

SOMMARIO 1. La questione. — 2. La custodia cautelare. — 3. Retroattività o irretroattività. — 4. La prescrizione. — 5. Il diritto penale del COVID 19 ed i diritti del cittadino.

1. La questione

Le disposizioni in materia penale della recente decretazione d'urgenza – poi convertito in legge – ripropongono e (ri)attualizzano tematiche note, sofferte e, per altri versi, scontate; quelle attinenti alla custodia cautelare e alla prescrizione, se non anche quella della compatibilità dell'uso del decreto legge in materia penale con il principio di riserva di legge di cui all'art. 25.2° comma della Costituzione.

Problematica quest'ultima che appartiene forse all'archeologia del diritto penale costituzionale perché superata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, pur con alcune limitazioni – penso alle censure rivolte a suo tempo alla prassi di reiterazione del medesimo decreto legge – ha da tempo legittimato la decretazione d'urgenza in materia penale.

Posizione all'epoca posta in discussione con argomenti tutt'altro che trascurabili¹.

Ma, tornando ai due temi enunciati in esordio, a me pare innegabile che essi ripropongano – anzi impongano – la riflessione nella loro problematicità – per così dire – di fondo.

Essi, pur tra loro differenti, hanno a ben vedere una comune convergenza nel diritto di libertà del cittadino a confronto con il diritto penale.

Presto detto: le norme evocate – ed il riferimento è all'art. 83 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (e successive proroghe) – prevedono sospensioni del decorso della custodia cautelare e della prescrizione che possono risolversi in danno dell'imputato – detenuto o libero a seconda dei casi – che egli difficilmente e non sempre può impedire.

Il combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 83 del decreto, nel disporre la

* Il lavoro è già stato pubblicato sulla rivista *Penale. Diritto e procedura* (penaledp.it) il 16 aprile 2020.

¹ Cfr. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 269 e ss.

sospensione «*del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali*» dal 9 marzo al 15 aprile 2020 (comma 2), termine poi prorogato all'11/5 dal D.L. 8.4.2020 n. 23 e nello statuire (comma 4) che «*nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale*» può, infatti, provocare l'effetto sopradetto.

2. La custodia cautelare

A processo sospeso la custodia cautelare non decorre e se i termini vengono in scadenza nel lasso di tempo sopradetto l'imputato non verrà scarcerato; se queste verranno a scadenza dopo quel periodo, si computerà a suo carico quello stesso lasso di tempo.

Vero è che il comma 3 del citato articolo 83, nel prevedere le eccezioni alla sospensione dei procedimenti, dispone che questa non opera – e quindi lo stesso vale per la custodia cautelare – se l'imputato o il suo difensore «*richiedano che si proceda*», ma ciò, se attenua il problema, è – a mio avviso – ben lungi dal risolverlo.

Va, poi, ulteriormente rilevato che il meccanismo così creato, ponendo a carico dell'interessato l'onere di attivarlo per impedire l'effetto per lui dannoso, sottende un rapporto tra esigenze processuali e libertà individuale in cui sono le prime a prevalere sulla seconda.

I due rilievi a ben vedere – pur collocandosi su piani diversi – si avvalorano a vicenda.

Perché l'effetto pregiudizievole non si realizzi occorre immaginare un detenuto ed un difensore che immediatamente si preoccupino di formulare una istanza con cui manifestano la loro volontà di far proseguire il procedimento.

Ma non pochi sono i problemi e gli interrogativi che si pongono; non è specificato a chi quella richiesta vada presentata, né quale ne sia l'esito; se essa è idonea a provocare immediatamente l'effetto.

Se si è in sede di indagini preliminari basterà chiedere al PM di genericamente “*procedere*”; o dovrà richiedersi una qualche attività: la assunzione di un teste, l'emissione del provvedimento *ex art. 415 bis c.p.p.*; la richiesta di archiviazione o il rinvio a giudizio? Se si è in attesa dell'udienza del GUP, che l'udienza venga fissata? E se già fissata, cosa può domandarsi?

