

IL REGIME INTERTEMPORALE DELLE CAUSE DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE PENALE *

Dario Micheletti



SOMMARIO 1. Trenodia per la prescrizione spazzata via dal populismo. — 2. L’annichilimento della prescrizione nelle recenti riforme dell’art. 159 c.p. — 3. Lo statuto intertemporale della prescrizione quale ultima flebile difesa. — 4. Il “piano” volto a sovvertire il diritto vivente costituzionale sulla natura della prescrizione. — 5. Ma l’art. 83 l. 17 marzo 2020, n. 18 è veramente retroattivo? — 6. Cause di sospensione retroattive e non. — 7. La differenza tra “tempo storico” e “tempo commisurativo” nella disciplina della prescrizione.

1. Trenodia per la prescrizione spazzata via dal populismo

Chi non tollera che il decorso del tempo esprima un effetto estintivo della punibilità lo deve, consciamente o meno, alla convinzione che la pena equivalga nulla più che alla doverosa inflizione di un *male* compensativo di un *male*, secondo un paradigma retributivo giusto di per sé e indipendente da qualunque fine ulteriore. È questa concezione assoluta della pena, tanto aberrante – almeno per la dottrina moderna¹ – quanto resistente, che ha generato la demonizzazione e la conseguente demolizione dell’istituto della prescrizione in seno al nostro ordinamento². Una logica funzionalistica ottusa, cui il populismo moderno ha conferito nuova linfa e una concreta base empirica. Da questa angolazione, l’indefettibile retribuzione punitiva, lungi dal rispondere a un imperativo astratto così come proposto dai suoi più illustri teorizzatori (Kant ed Hegel), sarebbe chiamata nient’altro che a riflettere, veicolare e appagare l’istinto giustizialistico del gruppo di fronte al (sospetto di) reato. Di qui l’avversione per qualunque meccanismo che si prefigga di comporre il conflitto aperto dal fatto offensivo in modo diverso dalla dispensazione di ulteriore sofferenza: dai

* È il testo dell’intervento al Convegno «*La questione prescrizione dagli espedienti politici alla cultura e tecnica giuridica*», organizzato dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale (AIPDP) e dall’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D. Pisapia” (ASPP), il 3 luglio 2020.

¹ Cfr. anche per gli ulteriori richiami M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

² Per convincersene è sufficiente dare una scorsa ai commenti dei vari approfondimenti sulla prescrizione pubblicati sul Blog Ufficiale del Movimento 5 Stelle: www.ilblogdellestelle.it.

provvedimenti di clemenza alle cause di non punibilità, dalle misure alternative alle cause di estinzione.

Per il vero l'ideologia retributivo-populista è ancor più devastante, avendo in sé la potenzialità di travolgere qualunque garanzia, anche di natura fondativa, come la tipicità o la colpevolezza. Ma più di tutto, il populista nutre un odio viscerale per la categoria della "non-punibilità"³, e principalmente per la prescrizione, tanto da recuperare, per essa, gli stessi slogan che – non a caso – i retribuzionisti le riservavano: additandola per esempio come una misura «*amorale*»⁴, una forma di «*tenerezza verso i malfattori*»⁵, un ingiustificabile premio concesso al colpevole per essere riuscito a nascondersi dal processo⁶, un meccanismo perverso che «*alimenta la speranza di impunità*», «*eccita alla perpetuità dei delitti*», «*sottrae la vittima alle difese offerte dalla sanzione penale*»: un mezzo, insomma, tramite il quale «*la legge penale uccide sé stessa*»⁷.

È un sentimento, quello dell'odio per la prescrizione, pervasivo e accecante. Al suo cospetto non v'è giustificazione elaborata dai pensatori liberali che tenga⁸: l'interesse sociale alla punizione che degrada col passare del tempo sino a scemare del tutto; il pericolo che l'innocente non riesca a difendersi adeguatamente con il tardare dell'accertamento⁹; la necessità di sottrarre il cittadino alla protratta minaccia di una azione giudiziaria¹⁰ assicurando la certezza dell'esistenza¹¹; il crescente tasso d'errore che caratterizza i giudizi tardivi; la necessità di evitare che l'azione penale si appiattisca sull'istinto di vendetta della vittima¹², l'impossibilità per la pena di esprimere

³ In argomento da ultimo F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in Sistema penale 19 dicembre 2019, il quale sottolinea il «*malessere che la non punibilità può forse comprensibilmente produrre, soprattutto in tempi di ansie o furori repressivi*».

⁴ A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 39 ss.

⁵ V. OLIVIERI, *La prescrizione dell'azione penale*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 257 s. Nello stesso senso A. BONAFEDE che definì la prescrizione «*l'ancora di salvezza dei delinquenti*», in *www.beppegrillo.it*, 24 ottobre 2015. Ma v. anche, sempre da parte dello stesso futuro Ministro di Giustizia: «*Il governo con la prescrizione salva i disonesti*», in *www.beppegrillo.it*, 18 aprile 2016.

⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 264.

⁷ E. BIANCHINI, *La prescrizione in diritto penale*, Reggio dell'Emilia, 1881, pp. 10, 21, 24 e *passim*. Di «fallimento dello Stato» parlò al riguardo anche A. BONAFEDE, *www.beppegrillo.it*, 24 ottobre 2015.

