ss. Di recente sulla correlazione tra mutamento della legge processuale e diritto di difesa si vedano Manes-Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 11.

⁴⁹ In questo senso sono importanti le considerazioni sulle regole processuali come tutela contro il rischio di abuso del potere in Corte edu, 22 giugno 2000, *Coëme vs Belgio*, § 102, che però poi conclude per la natura processuale della prescrizione sulla base della qualificazione della stessa nel diritto interno. Sul rapporto tra *tempus regit actum*, irretroattività sfavorevole e art. 111 Cost. Grevi, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, 434 ss. Per completezza deve rilevarsi che a livello convenzionale la censura di un intervento retroattivo del legislatore può derivare anche dall'applicazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale che tutela la proprietà (nel senso ampio che la Corte di Strasburgo attribuisce a questo concetto, come diritto al pacifico godimento di beni: *peaceful enjoyment of possessions*), sul punto Bignami, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, cit., 61 ss.

⁵⁰ Ci si riferisce a Cass., S.U., n. 27919 del 31 marzo 2011, cit.

⁵¹ Per una riflessione sul punto si veda Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 435.

⁵² Si vedano Corte cost., n. 175 del 1974 e in precedenza Corte cost., n. 89 del 1966.

Ad una singola norma, come avviene per l'irretroattività penalistica, si sostituisce così una rete di diritti e principi costituzionali: dall'uguaglianza-ragionevolezza al diritto costituzionale di difesa, dal principio di affidamento alla certezza oggettiva del diritto e al giusto processo⁵³.

Si tratta certo di prese di posizione non esplicite, ma non è necessaria una formulazione *ad hoc* quando il principio, come nel caso dell'irretroattività, è immanente a tutto l'ordinamento. È dunque quest'ultimo, come insieme di valori e regole, a pretendere che le norme retroattive siano eccezionali, mai possibili nei rapporti tra cittadino e autorità, e sempre assistite da esplicite e fondate giustificazioni.

Per questa via, il principio di irretroattività generale trova una sua coerenza rispetto al legislatore a prescindere dalla natura ordinaria dell'art. 11 Preleggi e può consentire altresì di superare la conformazione lacunosa di quest'ultima disposizione, a patto che si riesca a comprendere quando, in una fattispecie prolungata nel tempo, lo scenario normativo di riferimento si consolidi e dunque non possa subire modifiche da parte di una legge sopravvenuta. Quest'ultimo è il punto su cui dobbiamo soffermarci ora.

6. La soluzione possibile. *Actus regit tempus*: l'esercizio della prerogativa processuale come *discrimen* nella disciplina intertemporale

Un equo rapporto tra individuo e autorità dovrebbe prevenire i 'ripensamenti normativi' di quest'ultima e dunque impedire ogni tipo di modifica a danno del privato del regime delle fattispecie di durata: la proscrizione delle *ex post facto laws* nel diritto statunitense ne è un paradigma da tempi certo non recenti⁵⁴.

⁵³ Giunta-Micheletti, *Tempori cederi*, cit., 88. Si segnala, nella giurisprudenza costituzionale, la dichiarazione di illegittimità di una norma concernente la rilevanza retroattiva delle sentenze di patteggiamento nei giudizi disciplinari a carico del dipendente pubblico, per l'irragionevole lesione dell'affidamento di coloro che prima della modifica normativa avessero optato per il rito di cui all'art. 444 c.p.p. Corte cost., 394 del 2002. In relazione a quest'ultima sentenza rileva il collegamento tra affidamento e diritto di difesa Mazza, *L'affidamento qualificato e i limiti della retroattività normativa in materia processuale penale*, in *Giur. cost.*, 2003, 3333. In dottrina, di recente, si vedano le considerazioni di Chiavario, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *Leg. pen.*, (31 luglio 2017), 7; in precedenza, sul rapporto tra *tempus regit actum*, irretroattività e ragionevolezza si veda anche Fazzalari, *Efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 889 e ss., in particolare 893.

⁵⁴ Davvero istruttive a questo proposito le trattazioni ottocentesche della garanzia, che rimandano un'impressione di sacralità della irretroattività, si vedano tra gli altri Wade, *A Treatise on the Operation and Construction of Retroactive Laws*, St. Louis, 1880, 316 ss.; Black, *An Essay on the Constitutional Prohibitions against Legislation Impairing The Obligations of Contracts, and against Retroactive and*

Concentrandoci sul sistema del processo penale, l'*actum* a cui si riferisce la regola di cui all'art. 11 delle Preleggi non è certo l'illecito, per cui ovviamente valgono le regole di cui all'art. 25 Cost. e 2 c.p., ma un accadimento successivo avente rilevanza per il procedimento di accertamento delle responsabilità. Anche da esso può sorgere l'affidamento del privato a che la disciplina non muti, poiché proprio sulla base di tale presupposto egli possa assumere consapevoli scelte in ordine alla propria difesa in giudizio⁵⁵.

Non potrebbe che essere così, poiché cristallizzare tutta la disciplina applicabile facendo riferimento al momento di commissione del reato configurerebbe una tutela eccessivamente paralizzante e, in fondo, inutile: colui che compie un reato non tiene certo in considerazione il regime processuale vigente in quel momento per assumere le proprie decisioni.

D'altra parte, non si può intendere come fattispecie non esaurita, cui dunque applicare liberamente ogni possibile sopravvenienza normativa, quella che sia sempre suscettibile di un intervento giurisdizionale, fino al giudicato.

Il riferimento deve allora essere diverso. Sia dal punto di vista della certezza del diritto che da quello della libertà del singolo, emerge come momento dirimente quello *della scelta*, ad opera della parte processuale, *di avvalersi di un diritto*, se si tratta di quella *privata*, o anche di *esercitare un potere*, se si tratta di quella *pubblica* (Pubblico Ministero o Giudice). Insomma, in generale, *l'esercizio della prerogativa riconosciuta* dal codice di rito (così come dalla disciplina in materia di misure di prevenzione o di misure di sicurezza e così via) conduce alla verifica *dell'atto*, che è sempre espressione di una scelta dell'individuo assunta alla luce del regime giuridico vigente e che

Ex Post Facto Laws, Boston, 1887, 283 ss., nonché i trattati di Beale, *A Treatise on Criminal Pleading and Practice Boston*, 1899, 382 ss.; tra i lavori della prima metà degli anni Cinquanta del Novecento, si veda per tutti Crosskey, *The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws*, in 14 *U. Chi. L. Rev.*, 539 (1947). Più di recente poi Bassiouni, *The Sources and Limits of Criminal Law in the United States*, in *Rev. intern. dr. pén.*, 1975, 331. Tra le più note sentenze della Corte Suprema, si veda *Calder vs Bull*, 3 US 386 (1798), che ha vietato al legislatore di emanare disposizioni che modifichino lo standard probatorio necessario alla condanna rispetto a quello in vigore al momento del fatto. Su quest'ultima decisione, nonché per una rassegna delle più importanti decisioni della Corte Suprema in argomento tra Ottocento e primi decenni del Novecento, Field, *A Selection of Cases and Authorities on Constitutional Law*, Chicago, 1936, 1020 ss. Tra le sentenze più recenti della Corte Suprema federale sul divieto di leggi retroattive che ad esempio modifichino la modalità di esecuzione della pena, in particolare incidendo sull'istituto del *parole*, con il risultato di allungarne la durata, *Weaver and Graham*, 450 U.S. 24, 33 (1981); *Lynce v. Mathis*, 519 U.S. 433 (1997) e *Garner v. Jones*, 529 U.S. 244 (2000).