E così potrei continuare.

Ma, mi chiedo, siamo certi che – laddove i termini siano in scadenza o scaduti – ne seguirà subito la liberazione dell'imputato detenuto?

Ne dubito non poco e per altro ho notizia che alcune Procure si sono già espresse nel senso paventato, rinviando le scarcerazioni per decorrenza termini alla fine del periodo di sospensione.

Fatto è che i termini linguistici usati – richiesta di «*procedere*» – sono così generici da lasciare spazio ad ogni possibile utilizzazione.

E ancora: ammesso – ma a mio avviso poco concesso – che la domanda dell'imputato o del suo difensore serva – di per sé solo et *ipso jure* – a “sbloccare” il decorso dei termini, il suo effetto sarà la ricomputazione del tempo dal 9 marzo o solo dal momento della domanda? In questa seconda – e più probabile ipotesi – i giorni di carcerazione precedenti resteranno sul groppone – per così dire – dell'imputato.

Nel caso, poi, in cui il termine di custodia non maturi nel periodo di sospensione, ma più tardi, questo stesso sarà aggiunto al termine a meno che il detenuto sia così accorto e diligente da fare subito – come dire “ora per allora” – la “*richiesta che si proceda*” all'Autorità Giudiziaria che in quel momento detiene il fascicolo.

E per i detenuti non così vigili o che hanno difensori non altrettanto diligenti? Per costoro la custodia cautelare “*aumenterà*”: la loro inerzia sarà sanzionata di fatto – mi azzardo a dire – con pena detentiva?

In realtà un sistema a dir poco macchinoso che non può impedire che molti giorni o mesi di custodia cautelare si aggiungano ai termini fissati dagli articoli 303 e 308 c.p.p.

Né si invochi, con la pretesa di negare che si verifichino gli effetti sin qui paventati – come pure s'è ventilato da qualche parte – il fatto che non viene interrotta la decorrenza del termine di cui all'art. 304.6 c.p.p. perché si tratterebbe d'argomento tanto infondato d'apparire ipocrita stante il carattere, per così dire, residuale, generale di quel limite come tale inidoneo ad impedire gli effetti negativi già verificatisi per il mancato o ritardato scadere dei termini di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p. Per altro questo stesso rimedio è stato depotenziato dallo art. 36.2 del sopramenzionato D.L. n. 23 che ha sancito l'inapplicabilità della sospensione ai procedimenti di cui all'art. 304 c.p.p. scada nei 6 mesi successivi all'11.5.2020.

In realtà è più che evidente il sacrificio della libertà personale che questa disciplina può provocare ed è altrettanto chiaro che lo stesso non può essere giustificato da ragioni di efficienza processuale. E ciò sia perché non è chiaro quali queste sarebbero, sia e ancor più perché le stesse non basterebbero comunque allo scopo ove si abbia

appena a mente la gerarchia dei beni che la Costituzione sancisce e si ricordi che la libertà personale è “*inviolabile*” ai sensi dell’art. 13 della summenzionata Carta.

Ciò che di contro pare avere a cuore il legislatore – *rectius* il Governo – è che i detenuti in attesa di giudizio “*non si sottraggano*” alla misura anche se il processo – a torto o ragione – tarda; l’importante è che essi restino in carcere.

Ma c’è qualcosa di ancor più grave; una vera schizofrenia del sistema. Mentre infatti il detenuto in esecuzione, il cui residuo pena lo consenta, può lasciare il carcere per accedere a misura meno afflittiva, l’imputato – presunto innocente e magari accusato dello stesso reato – deve restare in carcere. Dovrà continuare a subire un danno alla sua libertà che – nello stato attuale del carcere rispetto al coronavirus – può trasformarsi in danno alla salute o addirittura alla vita. E – appena il caso di dirlo – nella più parte dei casi si tratta di una persona che o in quanto assolta o prosciolta, o per altra ragione non dovrà tornare in carcere.