⁸ Per un'ampia panoramica M.N. MILETTI, *Il tempo dell'oblio. Fondamento e natura della prescrizione nella penalistica italiana tra otto e novecento*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2017, 29 ss.

⁹ Per questa tradizionale endiadi funzionalistica v. per tutti già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1867, 436.

¹⁰ Così già L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, 112 s., che per il vero etichettava come «*persecuzione*» giudiziaria quella tardiva.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, I, Milano, 1943, 246.

¹² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, Torino, 1934, vol. III, 425.

qualunque funzione rieducativa a fronte dell'intrinseca trasformazione personalistica che accompagna lo scorrere del tempo¹³. Tutte spiegazioni superflue; di più urtanti. Per questo illusorio si rivelerebbe ogni sforzo volto a spostare la riflessione sul piano della razionalità giuridica. Il retribuzionista nell'animo non arretra; egli pretende che giustizia – la sua, quella che le viscere gli suggeriscono – sia fatta. Fosse anche sommaria, frutto di testimonianze apparenti fornite da persone che s'illudono di ricordare specchiandosi in verbali di sommarie informazioni rese lustri addietro; di versioni che la difesa non può più seriamente verificare; di processi oscillanti in cui le corti si sono profuse in motivazioni contraddittorie; di giudizi oltremodo tardivi e decontestualizzati che si abbattono su individui completamente trasformati rispetto a coloro che furono, persone magari reintegrate o rese inermi dall'età o dalla malattia. Il popolo ul-tore – che si specchia nella vittima designata a priori – esige il tributo. Senza eccezioni.

2. L'annichilimento della prescrizione nelle recenti riforme dell'art. 159 c.p.

Animato dal miraggio di intercettarne il consenso politico, il legislatore del 2017 si era illuso di scendere a patti con la belva populista. Eppure gli era stato spiegato – visto che, almeno all'epoca, non si sottraeva al dialogo¹⁴ – che il tasso di prescrizione nel nostro ordinamento altro non è che il riflesso della peculiarità, tutta italiana, del principio di obbligatorietà dell'azione penale: un'autentica utopia funzionalistica¹⁵ che riversa nel sistema una mole di procedimenti tale da essere tecnicamente impossibile da smaltire¹⁶, specie dopo che l'embrione populistico del 1992 ha spazzato via, a colpi di monetine, le misure di clemenza che precedentemente consentivano un ciclico sgravio della macchina giurisdizionale. Per di più le statistiche *ante* riforma dimostravano che da almeno un decennio il numero di prescrizioni andava scemando per conto

¹³ L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 661 ss.; ID., in AA.VV., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, 321 s.

¹⁴ Tra le occasioni d'incontro si vedano le partecipazioni del Ministro Orlando alla Inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti svoltasi a Palermo il 6/7 febbraio 2015 ed avente in larga parte ad oggetto proprio il tema della prescrizione.

¹⁵ Cfr. G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *www.irsig.cur.it.*, 8, con richiamo a talune commissioni nazionali e internazionali che hanno concordemente concluso per l'impossibilità pratica di perseguire tutti i potenziali di reato.

¹⁶ La Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia registra un numero di nuove notizie di reato "per persone note" pressoché costante dal 2007 e pari a circa un milione e mezzo per anno, che porta il totale di procedimenti penali circolanti a una media oltre tre milioni all'anno.

proprio¹⁷. Così come gli stessi dati rivelavano che la maggior parte delle prescrizioni si è sempre registrato nella fase delle indagini preliminari, a conferma che è la Pubblica Accusa a gestire l'istituto come uno strumento di selezione dell'azione penale¹⁸. Né valeva enfatizzare l'incremento delle prescrizioni nella fase di appello. Lungi dall'attestare un abuso del diritto d'impugnazione da parte della difesa – così come vorrebbe la narrazione giustizialistico-populistica¹⁹ – tale dato rifletteva solo carenze organizzative di distretti ben precisi, laddove la maggior parte delle Corti d'appello pur gravemente oberate avevano tassi di prescrizione del tutto tollerabili²⁰.

La prescrizione, come nella sua natura, si prestava dunque a registrare, e non già a cagionare, il malfunzionamento del sistema. Ecco perché il rimedio si sarebbe dovuto coerentemente ricercare nella ristrutturazione dell'amministrazione giudiziaria e non già nel depotenziamento dell'ultimo residuale strumento che, da un lato, ne stimolava l'efficienza, consentendo dall'altro lato di uscirne a coloro che ne erano stati troppo a lungo stritolati.

Si sa come è andata. Pur a fronte di un sistema penale in cui la durata media dei processi è la più alta fra i paesi europei²¹, e oltremodo consistente è la somma versata

¹⁷ Il trend delle prescrizioni per anno a partire dal 2004 è calato di oltre il 40% con la seguente linea di decrescita: 213.774 nel 2004; 189.467 nel 2005; 159.703 nel 2006; 164.115 nel 2007; 154.867 nel 2008; 159.460 nel 2009; 142.387 nel 2010; 128.884 nel 2011; 113.671 nel 2012. Dopo sette anni dalla riforma Cirielli si è avuta una leggera impennata a causa dei molti reati la cui prescrizione è stata portata da quindici e sette anni e mezzo: cosicché nel 2012 le prescrizioni sono state 123.249, mentre nel 2014 sono state 132.296. Già nel 2017 il trend decrescente della prescrizione era però ripreso tanto che in quell'anno se ne sono registrate 125.564, segno che era stato assorbito l'impatto della Cirielli.

