

NORME PENALI “SOSTANZIALI”, NORME PENALI “PROCESSUALI” E DIVIETO DI RETROATTIVITÀ*



Giovanni Flora

SOMMARIO 1. La questione del diverso regime intertemporale delle norme penali sostanziali e delle norme penali processuali. — 2. Ha un senso interrogarsi sulla “natura” sostanziale o processuale. — 3. La “portata” della garanzia stabilita dall’art. 25, 2° co. Cost. — 4. In particolare: divieto di retroattività e norme “processuali”. — 5. Futuribili.

1. La questione del diverso regime intertemporale delle norme penali sostanziali e delle norme penali processuali

Si ritiene comunemente che il regime di validità nel tempo delle norme penali sostanziali e delle norme penali processuali sia governata da due diversi canoni: quello delle norme penali processuali compendiate nel brocardo “*tempus regit actum*”¹; quello delle norme penali sostanziali retto dal divieto di retroattività “*in malam partem*” (e di retroattività favorevole). Dunque le modificazioni *in pejus* delle norme penali processuali sarebbero applicabili anche ai procedimenti relativi a reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore (ed ovviamente anche a procedimenti già iniziato).

L’opinione corrente sembrerebbe dunque incentrare il criterio discretivo dei due diversi regimi di validità nel tempo a seconda della “natura” delle norme o degli

* Il presente scritto è destinato al *Liber Amicorum* di Adelmo Manna.

¹ Sul *tempus regit actum* come canone regolatore della validità nel tempo delle norme penali processuali., v., per tutti, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 117 segg. e 169 segg., nonché nella manualistica, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano 2018, p. 50 segg.; tutti d’accordo sulla sola apparente “semplicità” della regola in questione e della problematicità delle corrette definizioni di *actus* e di *tempus*. Per una esemplare sintesi della problematica delle regole sulla successione nel tempo delle norme processuali rispetto a quelle concernenti le norme penali sostanziali v., di recente, M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, LP, 31 luglio 2017, con ampie e puntuali citazioni di giurisprudenza, anche della CEDU.

“istituti” presi in considerazione. Criterio, dunque, almeno all’apparenza facilmente fruibile, specie in funzione didascalica.

Appena però ci si accinga ad un minimo approfondimento, quel criterio distintivo mostra subito i propri limiti. Già fin dalla prima inevitabile domanda: dove e come individuare l’*actio finium regundorum* tra norme (o “istituti”) di “natura” sostanziale e di “natura” processuale²? E ha senso parlare di “natura” processuale o sostanziale di una norma?

E siamo davvero sicuri che “tutte” le norme processuali si sottraggano al divieto di retroattività *in pejus*? E come mai, se è tutto così chiaro, il tema della legittimità o meno della retroattività sfavorevole delle norme “processuali”, soprattutto di quelle che incidono su diritti fondamentali della persona (a cominciare dalla libertà personale), sugli istituti caratterizzanti di un “giusto processo” (anche prima delle modifiche intervenute sull’art. 111 Cost.) è da lungo tempo dibattuto in dottrina e ha trovato soluzioni con certo univoche nella giurisprudenza, anche costituzionale, e nella legislazione?³

Si deve, poi, prendere atto che il mai del tutto sopito dibattito è stato recentemente riaperto da due note vicende.

La prima è quella innescata dalla c.d. legge “spazzacorrotti” (l. n. 3 del 2019) che ha inserito la maggior parte dei delitti contro la p.a. nell’elenco di quelli ostativi all’ottenimento dei benefici e delle misure alternative contemplate dalla legge sull’O.P. Le norme della legge sull’O.P., ivi comprese quelle sui “benefici penitenziari” e sulle “misure alternative”, quali facenti parte dell’esecuzione della pena, erano infatti state sempre ritenute di “natura processuale” (Cass., Sezioni Unite, 17.07.2006, n. 24561) e sottratte pertanto al divieto di retroattività sancito dall’art. 25, 2° co. Cost.; fino alla recente sentenza n. 32 del 2020 della Corte Costituzionale che – come è noto – ha ritenuto costituzionalmente illegittima la interpretazione consolidata (e quindi la “norma vivente”) secondo cui le modifiche peggiorative concernenti le “misure alternative” (e la sospensione dell’ordine di carcerazione *ex art. 656 c.p.p.*)

² Sull’“incerto confine tra norme penali sostanziali e norme processuali”, si può rinviare a F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 73 segg. con ampie citazioni di dottrina.