⁵⁵ Analoga prospettiva già in Chiavario, *Norma*, cit., 480. Nonché poi in Mazza, *La norma processuale nel tempo*, cit., 237 e Pugiotto, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, 243 ss.

non dovrebbe essere disciplinato diversamente *ex post*⁵⁶.

Occorre avere dunque una doppia prospettiva:

- i) dal lato dell'imputato, *l'actus* come conseguenza di una scelta individuale consapevole che si traduce nell'esercizio di una prerogativa processuale fissa, dunque, il *tempus* della legge applicabile: è evidente qui la *prospettiva soggettiva* dell'affidamento individuale nella norma.
- ii) Dal lato del potere pubblico, emerge la dimensione dell'irretroattività come *garanzia oggettiva*: *l'actus* si pone come riferimento insuperabile tanto per il giudice e il pubblico ministero, nel processo, quanto per il legislatore, in astratto. I primi non possono richiamarsi ad una nuova disciplina una volta che abbiano adottato un provvedimento, il secondo, a prescindere dalle aspettative del singolo nel caso concreto, non può riformulare a proprio piacimento la regolamentazione di comportamenti che sono stati già realizzati e hanno dunque inciso sulla realtà di fatto.

Alla luce di queste considerazioni, in sintesi, si possono dare due possibili letture del principio di irretroattività generale.

Una prima, tradizionale se non tralatizia, legittima la sostanziale retroazione di una nuova norma ogni volta che una fattispecie di durata venga colpita a mezza via, nel corso del suo svolgimento, da una riforma peggiorativa. Occorre guardare dunque solo al perfezionamento formale della vicenda giuridica da regolare.

Una seconda, evolutiva, invece, indaga se, a prescindere dal mancato perfezionamento della fattispecie oggetto di disciplina, si sia già verificato o meno *l'esercizio della prerogativa riconosciuta al soggetto destinatario della norma previgente*. In caso positivo, l'atto compiuto non potrà essere disciplinato diversamente dalla regola sopravvenuta.

Torniamo alle paradigmatiche misure cautelari, per semplificare il ragionamento. Qui il soggetto protagonista dell'*actus* è una parte pubblica, sicché la garanzia viene guardata non tanto dal lato della prevedibilità da parte del privato, quanto soprattutto della tutela contro gli arbitri dell'autorità.

Se un'ordinanza custodiale venisse emessa per un reato la cui pena non permetteva l'adozione della misura restrittiva, ma il giorno successivo entrasse in vigore una riforma peggiorativa che, consentendo di ricorrere alla carcerazione preventiva in una serie più

⁵⁶ In quest'ottica si pone la Cassazione in merito alla sospensione dell'ordine di esecuzione rispetto alla sopravvenienza della legge spazzacorrotti: per la Corte di legittimità tale atto processuale è dotato di autonomo rilievo, a prescindere dagli effetti successivi perduranti che esso genera, cfr., nella motivazione, Cass., I, 19 luglio 2019 (26 settembre 2019), n. 39609, in *Cass. pen.*, 2020, 1629 ss.

ampia di ipotesi, contemplasse proprio quel delitto per cui era stata inizialmente applicata per errore la cautela, la novella non nuocerebbe all'indagato/imputato che dovrebbe ottenere l'annullamento del provvedimento.

A prescindere dalla protrazione nel tempo della limitazione dei diritti del cittadino, il riferimento essenziale deve rimanere quello disponibile per il giudice al momento in cui ha deciso di applicare la cautela, anche per tutte le eventuali verifiche successive sulla fase genetica della misura da parte di un secondo giudice⁵⁷.

Ponendo al centro l'*actus*, si può tutelare a tutto tondo il cittadino da ogni forma di retroattività, anche 'nascosta': quand'anche la fattispecie giuridica non si sia perfezionata, il fatto che il destinatario abbia già agito sulla base della legge precedente, o sia già stato destinatario di un provvedimento dell'Autorità, impedisce alla norma successiva di trovare attuazione⁵⁸.

Si tratta di una lettura costituzionalmente temperata del *tempus regit actum*, ispirata alla *fairness* nei rapporti tra cittadino e autorità imposta dal combinato disposto degli artt. 2, 13, 24 e 111 Cost. nonché 1 e 6 della Cedu, ma anche dal principio illuministico della separazione dei poteri: ogni modifica normativa deteriore successiva all'*actum* processuale sarebbe una indebita interferenza del legislatore rispetto alle prerogative della magistratura e si rivelerebbe oggettivamente manipolativa⁵⁹. In fondo quest'ottica comparve, ormai qualche anno fa, già nel caso Scoppola⁶⁰, nel quale il momento dirimente per definire la disciplina applicabile è stato identificato *nell'esercizio della scelta del rito processuale* da parte dell'imputato.

Anche nel processo, come sempre più è chiaro per le fattispecie penali e le con-

⁵⁷ Con riferimento alle misure cautelari si noti che Cass., S.U., n. 27919 del 31 marzo 2011, cit., ribaltando l'orientamento espresso nella precedente Cass., S.U., 27 marzo 1992, n. 8, ha individuato nel momento genetico della misura il parametro temporale rispetto al quale limitare l'efficacia delle riforme sfavorevoli. D'altra parte, da tempo la Corte costituzionale (sent. n. 49 del 1970, §4 del considerato in diritto) insegna che «tempus regit actum vuol dire che la validità degli atti è e rimane regolata dalla legge vigente al momento della loro formazione e perciò, lungi dall'escludere, postula al contrario che a tale legge gli operatori giuridici debbano fare riferimento quando siano da valutare atti anteriormente compiuti».

⁵⁸ Così Giunta-Micheletti, *Tempori cederi*, cit., 86.

⁵⁹ A questo proposito le sensibilità della Corte costituzionale e della Corte edu sono differenti, come rilevato da Pugiotto, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Aic*, 2/2018, 5, secondo cui «I giudici costituzionali muovono dal presupposto che il ricorso a leggi retroattive rientri tra le facoltà del legislatore, salvo prova contraria. I giudici europei, invece, sospettano nel ricorso alla retroattività legislativa un'illegitima interferenza nel processo, salvo prova contraria». Sulla giurisprudenza europea in materia di leggi retroattive e violazione dell'art. 6 Cedu si veda Massa, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, 4681 ss.