¹⁸ G. INSOLERA, *Le clemenze "anomale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 ss. A Partire dal 2010, nella fase delle indagini preliminari si registra un numero di prescrizione pari a una media del 62% con punte annue del 70%.

¹⁹ E' questo uno dei cavalli di battaglia argomentativi di P.G. DAVIGO, *Una prescrizione vi salverà*, in *MicroMega*, 2014, n. 7; ID., *"Processi brevi? Serve bloccare la prescrizione e frenare i ricorsi"*, in *www.huffingtonpost.it*, 9 gennaio 2020. Di segno contrario, con precisi riferimenti statistici, R. BRICCHETTI, *Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione "ammazza processo" (e altro ancora)*, in *disCrimen*, 17 febbraio 2020.

²⁰ In termini assoluti, il 49 % delle prescrizioni registrate in appello si concentra in quattro distretti: 22 % Napoli, 12 % Roma; 7,5 % Torino, e 7,5 % Venezia, la quale vanta il triste primato (pari al 50%) del numero di prescrizioni rispetto ai processi definiti.

²¹ Cfr. il rapporto CEPEJ (*commissione europea per l'efficienza della giustizia*) per il 2018 (scaricabile in *www.coe.int*), dal quale risulta che la giustizia penale italiana è per efficienza temporale, di gran lunga la peggiore degli Stati UE, con una durata media (che ovviamente non tiene conto delle indagini preliminari) pari a 3 anni e 9 mesi (così suddivisi 310 giorni in primo grado, 876 in secondo e 191 in Cassazione). La media dei paesi membri del Consiglio è invece poco più di un anno (così suddivisi 138 giorni in primo grado, 143 giorni in secondo grado e ancora 143 in ultima istanza).

ogni anno come indennizzo per il superamento della ragionevole durata del processo²², il legislatore del 2017 ha deciso di introdurre un'ulteriore "tassa temporale d'impugnazione", sotto forma di sospensione della prescrizione, pari un anno e mezzo per grado di giudizio, con l'intento di concedere più tempo per svolgersi al giudizio penale²³. Un espediente che, oltre ad essere privo del benché minimo costruito teorico, ha finito in realtà per scontentare tutti. La durata potenziale dei procedimenti penali si è allungata in modo intollerabile sino a raggiungere livelli tali da far impallidire il legislatore fascista²⁴. E d'altro canto, la soluzione escogitata, anziché acquietare le pulsioni populistiche, le ha fatte deflagrare, ratificando l'esistenza di un problema che, per i retribuzionisti, meriterebbe un ben più radicale rimedio. Vale a dire, quello giustappunto dalla riforma varata nel 2019, che ha sostanzialmente abrogato la prescrizione.

Anzi peggio: l'istituto è stato mantenuto come strumento di selezione dell'azione penale gestito a discrezione dalla Pubblica Accusa²⁵, mentre la prescrizione è stata di fatto annichilita nella sua più vitale funzione di contenimento della "pena processuale", consegnando così qualunque imputato a un potenziale ergastolo giudiziale²⁶. È forse il punto più basso del nuovo rapporto fra autorità e cittadino imposto dal populismo penalistico. Un sistema frontalmente in contrasto con una molteplicità di principi costituzionali – dalla ragionevole durata al finalismo rieducativo della pena, dal principio di non colpevolezza al diritto di difesa²⁷ – che non lascia margini di

²² Malgrado il Governo Monti abbia cercato di limitare l'esborso dell'erario ponendo un limite di 800 euro per ogni anno di ritardo oltre i termini fissati per legge.

²³ *Amplius* per una critica della riforma v. D. MICHELETTI, *Commento alle modifiche dell'art. 159 c.p.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017, 3471 ss.

²⁴ Basterebbe confrontare i tre anni (o i quattro e mezzo) in cui si estinguevano le contravvenzioni ai sensi del legislatore del 1930 con i sette anni previsti dalla riforma del 2017, o i sette anni e mezzo previsti nel 1930 per i delitti meno gravi con

²⁵ F. GIUNTA, *La prescrizione. Ultimo atto?*, in *disCrimen*, 31 gennaio 2020.

²⁶ In tempi non sospetti il dott. Gianfranco CIANI, Procuratore generale della Corte Suprema di cassazione osservava in apertura dell'anno giudiziario del 2015 che «una riforma della prescrizione che fosse solamente tale, con l'attuale numero esorbitante delle ipotesi di reato, non restituirebbe al sistema alcuna efficienza quanto ai tempi di definizione dei processi: avremmo pronunce emesse con ritardi intollerabili rispetto all'epoca di consumazione del reato e, dunque, violazione di parametri essenziali del "giusto processo"» (pag. 21).