³ In proposito si vedano, oltre a M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali*, cit., p. 5 segg. e a O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 169 segg., V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini della esecuzione penale* (nota a Corte Cost., sent. 12 febbraio 2020, 32), S.P. 19 febbraio 2020, p. 3 e segg.; L. STORTONI, *L’imputato ai tempi del Covid-19*, PENALE DIRITTO E PROCEDURA, 16 aprile 2020, p. 3 e segg. con ampie citazioni di dottrina, giurisprudenza e provvedimenti legislativi.

potrebbero essere applicate anche a coloro che hanno commesso il fatto prima della loro entrata in vigore.

La seconda è quella che prende spunto dai recenti provvedimenti che, emanati a causa dell'emergenza “Coronavirus” (Covid-19), hanno “accompagnato” le norme sulla sospensione dei procedimenti penali con disposizioni (retroattive) di sospensione dei termini di prescrizione e delle misure cautelari, anche custodiali⁴. Esse si applicherebbero, dunque (e sono state in concreto applicate), anche nell'ambito di procedimenti per reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore.

2. Ha un senso interrogarsi sulla “natura” sostanziale o processuale?

Sembrerebbe, dunque, che il primo passo da fare concerna la individuazione di un criterio sufficientemente affidabile per distinguere tra norme penali processuali e norme penali sostanziali. Ma appena ci si accinga ad effettuarlo ci si accorge subito che c'è “qualcosa che non torna”. Affiora subito un quesito preliminare: ha davvero senso decidere quale debba essere il loro regime di validità nel tempo, in base alla supposta “natura” sostanziale o processuale? Davvero ha senso chiederci, ai fini che qui interessano, quale “natura” abbia una determinata norma o un determinato istituto? Altro è infatti se si tratta di deciderne l'afferenza al diritto penale sostanziale o a quello processuale ai fini didattici o scientifici (ammesso e non concesso che ciò sia utile e produttivo⁵); altro se si tratta di stabilire la soggezione o meno al divieto di retroattività *in pejus*. Già sembrerebbe frutto di censurabile “strabismo” impostare la questione muovendo dalla ricerca del criterio distintivo basato sulla “natura” di norme o istituti.

E, del resto, una indagine, appena decorosa, sulla “natura intrinseca” di una norma (o di un “istituto”) non solo richiederebbe – come è facilmente intuibile – uno spazio ben maggiore di queste poche pagine, ma si rivelerebbe anche inutile, se non

⁴ Tra i molti saggi in argomento, cfr. G. CASTIGLIA, *Udienze e termini processuali penali in regime di pandemia da Covid-19*, S.P., 26 maggio 2020; F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia Covid-19*, GIUR. PEN. WEB, 2020, 4, p. 1 segg.; O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, ARCH. PEN., n. 1/2020, 16.04.2020; A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, ARCH. PEN., n. 2/2020, 6.05.2020. Per la ricostruzione della “catena delle fonti” M. LUCIANI, *Il sistema del diritto delle fonti alla prova dell'emergenza*, Rivista A.I.C. (Associazione Italiana Costituzionalisti), n. 2/2020, p. 109 segg.

⁵ Su questo tema resta imprescindibile la lettura del volume “*Diritto e Processo penale tra separazione accademica e dialettica applicativa*”, a cura di L. FOFFANI e R. ORLANDI, Bologna, 2016.

fuorviante. Se infatti esistono numerosi studi dedicati a definire che cosa sia una norma giuridica come “elemento base del diritto”, inteso come diritto oggettivo e che plasticamente ne individua la caratteristica del diritto “visto al microscopio”, come parte dell’ordinamento giuridico⁶, ben difficilmente si reperiranno studi dogmaticamente impegnati a definire la intrinseca natura civile, penale, processuale o amministrativa di una norma.

Vero è che anche la giurisprudenza che si richiama a tale criterio, in realtà, lo fa in funzione di definire lo spettro di “copertura” delle garanzie allestite dall’art. 25, 2° co. Cost. Tant’è vero che la “natura” di norma penale processuale viene in realtà desunta in via “residuale”: sarebbero, insomma, processuali quelle “non penali sostanziali”, nel “presupposto” che solo a quelle penali sostanziali si riferiscano le garanzie presidiate dall’art. 25 co. 2 Cost. ed in particolare quella del divieto di retroattività. Si tratta, a ben vedere, di una vera e propria inversione metodologica. Si dà, insomma, per scontato che il divieto di retroattività riguardi solo le norme penali sostanziali e che siano norme penali sostanziali solo quelle che attengono alla incriminazione dei fatti e al loro trattamento penale in senso peggiorativo.