⁶⁰ Corte edu, 17 settembre 2009, *Scoppola vs Italia*.

seguenze sanzionatorie, esiste un vincolo di prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie scelte che non può essere considerato una mera aspettativa di fatto. Insomma, le garanzie penalistiche possono ben essere aggirate (o comunque fortemente attenuate) da una disinvolta gestione del procedimento che vanifichi ogni esigenza di predeterminazione delle conseguenze penali e i diritti di difesa⁶¹.

In conclusione, nel momento *dell'esercizio* del potere pubblico o del diritto dell'imputato si cristallizza lo scenario normativo di riferimento che non può più mutare in senso peggiorativo, anche qualora l'atto processuale avvii una fattispecie di durata⁶².

⁶¹ Si vedano le notazioni di Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, 47 ss., 105 ss. Sulla correlazione tra affidamento nella legge ed esercizio del diritto di difesa, si vedano pronunce della Corte costituzionale: rileva qui l'ord. 560 del 2000, che si oppone all'applicazione del "*tempus regit actum*" nella successione tra due diverse normative in tema di "patteggiamento" e nella quale si legge che «*sarebbe manifestamente irragionevole una disciplina che escludesse retroattivamente l'imputato dall'esercizio di un diritto il cui termine, scaduto in base alla nuova legge, è ancora in corso secondo le norme in vigore al momento in cui è stato disposto il rinvio a giudizio, e sacrificasse così il diritto di difesa, privando l'imputato dei vantaggi processuali e sostanziali connessi all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta*». Già in precedenza si pensi anche alla sentenza n. 311 del 1991, dove viene respinta la rigorosa osservanza del principio del *tempus regit actum*, anche alla luce dell'art. 24 Cost., in tema di revisione. Apprezza poi una specifica disciplina transitoria, che mitiga la drastica applicazione del *tempus regit actum*, anche la sentenza n. 381 del 2001, fino a giungere alla censura mossa da Corte cost., n. 394 del 2002, ad una disciplina (la l. 97 del 2001) che estendeva alcune modifiche peggiorative in tema di effetti del giudicato anche a sentenze emesse ex art. 444 c.p.p., precedenti l'entrata in vigore della norma peggiorativa. Anche nella giurisprudenza della Corte edu emerge la connessione tra *rule of law* e diritto ad un processo equo fin da Corte edu, 21 febbraio 1975, *Golder vs Regno Unito*. In dottrina si veda, tra i contributi più recenti, Shabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2017, 72.

⁶² Certo il principio di affidamento rappresenta una garanzia tanto intuitiva e auspicabile quanto normativamente misconosciuta (a detta di Corte cost. 525 del 2000, esso troverebbe implicito riconoscimento all'art. 3 Cost.). Sul punto si veda Carnevale, *La tutela del legittimo affidamento...cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, 16 ss. Anche la giurisprudenza costituzionale non ha mai fornito una nozione del concetto, limitandosi in alcune occasioni a sostenere che la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve essere consolidata (tra le molte v. le sentenze più recenti Corte cost., nn. 166 del 2012 e 302 del 2010, e l'ord. 31 del 2011) oppure che al legislatore non è vietato emanare norme retroattive sfavorevoli, ma «*dette disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*» (sent. n. 349 del 1985). Si veda anche Corte cost., n. 822 del 1988, secondo cui (§ 3 del considerato in diritto) le disposizioni retroattive «*non possono trasmodare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica che costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto*». In argomento v. anche Di Martino, *Il legittimo affidamento nel bilanciamento*,

7. Il diaframma evanescente tra *tempus regit actum* processuale e irretroattività penale sostanziale: la *lex mitior*

Il principio di cui all'art. 11 Preleggi, diversamente da quanto previsto in materia penale dall'art. 2 comma 4 c.p., non fa cenno alla retroattività favorevole.

A ben vedere la prima disposizione, lungi dal consentire l'applicazione *in bonam partem* a condotte pregresse di una nuova disposizione, finisce per garantire un'operatività più estesa alle norme vigenti al momento del fatto: quantunque superate da norme successive più favorevoli, in assenza di una disciplina transitoria *ad hoc*, esse continuano a produrre i propri effetti con riferimento alle situazioni occorse sotto la loro vigenza⁶³.

Si tratta di un assetto regolatorio che stride con la progressiva importanza acquisita dalla retroattività favorevole, ormai dotata di uno stabile statuto costituzionale⁶⁴ e

cit., 197. Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. *Tempus regit actum?*, Torino, 2012, 198 ss. Le sentenze più significative della Corte costituzionale, alla luce delle quali si può ritenere che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori, sono le nn. 390 del 1995, 211 del 1997 e 416 del 1999 e, successivamente, la n. 525 del 2000 e le ordinanze nn. 319 e 327 del 2001.

⁶³ Sul punto Toscano, *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2009. Si veda anche Cass., S.U., n. 27919 del 31 marzo 2011, cit., secondo cui «*In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale. (Vedi Corte cost. 14 gennaio 1982, n. 15)*».

⁶⁴ Si veda a questo proposito la nota sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011. Rileva come non farebbero eccezione al *tempus regit actum* nemmeno le norme favorevoli all'imputato Chiavario, *Norma*, cit., 467. Nel senso che l'art. 2 c.p. debba integralmente applicarsi anche alle norme processuali, dunque anche per la parte relativa alla retroattività favorevole Carnelutti, *Il ricorso in Cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di Giustizia è veramente escluso?*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, 80 ss.; Id., *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in Id., *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 197; analogamente, guardando però all'art. 25 Cost., M. Gallo, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 216. In senso contrario, in dottrina, ha sostenuto, per le più varie ragioni, che al regime di cui all'art. 25 Cost. fossero estranee le norme processuali penali, complessivamente considerate, Pagliaro, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1067; ancora prima Grispigni, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, 176. In quest'ultimo senso anche Corte cost. n. 120 del 1975, in tema di retroattività di nuove limitazioni all'utilizzabilità di atti probatori. In giurisprudenza, nega l'applicabilità della retroattività in *mitius* in materia di misure cautelari almeno con riferimento ai presupposti delle misure Cass., S.U. 17 luglio 2014 n. 44895, Pinna, in *Cass. pen.*, 2015, 534, con nota di Ludovici, *Sui margini di operatività della scarcerazione per decorrenza di termini rideterminati in mitius per effetto di una declaratoria*

altresì capace di estendersi oltre i confini del diritto penale sostanziale, assumendo una portata via via più generale⁶⁵.

Il testuale disposto della Carta di Nizza, il diritto convenzionale vivente e le pronunce della Corte costituzionale ne hanno accresciuto lo statuto⁶⁶ e il perimetro, tanto da ricomprendervi oggi anche la materia delle sanzioni amministrative, come riconosciuto da Corte cost., n. 63 del 2019⁶⁷.

Un principio in fase espansiva dunque, per quanto debba ammettersi che l'irretroattività e la retroattività favorevole rispondono a logiche diverse: la prima infatti incentra la sua logica sulla *colpevolezza*, sul *contenimento del potere statale* e sulla

di incostituzionalità. Nella giurisprudenza costituzionale si veda la sentenza n. 63 del 2019 in tema di estensione alle sanzioni amministrative punitive della garanzia della *lex mitior*.