²⁷ Numerosi, convergenti, e del tutto vani i contributi che hanno cercato di segnalare le molteplici tensioni del nuovo modello di prescrizione con i principi e i valori della Carta costituzionale: cfr. fra i primi D. MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, in *disCrimen* dell'8 ottobre 2018; G. LOSAPPIO, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2019, nonché a commento della riforma, O. MAZZA, *la riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in *Sistema penale*, 21 gennaio 2020; M.L. FERRANTE, *La cessazione della decorrenza della prescrizione introdotta dalla L. n. 3 del 2019 (cosiddetta legge spazzacorrotti)*, in

compromesso²⁸, prestandosi a un unico rimedio: la sua cancellazione²⁹.

3. Lo statuto intertemporale della prescrizione quale ultima flebile difesa

Quest'unica flebile speranza è legata, tuttavia, al regime intertemporale della prescrizione: o meglio alla sua natura giuridica, da cui discende l'assoggettabilità o meno dell'istituto al divieto di retroattività previsto dall'art. 25, comma 2, Cost.

Solo, infatti, se il vigente regime prescrizionale si applicherà ai fatti di reato commessi dopo la propria entrata in vigore, il legislatore avrà tempo di cancellarlo senza che esso abbia accumulato eccessive applicazioni. Viceversa se la riforma appena varata sottostesse al principio processuale *tempus regit actum*, questo ostacolerebbe il ritorno a una più favorevole disciplina, dato che quest'ultima, pensata per rimediare retroattivamente ai guasti della precedente, finirebbe per sottrarre alla macchina giurisdizionale un agio temporale sul quale già si era fatto affidamento. Nulla, per il vero, che non si possa risolvere con una norma transitoria *ad hoc* analoga a quella che accompagnò la riforma Cirielli³⁰. Certo è che il mantenimento della prescrizione nell'alveo del divieto di retroattività penale, da un lato, protegge ancora un poco i processi in corso dagli effetti nefasti della c.d. spazzacorrotti, e dall'altro lato agevolerebbe la cancellazione di quest'ultima riducendo gli effetti collaterali del ritorno ad una prescrizione costituzionalmente orientata.

Senonché, quest'ultima soluzione intertemporale risulta tutt'altro che scontata, vuoi perché la più recedente riforma dell'art. 159 c.p. – a differenza di quella del 1997 – non è stata accompagnata da una norma transitoria che ne circoscriva in modo esplicito l'operatività ai fatti di reato commessi dopo la propria vigenza; vuoi perché l'ideologo dell'ergastolo processuale ha sempre lamentato i “nefasti” effetti garantistici che il divieto di retroattività penale avrebbe sull'incisività di tale soluzione³¹. Né può rassicurare il fatto che, nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza compatta,

Dirittifondamentali.it, 20 marzo 2020. *Amplius*, gli atti dell'Incontro *Imputato per sempre? No, grazie - La voce dell'accademia*, riascoltabili su www.radiradicate.it.

²⁸ C. LARINNI, “Blocco” della prescrizione per le sole sentenze di condanna di primo grado. *il c.d. lodo conte-bis a confronto con la presunzione di innocenza*, in *Riv. pen.*, 2020, 347 ss.

²⁹ G. FIANDACA *Abrogare la legge sulla prescrizione*, in *disCrimen*, 10 gennaio 2020.

³⁰ *Amplius* D. MICHELETTI, *Commento all'art. 10 l. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 505 ss.

³¹ PIERCAMILLO DAVIGO: *“La riforma della prescrizione? Così vedremo gli effetti quando sarò morto”*, in www.huffingtonpost.it.

soprattutto a livello costituzionale, è da sempre schierata a favore della natura sostanziale della prescrizione³². Tale assunto è messo oggi a repentaglio da una singolare “congiunzione istituzionale” architettata da una parte molto influente e attiva della dottrina italiana, che non ha mai nascosto la propria avversione per il meccanismo estintivo della punibilità legato al decorso del tempo³³. L’obiettivo cui si tende, nemmeno troppo velatamente, è quello di invertire il diritto vivente costituzionale sulla prescrizione³⁴, rimasto sguarnito in modo preoccupante dopo la fine del mandato di Giorgio Lattanzi che l’aveva strenuamente difeso³⁵.

4. Il “piano” volto a sovvertire il diritto vivente costituzionale sulla natura della prescrizione

L’occasione per il cambio di rotta si è presentata casualmente, essendo stata offerta dalla recente legislazione d’urgenza volta a fronteggiare la pandemia di coronavirus.

Tra le varie misure adottate, è stata infatti disposta la sospensione della prescrizione durante il corrispondente periodo di interruzione dei procedimenti penali a causa della necessità di prevenire la diffusione del virus negli ambienti giudiziari (art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Una misura più che ragionevole e opportuna, che tuttavia – ecco la miccia che ha acceso il “piano” – si rivelerebbe inconciliabile con la natura

³² Cfr. anche per gli ulteriori richiami C. cost. n. 115/2018. La stessa soluzione trova peraltro pacifico riscontro in sede di legittimità dove, per tale ragione l’allungamento della durata della prescrizione è assoggettata al divieto di retroattività: Cass. II, 7 febbraio 2018, n. 9494, Rv. 272350; Cass. VI, 16 maggio 2017, n. 31877, Rv. 270629.