Ma allora va detto senza esitazione che questa disciplina sottende una presunzione di colpevolezza e si muove in senso opposto all’art. 27 II comma della Costituzione; sottende che quella restrizione della libertà sia “*carcerazione preventiva*”, come realisticamente la chiamava Rocco anziché “*custodia cautelare*” come pudicamente, ma con non poca ipocrisia, la chiamiamo ora.

Ai fondati dubbi di incostituzionalità di queste norme rispetto alla presunzione di innocenza credo si possano – non senza qualche ragione – aggiungere eguali perplessità anche rispetto all’art. 13 della Carta.

Se rispetto al principio di inviolabilità della libertà personale, infatti, le norme in esame non si pongono in aperto contrasto, a me paiono – riprendendo una locuzione che a suo tempo fu usata, se ben ricordo, per stigmatizzare la difficile compatibilità con l’art. 25.2 Cost. della prassi di reiterazione del medesimo decreto legge decaduto contenente norme penali cui ad altro proposito prima facevo cenno – “*in frode alla Costituzione*”.

Ma se pure tutto ciò è vero – se è vero che la normativa in tema di custodia cautelare del decreto “cura Italia” presenta aspetti di illegittimità costituzionale – al danno pare aggiungersi la beffa ove si rifletta sul fatto che lo stesso controllo di costituzionalità pare, da un lato, difficilmente esperibile e dall’altro di scarsa portata. Dubbi possono sussistere, infatti, sulla rilevanza della relativa eccezione e ancor più sugli effetti della stessa sentenza di incostituzionalità.

Non può, infatti, non considerarsi al riguardo che l’eventuale questione di illegittimità costituzionale – pur ammesso che sia agevole, e certo non lo è affatto,

individuare la sede giudiziaria o giurisdizionale in cui poterla sollevare e pur ammesso che venga accolta con rinvio degli atti alla Consulta e che questa la condivida – non potrebbe dare soddisfazione a chi l'ingiusto carcere abbia già subito².

Ci troviamo, allora, in presenza di un abuso del legislatore forse non “*giustiziable*”, di certo il cui danno è, per gran parte, irreparabile.

3. Retroattività o irretroattività

Disciplina – quella in esame – che, in quanto processuale, pretende d'avere immediata applicazione anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Di più, potrebbe dirsi che ciò è inevitabile posto che la stessa si colloca nel quadro di una normativa eccezionale che corrisponde alla eccezionalità della situazione e che da essa trae, ovviamente, unica ragione d'essere.

Ma va da sé che se il decreto legge nel suo complesso ovviamente è non solo legittimo ma – al di là della condivisibilità o meno delle singole disposizioni – utile e financo necessario, onde la sua immediata operatività, intatto resta il problema della sua legittimità laddove, per così dire, impatta con la libertà personale e, più in generale, quando concerne il penale.

In questo caso oltre ai profili, che potremmo dire contenutistici di cui ho detto, v'è quello della operatività nel tempo; e anche da esso non può prescindersi.

Né varrebbe obiettare, per negare il problema, che se si dovessero ritenere inapplicabili le disposizioni che stiamo esaminando ai fatti commessi prima della loro emanazione, la loro stessa ragion d'esistenza verrebbe meno. Sarebbe infatti obiezione inaccettabile perché si tradurrebbe nell'asserire la legittimità di norme in contrasto con la Costituzione sol perché eccezionali; il che costituirebbe un evidente sovvertimento della gerarchia delle fonti.

Appena il caso di dire che le norme eccezionali esistono anche in materia penale ed hanno piena legittimità nell'ordinamento che si preoccupa addirittura di sancirne la ultrattività (art. 2 c.p.); ma le stesse non possono derogare al principio di irretroattività di cui all'art. 25.2° comma della Costituzione.