⁶⁵ In merito all'ampiezza del principio, la Consulta ha affermato come esso abbia nel nostro ordinamento portata più ampia che nel sistema convenzionale. Nella sentenza n. 236 del 2011 ove si può leggere, al § 10 del considerato in diritto, che «*L'ambito di operatività del principio di retroattività in mitius non deve essere limitato alle sole disposizioni concernenti la misura della pena, ma va esteso a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo. Come chiarito dalla sentenza n. 393 del 2006, infatti, «la norma del codice penale [che sancisce la regola generale della retroattività della lex mitior] deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione "disposizioni più favorevoli al reo" si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato*». La sentenza n. 393 del 2006, al § 4 del considerato in diritto, riepiloga la giurisprudenza costituzionale in ordine all'estensione del principio di retroattività favorevole, inteso come riferibile «*a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa*».

⁶⁶ I referenti costituzionali sono stati individuati nell'art. 3 Cost. dalla sentenza n. 394 del 2006 (§ 6.4. del considerato in diritto) e nell'art. 117 Cost., congiuntamente con il parametro interposto dell'art. 7 Cedu, dalla n. 236 del 2011 (§ 11 del considerato in diritto). Quest'ultima ricorda peraltro come la pronuncia n. 393 del 2006, pur senza considerarli parametri interposti, aveva ritenuto fonti del principio anche l'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, del 1966, e l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e avesse altresì citato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui il principio della *lex mitior* appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (in particolare la sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02 e le sentenze 11 marzo 2008, Jager, C-420/06, e 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11). Nella giurisprudenza convenzionale si veda, oltre alla sentenza resa dalla Grande Camera della Corte edu nel caso *Scoppola*, anche, tra le più recenti, Corte edu, 24 gennaio 2017, *Koprivnikar vs Slovenia*, § 49 e Corte edu, 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte v. Andorra*, §§ 33-36.

⁶⁷ Prima della sentenza n. 63 del 2019 vi erano state alcune prese di posizione particolarmente prudenti in Corte cost., nn. 193 del 2016 e 43 del 2017; in argomento Viganò, *Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni CONSOB e retroattività in mitius*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2016. Si noti che il principio è stabilito, oltre che al comma 4 dell'art. 2 c.p., all'art. 3 comma 3 del d. lgs. 472 del 1997 rispetto alle sanzioni amministrative tributarie e all'art. 23 bis, comma 3 del d.p.r. n. 148 del 1988 rispetto alle sanzioni amministrative valutarie.

*certezza del diritto*⁶⁸, la seconda consente l'aggressione del passato esclusivamente sulla base di considerazioni di *uguaglianza e ragionevolezza* e dipende dal carattere sussidiario e oggettivistico che la Costituzione attribuisce al diritto penale⁶⁹. Come efficacemente è stato chiarito, la retroattività favorevole non è in alcun modo correlata alla legalità⁷⁰. Proprio per questo non risponde ad una logica dicotomica, ma gradualistica, potendo essere modulata a seconda degli interessi coinvolti nel caso concreto alla luce di criteri che, come hanno avuto modo di chiarire tanto la Corte costituzionale quanto la Corte edu⁷¹, la proiettano ben oltre i confini della materia penale⁷²:

⁶⁸ Su questo aspetto pongono da tempo l'accento, nella letteratura di lingua inglese, Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1959, 187 ss.; nonché Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London, 1963, 33 ss.; Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *Law Quarterly Review*, 1977, 198 ss.; focalizza l'attenzione sulla prevedibilità come esigenza tutelata dalla irretroattività Cass, *Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision-making*, in *Boston University Law Review*, 1995, 954 ss.; similmente a quest'ultimo, nella nostra dottrina, Grottanelli de' Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, 38.

⁶⁹ Sul rapporto tra ispirazione oggettivistica del diritto penale e retroattività favorevole Gatta, *Abolizione criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 126 ss.; nella giurisprudenza costituzionale si vedano Corte cost., nn. 393 e 394 del 2006. Collega la retroattività favorevole all'art. 7 Cedu e dunque alle esigenze di accessibilità del trattamento punitivo Corte edu, *Scoppola vs Italia*, cit., che dopo aver segnalato (§ 106) il crescente consenso sulla riconduzione entro le coordinate dell'art. 7 della Convenzione della retroattività favorevole al § 108 correla la retroattività della *lex mitior* alla prevedibilità del trattamento sanzionatorio di cui all'art. 7 stesso. Sul fatto che la sentenza abbia comportato l'inquadramento della retroattività favorevole entro la cornice dell'art. 7 Cedu Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 102; Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011, 10 ss.; Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 158 ss. Si tratta di un'affermazione per vero non convincente anche solo all'esito della lettura della motivazione, come rilevato da Sotis, *Le regole dell'incoerenza*, Roma, 2012, 87. Per un'importante analisi del principio della retroattività favorevole tesa ad evitare un'indebita assolutizzazione dello stesso, Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 205 ss.

⁷⁰ Sotis, *Le regole dell'incoerenza*, cit., 87.

⁷¹ Cfr. Corte cost., 236 del 2011 e Corte edu, 12 febbraio 2013, *Previti vs Italia*, § 78.

⁷² Per un'analisi dei principi alla base della retroattività della *lex mitior* nel diritto interno si veda Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 85 e 104 e sullo *standard* di tutela offerto a livello domestico al principio Valentini, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 207 ss. che rileva come il principio rimanga comunque ponderabile con altri e non possa essere inteso come assolutamente incondizionato (in particolare 215). D'altra parte, in tema di prescrizione e limiti alla retroattività della norma più favorevole, la Corte costituzionale ha ritenuto possibile, in presenza di valide ragioni giustificative, introdurre limiti e deroghe alla retroattività *in mitius*, cfr. Corte cost., 236 del 2011, confermata dalla successiva n. 230 del 2012. Non a caso, nel dichiarare l'illegittimità di una norma penale di favore, la Corte costituzionale ha riferito la violazione all'art. 3 Cost., cfr. Corte cost., 394 del 2006. Sul rapporto tra principio di uguaglianza e retroattività favorevole Pulitanò, *Retroattività favorevole e scrutinio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2008, 946 ss. Si noti che in alcune sentenze la Corte ha collocato il principio della *lex mitior* entro le coordinate della ragionevolezza intrinseca e non di quella, triadica, della uguaglianza ragionevolezza, cfr. Corte cost., nn. 393 del 2006; 72 del 2008 e 215 del 2008.

- i) l'uguaglianza, che impone di trattare allo stesso modo fatti, quanto meno quelli non esauriti, occorsi prima e dopo la modifica favorevole;
- ii) la proporzione, che rende ingiustificata la perpetuazione di un trattamento giuridico divenuto deteriore in base ad una nuova disciplina, alla luce di rinnovate scelte assiologiche del legislatore,
nonché
- iii) la fedeltà agli obblighi sovranazionali, in aderenza agli artt. 11 e 117 Cost., che proiettano all'interno dell'ordinamento lo statuto convenzionale della retroattività *in mitius*.