³³ Così *in primis* G. MARINUCCI, *Appello contro la prescrizione ‘breve’: ennesima certezza d’impunità*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2011; ID., *La prescrizione riformata, ovvero dell’abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 976 ss., nonché sulla stessa linea F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, n. 3, 26 ss.; G.L. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2345 ss.; G.L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019; ID., *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2018; ID., *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sistema penale*, 9 dicembre 2019.

³⁴ Su questo concreto pericolo v. A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Che la pandemia non diventi l’occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali*, in *Sistema penale* 24 maggio 2020.

³⁵ Del resto, alla Consulta, l’attuale penalista di riferimento non ha mai fatto mistero di considerare la prescrizione una garanzia ampiamente sacrificabile: F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della corte di giustizia*, in *dir. pen. cont.* 14 settembre 2015, 14 s.

sostanziale della prescrizione³⁶. Se infatti obiettivo dell'art. 83 cit. è quello di sospendere i procedimenti in corso senza penalizzazioni per nessuna delle parti processuali, ne viene giocoforza che la tale misura riguarda potenziali fatti di reato commessi prima della sua introduzione. Ma poiché ciò sottenderebbe un'applicazione retroattiva dell'art. 83 cit., si finirebbe per sancire l'automatica incostituzionalità di questa nuova ipotesi di sospensione per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. L'unico modo di uscirne, senza dichiarare l'illegittimità di una norma magari mal scritta ma sicuramente ragionevole come quella prevista dall'art. 83 cit., sarebbe allora quello di optare per la natura processuale della prescrizione³⁷. Ciò consentirebbe di assoggettare le cause di sospensione della prescrizione al principio *tempus regit actum*³⁸, e ottenere così un duplice risultato: salvare la legittimità dell'art. 83 cit., aprendo la strada d'altro canto – anche se questo non viene esplicitato, ma è l'effetto collaterale implicito e necessitato – all'immediata operatività della riforma Bonafede sulla prescrizione.

Un piano ben congegnato, non c'è che dire. Tanto più che esso ha trovato l'immediato avallo della giurisprudenza di merito, quanto mai repentina nel confezionare ben quattro questioni di costituzionalità dell'art. 83 cit.³⁹. Questioni che – a giudicare dall'attuale composizione dell'organo chiamato a valutarle – paiono peraltro destinate a conseguire il cambio di rotta desiderato; e non potrà certo essere un convegno accademico a intralciare i piani.

5. Ma l'art. 83 l. 17 marzo 2020, n. 18 è veramente retroattivo?

Per quel può valere, merita tuttavia chiarire che il progetto sopra illustrato poggia in realtà su un equivoco di fondo. Un malinteso forse sfuggibile per i profani dell'intertemporalità, ma quanto meno singolare per esperti della materia. Il

³⁶ G.L. GATTA, "Lokdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sistema Penale*, 4 maggio 2020. In argomento v. altresì 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*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, spec. 7 ss.; G. FLORA, *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli") ai principi costituzionali*, in *disCrimen*, 13 giugno 2020, spec. 3 ss.

³⁷ Così G.L. GATTA, "Lokdown" della giustizia penale, cit., 16.

³⁸ Da sempre l'obiettivo di G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il sole 24 Ore*, 12 marzo 1998.

³⁹ Trib. Siena, ord. 21 maggio 2020 n. 1 e 2, e Trib. Spoleto, ord. 27 maggio 2020, n. 1 e 2. La stampa dà notizia di un'ulteriore analoga questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Crotone: V. VALLEFUOCO, *Sospensione della prescrizione a rischio CEDU*, in *Il sole24ore*, 30 giugno 2020.

riferimento è al punto di partenza della tesi secondo cui l'applicazione dell'art. 83 cit. ai processi in corso comporterebbe una forma di applicazione retroattiva di questa norma in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost.

Ma se ne è proprio sicuri? E' proprio vero cioè che la causa di sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83 cit. sottenderebbe una retroattività della legge penale ove la si lasciasse operare nei procedimenti penali concernenti fatti commessi prima della sua introduzione?

In verità, qualche dubbio in tal senso già dovrebbe scaturire dalla constatazione che la soluzione adottata dall'art. 83 cit. non è affatto una novità per il nostro ordinamento. Sebbene con una portata territoriale più ristretta, essa è già stata adottata in occasione dei vari eventi sismici che, purtroppo, hanno colpite talune zone dell'Italia nell'ultimo decennio. Si veda l'art. 5, comma 9, d.l. 39/2009, varato in occasione del terremoto abruzzese dell'aprile 2009. Ma identica soluzione è stata poi prevista dall'art. 6, comma 9, d.l. 74/2012 relativo al terremoto dell'Emilia Romagna del maggio del 2012. E si consideri infine quanto disposto dall'art. 49, comma 9, d.l. 244/2016 in merito al sisma che ha colpito il centro Italia nell'agosto del 2016. Ebbene, tutte queste disposizioni, pur adottando la stessa soluzione perseguita dall'art. 83 cit., vale a dire la contemporanea sospensione dei procedimenti penali e del corso della prescrizione nelle zone interessate dal sisma, sono state tranquillamente applicate ai procedimenti in corso, anche se relativi a fatti pregressi, senza che – stando almeno alla pubblicistica – nessun avvocato o nessuno giudice abbiano mai dubitato della loro legittimità rispetto all'art. 25, comma 2, Cost. Si è trattato di un abbaglio collettivo, viene spontaneo chiedersi, oppure è l'attuale interpretazione dell'art. 83 cit. come norma retroattiva a riflettere un malinteso intertemporale?