Il problema è allora quello ben noto di fissare la portata di questo principio; se esso s'arresta alla incriminazione e al diritto penale sostanziale o va esteso a tutte le

² Forse unico magro risultato potrebbe essere – ma solo in caso d'assoluzione e con i noti limiti dell'istituto – il risarcimento per ingiusta detenzione.

norme che, in qualsivoglia maniera, incidono sulla libertà personale.

Torna il tema, mai sopito, delle limitazioni della libertà del cittadino non in esecuzione di pena; del carcere dell'imputato; di chi non è stato ancora condannato. E ad esso non ci si può sottrarre anche se dalla risposta positiva al quesito circa la irretroattività della disciplina della custodia cautelare nel caso qui in discussione dovesse desumersi la caducazione di quella regolamentazione. Anzi vieppiù ciò vale in questa prospettiva almeno per chi ritenga che la Costituzione è ancora sopra ordinata rispetto alla legge ordinaria³.

Al riguardo non è scontata – come si vorrebbe – la risposta nel senso della applicabilità delle norme in questione anche ai fatti pregressi.

È ben vero che la giurisprudenza della Suprema Corte sostiene che le norme sulla custodia cautelare, in quanto norme processuali, vanno applicate secondo il criterio del “*tempus regit actum*”; è altrettanto vero che l'ha sancito nella più solenne composizione a Sezioni Unite⁴; che la stessa Corte Costituzionale ha digerito questo che per la stessa – a mente del suo ruolo e dei principi costituzionali – non può che essere stato un amaro boccone⁵.

È, però, altrettanto vero e significativo che la dottrina ha da sempre sostenuto, con argomenti diversi e forti, che l'esoterica formuletta invocata non basta a coprire l'ipocrita equiparazione, nella categoria del “*processuale*”, alle norme sulle prove, di quelle che incidono sulla libertà personale; che la Costituzione non tollera questi inganni e che il principio d'irretroattività non può fermarsi alla forma quando c'è di mezzo il carcere *aut similia*⁶.

Non è senza rilievo, al riguardo segnalare come la irretroattività delle norme in tema di carcerazione preventiva era sostenuta prima o a prescindere dalla Carta Costituzionale⁷.

Può dirsi, quindi, che questi assunti appartengono alla cultura liberale della scienza penale, motivo ulteriore per ritenere che siano recepiti dalla Costituzione.

Se mi è concessa una citazione storica, nella seconda metà dell'Ottocento Gabba

³ Sul tema sovengono le lucide e sapide riflessioni del Professor Gallo nel suo recente *pamphlet Postilla di un penalista ad una costituzione (fino a quando) sovrana*, Torino 2019.

⁴ Cfr. la – ben nota – Cass., S. U., 30.05.2006, n. 24561.

⁵ C. Cost. 01.02.1982, n. 15.

⁶ Cfr. tra i tanti, NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in RIDPP, 1982.

⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Il ricorso in cassazione contro la sentenza della Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in RDP, 1946, II, pag. 82.

scriveva: «*Siccome non è esclusa la possibilità che anche le leggi di rito ... contengano principi e disposizioni influenti direttamente o indirettamente sulla punizione noi crediamo potersi utilmente restringere la generalità del principio che le leggi di rito processuale sono retroattive*»⁸.

Non tutti probabilmente rammentano che lo stesso legislatore del '30 non era insensibile a questa problematica se è vero che, nell'emanare il codice di procedura penale, si preoccupava di sancire – nell'art. 68 delle disposizioni transitorie – che «*all'imputato in stato di detenzione preventiva nel giorno dell'entrata in vigore del codice di procedura penale si applica la disposizione circa la custodia preventiva del codice di procedura penale abrogato in quanto più favorevole*».

Che ancora una volta ci tocchi il triste destino di rimpiangere Rocco?! Non sarebbe, infatti, la prima volta.

D'altro canto se è vero che la giurisprudenza – come prima dicevo – nega l'irretroattività delle norme sulla custodia cautelare, è altrettanto vero che non è sempre stato così.