Anche la Corte costituzionale ha escluso che l'art. 25 comma 2 Cost. fosse la sede della garanzia⁷³, segnalando al contempo, nella sentenza n. 236 del 2011, come il principio di retroattività favorevole contenuto all'art. 7 della Convenzione concerna le sole "disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono" e abbia una portata più ristretta di quanto non accada nel nostro sistema⁷⁴.

Ciò non di meno, benché il principio in analisi non abbia ancora assunto una posizione nella costellazione delle garanzie del processo e non ve ne sia dunque applicazione pratica, è però probabile che in futuro esso verrà progressivamente riconosciuto: anche per questa via, dunque, l'originaria distanza tra statuto intertemporale processuale e sostanziale è destinata a dissolversi, via via che il principio della *lex mitior* assumerà i connotati generali, acquisendo valore anche fuori della 'cittadella' del diritto penale sostanziale.

8. Sintesi: la mappatura dei regimi intertemporali

Nel sistema punitivo, comprensivo anche della normativa processuale, è possibile ora sintetizzare la tematica della successione di leggi alla luce di una tripartizione di modelli applicabili, che possono essere ordinati secondo una scala di tutela decrescente per il cittadino. Rimane fuori dalla tassonomia seguente il campo del diritto civile, per cui, come già detto, l'irretroattività è un canone tendenziale, temperato dalla ragionevolezza, che non esclude la possibilità che una nuova norma possa applicarsi a fatti pregressi ove ciò sia imposto da validi motivi.

⁷³ In precedenza, si veda Corte cost., n. 80 del 1995, e successivamente nn. 230 del 2012 e 240 del 2015; in dottrina già Marinucci, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 89 ss.

⁷⁴ Cfr. § 14 del considerato in diritto.

Il regime a massima intensità di tutela, strettamente penalistico, coincide con i contenuti degli artt. 25 Cost. e 2 c.p. Evidentemente esso vale entro i ristretti limiti dei reati e delle pene in senso formale e non copre dunque le lande sconfinite delle misure di sicurezza, delle misure di prevenzione, delle disposizioni processuali che incidano, in via cautelare o per finalità probatorie, sulla persona dell'accusato, dell'esecuzione penale. Sul fronte di quest'ultima, la tutela può dirsi consolidata dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2020, considerato che anche a livello convenzionale la Corte di Strasburgo si era già espressa, estendendo il raggio dell'art. 7 Cedu alle modifiche di norme penitenziarie, anche solo in via interpretativa, quando implicassero una concreta afflizione aggiuntiva, nel noto caso *Del Rio Prada vs Spagna*⁷⁵. Alla luce del disposto dell'art. 2 c.p., la disciplina implica la retroattività della norma favorevole anche prima che di tale principio fosse riconosciuta la natura costituzionale e la rilevanza convenzionale.

All'opposto, il modello meno garantito si trova ancora all'interno del sistema penale, ma fuori dalle misure ricomprese tra le pene in senso formale. Più limitato nell'ambito operativo, esso si riferisce alle sole misure di sicurezza ed è regolato dagli artt. 200 c.p. e 25 comma 3 Cost.: in base ad esso è ben accetta l'applicazione, a carico del soggetto pericoloso che già era destinatario di una misura, di una nuova o la sostituzione del regime della stessa⁷⁶. I risultati sono sostanzialmente retroattivi; lo ha rilevato anche la Corte costituzionale nella ordinanza n. 97 del 2009 e nella sentenza n. 196 del 2010⁷⁷. Si tratta di un regime ispirato a puri scopi di prevenzione, in cui non hanno spazio le ragioni della prevedibilità, ma al più quelli della proporzione tra obiettivi perseguiti e incisioni delle libertà personali⁷⁸. Spesso si tratta di misure dirette a

⁷⁵ Corte edu, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con nota di F. Mazzacuva, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*. Nella sentenza la Corte edu ha censurato la valenza retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole concernente il metodo di calcolo della liberazione anticipata in ipotesi di cumulo delle pene.

⁷⁶ Si vedano sul punto Marinucci-Dolcini-Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018, 114 ss. Si noti come già Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 635, distinguesse tra la certezza del diritto riferibile al diritto penale e quella presupposta dalle misure di prevenzione.

⁷⁷ Nell'ordinanza si accredita la possibilità di un'applicazione retroattiva delle confiscate misure di sicurezza, posto che la Corte rileva come sarebbe inapplicabile alle confiscate sanzioni «il principio generale dell'art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive». Nella sentenza n. 196 del 2010 invece la Corte ha censurato l'applicazione retroattiva della confisca prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) c.d.s.

⁷⁸ Lo rileva, ad esempio, di recente, F. Mazzacuva, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, cit., 421.

non imputabili, anche se per vero questo non esclude che vengano attinti soggetti pienamente capaci di intendere e volere che dunque avrebbero tutto il diritto di poter prevedere non solo l'inflizione della misura, ma anche la sua tipologia e il suo regime. Proprio in ragione della ispirazione di pura difesa sociale di questo regime, ne dovrebbe essere ristretto il più possibile il perimetro, ma la realtà dell'ordinamento procede in senso diametralmente opposto: la Cassazione, prendendo le mosse dal disposto dell'art. 236 comma 2 c.p., ha infatti ormai esteso la disciplina intertemporale delle misure di sicurezza alle misure di prevenzione patrimoniali⁷⁹.

Intermedio tra i primi due è lo statuto intertemporale regolato dal principio di *irretroattività generale*, espresso in modo imperfetto dall'art. 11 Preleggi e che emerge più nitidamente ove quest'ultimo sia reinterpretedo in chiave costituzionalmente e convenzionalmente orientata. Si tratta di un canone intertemporale 'di *default*', valido ogni qual volta non debba farsi applicazione dei due precedenti⁸⁰. Per quanto non dia spazio,

⁷⁹ Con riferimento alle misure di prevenzione la Cassazione ha riconosciuto la sostanziale retroattività delle stesse: si veda Cass., I, n. 31209 del 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015), Rv. 264322 – 01, secondo la quale: «*La confisca di prevenzione può essere disposta se prevista, in relazione ai fatti per i quali si procede, dalla legge in vigore al tempo della sua applicazione ovvero al momento della decisione emessa in primo grado oppure in secondo grado, purché, in quest'ultimo caso, sia stato adeguatamente sollecitato il contraddittorio sui profili normativi di regolamentazione dell'istituto*». Sull'assimilazione della confisca di prevenzione alle misure di sicurezza dal punto di vista intertemporale Cass., S.U., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015) Rv. 262602 – 01, sulla quale Bartoli, *La confisca di prevenzione è una sanzione preventiva, applicabile retroattivamente*, in *Giur. it.*, 2015, 971 e Maiello, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, *Dir. pen. proc.*, 2015, 707; Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 922. Nello stesso senso Cass., VI, n. 5536 del 15 gennaio 2016 (dep. 10 febbraio 2016), Rv. 265957 – 01. Lo statuto intertemporale della prevenzione non è però incontrovertito: cristallizza, infatti, il riferimento temporale alla sentenza di primo grado Cass., VI, n. 21491 del 16 febbraio 2015 (dep. 22 maggio 2015), Rv. 263768 – 01, secondo cui «*La confisca di prevenzione patrimoniale è regolata dal principio di retroattività entro i limiti dettati dal primo comma dell'art. 200, cod. pen., stante il richiamo dell'art. 236, comma 2, cod. pen., esclusivamente alla prima parte di detta disposizione, sicché, per l'individuazione del regime legale di riferimento, deve aversi riguardo alla legge in vigore al tempo della sua applicazione, che coincide con il momento in cui viene emessa la decisione di primo grado, e costituisce il limite di azione della retroattività oltre il quale non operano eventuali disposizioni successivamente introdotte, diversamente da quanto previsto per le misure di sicurezza che, ai sensi del comma 2 del citato art. 200 cod. pen., devono essere regolate dalla legge in vigore al tempo dell'esecuzione di esse*».