Rispondere in poche righe senza alimentare ulteriori fraintendimenti non è agevole, anche perché la retroattività non è un fatto tangibile, ma un "giudizio", appartenente per di più al *genus* delle finzioni giuridiche⁴⁰. Sicché, nel maneggiare il concetto, è facile confonderla – ecco il punto chiave – con la semplice applicazione immediata di una nuova norma a situazioni pendenti⁴¹.

⁴⁰ Sul punto, nella letteratura italiana ancora fondamentale e insuperata è l'analisi dottorale di R. TARCHI, *Le diverse nozioni di retroattività ed i loro riflessi pratici*, s.l., 1988, poi confluita in ID., *Le leggi in sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 137 ss. (sulla natura relazione della retroattività), 220 ss. (sulla retroattività come *fictio*) e 236 ss. (sulla retroattività come rivalutazione di situazioni esistenti).

⁴¹ Incorreva già in tale inconveniente la prima analisi dedicata alla materia nella nostra letteratura C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1891-1898, vol. I, 9 ss., nonché per un'analisi critica R. TARCHI, *Le leggi*, cit., 122 ss.

Il suddetto errore è sostanzialmente automatico in tutti coloro che, nel riconoscere la retroattività, si accontentano di constatare che una norma è posteriore al fatto⁴². Diversamente, per chi voglia evitare di confondere l'applicazione retroattiva con quella immediata, il modo più efficace è quello di intendere la retroattività come una “ri-valutazione” giuridica⁴³: la quale presuppone dunque due condizioni strutturali: (i) l'esistenza di una prima valutazione giuridica produttiva di determinati effetti giuridici (ii), e una norma posteriore produttiva di differenti effetti giuridici. Donde la conseguenza che, assumendo questa prospettiva, ciò che l'art. 25, comma 2, Cost. vieta altro non è se non una rivalutazione peggiorativa in ambito penale di una preesistente fattispecie giuridica⁴⁴.

6. Cause di sospensione retroattive e non

Sulla base di questa rapida premessa teorica, ben ci si dovrebbe avvedere che l'efficacia temporale di una nuova causa di sospensione della prescrizione non può essere fatta dipendere semplicemente dalla data della sua introduzione, così da considerarsi dotata di efficacia retroattiva qualunque ipotesi sospensiva prevista dal legislatore dopo il *tempus commissi delicti*. Se la retroattività è ri-valutazione di una situazione giuridica pregressa, occorre giocoforza concludere che l'efficacia retroattiva o meno di una causa di sospensione *dipenderà dal suo oggetto*.

⁴² Esplicita sino a teorizzare questa prospettiva Trib. Spoleto, ord. 27 maggio 2020, n. 1 e 2 pag. 3, secondo cui «*L'applicazione del divieto di retroattività anche al regime della prescrizione (...) consente pure di chiarire quale deve essere la corretta interpretazione del rinvio, contenuto nell'incipit dell'art. 159 c.p., a particolari disposizioni di legge che prevedono ipotesi di sospensione ulteriori rispetto a quelle contemplate dallo stesso articolo del codice penale. Onde evitare facili elusioni del divieto di retroattività in ambito penale ad opera del legislatore ordinario, il rinvio in bianco operato dalla citata disposizione può valere unicamente per leggi extracodicistiche preesistenti al codice penale ovvero successive ma entrate in vigore prima della commissione del fatto-reato di cui si occupa il processo*».

⁴³ Cfr. per tutti R. TARCHI, *Le leggi*, cit., p. 137 ss. e 236 ss. Sull'argomento v. altresì, in termini sostanzialmente convergenti O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 61 s. e 66 ss.

⁴⁴ Cfr. volendo, da ultimo, D. MICHELETTI, *Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale*, in *disCrimen*, 5 giugno 2020, nel quale, seguendo questa prospettiva, si perviene a una particolare e ben più garantista determinazione del *tempus commissi delicti*: 5 ss. A chi volesse rozzamente eccepire che, seguendo il suddetto modo di ragionare, l'introduzione di una nuova figura di reato (come per esempio l'art. 612-ter c.p.) finirebbe per non rivelarsi retroattiva nella misura in cui manca una precedente disciplina penale oggetto di modifica *in peius*, andrebbe replicato che ogni divieto penale colpisce fatti che già potevano considerarsi illeciti per altri rami dell'ordinamento, e – soprattutto – si contrappone per natura al principio di libertà di agire, che è oggetto di rivalutazione peggiorativa ogni qual volta esso viene ristretto dall'introduzione di una nuova fattispecie di reato: così per tutti F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Pisa, 2019, 23 ss.