Molti tra i più giovani forse ignorano che negli anni sessanta e settanta del secolo scorso la stessa Cassazione non esitava a dire che le disposizioni che fissano i presupposti e i limiti delle misure coercitive sono «*formalmente di diritto processuale, ma sostanzialmente di diritto penale, in quanto incidono nel contenuto obbligatorio penale del rapporto punitivo (assoggettamento dell'imputato ad espiazione anticipata di eventuale condanna in termini di privazione della libertà personale)*»⁹.

Poi a metà degli anni Settanta cambia, per così dire, la musica, cambia il quadro esterno, la situazione politica; le battaglie garantiste lasciano il posto dell'unanime difesa dell'ordine pubblico.

Sono gli anni della legge Fanfani Reale, poi del terrorismo, dell'uso promozionale del diritto penale ecc., fino, di poi, a tangentopoli: storia nota. Coerentemente, muta la giurisprudenza in tema di custodia cautelare; inascoltato diviene il parere della dottrina. Un dato però, vorrei ricordare, proprio con riferimento a quest'ultimo periodo: ebbene, pur in piena “*tangentopoli*”, quando – nella crociata anticorruzione – i magistrati del pool della Procura milanese, assecondati da alcuni docenti, sottoscrivono un documento con «*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*»¹⁰ nel quale, si prevede un inasprimento, oltreché delle pene, anche della

⁸ Cfr. GABBA, *Teoria della retroattività della legge*, II, Pisa, 1869, p. 453» citato da «MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 171, al quale rinviamo per l'ampia trattazione del tema con relativi riferimenti bibliografici.

⁹ Per tutte cfr. Cass. pen., Sez. II, 6.10.1970, in CP, 1971, p. 1456.

¹⁰ Lo si legga in RIDPP, 1994, p. 1025.

custodia cautelare, si ha cura di precisare che ciò vale «*solo per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore dalla presente legge*» (art. 9,2).

Non sopita quindi, neanche in quella temperie penale, la preoccupazione garantista.

Avvicinandoci all'oggi, tanti sono i segni di crisi del “*tempus regit actum*” rispetto alle misure che incidono sulla libertà personale e non credo sia il caso di dilungarmi ad illustrarli.

In questa nuova direzione può dirsi che oggi si muova complessivamente la realtà, sia con riferimento al diritto interno che a livello sovranazionale.

Il muro tra processuale e sostanziale, con la conseguente speculare distinzione tra norme irretroattive e no, è crollato in più punti tanti i formidabili i colpi infertigli: dalla sentenza della Corte EDU “*Scoppola*” e conseguenti in tema di riti alternativi; alle plurime pronunce della stessa Corte¹¹ e così a quelle – ancor più rilevanti – della Consulta sulle pene e in specie sulla pena detentiva ma non solo¹², fino all'ultima e ancor più significativa e ben nota sul famigerato art. 4 *bis* della legge 3/2019, c.d. spazzacorrotti, dovuta non a caso alla penna di un fine giurista¹³.

È allora forse tempo di dire, senza se e senza ma, che la libertà individuale è bene inviolabile perché pre-giuridico come recita l'art. 13 della Costituzione, che le sue limitazioni sono eccezionali e ciò anche in forza della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 della Carta e che la retroattività di norme sfavorevoli urta con l'art. 25.2° comma. Che sul diritto di libertà non può prevalere alcuna esigenza di funzionalità della giustizia perché ogni suo sacrificio è per sua natura irreparabile.

Se così è, la sospensione dei termini di custodia cautelare ora disposta dalla decretazione d'urgenza, nei casi sopraindicati, è da ritenere non solo contraria alla Costituzione ed alla CEDU ma prima ancora espressione di una cultura illiberale.

4. La prescrizione

L'altro istituto su cui incide la sospensione dei processi determinandone la corrispondente sospensione dei termini è la prescrizione.