Pare allora che, in realtà, il nodo di fondo da sciogliere sia proprio quello del significato e dell’ampiezza da attribuire alle garanzie allestite dall’art. 25, 2° co. Cost. in ragione dei beni della persona da tutelare. In secondo luogo, ci si dovrà interrogare se esse si estendono anche alle norme e agli istituti del procedimento penale che incidono su beni fondamentali della persona (il pensiero va subito alle disposizioni sulle misure cautelari) sulla cui stabilità il cittadino fa legittimo affidamento in quanto caratterizzanti quel “giusto processo” (artt. 24 e 25, co. 1 e 111 Cost.), che è parte integrante del patto di lealtà tra Stato di diritto e cittadini.

E del resto proprio la Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 32 del 2020 ha fatto giustizia della tesi della “natura” processuale delle norme sulle misure alternative e finanche di quelle sulla sospensione dell’ordine di esecuzione (art. 656 c.p.p.) quest’ultima formalmente collocata nel codice di rito, statuendone la soggezione al divieto di retroattività sfavorevole. Dunque, il criterio della “natura” si rivela recessivo rispetto a quello della incidenza qualitativa (e, a maggior ragione, quantitativa) sulla libertà personale. E se è così – solo per accennare a un tema che verrà

⁶ B. CELANO, *Norma giuridica*, in *Atlante di filosofia del diritto*, a cura di G. PINO, vol. I, Torino, 2012, p. 281 segg. Imprescindibile, ovviamente, il riferimento alla opera di N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; IDEM, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007.

ripreso – ciò non dovrebbe valere allora anche per le norme sulla limitazione “preventiva”, *ante processum*, della libertà personale?

In fondo la Corte rovescia la prospettiva “tradizionale” del ragionamento che, almeno apparentemente, si chiede quali siano le norme penali sostanziali per poi dedurre la copertura costituzionale. Ciò che conta è l’incidenza sulla libertà personale. Il canone del *tempus regit actum* non può valere “allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale del condannato”. Non solo, ma, dichiarando illegittima la retroattività del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione delle pene (per quei reati “ostativi”) apre anche a valutazioni concernenti il destino delle “norme processuali ad effetti sostanziali”.

3. La “portata” della garanzia stabilita dall’art. 25, 2° co. Cost.

Quali sono allora le norme per le quali vige il divieto di retroattività sfavorevole? Quale dunque il senso della garanzia allestita dall’art. 25, 2° co. Cost.? Dopo che si è (finalmente) abbandonato il semplicistico ed insensato criterio della “natura” delle norme e degli istituti cui si estende quella garanzia?

Come la dottrina più sensibile ed autorevole ha da tempo sottolineato, se l’art. 25, 2° co. Cost. concerne la “punizione” di un fatto in base ad una legge entrata in vigore prima della sua commissione, ciò significa che tutte le norme che alla commissione di un fatto qualificato come reato vi riconnettono l’effetto della punizione sono “coperte” dalla garanzia della irretroattività. Tutte le norme, insomma, che non solo qualificano il comportamento come reato, ma che ne stabiliscono la punizione in concreto e quindi l’*an*, il *quantum* e la “qualità” delle conseguenze punitive devono soggiacere alla regola della irretroattività⁷. Nessuno, per esempio, ha mai dubitato che vi soggiacciano le disposizioni sulla querela (che pure attengono ad una condizione di procedibilità e si sarebbe istintivamente portati a qualificare “processuali”).

Come pure (quasi) nessuno ha mai dubitato che la garanzia della irretroattività si estenda anche alle norme sulla prescrizione, soprattutto dopo che la nota sentenza

⁷ Per tutti, con particolare autorevolezza, F. BRICOLA, *Il 2° e il 3° co. dell’art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 284-286. Nonché M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, FORO IT., 1998, V, c. 1 (estratto); M. NOBILI, *ivi*, c. 10 (estr.).

n. 115 del 2018 della Corte Costituzionale, ne ha solennemente ed autorevolmente riaffermato la natura “sostanziale”.