In particolare, ove una norma attribuisca effetto sospensivo a un atto o a una fattispecie giuridica *già nota al sistema giuridico*, ma precedentemente disciplinata in modo diverso, allora la nuova causa di sospensione ha una potenzialità retroattiva che va frenata tramite l'art. 2, comma 1, c.p. in modo da renderla applicabile solo ai fatti di reato commessi dopo la sua introduzione. Si pensi per esempio alla nuova causa sospensione della durata massima di sei mesi prevista (nel 2017) dall'art. 159, n. 3-*ter* c.p. per le *rogatorie all'estero*, le quali ovviamente erano già previste in precedenza, senza però che ad esse fosse riconosciuta alcuna efficacia sospensiva. Da qui l'opportuna previsione di una disciplina transitoria *ad hoc* che ha limitato l'efficacia temporale di questa nuova causa di sospensione circoscritta solo ai procedimenti riguardanti i fatti commessi dopo la sua introduzione (art. 15 l. 103/2017).

Se, invece, il legislatore attribuisce effetto sospensivo della prescrizione a un atto o una fattispecie giuridica creata *ex novo*, la sua applicazione ai giudizi in corso, *non essendo rivalutativa di alcunché*, integrerà un'efficacia immediata della norma a situazioni pendenti, talché non avrebbe alcun senso invocare per essa l'art. 2, comma 1, c.p. Si pensi per esempio alla nuova causa di sospensione prevista (nel 2014) dall'art. 159, n. 3-*bis* c.p., in relazione alla sospensione del processo per assenza dell'imputato *ab origine* irreperibile introdotta dal nuovo art. 420-*quater* c.p.p. Essendo quest'ultima una fattispecie processuale creata *ex novo* dall'ordinamento, il legislatore ben ha potuto prevedere che essa si applichi sin da subito anche ai processi in corso, pur se relativi ai fatti di reato antecedenti (così l'art. 15-*bis* comma 1, l. 67/2014), senza che ciò abbia comportato alcuna violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.⁴⁵.

Ed è proprio questa la situazione verificatasi con l'introduzione dell'art. 83 cit.: il quale, valorizzando la sospensione dei processi per pandemia, attribuisce efficacia sospensiva della prescrizione a una *situazione completamente ignorata dal previgente assetto normativo*, sia in termini specifici che generici. Non esisteva infatti nel nostro ordinamento una disciplina sugli effetti processuali delle cause di forza maggiore, e tanto meno si poteva rinvenire una norma o un principio generale da cui potersi desumere che tali situazioni non avessero alcuna incidenza sul decorso della prescrizione. Di qui l'impossibilità di ritenere che l'art. 83 cit., conferendo all'emergenza pandemica un duplice e contestuale effetto sospensivo, abbia *ri-valutato alcunché*, e

⁴⁵ Opportunamente, il comma 2 dell'art. 15-*bis* l. 67/2014 prevede, invece, che continui ad applicarsi la disciplina previgente se, al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, «*l'imputato [era già] stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità*». In quest'ultimo caso, infatti, la nuova disciplina dell'assenza comporterebbe una rivalutazione in negativo della precedente normativa sulla contumacia, innescando quindi un'applicazione retroattiva in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost.

soprattutto abbia sovvertito gli effetti di una precedente disciplina giuridica.

Sotto questo profilo l'art. 83 cit. risulta dunque radicalmente diverso dalla recente modifica dell'art. 159 c.p. operata dall'art. 1, comma 1, lett. e), l. 9 gennaio 2019 n. 3.: il quale, assegnando effetto sospensivo della prescrizione alla sentenza di primo grado e al decreto di condanna, ha ribaltato la precedente disciplina penale che, pur prevedendo tali atti, non attribuiva a essi l'effetto riconosciuto solo da *ius novum*.

In breve, e per concludere sul punto, ove s'interpreti correttamente il concetto di retroattività (v. *supra* § 5), occorre concludere che l'art. 83 cit., benché si applichi fisiologicamente a situazioni pendenti, non risulta affatto in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., vuoi perché non comporta alcuna “diversa considerazione di una situazione giuridica pregressa”, vuoi perché non produce nemmeno un peggioramento rispetto alla previgente disciplina.

7. La differenza tra “tempo storico” e “tempo commisurativo” nella disciplina della prescrizione

Per quanto riguarda l'ultimo aspetto segnalato – vale a dire la mancata esplicitazione da parte dell'art. 83 cit. di quell'effetto peggiorativo che l'art. 25, comma 2, Cost. è chiamato a impedire – non occorre cadere nell'equivoco, in cui sono invece incorsi i giudici di merito che hanno sollevato questione di costituzionalità dell'art. 83 cit., di rilevare che tale norma comporta una posticipazione cronologica del termine di perfezionamento della prescrizione.