⁸⁰ L'art. 11 preleggi si estende anche alla disciplina delle prove. Secondo la Suprema Corte (Cass., I, n. 1778 dell'11 ottobre 2019 (17 gennaio 2020), in *Sist. pen.*, 22 aprile 2020, precisamente 14 e 15 della pronuncia, il principio di cui all'art. 11 Preleggi avrebbe un contenuto di garanzia interordinamentale: «*Ne deriva, per dovere di interpretazione secondo ragionevolezza e principio generale di tutela dell'affidamento, che al divieto probatorio in parola debba attribuirsi natura procedimentale, il che comporta che il medesimo non può trovare applicazione - anche nei procedimenti in corso - in relazione alle*

allo stato, alla retroattività favorevole, esso, se interpretato in senso costituzionalmente e convenzionalmente conforme, proibisce applicazioni mascherate della disciplina sopravvenuta a fatti pregressi. Spesso la giurisprudenza ignora tale lettura, se è vero che nuove discipline introdotte dal legislatore vengono comunemente riferite a fatti precedenti ogni qual volta questi facciano parte di una fattispecie di durata⁸¹. Dei tre modelli intertemporali, questo è infatti quello che subisce la maggiore oscillazione a seconda delle opzioni dell'interprete, in particolare in funzione della nozione di *atto* che si assuma come rilevante. Se, come già rilevato dalla dottrina processualistica, l'*actus* a cui si deve riferire il principio non è *il singolo comportamento processuale*, come sembrerebbe in base al linguaggio corrente, ma si identifica con un *segmento temporale più ampio* (anche se il concetto non può espandersi fino coinvolgere l'intero arco del procedimento in corso o comunque una sua fase⁸²), il regime si fa via via più garantista. Al contrario, più si parcellizza la nozione di atto, minore è la tutela apprestata dall'art. 11 poiché diventeranno applicabili nel processo in corso le nuove norme che dovessero essere nel tempo introdotte. Come da tempo rilevato dalla dottrina processualistica, una nozione equilibrata di *actus*, che contemperi l'esigenza di una pronta applicazione della nuova disciplina con quella di certezza del diritto, con i connessi affidamenti del cittadino, è quella di atto o fatto processuale comprensivo dei relativi effetti tipici⁸³.

ricostruzioni patrimoniali relative ad anni antecedenti a quello (2017) in cui è stato introdotto, in conformità agli assetti raggiunti in sede civile su temi analoghi (si veda, quanto alla inapplicabilità retroattiva di presunzioni favorevoli alla amministrazione fiscale quanto deciso, tra le altre, da Sez. VI Civ. ord. n. 2662 del 2018)».

⁸¹ Si vedano le considerazioni di Maugeri, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *Sist. pen.*, 4/2020, 223 e la giurisprudenza ivi citata.

⁸² Chiavario, *Norme processuali nel tempo*, cit., 10. Più di recente, De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in Scalfati (a cura di), *Le misure cautelari*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo II, Torino, 2008, 32 s., secondo cui in ambito processuale non rileva tanto il singolo atto processuale quanto la situazione o fattispecie processuale intesa come complesso di atti o fatti omogenei. Rileva come il maggior travisamento del concetto di *actus* conseguirebbe all'interpretazione dello stesso come sinonimo di intero procedimento o di una sua fase o grado, cfr. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, cit., 118 ss. Già in precedenza comunque rileva come la Suprema Corte con riferimento alla successione delle leggi processuali penali, abbia sostenuto che l'art. 11 Preleggi vada applicato «non all'intero procedimento, o alle sue singole fasi considerate nella loro caratteristica di fattispecie complesse, ma ai singoli atti di dette fattispecie», Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018, 21 s. e in precedenza Id., *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 159, dove si legge che «il principio del tempus regit actum, agli effetti delle leggi processuali penali, va applicato non all'intero procedimento o alle singole sue fasi considerate nella loro caratteristica di fattispecie complesse, ma ai singoli atti di dette fattispecie».

⁸³ In questo senso Mazza, *La norma processuale nel tempo*, cit., 120.

Se armonizzato con la Costituzione e la Convenzione, il principio del *tempus regit actum* non veicola, dunque, una disciplina intertemporale così deteriore rispetto a quella discendente dal combinato disposto dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25 comma 2 Cost.

La dimostrazione dell'assunto può essere fornita da una recente decisione della Cassazione in tema di misure di ablazione patrimoniale e precisamente con riferimento al divieto probatorio introdotto dall'art. 31 del d. lgs. 161 del 2017 nell'art. 12 *sexies* del d.l. 306 del 1992 (oggi confluito nell'art. 240 *bis* c.p.), che preclude a colui a cui si intenda applicare la confisca allargata di avvalersi dell'evasione fiscale per sostenere la proporzione tra redditi disponibili e valore degli acquisti e investimenti compiuti, scampando così alla misura di sicurezza.

In precedenza, la giurisprudenza, riconoscendo nell'istituto ablatorio una misura di sicurezza, aveva applicato senza alcuna remora la preclusione probatoria anche a fatti commessi prima del 2017, ritenendo riferibile al caso di specie la disciplina di cui all'art. 200 c.p.⁸⁴. La situazione era però *ictu oculi* insoddisfacente dal punto di vista della ragionevolezza e così, alla ricerca di un nuovo statuto di garanzia intertemporale, la Cassazione si è rivolta ad altri referenti normativi: per opporsi ad un'operatività retroattiva della nuova disciplina inerente alla misura di sicurezza di cui all'art. 240 *bis* la Corte si è così sottratta all'art. 200 c.p., identificando invece come riferimento, in chiave ermeneutica, l'art. 11 Preleggi. Per la Corte, paradossalmente, l'allontanamento dalla disciplina strettamente penalistica, seppure quella delle misure di sicurezza, ha comportato un incremento del tasso di garanzia intertemporale⁸⁵.