Ma, anche a prescindere dalla attribuzione al settore penale o processuale delle norme sulla prescrizione non v'è dubbio che anch'esse fanno parte di quelle che incidono sulla concreta punizione del fatto⁸.

Si deve pertanto ritenere che le norme dei decreti legge che per ben due volte hanno sospeso i termini di prescrizione in riferimento a reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore devono ritenersi incostituzionali per contrasto con il divieto di retroattività *in pejus*. Oltre ad essere del tutto insensate (i tempi di prescrizione dei reati sono già notoriamente biblici e altrettanto notoriamente bloccati dopo la sentenza di primo grado in base alla c.d. “legge Bonafede”) ed assai poco intelligenti contribuendo ad aggravare ulteriormente il carico delle pendenze dei procedimenti gravanti sui tribunali per reati bagatellari dei quali sono stati ulteriormente allungati i termini di prescrizione⁹.

Ma, come dicevamo all'inizio, la discussione si è nuovamente accesa sulla premessa della attribuzione – dichiaratamente “controtendenza” – di natura processuale all'istituto della prescrizione e della estraneità della prescrizione alla *ratio* della irretroattività; come anche si ricaverebbe proprio dalla “rivoluzionaria” sentenza n. 32 del 2020 della nostra Corte Costituzionale¹⁰.

Ebbene, non si possono che ribadire qui le “controdeduzioni” già contenute in un precedente breve scritto sull'argomento, cui non posso che rinviare con l'aggiunta

⁸ F. GIUNTA – D. MICHELETTI (Tempori cedere, cit, p. 83 segg.) distinguono però tra due ipotesi a seconda che l'intervento modificativo *in pejus* intervenga a termine prescrizione già maturato, oppure sia ancora in corso. Solo nel primo caso vi sarebbe un “diritto” della persona alla tutela del divieto di retroattività. Nel secondo caso il soggetto sarebbe invece titolare di una mera aspettativa al mantenimento della disciplina prescrizione in essere la cui modifica peggiorativa non potrebbe ricadere nella garanzia dell'art. 25, 2° co. Cost.; modalità legittima, però, solo “nella misura in cui dipende da situazioni eccezionali che il legislatore è chiamato a fronteggiare” (p. 84) o dalla necessità di soddisfare interessi esogeni rispetto al processo e soprattutto diversi da quelli che già costituiscono oggetto di bilanciamento ai sensi della vigente disciplina prescrizione (p. 85). Diversamente la illegittimità deriverebbe dal contrasto con altri principi costituzionali diversi dal divieto di retroattività *ex art.* 25, 2° co. Cost. tra i quali campeggia il principio personalistico.

⁹ Per ulteriori considerazioni critiche sul punto, volendo, da ultimo G. FLORA, Covid regit actum. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, PENALE DIRITTO E PROCEDURA, 12 maggio 2020.

¹⁰ G.L. GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un corto circuito*, S.P., 4 maggio 2020, p. 1 segg.

di qualche ulteriore citazione a conforto¹¹ e alle quali posso aggiungere una ulteriore considerazione.

Sicuramente la *ratio* del divieto di retroattività, oltre che in una fortissima esigenza di tutela della libertà del cittadino dagli arbitrii dello stesso legislatore¹² (ormai coincidente con la maggioranza governativa) va anche individuata nella esigenza di previa conoscibilità dei precetti penalmente sanzionati, base imprescindibile per garantire la libertà di scelta del proprio agire da parte del cittadino. E, quindi, in sostanza, sulla “prevedibilità” delle conseguenze. L’allungamento dei termini di prescrizione non renderebbe punibile un fatto “‘prima’ non punibile” e non violerebbe le due *rationes* che starebbero alla base del divieto di retroattività¹³.

Orbene, innanzitutto si potrebbe rilevare la opinabilità di tale affermazione. In realtà, allungando i tempi di prescrizione si rende punibile in concreto un fatto che, senza quell’allungamento, non lo sarebbe più – e giustamente! –, essendo dovere di uno Stato di diritto rinunciare alla punizione dopo che sia trascorso un tempo ragionevole e dalla commissione del fatto e dall’instaurazione del procedimento¹⁴; le “scelte difensive” si fanno anche (perché mai dovrebbe essere vietato!?) tenendo presente il quadro delle cause di estinzione del reato presenti al momento in cui si compiono certe scelte.