Anche qui – fatte le opportune differenziazioni – viene in discussione la libertà personale correlata al maggiore tempo necessario all'estinzione del reato. La questione, quindi, si pone per qualsiasi imputato a prescindere dal fatto che si trovi

¹¹ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 17.09.2009, *Scoppola c. Italia*.

¹² In specie, cfr. C. Cost. 7.11.2018, n.233 in tema di irretroattività della confisca obbligatoria.

¹³ La ben nota sentenza C. Cost., 12.02.2020 (dep. 12.02.2020), n. 32.

sottoposto a misura cautelare o sia in stato di libertà; in quest'ultimo caso, però, egli non può impedire l'effetto sospensivo chiedendo che si proceda come può fare – pur con i limiti di cui si è detto – il detenuto a meno che non sia sottoposto ad altra misura cautelare anche reale.

Prima e al di là della valutazione complessiva della disciplina, una irragionevolezza mi sembra si evidenzi ove si consideri che la sospensione, che si vuole giustificata dall'inerzia del procedimento, parrebbe operare anche nei casi in cui lo stesso si trovi in una fase di stasi, nel senso che nel periodo di sospensione non succede nulla di processualmente identificabile.

Si pensi al caso – ma altri esempi sono possibili – di un processo per cui sia già stata fissata un'udienza dibattimentale in data successiva alla fine del periodo di sospensione¹⁴. In questa ipotesi non v'è ragione alcuna di protrarre i termini della prescrizione; il dilatarsi della sua durata è del tutto ingiustificato.

L'irragionevole effetto può forse essere evitato a livello interpretativo da una lettura della norma che – sensibile ai dettami della ragionevole durata del processo ed ai principi che sono alla base dell'istituto stesso della prescrizione – escluda dalla sua portata queste ipotesi. Non nascondo però, al riguardo, un certo scetticismo.

Ma al di là di questa e di altre questioni specifiche – pur se tutt'altro che irrilevanti – che la disciplina della sospensione dei termini di prescrizione disposte dai recenti decreti solleva, resta la questione di fondo se l'eccezionalità della situazione in atto giustifichi il protrarsi dei termini di prescrizione.

Questione che dal piano della valutazione può assumere anche rilievo costituzionale ove si riconosca – appunto – il fondamento costituzionale dell'istituto¹⁵.

5. Il diritto penale del COVID 19 ed i diritti del cittadino

L'eccezionalità dei tempi giustifica l'eccezionalità dei rimedi; di più l'imprevedibilità degli eventi può financo rendere inopportune – quand'anche non del tutto

¹⁴ Questo problema viene segnalato da una perspicua relazione tenuta da Mariano Rossetti e Elena Valentini, il 25.03.2020 in un incontro organizzato a Bologna dalle locali Camera Penale e Fondazione Forense (dattiloscritto inedito).

¹⁵ Su questo tema nella vastissima letteratura mi limito a rinviare al recentissimo lavoro di Morelli (cfr. MORELLI, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in RIDPP, 2020, p. 1559) ed al mio contributo scritto in epoca non sospetta (cfr. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, volume IV, Torino, 1990).

prive di fondamento – le critiche alle misure che – in carenza di pregresse esperienze – la contingenza induce ad adottare.

Ciò vale, tuttavia, entro i limiti della ragionevolezza e dei principi che la Costituzione fissa come invalicabili. Si fuoriesce – di contro – da questo perimetro quando si introducono limitazioni alla libertà personale – comunque etichettate – ingiustificate perché non funzionali alle ragioni dell’eccezionalità; quando si bilanciano irragionevolmente interessi di diversa natura e rango; quando si violano specifiche norme costituzionali. Ed è questo che mi è parso accada in alcune norme della recente decretazione d’urgenza in cui sono rinvenibili limitazioni della libertà personale non giustificate e/o apertamente illegittime.

In questi casi l’emergenza non solo non basta a celare i segni di quella politica penale illiberale che, non da oggi, è in atto nel nostro Paese ma li rende vieppiù intollerabili.