Anche la prassi ha quindi preso coscienza del valore garantistico insito nell'art. 11 Preleggi avviando forse un percorso di superamento della tralatizia visione di questa disposizione come strumento per dare pronta applicazione allo *ius superveniens*⁸⁶.

⁸⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di Maugeri, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte*, cit., 220. Al di là della specifica questione, in generale la giurisprudenza è giunta a ritenere che i cespiti aggredibili possano essere stati conseguiti dal reo in epoca anteriore alla data di introduzione della cd. confisca allargata, vale a dire il 1992, in quanto il principio di irretroattività non varrebbe per le misure di sicurezza cui lo strumento normativo in analisi andrebbe ricondotto. Si veda quanto stabilito da Cass., VI n. 10887 del 11 ottobre 2012 (dep. 7 marzo 2013), in *Cass. pen.*, 2013, 4102, con nota di Padrone, *Il regime intertemporale della confisca prevista dall'art. 12-sexies d.l. n. 306/1992*. Più di recente, nello stesso senso Cass., II, n. 56374 del 12 ottobre 2018 (dep. 14 dicembre 2018), Rv. 276299. In materia di confische non riconducibili all'universo delle misure di sicurezza la Corte costituzionale ha già avuto modo di estendere ad esse i principi di irretroattività, ad esempio nell'ord. 97 del 2009, laddove la misura della confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p. è stata ricondotta entro il perimetro dell'art. 25 comma 2 Cost. in quanto caratterizzata da una natura eminentemente sanzionatoria.

⁸⁵ Cass., I, n. 1778 dell'11 ottobre 2019, in *Sist. pen.*, 4/2020, con nota di Maugeri, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte*, cit.

⁸⁶ Sul punto, nella manualistica, tra gli altri, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, 51 s.

9. La legalità penale a doppia velocità: garanzia intertemporale *rafforzata* e garanzia intertemporale *temperata*

Preso atto che sono molteplici gli istituti ibridi, posti a cavallo tra diritto e processo, e che a dispetto della collocazione sistematica sussiste ad ogni latitudine del sistema penale una comune esigenza di tutela oggettiva dagli arbitri del potere punitivo e di prevedibilità del diritto, occorre definire uno statuto intertemporale trasversale.

Lungi dal limitarsi a considerare *il modo di disciplina*, con il conseguente regime costituzionale, occorre invece prendere le mosse dai *diritti del cittadino* e dal *tipo di incisione* che essi subiscono, applicando conseguentemente le garanzie per essi previste dall'ordinamento. Non si tratta certo di un'impostazione originale, anche se la sua mancata attuazione la fa apparire sempre innovativa: erano di questa opinione alcune tra le migliori voci della dottrina della prima metà del secolo scorso e degli anni Settanta⁸⁷.

Per quanto attiene al diritto intertemporale, che il *discrimen* per decidere il regime applicabile dipendesse dagli interessi personali in gioco era chiaro già al legislatore del codice di procedura penale del 1930, non certo avvezzo a letture estensive delle libertà personali. All'art. 68 disp. att. era sancito infatti il principio di ultrattività della normativa del codice abrogato in tema di custodia preventiva, ove più favorevole per l'imputato *in vinculis* al momento della successione di leggi. La Relazione ministeriale sulle norme di attuazione del codice di procedura penale non era da meno, affermando che l'incidenza di una norma sulla libertà personale dell'imputato dovesse soggiacere ai criteri di diritto transitorio del diritto penale⁸⁸.

⁸⁷ In dottrina, si vedano le argomentazioni di Carnelutti, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 80 ss. volte a sostenere l'applicabilità dell'art. 2 c.p. alle norme processuali penali. Nonché, tempo dopo, di M. Gallo, *Interpretazione*, cit., 215 s. secondo cui entro la cornice dell'art. 25 comma 2 Cost. doveva ricadere oltre alla legge penale sostanziale quella processuale, considerato che si è puniti non solo con riferimento ad un titolo di reato, ma anche in forza di un procedimento con cui si accerta la responsabilità e si irroga e applica una pena. Nel senso che l'irretroattività *contra reum*, riferita alla data di commissione del fatto, dovesse estendersi anche alle norme processuali e non solo considerarsi valida per quelle sostanziali Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 205, che ritiene essenziale qui, a prescindere dal riferimento all'art. 25 Cost., il disposto dell'art. 13 Cost.; nonché, nello scenario francese e nello stesso arco di tempo, della stessa opinione, Levasseur, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *Mélages Jean Constan*, Liège, 1971, 206 ss.

⁸⁸ Si noti come di recente sia stata introdotta una disciplina transitoria particolarmente attenta ai profili di prevedibilità nel nuovo diritto concorsuale di cui al codice della crisi e dell'insolvenza. Deve rilevarsi come le procedure di gestione della crisi di impresa, che possiedono un'indubbia consistenza processuale, sono state regolate con particolare cura al momento di entrata in vigore, in modo da non applicarsi *ex abrupto* al momento della pubblicazione del d. lgs. 14 del 12 gennaio 2019. Ai sensi dell'art. 389 comma 1, è stata rinviata di più di diciotto mesi l'entrata in vigore della maggior parte delle disposizioni, ulteriormente posposta ad opera del d.l. 23 del 2020 al 1° settembre 2021, a oltre due anni e mezzo dalla perfezione

A noi pare che la legalità penale debba estendere i suoi corollari (per quel che più importa qui, la disciplina della successione di leggi penali nel tempo) ben oltre il limite delle disposizioni che prevedono reati e pene. Non pare però utile estendere *sic et simpliciter* al diritto processuale *tout court* la garanzia offerta dal combinato disposto dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25 comma 2 Cost., pretendendo di applicare il medesimo standard di tutela a tipologie di norme spesso diverse. Se occorre andare oltre i già ampi confini della nozione di «fattispecie allargata di garanzia», identificata da tempo in dottrina come la sintesi di tutte le norme che, interagendo con la descrizione del fatto contenuto nella singola disposizione incriminatrice, contribuiscano a definirne il perimetro applicativo⁸⁹, d'altra parte non si può trascurare la diversa natura e funzione delle previsioni del codice di rito⁹⁰.

L'identificazione del comparto processuale da assimilare, quanto a tutela, alle incriminazioni potrebbe essere individuato sulla base di due criteri convergenti, da applicare alternativamente.

Un criterio attinente *all'effetto sul giudizio*: ogni norma il cui mutamento potrebbe modificare la decisione finale nel merito, mutando dall'assoluzione alla colpevolezza o influenzando sulle conseguenze sanzionatorie, non dovrebbe mai essere applicabile ai giudizi in corso⁹¹. Anche a livello convenzionale, allorché la Corte di Strasburgo si è

dell'*iter legis*. Le ragioni di tale cautela sono presto dette e si riassumono nell'incidenza sostanziale di molte previsioni processuali ivi contenute, che, per le fondamentali differenze rispetto all'assetto disegnato dalla legge fallimentare vigente, avrebbero veicolato lesioni inique delle ragionevoli aspettative di imprenditori individuali e collettivi ove fossero state applicate immediatamente.