Anche se “non va più di moda”, si deve ribadire una volta per tutte che un indagato/imputato ha il dovere di soggiacere *ad libitum* al processo solo nei regimi autoritari¹⁵.

Solo in una visione autoritaria del diritto e del processo penale si colloca il dovere di difendersi “nel” processo e non anche “dal” processo (che magari potrebbe es-

¹¹ F.R. DINACCI, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell'emergenza Covid. Alla ricerca di una “legalità” perduta*, ARCH. PEN., n. 2/2020, p. 6 segg.; O. MAZZA, *Sospensioni di primavera*, cit., p. 6 segg.; M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività*, cit., c. 2.

¹² Lo sottolinea con particolare enfasi A. MANNA, *Corso di diritto penale, p. gen.*, Padova, 2017, p. 135.

¹³ G.L. GATTA, “Lockdown” *della giustizia penale*, cit., p. 14.

¹⁴ Ciò in ragione del duplice fondamento costituzionale “sostanziale” e “processuale” della prescrizione su cui cfr., in particolare, E. DINACCI, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, RIV. TRIM. DIR. PEN. EC., 2019, p. 150 segg.; F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 35 segg. e 102 segg.; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacolo da abbattere?*, DIR. PEN. CONT., 2016, n. 1 p. 84; volendo, G. FLORA, *Verso un diritto penale senza prescrizione? Studi in onore di Armando Veneto*, Soveria Mannelli, (CZ) 2015, p. 56 segg.

¹⁵ T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, CASS. PEN., 2012, p. 3605 segg., il quale ricorda come già Francesco CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, vol. II, F.lli Cammelli, Firenze, 1907, p. 513 segg.) “insegnava e insegna” che l’imputato ha diritto di difendersi “prima di tutto in via di eccezione, e cioè si difende dal processo, e poi eventualmente anche nel processo”.

sere ingiusto!). È mai venuto in mente a qualcuno che un indagato/imputato innocente possa essere in difficoltà (per le ragioni più disparate) a raccogliere le prove della propria innocenza, in grado di contrastare e di “smontare” l’ipotesi accusatoria e quindi possa solo difendersi magari anche confidando nella prescrizione? Ipotesi certo inimmaginabile per chi abbia una cultura giustizialistica in base alla quale non esistono innocenti, ma, al più, colpevoli “che l’hanno fatta franca”.

Ma non va trascurata un’altra fondamentale *ratio* del divieto di retroattività *in pejus*. Esso costituisce garanzia di stabilità delle norme che disciplinano il rapporto tra lo Stato e i cittadini, come espressione della lealtà dello Stato verso i cittadini.

Cambiare le regole che governano questo rapporto “a reato commesso” o a processo in corso, significa cambiare le regole del gioco dopo che il “gioco” è cominciato¹⁶, tradire comunque il patto sociale tra Stato e cittadino. S’intende tra “Stato di diritto” e “cittadino”. E cambiare, dopo la commissione del fatto e, ancor peggio, dopo l’inizio del relativo procedimento penale, le regole che incidono comunque sulla sua concreta punizione non viola solo il “senso” della norma costituzionale (“nessuno può essere ‘punito’ se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso), ma anche la sua intima *ratio*, quella che caratterizza il nostro Stato come “Stato di diritto” (o, meglio, “Stato dei diritti”, come suona la dedica di Marcello Gallo al vol. I dei suoi “Appunti di diritto penale”, Torino, 1999).

Non stupisce pertanto che il Tribunale di Siena ed il Tribunale di Spoleto¹⁷ abbiano sollevato formalmente identiche questioni di costituzionalità dell’art. 83, comma 4, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “decreto cura Italia”) conv. con l. 24 aprile 2020 n. 27 per contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole in quanto applicabile anche a fatti commessi prima della entrata in vigore della norma (17 marzo 2020) e prima del termine di inizio della sospensione (9 marzo 2020)¹⁸. Attendiamo, dunque, con fiduciosa curiosità il pronunciamento della Consulta.

¹⁶ V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., p. 11.

¹⁷ Trib. Siena, Giudice dott. Spina, Ordinanze 21 maggio 2020, in GIUR. PEN. 26 maggio 2020 e Trib. Spoleto, Giudice dott. Cercola, in GIUR. PEN. 27 maggio 2020. Per un primo commento che esprime perplessità sulla fondatezza della questione, G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale*, S.P., 26 maggio 2020.