E' questa un'osservazione semplicistica quanto inconfidente, per comprendere l'irrilevanza della quale occorre rifarsi a una distinzione concettuale per il vero poco nota alla cultura giuridica italiana, eppure fondamentale a comprendere il meccanismo della prescrizione. Il riferimento è alla distinzione – messa a fuoco dalla dogmatica tedesca – tra “tempo cronologico” e “tempo misurativo” o “significante”⁴⁶. Nulla di particolarmente astruso, essendo ciascuno di noi abituato a utilizzare concetti temporali di natura prettamente cronologica – ovvero calcolati secondo il calendario (*nach Kalendar*) – come ad esempio l'età di una persona; e concetti temporali misurativi, come per esempio i famosi “mesi uomo” da riservare a una ricerca. I primi sono rigidi e si prestano a misurare nulla più che la distanza intercorrente tra due eventi storici (ad esempio, l'età riflette la distanza la data di nascita e il giorno presente). Il

⁴⁶ Per tutti K. ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 66 ss.

tempo misurativo-significante non può essere invece compreso a prescindere dall'attività che esso intende racchiudere, *con la conseguenza che è cronologicamente flessibile in quanto risente delle variabili storiche del suo oggetto*. Così, per esemplificare, se un imbianchino si è impegnato a terminare i lavori di tinteggiatura esterna in quattro settimane, la consegna ritardata di tre giorni dovuta a condizioni di maltempo che non gli abbiano consentito di lavorare per altrettante giornate non integrerà affatto una dilazione censurabile. Il tempo misurativo è perfettamente rispettato ancorché la consegna sia avvenuta, stando al calendario, in una data diversa da quella preventivata.

Ebbene, una volta chiarita la suddetta distinzione, ben si dovrebbe intuire la ragione per cui l'art. 83 cit. non sia in alcun modo peggiorativo della previgente disciplina della prescrizione. Ciò dipende dalla diversa natura e valenza coscienziale che assume il tempo della prescrizione penale prima e dopo l'intervento del processo di accertamento⁴⁷. Prima di esso, il tempo della prescrizione ha natura prettamente cronologica: è puro tempo storico, volto nulla più che a registrare quanto l'oggi sia distante dal potenziale *tempus commissi facti*, sino a che il distacco risulterà così ampio da doversi presumere che il processo e la pena non risponderebbero più agli scopi de essi legittimamente perseguiti⁴⁸.

Di contro, quando sopraggiunge il processo, il tempo della prescrizione svolge una portata commisurativa di quest'ultimo, stabilendo l'agio a disposizione della macchina giurisdizionale per l'accertamento della responsabilità penale nel rispetto dei diritti fondamentali della persona⁴⁹. Non è più dunque una mera entità fisica, come il "tempo storico" della prescrizione *ante* giudizio, ma è un concetto normativo con valore misurativo. Di qui l'intrinseca flessibilità della prescrizione che scorre nel giudizio penale, il cui andamento non può prescindere dalle vicende che riguardano il suo oggetto. Lo sa bene qualunque avvocato o magistrato, che nel calcolare la prescrizione *ante iudicio* utilizza il calendario mentre non può prescindere dal "fascicolo" per stabilire se la prescrizione si sia maturata nel processo.

In particolare, stante l'intrinseca correlazione esiste tra la prescrizione processuale e il suo oggetto, è insito nella funzione dell'istituto che la prescrizione non abbia alcuna ragione di decorrere se il giudizio non ha alcuna possibilità di svolgersi. Ed è bensì vero

⁴⁷ V. *amplius* F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 7 ss.

⁴⁸ Così F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., 9.

⁴⁹ D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

che tale correlazione è alla base delle cause di sospensione previste dall'art. 159 c.p.⁵⁰. È altrettanto vero che tale regola funzionalistica è in *re ipsa* nella natura della prescrizione processuale, al punto che l'indecorribilità della stessa per l'impossibilità del processo di svolgersi si dovrebbe desumere a prescindere dalla sua positivizzazione⁵¹.

Ad ogni buon conto, tale regola di sistema è da sempre prevista nel nostro ordinamento (v. la versione originaria dell'art. 159, comma 1, c.p.), e non v'è ragione per la quale essa non dovrebbe essere attivata dall'art. 83 cit. Ritenere il contrario solo perché si assume come un dogma che le norme sospensive del processo e della prescrizione debbano entrare in vigore prima al tempo del commesso reato⁵², altro non esprime che un duplice fraintendimento: del concetto di retroattività, e della *ratio* della prescrizione come strumento commisurativo della pena processuale.

⁵⁰ Per il vero, questa *ratio* originaria delle cause di sospensione è stata ampiamente stravolta dalle recenti modifiche dell'art. 159 c.p., che hanno "sfigurato" l'istituto annoverandovi anche fasi processuali effettive (come le rogatorie e i gradi d'impugnazione), il tempo di svolgimento delle quali viene tuttavia arbitrariamente pretermesso nel computo della prescrizione: su tale deformazione *in malam partem* delle cause di sospensione inaugurata nel 2017 cfr. D. MICHELETTI, *Commento alle modifiche dell'art. 159 c.p.*, cit., 3475 s.

⁵¹ Ciò consente che tale regola si sia potuta osservare anche nel caso della innovativa soluzione procedurale ideata dalla Corte costituzionale che ritenga di differire il proprio giudizio onde lasciare al Parlamento la possibilità di intervenire; soluzione adottata per la prima volta nel noto caso Cappato e replicata di recente nella vicenda concernente la legittimità della pena relativa alla diffamazione a mezzo stampa: cfr. G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 10 giugno 2020.

⁵² Così Trib. Spoleto, ord. 27 maggio 2020, n. 1 e 2 pag. 3.