⁸⁹ Su cui si veda Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 59 ss., ma altresì in precedenza Gargani, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, cit., 473 e Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 21 ss. e nella letteratura tedesca, per tutti, Engisch, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Mezger*, München-Berlin, 1954, 129 ss. e Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, 107. In quest'ottica si può inserire anche il sostegno della Corte costituzionale, ancor prima dell'ultimo arresto sulla legge spazzacorrotti (sentenza n. 32 del 2020), nel contesto della saga Taricco, con l'ord. 24 del 2017, ove si legge, al § 8 del considerato in diritto, che la ragionevole prevedibilità debba estendersi a ogni profilo sostanziale concernente la punibilità.

⁹⁰ Non è insomma necessaria la perpetuazione di un canone di legalità nel tempo identico. La nota-zione, riferita in generale alla legalità processuale, è già di Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 443 s.

⁹¹ Tesi a ben vedere nient'affatto nuova, ma anzi risalente a metà Ottocento, precisamente ad Heinrich Albert Zachariae, *Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Göttingen, 1846, 54, avendo lo stesso Autore rilevato come le norme processuali intervenissero spesso e profondamente nel diritto sostanziale. Il criterio della diversa modulazione della garanzia in funzione del tipo di incidenza sul bene protetto si ritrova anche, a proposito della riserva di legge anche in V. Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977, 37.

interrogata sulla legittimità, in generale, delle leggi retroattive, si è sempre ritenuto determinante che la legge successiva abbia influito sulle determinazioni del giudice, fornendo anche solo un argomento aggiuntivo o suppletivo alla sua motivazione⁹².

Un criterio riferito *all'incidenza sulla libertà personale*, evidentemente più ristretto del primo e che discende dalla constatazione di una serie di atti processuali a cd. 'doppia rilevanza', definiti *in astratto* come attinenti alle scansioni del rito, ma *in concreto* altresì incidenti su diritti dell'imputato⁹³. Il referente costituzionale è qui l'art. 13, che non distingue in alcun modo tra carattere sostanziale e processuale delle norme che producono la restrizione della libertà personale, né sulle loro finalità: il punto di riferimento diviene quindi il diritto compresso⁹⁴.

Non pare auspicabile un'impostazione manichea delle garanzie, modulata secondo la dicotomia diritto sostanziale/processo, ma è preferibile seguire un'ispirazione gradualistica, che guardi al tipo di diritto inciso e all'intensità della compromissione dello stesso. È quel che accade da tempo, anche riguardo alla riserva di legge, che da relativa si fa assoluta in ragione degli interessi coinvolti dall'intervento pubblico⁹⁵. Siffatta impostazione ricorre anche nell'esperienza costituzionale comparata, se si guarda, ad esempio, all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale tedesca in

⁹² Corte edu, GC, *Zielinski e altri vs Francia*, §§ 54 e 59; *Smokovitis e altri vs Grecia*, § 13; *Anagnostopoulos vs Grecia*, § 21.

⁹³ Su cui Niese, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Göttingen, 1950, 126 ss. In Italia, sulle norme processuali a rilevanza sostanziale che dovrebbero godere delle medesime garanzie di queste ultime Carnelutti, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, cit., 189 ss.; M. Gallo, *Interpretazione*, cit., 215 e ss., il quale poi nella sua trattazione istituzionale, *Diritto penale italiano, Appunti di parte generale*, I, Torino, 2019, 15, rileva come la fattispecie sostanziale e quella processuale formano un'unità giuridica, la norma reale, che dovrebbe essere disciplinata da medesime regole di diritto intertemporale. In quest'ottica si vedano anche Corso, *Immediata applicazione di norme processuali più sfavorevoli per la libertà dell'imputato e processi pendenti: dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 432 ss. e Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., 105 e ss.

⁹⁴ Si tratta di profili ben chiari già in Nobili, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, cit., 2138. Di opposto avviso la giurisprudenza costituzionale di quell'epoca, paradigmatica Corte cost., 1 del 1980, che attribuisce alle disposizioni in materia di libertà personale natura meramente strumentale all'accertamento del fatto. Coerente con questo approccio anche l'esegesi della Corte di Cassazione, secondo cui le modifiche normative di carattere processuale, anche *in malam partem*, hanno immediata efficacia rispetto alle fattispecie non esaurite, cfr. Cass., I, 12 gennaio 1994, Montani, in *Giust. pen.*, 1994, III, 398; Cass. S.U., 1° ottobre 1991, n. 20, Alleruzzo, in *Cass. pen.*, 1992, 278, fino alla più recente Cass., V, 12 maggio 2010 (16 marzo 2010), n. 18090, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 342, con nota di Cherchi, *Modifiche normative peggiorative dello status libertatis e principio del tempus regit actum*.

⁹⁵ Sul punto F. Mazzacuva, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, cit., 420.

merito all'ambito di applicazione del principio di legalità, *sub specie* di determinatezza: «*il grado di determinatezza per una legge restrittiva della libertà personale (Art. 2, comma 2 e art. 104, comma 1 della Costituzione) va ricavato dal generale obbligo di determinatezza dello stato di diritto, di cui all'art. 20, comma 3 della Costituzione [...]. Le pretese dell'obbligo di determinatezza proprio dello stato di diritto sono in ogni caso tanto più stringenti, quanto più intensa è l'aggressione al diritto fondamentale, per cui il grado di determinatezza costituzionalmente richiesto dipende dalla particolarità di ciascun istituto e dalle circostanze, che conducono all'applicazione della disciplina normativa*»⁹⁶.

Si tratta così di individuare, entro una comune matrice di legalità penale, due diversi regimi:

- i) una garanzia intertemporale *rafforzata*, valida per i reati e le pene e comprendente, oltre all'irretroattività, anche la retroattività *in mitius*;
- ii) una garanzia intertemporale *temperata*, costituita da un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme del principio del *tempus regit actum*, per tutte le norme processuali in grado di impattare su diritti fondamentali del cittadino e di mutare, ove modificate, le sorti del giudizio penale. Analoga tutela dovrà valere per tutte le forme di "punizione non penale" cui abbiamo fatto cenno (dal diritto amministrativo al diritto delle misure di prevenzione, accomunate al processo dalla soggezione al principio di cui all'art. 11 Preleggi).

Quello che abbiamo tentato in queste pagine rimane al momento un esercizio teorico. *In assenza* di una disciplina 'di sistema' della successione di leggi nel tempo e *in presenza* di artificiose partizioni delle disposizioni che governano l'esercizio del potere punitivo, le regole processuali continueranno a non conoscere solidi confini cronologici e potranno cambiare a piacimento del legislatore. Un'incertezza che ha qualcosa di infernale e si approssima a quel "*tumulto, il qual s'aggira sempre in quell'aura senza tempo tinta*" già descritto in ben altra epoca e da ben altri osservatori⁹⁷.

⁹⁶ BVerfG, Decisione del 3 giugno 1992 - 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, in *NJW*, 1992, 2947 ss.

⁹⁷ Dante, *Inferno*, III, vv. 28-30.