¹⁸ Tra l’altro, in contrasto perfino con il più generale canone di irretroattività, facendosi retroagire il termine di sospensione ad una data anteriore a quella della entrata in vigore della norma che la dispone.

4. In particolare: divieto di retroattività e norme “processuali”

Più complessa si presenta la riflessione da svolgere per quanto concerne il divieto di retroattività delle norme processuali. Si tratta, infatti, di stabilire in relazione a quali di esse la *ratio* del divieto richieda di prendere a riferimento il *tempus commissi delicti* o il momento di inizio del procedimento¹⁹.

Volendo qui limitarci a considerare quelle sulle misure cautelari, si potrebbe di primo acchito osservare che esse, poiché non direttamente incidenti sulla “punizione”, sembrerebbero invece rimanere fuori dal perimetro di pertinenza dell’art. 25, 2° co. Cost. Almeno a voler ragionare in termini rigorosamente formali, se non “formalistici”. A diversa conclusione, si potrebbe pervenire con particolare riferimento alle norme sulla custodia cautelare²⁰, se si volesse invece tener conto della “sostanza delle cose” e della “realtà” della attuale (e forse mai mutata) valenza della limitazione in via cautelare della libertà personale, sempre più vicina ad una forma di pena anticipata *ante processum*. Tanto che etichettarla come “custodia cautelare” appare niente più che una beffarda ipocrisia. Meglio sarebbe continuare a chiamarla con il suo storico appellativo di “carcerazione preventiva”.

E, per vero, come anche nel passato lo stesso legislatore si è contenuto²¹ il divieto di retroattività *in pejus* delle norme sulla custodia cautelare, potrebbe essere sostenuta in base ad una pluralità di argomentazioni.

In primo luogo, potrebbe dubitarsi che esse “sfuggano” del tutto all’area ricoperta dalla garanzia dell’irretroattività sancita dall’art. 25, 2° co. Cost. Se la *ratio* del divieto di retroattività non va rinvenuta solo nella garanzia di libertà del proprio agire da abusi dello stesso legislatore tramite incriminazioni “mirate” *post factum* e della previa conoscibilità dei precetti (in “sinergia” con l’art. 27, comma 1 Cost. e con la stessa funzione di orientamento sociale della norma-comando), ma – come abbiamo già rilevato – essa affonda le sue ancor più profonde radici nel dovere di lealtà che lo Stato deve assicurare nei suoi rapporti con il cittadino, ne consegue che le regole sul-

¹⁹ Sul punto si può rinviare alla riflessione di O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., p. 170 segg. e p. 341 segg.

²⁰ M. CHIAVARIO, *Norme penali processuali nel tempo*, cit, p. 8; IDEM, voce *Norma* (*Dir. Proc. pen.*), ENC. DIR., vol. XXVIII, 1978, p. 480 segg.; F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit, p. 59 segg.; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., p. 213 segg.; F. MAZZACUVA, *L’estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività favorevole*, DIR. PEN. PROC., n. 3/2020 (1° marzo 2020), p. 5 segg.; M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività*, cit. p. 3.

²¹ L. STORTONI, *L’imputato ai tempi del Covid-19*, cit., p. 2.

la cui stabilità egli ha fatto affidamento, anche per organizzare la sua difesa²², e la sua stessa vita, durante il processo non possano essere mutate *in pejus* dopo la commissione del fatto.

Solo chi non ha mai sperimentato quanto la custodia cautelare (specie se carceraria) condizioni il concreto esercizio del diritto di difesa (sia della difesa tecnica, sia della “autodifesa”) può ritenere irrilevante questo profilo della *fairness* del patto sociale tra individuo e autorità.

Senza contare che, nella sostanza, si tratta di misure che incidono direttamente su un bene della persona dichiarato espressamente come “inviolabile” (art. 13 Cost.) e la cui parificazione alla pena è espressamente sancita dalla regola dello “scomputo” da quella inflitta con la sentenza definitiva di condanna (art. 657 c.p.p.).

Né si potrebbe obiettare che il presidio costituzionale della garanzia da arbitrarie limitazioni preventive della libertà è costituita “in via esclusiva” dall’art. 13 Cost. il quale la declina nelle forme della riserva di legge e di giurisdizione, senza alcun accenno al divieto di retroattività²³. In linea con una interpretazione dell’art. 13 Cost., secondo la quale la disciplina ivi contenuta rimarrebbe per così dire “incapsulata” nel mondo della sua matrice storica di “antidoto” rispetto alle arbitrarie aggressioni subite durante il precedente regime fascista, a contrastare le quali riserva di legge ed atto motivato dell’autorità giudiziaria sarebbero più che sufficienti.

Cosicché quel processo di emancipazione dalla concezione dell’art. 13 Cost. in funzione esclusivamente “polemica” con l’ordinamento precedente, di cui già parlava Giuliano AMATO²⁴, non si sarebbe insomma ancora del tutto compiuto.

Eppure, il ragionamento, forse da costituzionalista dilettante ed ingenuo, a me sembrerebbe abbastanza semplice. Se per limitare “definitivamente” la libertà personale con l’inflizione della “punizione” la Costituzione richiede **anche** l’irretroattività della norma, in forza della quale essa è decretata; sarà mai possibile che la stessa Costituzione ne prescindano quando si tratta di limitarla in via “cautelare” e nei confronti di una persona che essa proclama innocente fino a sentenza definitiva?²⁵

Dunque, credo si possa sostenere con un certo fondamento che art. 13 e art. 25,

²² V. MANES-F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., p. 11.

²³ Sul tema dell’eventuale contrasto con l’art. 13 Cost. delle norme emergenziali restrittive M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 126 segg.

²⁴ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 357.

²⁵ D’altra parte nessuno si è mai sognato di sostenere che, siccome l’art. 25, 2° co., Cost., non fa riferimento all’ “atto motivato” dell’autorità giudiziaria, una pena possa essere inflitta anche da una diversa autorità.

2° co. Cost. si integrano a vicenda.

Non si può, poi, infine trascurare che alla medesima soluzione si possa pervenire mediante una “lettura” dell’art. 25, 2° co. Cost. in connessione con tutte le norme costituzionali che disciplinano il “giusto processo”: dall’art. 24, all’art. 25, co. 1 all’art. 111 Cost.

Si tratta della tesi, consapevolmente “rivoluzionaria”, ma meritevole della più attenta considerazione, di Marcello GALLO²⁶. Il Maestro Torinese da tempo va predicando che la corretta lettura dell’art. 25, 2° co. Cost. ne richiede l’integrazione con le norme sulle garanzie costituzionali attinenti al processo. Per cui, in armonia con la tesi che la norma penale reale risulta formata da “segmenti di diritto cosiddetto sostanziale e da segmenti di diritto cosiddetto processuale”²⁷, in base all’art. 25, 2° co. Cost. non si può essere puniti se non in forza di una legge tassativa e non retroattiva all’esito di un giusto processo. Pertanto, tutte le norme che scolpiscono il volto costituzionale del processo penale dovrebbero essere soggette anche al divieto di retroattività *in pejus*. Il che dischiude un orizzonte sul quale possiamo qui solo affacciarsi, cominciando ad ipotizzarne tre futuribili sviluppi.

5. Futuribili

Il primo concerne le garanzie da cui dovrebbero essere assistite anche le misure cautelari personali non custodiali.

Sostenere che non incidono minimamente sulla libertà personale sarebbe evidentemente erroneo. Tanto che nessuno ha mai dubitato che anch’esse siano presidiate – come da previsione del codice di rito – dalle garanzie della riserva di legge e di giurisdizione evocata dall’art. 13 Cost. E non potrebbe essere altrimenti posto che anch’esse sono espressione del potere coercitivo dello Stato sulla persona, consistendo in limitazioni della libera estrinsecazione della vita individuale, sociale ed eventualmente anche professionale della persona; coinvolgendo anche la garanzia allestita dall’art. 2 Cost.

Tutte limitazioni, insomma, che nell’attuale momento storico, anche secondo

²⁶ M. GALLO, *Interpretazione della Corte Costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito della garanzia della difesa nell’istruzione sommaria)*, RIV. IT. DIR. PROC. PEN., 1965, p. 215 – 216; IDEM, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 17 segg.; IDEM, *Diritto penale e Costituzione*, ARCH. DIR. PEN. PROC., 2018, p. 4.

²⁷ *Appunti*, cit., p. 56.

parametri normativo sociali, integrano il contenuto della libertà personale²⁸, da intendersi non come libertà di, ma come libertà da²⁹ ingerenze autoritative sul proprio regime di vita. Non si tratta, infatti, di una limitazione di questa o quella singola libertà di estrinsecarsi nel modo (alcune delle quali anch'esse oggetto di protezione a livello costituzionale), ma di una limitazione pervasiva che condiziona coercitivamente e “totalmente” il modo di vivere della persona.

Ed in proposito si potrebbe forse fare una ulteriore riflessione. Come è ben noto le misure cautelari personali non custodiali hanno termini di durata massima doppia rispetto a quelle custodiali (art. 308 co. 1 c.p.p.) Per esse però non vale la regola della eventuale “detrazione” della pena detentiva inflitta in caso di condanna definitiva. Forse si potrebbe ipotizzare un rapporto simmetrico rovesciato calcolando un giorno di pena detentiva da scomputare sulla pena finale inflitta ogni due giorni di misura cautelare non custodiale presofferta.

Il secondo possibile futuribile sviluppo concerne la disciplina delle misure cautelari reali, sempre più “regine” della fase delle indagini preliminari (di durata sovente smisurata). Esse infatti vanno ben al di là della mera privazione di beni patrimoniali per investire invece anch'esse la vita familiare, individuale, sociale e professionale della persona.

Cosicché viene in gioco non solo e non tanto la tutela garantita dagli artt. 41 e 42 Cost., ma prima ancora quella solennemente proclamata dall'art. 2 Cost.

Ne dovrebbero così conseguire accertamenti un po' più stringenti in ordine ai presupposti applicativi di quelli attualmente richiesti, sia pure con una significativa evoluzione, dalla giurisprudenza, specie in tema di sequestro ai fini della confisca per equivalente e a quella “per sproporzione” (o “allargata” che dir si voglia), tanto di moda per quanto odiosa, per la dimensione ed i caratteri che ha assunto di arbitraria espiazione patrimoniale³⁰.

²⁸ Sui profili generali del tema della libertà personale, sia consentito rinviare per tutti a G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 355 segg.; P. BARILE, *La libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, p. 117 segg.; A. PACE, voce “*Libertà personale*” (*dir. Cost.*), ENC. DIR., XXIV, Milano, 1974, p. 287 segg.

²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte spec., Delitti contro la persona*, Padova, 2019, p. 338 segg.; sostanzialmente nello stesso senso, P. BARILE, *La libertà*, cit., p. 117. Sul punto si vedano altresì le considerazioni di G. AMATO (*Individuo e libertà*, cit., p. 24, il quale, premesso che la libertà personale non consiste in una *facultas agendi*, ma è “situazione preliminare al potenziale esplicarsi dei più vari aspetti della personalità umana”, rileva che “per **ragioni storiche e positive** [grassetto aggiunto] si ritiene compromessa con lo stato detentivo”.

³⁰ F. SGUBBI, *Nuova prescrizione e nuova confisca tributaria (un connubio che inquieta)*, DISCRIMEN, 10 gennaio 2020.

Infine, dovrebbe certo ancora essere approfondito il tema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, la cui incidenza di fatto sulla libertà personale e sulla vita dei “proposti” può essere negata solo a patto di inammissibili “mistificazioni”³¹.

Si tratterebbe insomma di ricondurre il sistema sui binari del diritto e della procedura penale autenticamente liberali, coronando un percorso che costituisce – lo possiamo ben dire – un autentico filo conduttore dell’impegno didattico, scientifico e civile di Adelmo Manna al quale sono inadeguatamente dedicate queste poche pagine.

³¹ Sul tema, a solo titolo esemplificativo, possono consultarsi: AA.VV., “*L’arcipelago delle confische*” a cura dell’Osservatorio Misure patrimoniali dell’Unione Camere Penali Italiane, Pisa, 2017, con prefazione di M. CERABONA e presentazione di P. GIUSTOZZI e A. GIGLIOTTI DENICOLO’; F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, 2020, spec. p. 125 segg. e 175 segg.; V. MAIELLO, “*Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*”, ne “*La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*”, a cura di V. MAIELLO “*Trattato teorico-pratico di diritto penale*”, Torino, 2015, p. 323 segg.; A. MANNA, “*Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*”, Pisa (Univ. Press), 2019; A. MAUGERI, “*La riforma della confisca (d. lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis.c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*”, Arch. Pen., suppl. al n. 1/2018, p. 235 segg.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, p. 68 segg.